وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة العربي بن مهيدي – أم البواقي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق

بعنوان:

التراضي في العقود الإلكترونية

التخصص: القانون الخاص

إعداد الطالبة:

لـزعـر وسيـلة

إشراف الأستاذ:

الدكتور: عياشي شعبان

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	المؤسسة	الصفة
ملاوي إبراهيم	أستاذ التعليم العالي	جامعة أم البواقي	رئيساً
عياشي شعبان	أستاذ محاضر "أ"	جامعة قسنطينة 1	مشرفاً ومقرراً
دريد كمال	أستاذ محاضر "أ"	جامعة أم البواقي	عضواً مناقشاً
حمزة وهاب	أستاذ محاضر "أ"	جامعة أم البواقي	عضواً مناقشاً
بوكرزازة أحمد	أستاذ محاضر "أ"	جامعة قسنطينة 1	عضواً مناقشاً
مقلاتي منى	أستاذ محاضر "أ"	جامعة قالمة	عضواً مناقشاً

السنة الجامعية: 2019/2018

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

وبه نستعين

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

شـــكر

الحمد لله عز و جل، و هو المستحق للثناء والشكر دائماً، والذي وفقني لإعداد هذا العمل المتواضع و يسر لي إنجازه.

أتوجه بالشكر لأستاذي المشرف: الدكتور عياشي شعبان، على تشجيعه، وما بذله من جهد معي، فكان لتوجيهاته القيمة الأثر الكبير في الوصول بالأطروحة إلى ما هي عليه.

كما أتوجه بالشكر لأساتذتي الكرام أعضاء لجنة المناقشة على مشاركتهم في مناقشة هذه المذكرة: الأستاذ الدكتور ملاوي إبراهيم، الدكتور دريد كمال، الدكتور حمزة وهاب، الدكتور بوكرزازة أحمد، الدكتورة مقلاتي منى.

فأدعو الله عز و جل أن يجازيهم خير الجزاء، وأن يبارك في أوقاتهم وأعمالهم .

كما أشكر كل من ساعدني في هذا العمل

فالشكر لهم جميعا موصولاً غير مقطوع، والتقدير لهم ممدود غير مجذوذ .

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

الإهــداء

إلى علم الأعلام، ومعلم المؤمنين: محمد بن عبد الله الصادق الأمين.

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى والدي: حفظه الله تعالى، إلى والدتي: حفظها الله تعالى.

إلى ابني: عبد الرزاق.

إلى أفراد العائلة.

إلى كل الزميلات.

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

المقدمة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المـقـدمـة

الحمد لله رب العالمين، نحمده ونستعينه ونستغفره ونستهديه، ونصلي ونسلم على خاتم أنبيائه ورسله محمد بن عبد الله، وصفوته من خلقه صلى الله عليه وسلم، وعلى آله وأصحابه، وسلم تسليماً كثيراً، أمـــا بـعد:

لا نتعدى الحقيقة إذا قلنا أن أهم التقنيات التكنولوجية الحديثة، وربما أكثرها قوة وحضوراً في حياتنا الحاضرة هي بلا ريب شبكة الأنترنت[1]؛ التي استطاعت في سنوات قليلة أن تغير نمط الحياة العصرية، لتغدو شاغلاً لمختلف شرائح المجتمع، الذين يرمون الحصول على ما يتوافق مع احتياجاتهم اليومية في جميع المجالات، فالخدمات التي باتت توفرها شبكة الأنترنت سهلت علينا اليوم ولوج العديد من المجالات: السياسية، والاجتماعية، والاقتصادية، والثقافية.

بحقٍ إنها ثورة في الاتصالات الحديثة، فلم تنل وسيلة من وسائل الاتصال في تاريخ البشرية ما نالته الأنترنت من سرعة في الانتشار والقبول بين الناس في مختلف بقاع العالم، والذي حولته إلى قرية صغيرة، لا تعترف بالحدود السياسية والجغرافية للدول؛ حيث هيأت هذه الأخيرة لمستخدميها سبل الاستفادة من خدماتها بما يتوفر بها من معلومات، فكان لها الفضل في تبادل المعلومات بين الأفراد في أي وقت ومن أي مكان، ما أدى إلى إحداث تغييرات في المجتمع من نواح عدة؛ اجتماعية، واقتصادية، وأيضاً من الناحية القانونية، ذلك أن تبادل المعلومات عبر شبكة الأنترنت أثر بشكل كبير على مختلف المعاملات، ومنها إنشاء العقود؛ هذه الأخيرة التي تعد من أهم آليات التعامل التي ابتدعتها الجماعة الإنسانية، و من دونها لا يمكن تنظيم الحياة في مختلف مجالاتها، فهي أساس الروابط؛ مهما كان نوعها: اجتماعية أو اقتصادية سياسية ...، بحيث تُمكن الأفراد من بناء علاقاتهم، وتلبي مختلف حاجاتهم؛ ببيان التزاماتهم وحقوقهم، كما تنظم معاملاتهم المالية الوطنية منها، والدولية.

والعقد قد يتم بالطرائق التقليدية المعروفة، كما قد يتم بوسائل حديثة؛ منها شبكة الأنترنت العالمية، ليظهر بذلك نوع جديد من العقود، وهي العقود الإلكترونية، والحال أنها تخضع في تكوينها للقواعد العامة التي يخضع لها أي عقد؛ من حيث اشتراط وجود التراضي، والمحل، والسبب، إلا أن ما يميزها أنها تتم عن بعد بين طرفين، قد ينتمي

[1] -الشائع أن ظهور شبكة الأنترنت كان في الولايات المتحدة الأمريكية، كمشروع عسكري هدفه ضمان استمرارية الاتصال أثناء الحرب، ولكن انضمام الجامعات الأمريكية، ثم المؤسسات الأهلية والتجارية في أمريكا وخارجها جعلها شبكة عالمية، تستخدم في شتى مجالات الحياة، ولقد تطورت شبكة الأنترنت في السنوات الأخيرة بشكل مذهل وسريع جداً، فأصبحت كتاباً مفتوحاً للعالم أجمع. فهي غنية بمصادر المعلومات إلى درجة الفيضان، فلا عجب إذن أن تنتشر تطبيقاتها في كل اتجاه بمعدلات متسارعة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كلاهما لدولة واحدة، وقد ينتمي كل منهما لدولة غير دولة الطرف الآخر؛ وهو الغالب، وذلك باستخدام الوسائل الإلكترونية، ولا شك أن استخدام هذه الوسائل يمنح هذه النوع من العقود خصوصية غير تلك التي تتميز بها العقود التقليدية.

وإن كانت العقود التقليدية تقوم في بيئة مادية يتبادل فيها المتعاقدان إرادتهما في مجلس عقد حقيقي، فإن ما يميز العقود الإلكترونية أنها تقوم في بيئة افتراضية غير مادية، تستخدم فيها وسائل اتصال حديثة أهمها شبكة الأنترنت، يُعبر من خلالها الأطراف المتعاقدون عن إرادتهم في التعاقد عن بعد، بتبادل المعلومات ورسائل البيانات بسرعة فائقة دون تكبد عناء التنقل، ما يجعل مجلس العقد هذا مجلساً افتراضياً، وهوما يؤدي إلى توفير الوقت، والجهد، وخلق فرص الاستثمار، على خلاف العقود التقليدية؛ والتي تقتضي في غالب الأحيان التقاء الأطراف، والذي لا يتحقق إلا بالتنقل من مكان إلى آخر لإتمام العقد.

لاشك أن العقود الإلكترونية قد شَكّلت تحولاً واضحاً في مجال قواعد التعاقد التقليدية، ما أثار في البداية جدلاً عند فقهاء القانون بخصوص أثر هذا التحول على النظرية العامة للعقد؛ المعروفة في التشريعات الداخلية، والذي دفع بعد ذلك عديد المشرعين إلى تعديل قوانينهم التقليدية؛ حتى تستوعب هذا النوع من المعاملات، أو استحداث قوانين خاصة بهذه المعاملات، وهو ما فعله المشرع الجزائري؛ والذي على الرغم من تأخره، إلا أنه أصدر قانوناً خاصاً بالتجارة الإلكترونية، أجاز من خلاله صراحة التعامل بالعقود الإلكترونية، ومن ثمة جواز التعبير عن الإرادة باستخدام الوسائل الإلكترونية الحديثة في إبرام هذه العقود.

وفي ذات السياق فقد سبق قانون التجارة الإلكترونية ذلك أن أصدر المشرع الجزائري قانوناً يتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، والذي ساوى فيه بين الكتابة والتوقيع في شكلهما التقليدي والإلكتروني، وأعطاهما ذات الحجية في الإثبات، وهو ما يعرف بمبدأ النظير الوظيفي؛ ليتحقق بذلك الاعتراف القانوني بالعقود الإلكترونية، وبالتالي ضمان الثقة والأمان للمتعاملين بهذه العقود.

ومع تزايد انتشار الصفقات والمعاملات التجارية التي تتم إلكترونياً عبر شبكة الأنترنت، أثيرت العديد من الإشكاليات القانونية على المستويين الوطني والدولي؛ لعل أهمها تلك المتعلقة بالتعاقد الإلكتروني ابتداءً، وهي مرحلة إبرام العقد الإلكتروني ذاتها، ووجود التراضي على هذه العقود، خاصة وأن التراضي يُعد ركناً أساسياً لتكوين العقد بصفة عامة، ومنها بطبيعة الحال العقود الإلكترونية، والذي ينصرف في حقيقته لوجود توافق إرادتين قصد

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إحداث أثر قانوني يتمثل في العقد، علما أنها عقود قد تتم في الدولة نفسها، كما قد تبرم عن بعد بين أشخاص ينتمي كل منهم إلى دولة غير دولة الطرف الآخر.

ومن أبرز هذه الإشكالات، والتي تتعلق بالتراضي في التعاقد الإلكتروني؛ تحديد شخصية المتعاقد عبر شبكة الأنترنت، وتحديد أهليته للتعاقد، وبيان كيفية وصور التعبير الإلكتروني عن الإرادة في الإيجاب والقبول، وكذلك وقت ومكان إبرام العقد، وإثبات التراضي على هذه العقود، وتسوية منازعاتها، لا سيما في ظل تميز هذه العقود بالطابع الدولي؛ كونها تبرم عن بعد بين أشخاص ينتمي كل منهم إلى دولة غير دولة الطرف الآخر، وذلك عبر بيئة افتراضية لامادية.

وتبعا لذلك تتمحور إشكالية هذه الدراسة أساساً حول: **خصوصية التراضي في العقود الالكترونية، ومدى كفاية نصوص التشريع الجزائري لتنظيم أحكامه؟**

هذه الإشكالية تتفرع عنها عدة تساؤلات فرعية، هي:

- ما مدى جواز التعبير عن الإرادة باستخدام الوسائل الإلكترونية، وفيما تتمثل صور وطرق التعبير الإلكتروني عن الإرادة؟
- كيف تتحدد هوية وشخصية المتعاقد الإلكتروني، وما مصير التعاقد عند تعيب إرادته؟
- ما هو النظام القانوني للمفاوضات في التعاقد الإلكتروني باعتبارها مرحلة تمهيدية لإبرام العقد الإلكتروني؟
- الخصوصية التي يتمتع بها كل من الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني؟
- ما طبيعة مجلس العقد الإلكتروني، وكيف يتحدد زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني؟
- كيف يثبت التراضي في التعاقد الإلكتروني؟
- يثير التراضي التعاقد الإلكتروني عديد المنازعات فما هو القضاء المختص بحلها خاصة وأنها تتميز بالطابع الدولي؟ وفي حال ابتعاد الأطراف عن القضاء، فما هي أنجع الطرق البديلة لحل هذه المنازعات؟

الواقع أن لموضوع الدراسة **أهميـــة** بالغة، فمن الناحية العملية تنبع أهميته من التطور الكبير الذي وصلت إليه الثورة التكنولوجية، التي ارتبط بها ارتباطاً وثيقا من جهة أولى ظهور نوع جديد من التجارة؛ وهي التجارة الإلكترونية، ومن جهة ثانية بنوع آخر جديد من العقود؛ وهي عقود التجارة الإلكترونية؛ التي تبرم عن بعد، ودون الحضور المادي لطرفي العقد، باستخدام وسائل الاتصال الحديثة على اختلافها، وهو ما جعلها تفرض نفسها بقوة في المجتمع، بالنظر إلى ما تحققه من فوائد عديدة، حيث أن أعداد المتعاملين بها يتنامى ويتزايد يوما بعد يوم، نظرا لقيمتها

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المالية الضخمة، وتأثيرها في اقتصاديات الدول وميزانياتها التجارية، إضافة للمزايا العديدة التي تقدمها شبكة الأنترنت في مجال إمكانية إبرام العقود بسهولة ويسر؛ دونما التقاء مادي للمتعاقدين في مجلس العقد، وعدم الاستناد الى أية مستندات ورقية، وأيضاً الاستفادة من عامل الزمن؛ من خلال سرعة الاتصال طوال اليوم، الأمر الذي ازداد معه الاهتمام باستخدامها في مجال التجارة الالكترونية.

أما أهميته العلمية فتأتي من حداثة الموضوع، التي دفعتنا للاهتمام به، قصد تغطية كافة جوانبه وإزالة ما يكتنفه من غموض، خاصة في ظل حداثة القوانين المنظمة للمعاملات الإلكترونية، وعلى وجه الخصوص التشريع الجزائري، الأمر الذي يساهم في توجيه ومساعدة الباحثين في بحوثهم التي لها صلة بموضوعنا، وكذا مساعدة المتعاملين في مجال المعاملات الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الأنترنت، وذلك من خلال عرض مختلف الحلول المناسبة لتنظيم التراضي في التعاقد الإلكتروني، والتي تضمن للمتعاملين عبر الشبكة الافتراضية الثقة والأمان في معاملاتهم.

والقصد من اختيار هذا الموضوع كما يدل عليه عنوانه هو إلفات النظر إلى أهمية الأنترنت في التجارة من جهة، وفي التعاقد عن طريقها من جهة أخرى، فليس هناك مجال للشك في أن هذا العصر يتسم بالسرعة الفائقة وتزايد فجوات التطور بيننا وبين العالم المتقدم؛ تكنولوجياً، وفنياً، وعلمياً، والتي أخذت تتسع، بحيث لم تعد تطورات عادية، بل أخذت شكل قفزات سريعة، ومن هنا اتجهنا لإلقاء الضوء على بعض ملامح المرحلة القادمة، واستخدم شبكة الأنترنت في العملية التعاقدية.

كما أن التنظيم المتأخر للمعاملات الإلكترونية في الجزائر مقارنة بغيرها من الدول الأخرى، في ظل الانتشار الواسع والمتزايد لهذه المعاملات، كان من الأسباب التي أدت إلى دراسة هذا الموضوع لأهميته باعتباره جوهر المعاملات الإلكترونية بصفة خاصة والمعاملات التقليدية بصفة عامة.

إضافة إلى الاهتمام الخاص بهذا النوع من المواضيع لحداثتها ونقص الدراسات المتخصصة المعالجة لها، وذلك للوقوف على الإشكالات التي يثيرها ركن التراضي في التعاقد الإلكتروني، والسعي لإيجاد حلول لها.

وللدراسة جملة من الأهـــداف، أهمها أنها تلبي حاجة ملحة لوجود بحث متخصص يحاول تقديم حلول للإشكالات التي انبثقت عن التعامل الإلكتروني، فالدراسة ستقدم تحليلاً لجميع الجوانب التي يثيرها قيام ركن التراضي في العقود الإلكترونية، وتجلية الغموض عنه، بصورة تسمح بتجنب المتعاملين في هذا المجال كل المخاطر والعيوب التي قد تشوب الرضا .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما تسعى الدراسة لتقديم تحليلاً للوضع القانوني الحالي للعقود الإلكترونية بوجه عام؛ على المستويين الوطني والدولي، ومدى قدرته على استيعاب المسائل المتعلقة بنظام التعاقد الإلكتروني، وذلك بهدف العمل على ضبط الحدود والأطر القانونية لتنظيم هذا المجال، وذلك للتغلب على الصعوبات والاشكالات التي تحول دون تحقيق فاعليته؛ كأسلوب لن ينتظر كثيراً ليكتسح مجال التجارة.

إن خصوصية الموضوع وأهميته دفعتنا إلى الاعتماد على عدة مناهج علمية تتكامل فيما بينها، تمثلت أولاً في المنهج الوصفي؛ من خلال بيان مختلف المفاهيم والظواهر الجديدة المتعلقة بالتراضي في العقود الإلكترونية، وذلك من أجل إماطة اللثام عن الاصطلاحات الجديدة التي لم تعرفها القواعد العامة، والتي جاءت بها التشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية.

و**المنهج التحليلي ثانياً؛** ذلك أن الدراسة لا تقف فقط عند جمع المعلومات المتصلة بالموضوع، وإنما تهدف إلى عرض مختلف النصوص القانونية الخاصة بالتراضي في التعاقد الإلكتروني، فيما يتعلق بتكوينه وإثباته وحل منازعاته وتحليلها وتمحيصها، سواء على ما تعلق منها بالقواعد العامة أو ما تعلق القوانين الخاصة بالمعاملات الإلكترونية وطنية أو دولية، إضافة إلى بيان مختلف الآراء الفقهية في مناقشة الاشكاليات القانونية التي يثيرها موضوعنا، وذلك لإيجاد حلول تتلاءم مع التشريع والفقه.

إضافة إلى **المنهج المقارن** الذي تم الاعتماد عليه، من خلال المقارنة بين أحكام مختلف التشريعات التي نظمت معاملات التجارة الإلكترونية للاستفادة منها، والوقوف على ما سهى المشرع الجزائري عن تنظيمه في قانون التجارة الإلكترونية.

بالنسبة لصعوبات إعداد هذا البحث؛ فإن حداثة المعاملات الإلكترونية كانت سبباً في ندرة الأحكام والقرارت القضائية المتعلقة بها؛ خاصة في الجزائر، والتي يمكن الاستناد عليها للوصول إلى الحلول المناسبة للإشكالات القانونية التي يطرحها الموضوع محل الدراسة، أو بيان مقصود المشرع من بعض القواعد المتعلقة بالتجارة الإلكترونية والتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الأمر الذي يبقينا رهن القواعد العامة التي يتوجب ولزام علينا الرجوع لها، والتي في مجملها لا تتماشى ولا تستوعب مع هذا النوع من العاملات وذلك لخصوصيها التي ترجع للطابع اللامادي والافتراضي لشبكة الأنترنت.

وقد واجهنا أيضا صعوبة أخرى؛ تمثلت في بداية دراسة الموضوع في غياب التشريع المنظم للمعاملات الإلكترونية، الذي تأخر المشرع الجزائري في إصداره، وهذا على خلاف غيره من المشرعين سواء في الدول الأجنبية أو

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الدول العربية، وبتدارك المشرع الجزائري لذلك من خلال إصداره للقانون رقم 05/18 لسنة 2018 والمتعلق بالتجارة الإلكترونية[1]، وجدنا أنفسنا أمام وجوب إعادة النظر فيما درسناه بإدخال ما هو مستجد من خلال تحليل نصوص هذا القانون.

وبخصوص الحديث عن **الدراسات السابقة**؛ فقد تضمنت بعض الدراسات موضوع التراضي في عقود التجارة الإلكترونية، ولكن في إطار عام، نذكر منها:

- رسالة دكتوراه بعنوان: إبرام العقد الإلكتروني، للباحث: بلقاسم حامدي، عالج فيها تطور وسائل الاتصال الحديثة مع بيان مفهوم كل من التجارة والعقد الإلكتروني، ثم بحث انعقاد العقد الإلكتروني بالتطرق لتكوينه وذلك بيان أركانه: الرضا والمحل والسبب، و مختلف الالتزامات المترتبة على إبرام العقد، ليتناول إثبات العقد الإلكتروني وتسوية منازعاته.

- تكوين العقد الإلكتروني في ظل النظرية العامة للعقد في القانون المدني للجزائري للباحث: بن جبارة عباس، وهي رسالة دكتوراه عالج فيها الإطار المفاهيمي لكل من التجارة الإلكترونية والعقد الإلكتروني، ليبحث كيفية تكوين العقد من خلال التطرق للتفاوض على العقد الإلكتروني، ليتناول صور التراضي فضلاً عن الوقوف على خصوصية المحل والسبب في تكوين العقد الإلكتروني.

- التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت للباحث: مخلوفي عبد الوهاب، وهي رسالة دكتوراه عالجت هي الأخرى مفهوم التجارة والعقد الإلكترونيين، كما بحثت أركان العقد الإلكتروني وآثاره، ليتطرق لإثباته.

ومن ثمة تبرز خصوصية هذه الدراسة المقدمة، بتناولها دراسة ركن واحد من أركان العقد، وهو ركن الرضا في التعاقد الإلكتروني لإبراز خصوصيته؛ باعتباره الركن الرئيس والجوهري في إبرام أي عقد مهما كانت طبيعته، وذلك وفقا مختلف النصوص القانونية الدولية منها والوطنية، وعلى الخصوص كل من القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، والقانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين[2].

1 - القانون رقم 05/18 المؤرخ في 24 شعبان 1439 الموافق 10 مايو 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: العدد 28، بتاريخ 30 شعبان 1439 الموافق16 مايو 2018).

2 - القانون رقم 04/15 المؤرخ في 11 ربيع الثاني 1436 الموافق 1 فيفري 2015 المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: العدد 06، بتاريخ 20 ربيع الثاني 1436 الموافق 10 فيفري 2015).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هذا ؛ وقد جعلت الباحثة العمل في هذا البحث في بابين وخاتمة -بعد هذه المقدمة – وذلك على النحو الآتي :

الباب الأول تناولنا فيه تكوين التراضي في التعاقد الإلكتروني ، وقسمناه إلى فصلين ، فخصصنا **الفصل الأول لدراسة** التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني ؛ الذي قد يكون صريحا أو ضمنا ، وذلك ببيان وجود الإرادة في التعاقد الإلكتروني ؛ بإبراز مدى جواز التعبير عنها إلكترونياً في مختلف القوانين في المبحث الأول ، ولنبين كيفية التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني من خلال توضيح طرق وصور التعبير عنها في المبحث الثاني ، ولنتطرق لأهم المشاكل التي يثيرها ركن التراضي ؛ سواء ما تعلق منها الأهلية أو ما تعلق منها بعيوب الإرادة في المبحث الثالث.

أما الفصل الثاني فخصصناه لدراسة خطوات إنشاء التراضي في التعاقد الإلكتروني ، خاصة وأن أي عقد تقليديا كان أو إلكترونيا يمر قبل إبرامه بمرحلة هامة هي مرحلة التفاوض والتي بيانا مختلف أحكامها في المبحث الأول منه ، لنتطرق لدراسة الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني لما لهما من أهمية التعاقد بصفة عامة وفي قيام التراضي بصفة خاصة إذ لا تراضي بغير إيجاب وقبول وهو ما درسناه في المبحث الثاني ، أما المبحث الثالث فتناولنا فيه مجلس العقد الإلكتروني كونه يعبر على الإطار الزماني والمكاني للعقد.

أما الباب الثاني فكان لدراسة إثبات التراضي في التعاقد الإلكتروني وتسوية منازعاته ، وقد قسمناه إلى فصلين ، **خصصنا الفصل الأول لدراسة** إثبات التراضي في التعاقد الإلكتروني ، بالتطرق لدراسة الكتابة الإلكترونية في المبحث الأول ، والتوقيع الإلكتروني في المبحث الثاني ، والتصديق الإلكتروني في المبحث الثالث.

وعرضنا في **الفصل الثاني** لتسوية منازعات التراضي في التعاقد الإلكتروني ببيان القانون الواجب التطبيق عليه لكون التعاقد الإلكتروني تعاقد عن بعد يتم بين طرفين ينتمي كل منهما لدولة غير دولة الطرف الثاني ، ما يطرح إشكالية تنازع القانون وذلك في المبحث الأول ، لنتطرق لطرق تسوية منازعاته وذلك بتحديد الجهة القضائية المختصة في الفصل في النزاع ، وكذا بيان الطرق البديلة لتسويته وذلك من خلال كل من الوساطة والتحكيم الإلكترونيين باعتبار أنهما من أنجع وأهم هذه الوسائل وهو ما سنتناوله في المبحث الثاني منه.

لننهي بحثنا بخاتمة خلصنا من خلالها لجملة من النتائج المتوصل إليها من خلال دراسة الموضوع ، لنستتبعها ببعض التوصيات والاقتراحات.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الباب الأول:

تكوين التراضي في التعاقد الإلكتروني

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الباب الأول: تكوين التراضي في التعاقد الإلكتروني

تتميز شبكة الأنترنت[1] عن بقية وسائل الاتصال الأخرى بمميزات وخدمات متعددة ؛ انعكست على التجارة، ونتيجة لذلك دخلت شبكة الأنترنت في مجال المعاملات المدنية والتجارية، بعد أن كان استخدامها مقصورا على مجال البحوث العلمية، كما أن تطور هذه الشبكة أدى إلى ممارسة هذه المعاملات إلكترونيا، مما أدى إلى بروز ما يسمى بالتجارة الالكترونية[2]، التي يتمثل جوهرها في العقود الإلكترونية التي تنفرد هي الأخرى بمزايا متعددة تعود إلى الوسيلة التي تستخدم في عملية إبرامها، مما يميزها عن غيرها من العقود القانونية.

وقد ازداد في الوقت الراهن استخدام شبكة الأنترنت في مجال العقود، وذلك في كل المراحل التي يمر بها بداية بالتفاوض على العقود وإبرامها وحتى تنفيذها، وبما أن العقود الإلكترونية لا تختلف في جوهرها عن العقود التقليدية، لذلك فهي لا تخرج عن إطار القواعد العامة المنظمة لأحكام العقد عموما، وإن كانت هذه العقود تحتاج في بعض جوانبها إلى معالجات قانونية خاصة تفتقر لها القواعد العامة.

---

1 - تتكون كلمة الأنترنت من قسمين: أولهما inter وهو اختصار لكلمة دولية، وكلمة international ويقصد به شبكة الاتصالات الدولية، والقسم الثاني لهذه الكلمة هو net، وهو اختصار لكلمة NETWORK، ومن أهم التعريفات التي قيلت عن شبكة الأنترنت، أنها شبكة هائلة من أجهزة الكمبيوتر الهائلة المتصلة فيما بينها بواسطة خطوط الاتصالات عبر العالم، وتعرف أيضا على أنها مجموعة مفككة من ملايين الحواسيب موجودة في آلاف الأماكن حول العالم، يستطيع مستخدميها استخدام حواسيب أخرى للعثور على المعلومات.

أنظر كلا من:

-بشار طلال مومني، **مشكلات التعاقد عبر الأنترنت**، الطبعة الأولى، دار الكتب الحديث، الأردن، 2004، ص ص 9 -10.

- خالد ممدوح ابراهيم، **التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2008، ص ص 53 -54.

2 - عرفها المشرع الجزائري في المادة 6 من القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على أنها: " **التجارة الإلكترونية: النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني عن طريق الاتصالات الإلكترونية**"

ويعرف بعض الفقه التجارة الإلكترونية على أنها: مصطلح يشتمل جميع العمليات التجارية التي تعتمد على المعالجة الإلكترونية ونقل البيانات والنص والصورة والصوت، والتي تتم بين الأفراد والشركات عبر الحدود والقارات، وهي عبارة عن بيع وشراء السلع والخدمات عبر شبكة الأنترنت أو غيرها من وسائل الاتصال المعلوماتي الحديثة، وقد ظهرت فكرة التجارة الإلكترونية في الثمانينات من القرن العشرين، وتطورت في النظام الأمريكي تحت مفهوم تبادل المعطيات المعلوماتية، والتي تفترض المعالجة الأوتوماتيكية للعملية التجارية برمتها دون تدخل إنساني، وكذلك استخدام الرسائل وضبطها من الناحية الشكلية، وفقا لمستوى معياري أو قياسي معين.

-أنظر كلا من:

-شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، **النظام القانوني للتعاقد والتوقيع الإلكتروني في إطار عقود التجارة الإلكترونية**، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية، مصر، 2016، ص 22.

- محمد السيد عرفة، **التجارة الدولية الإلكترونية عبر الأنترنت**، مؤتمر القانون والكمبيوتر والأنترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الفترة من 1 -3 ماي 2000، المجلد الأول، ص 282.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومن القواعد العامة المنظمة لأحكام العقد والتي يتم تطبيقها على العقود تقليدية كانت أو إلكترونية، القواعد التي تنظم إبرام العقد، والتي تستلزم توافر جملة من الأركان تتمثل في الرضا والمحل والسبب والشكلية في بعض العقود الي تستلزم شكلا معينا، وما يهمنا في هذه الأركان هو ركن الرضا ودوره في تكوين العقد باعتباره ركنا أساسيا فيه، يتطلب وجوده توافر الإرادة لدى المتعاقد، واتجاهها صوب إحداث أثر في إبرام العقد، ولا يتم ذلك إلا بالتعبير عن هذه الأخيرة بمظهر خارجي يدل عليها، إذ لا أثر لها إذا ما بقيت كامنة في النفس، ويتم التعبير عنها بعدة طرق تتراوح بين التقليدية والإلكترونية التي تتماشى مع طبيعة هذه العقود الإلكترونية، مما يضفي عليها خصوصية تميزها عن غيرها.

وبناءً على ما سبق قسمنا هذا الباب إلى فصلين، خصصنا الفصل الأول لدراسة التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني، في حين خصصنا الفصل الثاني لدراسة خطوات إنشاء التراضي في التعاقد الإلكتروني.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الأول:

التعبير عن الإرادة

في التعاقد الإلكتروني

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الأول: التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني

يقوم العقد الإلكتروني[1] على ذات الأركان التي يصح بها أي عقد، ويعد في ذلك ركن التراضي أهمها، والذي يقوم على توافق إرادتين لإحداث أثر قانوني، وهذا الأخير لا يمكن أن يتحقق إلا بالتعبير عن الإرادة، ولكي يكون التعبير عن الإرادة قانونياً يتوجب صدوره عن إرادة جادة، وسليمة، وكاملة.

وإذا كان التعبير عن الإرادة في التعاقد بصفة عامة يتم بالإفصاح عنها بأي طريقة من طرق التعبير الخارجي على وجه يعتد به القانون؛ فإن التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني يتم عبر وسائط إلكترونية بما يتماشى مع طبيعته، وهذا أهم ما يميزها عن العقود التي تتم في بيئة تقليدية؛ مما يعيق خضوعه التام للقواعد العامة التي تحكم التعاقد التقليدي.

وحتى يكون الرضا معبراً ومنتجاً لأثاره القانونية في التعاقد الإلكتروني لابد أن يصدر عن شخص تتوافر فيه أهلية التعاقد، ولا يشوب إرادته عيب من عيوب الإرادة طبقاً لما تشترطه القواعد العامة.

وللوقوف على ذلك قسمنا هذا الفصل إلى ثلاث مباحث، خصصنا المبحث الأول لدراسة وجود الإرادة في التعاقد الإلكتروني، والمبحث الثاني منه لدراسة وسائل وطرق التعبير الإلكتروني عن الإرادة، في حين يأتي المبحث الثالث لدراسة المشاكل التي يثيرها التعبير الإلكتروني عن الإرادة.

المبحث الأول: وجود الإرادة في التعاقد الإلكتروني

يتحقق التراضي في التعاقد تقليديا كان أو إلكترونياً بتوافق إرادتين متطابقتين، يُعبر عنهما وفقا للقانون؛ ذلك أن قوام العقد هو الإرادة الحقيقية الباطنة التي تتولد لدى طرفي العقد، والتي لا تحدث أثرها القانوني إلا إذا ظهرت إلى حيز الوجود؛ بحيث لا يتحدد مضمون العقد إلا بالرجوع إلى هذه الإرادة، وحتى يتم إظهار هذه الإرادة لابد من التعبير عنها، وإلا بقيت كامنة في النفس لا يعلمها سوى صاحبها.

ولما كان الرضا ركناً أساسياً في العقد، فهو لا يتجسد إلا بالتعبير عنه، وتبعاً لذلك إذا كانت القواعد العامة لانعقاد العقد التقليدي تشترط وجود إرادة تعاقدية؛ فإنها لا تشترط طريقة معينة للتعبير عن هذه الإرادة، وبما أن العقد

1 -العقود الإلكترونية هي عملية ترويج وتبادل السلع والخدمات وإتمام الصفقات باستخدام وسائل الاتصال وتكنولوجيا تبادل المعلومات الحديثة عن بعد، لاسيما شبكة المعلومات الدولية الأنترنت، دون حاجة لانتقال الأطراف والتقائهم في مكان معين، سواء أمكن تنفيذ الالتزامات إلكترونيا أو استلزم الأمر تنفيذها بشكل مادي محسوس، وتُعّرف أيضاً على أنها: اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول – بشأن السلع والخدمات -عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد، وذلك بواسطة وسيلة مسموعة ومرئية تتيح التفاعل الحواري بين الموجب والقابل. أنظر: عبد الله نوار شعت، **الإثبات والالتزامات في العقود الإلكترونية**، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2017، ص ص 14 -15.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الإلكتروني يُبرم عبر شبكة افتراضية تتسم باللامادية، فإن هذا الأمر يثير إشكالية استخدام الوسائط الإلكترونية للتعبير عن الإرادة في إبرام العقد، ومدى اعتراف التشريعات بجواز التعبير عن الإرادة عبر هذه الوسائط.

وبغية الوقوف على ذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين؛ نخصص المطلب الأول لتعريف التعبير عن الإرادة وبيان قيمتها القانونية، ونتناول في المطلب الثاني مدى جواز التعبير الإلكتروني عن الإرادة والاستثناءات الواردة عليه.

المطلب الأول: تعريف التعبير عن الإرادة وقيمتها القانونية

يتم التعبير عن إرادة الإنسان بطرق مختلفة، وما يجمعها أنها تؤكد وجود نية الارتباط بالعقد لدى من يصدر عنه التعبير الإرادي، مما يعني ذلك أن وجود التراضي في العقود؛ بما فيها العقود الإلكترونية يتطلب توافر الإرادة لدى المتعاقد، كما يجب أن تتجه هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، ولكن مادام أن الإرادة ذات طبيعة نفسية داخلية؛ فإنه لا يمكن التعرف عليها إلا إذا جاء التعبير عنها بمظهر خارجي يدل عليها، لذلك لا يترتب على الإرادة أي أثر مادامت باقية في النفس.

كما أن الأصل في هذا المجال هو عدم اشتراط شكلية معينة يتحتم أخذها لعرض التعبير عن الإرادة، فيستطيع المتعاقد أن يُعبر عن إرادته بالوسيلة التي يراها مناسبة له، ويعد ذلك تطبيقا لمبدأ الرضائية في العقود.

وبغية التعرف على ذلك كله فقد قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول تعريف التعبير عن الإرادة، ونتناول في الفرع الثاني بيان قيمتها القانونية.

الفرع الأول: تعريف التعبير عن الإرادة

تُعرف الإرادة بأنها ظاهرة نفسية تتمثل في قدرة الكائن المفكر في اتخاذ موقف، أو قرار يستند إلى أسباب واعتبارات مقبولة؛ مما يستدعي وجود الإدراك وحسن التدبير عند صاحب الإرادة، ويميز البعض بين عدة صور للإرادة معتمدين في ذلك على قدرة وتطور إدراك كل كائن، أما القانون فإنه لا يعتد إلا بالإرادة الجدية التي لا تتوفر إلا إذا صدرت من شخصية قانونية مؤهلة ترغب في إحداث آثار قانونية[1].

ويُعرف التعبير عن الإرادة بأنه الوسائل التي يتم من خلالها إخراج النية من عالم المشاعر والأفكار إلى حيز الوجود الخارجي، وهذه الوسائل متعددة ومختلفة[2]، لم تحصرها التشريعات، بل ترك أمرها في أغلب الأحوال

1- علي فيلالي، **الالتزامات - النظرية العامة للعقد**، الطبعة الثانية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 69.

2- آمانج رحيم أحمد، **التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنيت**، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006، ص 92.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

للمتعاقدين[1]، وتأكيداً على ذلك ما فعلته معظم التشريعات؛ بما فيها المشرع الجزائري، إذ لم تُذكر هذه الوسائل على سبيل الحصر، وإنما على سبيل المثال؛ ومنها: اللفظ، الكتابة، الإشارة، أو أي موقف أخر يدل على التراضي[2].

وبذلك يتضح أن التعبير عن الإرادة يمر بمرحلتين[3]: المرحلة الأولى: وهي عملية نفسية فكرية، والمرحلة الثانية: تتمثل في إظهار الإرادة إلى العالم الخارجي؛ فالنية وحدها لا تكفي، والتعبير عن الإرادة ما دام أنه عمل نفسي لا يعلم به إلا صاحبه فهي لا تتخذ مظهرها الاجتماعي؛ لذا لا يعتد بها القانون إلا بالإفصاح عنها[4].

والأصل في العقود الرضائية أن القانون لا يشترط لها مظهراً خاصًا، ولا طريقة خاصة يتم بها تعبير الشخص عن إرادته؛ إذ يستوي في ذلك أن يكون التعبير عنها صريحاً أو ضمنياً بوسائل تقليدية أو إلكترونية، فمثلاً إذا عرض البائع البضائع على موقعه الإلكتروني على شبكة الأنترنت، أو عبر المتاجر الافتراضية، مع بيان مواصفاتها وأسعارها، يُعد ذلك تعبيراً صريحاً عن الإرادة[5].

1- بسمان نواف الراشدي، **عقود التجارة الإلكترونية وقواعد إبرامها**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2015، ص 59.

2- أنظر: المادة 60 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: العدد 78، بتاريخ 24 رمضان 1395 الموافق 30 سبتمبر 1975).

المُعدل والمتمم بالقانونين:

-القانون رقم 10/05 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 الموافق 20 يونيو 2005، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: العدد 44، بتاريخ 19 جمادى الأولى 1426 الموافق 26 يونيو 2005).

-القانون رقم 05/07 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق 13 ماي 2007، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: العدد31، بتاريخ 25 ربيع الثاني 1428 الموافق 13 مايو 2007).

3- يرى علماء النفس في تحليلهم للإرادة كظاهرة نفسية أنها قبل أن تخرج إلى الوجود تمر بأربعة مراحل هي:

- **مرحلة التصور**: وفيها يستحضر الشخص العمل القانوني الذي يريد إبرامه.
- **مرحلة التدبر**: وفيها يوازن الشخص بين شتى الاحتمالات والنتائج.
- **مرحلة التصميم**: وفيها يبت الشخص في الأمر، وهذه المرحلة هي جوهر الإرادة أو هي الإرادة نفسها.
- **مرحلة القرار**: وينقل فيها الشخص إرادته من كامن نفسه إلى العالم الخارجي، فيفصح عن إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني.

أنظر كلا من:

-محمد تقية، **الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984، ص 24.

- أنور سلطان، **مصادر الالتزام في القانون المدني – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2015، ص 54.

4- طلال ياسين العيسى وسهى يحيى الصباحين، **العقد الإلكتروني**، دار البيروني للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص ص33 -34.

5- التعبير الصريح هو الذي يريد صاحبه إحاطة الغير علماً به، وذلك باتخاذ مظهر يدل دلالة مباشرة على ما يريده. أنظر: محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني -النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام: العقد والإرادة المنفردة – دراسة مقارنة في القوانين العربية**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، دون تاريخ، ص 81.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما أن نقر المشتري على خانة القبول في العقد النموذجي المرسل إليه من قبل البائع عبر شبكة الأنترنت يُعد أيضاً تعبيراً صريحاً للقبول من المشتري، في حين يكون التعبير ضمنياً[1] إذا قام المشتري مثلاً بأي عمل لا تدع ظروف الحال مجالا للشك في دلالته عن الإرادة؛ كأن يقوم المشتري بتحميل برنامج معروض على شبكة الأنترنت، أو أن يرسل الرقم السري لبطاقته الإلكترونية إلى البائع بعد أن يختار البضاعة المعروضة لغرض شرائها[2].

ويتم التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية من خلال الحاسب الآلي[3]، وذلك عن طريق وسائل متصلة بشبكة الاتصال الخارجي، وتتضمن إما عرضا للتعاقد أو إيجاباً أو قبولاً، مما يؤدي إلى التأكيد على أن التعاقد عبر الأنترنت يستلزم إشراك الأطراف المتعددة التي تسعى للتعاقد عبر تلك الشبكة، فيكون هناك اتصال مباشر بين المشتركين؛ بحيث يكون بمقدورهم إرسال العروض، وتلقي القبولات، على أن النقطة الجوهرية هنا أن الأجهزة ذاتها ليست طرفاً في العلاقة التعاقدية؛ لأنها لا إرادة لها، وبالتالي ليست محلاً للمسؤولية، بل هي مجرد وسيلة لإيصال مضمون التعبير الإرادي الصادر عن كل طرف إلى الطرف الآخر وإعلامه به[4].

ومن الناحية القانونية فإن الوسائل الإلكترونية تصلح كطريقة للتعبير عن الإرادة، ما دامت تُمكن المتعاقد من التعبير عن إرادته بصورة واضحة ومفهومة من الطرف الآخر؛ لا سيما أن القانون يضع في المقام الأول مسألة توافق الإرادتين؛ بغض النظر عن مظهر التعبير عنها، فهذا التوافق هو مصدر القوة الإلزامية للعقد، ويكون التعبير عن الإرادة مقبولاً أيضاً إذا تم عبر وسائل الاتصال الحديثة، لتصبح هذه المسالة نقطة التقاء بين العقود الإلكترونية والتقليدية، من حيث إمكانية التعبير عن الإرادة صراحة أو ضمناً[5]، وبحسب الاعتقاد السائد في مسألة كون التعبير عن الإرادة بواسطة الأنترنت صريحاً أو ضمنياً، فغالباً ما يكون صريحاً؛ نظراً لما يخلفه من أثر مادي مكتوب، إذ لا يقلل ذلك من أهميته كونه مكتوب على شكل نبضات إلكترونية، أو إشارات كهربائية، لأنه يشكل في النتيجة (كتابة) من نوع خاص حديث، تتوقف في شكلها وقدراتها التقنية على نظام الحفظ الذي يتبناه، ويحتفظ به الحاسوب في ذاكرته[6].

---

1 - التعبير الضمني هو الذي لا يستدل منه على وجود الإرادة إلا بطريق غير مباشر، فالإرادة فيه لا تتخذ للتعبير عنها وسيلة موضوعة في ذاتها للكشف عن عنها، وإن أمكن استنباطها من موقف يتخذه الشخص، فيرجح معه أن إرادته قد انصرفت إلى معنى معين. أنظر: محمد تقية، المرجع السابق، ص 79.

2 - بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 59.

3 - الحاسب الآلي جهاز إلكتروني له القدرة على تقبل كم هائل من البيانات وتخزينها واسترجاعها عند الحاجة، وإجراء العمليات الحسابية بسرعة فائقة وبدقة متناهية. وقد تطور منذ ظهوره وحتى الآن بصورة تفوق الخيال أنظر: سمير حامد عبد العزيز الجمال، **التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة -دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص ص 44 -45.

4 -عبد الباسط جاسم محمد، **إبرام العقد عبر الأنترنت**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 110.

5 - المرجع نفسه، ص 111.

6 - المرجع نفسه، ص 114.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

من خلال ما سبق ؛ يتبين لنا أن الإرادة مظهر نفسي ، لا يمكن الكشف عنه إلا بإظهاره إلى العالم الخارجي ، وكذلك بالتعبير عنها بأي طريقة تؤدي إلى الكشف عنها ، ويكون التعبير عن الإرادة صريحاً ، وذلك باتخاذ مظهر يدل عليها مباشرة ؛ كالكتابة واللفظ والإشارة ، أو يكون ضمنياً ، وذلك باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال مجالاً للشك في دلالته عن الإرادة ، ويتم ذلك بوسائل تقليدية ، أو بوسائل إلكترونية ؛ كشبكة الأنترنت.

الفرع الثاني : القيمة القانونية للتعبير الإلكتروني عن الإرادة

إن الإرادة مسألة نفسية تستوجب الكشف عنها بالكلام ، أو بالكتابة ، أو بالإشارة ، أو بأية وسيلة أخرى حتى يتمكن الغير من الاطلاع عليها ؛ لكن قد لا تعبر الكلمة أو الإشارة بصدق عن الإرادة النفسية ، مما يغير المعنى الحقيقي ، أو قد تحمل الكلمة أكثر من معنى[1] ؛ إذ أن الأصل أن يكون مظهر التعبير عن الإرادة مطابقاً للإرادة الباطنة الكامنة في نفس صاحبها ، باعتبار أن المظهر الخارجي ما هو إلا تعبير عن حقيقتها الكامنة في نفس المتعاقد ، إذ لا مشكلة تثور عندما تتطابق الإرادة الباطنة مع الإرادة الظاهرة ، بل تثور المشكلة في اختلاف الإرادتين عن حقيقة العلاقة القانونية المقصودة باطنا[2] ، وهنا نتساءل أي الإرادتين يعتد بها؟ ، وهل تكون العبرة بالإرادة النفسية أم بتلك التي تضمنتها الكلمة أو الإشارة؟ ؛ فهناك علاقة متينة بين الإرادتين ، بحيث يحول انعدام وجود أي منهما دون قيام العقد[3].

وفي العقود الإلكترونية لا تمنع بساطة إجراءات التعبير عن الإرادة عبر الوسائل الإلكترونية من وجود مخاطر تحيط بهذه الإجراءات ، تتمثل في احتمال الخطأ والتوهم من المتعاقد الذي يعتمد أمراً معيناً ؛ لكنه يعبر عن هذا القصد بمظهر يخالف حقيقة ما يريد ، كأن يوافق المشتري على شراء كتاب معروض على موقع أحد المكتبات على شبكة الأنترنت معتقدا أن ثمن الكتاب أقل من المحدد في الموقع ، فهنا تثور تساؤلات هامة : هل ينعقد العقد أساساً؟ ، وإذا انعقد فهل يؤخذ بالثمن الأقل بناءً على ظاهرة الإرادة ؟ ، وهل يتمتع التعبير الإرادي الظاهري بقيمة قانونية على الرغم من تعارضه مع مضمون الإرادة الحقيقية للمتعاقد؟ ، وهل معنى ذلك أن تهمل الإرادة الحقيقية لأنها أمر نفسي باطن لا يتسنى لأحد غير صاحبه الاطلاع عليه[4] ؟.

للإجابة على الإشكالات السابقة الذكر لابد من الإشارة ابتداءً إلى الحل السائد في الفقه طبقا للقواعد العامة هذا من جهة ، والوقوف على خصوصية التعاقد عبر الأنترنت فيما يتعلق بانعدام الحضور المادي للطرفين وعدم

1 - علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 74.
2 - عبد الباسط جاسم محمد ، المرجع السابق ، ص 118.
3 - علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 74.
4 - عبد الباسط جاسم محمد ، المرجع السابق ، ص ص 118 -119.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تواجدهما في مجلس عقد واحد، وبالتالي عدم إمكانية فهم كل طرف نفسية الطرف الأخر وظروف تعاقده. والحال أن هناك نظريتان تتعلقان بالاختلاف المحتمل بين حقيقة الإرادة الباطنة ومظهرها الخارجي الذي يبدو للمتعاقد الآخر .

البند الأول: نظرية الإرادة الباطنة

يرى أصحاب هذه النظرية المستمدة من مذهب الحرية الفردية، ومبدأ سلطان الإرادة[1]، أن الإرادة الباطنة هي ما يختلج في النفس من ميولات ومرامي، وهي رغبة الإنسان الداخلية[2]، وما وسائل إظهارها والكشف عنها إلا مجرد ثوب ترتديه للتعرف عليها[3]، فالتعبير ليس إلا مجرد وسيلة لإظهار الإرادة، فمتى أخطأ المتعاقد التعبير في نقل الحقيقة وإظهارها يصار إلى الإرادة الباطنة[4]، وبالتالي لا يؤثر بأي شكل كان على مضمونها، فالمعنى الذي تحمله الكلمة أو الإشارة أو اللفظ المستعمل تعبيرا عن الإرادة يعتبر قرينة بسيطة، على أنه المعنى الحقيقي الذي انصرفت إليه نية المعبر،

---

1 - مبدأ سلطان الإرادة هو قدرة الإرادة على إنشاء التصرف القانوني، وتحديد الآثار التي تترتب عليه، فتستطيع الإرادة أن تنشئ عقداً لا يعرفه القانون، وأن تتجه إلى ما يخالف أحكام العقود التي نظمها القانون، ويقوم المبدأ على عدة أسس ودعائم، يمكن إجمالها فيما يلي :

أ/ الحرية الفردية : يستند هذا المبدأ في قيامه على الحرية الفردية، فالأصل في الانسان براءة الذمة، وأن أحدا ليس ملزما قبل غيره، ولذلك فإن مقتضى حماية الحرية الفردية أن الشخص لا يلتزم إلا إذا أراد أن يلتزم بحريته واختياره، وأن هذا المبدأ يعد أحد أسس الحرية.

ب/ تأكيد المبادئ الدينية وقانون الكنيسة : فكان المتعاقد إذا أقسم على احترام عقده، ولو لم يفرغه في شكل مخصوص، عد الحنث باليمين خطيئة يعاقب عليها، وكان مجرد عدم الوفاء بالوعد خطيئة دينية.

ج/ نظرية العقد الاجتماعي : ويكون مضمون هذه النظرية في أن الانسان يقبل العيش في المجتمع بما يفرضه عليه ذلك من حقوق والتزامات بإرادته، وتعتبر هذه النظرية سندا قويا لمبدأ سلطان الإرادة، فإذا كانت الإرادة الانسانية لها القدر الكافي لإنشاء المجتمع، وما ينشأ عن ذلك من التزامات عامة، فإنه من باب أولى يكون لها إنشاء الالتزامات الخاصة التي تربط بين دائن ومدين.

د/ العوامل الاقتصادية : زيادة النشاط التجاري اقتضت إزالة ما يعوق المبادلات التجارية من الأوضاع والأشكال، وذلك أي تدخل من جانب الدولة بفرض القيود والحدود على النشاط الاقتصادي بعيدا عن الحرية الفردية، إنما هو عمل شيء، ولابد أن ينتهي إلى عرقلة النمو الاقتصادي.

هـ/ العوامل السياسية : وكان ذلك بطريق التدرج في بسط نفوذ الدولة وتدخلها شيئا فشيئا في الروابط القانونية بين الأفراد، والأخذ في حماية الأوضاع القديمة التي تتم بمجرد الاتفاق.

أنظر كل من :

-كريم مزعل شبي وثامر داوود عبود خضير الشافعي، "النظرية الشخصية المحددة لدور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق"، **مجلة العلوم القانونية**، كلية الحقوق، جامعة بغداد، العراق، المجلد: 32، العدد: الثاني، 2017، ص 214.

- وليد صلاح مرسي رمضان، **القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الاسلامي والقانون المدني**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009، ص ص 73 -74.

- عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، **أطروحة دكتوراه**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد -تلمسان، 2011/2010، ص 208 وما بعدها.

2 - علي كحلون، **النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزامات، أحكام الالتزامات**، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص 164.

3 - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 75.

4 - أحمد خالد العجلوني، **التعاقد عن طريق الأنترنت – دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص 32.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعليه يمكن إثبات عكس ذلك إذا اقتضى الأمر ؛ بعبارة أخرى إذا كانت الإرادة النفسية تختلف عن تلك التي تتضمنها الكلمة أو الإشارة المستعملة نتيجة الاستعمال المفرط أو غير الدقيق للألفاظ الكامنة في النفس أي بالإرادة الباطنة[1].

وبذلك فالتعبير الخارجي بحسب هذه النظرية لا بد أن يكون مجرد وسيلة للإفصاح عن الإرادة الباطنة، ولا يجوز الأخذ به إلا بقدر تطابقه مع الإرادة الحقيقية ؛ سواء عند إبرام العقد أو عند تنفيذه[2].

البند الثاني: نظرية الإرادة الظاهرة

يرى أنصار هذه النظرية التي تقدمت بها المدرسة الألمانية في منتصف القرن العشرين أن القانون يهتم بالإرادة المعلنة الظاهرة لا بالمظاهر النفسية[3] ؛ أي أن تخرج من مستواها النفسي لتصبح معطى اجتماعي وموضوعي يعاين من قبل الغير[4]، ومن ثم فإن الإرادة الباطنة لا يصح أن يكون لها أثر في القانون، فهي شيء كامن في النفس[5]، والعبرة حينئذ تكون بالإرادة الظاهرة فقط.

كما أن التعبير عن الإرادة ظاهرة اجتماعية يعتد بها القانون ويحميها، والأصل في الإرادة هي تلك المعبر عنها بغض النظر عما إذا كانت مطابقة للإرادة النفسية أولاً[6]، فالمظهر الخارجي للإرادة المتمثل في اللفظ والكتابة أو الإشارة هو العنصر الأصلي في الإرادة، وهو دليل لا يقبل إثبات العكس[7]، وترمي هذه النظرية إلى حماية المجتمع على حساب المصالح الفردية ؛ بحيث يتحمل الفرد ومن خلال النتائج المترتبة عن سوء استعمال أو اختيار الألفاظ أو الكلمات للتعبير عن إرادته[8].

من خلال عرض هاتين النظريتين يمكن القول بأن الفقه القانوني لم يستقر بعد على رأي واحد بخصوص موقف المشرع، فمنهم من يعتقد أنه أخذ مبدئياً بالإرادة الباطنة، ومنهم من يرى العكس، ومنهم من يرى أنه أخذ بالإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة في الوقت نفسه، ولم يرجح أحدهما على الأخر.

1 - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 75.
2 - عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 120.
3 - أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 34.
4 - علي كحلون، المرجع السابق، ص 164.
5 - محمد تقية، المرجع السابق، ص 90.
6 - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 76.
7 - رمضان أبو السعود، **مصادر الالتزام**، الطبعة الثالثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 44.
8 - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 76.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وتبعاً لذلك لم يستقر الفقه أيضاً على رأي بشأن القيمة القانونية للتعبير الإلكتروني عن الإرادة بواسطة الأجهزة الحديثة، ومنها شبكة الأنترنت، فهو متأرجح بين النظريتين المذكورتين، وبين اتجاه ثالث حاول التوفيق بين النتائج العملية التي تؤدي إليها النظريتان بشكل يوصل إلى تلاشي الفارق بينهما، ورغم أهمية ما ذهب إليها هذا الاتجاه التوفيقي؛ إلا أنه تعرض للانتقاد، وذلك لسببين[1]:

-**الأول:** يكمن في الأساس النظري الذي تقوم عليه كل نظرية، والذي يختلف عن أساس الأخرى، أو يصعب التأليف بينهما بشكل منطقي.

-**الثاني:** وهو الأهم، ويكمن في عدم قبول نظرية الإرادة الظاهرة بالدليل العكسي؛ لأنها تتعاطى مع الظاهر الذي يأخذ مظهراً ملموساً لا يقبل إثبات عكسه بمظهر نفسي محسوس، بخلاف نظرية الإرادة الباطنة التي يمكن بشأنها إثبات الدليل العكسي؛ ما دامت من المسائل الكامنة في النفس، لذا وجب الأخذ بإحدى النظريتين لا كلتاهما عن طريق ادعاء توفيق غير ممكن واقعياً بينهما.

تبنى كبار شراح القانون المدني في الفقه القانوني الغربي؛ كالأساتذة: **ريبير**، **بلانيول**، **اهرنج**، رأيا مفاده إلزام الموجب بالعقد على النحو الذي حدده القبول حتى لو ثبت أن الموجب لم يقترف خطأ، فما دام قد اختار هذا الطريق الإلكتروني الحديث وسيلة للتعبير عن إرادته فيتعين عليه أن يتحمل المخاطر اللصيقة بمثل هذه الوسيلة، ولا محل في القانون لحماية التقصير والإهمال على حساب حين النية (الطرف الآخر)[2].

في الفقه القانوني العربي يرى الأستاذ: السنهوري ضرورة الاعتداد عند الاختلاف بالإرادة الظاهرة؛ إذ لا ينعقد العقد بالإرادة الباطنة بسبب عدم تطابق الإرادتين، مع إعطاء الحق للمتعاقد الذي أصابه ضرر من جراء ذلك الاختلاف في الرجوع بالتعويض على المسؤول عن الخطأ الذي وقع فيه[3]، لكن هذا الرأي انتقد لسببين[4]: الأول: أن الأخذ بالإرادة الظاهرة وإهمال الإرادة الباطنة عند الاختلاف قول لا يستقيم مع المنطق القانوني؛ الذي يوجب لانعقاد العقد تتطابق الإرادتان، وبالتالي لسنا أمام عقد أصلاً؛ حتى نأخذ بالإرادة الظاهرة أو الباطنة. و الثاني: أن الجزم في القول بالأخذ بالإرادة الظاهرة يستلزم نصاً صريحاً في القانون ليكون سنداً قانونياً لمن يستند إليه.

---

1 -عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص ص 121 -122.

2 - عباس زبون عبيد العبودي، **التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني (دراسة مقارنة)**، نقلاً عن: عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 122.

3 - عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 122.

4 - المرجع نفسه، ص 123.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني: مدى جواز التعبير الإلكتروني عن الإرادة والاستثناءات الواردة عليه

القاعدة العامة أن الشخص لا يرتبط بأي عقد ما لم تتجه إرادته إلى إبرامه، فالعقد لا يتم إلا بعد تبادل أطرافه التعبير عن إرادتين متطابقتين؛ أي تتوصل الأطراف إلى اتفاق حول أحكامه الأساسية، ولذلك لابد أن يتم التعبير عن الإرادة بصورة مشروعة وقانونية حتى لا تثار شكوك حول وجود التراضي[1]، والذي هو الأساس الذي تقوم عليه العلاقة العقدية، والذي ينتج عنه أثار قانونية يلزم الأطراف بتنفيذها ، ومن هنا تكمن أهمية التعبير عن الإرادة[2].

ولما كان التراضي عبر شبكة الأنترنت يثير العديد من المخاوف؛ فقد استوجب ذلك الوقوف على مدى اعتراف القانون بالتعبير عن الإرادة لغرض إنشاء العقد في بيئة إلكترونية، وبالذات عبر استخدام شبكة الأنترنت، من خلال بيان موقف التشريعات؛ العربية والدولية.

رسخت القواعد العامة في التشريعات الحديثة قاعدة مفادها جواز التعبير عن الإرادة بأية وسيلة لا تثير الشك في رضى المتعاقد بالتصرف، تغليباً لمبدأ سلطان الإرادة، والذي قامت عليه معظم تلك التشريعات، إضافة إلى قيام عدد من الدول بإصدار قوانين خاصة؛ نظمت مسألة التجارة والمعاملات الإلكترونية، وبحثت مسألة التعبير عن الإرادة بالوسائط الإلكترونية؛ ومن ضمنها شبكة الأنترنت[3].

وللتفصيل في ذلك نتناول في الفرع الأول دراسة مدى جواز التعبير عن الإرادة إلكترونياً، وفي الفرع الثاني الاستثناءات الواردة عليه.

الفرع الأول: قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل

وجد مبدأ الرضائية تطبيقا حديثا له في عصر ثورة المعلومات والاتصالات؛ بحيث يكون التقاء الإرادات إلكترونيا كافياً لإبرام العقد؛ متى استوفى شروط صحته، بغض النظر عن وسيلة الاتفاق عليه، كما لا يوجد في القواعد العامة في معظم التشريعات الحديثة؛ سواء الدولية منها أو العربية، ما يمنع انعقاد العقد باستخدام شبكة الأنترنت، بل أن هذه القواعد فيها من المرونة ما يستوجب مثل هذه الوسيلة لاعتبارها صورة أخرى من صور التعبير عن الإرادة[4].

---

1 - طلال ياسين العيسى وسهى يحي صباحين، المرجع السابق، ص 34.

2 - فراس بحر محمود، "التعبير الإلكتروني عن الإرادة"، **مجلة كلية الحقوق**، جامعة النهرين، العراق، العدد: 3، المجلد: 16، 2014، ص 33.

3 - محمد عبد الرحيم الشريفات، **التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت -دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 40.

4 - محمد أطويف، "انعقاد العقد التجاري الإلكتروني"، (تاريخ الاطلاع: 28 يوليو 2011)، الموقع الإلكتروني: **www.marocdroit.com**، ص 3.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الأول: على المستوى الدولي

الأصل في التعبير عن الإرادة أنه لا يخضع لشكل معين ؛ فكل ما يدل على وجود الإرادة يصلح قانوناً للتعبير عنها[1]، وبالتالي فهو جائز بكافة الوسائل التي يمكن أن يؤدي إليها، وعليه يمكن التعبير عن الإرادة باستخدام الألفاظ مباشرة عن اللسان ؛ كالمخاطبة الهاتفية، وقد يكون التعبير عنها بواسطة الكتابة في أي شكل من أشكالها ؛ رسمية كانت أو عرفية، وسواء كانت مكتوبة باليد أم بالآلة الكاتبة، وقد يتم التعبير أيضاً بالإشارة المتداولة عرفاً، ولما كانت شبكة الأنترنت تقوم على الجمع بين تقنيات النص، وذلك بالكتابة بالبريد الإلكتروني، وغرف المحادثة، ومجموعات الأخبار، وهاتف الإنترنت، بل أن هذه الشبكة قادرة على دمج هذه التقنيات (النص، والصوت، والصورة) فهي تصلح للتعبير عن الإرادة بأي من خدمات شبكة الأنترنت[2].

لقد كان لمنبر المنظمة الأمم المتحدة الفضل في انطلاق مبدأ الرضائية إلى آفاق الفضاء الإلكتروني ؛ حيث خرج من هذا المنبر العديد من الاتفاقيات والقوانين النموذجية التي تبنت ذلك المبدأ، وأضافت إليه قاعدة عامة تسوي بين اشتراطات الكتابة التقليدية ونظائرها الإلكترونية في مسائل العقود وإبرامها[3]، وقد أقرت ذلك في اتفاقية فيينا الخاصة بعقد البيع الدولي للبضائع التي انعقدت بتاريخ 11 أفريل 1980[4]، حيث أجازت هذه الأخيرة أن يتم التعبير الإرادي إيجابا كان أم قبولا أو كليهما بواسطة الهاتف أو التلكس أو غير ذلك من وسائل الاتصال، حيث نصت في المادة (11) على أن مصطلح كتابة يشمل لأغراض الاتفاقية الرسائل البرقية التي تتم عن طريق التلكس[5].

ومن بين القوانين التي اعتمدتها الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996، والذي أجاز التعبير عن الإرادة من خلال رسالة البيانات[6] ؛ سواء في التجارة المحلية أو التجارة الدولية

---

1 - طلال ياسين العيسى وسهى يحي صباحين، المرجع السابق، ص 35.

2 - محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص ص 41 -42.

3 - محمد أطويف، المرجع السابق، ص 3.

4 -اعتمدت هذه الاتفاقية في فيينا خلال مؤتمر دبلوماسي في 11 أفريل 1980، وبعد إقرارها ظلت معروضة للتوقيع عليها من جانب الدول في مقر الأمم المتحدة بنيويورك حتى 30 سبتمبر 1981، كما بقي باب الانضمام إليها مفتوحاً أمام جميع الدول، وهذه الاتفاقية تشكل مدونة شاملة للقواعد القانونية التي تنظم تكوين عقد البيع الدولي، والتزامات البائع والمشتري، وجوانب أخرى من العقد، وقد بدأ نفاذها في أول جانفي 1988. أنظر: عمر سعد الله، **قانون التجارة الدولية – النظرية المعاصرة**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 55.

5 - عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 128.

6 - تنص المادة (1 -11) من قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996 على أنه: "في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض". أنظر: قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع 1996 ومع المادة الإضافية 5 مكرر بصيغتها المعتمدة في عام 1998، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، 2000، الموقع الإلكتروني: **www. Uncitral.un.org**

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عبر وسائط غير ورقية؛ مما يسميه رسالة البيانات، والبريد الإلكتروني، والفاكس[1]، والتلكس[2]. ومن بين المبادئ الرئيسية التي يقوم عليها هذا القانون النموذجي مبدأ التعادل الوظيفي، حيث تتكافئ بمقتضاه تقنيات الاتصال الإلكترونية مع المستندات الورقية؛ سواء في إبرام العقد أو إثباته، ما دامت تقوم بنفس وظائف الورق، وبنفس درجة الأمن والموثوقية، وبالتطبيق لذلك فبعد أن اعترف القانون النموذجي برسائل البيانات بالنص في المادة الخامسة منه على أن المعلومات لا تفقد مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها أفرغت في شكل رسالة بيانات، وهو ما يعني عدم تمييز رسائل البيانات، ومن ثم وجوب التسوية بينها وبين المستندات الورقية؛ وبالتالي أقر هذا القانون صراحة استخدام رسائل البيانات الإلكترونية للتعبير عن الإرادة[3].

يتضح لنا مما سبق اعتراف قانون الأونسيترال بجواز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن الإرادة، ولا يفقد العقد صحته باستخدامها.

أما بالنسبة للاتحاد الأوروبي فقد جاء في التوجيه الخاص بالتجارة الإلكترونية رقم 2000/31 الصادر في الفقرة الأولى من المادة التاسعة ما يُلزم الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي بأن تدخل في تشريعاتها ما يسمح بإجراء العقود بالوسائل الإلكترونية؛ بحيث لا تفقد العقود صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها تمت بوسائل الكترونية، وبالتالي أقر هذا التوجيه جواز التعبير عن الإرادة وإنشاء العقود بأية وسيلة، ولو كانت كشبكة الانترنت[4].

كما أقر قانون التجارة الإلكترونية الموحد لسنة 1999 الذي اعتمده مؤتمر القانون الموحد في كندا صراحة بإمكان التعبير في العقود الإلكترونية عن الإيجاب والقبول، وغيرهما من المسائل الأساسية الأخرى الداخلة في تكوين العقد وسريانه من خلال كلمات تدل عن الإرادة ترد في وثيقة إلكترونية، أو بواسطة فعل على شكل إلكتروني، معبراً

---

1 - الفاكس جهاز استنساخ بالهاتف، يمكن عن طريقه نقل السندات الإلكترونية الرسائل، والمستندات المخطوطة باليد والمطبوعة بكامل محتوياتها كأصل، أو تسليمها عن طريق شبكة الهاتف المركزية، أو الصناعية، ويمكن للأشخاص استخدامها داخل بلادهم، أو خارجها، ويطلق على جاز الفاكس الاستنساخ عن بعد أو نقل الصورة عن بعد، وكان يعد أسرع الخدمات البريدية في عالم الاتصالات وأكثرها تطوراً. أنظر: عباس العبودي، **تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص ص 19 -20.

2 - التلكس جهاز لإرسال المعلومات عن طريق طباعتها وإرسالها مباشرة، حيث لا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال البيانات واستقبالها، إلا إذا لم يكن هناك من يرد على البيانات لحظة إرسالها، ويعمل جهاز التلكس على تحويل الحروف المكتوبة إلى نبضات كهربائية فيتحول الضغط على الحروف إلى إشارة كهربائية، وبعد ذلك تتحول مباشرة إلى موجات كهرومغناطيسية، فتمر هذه الموجات من خلال سلك أو بالأمواج في الجو، حيث يستلم الجهاز الآخر هذه الموجات وتحويلها إلى حروف مطبوعة على ورق. أنظر: أيسر صبري ابراهيم، **إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2015، ص 30.

3 - محمد أطويف، المرجع السابق، ص 04.

4 - المرجع نفسه، ص 04.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عنه باللمس أو النقر على أيقونة، أو مكان محدد على شاشة الحاسوب، أو أي نوع أخر من الإبلاغ بشكل إلكتروني بأسلوب يقصد به التعبير عن الإيجاب أو القبول أو أية قضية أخرى[1].

كما نص القانون النموذجي الخاص بالتحكيم التجاري الدولي لعام 1985[2] الصادر عن لجنة القانون التجاري الدولي في الأمم المتحدة صراحة في المادة 2/7 على تحقق شرط الكتابة في تبادل البيانات إلكترونياً بقوله: " شرط الكتابة يتحقق في أية وثيقة موقعة من الطرفين أو تبادل رسائل، أو تلكسات، أو برقيات، أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي..."[3].

يتضح لنا إذن أهمية التعاقد عبر الأنترنت؛ إذ اعترفت التشريعات الدولية بالتعبير عن الإرادة بالطرق الإلكترونية الحديثة؛ وقد أثر هذا الاعتراف على القوانين الوطنية، وجعلها تستجيب للتطور الحاصل في مضمار التعاقد باستخدام شبكات الاتصال الحديثة (الإلكترونية) فأجازت هي أيضاً التعاقد بهذه الوسائل.

وفيما يلي سنبين موقف التشريعات العربية والوطنية من مسألة جواز التعبير عن الإرادة إلكترونياً.

البند الثاني: موقف التشريعات العربية

صدر على الصعيد العربي مجموعة تشريعات حذت حذو القانون النموذجي(الأونسيترال)، نوضح موقفها من مسألة جواز التعبير عن الإرادة إلكترونيا فيما يلي:

يعد المشرع التونسي السباق في تنظيم التجارة الإلكترونية؛ حيث عرفها بمقتضى الفقرة الثانية من الفصل الثاني من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي عام 2000[4] بأنها: " العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية "، وعرف المبادلات الإلكترونية بمقتضى الفقرة الأولى من الفصل الثاني من القانون نفسه بأنها: " المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية"، وجاء في الفقرة الثانية من المادة الأولى من نفس القانون بأنه يجري على العقود

1 - عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 129.

2 -اعتمدته لجنة القانون التجاري الدولي في الأمم المتحدة بتاريخ 21 جوان 1985، وكان الهدف منه مساعدة الدول على إصلاح وتحديث قوانينها المتعلقة بإجراءات التحكيم لمراعاة السمات والاحتياجات الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، وقد جاء متضمنا لجميع مراحل عملية التحكيم ابتداء من اتفاق التحكيم، وتكوين هيئة التحكيم وولايتها، ونطاق تدخل المحكمة من خلال الاعتراف بقرار التحكيم وإنفاذه، كما جسد توافقاً عالمياً في الآراء بشأن الجوانب الرئيسية لممارسات التحكيم الدولي. أنظر: عمر سعد الله، المرجع السابق، 79.

3 -عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 130.

4 - يعد القانون رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي بمثابة أول مبادرة من مشرع عربي نحو وضع تشريع متكامل ينظم عملية التجارة والمبادلات الإلكترونية، وقد صدر هذا القانون في 9 أوت سنة 2000، (جريدة الرائد الرسمي للجمهورية التونسية: العدد 64، بتاريخ 11 أوت 2000).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الإلكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة، أو مفعولها القانوني، وصحتها، وقابليته للتنفيذ ما لا يتعارض وأحكام القانون.

وبناءً على ما تقدم فقد اعترف المشرع التونسي بالحجية القانونية للوثائق الإلكترونية، مثلها مثل العقود الكتابية؛ من ناحية الانعقاد أو الإثبات، وبالتالي أجاز صراحة انعقاد العقد بأية طريقة أو وسيلة إلكترونية؛ مادامت تظهر تراضي الأطراف، فالتعبير عن الإرادة في حد ذاته لم يتغير من حيث مضمونه، ولكن الوسيلة التي تتم من خلالها إجراء ذلك هي التي تغيرت، الأمر الذي يجعل التعبير عن الإرادة في التعاقد عبر الأنترنت وفق القانون التونسي جائز[1].

هذا؛ وقد أخذ المشرع الأردني بموجب قانون المعاملات الإلكتروني الأردني رقم 85 لسنة 2001[2] في المادة 13 منه صراحة باستخدام رسالة المعلومات كوسيلة مقبولة للتعبير عن الإرادة، وقد جاء فيها: "تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي"[3].

بالنسبة للمشرع الإماراتي؛ فقد نص هو الآخر في قانون التجارة الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002[4] في المادة 1/13 منه على ما يلي: " لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئياً من شخص أخر بطريقة التلفون، أو بأي طريق مماثل "، وهو ما يفهم منه جواز التعبير عن الإرادة بأية وسيلة؛ سواء كانت يدوية، أو إلكترونية.

والملاحظ أن عبارة "بأي طريق مماثل" تفسح المجال أمامنا للقياس، واعتبار التعاقد عن طريق الأنترنت مماثلا للتعاقد عن طريق الهاتف، ومن ناحية مشروعية التعاقد عبر الأنترنت ذكر المشرع وسائل التعبير عن الإرادة على سبيل المثال لا الحصر، فيهدف بذلك إلى إفساح المجال أمام أية وسيلة إلكترونية أو غيرها يتم اكتشافها مستقبلاً، تكون قادرة على التعبير عن الإرادة بصورة لا تثير الشك على رضاء المتعاقد بالتصرف، باعتبارها من الوسائل المقبولة قانونا للتعاقد والتعبير عن الإرادة[5].

1 - محمد أطويف، المرجع السابق، ص 05.

2 -القانون رقم 85 لسنة 2001. المتعلق بالمعاملات الإلكترونية، (الجريدة الرسمية للملكة الأردنية الهاشمية: العدد 4542، بتاريخ 31 ديسمبر 2001).

3 - فراس بحر محمود، المرجع السابق، ص 36.

4 - القانون رقم 02 لسنة 2002 المتعلق بقانون التجارة الإلكترونية، (الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة، حكومة دبي: عدد خاص رقم 277، السنة السادسة والثلاثون، بتاريخ 16 فيفري 2002).

5 - فراس بحر محمود، المرجع السابق، ص 36.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما أجاز قانون المعاملات الإلكترونية العماني رقم 69 لسنة 2008[1] صراحة استخدام الرسائل الإلكترونية كوسيلة مقبولة للتعبير عن الإرادة، ويعتبر هذا التعبير ملزماً لجميع الأطراف، فنصت المادة 12 منه على أنه:

1 - يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول بواسطة رسائل الكترونية، ويعتبر هذا التعبير ملزماً لجميع الأطراف متى تم وفقا لأحكام القانون.

2 - لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه أبرم بواسطة رسالة إلكترونية واحدة أو أكثر[2].

من خلال هذه المادة نستنتج أن المشرع العماني حسم مسألة إجازة التعبير عن الإرادة باستخدام رسائل معلومات إلكترونية؛ كالبريد الإلكتروني والرسائل المتبادلة عبر غرف المحادثة، وينبني على جواز التعبير عن الإرادة بمثل هذه الوسائل صحة ومشروعية العقود التي يتم إبرامها من خلالها، ويزيل الشكوك فيما يتعلق بنية الأطراف المتعاقدة لعدم وجود مستند ورقي، كما أن هذه المادة لم تشترط أن يتم التعبير عن الإيجاب والقبول كليا عن طريق رسائل معلومات إلكترونية، وإنما اكتفت بأن يكون الإيجاب فقط أو القبول قد تم بهذه الوسيلة، وبالتالي تم إيراد هذه المادة تأكيدا على جواز انعقاد العقد جزئيا عن طريق رسائل المعلومات، ومع ذلك يعتبر العقد بأنه عقد إلكتروني.

كما أجاز أيضا المشرع المغربي بدوره استخدام الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة، فقد نص في الفصل 3 -65 من القانون رقم 05 -53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية على أنه: " يمكن استخدام الوسائل الإلكترونية لوضع عروض تعاقدية أو معلومات متعلقة بسلع أو خدمات رهن إشارة العموم من أجل إبرام عقد من العقود"[3]، من خلال نص هذه المادة اعترف المشرع المغربي صراحة بإمكانية التعبير عن الإرادة، أو انعقاد العقد إلكترونياً.

البند الثالث: موقف المشرع الجزائري

إن استغلال وسائل تقنية المعلومات في التعبير عن الإرادة في إبرام العقود ومختلف التصرفات القانونية، يثير العديد من التساؤلات حول مدى اعتراف المشرع الجزائري بهذه الوسائل الجديدة للتعبير عن الإيجاب والقبول، وبناء عناصر التعاقد، وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري فإنه لا يتضمن نصوصاً صريحة بشأن التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية الحديثة، إلا أنه يمكن استخلاص مشروعية التعاقد عبر الأنترنت من القواعد العامة لنظرية العقد؛ إذ

1 - المرسوم السلطاني رقم 2008/69 المتضمن قانون المعاملات الإلكترونية، (الجريدة الرسمية لسلطنة عُمان: العدد 864، بتاريخ 17 مايو 2008).

2 - ورد تعريف الرسالة الإلكترونية في المادة الأولى من هذا القانون والخاصة بالتعريفات والأحكام العامة حيث ورد فيها بأنها: " معلومات إلكترونية يتم إرسالها برسائل إلكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه".

3 - محمد أطويف، المرجع السابق، ص 6.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأصل في التعاقد حرية التراضي وفقا لما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة الذي كرسته المادة 60 من ق م ج[1]، والتي تعطي المتعاقدين الحرية الكاملة في اختيار الكيفية التي يعبران بها عن إرادتهما، ومن ذلك التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية، إضافة إلى ذلك ما كرسه المشرع في قواعد الإثبات، والتي بمقتضاها أصبح للكتابة في الشكل الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني مكاناً بارزاً ضمن قواعد القانون المدني الجزائري، وذلك من خلال نصي المادتين 323 مكرر 1[2]، و 327 -2 ق م ج[3].

بالرجوع إلى المادة 64 ق م ج، التي نصت على أنه: " إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر الإيجاب فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص أخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل"؛ استناداً لهذه المادة فإن عبارة " بأي طريق مماثل" تشير إلى أية وسيلة تقترب فنياً من الهاتف، فالنص القانوني السابق يمتد ليشمل التعاقد بالوسائل الإلكترونية خاصة منها الأنترنت، كون الاتصال على هذه الشبكة يمكن أن يتحول إلى هاتف عادي عبر المحادثة الشفهية، وأن الطرق الإلكترونية الأخرى للتعبير عن الإرادة؛ كالبريد الإلكتروني تشبه أيضا الطرق التقليدية مثل المراسلة[4].

وإن كان المشرع الجزائري قد تدارك الأمر بأن أجاز صراحة إمكانية التعبير عن الإرادة باستخدام الوسائل الإلكترونية، وذلك من خلال القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، وبمقتضى هذا القانون أجاز لكل من المورد والمستهلك الإلكترونيين أن يعبروا عن إرادتهم عن طريق وسائل الاتصال الحديثة ومنها شبكة الأنترنت[5].

وفي ذلك ألزم المورد الذي يتقدم بالعرض التجاري عبر شبكة الأنترنت أن يكون بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، وهو ما يدل على إمكانية التعبير عن الإرادة عن طريق مختلف الوسائل الإلكترونية المتاحة والتي من بينها: المواقع، غرف المحادثة، والبريد الإلكتروني.

---

1 - تنص المادة 60 ق م ج. على أنه:
" التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".

2 - تنص المادة 323 مكرر1 على أنه: " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق....".

3 - تنص المادة 2/327 على أنه: " يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر1".

4 - مناني فرح، **العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2009، ص 133.

5 - أنظر المادتين: 10 و11 من القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على قاعدة جواز التعبير عن الإرادة

إن معظم التشريعات الحديثة التي اهتمت بمسائل التجارة الإلكترونية قد أدرجت نصوصاً صريحة تجيز لأطراف التعامل التعبير عن إرادتهم باستخدام وسائل إلكترونية، كما أكدت في نفس الوقت على حرية الأطراف في الاتفاق على خلاف ذلك، ومفاد ذلك أن اتفاق أطراف المعاملات على التعبير عن إرادتهم بالوسائل التقليدية جائز قانوناً وبذات الوقت ملزم لها، حتى ولو وجد اتفاق أخر بين نفس الأطراف على إجراء معاملتهم بالوسائل الإلكترونية كصفحات الويب أو البريد الإلكتروني، وإن كان ما يهمنا هنا ليست الحالة التي يتفق فيها الأطراف على إجراء معاملاتهم بالوسائل الإلكترونية، وإنما الحالات التي منعت التشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية إجرائها والتعبير عنها إلكترونياً.

البند الأول: القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (الأونسيترال)

من أهم أهداف القانون النموذجي هو مساعدة الدول في تطوير تشريعات تستجيب لحاجات التجارة الإلكترونية، بغية الوصول إلى توحيد الأحكام، وتماثل الحلول المطروحة؛ لأية مشكلة قانونية تتعلق بهذه النوعية من التجارة، بالإضافة إلى تهيئة بيئة قانونية أكثر أماناً لظاهرة التجارة الإلكترونية، وعليه فقد قَصرَ القانون النموذجي نطاق تطبيقه على التجارة الإلكترونية؛ أي الأنشطة التجارية التي تمارس عبر وسائل إلكترونية، لذلك فقد جاء في مادته الأولى والمعنونة بنطاق التطبيق أنه: " ينطبق هذا القانون على أي نوع من المعاملات يكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية"، وفي موازاة ذلك لم يمنع القانون النموذجي الدول من توسيع نطاق تطبيق هذا القانون إذا ما رغبت بتبنيه لتشمل التعاملات غير التجارية باستخدام الوسائل الإلكترونية[1]، كما جاء في الحاشية أوالهامش رقم 4 الواردة في المادة الأولى منه ما يلي: تقترح اللجنة النص التالي على الدول التي ترغب في توسيع نطاق انطباق هذا القانون: " ينطبق هذا القانون على أي نوع من المعاملات يكون في شكل رسالة بيانات باستثناء الحالات التالية: [...]".

كما ارتأى من خلال إعداد هذا القانون أن استبعاد أي شكل أو واسطة عن طريق تقييد نطاقه، يمكن أن يفضي إلى صعوبات عملية، وأن يتعارض مع الغرض المتوخى في توفير قواعد محايدة من حيث الوسائط من جهة، ومن جهة أخرى أن هذا القانون ينبغي أن يتضمن الإشارة إلى أنه يركز على الحالات التي هي من النوع المصادف في

1 - محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 53.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المجال التجاري، كما رأت اللجنة الخاصة بصياغة هذا القانون إبقاء تعريف مصطلح التجارة الإلكترونية مفتوحاً ليشمل كل المستجدات الإلكترونية الممكنة، ومع ذلك أعطى الحرية للدول لاستثناء ما تراه مناسباً من مستخرجات الوسائل الإلكترونية الخاصة بالكتابة، والتوقيع، وتكوين ونفاذ العقد، واعتراف الأطراف برسائل المعلومات، ومكان وزمان بث وصول الرسائل الإلكترونية ووثائق النقل[1].

يفهم من هذا أنه ورغم سعي القانون النموذجي (الأونسيترال) إلى تضييق نطاق تطبيقه حتى يقتصر على التجارة الإلكترونية؛ إلا أنه وسع من نطاق التجارة الإلكترونية، وهذا حتى تشمل جميع الأنشطة التجارية التي تجري عن طريق الوسائل الإلكترونية؛ مما يعني أن هذا القانون أجاز التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية، وهذا بغرض إنشاء العقد، أو تعديله، أو إلغائه، ولم يورد أي استثناءات.

البند الثاني: قانون التجارة الإلكترونية المصري

نهج المشرع المصري نهج القانون النموذجي، فأصدر قانوناً ينظم استخدام الوسائل الإلكترونية في سياق الأنشطة التجارية، وقد جاء في مشروع قانون التجارة الإلكترونية والذي ظهر من خلال تسميته اقتصاره على تنظيم التجارة الإلكترونية تعريف التجارة الإلكترونية بأنها: " معاملة تجارية تتم عن طريق وسيط إلكتروني"[2].

وقد ساوى المشروع في الفصل الثاني منه في الحجية بين العقود الإلكترونية والعقود العادية التقليدية، مما يفهم منه أن المشرع المصري يتجه إلى إجازة التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية في سياق الأنشطة التجارية بمفهومها الواسع، وطالما لم يورد المشروع أي استثناءات على تطبيقه في النطاق التجاري، فعليه يكون المشرع قد أجاز التعبير عن الإرادة باستخدام الوسائل الإلكترونية في كافة الأنشطة التجارية دون أية قيود، فأتاح للأشخاص الطبيعيين والمعنويين إبرام العقود، أو تعديلها، أو إلغائها باستخدام أية وسيلة تقنية، ومنها طبعاً شبكة الأنترنت؛ دون أي قيود في النطاق التجاري[3].

البند الثالث: قانون المعاملات الإلكترونية العماني رقم 2008/69

يعتبر هذه القانون من بين القوانين التي تبنت القانون النموذجي (الأونسيترال)، غير أنه في بادئ الأمر عمل هذا الأخير على توسيع نطاق تطبيقه؛ بحيث لم يقتصر على الأعمال التجارية، بل أيضا يشمل الأعمال غير التجارية،

1 - محمد أطويف، المرجع السابق، ص 7.
2 - محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص ص 54 - 55.
3 - المرجع نفسه، ص 55.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بدليل أن تسميته جاءت ابتداء شاملة لكافة المعاملات التي تتم عبر وسائل الكترونية ؛ سواء كانت تجارية أو مدنية، بالإضافة إلى اتساع نطاق سريان أحكامه لتشمل كما نصت المادة الثالثة على أنه: " تسري أحكام هذا القانون على المعاملات والسجلات والتوقيعات كما تسري على أية معلومات إلكترونية "[1].

كما جاء في الفقرة الأولى من المادة الرابعة من القانون نفسه على أنه: " تطبق أحكام هذا القانون على المعاملات التي تتم بين الأطراف الذين اتفقوا على إجراء معاملاتهم بوسائل الكترونية ويجوز استنتاج موافقة الشخص على ذلك من سلوكه، وبالنسبة للحكومة يجب أن يكون قبولها بالتعامل الإلكتروني صريحاً.

يتبين من خلال هاتين المادتين أن هذا القانون يشمل أية معاملة تتم عبر شبكة الأنترنت بأي من خدماتها كالبريد الإلكتروني، وسواء تمت بين أشخاص معنويين أم طبيعيين، بل ويسري حتى على المعاملات الإلكترونية الرسمية التي ستعتمدها الحكومة في إطار السلطة المختصة المتمثلة في هيئة تقنية المعلومات المزمع إنشائها مع السلطة، بيد أن المادة الثالثة من هذا القانون في فقرتها الثانية قد استثنت من نطاق تطبيق قانون المعاملات الإلكترونية والأمور المتعلقة بالأحوال الشخصية، وإجراءات المحاكم، والإعلانات القضائية، وأي مستند يتطلب توثيقه بواسطة الكاتب العدل[2].

البند الرابع: قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية المغربي رقم 53/05

نص قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية المغربي رقم 05 -53 على النظام المطبق على المعطيات القانونية التي يتم تبادلها بطريقة الكترونية، وعلى المعادلة بين الوثائق المحررة على الورق، وتلك المعدة على دعامة إلكترونية، وعلى التوقيع الإلكتروني، وحدد الإطار القانوني المطبق على التعليمات المنجزة من قبل مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية، والقواعد الواجب التقيد بها من طرف مقدمي الخدمة من طرف الحاصلين على الشهادة الإلكترونية المسلمة، لكن الوثائق المتعلقة بتطبيق أحكام مدونة الأسرة والمحررات العرفية المتعلقة بالضمانات الشخصية أو العينية ذات الطابع المدني أو التجاري لا تخضع لأحكام هذا القانون[3].

البند الخامس: قانون التجارة الإلكترونية الكويتي

انتهج المشرع الكويتي منهجاً مقارباً لغيره من التشريعات في مشروع التجارة الإلكترونية الكويتي فقد جاء في المادة الأولى منه: " يطبق هذا القانون على أي نوع من المعلومات يكون في شكل مستند إلكتروني مستخدما في أعمال

1 - محمد أطويف، المرجع السابق، ص ص 7 -8.
2 - المرجع نفسه، ص 8.
3 - المرجع نفسه، ص 8.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تجارية..."، من خلال هذه المادة نجد أن المشرع الكويتي قد قصر تنظيمه لاستخدام الوسائل الإلكترونية على الأعمال التجارية مستثنياً من ذلك أي عمل غير تجاري، وقد بررت المذكرة الإيضاحية موقف المشرع في تعليقها على المادة الأولى بقولها: " كما حددت المادة مجال هذا القانون بالأعمال التجارية مستبعدة بذلك انطباق أحكامه على المعاملات الغير تجارية، وقد انتهى لهذا الرأي حماية المستهلك العادي من أن يكون محلا لتطبيق أحكام هذا القانون في الوقت الذي لم يصل فيه الوعي والثقافة عند عامة الناس للمستوى المطلوب لمثل هذه التعاملات"[1].

كما أعطى المشرع الصلاحية لوزير الصناعة والتجارة بأن يضيف أو يلغي أي مستندات لا تطبق عليها أحكام هذا القانون، وذلك بقرار يصدر عنه لهذه الغاية، فيفهم من ورود هذه الاستثناءات عدم جواز التعبير عن الإرادة بخصوص هذه التعاملات بالوسائل الإلكترونية، فلا يجوز إجراء التعاملات على هذه المسائل أو إلغائها أو تعديلها بالوسائل الإلكترونية، وقد أرجعت المذكرة الإيضاحية للمشروع السبب في وجود هذه الاستثناءات إلى الطبيعة الخاصة لهذه المسائل، وعدم إمكانية تطبيق أحكام هذا القانون وفق التنظيم القانوني لهذه المسائل في الوقت الحالي[2].

البند السادس: قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المؤقت رقم 85 سنة 2001

جاءت تسمية القانون شاملة لكافة المعاملات التي تتم عبر وسائل إلكترونية؛ سواء كانت تجارية أم مدنية، بالإضافة إلى اتساع نطاقها لتشمل كما نصت المادة الرابعة منه على أنه:

أ/ المعاملات الإلكترونية والسجلات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني وأية رسالة معلومات إلكترونية.

ب/ المعاملات الإلكترونية التي تعتمدها أية دائرة حكومية أو مؤسسة رسمية بصورة كلية أو جزئية، وعليه يشمل القانون في نطاقه أية معاملة عبر شبكة الأنترنت بأي من خدماتها، وقد أجاز التعبير عن الإرادة عن طريق شبكة الأنترنت، مما يترتب على ذلك إمكانية انعقاد العقود أو تعديلها أو إلغائها عبر الشبكة، أي يسري على جميع المعاملات الإلكترونية التي تتم بين أشخاص طبيعيين أو معنويين[3].

كما جاء في نص المادة (5/ب) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني في ذات السياق أنه: " لمقاصد هذه المادة لا يعتبر الاتفاق بين أطراف معينة على إجراء معاملات محددة بوسائل إلكترونية ملزما لإجراء معاملات أخرى بهذه الوسائل".

1 -محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 55.
2 - المرجع نفسه، ص 56.
3 - المرجع نفسه، ص 57.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إذ يتبين من ذلك أن للأطراف الحرية المطلقة في اختيار الوسيلة التي يعبرون بها عن إرادتهم، وهذا الاتجاه هو تأكيد لمبدأ استقلال إرادة الأطراف في مجال إبرام العقود؛ فمتى اتفق الأطراف على إجراء معاملاتهم بوسيلة تقليدية أيا كان نوعها فلا يجوز إجراؤها بوسيلة إلكترونية[1].

ومن الاستثناءات التي ترد على قاعدة جواز التعبير عن الإرادة إلكترونيا هي ما يتعلق ببعض المعاملات المدنية والتجارية التي لها طبيعة خاصة ترتبط بحقوق شخصية وشرعية لا يمكن الاعتماد فيها على الوسائط الإلكترونية، من ذلك العقود والمسندات والوثائق التي تنظم وفق شكل معين اشترطه القانون، فلا يجوز إجراء المعاملات على هذه المسائل أو إلغائها أو تعديلها بالوسائل الإلكترونية[2].

الحال أن أي عقد أو مستند رسم له القانون لإجرائه شكلاً معيناً يجب أن يتم وفقا لهذا الشكل، وأن عدم مراعاة هذا الشكل يستوجب اعتبار هذه التصرفات غير صحيحة؛ كالعقود الواردة على العقارات، ومعاملات الأحوال الشخصية، والوصية في إنشائها أو تعديلها، وإنشاء الوقف وتعديله، وبيع السيارات والمركبات، فمثلاً إذا أبرمت معاملة بشأن أي من هذه المسائل المذكورة على سبيل المثال لا الحصر عبر الأنترنت فإن العقد يعتبر باطل لعدم استيفائه الشكلية التي أوجبها المشرع، لأن الأنترنت لم تحقق هذه الشكلية[3].

المبحث الثاني: طرق وصور التعبير عن الإرادة إلكترونياً

إن مجرد وجود الإرادة لا يكفي لانعقاد العقد، كونها أمر باطني لا يمكن التحقق من وجوده إلا بوجود ما يدل عليه، ويقصد بذلك التعبير عن الإرادة الذي يمكن أن يكون صريحاً أو ضمنياً، وهو ما نصت عليه القواعد العامة لمختلف التشريعات، إذ لم تشترط هذه الأخيرة شكلاً خاصاً للتعبير عنها، وإخراجها من عالم المشاعر والأفكار إلى حيز الوجود المادي، بل أتت وسائل التعبير عنها على سبيل المثال لا الحصر؛ إذ من أشهرها اللفظ، الكتابة، الإشارة.

وبظهور العقود الإلكترونية أجازت التشريعات التعبير عن الإرادة بوسائل وطرق إلكترونية، متماشية مع طبيعة هذه المعاملات، وهو ما يدفعنا الى تسليط الضوء على هذه المسألة، من خلال دراسة طرق التعبير عن الإرادة إلكترونياً في المطلب الأول، في حين نتناول صور التعبير الإلكتروني عن الإرادة في المطلب الثاني.

1 - فراس بحر محمود، المرجع السابق، ص 38.
2 - المرجع نفسه، ص 38.
3 - المرجع نفسه، ص 38.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الأول: طرق التعبير الإلكتروني عن الإرادة

يتحقق التراضي في العقود الإلكترونية كغيرها من العقود الأخرى من خلال التعبير المتبادل والمتطابق للأطراف عن الإيجاب والقبول، ويقترنان عادة بأساليب ووسائل إلكترونية أجازتها معظم التشريعات، ومن أهم هذه الوسائل للتعبير عن الإرادة نجد رسائل البيانات، والتي اهتمت معظم القوانين بوضع قواعد قانونية خاصة بها، وكذا الوسائط الإلكترونية المبرمجة[1]، التي أصبحت شائعة الاستخدام في مجال التجارة الإلكترونية.

ولبيان ذلك قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، نعرض في الفرع الأول منه لمسألة التعبير عن الإرادة عن طريق رسالة البيانات، وفي الفرع الثاني لمسألة التعبير عن الإرادة عن طريق الوكيل الإلكتروني.

الفرع الأول: التعبير عن الإرادة عن طريق رسائل البيانات

فرض التطور التكنولوجي الحاصل على المتعاملين في مجال المعاملات الإلكترونية بصفة عامة، والعقود الإلكترونية بصفة خاصة استخدام نظام تبادل الرسائل الإلكترونية كوسيلة للتعبير عن تراضي الأطراف عبر وسائل الاتصال المستخدمة، لذلك اهتمت بعض التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية بها، وبينت قيمتها القانونية؛ سواء من ناحية إبرام العقد أو من ناحية إثبات التصرفات القانونية، وعليه سنحاول الإحاطة بهذه المسألة، كما يلي:

البند الأول: مفهوم رسائل البيانات

تعتمد التجارة الإلكترونية بصفة أساسية على تكنولوجيا التبادل الإلكتروني للبيانات؛ التي يقصد بها تبادل البيانات المتعلقة بالأعمال التجارية في صيغ نمطية بين أجهزة الكمبيوتر للأطراف المتعاملة من خلال شبكة اتصالات إلكترونية (أنترنت) دون حاجة لاستخدام مستندات ورقية، إذن فتبادل البيانات المعالجة بلغة الكمبيوتر هو الوسيلة الفنية لإبرام العقود الإلكترونية[2].

للبحث في رسالة البيانات بوصفه طريقا للتعبير الإلكتروني عن الإرادة يتطلب بيان مفهومها، وذلك من خلال تعريفها، وبيان أهميتها، وتحديد طرفيها؛ وهما كل من منشئ الرسالة، والمرسل إليه[3]، إضافة إلى تحديد مجالاتها.

---

1 - يطلق عليها أيضا الوسيط الإلكتروني أو النظام الحاسوبي المؤقت.

2 - طمين سهيلة، الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية، **مذكرة ماجستير**، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري -تيزي وزو، 2011/11/03، ص40.

3 - بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 61.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولا: تعريف رسالة البيانات

تمثل رسالة البيانات الصورة الشائعة للتعبير عن الإرادة وإبرام العقود، من خلال تبادلها عبر شبكة الأنترنت إذا ما تم اختيار وتوفير إجراءات الرقابة والحماية الملائمة لها، ويراد من وراء مصطلح رسالة بيانات حسب المادة (2/أ) من قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996 بأنها: " المعلومات التي يتم إنشاؤها، إرسالها أو تخزينها بوسائل إلكترونية ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، البريد الإلكتروني، البرق أو التلكس أو النسخ الورقي".

وقد أخذت معظم التشريعات الحديثة للدول التي أصدرت قوانين خاصة للمعاملات الإلكترونية بذات المفهوم لرسائل البيانات، ومنحتها الاعتراف القانوني الكافي، وأضفت لها الحجية اللازمة في الإثبات[1].

فعرفها المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية في المادة (2) بأنها: " المعلومات التي يتم إنشائها أو إرسالها أو تسليمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ الورقي"[2].

كما تولى أيضا المشرع في إمارة دبي تعريفها في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم (2) لسنة 2000 إذ عرفت المادة (2) من هذا القانون الرسالة الإلكترونية بأنها: " معلومات إلكترونية ترسل أو تسلم بوسائل إلكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها في المكان المسلمة فيه".

غير أن تعريف رسائل البيانات يجرنا لوجوب تعريف تبادل البيانات الإلكترونية، والذي عرفه قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية في المادة 2/2 بأنه: " نقل المعلومات إلكترونيا من كمبيوتر إلى آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات"[3]، وتجدر الإشارة في هذا السياق أن عبارة نقل المعلومات إلكترونيا من كمبيوتر إلى كمبيوتر أخر قد تكون عبارة حصرية إلى حد ما، لأن نقل المعلومات قد لا يجري دائماً بصورة مباشرة بين أجهزة الكمبيوتر، فمن الممكن انتاج المعلومات في كمبيوتر، ويتم تخزينها مثلاً في قرص مضغوط، ثم نقلها يدوياً لتسترجع فيما بعد في كمبيوتر أخر[4].

---

1 - بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، **أطروحة دكتوراه**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر - باتنة، 2014 -2015، ص 56.

2 - علاء محمد الفواعير، **العقود الإلكترونية – التراضي. التعبير عن الإرادة**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014، ص 97.

3 - عرف المشرع الأمريكي المقصود بالمعلومة في قانون المعاملات التجارية الإلكترونية لسنة 1999 في (10/2) بأنها: " تشمل البيانات الكلمات الصور الأصوات برامج الكمبيوتر البرامج الموضوعة على الأقراص المرنة أو ما شابه ذلك كما عرفها البعض بأنها كل رسالة يمكن نقلها إلى الغير بأي وسيلة كانت". أنظر: بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 56.

4 - خالد ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 95.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما تناول المشرع الجزائري نظام التبادل الإلكتروني في المادة 3/414 ق ت ج[1] ؛ حيث تناول موضوع تقديم السفتجة للاطلاع عليها أو للدفع بنصها على أنه : " يمكن لأن يتم هذا التقديم أيضا بأية وسيلة تبادل الكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما " ، وهو نفس الحكم الذي تناولته المادة 502 من نفس القانون بنصها على أنه : " يعد التقديم للشيك إلى إحدى غرف المقاصة بمثابة تقديم للوفاء يمكن أن يتم هذا التقديم أيضا بأنه وسيلة الكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما"، ويفهم من ذلك اعتراف المشرع الجزائري بتبادل السندات التجارية الإلكترونية في التشريع التجاري الجزائري ، وبالتالي إمكانية إبرام التصرفات التجارية باستخدام الوسائل الإلكترونية.

كما يُعّرفه جانب من الفقه بأنه : " مجموعة من القواعد والعمليات المتعارف عليها التي تسمح للعمليات التجارية بأن تتم إلكترونيا"، فتقوم عملية تبادل البيانات إلكترونيا بتحويل المعلومات الخاصة بالأعمال التجارية التي كانت تنقل بصورة تقليدية على الورق إلى صيغ إلكترونية ، ودون تدخل من العنصر البشري[2].

يتضح من خلال ما ورد من تعريف لرسالة البيانات وتبادلها ما يأتي :

1/ قد ترسل رسالة البيانات أو تستلم من خلال وسائل أخرى عبر الأنترنت كالفاكس والتلكس.

2/ تستوعب كل ما يتم عبر الحاسب الآلي المرتبط بالشبكة ؛ سواء كان البلاغ إيجاباً أو قبولاً أو دعوة إلى التعاقد ، كما لا يشترط في رسالة البيانات أن تكون مكتوبة بخط اليد ، أو محررة على دعامة ورقية ، أو أية دعامة مادية أخرى ، وإنما من الممكن أن تكون رسالة بيانات في صورة معلومات بصيغتها الرقمية ، كما لا يمنع أن يتم تبادل رسائل البيانات من خلال وسائل أخرى كالتلكس ، الفاكس ...إلخ[3].

3/ الغرض من رسالة البيانات ليس تطبيقها في إطار تقنيات وسائل الاتصال القائمة في الوقت الحاضر ، وإنما استيعاب التطورات التقنية والتكنولوجية المتوقعة في مجال الاتصال مستقبلاً[4].

5/ يقصد من تعريف رسالة البيانات اشتمالها على حالة الإلغاء أو التحويل ، ويفترض أن يكون لرسالة البيانات مضمون ثابت من المعلومات ، ولكن يجوز أن يلغي أو يعدل برسالة بيانات أخرى[5].

---

1 - الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري ، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية : العدد 101 ، بتاريخ 16 ذي الحجة 1395 الموافق 19 ديسمبر 1975). المُعدل والمتمم بموجب القانون رقم 02/05 المؤرخ في 27 ذي الحجة 1425 الموافق 2005/02/06 ، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية : العدد 11 ، بتاريخ 30 ذي الحجة 1425 الموافق 2005/02/09).

2 - خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 95.

3 - بسمان نواف الراشدي ، المرجع السابق ، ص 62 -63.

4 - المرجع نفسه ، ص 63.

5 - علاء محمد الفواعير ، المرجع السابق ، ص 98.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

6/ رغم أن التعريف لم يشر صراحة إلى اللمس، أو النقر لزر، أو مكان معين بشكل ملائم على شاشة الحاسوب باعتباره وسيلة من وسائل إنشاء المعلومات، أو إبلاغها، أو استلامها، إلا أنه لا يوجد مانع من أن يشمل مفهوم رسالة البيانات إبلاغ المعلومات أو إرسالها أو إنشائها عن طريق اللمس ،أو الضغط على شاشة الحاسوب مباشرة من خلال مؤشر الفأرة، أو عن طريق لوحة المفاتيح على خانة (موافق) أو (غير موافق)[1].

7/ يشمل مفهوم رسالة البيانات التواصل الصوتي أو الكتابي أو المرئي الذي يجري بين الأطراف الحاضرين عبر الأنترنت، وبما أن رسالة البيانات وصف للمعلومات التي يتم تبادلها من خلال وسائل الاتصال الحديثة، ومنها الأنترنت، فإنه يعني عدم قصر مفهوم الرسالة الإلكترونية على عملية التراسل بين الأطراف الغائبين، وإنما المقصود بها عملية تبادل المعلومات بين الأطراف من خلال هذه الوسائل؛ سواء كانوا حاضرين من خلال برامج المحادثات أو غائبين، وتم تبادل المعلومات من خلال البريد الإلكتروني، والمتجر الافتراضي[2].

ثانيا: أطراف رسالة البيانات

تنشأ رسالة البيانات بين عدة أطراف أوضحها القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الأونسيترال ، وهم: منشئ الرسالة ، والمرسل إليه، والوسيط[3]، وفيما يلي بيان ذلك :

أ- منشئ الرسالة

عرفت الفقرة (ج) من المادة الثانية من قانون (الأونسيترال) النموذجي للتجارة الإلكترونية منشئ الرسالة بأنه: " الشخص الذي يعتبر أن إرسال أو إنشاء رسالة البيانات قبل تخزينها أن حدث قد تم على يده أو نيابة عنه ولكن لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة" .

أما المشرع في إمارة دبي فقد عرف هو الأخر المنشئ في المادة الثانية من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية بأنه: " الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقوم بالنيابة عنه إرسال الرسالة الإلكترونية أيا كانت الحالة، ولا يعتبر منشأ الجهة التي تقوم بمهمة مصدر شهادات فيما يتعلق بإنتاج أو معالجة أو إرسال أو حفظ تلك الرسالة الإلكترونية وغير ذلك من الخدمات المتعلقة بها".

1 - أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 97.

2 - علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 98 -99.

3 - مخلوفي عبد الوهاب، التجارة عبر الأنترنت، **أطروحة دكتوراه**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر - باتنة، 2011 -2012، ص 79.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يفهم من ذلك أن المقصود من المنشئ في إطار العقود الإلكترونية : "الشخص الذي ينشئ رسالة البيانات و قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا فيقوم هذا الأخير بإرسالها إلى المرسل إليه، أما في رسائل البيانات التي تبادلها بين الأجهزة المؤتمتة تلقائيا دون تدخل عنصر بشري في بعض الأحيان، فهنا تعتبر رسالة البيانات ناشئة من قبل الشخص الذي قام ببرمجة الجهاز لكي يعمل باسمه ولحسابه، كما أن تعريف المنشئ لا يشمل فقط الشخص الذي يقوم بإنشاء رسالة بيانات وإبلاغها، بل يشمل أيضا الشخص الذي ينشئ الرسالة ويقوم بتخزينها دون إبلاغها "[1].

ب-المرسل إليه

عرفته الفقرة (د) من المادة الثانية من قانون الأونسيترال بأنه: " الشخص الذي قصد المنشئ أن يتسلم رسالة البيانات ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة".

وعرفه المشرع الأردني بأنه: " الشخص الذي قصد المنشئ تسليمه رسالة المعلومات"، كما عرفته المادة 2 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي بأنه: " الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي قصد منشئ الرسالة توجيه رسالته إليه ولا يعتبر مرسلا إليه الشخص الذي يقوم بتزويد الخدمات فيما يتعلق باستقبال أو معالجة أو حفظ المراسلات الإلكترونية وغير ذلك من الخدمات المتعلقة بها".

من خلال هذه المواد؛ فالمرسل إليه هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي قصد المنشئ الاتصال به عن طريق إرسال رسالة بيانات، وهو يتميز عن أي شخص قد يتلقى أو يرسل أو ينشيء رسالة بيانات أثناء عملية الإرسال، كما يلاحظ على هذه النصوص التشريعية أنها تشير إلى استبعاد الوسيط من وصف المنشئ أو المرسل إليه.

ج-الوسيط الإلكتروني

يتطلب تبادل رسائل البيانات لغاية إتمام التعاقد الإلكتروني وجود أطراف أخرى غير المرسل والمرسل إليه لإتمام عملية التبادل في أغلب الأحيان، فلا بد من وجود مزود لخدمة الإنترنت، أو مزود لخدمات مصرفية، أو شركات تجارية تسمح للموردين عرض سلعهم وخدماتهم عبر المواقع الإلكترونية لتلك الشركات، ويطلق على هؤلاء الأطراف الوسطاء عبر شبكة الأنترنت، ويكون لهم دور ذو أهمية في تسهيل عملية التعاقد عبر الأنترنت[2].

لذلك سعت التشريعات الناظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية إلى إيضاح دور الوسيط على الشبكة وميزت أغلب التشريعات الوسيط عن أطراف رسائل البيانات.

1 - آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 99.

2 -علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 102.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عرف قانون الأونسيترال النموذجي في الفقرة (هـ) من المادة الثانية الوسيط : " بأنه الشخص الذي يقوم نيابة عن شخص آخر بإرسال أو استلام أو تخزين رسالة بيانات أو تقديم خدمات أخرى فيما يتعلق برسالة البيانات هذه".

يُميز المشرع في إمارة دبي الوسيط عن المرسل والمرسل إليه بصراحة ؛ إذ يلاحظ ذلك من خلال إيراده العبارة : " لا يعتبر مرسل/مرسل إليه الشخص الذي يقوم بتزويد الخدمات فيما يتعلق باستقبال أو معالجة أو حفظ المراسلات الإلكترونية ، وغير ذلك من الخدمات المتعلقة بها" بعد تعريفه لكل من المرسل والمرسل إليه[1].

يشمل الوسيط من يتولى إرسال أو استلام رسائل البيانات لحساب شخص آخر ونيابة عنه كالوكيل والموظف ومن في حكمهما قانونا كمدير الشركة ، والمصفي ، وغيرهم[2].

يلاحظ على هذه النصوص أنها سلطت الضوء في تعريفها للوسيط على وظائف هذا الأخير، ولكنها لم تشر إلى العلاقة القانونية بين المنشئ والمرسل إليه من جانب والوسيط من جانب آخر، وعندما حددت أن الوسيط هو الشخص الذي يقوم نيابة عن شخص آخر بإرسال رسالة البيانات لم تحدد طبيعة هذه النيابة ، و مدى تشبيهه بالوكيل في العالم المادي هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى لم تحدد حقوق الوسطاء على الشبكة والتزاماتهم ومسؤولياتهم القانونية ، وإنما اكتفت تلك النصوص بالإشارة إلى وظائف الوسيط فحسب[3].

كما أن المقصود من تقديم خدمات أخرى في ما يتعلق برسالة البيانات هو أن الموردين والوسطاء على الشبكة بإمكانهم تقديم خدمات أخرى غير ما ذكر في تلك النصوص وتشمل هذه الخدمات على سبيل المثال خدمات تقنيه لضمان سلامة وأمن المعلومات التي يتم تبادلها عبر الشبكة كاستخدام برامج حاسوبية مشفرة لضمان خصوصية البريد الإلكتروني ، والخدمات التي يقدمها مورد خدمات الانترنت ، وهو مؤسسة تعمل على تقديم خدمة توصيل الانترنت إلى مستخدميها ، وتتولى تأمين الدخول إلى الشبكة ، وعادة تكون هذه الخدمات مقابل أجور نقدية محددة كما يشمل أيضا الخدمات التي يقدمها مزود خدمات التصديق [4].

1 - علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 102.

2 - هادي مسلم يونس البشكاني، **التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية - دراسة مقارنة**، دار الكتب القانونية و دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009، ص ص 224 -225.

3 - آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 102.

4 -بسمان نواف الراشدي، الرجع السابق، ص ص69 - 70.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثالثا: المجالات التي يغطيها التبادل الإلكتروني للبيانات

نجحت الفكرة الأمريكية المتعلقة بأنظمة التبادل الإلكتروني للبيانات والوثائق على نحو أصبحت ذات أهميه في مجالات عديدة، وتمكنت من السيطرة على أنواع كثيرة من المعاملات التي تتم بين المؤسسات والأشخاص الطبيعية العادية، ومن أهم تلك المجالات ما يلي[1]:

- تسوية العمليات الإلكترونية بين المستهلك والمهني خصوصا ما يتعلق بالطلبيات ودفع ثمن السلعة أو الخدمة.
- إكمال كافة العمليات المالية والبنكية بين مختلف أطراف العقود الإلكترونية.
- إبرام جميع المعاملات التجارية والصفقات والمؤسسات المرتبطة بها من تعاقدات ومزايدات ...الخ.
- إتمام المعاملات بين الأفراد والمؤسسات العامة والخاصة كبطاقة الشفاء بين المؤمنين وصندوق الضمان الاجتماعي ، التحويل الإلكتروني للأموال بين شخص في الجزائر أو الخارج وتسوية الحوالات البريدية ... الخ.

لقد تعددت مجالات استخدام رسائل البيانات في مجال المعاملات المدنية والتجارية، وهو ما أدى بطبيعة الحال إلى ازدياد المتعاملين بها في تعاملاتهم، كما دعت إلى ضرورة وجود قواعد موحدة لاستخدامها في مختلف المعاملات، وهذا تفاديا لسوء الفهم والاختلاف في التفسير المتعلق بالحقوق والالتزامات المترتبة على طرفي العقد الإلكتروني، لذلك فقد سعت العديد من المؤسسات الدولية لوضع قواعد موحدة في التبادل الإلكتروني للبيانات[2].

---

1 - قارة مولود، خصوصية التعاقد الإلكتروني، **أطروحة دكتوراه**، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب - البليدة، 2012، ص 30.

2 - من بين هذه المؤسسات الدولية:

-غرفة التجارة الدولية: كانت أول محاولة دولية لإحداث تناسق في الممارسات المتعلقة بهذا الصدد هي إعداد قواعد السلوك الموحدة للتبادل الإلكتروني للبيانات التجارية بواسطة الإرسال عن بعد سنة 1987 تحت رعاية غرفة التجارة الدولية بهدف التوصل إلى نموذج نمطي لاتفاقات أو أنظمة تبادل البيانات إلكترونيا تختار الأطراف المعنية من نصوصها ما تراه أوفى بتحقيق أهداف علاقتهم.

- اللجنة الأوروبية الاقتصادية : قامت بوضع القواعد المتعلقة بتبادل البيانات إلكترونياً في مجال الإدارة والتجارة والنقل .

-المنظمة البحرية الدولية: هي منظمة غير حكومية تأسست سنة 1896 وقد اعتمدت القواعد المنظمة للإرسال الإلكتروني لسندات الشحن الإلكترونية عن طريق نظام تبادل البيانات الإلكترونية لسنة 1990، وتتمثل هذه القواعد في السماح بالتحويل المتتالي للبضاعة أثناء الرحلة البحرية عن طريق الرسائل الإلكترونية، ويستطيع الشاحن تعيين شخص ما لاستلامها، ويخطر الناقل، فيؤكد الأخير وصول الإخطار إليه، وتجري عمليه التحويل عن طريق المفتاح الخاص الذي يعطيه الناقل لمن يحدده الشاحن كمستلم البضاعة، وقد قامت الغرفة الدولية للنقل البحري بوضع قواعد السلوك لتبادل البيانات التجارية باستخدام الوسائل الإلكترونية عن بعد، وتهدف إلى التوصل لنموذج لاتفاقات تبادل البيانات الكترونيا تختار الأطراف المعنية من نصوصه ما تراه مناسبا لتحقيق أهدافها.

- منظمة الأمم المتحدة للتجارة والتنمية: ساهمت في هذا المجال منظمة الأمم المتحدة للتجارة والتنمية؛ حيث ابتكرت عدت أنظمة تقوم على أساس التبادل الإلكتروني للبيانات مثل: النظام المقدم لمعلومات البضائع، والنظام الآلي للبيانات الجمركية، والبرنامج المحسوب المتعدد الجوانب في مجال النقل.

أنظر كلا من :

- طمين سهيلة، المرجع السابق، ص 43.
- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 96 - 97.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الثاني : تقييم نظام تبادل البيانات الإلكترونية وقيمته القانونية

يحقق استخدام نظام تبادل البيانات الإلكترونية مزايا عديدة للمؤسسات والأفراد، من أجل تحسين العملية الإنتاجية والإدارية بين وحدات الأعمال وبعض القطاعات، دون تعقيدات في الإجراءات؛ التي تحول دون انجاز العديد من الخدمات والأعمال التجارية؛ وبالموازاة مع ما توفره من مزايا؛ إلا أن هذا النظام لا يخلو من بعض المخاطر رغم الايجابيات التي تميزه.

أولا: مزايا عمليات نظام تبادل البيانات الإلكتروني

يستطيع أطراف العملية التجارية الذين يستخدمون أسلوب التبادل الإلكتروني للبيانات الحصول على العديد من المميزات، ومنها[1]:

- تقليل المصاريف الإدارية ومصاريف النقل؛ ذلك أن نقل المعلومات الإلكترونية أقل في التكلفة من استخدام طرق النقل التقليدية، كما يقلل هذا النظام الجهد المبذول في التعامل مع الوثائق وأعمال البريد.
- إن التبادل الإلكتروني للبيانات يسهل الوصول إلى المعلومات لأنها مسجلة على الكمبيوتر.
- تقليل الخطأ واللبس والغموض في المعاملات التجارية؛ باستخدام نظام تشفير مصطلحات، ورموز معينة تدل على معاني محددة بالاتفاق في ما بينهم، إضافة إلى النماذج المعدة سلفاً.
- أن الخصوصية والأمان في الاتصالات التي تتم عن طريق تبادل البيانات الكترونياً تتفوق على تلك المتوفرة في وسائل الاتصال العادية على أي شخص غير مصرح له استخدام هذا النظام.

-توفير الوقت؛ لأن هذا النظام يتيح نقل رسائل البيانات والمعلومات بطريقة أسرع مما كان عليه سابقا.

ثانيا: سلبيات عمليات نظام تبادل البيانات الإلكتروني

رغم المزايا الإيجابية لنظام تبادل البيانات على مستوى التجارة الإلكترونية؛ إلا أن ذلك لا يعد حلاً كافياً لمشكلات الاتصالات في عقود التجارة الإلكترونية؛ فله بعض السلبيات التكنولوجية و القانونية، نذكر منها[2]:

- أن نظم التبادل الإلكتروني للبيانات معرضة للمخاطر الأمنية التي قد لا تتعرض لها النظم الورقية المماثلة، فمن الممكن الوصول لها بأسهل الطرق، مما يمكن الأشخاص غير المرخص لهم من التلاعب بها.

1 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 99- 100.

2 -أنظر : قارة مولود، المرجع السابق، ص 31. وأيضاً: خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 100 - 101.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- مخاطر فقدان التوثيق التي تنشأ نتيجة عدم العلم بهوية المتعاقد الآخر في عقود التجارة الإلكترونية، كونها تبرم عن بعد؛ ومنها ما يسمى مخاطر الإنكار، وهو ما يستدعي استخدام وسائل تأمين هذه المعاملات، مثل التوقيع الإلكتروني.
- عدم وضوح الوسط القانوني لتبادل البيانات إلكترونياً؛ حيث تعتبر مشكلة الإثبات والتوقيع الإلكتروني من أهم المشاكل القانونية الناتجة عن استخدام الكمبيوتر في تبادل بيانات العقد إلكترونياً.
- الارتفاع النسبي للتكلفة الثابتة لنظام تبادل البيانات؛ ما يجعله غير مناسب للشركات التجارية المتوسطة والصغيرة.
- يميل البعض إلى مقاومة التغيير نتيجة نقص المعرفة التكنولوجية الحديثة مما يدعوهم إلى عدم الإقبال على الإجراءات والوسائل الإلكترونية.

على الرغم من مختلف السلبيات التي تميز نظام تبادل البيانات إلكترونياً؛ إلا أن ايجابياتها تعمل على تقوية العلاقة بين التجار من جهة، وبين المستهلك والتاجر من جهة أخرى، ما يجعلنا نشهد تزايد إبرام العقود عبر الشبكة لما تحققه من خصوصيات في سهولة إبرامها وتنفيذها.

البند الثالث: إسناد رسالة البيانات والإقرار باستلامها

تعد رسالة البيانات وسيله للتعبير عن الإرادة بين أطراف في أماكن جغرافية متباعدة، و لذلك بات من الضروري وضع ضوابط يمكن الاعتماد عليها لإسناد كل رسالة إلى منشئها وإلزامه بمضمونها، وما يترتب عليها من الآثار القانونية حتى يطمئن المرسل إليه في نفس الوقت بأنه يتصرف على أساس أن الرسالة تجسد إرادة المنشئ.

كما يتطلب الأمان في تبادل رسائل البيانات أن يقوم المرسل إليه بإشعار المنشئ باستلامه لرسالة البيانات، ونظرا لأهمية هذه المسائل نجد أن التشريعات ذات العلاقة نظمتها في إطار نصوص قانونية خاصة، وبيان ذلك في نقطتين تتعلق الأولى بإسناد رسالة البيانات، في حين تتعلق الثانية بالإقرار باستلامها.

أولا: إسناد رسالة البيانات

من المشاكل القانونية التي تبرز في العقود التقليدية المبرمة في بيئة ورقية مشكلة إنكار العقد من قبل أحد طرفيه أو كلاهما؛ باعتبار التوقيع الموجود على العقد مزور، ولا يعود للشخص الذي أنكره، لكن المشكلة تبدو أكثر تعقيداً في البيئة الإلكترونية، والتي تبرم فيها العقود من خلال رسالة البيانات، ويتم التوقيع عليها إلكترونياً؛ حيث من الممكن أن يقوم شخص غير مأذون بإرسال رسالة بيانات باستخدام التوقيع الإلكتروني لشخص أخر[1]. الأمر الذي يستدعي

1 -آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 109.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ضرورة وضع ضوابط يتم بموجبها إسناد كل رسالة بيانات يتم تبادلها بين الأطراف إلى منشئها لكي تكون لها القيمة القانونية، وبالتالي يستطيع الطرف الآخر الاعتماد على هذه النسبة لمنشئها، ويتصرف إزاء ذلك من حيث التعبير عن إرادته تجاهها، أو أي تصرف آخر؛ باعتبار أن رسالة البيانات هي تجسيد للتعبير عن إرادة منشئها (مرسلها)[1].

وفي ضوء أهمية إسناد رسالة البيانات إلى من أنشأها أو أرسلها، وضعت التشريعات روابط يمكن الاعتماد عليها في هذا المجال، فقد خصص قانون الأونسيترال النموذجي المادة 13[2] منه لإسناد رسالة البيانات، وبموجب الفقرة الأولى من هذه المادة: " تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا كان المنشئ هو الذي أرسلها بنفسه".

بينما اعتبرت الفقرة الثانية من نفس المادة أن رسالة البيانات في إطار العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه صادر عن المنشئ إذا أرسلت من قبل شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ؛ سواء كان نائباً قانونياً كالولي على القاصر، أو نائباً اتفاقياً مثل المدير المفوض للشركة، أو نائباً قضائياً كالسنديك في الإفلاس، أو من خلال نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ نيابة عنه للعمل لحساب المنشئ[3].

أما الفقرة الثالثة من نفس المادة فتقرر قرينة قانونية لصالح المرسل إليه بأن يفترض صدور الرسالة عن المنشئ حتى، ولو كانت لم تصدر عنه شخصياً، أو عن وكيله أو الوسيط الإلكتروني، الذي يعمل بنيابة عنه باسمه، ويستطيع المرسل إليه أن يتصرف على أساس هذا الافتراض في حالتين[4]:

-**الحالة الأولى:** إذا استخدم المرسل إليه نظام أو وسيلة لمعالجة المعلومات وقد سبق أن اتفق مع المنشئ على استخدامها لغرض التحقق من أن الرسالة صادرة من المنشئ.

-**الحالة الثانية:** إذا كانت الرسالة التي وصلت إلى المرسل إليه ناتجة عن تصرفات وإجراءات قام بها شخص تابع للمنشئ أو من ينوب عنه أو حتى من شخص تمكن بحكم علاقته بالمنشئ أو من ينوب عنه من الوصول إلى طريقة يستخدمها المنشئ لإثبات أن رسالة البيانات صادرة عنه فعلاً.

الملاحظ أن هذه الحالة الأخيرة تشمل فرضية أن تصدر الرسالة من شخص تمكن من الوصول إلى الطريقة التي يستخدمها المنشئ لإثبات أن الرسالة صادرة عنه فعلاً؛ كاستخدام الشفرة الخاصة به، حتى ولو كان قد وصل هذا الشخص إلى هذه النتيجة بصورة غير مشروعة، وهذه القاعدة يبدو أنها شرعت حماية للأوضاع الظاهرة، و استقرار

1 - هادي مسلم يونس البشكاني، المرجع السابق، ص 226.

2 - المادة 13 من قانون الأونسيترال النموذجي تقابلها المادة 14 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، والمادة 15 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي.

3 - بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 77.

4 - المرجع نفسه، ص ص 77 -78.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المعاملات، ولكن يشترط لتطبيقها أن يكون المرسل إليه حسن النية، ولم يكن باستطاعته في حدود العناية المعقولة العلم بهذا الاستخدام غير المشروع من هذا الأجنبي، ويبقى للمنشئ الحق في إثبات كون الرسالة لم تصدر منه، وإنما أرسلت عن طريق تدخل غير مشروع إلى نظامه المعلوماتي[1].

للإشارة فإن القرينة التي قررتها التشريعات لصالح المرسل إليه هي قرينة بسيطة، يجوز إثبات عكسها من طرف المنشئ، وأن ينفي الرسالة إليه، وهو ما نصت عليه الفقرة الرابعة من نفس المادة، وذلك في حالتين:

1 - إذا استلم المرسل إليه شعاراً من المنشئ يفيد بأن تلك الرسالة لم تكن صادرة عنه، بشرط أن تتاح للمرسل إليه فترة زمنية معقولة لكي يستطيع فيها أن يرتب أموره، وأن يتصرف على هذا الأساس، ولكن يبقى المنشئ مسؤولاً عن الآثار القانونية المترتبة قبل الإشعار، ويعفى فقط من الآثار القانونية التي تترتب بعد الإشعار؛ حماية لاستقرار المعاملات، وتوفير الثقة، والأمان في المعاملات الإلكترونية[2].

2 - إذا كان المرسل إليه يعلم، أو كان بإمكانه أن يعلم ببذل عناية معقولة، أو باستخدام إجراء متفق عليه في هذا المجال أن رسالة البيانات ليست صادرة عن المنشئ، بل أن الشخص الذي أرسل الرسالة هو شخص أجنبي، وقام باستخدام غير مشروع للوسيلة المستخدمة للتحقق من صدور الرسالة عن المنشئ[3].

أما بصدد سلامة محتويات رسالة البيانات، وعدم حصول تغيير فيها، فقد أكدت التشريعات أنه عندما تكون الرسالة صادرة من المنشئ، ، أو تعد كذلك وفق الضوابط السابقة؛ فإنه في إطار العلاقة بينه وبين المرسل إليه يحق لهذا الأخير أن يعد الرسالة التي تسلمها هي ذات الرسالة التي قصد المنشئ إرسالها له، والمرسل إليه يعتمد على صحتها، وأن يتصرف على هذا الأساس؛ لكن هذا الحكم لا ينطبق متى كان الخطأ في رسالة البيانات المعنية واضحاً؛ سواء تعلق الأمر بخطأ في اسم الملف، أو أي خطأ يمكن أن يثير الشك في ذهن المرسل إليه، وكان يمكن أن يتحقق من ذلك بعناية معقولة[4].

يتبين مما سبق أن الغرض الأساسي من نص المادة 13 هو وضع ضوابط وقواعد بشأن نسبة رسائل البيانات إلى من أنشأها أو أرسلها، ولا يقصد منها أن تحل محل القواعد العامة المنظمة لأحكام الوكالة في القانون المدني في الحالات

1 -هادي مسلم يونس البشكاني، المرجع السابق، ص 228.
2 - آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 112.
3 - بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص ص 79 -80.
4 -هادي مسلم يونس البشكاني، المرجع السابق، ص 229.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التي يتم فيها إرسال رسالة البيانات من قبل من ينوب عن المنشئ، أو من خلال الوسيط الإلكتروني الذي تتم برمجته من قبل المنشئ ؛ لكي يعمل لحسابه ونيابة عنه[1].

ثانيا: الإقرار باستلام رسالة البيانات الإلكترونية

قد يتفق أطراف التعاقد الإلكتروني في مرحلة التفاوض، أو في مرحلة الإبرام على توجيه إقرار باستلام الرسالة الإلكترونية ؛ سواء كانت تتضمن مجرد تبادل إلكتروني للمعلومات أم تتضمن إيجابا أو قبولاً، حتى يكون المنشئ لها على دراية كافية لمصير تلك الرسالة، والتصرف على ضوء ذلك[2]، ويُستخدم نظام الإشعار بالاستلام على نطاق واسع في مجال التجارة الإلكترونية بشكل عام، والعقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكه الأنترنت خصوصاً، فهذا النظام وجد بهدف تحقيق المزيد من الأمان والثقة في التبادل الإلكتروني، والتثبت من وصول الرسالة إلى المرسل إليه[3].

وفي العلاقة بين منشئ الرسالة الإلكترونية والمرسل إليه قد يتم الاتفاق على شرط الإقرار بالاستلام قبل توجيه الرسالة الإلكترونية من المرسل إلى المرسل إليه أو عند توجيهها، وقد يكون الاتفاق على الإقرار بالاستلام ضمن الرسالة الإلكترونية المرسلة، أو في اتفاق خاص مستقل يتفق عليه الطرفان مسبقا، إذ قد يكون الإقرار لمجرد علم المنشئ بوصول رسالته إلى المرسل إليه، أو يكون شرطاً لإعمال الرسالة وترتيب أثرها.

أ- حالات الإقرار باستلام رسالة البيانات

تتمثل هذه الحالات في وجود شرط تلقي الإشعار بالاستلام يلزم به المرسل إليه أو عدم وجوده.

1 - حالة وجود شرط بتلقي الإشعار بالاستلام يلزم به المرسل إليه

بموجب الفقرة الأولى من المادة 14 من قانون الأونسيترال النموذجي يكون المرسل إليه ملزماً بإشعار المنشئ باستلام رسالة البيانات الصادرة منه في الحالات الآتية[4] :

- إذا وجد اتفاق سابق بين الطرفين المنشئ والمرسل إليه على قيام المرسل إليه بإشعار المنشئ بالاستلام.
- إذا حصل الاتفاق على ذلك عند إرسال رسالة البيانات.

---

1 - بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 80.

2 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 122.

3 -آمانج رحيم محمد، المرجع السابق، ص 113.

4 -تقابلها المادة 1/13 من قانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية، وكذا المادة 1/16 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، وكذا المادة 1/16 من قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية والتجارة الإلكترونية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

– إذا اشترط المنشئ على المرسل إليه بأن يقوم بإشعاره باستلام الرسالة من جانبه، وذلك بالنص على هذا الشرط في رسالة البيانات ذاتها أو رسالة مستقلة عن تلك الرسالة.

من خلال نص المادة نجد أنه إذا اشترط المنشئ ضرورة قيام المرسل إليه بإرسال إشعار بتلقيه رسالة البيانات، فهذه الأخيرة لن يترتب عليها الأثر القانوني في إنشاء الالتزام أو تعديله أو إنهائه إلا إذا تلقى المنشئ هذا الإشعار، وفي إطار العقود الإلكترونية المبرمة بواسطة رسالة البيانات التي تتضمن مثل هذا الاشتراط يمكن تكييف إرسال الإشعار على أساس الشرط الواقف[1]، ويكون العقد التجاري الإلكتروني في هذه الحالة معلقاً على شرط واقف، وهو إرسال الإشعار، فإذا لم يتم الإشعار لم ينشأ العقد، وهنا تظهر القيمة القانونية للإشعار[2].

2-حالة عدم وجود شرط تلقي الإشعار بالاستلام

تناولت الفقرة الرابعة من المادة 14 من قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية حالة عدم اشتراط المنشئ تلقي الإشعار بالاستلام، ولم يعلق أثر رسالته على تسلم ذلك الإشعار، فإذا لم يحصل ذلك في غضون وقت معقول، فيحق للمنشئ أن يوجه إشعاراً لاحقاً إلى المرسل إليه يذكره بأنه إذا لم يتم ذلك خلال الوقت المحدد، فإنه من حق المنشئ أن يعامل رسالة البيانات وكأنها لم ترسل أصلاً، وأن يمارس أية حقوق أخرى قد تكون للمنشئ، كأن يطالب بالتعويض إذا أصابه ضرر من جراء عدم إرسال الإشعار بالاستلام من المرسل إليه[3].

بالرجوع للفقرة المذكورة نجدها قد تناولت حالة شائعة في العقود الإلكترونية، والتي يتم إبرامها من خلال تبادل رسائل البيانات إلكترونياً عبر الشبكة؛ وفي أغلب الأحوال حين يقوم الموجب بإرسال رسالة بيانات متضمنة إيجابا الكترونياً إلى المرسل إليه لا يشترط عليه في رسالته وجوب إشعاره بالاستلام، ولا يذكر في رسالته بأنها تكون غير نافذة المعمول إلى حين استلام الإشعار من المرسل إليه، ونتيجة لذلك لا يتلقى الموجب إشعاراً بالاستلام في غضون وقت معقول، فمن حق الموجب معرفة الوقت الذي يتحلل فيه من التزاماته، وأن يوجه بإيجابه إلى شخص أخر غيره[4].

الحال أن القاعدة الواردة في الفقرة الرابعة مقررة لمصلحة المنشئ والمرسل إليه في نفس الوقت؛ فالمنشئ غير ملزم بإرسال هذا الإشعار، ولكنه وسيلة يستطيع بواسطتها تحديد وضعه القانوني في الحالات التي لم يستلم فيها

1 – الشرط الواقف هو الشرط الذي يعلق على وقوعه وجود الالتزام، ومثاله أن يتعهد أب لإبنه بأن يهبه مالاً إن تزوج، فالزواج هنا هو الشرط الذي يقف على تحققه وجود التزام الأب. للتفصيل أكثر أنظر: محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزامات - أحكام الالتزام – دراسة مقارنة في القوانين العربية**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 193.

2 – بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص ص 82 -83.

3 – آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 116.

4 – المرجع نفسه، ص 117.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الإشعار المطلوب، و المرسل إليه غير ملزم بالإجابة عن إشعاره في غضون المدة المحددة له، وفي كل الأحوال إذا لم يتلق الموجب إشعاراً بالتسلم بعد توجيهه إشعار إلى المرسل إليه فيستطيع أن يتعامل مع رسالة كأنها لم ترسل أصلا[1].

ب – شكل الإقرار بالاستلام

الإقرار بالاستلام الذي يرسله المرسل إليه إلى منشئ الرسالة الإلكترونية الذي يفيد استلامها يخضع من حيث الشكل والمضمون للاتفاق بينهما، فإذا اتفق الطرفان على أن يكون الإقرار في شكل معين أو بوسيلة معينة وجب احترام هذا الاتفاق والالتزام به، أما إذا لم يتفق الطرفان على شكل معين للإقرار؛ فإن المادة 2/14 من القانون النموذجي قد نصت على أنه: " إذا لم يكن المنشئ قد اتفق مع المرسل إليه على أن يدون الإقرار بالاستلام وفق شكل معين أو على أن يتم بطريقة معينة يجوز الإقرار بالاستلام عن طريق:

1 - أي إبلاغ من جانب المرسل إليه سواء كان بوسيلة آلية أو بأية وسيلة أخرى.

2 - أي سلوك من جانب المرسل إليه، وذلك بما يكون كافياً لإعلام المنشئ بوقوع استلامه رسالة البيانات.

وهو ما يبين أن الإقرار يجوز أن يتم بأية وسيلة؛ كأن يرسل الإقرار عن طريق نظام إلكتروني، أو بأي طريقة تدل على وصول الرسالة الإلكترونية، كأن يقوم المرسل إليه كمشتري في البيع الإلكتروني بدفع الثمن بطرائق مختلفة: بطاقات الائتمان[2]، أو الشيك الإلكتروني[3]، أو قيام المرسل إليه كبائع بإرسال المبيع إلى المشتري[4].

---

1 - بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 86.

2 - بطاقة الائتمان هي بطاقة خاصة يصدرها المصرف لعميله كي تمكنه من الحصول على السلع والخدمات من محلات وأماكن معينة عند تقديمه هذه البطاقة، ويتم الوفاء بهذه البطاقة وفق التصرفات المبرمة عبر الأنترنت، فيقوم العميل (المشتري) الذي تعاقد على شراء سلع وخدمات، بإرسال رقم البطاقة للتاجر، وعند استلام هذا الأخير الرقم يقدم قسيمة الشراء إلى البنك مصدر البطاقة لتحصيل المبلغ المطلوب، بخصمه من حساب العميل.

أنظر كلا من:

-كميت طالب البغدادي، **الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان – المسؤولية الجزائية والمدنية**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص 53.

- Michael Abels, Le commerce sur internet, moyens de paiement et risque afférent, **Revue de droit des affaires internationales,** n° 3, 1998, p 350.

3 - يعتبر الشيك من أهم الأوراق التجارية، وهو محرر مكتوب وفق شروط معينة، ويتضمن أمرا صادرا من هو الساحب إلى شخص آخر قد يكون غالبا مصرفا وهو المسحوب عليه، بأن يدفع لشخص ثالث أو لأمره أو لحامل الشيك مبلغا معينا بمجرد الاطلاع، ونتيجة للتطور الحاصل سعت الدول إلى إصدار شيكات إلكترونية حتى تستخدم هذه الشيكات في عمليات السداد الإلكترونية بين الطرفين من خلال الوسيط. أنظر: نضال إسماعيل برهم، **أحكام عقود التجارة الإلكترونية**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص 124.

4 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 122 - 123.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ج- الفترة الزمنية المحددة للإقرار بالاستلام

إن الفترة الزمنية المحددة للإقرار بالاستلام لا تخرج عن الوقت الذي يغادر فيه الخطاب الإلكتروني نظام المعلومات الذي يقع تحت سيطرة المرسل إليه، وعادة ما نجد المنشئ يحدد فترة زمنية معينة للطرف المقابل حتى يصدر إقراره[1].

أما إذا لم يذكر المرسل ذلك وجب ورود ذلك الإقرار في غضون الوقت المحدد أو المتفق عليه أو في غضون وقت معقول، فإن المرسل وطبقا لنص المادة 4/16 من القانون النموذجي إذا لم يرد الإقرار بالاستلام خلال وقت معقول تعامل رسالة البيانات وكأنها لم ترسل أصلاً[2].

د- الآثار القانونية المترتبة عن تلقي المنشئ الإقرار بالاستلام

افترض القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية في المادة 5/14 أن المنشئ إذا تلقى إقرار باستلام الرسالة الإلكترونية من المرسل إليه فإن هذا الإقرار يعتبر قرينة على استلامها، ولكنها مجرد قرينة قابلة لإثبات العكس بكافة الطرق القانونية، فهذه القرينة على استلام الرسالة الإلكترونية لا تمتد إلى مضمون الرسالة، فيجب ألا يعتبر إقرار الاستلام قراراً من جانب المرسل إليه بالموافقة على مضمون الرسالة، وذلك ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك[3].

بناءً على ذلك إذا صدر الإقرار بالاستلام من المرسل إليه، وكان يفيد العلم وقبول ما ورد بمضمون الرسالة الصادرة من المنشئ، وكنا بصدد عقد بيع مثلاً؛ فإن العقد ينعقد منذ وصول هذا الإقرار بالاستلام إلى المرسل، وذلك شريطة أن يكون القبول مطابقاً للرسالة الإلكترونية، أما إذا كان الإقرار بالاستلام يفيد علم المرسل إليه مع وجود تعديل؛ سواء بالزيادة أو النقصان للرسالة الإلكترونية الصادرة من المنشئ، فإن هذا الإقرار يعتبر بمثابة إيجاباً جديداً يتعين قبوله من المنشئ حتى يتم التعاقد الإلكترونية، وهو ما يتضح معه أن منشئ الرسالة قد يكون الموجب أو القابل[4].

كما نصت المادة 3/14 من القانون النموذجي على أنه إذا كان المنشئ قد ذكر أن رسالة البيانات مشروطة بتلقي ذلك الإقرار بالاستلام؛ فإن رسالة البيانات تعامل وكأنها لم ترسل أصلاً إلى حين ورود الإقرار.

---

1 - قارة مولود، المرجع السابق، ص 39.

2 - خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق، ص ص 123 - 124.

3 - المرجع نفسه، ص 124.

4 - المرجع نفسه، ص 124.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني: التعبير عن الإرادة عن طريق الوسيط الإلكتروني (الوكيل)

إذا كان العقد في مفهومه التقليدي يبرم بين شخصين طبيعيين، فإن الأمر يختلف في نطاق العقود الإلكترونية التي قد تتم دون تدخل أي عنصر بشري، إذ يجري حالياً وبشكل متزايد استخدام الوسيط الإلكتروني، أو ما يسمى بالأنظمة المؤتمتة[1]، أو الوكيل الإلكتروني[2]، كطريقة تلقائية للتعبير عن الإرادة في بيئة التجارة الإلكترونية، كما شاع إبرام العقود الإلكترونية من خلاله، ونتيجة لذلك أولت أغلب التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية اهتماماً كبيراً بالمسائل القانونية التي أثارها التعاقد عبر الوسيط الإلكتروني، خصوصاً وأن القواعد العامة للقانون المدني لا تتضمن أحكاما قانونية متعلقة بالمعاملات الإلكترونية.

ووفقا لهذا النظام يستطيع جهاز الكمبيوتر أن يبرم عقداً مع إنسان، أو مع جهاز كمبيوتر أخر، فالكمبيوتر يصلح أن يكون وكيلاً إلكترونياً يبرم العقود؛ وهو ما يعني أن الإيجاب والقبول يحدثان بصورة أوتوماتيكية وتلقائية، اعتمادا على عناصر ومعلومات مبرمجة بين أجهزة الكمبيوتر تنقل من خلال شبكة الأنترنت[3].

إن هذا النوع من التعاقد يثير العديد من المسائل القانونية المتعلقة بتعريف الوسيط الإلكتروني، ومدى صلاحيته للتعبير عن الإرادة التعاقدية، وكذا إمكانية تشبيهه بالوكيل في العالم المادي، ومن ثم مدى تطبيق أحكام الوكالة الواردة في القانون المدني عليه.

البند الأول: مفهوم الوكيل الإلكتروني

الوكيل الإلكتروني مفهوم خاص، وميدان خاص؛ كونه يعمل في بيئة خاصة، وهي الأنترنت، ويستمد خصوصيته من بيئته وذاتيته الخاصة، لطبيعته الإلكترونية، ويعتبر مجرد برنامج من برامج الحاسوب، ولأنه برنامج مستحدث يدفعنا هذا إلى الوقوف على بيان مفهومه.

---

1 - تعبير مصطلح الأنظمة المؤتمتة مصطلح جديد على اللغة العربية، وقد أخذ من كلمة Automate الإنكليزية، التي تعني ما يمكن تشغيله آلياً أو أوتوماتيكياً، تلقائياً أو يعمل ذاتياً، وقد ظهر استخدامه لأول مرة في وثائق لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) الصادر باللغة العربية، ثم استخدمته بعض القوانين العربية؛ منها قانون دبي للمعاملات الإلكترونية، بينما توجد بعض القوانين لم تستخدمه مثل: قانون التوقيع الإلكتروني المصري 2004، والقانون التونسي للمبادلات والتجارة الإلكترونية لسنة 2000.

أنظر كلا من:

- آمانج محمد رحيم، المرجع السابق، ص 123، هامش 4.
- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 157، هامش 1.

2 - تطلق تسمية الوكيل الإلكتروني على الوسيط الإلكتروني في كل من قانون المبادلات الإلكترونية الموحد الأمريكي سنة 1999، وقانون كندا الموحد للتجارة الإلكترونية سنة 1999، وقانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية سنة 2002. أنظر: آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 123، هامش 5.

3 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 157.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولا: تعريف الوكيل الإلكتروني

إن تعريف الوكيل الإلكتروني يدفعنا للتعرض إلى التعريفات الفقهية كونها الأسبق في الظهور من التعريفات التشريعية، وكان لها الفضل في تبني بعض التشريعات تنظيماً لعمل هذا النوع من البرامج.

أ- التعريف الفقهي للوكيل الإلكتروني

تشعبت الآراء الفقهية التي قيلت في تعريف الوكيل الإلكتروني، ويعرف بأنه: " برنامج يعلم كيف يقوم بالأعمال التي تكون مناسبة للمستخدم"، كما يركز بعض الفقه في تعريفهم للوكيل الإلكتروني على الهدف من المهمة التي يقوم بها، ومن التعريفات التي في ذلك التعريف الذي قال به أحد الفاقهين في شركة IBM حيث عرفه بأنه: " أي شيء يمكن أن يعمل في بيئته من خلال أجهزة إحساس، ويتصرف في هذه البيئة من خلال مؤثرات"[1].

ويفضل البعض في تعريفه للوكيل الإلكتروني التركيز على الخصائص التي يتمتع بها هذا البرنامج، والتي تميزه عن غيره من البرامج، والتي هي السبب في تسميته "**برنامج الوكيل الإلكتروني**"، ومن التعريفات التي قيلت في هذا الصدد الوكيل الإلكتروني: " برنامج أو جزء مادي من كمبيوتر مثبت به برنامج يتميز بأربع خصائص: الاستقلالية، القدرة الاجتماعية، والقدرة على رد الفعل، والقدرة على المبادرة "[2].

ويضيف البعض للتعريف السابق مجموعة أخرى من الخاصيات، منها القابلية للتعديل والتأقلم مع شخص المستخدم، والتعاون والتحكم في الأهداف، ويميل البعض إلى تعريف الوكيل الإلكتروني بشكل يوضح الهدف منه وإبراز الخصائص التي يتمتع بها برنامجه في آن واحد، ومن ثم يعرفون الوكيل الإلكتروني بأنه: " برنامج من برامج الحاسوب الآلي يقوم بعمل معين نيابة عن الشخص الذي يستخدم الحاسب الآلي ويكون من الشخص الذي يمثله"[3].

ب- التعريف التشريعي للوكيل الإلكتروني

اختلفت قوانين التجارة الإلكترونية في تعريفها للوكيل الإلكتروني، فعرفه القانون التجاري الأمريكي الموحد في المادة (6/2) من القسم رقم (401) بأنه: " برنامج حاسوبي أو إلكتروني أو أية وسيلة إلكترونية أخرى أعد لكي يبدأ عملا أو الرد على تسجيلات إلكترونية أو أداء معين بصفة كلية أو جزئية دون الرجوع إلى شخص طبيعي"[4].

1- GILBERT (J.), IBM Intelligent agent, white paper, may 1997, http://www.networking.ibm.com/iaghome/html.
نقلاً عن: شريف محمد غانم، **الوكيل الإلكتروني في التجارة الإلكترونية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012، ص ص 20-21.

2 - شريف محمد غانم، المرجع السابق، ص 21.

3 - المرجع نفسه، ص 21.

4 - غني ريسان جادر الساعدي، "النظام القانوني للوكيل الإلكتروني"، **مجلة أهل البيت**، جامعة أهل البيت، العراق، العدد: الخامس، 2007، ص 280.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أوردت بعض التشريعات العربية تعريفاً للوسيط الإلكتروني، من بينها قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية، والذي عرف الوكيل الإلكتروني المؤتمت بأنه: " برنامج أو نظام إلكتروني لحاسب آلي يمكن أن يتصرف أو يستجيب لتصرف بشكل مستقل؛ كلياً أو جزئياً، دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الاستجابة له"[1].

وأطلق عليه المشرع في قانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية عبارة عامل إلكتروني، وعرفه في المادة الأولى منه بأنه: " يقصد به برنامج حاسوب أو أية وسيلة الإلكترونية أخرى تستعمل لاتخاذ إجراء أو للاستجابة لتسهيلات أو إجراءات إلكترونية كاملة أو جزئية بدون فعل أو مراجعة يقوم بها أي شخص في وقت الإجراء أو الاستجابة".

نصت عليه أيضا المادة (2) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على أن: " الوسيط الإلكتروني برنامج الحاسوب أو أية وسيلة الإلكترونية أخرى تستعمل من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو تسلم رسالة معلومات دون تدخل شخصي"[2].

من خلال التعريفات التي قدمت للوسيط الإلكتروني، يمكن القول بأن التعاقد عبر الوسيط الإلكتروني يتم من خلال إعداد وبرمجة أجهزة أو أية وسيلة الإلكترونية (ومنها الحاسب الآلي)، لكي تتولى إبرام العقود الإلكترونية تلقائيا بمجرد الاتصال بها عبر الشبكة من قبل وسيط إلكتروني آخر مماثل له، أو من قبل شخص طبيعي أي دون الحاجة إلى تدخل بشري مباشر من جانب الطرفين المتعاقدين عبر الشبكة أو أحدهما، وهكذا يمكن تصور انعقاد العقد بين (جهازين مؤتمتين) دون التدخل البشري المباشر مطلقا[3].

ثانيا: خصائص الوكيل الإلكتروني

لا يعدو الوكيل الإلكتروني أن يكون برنامجاً من برامج الحاسب الآلي، إلا أنه أضحى يكتسي أهمية متزايدة واستخداماً واسعاً في مجال إجراء المعاملات الإلكترونية، وإبرام العقود، ويعود ذلك إلى جملة من الخصائص التي تميزه، وتجعل له ذاتية خاصة، ومن هذه الخصائص نذكر الاستقلال، والقدرة على التعامل مع الأخرين، والقدرة على رد الفعل، والقدرة على تعديل السلوك، و القدرة على المبادرة، و التي نتناولها بالشرح في الفقرات اللاحقة

1 - المادة 2 من قانون دبي للمعاملات الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002.

2 -آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 126.

3 -نسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 95.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أ- الاستقلال

لكل برنامج مدخلات معينة يعمل عليها، وتتحقق بنتيجة عمله مخرجات معينة، ولا يختلف الوكيل الإلكتروني عن غيره من البرامج في هذه الفكرة الأولية، إلا أنه يتميز عنها بأنه مستقل في عمله، ولديه نوع من السيطرة على مدخلاته، فلا تقتصر هذه المدخلات على البيانات التي يزوده بها مبرمجه، إنما تضاف إليها بيانات أخرى، يكون قادراً على تكوينها، وجمعها من خلال ما يجريه من معاملات، فبعد استخدامه وتشغيله تكون له القدرة على أن يعمل مجددا دون الحاجة إلى تدخل من الشخص الطبيعي لإعادة تشغيله[1].

وتخضع برامج الحاسوب العادية إلى المدخلات التي يتم تلقيمها بها من الشخص المبرمج، وبذلك فالمخرجات التي تنتج لا تتغير في كل مرة تعمل فيها، بينما الوكيل الإلكتروني إذا أنجز عملاً معيناً تغيرت مدخلاته، و مخرجاته تتغير في كل مرة يعمل فيها، فالوكيل الإلكتروني تتّكون له خبرة سابقة في التعامل، فيكون متميزاً عن الأخر؛ حتى ولو كان في مبدأ استخدامه ذات البرنامج، إذ أن لكل وكيل إلكتروني خبرته الخاصة في التعامل، التي تختلف عن الخبرة الخاصة التي كونها غيره من الوكلاء الإلكترونين[2].

ب-القدرة على التعامل مع الآخرين

تنصرف هذه الخصيصة إلى قدرة البرنامج على الاتصال والتفاعل مع الآخرين الذين يتواجدون على شبكة الأنترنت؛ سواء كانوا أشخاص يبحثون بأنفسهم عن السلع والخدمات، أو كانوا وكلاء إلكترونيين آخرين يعملون لحساب المشترين أو البائعين، ويتم الاتصال بين الوكيل وغيره من الوكلاء الإلكترونيين من خلال لغة اتصال مشتركة في صورة تفاعلات بين البرامج، أما بين الوكيل الإلكتروني والشخص العادي فيتم عن طريق تزويد الشخص لبرنامج الكمبيوتر ببعض المعلومات التي تتعلق برغباته في مقابل حصوله من البرنامج على بيانات تتعلق بسلع وخدمات[3].

ج-القدرة على رد الفعل

يتميز الوكيل الإلكتروني بإدراكه للبيئة التي يعمل فيها، وبناء على هذه القدرة على الإدراك يلاحظ ما يحصل في هذه البيئة من تغيير ويستجيب له، فإذا كانت المهمة التي كلف بها شراء أخر الإصدارات لكاتب معين؛ يلاحظ

---

1 - ألاء يعقوب النعيمي، "الوكيل الإلكتروني - مفهومه وطبيعته القانونية"، **مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية**، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، المجلد: 7، العدد: 2، يونيو 2010، ص 155.

2 - المرجع نفسه، ص ص 155 -156.

3 - شريف محمد غانم، المرجع السابق، ص ص 52 -53.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عندما تطرح على الأنترنت قائمة بأحدث الإصدارات ذلك الكاتب، يكون لديه رد فعل تجاه ذلك، بأن يقدم طلباً لشراء ذلك المُؤلَف، ولا يستلزم قيامه بهذا الأمر الحصول على تعليمات جديدة من المستخدم[1].

د- القدرة على تعديل السلوك

تعني هذه الخاصية أن البرنامج له القدرة على تعديل عروضه في كل مرة يغير فيها العميل عاداته، فهو في كل مرة يقدم للمشتري في حالة الوكيل عن الشراء عرضا بحسب ما توصل إليه من معلومات في ضوء مفضلات العميل، ويقدم للبائع في حالة الوكيل عن البيع أفضل عروض البيع التي تتماشى مع متغيرات السوق وتغير ذوق المستهلك، ومن ثم يمكنه أن يؤثر على قرار البائع وتعديل شروط البيع بناء على المعلومات الحديثة التي توصل إليها[2].

هـ- القدرة على المبادرة

لا تتوقف قدرات الوكيل الإلكتروني عند حد إدراك البيئة التي يعمل في إطارها، وتكوين رد فعل استجابة لما يحدث في هذه البيئة من تغيرات، إذ يكون له فضلاً عن ذلك القدرة على المبادرة، واتخاذ فعل مسبق باتجاه الغرض الذي يسعى إلى تحقيقه[3].

من خلال ما سبق؛ نستنتج أن الوكيل الإلكتروني يمكن أن يقوم بإجراء مختلف المعاملات من بيع وشراء بما يستجيب وحاجة صاحبه، كما أنه يقوم بدور الوسيط في ذلك، وهو في ذلك يقوم بذات الدور الذي يقوم به الوكيل التقليدي؛ سواء كان شخصا طبيعياً أو معنوياً، ويكون بالقيام بتصرف مشروع ومعلوم لحساب الموكل، مما يؤدي إلى تفضيله على الوكيل التقليدي، نظرا للدور الذي يقوم به، إضافة لما يتمتع به من مزايا لا نجدها في الوكيل التقليدي.

ثالثا: مزايا الوكيل الإلكتروني ومساوئه

رغم المزايا المميزة الوكيل الإلكتروني، إلا أن الاستعانة به لا تخلو من مساوئ، خاصة في مجال إبرام المعاملات:

أ- مزايا الوكيل الإلكتروني

للوكيل الإلكتروني جملة من المزايا، ففضلاً عن كونه حسن النية؛ فهو يتميز بالموضوعية، كما يتميز بالسرعة والدقة في إجراء المعاملة.

1 - آلاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص 156.
2 - شريف محمد غانم، المرجع السابق، ص57.
3 - آلاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص 157.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

1-حسن النية: الواقع أن النوايا تنسب إلى شخص له إرادة وإدراك، أو ما يسمى بالشخصي الطبيعي، ومع ذلك يمكن وصف الوكيل الإلكتروني بحسن النية على سبيل المجاز، ومن باب الموازنة بينه وبين الوكيل التقليدي، فمن المحتمل أن تتعارض مصلحة الوكيل التقليدي مع مصلحة المُوكل، فيقدم مصلحته على مصلحة الموكل، فقد يكون حسن النية وقد يكون سيئ النية، أما الوكيل الإلكتروني فلا نجد لديه مصلحة، ولا يُحتمل أن تكون لديه مصلحة في التصرف الذي يجريه لمصلحة الموكل، فلا غرض له إلا تحقيق مصلحة الموكل، وقد تم إعداده ليعمل في هذا الاتجاه[1].

وفضلاً عن حسن النية يُوصف الوكيل الإلكتروني بالموضوعية، فأي قرار يتخذه الوكيل الإلكتروني بالتعامل إن جاز التعبير يكون باتجاه تحقيق الغرض الذي صمم من أجله، ولا يتصور أن يتصرف على نحو يناقض الغرض الذي وضع له، أو يمنع من تحقيقه لأسباب شخصية، وفي كل ذلك يفضل الوكيل الإلكتروني على الوكيل التقليدي[2].

2-السرعة والدقة في إجراء المعاملة: يتسم التعامل الإلكتروني بسرعته بالموازنة مع التعامل التقليدي، إذ لا يتطلب إبرام التعامل الإلكتروني سوى النقر على زر فأرة التشغيل، وإدخال بيانات معينة تتعلق برقم بطاقة الائتمان، وهوية المتعاقد، كما أنه من المتصور أن يتم تنفيذه بذات السرعة، ولا سيما عندما يكون محل الالتزام تسليم سلعة رقمية؛ ككتاب إلكتروني، إذ يتم تسليم محل العقد في مثل هذه الحال عن طريق نقل بيانات معينة عبر الأقمار الصناعية، ومن ثم تخزينها في ذاكرة الحاسب الآلي للمتعاقد[3].

فالأنترنت تحوي عدداً كبيراً من المواقع التجارية؛ حيث تعرض هذه الأخيرة سلع متماثلة، مما يستلزم من المتعاقد الاختيار والموازنة بينها حتى يحصل على حاجات تلبي رغباته، ويكون ذلك إما من المتعاقد نفسه، أو من وكيله، وذلك من خلال محركات البحث المختلفة[4]، بإدراج كلمات دالة على المعلومة المراد البحث عنها (عنوان كتاب، مواصفات السلعة، ....) فإن تمت هذه العملية بطريقة تقليدية فإنها ستستغرق وقتاً طويلاً[5].

ويختلف الحال فيما لو أوكلت هذه المهمة إلى وكيل إلكتروني فهو ينجزها بطريقة إلكترونية تتيح له أن يجوب المواقع الإلكترونية، ولا تعتمد طريقة عمله على الكلمة الدالة كما هو الحال في محركات البحث، وإنما يبحث عن السلعة من خلال اسمها، أو علامتها التجارية، بل يتعدى الأمر إلى معالجة البيانات التي حصل عليها، فيقوم بالموازنة

1 - آلاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص 159.
2 - المرجع نفسه، ص 159.
3 - المرجع نفسه، ص 157.
4 -من بين محركات البحث المشهورة نذكر : yahoo ، google ، altavista.
5 - آلاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص 158.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بين العروض المختلفة؛ من حيث أسعار السلع و مواصفاتها، و السلعة الأكثر طلباً من المستهلكين، وبذلك يصبح للموكل مقومات الاختيار، وفضلاً عن السرعة التي ينجز بها الوكيل الإلكتروني هذه المهمة، فإن إنجازه يتسم بالدقة[1].

ب/ مساوئ الوكيل الإلكتروني

إن جملة المزايا التي يتمتع بها الوكيل الإلكتروني قد تكون دافعاً لاستخدامه في مجال المعاملات الإلكترونية؛ إلا أنه لا يخلو من سليبات، قد تشكل عائقاً أمام استخدامه بشكل واسع، ويمكن رد السلبيات إلى طبيعته الإلكترونية من جهة، وإلى البيئة التي يعمل في إطارها من جهة أخرى، والتي تتمثل خصوصاً في شبكة الإنترنت.

1- الإضرار بالعلامة التجارية للتاجر: قد يؤدي استخدام الوكيل الإلكتروني إلى الإضرار بالعلامة التجارية[2] للتاجر، فالتاجر يحرص على بناء سمعة تجارية لمتاجره الافتراضية على الأنترنت، ويسعى إلى تمييز سلعه وخدماته من خلال علامته التجارية، فالعلامة التجارية عامل مهم في جذب العملاء؛ سواء كان المتجر واقعياً أو افتراضياً، واستخدام الوكيل الإلكتروني من قبل المستهلكين قد يبعدهم عن العلامة التجارية، إذ يبرم الوكيل الإلكتروني العقد ولا تكون هناك فرصة للمستهلك لزيارة الموقع الإلكتروني للتاجر بشكل مباشر[3].

2- عدم دقة الاختيار الذي يجريه الوكيل الإلكتروني للسلعة أو الخدمة: قد يغفل في عملية الاختيار، وفي الموازنة بين السلع وأسعارها العديد من الاعتبارات التي تؤثر في ثمن السلعة أو أجر الخدمة مثل: السمعة التجارية للتاجر، فلا يأخذ بنظر الاعتبار قيمة العلامة التجارية للتاجر، أو زمان التسليم؛ من حيث كون السلعة موجودة فعلاً لدى التاجر، وجاهزة للشحن، أو أنها غير متوافرة ساعة إبرام العقد، ويتعهد التاجر بتوفيرها وشحنها بعد إبرامه[4].

---

1 - آلاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص 159.

2 - عرف المشرع الجزائري العلامة التجارية في المادة 2 فقرة 1 من الأمر 06/03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424 الموافق 19 جويلية 2003 المتعلق بالعلامات التجارية، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: العدد 43، بتاريخ 23 جمادى الأولى 1424 الموافق 23 جويلية 2003) على أنها: " كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي، لاسيما الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص والأحرف والأرقام، والرسومات أو الصور والأشكال المميزة للسلع أو توضيبها والألوان بمفردها أو مركبة التي تستعمل كلها لتمييز سلع وخدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره".

وعرفها البعض على أنها: " كل إشارة أو دلالة ميزة يتخذها التاجر أو الصانع أو مقدم الخدمة شعارا لتمييز بضائعه أو منتجاته أو خدماته عن التي يمتلكها الآخرين". أنظر: نسرين شريقي، **حقوق الملكية الفكرية**، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2014، ص 138.

3 - آلاء يعقوب النعيمي، "الوكيل الإلكتروني"، **مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية)**، جامعة الإمارات العربية المتحدة - أبو ظبي، خلال الفترة: 19 -2009/05/20، ص ص425 -426.

4 - المرجع نفسه، ص 424.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فالمزايا التي يقدمها التاجر للمستهلك من شأنها أن تؤدي إلى زيادة الثمن، ويعد هذا الأمر من مساوئ استخدام الوكيل الإلكتروني، إذ أن الموازنة التي يقيمها بين السلع لا تكون بهذه الصورة دقيقة بشكل مرض، فلا يحصل المستهلك بالضرورة على أفضل السلع والخدمات ويضار التاجر الذي يقدم من المزايا المرافقة للسلعة أو الخدمة، لأن سلعته أو خدمته تستبعد من الاختيار لارتفاع ثمنها[1].

3- عدم توافر الثقة والأمان الكاملين: شبكة الأنترنت بيئة مفتوحة عالمياً؛ فقد يحصل شخص سيئ النية على معلومات ذات سرية خاصة، ويسئ استعمالها؛ كأرقام بطاقة الائتمان، أو استغلال المعلومات في عمليات تحويل غير مشروع للأموال، فالمتعاقد الذي يستعين بالوكيل الإلكتروني يكون هو الآخر مضطر لتزويد الوكيل الإلكتروني بالبيانات الخاصة به حتى يتم أعماله، وهذا يتطلب أن تتوافر لدى المستخدم الموكل الثقة في برنامج الوكيل الإلكتروني، ومدى كفاءته من الناحية التقنية، إذ لا يكون من اليسير اختراقه وسرقة ما يتضمنه من بيانات، فإذا لم يكن المستخدم واثقا من ذلك فإنه لا يقوم على استخدامه[2].

على الرغم من سلبيات قرصنة الوكيل الإلكتروني، واحتمال استخدام معلومات المستخدم، فقد اتسعت رقعة العمل به، كونه يحقق بعض الامتيازات المستخدمة؛ كتوفير الوقت الجهد ، إضافة إلى تخفيف عناء التنقل بين الأسواق لاختيار السلع والخدمات، فأتاح للمستهلك إمكانية الحصول على رغباته بأسرع وقت ممكن.

رابعا: الطبيعة القانونية للوكيل الإلكتروني

نظرا للدور المهم الذي أصبحت تكنولوجيا الوكيل الذكي تلعبه في إبرام عقود التجارة الإلكترونية ثارت العديد من التساؤلات بشأن طبيعة البرنامج، ومدى ارتباطه بالعملية العقدية؛ لأن تحديد هذه الرابطة يتوقف عليه تحديد بعض المسائل الجوهرية، التي من بينها تحديد أطراف العقد الذي يتم إبرامه، وكذا تحديد الطرف المسؤول عن الإخلال بهذا العقد، وتحديد الطبيعة القانونية للوكيل الإلكتروني، وما يترتب على هذه الطبيعة من نتائج تتناول أهم الاتجاهات الرئيسية في تكييفه.

أ- الوكيل الإلكتروني شخص قانوني

المسألة الأولى التي يواجهها أنصار هذا الرأي، وعلى رأسهم (Lawrence Solum) هي وجود أهلية تعاقد لدى الوكيل الإلكتروني يستطيع بمقتضاها التعبير عن إرادته تلك المتعلقة بالشخصية القانونية، ومدى توافرها في

1 - آلاء يعقوب النعيمي، " الوكيل الإلكتروني -مفهومه وطبيعته القانونية، المرجع السابق، ص 161.
2 - المرجع نفسه، ص 160.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

برنامج الوكيل الإلكتروني، وهي مسألة أولية يجب الفصل فيها أولا قبل التطرق إلى المسألة الثانية المتعلقة بأهلية التعاقد[1].

بمعنى أنه إذا كان المشرع يتطلب لوجود العقد أركان معينة، وهي: الرضا، والمحل، والسبب، فيجب أن يصدر الرضا من شخص يتمتع بالشخصية القانونية، فإن توافرت فيه هذه الصفة، يبحث بعد ذلك عن مدى توافر الأهلية فيه[2].

كما يذهب جانب من أنصار هذا الرأي للقول بأن الوكيل الإلكتروني ينبغي أن يتمتع بشخصية قانونية، ولا يخفى ما يحققه هذا التمتع من مزايا؛ إذ يمكن في حال عُدَ الوكيل الإلكتروني شخصاً قانونياً أن يلزم مستخدمه بالعقد الذي يبرمه باسمه ولحسابه، ويؤسس التزامه هذا على إمكانية مد حكم تصرفات الوكيل التقليدي إلى تصرفات الوكيل الإلكتروني، ومن حيث انصراف أثارها من حقوق والتزامات إلى ذمه الموكل، وفي حال ارتكب الوكيل الإلكتروني خطأ بسبب خلل إلكتروني في البرمجة، يتحمل هذا الأخير المسؤولية، ولن يتحملها المستخدم[3].

يستند أنصار ا الرأي السابق إلى مجموعة من الحجج نوردها فيما يلي:

1 - **منح الشخصية القانونية استنادا للصفات التي ينفرد بها الوكيل الإلكتروني:** تأييداً لفكرة منح الوكيل الإلكتروني الشخصية القانونية، ناقش أنصار هذا الرأي هذه الفكرة الأسباب التي يتم من خلالها منح الوكيل الإلكتروني الشخصية القانونية، وهي حسبهم ثلاثة أسباب؛ تحث أي مشرع على النص على منح الشخصية القانونية لكيان ما، تتمثل في الاسم، القدرة الاجتماعية، الملائمة والضرورة[4].

كما استندوا في فكرتهم إلى أن صفة الإنسان ليست شرطاً للتمتع بالشخصية القانونية؛ إذ تمتد هذه الشخصية لتشمل غير الإنسان، وفي أحيان أخرى تخرج الإنسان نفسه منها؛ إذ يوجد على ذلك أدلة كثيرة منها:

الدليل الأول: السفينة وفقاً للقانون البحري تتمتع بالشخصية القانونية، فإذا كان لأحد الأشخاص مصلحة في تجارة سفينة معينة فإنه يستطيع أن يقاضي السفينة كمدع عليها بشكل مباشر، والحكم الذي يصدر ينفذ مباشرة على السفينة، فإذا كانت السفينة تتمتع وفقاً لما سبق ببعض خصائص الشخصية القانونية، وهي لا تملك وعيا أو إرادة من

1-Samir Chopra, Lawrence White, Artificial Agents: Personhood in Law and Philosophy, www.arnetminer.org/viewpub.do?pid=164763-,p 26.

نقلاً عن: كردي نبيلة، التعاقد عن طريق الوكيل الذكي في التجارة الإلكترونية والإشكالات الناشئة عنه، **مذكرة ماجستير**، كلية الحقوق، جامعة اليرموك، الأردن، 2011، ص 38.

2 - شريف محمد غانم، المرجع السابق، ص 70.

3 - ألاء يعقوب النعيمي، "الوكيل الإلكتروني - مفهومه وطبيعته القانونية"، المرجع السابق، ص 170.

4 - شريف محمد غانم، المرجع السابق، ص 72.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أي نوع، فإن منح الشخصية القانونية للوكيل الإلكتروني يكون من باب أولى، طالما لديه الوعي والإرادة والقدرة على التصرف بشكل مستقل عن الشخص الطبيعي الذي يستخدمه[1].

الدليل الثاني: إذا كان القانون قد اعترف بالشخصية القانونية للشخص المعنوي، وهو ليس له وجود مادي، ولا إرادة حرة يعبر عنها بنفسه، فكيف لا يعترف بالشخصية القانونية للوكيل الإلكتروني الذي يمكنه أيضاً التعبير عن إرادته بنفسه؛ نظراً للخصائص التي يتمتع بها، وهو أقرب إلى الشخص الطبيعي من الشخص المعنوي، كون له استقلالية وخيرة التصرف عند إبرام العقود القانونية، عكس الشخص المعنوي الذي يتحكم فيه ممثلوه؛ كمجلس الإدارة[2].

2- منح الشخصية القانونية حماية لمستخدم البرنامج من الأخطاء الفنية للوكيل: لو اعتبرنا الوكيل الإلكتروني مجرد أداة يستخدمها الشخص في التعاقد، فسيكون مسؤولاً عن كافة الأخطاء التي تقع من البرنامج؛ سواء كانت أخطاء في إدخال المعلومات له، أو المتعلقة بالبرمجة، أو تلك المتعلقة بشبكة الأنترنت، وهي أخطاء لم يشارك فيها المستخدم، سيؤدي ذلك إلى إحجام الكثيرين عن التعامل بهذه البرامج، مما يعيق ويعرقل تطور التجارة الإلكترونية، أما إذا اعتبرنا أنه شخص قانوني، فيمكن هنا لمستخدمه التمسك بخطأ الوكيل، ومجاوزته لحدود وكالته، كما سيحل المشكلة المرتبطة بقدرة الوكيل على التعبير عن إرادته، مما يجعله يحمل نتائج أعماله دون ضرورة اللجوء إلى فكرة الافتراض القانوني[3].

ب- اعتبار الوكيل الإلكتروني شخصاً إلكترونياً

تساءل البعض لماذا لا تمنح برنامج الوكيل الإلكتروني شخصية قانونية جديدة، ومن ثم تمتد الشخصية القانونية إلى الشخص الطبيعي، والمعنوي، والإلكتروني، وعلى غرار الشركات التي يتم تسجيلها في سجل خاص بها، يمكن إنشاء سجل إلكتروني يكون متاحاً على شبكة الأنترنت، يتم فيه تسجيل الوكلاء الإلكترونيين، والشركات المالكة لهم، فيستطيع المتعاقد مع البرنامج أن يعلم حدود مسؤوليته قبل التعاقد معه[4].

وإن كانت فكرة منح الوكيل الإلكتروني شخصية قانونية قد تعرضت لانتقادات كثيرة منها :

- رغم تمتع الوكيل الإلكتروني بالاستقلالية والذكاء، إلا أنه يبعد كل البعد عن فكرة الوعي والإدراك الذاتي؛ لذا لا يمكن تشبيهه بالإنسان، ومنحه الشخصية القانونية على هذا الأساس، كما أنه بدلاً من التركيز على الوكيل

1 - ألاء يعقوب النعيمي، "الوكيل الإلكتروني -مفهومه وطبيعته القانونية"، المرجع السابق، ص171.
2 - كردي نبيلة، المرجع السابق، ص ص 39 -40..
3 - شريف محمد غانم، المرجع السابق ص ص 74 -75.
4 - المرجع نفسه، ص ص 76 -77.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الإلكتروني ككيان بهدف منحه الشخصية القانونية، يجب أن نركز على حماية المتعاملين معه، فالوكيل ليس له أي مصلحة أو اهتمام في نجاح الصفقة المبرمة، أو فشلها بعكس الطرف الثالث أو المستخدم[1].

كما يثير منح الشخصية القانونية للوكيل الإلكتروني مشكلة الموطن، كنتيجة لتمتع الشخص بالشخصية القانونية يجب أن يكون له موطن أو مكان إقامة محدد، ولكن الوكيل الإلكتروني ليس له مكان محدد على الشبكة الإلكترونية، خصوصاً إذا كان منتقلاً، ولو فرضنا أيضاً تمتع الوكيل الذكي بهذه الشخصية فما هي درجة ذكائه أو استقلاليته، وحتى ولو قلنا بإنشاء جهات تشرف على هذه المسألة عن طريق خبراء؛ فإن ذلك صعب التحقيق[2].

إضافة إلى الانتقادات السابقة، توجد صعوبة أخرى تواجه تمتع الوكيل الإلكتروني بالشخصية المعنوية تبدو في حالة اختفاء البرنامج من شبكة الأنترنت كليا أو حالة تغيير استخدامه من جانب مالكه، وتكمن الصعوبة في عدم وجود سجل خاص يسجل فيه الوكلاء الإلكترونيين[3].

ج- الوكيل الإلكتروني مجرد أداة اتصال

طرحت فكرة جديدة مفادها أن الوكيل الإلكتروني لا يعدو كونه وسيلة اتصال؛ فهو ليس بشخص قانوني، إنما مجرد برنامج يستخدم عبر شبكة الأنترنت، وفق تعليمات يزوده بها المستخدم، ويساوي أنصار هذه الفكرة بين برنامج الوكيل وأية آلة يستخدمها الشخص في التعاقد عن بعد، كما أن الأعمال والتصرفات الصادرة من برنامج الوكيل الإلكتروني تعتبر صادرة من الآلة التي يستخدمها الشخص في التعبير عن إرادته، ومن ثم تنسب هذه الأعمال إلى الشخص مستخدم الآلة ويكون مسؤولا عن نتائج هذه الأعمال[4].

وينبني على ذلك القول بنفي فكرة أن الوكيل هو من قام بإبرام العقد بوعيه وإرادته الخاصين نيابة عن مستخدمه، وباسم الأخير ولحسابه، وطالما أن مستخدم الوكيل الإلكتروني أبرم العقد بنفسه وعبر عن إرادته بنفسه فإن هذا التعبير تثبت له قوته الملزمة، وفي ذلك تطبيق للقواعد العامة[5].

1 - كردي نبيلة، المرجع السابق، ص ص 41-42.
2 - المرجع نفسه، ص 43.
3 - شريف محمد غانم، المرجع السابق، ص 80.
4 - المرجع نفسه، ص 60.
5 - آلاء يعقوب النعيمي، "الوكيل الإلكتروني"، المرجع السابق، ص 454.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الحال أن هذا الرأي لم يسلم بدوره من النقد: ولعل أهم ما قيل في نقد هذا الرأي أمران: **الأول:** أن الوكيل الإلكتروني يختلف في طبيعته عن الأجهزة أو وسائل الاتصال الأخرى؛ كالهاتف أو الفاكس أو التلكس، فهذه الأخيرة دورها سلبي محض؛ فهي لا تملك إرادة من أي نوع، والتعبير الذي تنقله لا يمكن إلا أن يكون تعبير مستخدمها، على خلاف الوكيل الإلكتروني، فهو يتدخل تدخلاً إيجابياً في إصدار التعبير عن الإرادة، وفي نقله إلى الطرف الأخر في التعاقد[1]. **الثاني**: أن تطبيقه يؤدي إلى تحميل مستخدم البرنامج المسؤولية عن أخطاء الوكيل الإلكتروني، وهذه الأخطاء قد يكون سببها خلل في عمل البرامج التي يضمها الجهاز، ومنها برنامج الوكيل الإلكتروني، وهذه المسؤولية أمر لا يستهان بها؛ ذلك أن أخطاء الأنظمة المعلوماتية لا يمكن توقع نتائجها مسبقاً، فقد تؤدي إلى سلسلة من الأخطاء تكون الأضرار الناتجة عنها كبيرة[2].

البند الثاني: كيفية إعداد الوكيل الإلكتروني وأنواع التعاقد بواسطته

نتطرق في هذا البند لكيفية إعداد الوكيل الإلكتروني، ونبين أنواع التعاقد التي تتم من خلاله، وذلك على النحو الآتي:

أولا: إعداد الوكيل الإلكتروني

يتم إعداد وإنشاء الوكيل الإلكتروني عبر ثلاث خطوات، هي كالآتي[3]:

1 - قرار يتخذ بواسطة إنسان لبرمجة الكمبيوتر للرد بطريقة معينة، وهو ما يعني أنه إنسان طبيعي؛ سواء كان بالأصالة عن نفسه، أو ممثل قانوني عن شخص معنوي قد اتخذ قراراً إدارياً بتجهيز وإعداد وكيل إلكتروني للقيام بالعمليات الإلكترونية المؤتمتة.

2 - يقوم صانع البرنامج ببرمجة الكمبيوتر للرد حسب القرار السابق اتخاذه لأن البرنامج المعلوماتي يعمل حسب المعلومات التي يتم تزويده بها.

3 - يقوم الكمبيوتر بالرد بطريقة أوتوماتيكية حسب البرمجة التي تم عليها.

الملاحظ أن الكمبيوتر يقوم بالبحث والتسوق في شبكة الأنترنت والشراء وفقا البرنامج الموضوع بداخله، دون الرجوع إلى العنصر البشري، أو الحصول على موافقته، ومع ذلك يعيب الكمبيوتر المبرمج مسبقاً أنه قد يشتري خدمة

1 - ألاء يعقوب النعيمي، "الوكيل الإلكتروني -مفهومه وطبيعته القانونية"، المرجع السابق، ص 177.
2 - المرجع نفسه، ص 177.
3 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 159.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أو منتجاً لا يتفق أو يتناسب مع ذوق العميل، على الرغم من أن تلك السلعة أو الخدمة تكون مطابقة للشروط الموضوعة في الكمبيوتر، كما أنه من السهل الاحتيال والنصب على الكمبيوتر بعدة وسائل عن طريق قرصنة الكمبيوتر، هذا بالإضافة إلى أنه ملزم بما لديه من تعليمات لا يتجاوز عنها ولا يخالفها[1].

ثانيا: أنواع التعاقد بواسطة الوكيل الإلكتروني

للتعاقد عن طريق الوكيل الإلكتروني عدة أنواع، والتي تختلف بحسب مدى استخدام وسائل التعاقد الإلكترونية وتدخل العنصر البشري، وهي ثلاثة أنواع، نذكرها فيما يلي:

أ- من إنسان إلى كمبيوتر وبالعكس

أي تعاقد ما بين وسيط إلكتروني مؤتمت وبين شخص طبيعي، وذلك بالأصالة عن نفسه، أو كونه الممثل القانوني لأحد الأشخاص الاعتبارية العامة، وفي هذه الحالة فإن الإنسان يتخذ جميع خطوات التعاقد الإلكتروني كطرف أول، بينما في الجهة الأخرى فإن القرار يتخذ من جانب جهاز الكمبيوتر المبرمج مسبقا، وهذا الشكل من أشكال التعاقد يجب لإتمامه أن يكون الشخص الطبيعي على علم، أو من المفترض أن يعلم أن الوكيل الإلكتروني هو الذي يستولي إبرام العقد معه[2].

ب - من كمبيوتر إلى كمبيوتر باتفاق مسبق

وفي هذه الحالة فإن العقد الإلكتروني يبرم ينفذ بالكامل بواسطة جهاز كمبيوتر دون تدخل عنصر بشري، ولكن الصفقة التجارية تحدث من خلال مظلة من علاقات تجارية سابقة متفق عليها ومسبقا بين الأطراف المتعاقدة[3].

ج- من كمبيوتر إلى كمبيوتر دون اتفاق مسبق

يتم التعاقد الإلكتروني في هذه الحالة دون تدخل أي عنصر يشتري وبدون وجود اتفاق سابق بين أطراف التعاقد، وفي هذا الشكل من التعاقد يقوم جهاز الكمبيوتر بإبرام عقد مع جهاز كمبيوتر آخر دون أي تدخل من الشخص الذي ينتمي إليه الكمبيوتر[4].

1 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 159 -160.
2 -بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 60.
3 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 160.
4 - المرجع نفسه، ص 160.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الثالث: مدى صلاحية الوسيط الإلكتروني للتعبير عن الإرادة

لا يخرج الوسيط الإلكتروني مبدئياً عن إطار القواعد العامة في هذا المجال، والتي لا تشترط شكلية معينة في طريقة التعبير عن الإرادة، بل تجيز التعبير عنها بأية وسيلة لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالتها على التراضي[1].

من الملاحظ في هذا المجال أن التعاقد عن طريق الوسيط الإلكتروني في العالم الافتراضي قد لا يكون غريباً تماماً عن النظام القانوني القائم، إذ يوجد في العالم المادي أيضا طرق معينة للتعاقد تشبه التعاقد عبر الوسيط الإلكتروني، والتي تستخدم بصورة شائعة في أغلبية الدول الأوروبية، وهي عبارة عن ماكينة أو الآلة مبرمجة تنصب في أماكن معينة، يتم إعدادها من قبل صاحبها لكي تعمل تلقائياً لتقديم بضائع أو خدمات معينة للأفراد، دون الحاجة إلى تدخل مادي مباشر للشخص الذي تعمل الماكينة لحسابه في كل مرة توضع آلة الميزان أو ماكينة لبيع السلع الاستهلاكية اليومية، أو لبيع التذاكر أو لالتقاط الصور الفوتوغرافية وغيرها[2]، وأن هذا التعاقد يتم عادة بين طرفين أحدهما الشخص الذي تعمل الماكينة لحسابه والمشتري في الطرف الآخر، ولكن تختلف الطريقتان فيما بينهما بسبب الإمكانيات الهائلة التي يتمتع بها الوسيط الإلكتروني القائم على أساس النظام المعلوماتي، حيث يمكن تصور التعاقد بين وسيطين إلكترونيين (جهازين مؤتمتين) دون تدخل مباشر من قبل الطرفين المتعاقدين كليا، في الوقت الذي لا يمكن تصور هذا النمط من التعاقد من خلال الآلة المبرمجة[3].

وعلى الرغم مما ذكر نجد أن أغلب التشريعات والتوجيهات التشريعية المنظمة للمعاملات الإلكترونية قد نصت صراحة على جواز التعبير عن الإرادة من خلال الوسيط الإلكتروني[4]، كما اعترفت صراحة بصحة المعاملات الإلكترونية المؤتمتة، وذلك بتوفير الثقة والطمأنينة لدى المتعاقدين المستخدمين للوسيط الإلكتروني في تعاقداتهم[5].

وهو ما أكده المشرع في مملكة البحرين إذ نصت الفقرة الأولى من المادة 12 من قانون التجارة الإلكترونية البحريني على أنه: " يجوز أن يتم إبرام العقود بين فرد ووكيل إلكتروني كما يجوز أن يتم بين وكلاء إلكترونيين".

ونصت المادة 14 من تشريع إمارة دبي على جواز التعاقد باستخدام الوسائط الإلكترونية المؤتمتة إذ جاء فيها:

" 1 - يجوز أن يتم التعاقد بين وسائط إلكترونية مؤتمتة متضمنة نظام معلومات الكترونية أو أكثر معدة ومبرمجة مسبقاً

1 - آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص127.

2 -بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص ص 96 -97.

3 - آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 128.

4 -أغفلت بعض التشريعات موضوع جواز التعبير عن الإرادة من خلال الوسيط الإلكتروني، ومنها: قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، ومشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري، وقانون التجارة الإلكترونية الجزائري.

5 - علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 118.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

للقيام بمثل هذه، ويتم التعاقد صحيحاً ونافذاً أو منتجاً لأثاره القانونية ؛ على الرغم من عدم التدخل الشخصي والمباشر لأي شخص طبيعي في عملية إبرام العقد في هذه الأنظمة.

2 - كما يجوز أن يتم التعاقد بين نظام معلومات إلكتروني مؤتمت يعود إلى شخص طبيعي أو معنوي وبين شخص طبيعي إذا كان الأخير يعلم أو من المفترض أن يعلم أن ذلك النظام سيتولى مهمة إبرام العقد وتنفيذه"[1].

ويفهم من موقف تشريع إمارة دبي أنه اعترف صراحة بجواز التعبير عن الإرادة عن طريق الوكيل الإلكتروني، الذي تعبر عن نظم إلكترونية مزودة بطبيعة الحال بمعلومات معدة قصد إبرام مختلف التصرفات التي تعد صحيحة ونافذة متى أبرمت سواء بتدخل العنصر البشري أو بغير تدخله، بمعنى أنه يمكن أن يكون هذا التعاقد بين وسيط وشخص طبيعي أو معنوي أو بين وكلاء إلكترونيين حيث يقوم هؤلاء بإبرام العقد وتنفيذه.

أما بخصوص المشرع الأردني فلم يورد نصاً صريحاً يقضي بجواز التعبير عن الإرادة بوساطة الوسيط الإلكتروني[2]، ولكنه أكد على الاتجاه الذي سارت عليه القوانين السابقة من خلال إشارته في المادة 13 منه على اعتبار رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانون لإبداء الإيجاب والقبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي، وقد نص على أنه: " تعتبر رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ سواء صدرت عنه ولحسابه بواسطة وسيط إلكتروني معد للعمل أوتوماتيكيا بواسطة المنشئ أو بالنيابة عنه"[3].

أما في العراق ؛ وفي ظل غياب تشريع خاص بتنظيم المعاملات والتجارة الإلكترونية فلا بد من الرجوع إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني العراقي والمادة 79 منه تحديدا، التي لا تحدد طرق التعبير عن الإرادة حصراً، كما لا تشترط مبدئياً شكلية معينة في هذا المجال، بل تجيز التعبير عن الإرادة بأية وسيلة لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالتها على التراضي[4]. وكذا الحال بالنسبة للمشرع الجزائري فعلى الرغم من إصداره لقانون التجارة الإلكتروني وإجازة للتعبير عن الإرادة باستخدام الوسائل الإلكترونية إلا أنه لم ينص على استخدام الوكيل الإلكتروني في التعاقد عبر شبكة الأنترنت.

كما نجد مشروع الاتفاقية بشأن العقود الدولية المبرمة أو المثبتة برسائل بيانات والمعد من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسيترال، قد أجاز التعبير عن الإرادة عبر الوكيل الإلكتروني ؛ حيث جاء في المادة 1/12

1 - هادي مسلم يونس البشكاني، المرجع السابق، ص ص 213 -214.
2 - علاء محمد الفواعير ، المرجع السابق، ص 119.
3 -آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 130.
4 - بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 100.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ما يلي: " ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك يجوز تكوين العقد بتحاور بين نظام حاسوبي مؤتمت وشخص طبيعي أو بين حاسوبين مؤتمتين حتى وإن لم يستعرض أي شخص طبيعي كلا من التدابير الفردية التي تنفذها مثل هذه النظم أو الاتفاق الناتج عنهما"[1].

ويترتب على المعاملات الإلكترونية التي تتم بواسطة الوكيل الإلكتروني كافة الآثار القانونية المترتبة على العقد الذي يبرمه الأفراد بالطرق التقليدية، ومن ثم تنصرف أثار العقد إلى الموكل الذي يكون هو صاحب الحقوق الناشئة عنه والمدين بما يولده من التزامات[2]، ومن الأمثلة على ذلك شراء تذكرة طيران لإحدى شركات الطيران من خلال موقعها الإلكتروني، إذ يحتوي الموقع مواعيد الرحلات وثمن التذكرة، فيقوم الشخص الراغب في الحصول على التذكرة بحجز مقعد محدد، ويدفع ثمن التذكرة إلكترونياً، ومن ثم الحصول على تلك التذكرة بشكل شخصي من مكتب الشركة[3]، وفي هذه الحالة تنشأ علاقة تعاقدية بين الشخص الطبيعي والوكيل الإلكتروني، ويقع التزام على المشتري بسداد ثمن التذكرة ويقع التزام على البائع الذي هو صاحب النظام الإلكتروني المؤتمت بتسليم التذكرة[4].

البند الرابع: مسؤولية الوكيل الإلكتروني

المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالتزام قانوني هي مسؤولية تقصيرية، وعن التزام عقدي هي مسؤولية عقدية، وبما أن الوكالة عقد منظم قانوناً؛ فتترتب المسؤولية العقدية للطرف الذي يخل بتنفيذ التزامه، وكذلك إذا أصبح هذا الالتزام مستحيلاً، فإنه يسأل عن تعويض الضرر الذي يصيبه نتيجة لذلك، وفي مجال التعاقد الإلكتروني تتعدد كذلك أنواع المسؤولية التي يمكن أن تثار بصدده بين عقدية، وتقصيرية، وجنائية[5].

بالرجوع للوكيل الإلكتروني فإن إرادته تحل محل إرادة الموكل في التعاقد، إلا أن آثار التصرف من حقوق والتزامات تنصرف إلى الموكل مباشرة، فإذا ارتكب الوكيل الإلكتروني خطأ نتيجة عيب في برمجة الكمبيوتر؛ ما دفع الغير للتعاقد معه، جاز للغير أن يطالب بإبطال العقد، وأن يرفع دعوى الإبطال على الموكل باعتباره الطرف الأصيل في العقد، كما يجوز للغير أن يرجع على الموكل بالتعويض، ولا يكون أمام الموكل إلا أن يرجع على مصمم برنامج الكمبيوتر؛ باعتباره المسؤول عن الخطأ في برمجة الكمبيوتر[6].

1 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 162.
2 - المرجع نفسه، ص 162.
3 - علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 118.
4 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 162.
5 - غني ريسان جابر الساعدي، المرجع السابق، ص 286.
6 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 164.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي كل الأحوال لا تتحقق مسؤولية الموكل إلا بتحقق مسؤولية الوكيل الإلكتروني، فإذا كان الضرر الذي لحق الغير لم يكن راجعاً إلى خطأ الوكيل الإلكتروني بل لسبب أجنبي لم يجيز للغير الرجوع على الموكل[1].

وقد اقترحت لجنة المؤتمر القومي لمفوضي قانون الولايات المتحدة الأمريكية التي قامت بإعداد وصياغة مشروع القانون الأمريكي للمعاملات التجارية الأمريكية أن تستخدم مصطلح الجهاز الإلكتروني بدلاً من مصطلح الوكيل الإلكتروني؛ حتى يتفادى الموكل المسؤولية التي يتعرض لها في حالة وجود خطأ من جانب الكمبيوتر، فإذا اعتبر الكمبيوتر المبرمج مسبقاً مجرد جهاز إلكتروني، فيكون الموكل غير مسؤول نهائياً عن أية أخطاء يرتكبها جهاز الكمبيوتر، أما إذا اعتبرناه وكيلاً إلكترونياً فسوف يُسأل الموكل مسؤولية إلكترونية كاملة عن أخطاء هذا الوكيل[2].

كما يثور التساؤل حول مدى إمكانية قيام المسؤولية الجنائية عن خطأ الوكيل، وحسب رأي الدكتور خالد ممدوح إبراهيم أنه إذا ترتب على فعل الوكيل الإلكتروني ثمة خطا يستوجب توقيع العقوبة الجنائية، فإن الشخص الطبيعي صاحب النظام يجوز أن يعاقب جنائيا[3].

ويكون الشخص الطبيعي المتعاقد مع الوكيل الإلكتروني في حِل من سريان آثار العقد في مواجهته إذا أثبت عدم علمه، أو لم يكن بوسعه أن يعلم بأن المتعاقد معه هو وكيل إلكتروني، وهذا ما قرره قانون إمارة دبي للمعاملات إلكترونية، حيث يشترط لإتمام التعاقد الإلكتروني بين وكيل إلكتروني وشخص طبيعي أن يعلم الأخير أنه يبرم تعامله مع وكيل إلكتروني، حيث جاء في نص المادة 2/14 منه ما يلي: " يتم التعاقد بين نظام معلومات إلكتروني مؤتمت وبين شخص طبيعي إذا كان الأخير يعلم أو من المفترض أن يعلم أن ذلك النظام سيتولى مهمة إبرام العقد وتنفيذه "[4].

كما يكون هذا العقد غير نافذ في مواجهة المتعاقد مع الوكيل الإلكتروني أيضا إذا ارتكب الشخص الطبيعي الذي ينتمي إليه الوكيل الإلكتروني خطأ ماديا في رسالة البيانات، أو أن برنامج الوكيل الإلكتروني لم يتح له فرصة منع الخطأ أو تصحيحه وهو ما نص عليه قانون كندا بشأن التجارة الإلكترونية والقانون الأمريكي الموحد للمعاملات الإلكترونية[5].

1 - غني ريسان جابر الساعدي، المرجع السابق، ص 286.
2 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 164 - 165.
3 - المرجع نفسه، ص 165.
4 - غني ريسان جابر الساعدي، المرجع السابق، ص 287.
5 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 165.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني: صور التعبير الإلكتروني عن الإرادة

يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما، وذلك بصدور إيجاب من أحدهما يقابله قبول من الطرف الآخر، وذلك لعرض رغبتهما في إنشاء العقد، والذي يتشرط فيه تطابق الإرادتين في لحظة زمنية معينة، يترتب عليه عقد صحيح يلزم طرفاه بتنفيذه بحسن نية، وإلا قامت المسؤولية نتيجة الإخلال، وتتعدد طرق التعبير عن الإرادة بحسب طبيعة العقد، فإن كان هذا الأخير تقليديا فإن التعبير عن الإرادة يتخذ بحسب ذات الصفة، إذ يتم بطرق تقليدية ؛ والتي من بينها اللفظ، الكتابة والإشارة المتداولة عرفاً، كما يتعداه إلى التعبير الضمني، أما إذا كان العقد إلكترونياً فبطبيعة الحال ونظراً لخصوصيته ؛ فإن طرق التعبير عن الإرادة تأخذ هي الأخرى نفس الخصوصية.

ولكونه يتم عبر شبكة الأنترنت فإن التعبير عن الإرادة أيضاً يكون عبر الشبكة نفسها، ومن بين الطرق الإلكترونية التي يتم من خلالها التعبير عن الإرادة نجد: البريد الإلكتروني، مواقع الأنترنت، غرف المحادثة والمشاهدة أو ما يسمى بالتخاطب عبر الأنترنت، أو بطريقة التنزيل.

الفرع الأول: التعاقد عبر البريد الإلكتروني

تقوم فكرة البريد الإلكتروني على تبادل الرسائل الإلكترونية عن طريق إرسالها من المرسل إلى المرسل إليه، وهي تقنية لها العديد من الاستخدامات من قبل الأشخاص ، وما يهمنا هو دورها في إبرام التصرفات، ولتحديد ذلك ينبغي تعريف البريد الإلكتروني في البند الأول، وتحديد كيفية التعاقد عبره وذلك في البند الثاني.

البند الأول: مفهوم البريد الإلكتروني

عرفه البعض بأنه: " تلك المستندات التي يتم إرسالها واستلامها بواسطة نظام اتصالات بريدي إلكتروني، ويتضمن ملحوظات مختصرة ذات طابع شكلي حقيقي، ويمكن استصحاب مرفقات به مثل معالجة الكلمات وأية مستندات أخرى يتم إرسالها رفقة الرسالة ذاتها"[1] .

وعرفه آخرون بأنه: " عبارة عن استخدام شبكة الأنترنت كصندوق للبريد بحيث يستطيع المستخدم إرسال الرسائل الإلكترونية إلى شخص أو عدة أشخاص من مستخدمي الأنترنت"[2].

---

1 -بوشليف نور الدين، "التراضي عبر البريد الإلكتروني e-mail وأثره على صحة عقد الزواج"، **مجلة أبحاث قانونية وسياسية**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي -جيجل، العدد: 2، 2018، ص 130.

2 -ميكائيل رشيد علي الزيباري، العقود الإلكترونية على شبكة الأنترنت بين الشريعة والقانون، **أطروحة دكتوراه**، كلية الشريعة، الجامعة العراقية ، العراق، 2012 ، ص 70.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد عرفه القانون الأمريكي بشأن خصوصية الاتصالات الإلكترونية الصادر عام 1986، والمقنن في موسوعة القوانين الفدرالية الأمريكية بأنه: " كل وسيلة اتصال يتم بواسطتها نقل المراسلات الخاصة عبر شبكة خطوط تلفونية عامة أو خاصة، وغالبا يتم كتابة الرسالة على جهاز الكمبيوتر ثم يتم إرسالها إلكترونيا إلى كمبيوتر مورد الخدمة الذي يتولى تخزينها لديه حيث يتم إرسالها عبر نظام خطوط التليفون إلى كمبيوتر المرسل" [1].

أما القانون الفرنسي فقد عرفه بشأن قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي رقم 575 الصادر سنة 2004 في المادة الأولى منه على أنه: " كل رسالة سواء كانت نصية أو صوتية أو مرفق بها صور أو أصوات ويتم إرسالها عبر شبكة اتصالات عامة وتخزن عند أخذ خوادم تلك الشبكة أو في المعدات الطرفية للمرسل إليه ليتمكن هذا الأخير من استعادتها"[2].

على الرغم من اختلاف هذه التعاريف؛ إلا أنها تشترك في اعتبار البريد الإلكتروني وسيلة اتصال إلكترونية تعتمد على تقنية الحاسوب الآلي، تقوم بنقل الرسائل بين الأشخاص، على أن تخزن لتستعاد، وتستعمل في مجال التعاقد الإلكتروني.

ويعد البريد الإلكتروني الاستعمال الرئيسي للأنترنت، إذ ترسل من خلاله آلاف الرسائل كل ثانية، و يسمح للأشخاص الذين لديهم عنوان إلكتروني بالاتصال فيما بينهم وتبادل الرسائل، التي أصبحت تستعمل بديلاً عن الرسائل التي ترسل عبر البريد العادي، وقد يكون للرسائل ملحقات تتضمن ملفات أخرى أو ملفات أو صور[3].

ولكي تتم عملية إرسال البريد الإلكتروني إلى أحد الأشخاص لا بد من معرفة عنوان بريد الإلكتروني والذي يتكون من ثلاث أجزاء الأول هو اسم الدخول، والثاني هو علامة @، والثالث هو الحقل لذلك الشخص[4].

ويتسم نظام البريد الإلكتروني بإمكانية استخدامه بين أي نوع من أنواع أجهزة الكمبيوتر، ويمكن من خلاله نقل وإرسال كافة الأوراق والمستندات والعقود، وتتم المراسلات بين المتعاملين سواء لإجراء مفاوضة أو لإبرام التعاقد وتجدي عملية التعاقد عبر البريد الإلكتروني بوصول المستندات الإلكترونية بسرعة فائقة بالمقارنة بالوسائل التقليدية[5].

---

1 - أمال عبد الجبار حسوني، "التعاقد عبر البريد الإلكتروني وإثباته"، **مجلة الحقوق**، جامعة المستنصرية، العراق، المجلد: 5، الإصدار: 20، 2013، ص ص 257 -258.

2 - Yousef Shandi , La formation du contrat à distance par vois électronique, **thèse de doctorat**; Université Robert Schuman -Strasbourg III , 2005 , p 51.

3 - طلال ياسين العيسي وسهى يحيى الصباحين، المرجع السابق، ص 37.

4 - بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 64.

5 -خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 130.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وتتم هذه الخدمة من خلال فتح حساب مجاني أو مدفوع الثمن مع أحد المواقع التي توفر هذه الخدمة، وكل شخص لكي يضع عنواناً إلكترونياً لابد له من استخدام اسم ورقم سري ؛ حتى لا يسمح للآخرين بالدخول إلى بريده الخاص[1].

البند الثاني : طريقة التعاقد عبر البريد الإلكتروني

تتم عملية التعبير عن الإرادة من خلال البريد الإلكتروني عندما يقوم الشخص الذي لديه اشتراك في شبكة الأنترنت بالدخول إلى أي عنوان يرغب في إرسال رسالة بيانات إليه[2]، تتضمن شروط أو بنود التعاقد وكافة البيانات المتعلقة به[3]، ويقوم بكتابة عنوان المرسل إليه على الشبكة ثم الضغط على مفتاح الإرسال الموجود في البرامج، وحينئذ يقوم البريد الإلكتروني الخاص به بإرسال الرسالة إلى الخادم[4].

حينما يتصل المرسل إليه بالخادم يقوم هذا الأخير بتوصيل الرسالة إلى جهازه ؛ حيث تخزن في صندوق بريد المرسل إليه، ويستطيع الأخير عند فتح الرسالة التي وصلت الرد عليها عن طريق أيقونة الرد على الرسالة بقبول أو رفض العرض وبالطريقة ذاتها[5].

الظاهر أن التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني يتم باستخدام الكتابة، ولا تختلف تلك الكتابة في جوهرها عن الكتابة العادية ؛ إلا في أنها على دعائم إلكترونية[6]، فإذا كانت الكتابة بشكلها المعتاد يتم تحقيقها بواسطة القلم، وكما كان القلم اختراعاً ذا أهمية بالغة في زمن تاريخي معين، فإن الكمبيوتر لا يزيد عن اعتباره آلة طابعة بشكل حديث يتم نقر الأصابع عليها بدلا من الإمساك بالقلم، فكل ما هناك أن التعبير عن الكتابة بطريقة الكمبيوتر كتابة من نوع خاص، ليست بكتابة على دعائم ورقية دائما باستخدام دعائم إلكترونية[7].

وعليه فإن البريد الإلكتروني يصلح للتعاقد، على أن تكون اللغة التي يتم بها التراسل واضحة وصريحة، ليفهم القصد منها ويعلم مضمونها[8].

---

1 - ميكائيل رشيد علي الزيباري، المرجع السابق، ص 71.

2 - فراس بحر محمود، المرجع السابق، ص 49.

3 - ميكائيل رشيد علي الزيباري، المرجع السابق، ص 71.

4 - جعفر ذيب المعاني، **التحكيم الإلكتروني ودور القضاء الوطني في تفعيله**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014، ص 79.

5 - فراس بحر محمود، المرجع السابق، ص 49.

6 - شيراز عزيز سليمان، **حسن النية في إبرام العقود**، الطبعة الأولى، منشورات دار دجلة، عمان، الأردن، 2008، ص 280.

7 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 130.

8 - ميكائيل رشيد علي الزيباري، المرجع السابق، ص 72.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني: التعاقد عبر الموقع الإلكتروني

من بين الخدمات المتاحة على شبكة الأنترنت خدمة المواقع الإلكترونية، التي تتميز عن باقي الخدمات الأخرى باعتمادها على طرق بحث سهلة وسريعة، تقوم على مجرد الإشارة إلى أحد الواقع المراد الدخول إليها، ونتيجة لذلك يقبل الأشخاص بشكل متزايد على استخدامها قصد إبرام تعاقداتهم المختلفة، وللوقوف على ذلك يقتضي الأمر بيان مفهوم خدمة المواقع الإلكترونية في البند الأول، وبيان كيفية التعبير عن الإرادة باستخدامها في البند الثاني.

البند الأول: مفهوم خدمة الموقع الإلكتروني

يقصد بلفظ شبكة الويب (Web) الشبكة المعلوماتية العالمية، أو شبكة المعلومات الدولية، وتعرف بمصطلح (World wide web)، ومختصرها (WWW)، وتعد هذه الخدمة من أهم الخدمات التي تقدمها الشبكة لما تحتويه من ملايين الوثائق والمعلومات والمصادر[1]، ويتألف الموقع من مجموعة من الصفحات، تمكن المستخدم من أداء العديد من الأعمال في مجالات مختلفة كالاتصالات، وخدمات الزبائن والتسويق والبيع وغيرها، حيث يتيح لها الاتصال مع مختلف الأشخاص، وعرض المعلومات، ولوائح الأسعار، والسلع، بشكل فوري والابتعاد عن الأساليب التقليدية في العرض والطلب[2].

وتوصف المواقع أيضا أنها بوابة للبحث[3]، تجمع كل الموارد التي تحتويها شبكة المعلومات العالمية، لذلك يمكن الوصول من خلالها إلى معلومات في جميع الشبكات المرتبطة بشبكة المعلومات العالمية (الأنترنت)، وإحضارها في ثوان معدودة؛ سواء كانت نصية أو صورا أو فيديو أو إبرام عقد تجاري مع أحد التجار الذين يعرضون منتجاتهم مثلا[4]، ويرتكز نظام خدمة الويب على فكرة تخزين المعلومات، مع القدرة على إقامة صلات وعلاقات ترابطية مباشرة، على غرار الترابط الحاصل في نسيج الشبكة التي يضعها العنكبوت، وهو سبب تسميتها بالشبكة العنكبوتية[5].

---

1 - إيناس هاشم رشيد، "التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية"، **مجلة رسالة الحقوق**، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، العدد: 2، 2009، ص 188.

2 - المرجع نفسه، ص 188.

3 - هناك نوعان رئيسيان من محركات البحث:

-**النوع الأول:** يبحث عن الكلمة المستهدفة من خلال الأنترنت بعد كتابة الكلمة والضغط على البحث، فيقوم المحرك بعرض نتائج عشوائية لأغلب المواقع التي تحتوي على الكلمة المدخلة، ومن وأمثلة هذه المحركات محرك البحث (www.altavista.com).

- **النوع الثاني:** يسمى مجلدات الويب حيث يقدم قائمة تحتوي على عدة أقسام بداخلها العديد من القوائم، والمواقع التي تدل على الشيء المراد أو المطلوب، ومن أمثلة هذه المحركات (www.yahoo.com). أنظر: ميكائيل رشيد علي الزيباري، المرجع السابق، ص 69.

4 - ميكائيل رشيد علي الزيباري، المرجع السابق، ص 69.

5 - فراس بحر محمود، المرجع السابق، ص 50.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الثاني: طريقة التعاقد عن طريق الموقع الإلكتروني

يكون التعبير عن الإرادة عبر المواقع بالكتابة أو النقر على زر الموافقة[1]، فقد يتم التعبير عن طريق الضغط على زر الموافقة الموجود في لوحة المفاتيح المتصلة بالكمبيوتر الشخصي، أو بالضغط بالمؤشر في الجهة المخصصة لذلك في صفحة الويب[2]. وتسمى هذه الطريقة (OK-box)، وتستخدم من أجل التعاقد بشأن المنتجات الموجودة على صفحات الويب، حيث يختار المستهلك السلعة المنشودة على أيقونة الموافقة، فيظهر أمامه صفحة أخرى تتضمن العقد النموذجي المحتوي لشروط وبنود التعاقد[3]، الذي لا يستطيع مناقشته أو التفاوض بشأنه، فإذا أراد المستهلك إتمام التعاقد يقوم بالضغط على أيقونة القبول، أو كتابة عبارة تفيد الموافقة باستخدام لوحة المفاتيح[4].

إلا أنه قد يحدث وأن يلامس هذا الأخير أيقونة القبول عن غير قصد؛ لذلك نجد معظم الشركات التجارية تزود صفحة الويب ببرنامج معلوماتي يعبر عن الرغبة الجادة في إبرام التعاقد، كأن يشترط الضغط مرتين على زر الموافقة الموجودة في لوحة المفاتيح، أو بث رسالة إلكترونية تفيد القبول والرغبة في إتمام الاتفاق[5]. كما يمكن أن يعبر عنها أيضا باستخدام بعض الإشارات مثل، إشارة وجه مبتسم تدل على الموافقة أو وجه غاضب تدل على الرفض، إذ أصبحت مثل هذه الإشارات متعارف عليها بين مستخدمي شبكة الأنترنت[6]، ويرى البعض أن هذه الإشارات لا تخرج عن معناها التقليدي، سوى أن الإشارة الجديدة هي إشارة صادرة عن جهاز كمبيوتر، ولكنها تعبر عن إرادة الموجب إليه وليس عن إرادة الكمبيوتر[7].

لقد أتاحت الأنترنت إنشاء محال تجارية إلكترونية[8] يمكن زيارتها والاطلاع على البضائع المعروضة فيها والمفاوضة، ثم التعاقد بشكل مباشر من خلال التوقيع على النموذج المتاح في هذا الموقع، حيث أن معظم صفحات

1 - شيراز عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 281.

2 - نورا كاظم الزاملي، "ميعاد إبرام العقد الإلكتروني"، **مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية**، جامعة القادسية، العراق، المجلد: 2، العدد: 2، 2009، ص 361.

3 - شيراز عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 281.

4 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 131.

5 -بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 65.

6 - طلال ياسين العيسي و سهى يحيى الصباحين، المرجع السابق، ص 38.

7 - فراس بحر محمود، المرجع السابق، ص51.

8 - من أمثلة مواقع البيع على الشبكة عالميا موقع أمازون (Amazon.com)، حيث يعتبر أكبر متجر بيع للكتب عبر الأنترنت، وموقع إي باي (Ebay)، الذي يعتبر من أكبر مواقع المزاد العلني على الأنترنت، أما في الدول العربية مواقع البنوك، والمصارف، وبعض مواقع الغرف التجارية وبعض المواقع مثل: موقع تسويق السعودية، والسوق الإلكتروني الخليجي، موقع التجارة العربية، وغيرها. أنظر: ميكائيل رشيد علي الزيباري، المرجع السابق، ص 70.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الويب ذات صيغة عامة ؛ تجيز لأي شخص الدخول إليها ، ونجد من يتخذ صيغة خاصة ، بحيث لا يتمكن الشخص من الدخول إليها إلا من خلال كلمة عبور[1].

الفرع الثالث: التعبير عن الإرادة عن طريق المحادثة عبر الأنترنت

تتيح شبكة الأنترنت للمتعاملين إمكانية التحدث مع الآخرين ، وذلك عن طريق غرف المحادثة التي تمكنهم من مشاهدة بعضهم البعض ، وتبادل الأفكار والآراء المتعلقة بتعاقداتهم ، الأمر الذي يدفعنا أن نبين دور هذه التقنية في إبرام العقد ، وذلك من خلال التطرق لتعريف خدمة المحادثة والمشاهدة وذلك في البند الأول ، ثم التطرق لكيفية التعبير عن الإرادة من خلال هذه الخدمة وذلك في البند الثاني.

البند الأول: مفهوم خدمة المحادثة عبر الأنترنت (التخاطب)

عبارة عن المناقشات والحوارات المباشرة مع الآخرين إلكترونيا لتبادل الآراء ووجهات النظر عن طريق الكتابة أو الصوت والصورة معا ، حيث تتيح شبكة الأنترنت للمشتركين فيها إمكانية التحدث مباشرة ، ويكون ذلك المتعاقدين في الوقت ذاته والدخول للأنترنت ، ويتم التحدث بينهما عبر الهاتف العادي عن طريق الأنترنت ويمكن تبادل الرسائل والمحادثات بين عدة أشخاص بشكل فوري ويمكن أن تتضمن تبادلا للأصوات والصور ، ومن ذلك ما يلي[2] :

-المحادثة الشخصية التي يستطيع صاحب غرفة المحادثة التحكم فيمن يسمح لهم بالتحدث معه أو حجبهم.

-تبادل العبارات بين شخصين يستخدمان برنامجاً يسمى : غرفة المحادثة ، تقسم الشاشة فيه إلى قسمين : الأول للمرسل والثاني للمرسل إليه ، فأي شيء يكتب لدى الطرفين يظهر على شاشتيهما ، ويمكن أن يكون بين أكثر من شخصين ، وفي أماكن مختلفة ، كما يمكن تبادل الحديث بالصوت والصورة وتسمى غرفة الفيديو.

-هناك برامج تتيح للشخص تبادل الحديث صوتياً كما في الهاتف التقليدي مع أشخاص آخرين ، وبأسعار اتصال الإنترنت ، مما يقلل كلفة الاتصال ، وفي هذه الحالة يكون مجلس العقد كمجلس العقد في الهاتف.

من خلال غرفة المحادثة يمكن إرسال الصوت حياً بدلاً من إرسال النصوص الرقمية ، ويتم التحدث من خلال هاتف الويب ، الذي يسمح بالتخاطب مباشرة مع شخص آخر في مكان ما في العالم باستخدام شبكة الأنترنت ، كما يمكن تثبيت كاميرا رقمية على جهاز الحاسوب فيتم نقل الصورة والصوت معاً[3].

1 - لزهر بن سعيد ، **النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية** ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، دون تاريخ ، ص 67.

2 - المرجع نفسه ، ص ص 72-73.

3 - ميكائيل رشيد علي الزيباري ، المرجع السابق ، ص 73.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الثاني: طريقة التعبير عن الإرادة عن طريق المحادثة والمشاهدة

في هذه الصورة قد يتم التعاقد بطريق المحادثة، أو بطريق المشاهدة، أما التعاقد بطريق المحادثة فيتم عن طريق التخاطب عبر شبكة الأنترنت، ويتحقق هذا الطلب بأن يفتح كل من الطرفين الصفحة الخاصة به على جهازه في ذات التوقيت، فينقل ما يكتبه الطرف الأول إلى الصفحة المفتوحة بجهاز الطرف الثاني عبر صندوق البريد الإلكتروني، والعكس صحيح[1].

أما في حالة التعاقد عن طريق المشاهدة، فيتم ذلك عن طريق ربط الجهاز بوسائط الاتصال الصوتية والمرئية (عبر ميكروفون وكاميرا فيديو مثبتة على جهاز المتخاطب)، بما يسمح للطرفين بأن يسمع ويرى كل منهما الآخر دون حضور مادي في نفس المكان، وفي ذات الوقت الذي يتاح لهما فيه تبادل البيانات المكتوبة فوراً؛ أي يتم التعاقد بالصوت[2].

الفرع الرابع: التعبير عن الإرادة عبر التنزيل عن بعد

يقصد بمصطلح التنزيل عن بعد نقل أو استقبال أو تنزيل أحد الرسائل أو البرامج أو البيانات عبر الأنترنت إلى الكمبيوتر الخاص بالعميل، كتصميم هندسي، أو موسيقي، وهو ما يسمى في التجارة الإلكترونية بالتسليم المعنوي[3]، حيث يمكن إبرام العقد وتنفيذه على الخط، دون حاجة إلى اللجوء للعالم الخارجي، وهو عكس مصطلح التحميل عن بعد، وهي عملية إرسال ملف أو برنامج إلى جهاز كمبيوتر آخر[4].

والتعبير الإلكتروني عن الإرادة بواسطة التنزيل عن بعد قد يعبر عنه باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود منه، مثال ذلك أن يعرض الموجب على الموجب إليه بيع نسخة من فلم سينمائي، أو قطعة موسيقية[5]، فيقوم الموجب إليه بتسجيل رقم بطاقته الائتمانية الخاصة به في الخانة المخصصة لذلك على الشاشة، فيتم خصم قيمة المبيع من رصيده فوراً عن طريق التحويل الإلكتروني للأموال، ويقوم الموجب بنقل المبيع إلى جهاز الكمبيوتر الخاص بالموجب إليه عبر الأنترنت[6].

1 - جعفر ذيب المعاني، المرجع السابق، ص 80.
2 -لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 65.
3 - جعفر ذيب المعاني، المرجع السابق، ص 80.
4 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 133.
5 - شيراز عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 283.
6 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 133.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثالث: المشاكل التي يثيرها التعبير الإلكتروني عن الإرادة

ينعقد العقد الإلكتروني عن بعد بين متعاقدين ينتمي كل منهما إلى دولة غير دولة الطرف الآخر، الأمر الذي يثير العديد من الصعوبات، والتي من بينها التحقق من أهلية المتعاقدين، وكذا التحقق من وجود إرادتهم، وسلامتها عن عيوب الإرادة، إضافة إلى التحقق من جدية هذه الأخيرة في التعاقد، لاسيما وأن هذه المعاملات تتم عبر تقنيات الاتصال الحديثة، في بيئة افتراضية لا تعرف لا حدودا سياسية ولا جغرافية ، مما يجعل المتعاقد غير خاضع لأي سلطة، وهو ما يفسح المجال واسعا أمام المعاملات غير المشروعة، الأمر الذي يعرض المتعاقد للعديد من المشاكل التي يصعب إثباتها لكونها لا تتخذ الصورة المادية، وقصد بيان أهم الصعوبات التي تعترض التعبير عن الإرادة، قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين: خصصنا المطلب الأول لدراسة إشكالية الأهلية في التعاقد الإلكتروني، وخصصنا المطلب الثاني منه لدراسة إشكالية عيوب الإرادة وأثرها على التعاقد الإلكتروني.

المطلب الأول: إشكالية الأهلية في التعاقد الإلكتروني

يشترط لقيام أي عقد مهما كان نوعه أن تتوافر لدى طرفيه الأهلية القانونية اللازمة لإبرامه، وبصدد العقود التقليدية يعتبر التحقق من أهلية المتعاقدين أمر سهل الوصول إليه؛ خاصة وأنها تتم بين حاضرين، وهذا على خلاف العقود الإلكترونية، فنظراً لكونها تنعقد عن بعد؛ فإن مسألة التحقق منها أمر في غاية الصعوبة، إذ قد يبرم العقد بين طرفين قد يكون أحدهما أوكلاهما غير كاملي الأهلية، مما يجرنا للتساؤل عن مصير هذا العقد، ولمعرفة ذلك وللوقوف على الأهلية في التعاقد الإلكتروني لابد من التطرق إلى مفهوم الأهلية في التعاقد الإلكتروني، وذلك في الفرع الأول، ثم التطرق إلى خصوصية الأهلية في التعاقد الإلكتروني وذلك الفرع الثاني، في حين نتطرق إلى وسائل التحقق منها وذلك في الفرع الثالث.

الفرع الأول: مفهوم الأهلية في التعاقد الإلكتروني

كي يكون العقد؛ مهما كان نوعه تقليدياً كان أو إلكترونياً، ينبغي أن يصدر التعبير عن الإرادة من شخص يعتد القانون بأهليته، ونظرا لكون العقد الإلكتروني يتم عن بعد من دون حضور مادي للمتعاقدين فإنه يصعب معه على كل من المتعاقدين التأكد من شخصية المتعاقد الآخر، وكذا التحقق من أهليته، وهو ما لا نجده بصدد العقود التقليدية؛ التي تتم في مجلس عقد واحد، بحضور طرفي العقد، ناهيك عن سهولة التحقق من شخصية المتعاقدين هذا من ناحية، والتأكد من أهليتها من جهة أخرى، وهو ما يدفعنا للوقوف على بيان تعريف الأهلية وكذا أقسامها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الأول: تعريف الأهلية

يقصد بالأهلية صلاحية الشخص لاكتساب حقوق وتحمل التزامات، وأن يباشر بنفسه الأعمال القانونية المتعلقة بهذه الحقوق[1]، بحيث يعتبر توافر الأهلية لدى الطرف المتعاقد شرطاً لصحة العقد أو نفاذه[2].

كما تعرف أيضاً: " صلاحية قانونية تؤهل الشخص الطبيعي لاكتساب الحقوق واستعمالها على وجه الاستئثار، مع تحمل الالتزامات المترتبة عليه تجاه الغير"[3].

وهناك تعرف ثالث أنها: " قدرة الشخص على تحمل الالتزامات وممارسة جميع الحقوق الشخصية المعترف بها للإنسان"[4].

وتأسيساً على تلك التعريفات تتشكل الأهلية من العناصر التالية[5]:

أولا: عنصر مادي

يتمثل في كون الأهلية مجموع صلاحيات قانونية، ويترتب على هذا العنصر أن الأهلية معطى قانوني أكثر منه طبيعي، والقانون وحده هو الذي يقرها ويحميها، باعتبارها جزءا من النظام العام، لا يجوز التعديل فيها أو الاتفاق على مخالفتها.

ثانيا: عنصر معنوي

والذي يتمثل في إلحاق الأهلية بالشخصية القانونية لشخص معين، حيث تعد هذه الأهلية خاصية أساسيه للشخصية القانونية للشخص الطبيعي؛ ومعنى ذلك أن هذه الأهلية صفة ملازمة للإنسان دون باقي الكائنات الحية، حيث لا يتوفر الحيوان على الأهلية؛ لافتقاده عنصر الإدراك والتمييز.

وتعتبر الأهلية من مميزات الإنسان الذي يمر بعدة مراحل في حياته، وهي مرتبطة بالشخصية القانونية، ذلك أنها تثبت بثبوتها، وتنعدم بانعدامها، وتكتمل باكتمالها[6].

1- Patrick Canin, **Droit civil – les obligations,** 3eme édition, Hachette livre, Paris, 2002, p 47.

2 - بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 112.

3 - عجة الجيلالي، **مدخل للعلوم القانونية**، الجزء الثاني، نظرية الحق، برتي للنشر، الجزائر، 2009، ص 139.

4 - Mickael Botrous, le droit du commerce électronique (une approcha de la protection du cyber consommateur), **Thèse pour obtenir le grade de docteur,** Université de Grenoble, 2014, p 107.

5 - عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص ص 139 -140.

6 - أحمد سي علي، **مدخل للعلوم القانونية -دروس في النظرية العامة للحق**، الطبعة الأولى، دار الأكاديمية، الجزائر، 2011/ 2012، ص 84.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الثاني: أقسام الأهلية

تنقسم الأهلية إلى قسمين: أهلية الوجوب، وأهلية الأداء:

أولا: أهلية الوجوب

يقصد بها صلاحية الشخص لأن تثبت له حقوق وتتقرر عليه التزامات[1]، وهي تثبت للشخص بمجرد ولادته حياً، وبالتالي تثبت أهلية الوجوب طالما تثبت الشخصية القانونية، وتتأثر بالصفات المؤثرة في المركز القانوني للشخص؛ كحالته السياسية أو الدينية أو العائلية، وهي تتقرر للشخص حتى ولو لم تتوفر فيه الإرادة، فهي تثبت للصبي غير المميز والمجنون.

إن أهم ما يميزها عن أهلية الأداء أنها لا تتأثر بالمرض، أو السن، أو القدرة على التمييز، أو الحالة العقلية، إذ لا يراعى في الاعتراف بها الحالة العقلية للشخص[2].

ثانيا: أهلية الأداء

تقوم أهلية الأداء على أهلية الوجوب الكاملة، وهي صلاحية الشخص في أن يباشر بنفسه كل التصرفات القانونية؛ سواء تعلقت بالحق أو بالواجب، ومناطها هو التمييز[3]، الذي يتطلب سن معين، والإدراك القائم على كمال الأهلية بسلامة العقل وحرية الإرادة، فيكون الشخص حينئذ قادرا على التعبير عن إرادته أثناء مباشرته الأعمال القانونية بنفسه، وما يترتب على ذلك من أثار قانونية، فيكسب كل الحقوق ويتحمل كل الالتزامات باستثناء ما قيده القانون أو منعه[4].

البند الثالث: مراحل الأهلية

تتأثر أهلية الأداء بالمراحل الزمنية التي يمر بها الإنسان منذ ولادته إلى غاية وفاته، وفي هذا الإطار تمر الأهلية بثلاث مراحل.

---

1 - فتحي عبد الرحيم عبد الله، **شرح النظرية العامة للالتزام**، الكتاب الأول: مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 100.

2 -عمار بوضياف، **النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري**، الطبعة الأولى، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 57.

3 - التمييز هو أن يصبح للصغير بصر عقلي يمكنه من التمييز بين الحسن والقبيح من الأمور، وبين الخير والشر، والنفع والضرر، وإن كان هذا البصر غير عميق، وهذا التمييز غير تام ولا مستوعبا للنتائج، لأنهما ينبعان من عقل غض لم ينضج بعد ولم تكتمل استنارته. أنظر: محمد سعيد جعفور، **تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني والفقه الإسلامي**، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 10.

4 - أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 86.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولا: مرحلة الصبي غير المميز

تبدأ هذه المرحلة منذ ولادة الطفل إلى غاية بلوغ سن ثلاثة عشر سنة، عملاً بنص المادة 42 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على أنه: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر السن أو جنون، يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة".

وأهم ما يلاحظ هنا أن النص القديم في القانون المدني الجزائري كان يحدد سن التمييز بستة عشر سنة، وقد تم انتقاد النص من زاوية أنه يخالف ما أجمع عليه القانون المقارن، إذ لا يعقل أن يظل الجزائري فاقدا التمييز إلى غاية بلوغه هذه السن المتأخرة، بالرغم ما طبع عليه من نضوج عقلي مبكر، واستجابة لهذه الانتقادات عدل المشرع الجزائري سن التمييز بأن خفضها إلى ثلاثة عشر سنة، علماً أن الشريعة الإسلامية تحدد هذه السن ببلوغ الصبي سبع سنوات[1]، يترتب على هذه المرحلة عدم تمتع الصبي غير المميز بأهليه الأداء، حيث ليس للصبي غير المميز حق التصرف في ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة؛ سواء كانت ضارة به أو نافعة له نفعاً محضاً، أو دائرة بين النفع والضرر، كما أن هذه التصرفات لا تصححها إجازة[2].

ثانيا: مرحلة الصبي المميز

تكون من وقت بلوغ سن الثالثة عشر سنة حتى بلوغ سن الرشد، وتكون التصرفات المالية للصبي المميز صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فإنها تكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالإبطال بإجازتها من القاصر بعد بلوغه سن الرشد[3]، أو إجازتها من الولي أو الوصي إذا كانت تدور بين النفع والضرر، وفي حالة حدوث نزاع يرفع الأمر للقاضي[4].

وقد أجازت المادة 84 من قانون الأسرة الجزائري[5] للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئياً أو كلياً في أمواله بناءً على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك.

---

1 - عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 144.

2 - المرجع نفسه، ص 145.

3 - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص ص 150 -151.

4 - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 60.

5 - المادة 84 من القانون رقم 84 -11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 -02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فيفري 2005، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: العدد 24، بتاريخ 12 رمضان 1404 الموافق 12 جوان 1984).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثالثا: مرحلة بلوغ سن الرشد

يُعرف الرشد على أنه مرحلة عمرية لبلوغ الإنسان، يكون فيها الشخص كامل الأهلية، وتكتمل الأهلية ببلوغ السن القانوني للرشد مع تمتع الشخص بقواه العقلية[1]، ويختلف سن الرشد من دولة إلى أخرى فهو في القانون المدني المصري والفرنسي واحد وعشرون سنة، بينما في القانون المدني الأردني والسوري فهو ثمانية عشر سنة[2]، أما المشرع الجزائري فقد حدد هذه السن بتسعة عشرة سنة كاملة[3].

يستنتج من ذلك ارتباط كمال الأهلية بتوفر شرطين هما:

-بلوغ سن الرشد (تسعة عشرة سنة كاملة)، ويبدأ احتساب هذا السن من تاريخ ميلاد الشخص إلى غاية إتمامه لهذا السن، ويقع عبء إثبات سن الرشد على من يدعيه، وقد يحتسب هذا السن من تاريخ افتراضي مقرر بموجب أمر قضائي، ويتطابق هذا السن مع البلوغ العقلي والبدني للشخص.

-تمتع البالغ بالقوة العقلية؛ بمعنى أن لا تكون أهليته مصابة بعارض من عوارض الأهلية[4]، وهي الجنون، والعته، والسفه، والغفلة.

---

1 -عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 150.

2 -سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 151.

3 - المادة 40 من القانون المدني: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر(19) سنة كاملة".

4 -**عوارض الأهلية:**

-الجنون: وهو مرض يعتري الشخص ويؤدي إلى زوال العقل ويفقد صاحبه الإدراك والتميز وتقدير توافر حالة الجنون هي مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فلا يعتد بأقواله وأفعاله حتى ولو كان بالغا سن الرشد فهو عديم التمييز لزوال عقله، فتصرفاته باطلة حتى ولو كانت نافعة.

-العته: يقصد به ما يعتري العقل من اختلال يجعل الشخص قليل الفهم و مختلط الكلام فاسد التدبير وعادة ما يلحق هذا المرض بكبار السن فهو مرض يصيب الإدراك مثل الجنون و يختلف عنه في أن هذا الأخير يؤدي إلى فقد العقل بينما العته يؤدي إلى اختلال في القدرة العقلية لشخص دون نزولها بما يؤثر سلبا على مستوى تصرفاته الأهلية بما يترتب على ذلك اعتبار جميع تصرفاته باطلة.

-السفه: عرف على انه تبذير المال على غير مقتضى من العقل أو الشرع فالسفه لا يصيب العقل كالجنون والعته وإنما يصيب الشخص في تدبيره فلا يقدر عواقب تصرفاته ويستمر في تبذير ماله وهذا وضع غير عادي ومن شانه الإضرار بحقوق الآخرين لذا وجب تدخل المشرع في الحكم على تصرفات هذا الشخص وتحديد مركزه القانوني بدقة وحماية له ولغيره وبالرجوع لنص المادة 43 من القانون المدني الجزائري فانه يعتبر ناقص الأهلية.

-ذو الغفلة: تعرف الغفلة على أنها سذاجة لا يعرف صاحبها ما ينفعه وما يضره فهي وضعية لها علاقة بالتدبير والتصرف لا بالحالة العقلية للشخص وإذا كان المعني يعاني من خلل أصاب تدبيره وتصرفه فمن المؤكد انه سيقع في غبن الغير فيستغل هؤلاء وضعيته بما يلحق به هو أولا أضرار كبيرة وبما يمتد أيضا لذوي الحقوق الغير ويعتبر ناقص الأهلية وفقا لنص المادة 43 ق م ج، ومن خلال ما سبق فإن من فقد أهليته بجنون أو عته أو نقصها لسفه أو غفلة يتوجب تطبيق أحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة. أنظر كل من:

-عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 60 وما بعدها .

-عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 152 وما بعدها.

-فتحي عبد الرحيم عبد الله، المرجع السابق، ص 113 وما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويترتب على توفر هذين الشرطين تمتع الشخص بأهلية الأداء التي تتولد عنها الآثار القانونية التالية[1]:

- أهلية الشخص الراشد العاقل لمباشرة حقوقه المدنية وتحمل ما يترتب عنها من التزامات.
- انقضاء النيابة القانونية المفروضة على الشخص بقوة القانون من تاريخ بلوغه سن الرشد.
- استعادة المحجور عليه لأهليته متى زالت أسباب الحجر.
- انقضاء الكفالة ببلوغ الولد المكفول سن الرشد.

وتعد أحكام الأهلية من النظام العام؛ لذلك لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها أو يعدلها، وكل مخالفة لها تجعل من التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً، إذ تبقى الأهلية من الشروط الأساسية على الإطلاق لصحة التراضي في العقد بصفة عامة، لا سيما في مجال العقود الإلكترونية التي تبرم عن بعد وفي وسط لا مادي، وتعد من المسائل المهمة نظرا لكون التعاقد بصفة عامة والتعاقد الإلكتروني بصفة خاصة، يقتضي أن يكون صحيحاً وجوب صدور التعبير عن الإرادة من شخص ذي أهلية، وفي ظل ذلك أتاحت شبكة الاتصال العالمية إمكانية التعاقد بين أطراف ينتمون لأنظمة قانونية متباينة، تجعل إمكانية التأكد من هوية المتعاقد، والتأكد من أهليته أمر في غاية الصعوبة، ما جعلها من أكبر المشاكل القانونية التي تواجه فئة المتعاقدين عبر الأنترنت، لا سيما وأن الواقع العملي يثبت أن أغلب المتعاملين عبر الأنترنت من ناقصي أو فاقدي الأهلية، ويظهرون في غالب الأحوال بمظهر الراشدين، وهو ما يقتضي إيجاد حماية قانونية لهذه الفئة المتعاقدة عبر الأنترنت.

الفرع الثاني: خصوصية الأهلية في التعاقد عبر الأنترنت

لا تتطلب المعاملات التجارية عبر الأنترنت أهلية خاصة تختلف عما هي في القواعد العامة، فكل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته، أو يحد منها بحكم القانون، فالأهلية في ذاتها مناطها التمييز والإدراك، فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية، ومن نقص تمييزه نقصت أهليته، ومن كان عديم التمييز كان عديم الأهلية[2].

وتظهر الصعوبة في مسألة التأكد من مدى توافر أهلية الأداء لدى طرفي العقد عموما إذا كان التعاقد بين غائبين، وبما أن العقود الإلكترونية التي تتم عبر شبكه الأنترنت تدخل ضمن هذه العقود، لذلك تظهر أهمية مسألة التأكد من أهلية الأطراف في التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت، وخصوصاً إذا عرفنا أنه لا توجد مواجهة حقيقية وفعلية بين الطرفين المتعاقدين، ولا تعارف متبادل بينهما؛ لذلك فمن الصعب التأكد من أهلية المتعاقد معهم عبر الشبكة،

1 - عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 151.

2 - فادي محمد عماد الدين توكل، **عقد التجارة الالكترونية**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 94.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وحسب القواعد العامة للأهلية إذا كان المتعاقد صغيرا غير مميز أو قاصر، فلا ينعقد العقد أصلا أن يكون العقد موقوفا حسب مقتضى الحال[1].

بالإضافة إلى ذلك فإن عدداً كبيراً من مستخدمي تقنيات الاتصال الحديثة هم من المراهقين وصغار السن، وقد يستخدم شخص ناقص الأهلية أو فاقدها البطاقة المصرفية لأحد والديه في التعاقد مع تاجر حسن النية، أو يتعاقد شخص قاصر على سبيل اللهو واللعب، بالإضافة إلى أن الأنترنت معرضة للاختراق، والتدخل الأجنبي، و القرصنة الإلكترونية، ولا شك أن ذلك يطرح العديد من المشكلات التي تواجه التعاقد الإلكتروني[2].

ويذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه ينبغي معالجة مشكلة الأهلية في التعاقد الإلكتروني عن طريق التوسع في الأخذ بنظرية الظاهر وترجيح مصلحة المهنيين[3].

وتطبيقاً لهذه النظرية إذا سرق القاصر بطاقة الاعتماد المصرفي الخاصة بأحد والديه واستخدمها مع التاجر حسن النية، فيحق لهذا التاجر أن يدلي بأن القاصر باستخدام هذه البطاقة يكون قد توفر فيه مظهر صاحبها؛ أي مظهر شخص راشد[4]، كما يستطيع هذا التاجر أيضا أن يرجع على القاصر على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية، وبالتالي يكون من مصلحة الآباء الأوصياء مراقبه استعمال أبنائهم لتقنيات الاتصال الحديثة، فضلا عن المحافظة على بطاقتهم المصرفية والرقم السري الخاص بها[5].

وتجدر الإشارة إلى أن الأخذ بنظرية الظاهر يتوافق مع التشريع التقليدي في المادة 1307 من القانون المدني الفرنسي، والتي تنص على أن القاصر الذي يخدع الغير بإخفاء أهليته لا يحق له استرداد ما دفعه تنفيذا لما تعهد به، ويمتد هذا الحكم ليشمل كل فاقدي الأهلية، وبالتالي فإن تصرفات فاقد الأهلية تبقى قابلة للتعويض رغم بطلانها، وخير صورة للتعويض في هذه الحالة هو بقاء التصرف قائما[6].

أما القانون الأمريكي فقد أجاز للقاصر الرجوع عن العقد الذي أبرمه عبر الأنترنت في أي وقت شاء، ولكن في مقابل ذلك حمله المسؤولية التقصيرية وليست العقدية، على أساس الأضرار التي يسببها الرجوع عن العقد للمتعاقد الآخر، والتي تبقى مستقلة عن العقد، ويهدف المشرع الأمريكي في موقفه هذا إلى إجبار القاصر على تنفيذ

1 - آمانج رحيم أحمد ، المرجع السابق، ص ص 220 -221.
2 - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 153.
3 - إلياس ناصيف، **العقود الدولية (العقد الالكتروني في القانون المقارن)**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 125.
4 -أسامة أبو الحسن مجاهد، **التعاقد عبر الانترنت**، دار الكتب القانونية، مصر، 2002، ص 113.
5 - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 125.
6 - المرجع نفسه، ص ص 125 - 126.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التزاماته التي رتبها العقد على أساس المسؤولية التقصيرية ؛ إذ لا يمكن أن يكون بإمكانه القيام بذلك على أساس المسؤولية العقدية[1].

بمقتضى القانون الانجليزي فإن الأصل هو أن للقاصر أهلية إبرام عقود الضروريات، والعقود التي تتمخض عن منفعة له، وما عدا ذلك من العقود فإنه يكون باطلا أو قابلا للإبطال، إذ أنه إذا ارتكب ناقص الأهلية غشا بأن أقر البائع بسن أكبر من سنه، فإنه يكون للتاجر في هذه الحالة الحق في استرداد البضاعة، إذ لم تكن من الضروريات، ويبقى هذا الحق قائما طالما ظلت البضاعة في حوزة القاصر، وكان من الممكن تحديد ذاتيتها، بيد أنه لا يجوز للتاجر الرجوع على ناقص الأهلية[2] بموجب دعوى الخديعة في قانون المسؤولية التقصيرية، لأن القول بذلك يعني إلزام ناقص الأهلية بالعقد بصورة غير مباشرة[3]، وفي هذا الشأن يفرق القضاء الإنجليزي بين أمرين : العقد البسيط الذي يبرمه القاصر عبر تقنيات الاتصال الحديثة ؛ كما لو اشترى كتابا أو ما شابه ذلك، ومثل هذه العقود لا تبطل، والعقد ذو القيمة الكبيرة ؛ كما لو اشترى سيارة أو عقار، و مثل هذه العقود تبطل لمصلحة القاصر حتى ولو تضرر منها التاجر[4].

أما المشرع الأردني فعلى الرغم من إصداره قانون المعاملات الإلكترونية ؛ إلا أنه لم يورد أي نص في هذا الصدد، فقد ترك مسألة الأهلية تحكم القواعد العامة، حيث أجازت هذه القواعد تصرف القاصر المميز، واعتبرته صحيحا، إذا كان هذا التصرف نافعاً نفعاً محضاً له، وهو نصت عليه المادة 1/118 القانون المدني الأردني، أما تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر فهي موقوفة على إجازة ولي القاصر، أو إجازة القاصر نفسه بعد بلوغ سن الرشد[5].

وفي القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية فإنه وفقا لنص المادة 25 منه يلزم عند إبرام العقد الإلكتروني الإفصاح عن الهوية بطريقة واضحة ومفهومة[6] .

وفي التوجيه الأوروبي رقم 97 -9 والصادر في 20 ماي 1997 بشأن البيع عن بعد فإنه وفقا لنص المادة 4 -1 يلزم عند إبرام العقد عن بعد عبر تقنيات الاتصال الحديثة تحديد هوية الأطراف المتعاقدة، بما في ذلك بيان الأهلية القانونية[7]، كما أن التوجيه الأوروبي رقم 2000 -31 والصادر في 7 جانفي 2000 بشأن التجارة الإلكترونية

1 - محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 72.
2 - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 126.
3 - بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 128.
4 - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 126.
5 - محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 72.
6 - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 154.
7 - المرجع نفسه، ص 155.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قد تطلب ضرورة تحديد كافة عناصر تحديد الهوية، بما في ذلك الأهلية القانونية، كما حرص أيضا قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996 على ضرورة التأكد من الهوية حيث تنص المادة 13 بشأن إسناد رسالة البيانات بأنه:

" 1 - تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا كان المنشئ هو الذي أرسلها بنفسه.

2 - في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ إذا أرسلت:

أ - من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة البيانات..." [1].

أما المشرع الجزائري وعلى الرغم من إصداره لقانون التجارة الإلكترونية رقم 05/18 إلا أنه لم يورد فيه ما ينظم أحكام أهلية المتعاقدين في مجال التصرفات المبرمة عبر شبكة الأنترنت، مما يجعلها خاضعة للأحكام الواردة في القانون المدني الجزائري.

ورجوعاً للقانون 05/18 وباستقراء نصوص هذا القانون نجد أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على أهلية المتعاقدين (المورد والمستهلك الإلكترونيين)، إلا أنه وبالنسبة للمورد الإلكتروني يمكن استخلاص ما يدل على الأهلية المتطلبة فيه، وذلك بمقتضى المادة 5 منه، والتي تعرف المورد الإلكتروني على أنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع او الخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية"، والمادة 8 فقرة 1 من ذات القانون، والتي جاء فيها: " يلزم كل مورد أو حرفي يوفر سلعة أو خدمة عبر الأنترنت بالتسجيل في السجل التجاري"، كما ألزم هؤلاء أن يوفروا في مواقعهم الإلكترونية وسائل تسمح بالتأكد من هوية الموردين ومنها أهليتهم، واستنادا لذلك يمكن القول أن الأهلية المتطلبة في المورد الإلكتروني هي وجوب توفر الأهلية الكاملة، أما فيما يتعلق بالمستهلك الإلكتروني فلم يورد المشرع أي نص يتعلق بأهلية هذا الأخير، الأمر الذي يثير العديد من الصعوبات، وهو يدفع إلى وجوب الرجوع إلى القواعد العامة في تحديد أهليته ومدى صحة تصرفاته.

نظراً لخصوصية العقد الإلكتروني فإن ناقص الأهلية إذا أبرم عقداً واتخذ هذا الأخير مظهر البالغ والكامل الأهلية، وكان من يتعاقد معه عبر الأنترنت غير عالم بذلك، فإنه ينبغي حماية المتعاقد حسن النية، وهذا عملاً بنظرية الظاهر، وذلك لتوفير الثقة والأمان لدى المتعاقدين عبر تقنيات الاتصال الحديثة، وكذا حفاظاً على استقرار التعامل، حتى لا يفاجأ المتعاقد حسن النية ببطلان العقد لسبب لا يعلمه، ولم يكن في مقدوره أن يعلمه وقت التعاقد هذا الأمر لا غنى عنه في مجال العقود الإلكترونية.

1 - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص ص 155 -156.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثالث: وسائل التحقق من الأهلية في العقود الإلكترونية

تعد الأهلية شرطاً لصحة التراضي، وباعتباره ركن من أركان العقد فلا بد من توفر شرط الأهلية في كل من المتعاقدين، للوصول لإبرام عقد صحيح منتج لأثاره القانونية، التي ينبغي على طرفي العقد تنفيذها بحسن نية، وإذا اختل شرط الأهلية بأن كان أحد المتعاقدين أو كلاهما عديم الأهلية أو ناقصها فذلك سيعرض العقد للبطلان، لذلك وجب التحقق من أهلية المتعاقدين، حتى ينشأ العقد صحيحاً مهما كان نوعه تقليدياً كان أو إلكترونياً.

تعتبر مسألة التحقق من أهلية المتعاقدان في العقود الإلكترونية مسألة دقيقة، تحتاج إلى المتخصصين في مجال التقنية وفقهاء القانون المهتمين بهذا النوع من المعاملات، وذلك بغية إيجاد تقنيات متطورة تساهم في حل هذه المشكلة، ومن ثم الوصول إلى استقرار هذه المعاملات، وهو ما حدا ببعض القوانين المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية إلى النص على وسائل تقنية يمكن من خلالها التأكد من أهلية المتعاقدين، إلا أن هذه الوسائل غير حاسمة لحد الآن، وإنما تعتبر وسائل احتياطية، على الرغم من أنها تفصح عن هوية المتعاقد بطريقة واضحة ومفهومة.

البند الأول: البطاقات الإلكترونية

هي كروت ذكية تتشابه من حيث الحجم والشكل بكروت الائتمان أو الخصم الفوري، فتتمثل في رقائق إلكترونية يتم تصنيعها من لدائن السيلكون، مزودة بذاكرة تسمح بتخزين جميع البيانات الخاصة بحاملها مثل: اسمه، سنه، ومحل إقامته، والمصرف المتعامل معه، وأسلوب و مبلغ المتصرف، وجميع المعاملات الخاصة بهذه البطاقة[1].

وتعتبر هذه البطاقات بمثابة الحاسوب المتنقل؛ باعتبارها تحتوي على سجل كامل من المعلومات والبيانات الشخصية والرقم السري لهذه البطاقة، المزود بعدة عناصر للحماية ضد عمليات التزييف والتزوير، وسوء الاستخدام من جانب الأخرين في حال سرقتها، أو محاولة تقليدها، نظرا لنوع اللدائن المستخدمة، والشريط الممغنط، والصور الفوتوغرافية لصاحبها، والرقم السري، وعدم القدرة على فتح الغطاء الخارجي لها[2]، ولم تحقق هذه الوسيلة على الرغم من فاعليتها النسبية وقدرتها من الناحية النظرية على التحقق من شخصية المتعاقدين انتشاراً واسعاً[3]، وتستخدم هذه البطاقات على نطاق واسع في كل من الولايات المتحدة الأمريكية، وفي الدول الأوروبية، واليابان[4].

1 - أيسر صبري إبراهيم، المرجع السابق، ص 101.
2 - علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 174.
3 - المرجع نفسه، ص 174.
4 - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 127.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعلى الرغم من الاحتياطات المتخذة من قبل المتعاملين بمثل هذه الوسيلة لتأمين المعلومات الخاصة ببطاقاتهم ؛ إلا أنها لم تكن عصية على أصحاب الدهاء الإلكتروني، الذين يتفننون في ابتداع الطرق غير المشروعة لاختراق الاتصالات عبر تقنيات هذه البطاقة، واستحداث أساليب القرصنة الإلكترونية، والاستيلاء على بيانات المتعاملين وأموالهم عبر هذه التقنية[1].

البند الثاني: الاستعانة بجهات التصديق الإلكتروني

يمكن للمتعاقد الاستعانة بوسيط إلكتروني[2]، يتمثل في طرف ثالث محايد بين المتعاقدين ؛ سواء كانت هيئة عامة أو خاصة، ومهمتها تنظيم العلاقة بين الطرفين على الخط، فتقوم بتحديد هوية الطرفين[3]، وأهليتهم القانونية وإصدار شهادة مصدق عليها تتعلق بأطراف العقد الإلكتروني[4].

وتؤدي جهة التوثيق دوراً وسطاً، أو همزة وصل بين المرسل والمرسل إليه، فكل طرف من أطراف المعاملة الإلكترونية يحتاج إلى شخص محل ثقة، يؤكد هوية المتعاقد معه، وصحة توقيعه الإلكتروني، وسلامة المعاملة ومشروعيتها، ولهذه الجهة مسميات مختلفة، منها سلطة الإشهار، ومقدم خدمة التصديق[5].

وتقوم جهة التصديق بإصدار شهادة التصديق الإلكتروني، وهي شهادة تحتوي على بيانات تتعلق بمالك المفتاح العمومي، واسم مالك الشهادة، وتاريخ انتهاء الصلاحية للمفتاح العام، واسم الجهة التي أصدرت الشهادة، والرقم التسلسلي للشهادة، والتوقيع لمصدرها[6].

البند الثالث: الوسائل التحذيرية

يتم ذلك عن طريق وضع تحذيرات على الأنترنت تنبه بعدم الدخول إلى مواقع الأنترنت إلا من شخص تتوافر لديه الأهلية القانونية، ويلتزم هذا الشخص قبل الدخول إلى الموقع بالكشف عن هويته والإفصاح عن عمره، وذلك

---

1 - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص ص 127 -128.

2 - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 159.

3 -علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 175.

4 - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 159.

5 -علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 175.

6 - يوجد نوعان من شهادة التصديق الإلكتروني هي :

- **شهادة الخادم :** وهي التي تسمح لزوار الموقع بنقل معلوماتهم الشخصية مثل : بطاقة الائتمان والحسابات المصرفية بأمان ومن السرقة والعبث.

- **شهادات شخصية :** وهي التي تسمح لصاحب الموقع من التحقق من أهلية الزائر، أو بالدخول إلى مواقع محددة بموجب هذه الشهادة، كما تستخدم لإرسال واستقبال البريد الإلكتروني، والحصول على معلومات الحساب الخاص بالمستخدم. أنظر : أيسر صبري إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 103 -104.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

من خلال ملء نموذج معلومات معروض على الأنترنت[1] ، فإذا توافرت لديه الأهلية القانونية فإنه يستطيع الدخول إلى هذا الموقع ، وإبرام العقود ، وفي حالة عدم ملء هذه البيانات ، أو اتضح أنه لا يملك الأهلية الكاملة لإبرام العقود ، فلا يسمح له بدخول الموقع[2].

كما قد يتم وضع نماذج للعقود على الإنترنت ؛ تَحُولُ صياغتها بشكل ملائم وواضح دون تعاقد الفئات غير المرغوب فيها ، كأن تتضمن بنودها نصاً صريحاً بضرورة توافر الأهلية القانونية الكاملة في العميل ، وإلا فإنه لن يبرم العقد[3].

غير أن هذه الوسائل التحذيرية لا تخلو من محاذير ومخاطر كبيرة ، على الرغم من كثرة استخدامها في الوقت الحالي ؛ إذ قد يقوم المستخدم بوضع بيانات تخالف الحقيقة بشأن أهليته[4].

البند الرابع: الجدار الناري

عبارة عن مجموعة أنظمة توفر سياسات أمنية بين الأنترنت وشبكة المؤسسة ، ليجبر جميع عمليات العبور إلى الشبكة والخروج منها أن تمر من خلال الجدار الناري ؛ الذي من شأنه أن يَصُد أي متطفل ، وبهذه الطريقة يتم فصل شبكة المعلومات والأنظمة الداخلية للمستخدم عن الشبكة الواسعة للأنترنت ، بحيث يمنع دخول المستعملين غير المصرح لهم قانوناً بالدخول إلى الشبكة[5].

يتبين أنه على الرغم من تمكن هذه الوسائل إلى حد ما من التحقق من أهلية أطراف العلاقة التعاقدية ؛ إلا أنها تبقى محفوفة بالكثير من المخاطر ، والتي من بينها تعمد الأشخاص إدخال بيانات كاذبة ، ومخالفة للحقيقة هذا من جهة أولى ، ومن جهة ثانية إمكانية تعرضها للقرصنة ؛ إذ تسمح هذه الأخيرة لبعض الأشخاص باختراق نظم هذه المعلومات ، والقيام بأعمال غير مشروعة ، وهو ما يتطلب وجوب تظافر جهود المختصين لإيجاد حل لهذه المشكلة ، وذلك حتى يضمن المتعاقدون عبر الأنترنت حماية أموالهم من النهب ، وضمان استقرار تعاملاتهم.

1 - سمير حامد عبد العزيز الجمال ، المرجع السابق ، ص 160.
2 -أيسر صبري إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 104.
3 -سمير حامد عبد العزيز الجمال ، المرجع السابق ، ص160.
4 -إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص 128.
5 - طلال العيسى و سهى صباحين ، المرجع السابق ، ص 42.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني: إشكالية عيوب الإرادة وأثرها في التعاقد الإلكتروني

بجانب اشتراط الأهلية في التعاقد لقيام العقد، يَلزمُ كذلك أن يكون الرضا صادراً ممن هو أهلاً له، منزهاً عن العيوب التي تشوب الإرادة، فالإرادة المعيبة هي إرادة صادرة من ذو أهلية، وهي إرادة موجودة، ويقصد صاحبها ترتيب أثر قانوني معين عليها، إلا أن هذه الإرادة تصدر معيبة؛ فإرادته معيبة لا تصلح أن تكون أساساً لانعقاد العقد، وبالتالي يجوز له أن يطلب إبطال العقد.

وتحتل عيوب الإرادة مكانة بارزة في إطار العقد الإلكتروني، فبالإضافة إلى أن طبيعة العقد تقتضي أن يبرم عن بعد بين متعاقدين، بَعُدت بينهما المسافة، فإن طبيعة تقنيات الاتصال الحديثة بما طرأ عليها من تغيير وتطور جعلها في غاية الدقة والاتقان، إلا أنها مع ذلك تتسم بالتعقيد، كما أن المتعاقدين في أغلب الأحيان يكونان غير متكافئين من الناحية الفنية والتقنية، حيث يكون أحدهما المنتج، أو مقدم الخدمة؛ بما يملكه من ملكات فنية، وإمكانيات اقتصادية واحتكار فعلي لبعض المنتوجات، ويواجهه متعاقد آخر ضعيف هو العميل؛ لا يملك مثل هذه الإمكانيات، وهو ما يزيد من فرص وقوع هذا الأخير بعيب من عيوب الإرادة، والمتمثلة في الغلط، والتدليس، والإكراه، والاستغلال.

الفرع الأول: عيب الغلط في التعاقد الإلكتروني

يعد الغلط من عيوب الإرادة في العقود؛ تقليدية كانت أو إلكترونية، مما يعرضها إلى البطلان، وذلك لمصلحة من وقع في الغلط، وهو ما نصت عليه المادة 81 من القانون المدني الجزائري[1]، ولتفصيل ذلك نتطرق إلى دراسة مفهوم الغلط في البند الأول، في حين نتطرق لدراسة تطبيقاته في العقود الإلكترونية في البند الثاني.

البند الأول: مفهوم الغلط في التعاقد الإلكتروني

يقتضي بيان مفهوم الغلط التطرق لتعريفه، وبيان أنواعه، كما يلي:

أولا: تعريف الغلط

يُعرّف الغلط على أنه: " حالة ذهنية تؤثر في الإرادة فتجعلها تحيد عن الغرض الذي قصدته، أو تضل عن الحقيقة، أو تفقد حرية التقدير، فيعتقد صاحبها بوجود واقعة، أو صفة معينة، مع أنها غير موجودة، أو بالعكس، فيكون توهم الواقع أو الصفة على غير ما حدث فعلا"[2].

1 - تنص المادة 81 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله"

2 - محمود علي الرشدان، **الغبن في القانون المدني – دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 92.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما عرفه الأستاذ السنهوري بأنه: " حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع، وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها"[1].

وهناك رأي يذهب إلى أن الغلط وهم يقوم بذهن العاقد، فيصور له الأمر على غير حقيقته، ويدفعه إلى التعاقد، والغلط الذي يعيب الرضا هو ما يصيب الإرادة وقت تكوين العقد، وليس كل غلط أيا كانت درجته؛ مما يعيب الإرادة؛ بل أن منه ما لا يؤثر فيها، ومنه بالعكس بعدمها، ومنه ما يقتصر أثره على تعييب الإرادة، وهذا الذي يعنينا باعتباره عيباً من عيوب الإرادة[2].

ثانيا: أنواع الغلط

للغلط عدة أنواع، نجملها فيما يلي:

أ- الغلط غير المؤثر

لا يؤثر هذا النوع من الغلط في العقد[3]، وهو الغلط الذي يقع في صفة عرضية أو ثانوية للشيء أو الشخص؛ كالغلط في الشخص المتعاقد إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار، وكذلك الحال بالنسبة للغلط المادي في الحساب، وفي أمور معتادة في التعامل[4].

ويعد الغلط غير المؤثر من أكثر صور الغلط وقوعاً في العقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الأنترنت؛ كالغلط الذي يقع عند تحرير رسالة البيانات التي تتضمن السند المثبت للعقد، بأن يكتب صفراً بالزيادة، فيجعل المائة ألفاً (100 -1000)، أو بالعكس، ففي مثل هذه الأحوال يبقى العقد صحيحاً، ولا يؤثر عليه الغلط، طالما أن إرادة كل من المتعاقدين لم تصدر عن غلط، وتطابقت الإرادتان، ويُصحح الغلط المادي[5].

والغلط الذي يتحقق أثناء العقد الإلكتروني مع وسيط إلكتروني (جهاز مؤتمت) يعد غلطاً مادياً، ويجب تصحيحه، إذا كان في مقدور الشخص أن يصحح الغلط من خلال الوسائل التقنية التي أكدت عليها المادة 2/12 من مشروع اتفاقية الأونسيترال للتعاقد الإلكتروني[6].

---

1 - عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام،(مصادر الالتزام)**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون تاريخ، ص 289.

2 - أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 229.

3 - تنص المادة 84 من القانون المدني الجزائري على أنه: " لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط"

4 - بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 122.

5 - أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 231.

6 - بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 123.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ب- الغلط المانع

وهو الغلط الذي يحول دون انعقاد العقد، ذلك أنه يؤدي إلى فقدان ركن من أركان العقد، ولهذا سمي بالغلط المعدم للرضا، وهو بالتالي يقف في سبيل قيام العقد فيؤدي إلى بطلانه بطلانا مطلقا، وبذلك فهو يعدم الإرادة ولا يعيبها فقط[1]، ويكون الغلط مانعا في الحالات التالية:

1- الغلط في ماهية العقد

كما هو معلوم فإن نوع العقد هو الذي يحدد حقوق أطرافه والتزاماتهم، والغلط في نوع العقد الذي يراد إبرامه يؤدي إلى منع نشوء هذا العقد، ومثاله: إذا استلم شخص شيئاً على أساس أنه يريد شراءه، في حين كان الطرف الثاني قاصداً رهنه لديه، هنا لا ينشأ عقد بين الطرفين[2]، ومثاله أيضاً في مجال التعاقد الإلكتروني أن يبرم شخص عقداً إلكترونياً عبر شبكة الأنترنت معتقداً بأنه اشترى برنامجاً لممارسة حق الاستغلال عليه، في حين كان قصد البائع منحه حق الاستعمال فقط، فهنا لا ينعقد العقد[3].

ومثل هذا الغلط يُرَدُ إلى غلطٍ في التعبير؛ مما يؤدي إلى قصور في الفهم، فالطرفان يستعملان لغة مبهمة غير واضحة المعنى، بحيث أن الطرفان يعطيان معنيين مختلفين لها، وقد ينشأ هذا الغلط بسبب إغفال التعبير عن قصد الطرفين المتعاقدين، ويؤدي هذا الغلط إلى البطلان المطلق للعقد، أي عدم إنشاء العقد أصلاً[4].

2- الغلط في ذاتية المحل

يقع مثل هذا الغلط عندما يكون الغلط متعلقاً بمحل العقد ذاته؛ أي على الشيء الذي يتعاقد عليه الطرفان، وليس على صفة من صفاته، ومثاله كون البائع يريد شيئا والمشتري يريد شيئا آخر[5]، ومن ذلك لو تعاقد شخص عبر شبكة الأنترنت لشراء برامج تعليمية خاصة بالحاسب الآلي لتعليم اللغة الإنجليزية، ولكنه يتفاجأ بحصوله على برامج لتعليم اللغة الروسية مثلاً[6].

---

1 - محمد سعيد جعفور، **نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 15.

2 - يزيد أنيس نصير، "عدالة التعاقد: الغلط والتدليس"، **مجلة الحقوق**، مجلس النشر العلمي -جامعة الكويت، الكويت، السنة: 36، العدد: 2، يونيو 2012، ص 365.

3 - آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص ص 229 -230.

4 - يزيد أنيس نصير، المرجع السابق، ص ص 365 -366.

5 - المرجع نفسه، ص 374.

6 - آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 230.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهذا النوع من الغلط هو الآخر ينتج عن الغموض والإبهام ؛ إذ لو قام كل طرف وأعلن عما يريده بشكل صحيح وسليم لما تم الوقوع في الغلط[1]، وهنا لا ينعقد العقد لعدم تطابق الإرادتين[2].

3- الغلط في سبب الالتزام

وفيه يتوهم الشخص وجود سبب لالتزامه، في حين أن هذا السبب غير موجود، ولذلك لا ينعقد العقد لتخلف ركن من أركانه، وهو سبب الالتزام[3].

ويكون العقد باطلاً إذا وقع الغلط في وجود سبب الالتزام، على الرغم من عدم العثور على تطبيقات للغلط في وجود سبب الالتزام في العقود الإلكترونية ؛ إلا أن هذا لا يمنع من إبطال العقد الإلكتروني إذا وقع الغلط في سبب الالتزام، استناداً إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني في العالم المادي، كأن يعقد الشخص تأميناً على عقاره ضد الحريق، وهو العقار الذي آل إليه إرثاً، ثم يتضح أن المورِث كان قد أمّن على العقار ذاته ضد الحريق[4].

4- الغلط في التعاقد عن طريق الوسيط الإلكتروني (الجهاز المؤتمت)

يقصد به الغلط الذي يتحقق أثناء إبرام العقد الإلكتروني بين الأجهزة المؤتمتة فيما بينها، أو بين شخص وجهاز مؤتمت، ومن الأمثلة على هذا النوع من الغلط أن ينقر شخص فوق أيقونة (أوافق) على شاشة الحاسوب، فيصل القبول إلى الوسيط الإلكتروني الذي عبر عن الإيجاب، فهنا يعقد العقد الإلكتروني مبدئياً دون أن تتوجه الإرادة الحقيقية لهذا الشخص إلى هذه النتيجة، لأنه قام بهذا الفعل بشكل عشوائي دون قصد[5].

إن معالجة هذا الغلط الذي يقع عند التعاقد مع جهاز مؤتمت تكون صعبة مقارنة بالغلط الذي يقع بين شخصين طبيعيين، حيث يمكن معالجة هذا الأخير من خلال إرسال رسالة تصحيح إلى المرسل إليه في الوقت المناسب، وقبل ترتيب الآثار القانونية، أما إذا وقع الغلط عند استخدام الوسيط الإلكتروني فإنه لا يمكن معالجته بهذه المرونة، لأنه يتم مع جهاز مبرمج لا يتجاوب بسهولة مع محاولة الشخص لمعالجة الغلط[6].

---

1 - يزيد أنيس نصير، المرجع السابق، ص 374.

2 - آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق ، ص230.

3 - محمد سعيد جعفور، **نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي**، المرجع السابق، ص 17.

4 - آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق ، ص 230.

5 - بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 104.

6 - آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق ، ص 135.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما فيما يتعلق بموقف التشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية من الغلط، فعدد من هذه التشريعات لم تتضمن نصوصاً قانونية تنظم مسألة الغلط في التعاقد مع الوسيط الإلكتروني، ومنها القانون التونسي، والأردني، وقانون إمارة دبي، ومشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري، وقانون التجارة الإلكترونية الجزائري، فضلاً عن قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية[1].

لكن هناك أيضاً من القوانين التي عالجت هذه المسألة؛ منها قانون مملكة البحرين بشأن المعاملات الإلكترونية رقم 28 لسنة 2002 ، وذلك في المادة 12 منه تحت عنوان مشاركة الوكلاء الإلكترونيين، فبعد أن أكدت المادة في فقرتها الأولى على جواز إبرام العقد عن طريق تواصل بين وكيل إلكتروني وشخص ما أو من خلال تفاعل وكلاء إلكترونيين، أقرت في فترتها الثانية بأنه: " تكون المعاملة الإلكترونية قابلة للإبطال بين فرد[2] ووكيل إلكتروني بناءً على طلب الفرد إذا تحققت الشروط الأتية:

أ -وقوع الفرد في خطأ مادي في أي سجل إلكتروني أو معلومات إلكترونية[3]، تم استعمالها في المعاملة أو كانت جزءا منها.

ب -عدم إتاحة الوكيل الإلكتروني الفرصة للفرد لتلافي وقوع الخطأ أو تصحيحه.

ج -قام الفرد فور اكتشافه الخطأ بإبلاغ الطرف الآخر به دون إبطاء.

---

1 - بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 105.

2 -أشارت الفقرة الثالثة من المادة 11 من قانون مملكة البحرين بشأن المعاملات الإلكترونية إلى أن مفهوم الفرد في هذه المادة ينصرف إلى الفرد الذي يعمل لحسابه نفسه، أو لحساب شخص أخر؛ سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً.

3 - **السجل الإلكتروني**: ويشمل أي حامل أو وسيط أو دعامة معدة لإنشاء البيانات والمعلومات أو حفظها أو إرسالها أو استلامها ، ويتمثل الهدف من استخدامه في توثيق المعاملات بطريقة تضمن سلامتها واسترجاعها كاملة عند اللزوم لأطراف التعاقد أو للأشخاص المرخص لهم بذلك، ويمكن تشبيهه بالدفاتر التجارية التي يلزم القانون التجاري التجار بإمساكها، ويحتوي السجل على العديد من البيانات من أهمها:

- الهوية والبريد الإلكتروني لصاحب السجل.
- الاسم والعنوان والبريد الإلكتروني للطرف الآخر في العملية.
- تاريخ وزمان إرسال واستلام الرسائل الإلكترونية.
- حجم التعامل بين الأطراف كما هو مبين في الرسائل المستلمة.
- نسخة طبق الأصل من السجل يحتفظ بها في الأرشيف.
- معلومات عن الفواتير أو المستندات الخاصة بالعملية التجارية.
- ملف إضافي يحتوي على أية معلومات أخرى ترتبط بالتعاملات.

للتفصيل أكثر راجع: خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 176 وما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

د -قيام الفرد في حالة تسلمه لمقابل إثر الخطأ بإعادة هذا المقابل أو التصرف فيه طبقاً لما هو متفق عليه بين الطرفين أو بموجب تعليمات الطرف الأخر أو التصرف فيه بطريقة معقولة عند عدم وجود تعليمات وذلك كله مالم تكن هناك منفعة مادية عادت على الفرد نتيجة لهذا التسليم.

وهذا الأمر عالجته أيضاً اتفاقية مشروع الأونسيترال بشأن التعاقد الإلكتروني سنة 2002 : وذلك في المادة 12 منه فبعد أن نصت الفقرة الأولى منها على جواز تكوين العقد عن طريق الأجهزة المؤتمتة، جاءت الفقرة الثانية منها بنص يتعلق بضرورة توفير المستلزمات الفنية لمعالجة الأغلاط التي تقع ممن يتعاقد مع جهاز مؤتمت[1]، في حين نصت الفقرة الثالثة من ذات المادة على أنه ليس للعقد الذي يبرمه شخص طبيعي يستخدم نظاماً حاسوبياً مؤتمتاً تابعاً لشخص آخر أثر قانوني، وليس واجب النفاذ إذا ارتكب الشخص الطبيعي خطأ مادي في رسالة البيانات، وذلك إذا[2] :

أ -لم يتح النظام الحاسوبي المؤتمت فرصة للشخص الطبيعي لمنع الخطأ أو تصحيحه.

ب -أبلغ الشخص الطبيعي بالخطأ بأسرع ما يمكن عمليا عند علمه به، وأوضح أنه (أو أنها) ارتكب خطأ في رسالة البيانات.

ج -اتخذ الشخص الطبيعي خطوات معقولة، بما في ذلك الخطوات التي تتفق وتعليمات الشخص الآخر بإعادة السلعة أو الخدمات التي تسلمها إن كان قد تسلم شيئا نتيجة الخطأ أو تدمير تلك السلع والخدمات إذا طلب منه ذلك.

د -لم يستخدم الشخص الطبيعي ما قد يكون تسلمه من سلع أو خدمات من الشخص الأخر ،ولم يحصل منه على أية منفعة أو قيمة مادية.

من خلال حكم المادتين السابقتين فإن حكم العقد الإلكتروني الذي يبرم نتيجة هذا الغلط يختلف في مشروع الأونسيترال لاتفاقية التعاقد الإلكتروني عن حكمه في قانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية وذلك كالآتي :

استناد للمادة 3/12 من المشروع، والتي تقضي بأن العقد لا يكون له أثر قانوني وغير واجب النفاذ ؛ أي أن الغلط يمنع من انعقاد العقد ويعدم الإرادة تماما، وذلك بشرط أن يقوم الشخص بإبلاغ الطرف الأخر بأسرع وقت ممكن عند علمه بوقوعه في الغلط، ويوضح له في البلاغ بأنه ارتكب غلطا في رسالة البيانات، وأن يتخذ خطوات معقولة في هذا المجال، بما في ذلك إعادة السلع أو الخدمات التي تسلمها، إن كان قد تسلم شيئا نتيجة لوقوعه في الغلط، أو أن يقوم بأي إجراء يطلبه من الطرف الآخر بهذا الصدد، وأن لا يستخدم ما قد تسلمه من سلع أو خدمات لا يحصل منه

1 - بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 106.

2 - المرجع نفسه، ص 107.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

على أية منفعة أو قيمة مادية، ويضاف هذا الغلط إلى صور الغلط المعدمة للإرادة[1]، أما بموجب المادة 2/11 من قانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية السابقة الذكر، فإن الغلط لا يمنع من انعقاد العقد، ولا يعدم الإرادة تماماً، وإنما يكون العقد الذي يبرم نتيجة وقوع الغلط يكون قابلاً للإلغاء بمحض إرادة الشخص الذي وقع في الغلط عند تعاقده مع وسيط إلكتروني، ولا يكون العقد باطلاً كما جاء في المشروع السابق على أن يأخذ بنظر الاعتبار أيضا المعايير والشروط التي نصت عليها الفقرة الثانية من نفس المادة[2].

من خلال دراسة هذا النوع من الغلط يتبين أنه غلط من نوع خاص، إذ يعد غلط مادي من حيث حدوثه (النقر الخطأ على أيقونة القبول)، ولكنه يعد غلطاً مانعاً، يعدم الإرادة تماماً؛ إذا لم يكن بالإمكان تداركه، أو يجعل العقد قابل للإلغاء بمحض إرادة الشخص الذي وقع في الغلط.

ج- الغلط المعيب للإرادة

الغلط الذي يعيب الإرادة في التعاقد هو ذلك الغلط الذي يحدث عند تكوين الإرادة في ذهن صاحبها، بأن يتوهم أمراً على خلاف الواقع، ويقع هذا الغلط في صفة جوهرية في الشيء محل الالتزام، أو في ذات المتعاقد، أو في صفة جوهرية من صفاته؛ فإذا تعاقد شخص مع أخر على أنه خبير، وذو كفاءة عالية في إدارة نظم المعلوماتية، ثم تبين أنه عكس ذلك، فهنا يحق للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد[3].

ويشترط لتحقق الغلط المعيب للرضا توافر شرطين:

1- أن يكون الغلط جوهرياً

نصت عليه المادة 82 من القانون المدني الجزائري[4]، ويعد الغلط جوهرياً إذا كان هو الدافع للتعاقد؛ أي هو الذي حمل المتعاقد الواقع فيه على إبرام العقد، بحيث لولا وقوعه في هذا الغلط ما كان ليبرم العقد[5]، وقد يسمى بالغلط الدافع، والمعيار الذي يعتمد عليه لتقدير جوهرية الغلط هو معيار ذاتي، يقتضي تحليل موقف المتعاقد الواقع في الغلط لتقدير أثر الغلط على موقفه من العقد، وهذا يقتضي البحث عن نية المتعاقد لمعرفة مدى جوهرية الغلط بالنسبة

1 -بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 109.

2 -آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص ص 139 -140.

3 - المرجع نفسه، ص 232.

4 - المادة 82 من ق م ج على أنه: " يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حداً من الجسامة، بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط. ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

5 - علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 195.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إليه[1]، لذا فالغلط الجوهري قد يقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف، وبما ينبغي في التعامل من حسن نية أو في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد[2].

في مجال المعاملات الإلكترونية تعد صفة عدم الاحتراف أو عدم الخبرة عنصراً جوهرياً في قبول إعداد المتعاقد قد وقع في غلط جوهري، خاصة في الأشياء الفنية ذات التكنولوجيا المتطورة، فتلك الصفة تعد من القرائن التي يستعين بها القاضي في تقدير مدى توافر الغلط، ويصعب قبول الغلط من متعاقد متخصص، كذلك الحال إذا كانت البيانات التي قدمها الموزع كافية لتلافي الوقوع في الغلط، ونفس الحكم إذا ثبت تقصير مدعي الغلط؛ كما أن المشرع الأوروبي حريص على تلافي أي غلط قد يقع فيه المتعاقد، ويكون ناتجاً عن نقص في البيانات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة أو المتعلقة بالموجب نفسه[3].

الحال أنه لا يجب المبالغة في الأخذ بصفة عدم الاحتراف والخبرة في المعاملات الإلكترونية كعنصر جوهري، لأن ذلك سيؤدي إلى عدم الاستقرار في المعاملات، فالمتعاقد الذي يتعامل بعقود التجارة الإلكترونية وإن كان غير خبير، فمن المفروض أن يستشير أهل الخبرة قبل إعلام رغبته في التعاقد، مما يقلل إمكانية الوقوع في الغلط.

2- اتصال المتعاقد الآخر بالغلط

حماية للمتعاقد الآخر وضماناً لاستقرار المعاملات أوجب المشرع للأخذ بالغلط باعتباره عيباً من عيوب الإرادة اتصال المتعاقد الآخر بالغلط، ويكون ذلك الاتصال بأن يقع المتعاقدان معا في الغلط، فيكون الغلط مشتركاً، ومثاله أن يعتقد المشتري أنه يشتري شيئاً أصلياً، ويعتقد البائع الشيء نفسه، بينما الشيء في حقيقته مقلد[4].

ومن ذلك فإنه لا يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري أن يطلب بطلان العقد، إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في الغلط أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبين، لأن الغلط الفردي يؤدي إلى مفاجأة المتعاقد الآخر بطلب بطلان العقد وهو لا علم له بالسبب، أما في الغلط المشترك ففيه تنتفي المفاجأة[5].

1 - شيراز عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 303.
2 - فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص ص 98 -99.
3 - بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص ص 133 -134.
4 - محمد علاء الفواعير، المرجع السابق، ص 195.
5 - بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص ص 124 -125.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الثاني: أهمية الغلط في العقود الإلكترونية

لقد أضافت العقود الإلكترونية بُعدا آخر للغلط، فالغلط يمكن أن يحدث بسهولة في العقود الإلكترونية، وإذا ما حدث فإن نتائجه قد تكون كارثية بالنسبة إلى من وقع فيه، وذلك نتيجة سرعة نقل الإعلانات إلكترونياً عبر شبكة الأنترنت، ولاحتمال الاستجابة الفورية لمثل هذه الإعلانات من قبل متصفحي المواقع الإلكترونية، كما أن إبرام العقد في فترة وجيزة جدا لا يسمح لمن وقع في الغلط أن يكتشفه أو يتراجع عنه في حال اكتشافه، بعد أن يتم إبرام عدد كبير من العقود[1].

ومن الأمثلة على الغلط ما حدث لأحد الشركات عندما نشرت إعلاناً على موقعها بخصوص بيع منتجٍ لها، واضعة سعراً أقل بكثير من السعر الحقيقي، فتلقت بعد ذلك الغلط مئات الطلبات للشراء، قبل قيامها بتصحيح الغلط على الموقع، ومع أن الشركة قد أدعت أن طلبات الشراء التي تقدم بها من تصفحوا الموقع هي إيجاب غير ملزم لها، إلا أنها تجاهلت أن الموقع قد قام بتأكيد جميع هذه الطلبات بشكل آلي بعد التقدم بها، ومن ثم فإن هناك عقداً تم إبرامه بين الطرفين، والحقيقة أن كوداك قد قامت بتلبية تلك الطلبات، مما أضاف عليها تكاليف كانت في غنى عنها[2].

وقد ألزم التوجيه الأوروبي رقم 2000 -31 بشأن التجارة الإلكترونية في المادة 11 منه مقدمي الخدمات بأن يقوموا بعرض الخدمة على العميل بالتفصيل الدقيق، وأن يقوموا بإعلامه بذلك بوسائل مناسبة، وعلى نحو يمكنه من فهم المعطيات الإلكترونية، الأمر الذي يكفل عدم وقوع العميل في الغلط، كما يجب على التاجر أيضاً أن يوضح للعميل كيفية الوفاء بالثمن، وبطاقات الائتمان التي يقبل الوفاء بها، فإذا رفض التاجر البطاقة في الوفاء رغم إعلانه عن ذلك قيام البنك مصدر البطاقة بفسخ العقد الذي يربطه بالتاجر، فضلا عن جواز ملاحقته جنائياً بتهمة الدعاية الكاذبة، فرفضه للبطاقة يؤدي إلى وقوع العميل في الغلط، و فقدان الثقة في التعامل بهذه البطاقات[3].

إلا أن الادعاء على أساس العرض الناقص للمنتج قد يصعب إثباته؛ لأنه يتم على صفحة الويب، وقد يتم تغييره أو تعديله في وقت لاحق بوسيلة إلكترونية من دون أن تترك هذه التقنية أثرا ماديا، ولذلك ينصح البعض بأنه يمكن التغلب على مثل هذه الصعوبات عن طريق تسجيل مثل هذه البيانات على دعامة إلكترونية، بأسلوب يسمح بحفظها واسترجاعها عند الضرورة، أو الاستعانة بوسيط إلكتروني معتمد لتوثيق مثل هذه المعاملات الإلكترونية[4].

1 - يزيد أنيس نصير، المرجع السابق، ص 445.

2 - المرجع نفسه، ص 445.

3 - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص ص 164 - 165.

4 -إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص ص 130 -131.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني: عيب التدليس في التعاقد الإلكتروني

التدليس من عيوب الإرادة، يؤدي إلى إبطال العقد تقليدياً كان أو إلكترونياً، وذلك لمصلحة من وقع في التدليس[1].

البند الأول: مفهوم التدليس

نتطرق هنا لتعريف التدليس وشروطه، وذلك فيما يلي:

أولا: تعريف التدليس

تناول المشرع الجزائري أحكام التدليس في المادتين 86 -87 ق. م. ج، وإن كان لم يعرفه، فقد تم تعريفه أنه: " عبارة عن طرق احتيالية غير شريفة يستعملها متعاقد عند إبرام العقد تدفع بالمتعاقد وقد توهم الشيء على غير حقيقته إلى إبرام ذلك العقد فالتدليس وهم كالغلط لكنه مستثار"[2].

كما عُرف أنه: " حيل يلجأ إليها المتعاقد لإيقاع المتعاقد معه في غلط يدفعه للتعاقد، ولذلك يكون العقد قابلا للإبطال، ليس بسبب التدليس في حد ذاته، وإنما للغلط الذي أوقع فيه المتعاقد"[3].

وذهب أخر للقول أنه: " إيهام الشخص بأمر مخالف للحقيقة باستخدام طرق احتيالية بقصد دفعه إلى إبرام العقد"[4].

للتميز بين الغلط والتدليس يشترط القضاء الفرنسي في الغلط الجوهري أن يكون متصلاً بالصفة الجوهرية للشيء، وفي حالات بذات المتعاقد، أو بصفة من صفاته، أما إذا تعلق بأمر آخر؛ كالغلط في القيمة أو الباعث فلا يعتد به، ولكن إذا كان الغلط ناتجاً عن حيل استعملها المتعاقد لإيقاع الطرف الثاني في الغلط فنكون بصدد تدليس، أما بالنسبة للقانون الجزائري الطرح مختلف؛ لأن مجال الغلط الجوهري غير مقيد بصفة الشيء أو بذات المتعاقد، وإنما يكون الغلط هو الدافع للتعاقد، وبالتالي فالغلط في الباعث أو في القيمة هو غلط جوهري؛ طالما كان هو الدافع للتعاقد[5].

---

1 - تنص المادة الفقرة الأولى من المادة 86 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يجوز إبطال العقد للتدليس، إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد".

2 - دربال عبد الرزاق، **الوجيز في النظرية العامة للالتزام -مصادر الالتزام**، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، دون تاريخ، ص 24 -25.

3 -علي فيلالي، المرجع السابق، ص ص 124.

4 - جعفر ذيب المعاني، المرجع السابق، ص 83.

5 - علي فيلالي، المرجع السابق، ص ص 124 -125.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا: شروط التدليس

يشترط في التدليس ما يأتي:

أ- **استعمال وسائل احتيالية**[1]:

تنطوي الطرق الاحتيالية على جانبين: جانب مادي؛ وهو الطرق المادية التي تستعمل للتأثير في إرادة الغير، وهذه الطرق غير محددة، فقد تكون باتخاذ مظاهر خارجية مادية مخالفة للحقيقة، كما لو انتحل شخص صفة كاذبة، وقد يتم التدليس بالكذب، كما في حالة الإدلاء ببيانات كاذبة يعلم المتعاقد أهميتها للمتعاقد المدلس عليه[2].

ولا فرق فيما إذا كانت هذه الطرق الاحتيالية وقعت بموقف إيجابي أو سلبي، فإن النتيجة واحدة، والقاعدة أن مجرد الكذب لا يعد تغريراً (تدليس) قولياً، إلا في العقود التي تقوم على الثقة والأمانة والصدق كعقود المرابحة، الوضعية والاشتراك والتولية[3].

أما الجانب المعنوي[4] للتدليس فيتمثل في نية التضليل والخداع للمدلس، ويقتضي هذا العنصر أن يكون الغرض من الحيل المستعملة بشتى أنواعها خداع المدلس عليه وإيقاعه في غلط يدفعه للتعاقد[5]؛ أي يجب أن يكون سيء النية، ويتحقق سوء النية لدى مرتكب التدليس إذا قصد استعمال حيل للوصول إلى غير مشروع[6].

ب -**أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد**

يجب أن تبلغ الطرق الاحتيالية حداً من الجسامة؛ بحيث تؤثر في إرادة التعاقد فتدفعه إلى التعاقد، وهو ما تضمنته الفقرة الأولى من المادة 86 من القانون المدني الجزائري، ومسألة التثبت من كون هذه الطرق الاحتيالية هي

1 - يذهب القضاء الفرنسي بصدد عيوب الإرادة في العقود المبرمة عن بعد ومنها العقود المبرمة بواسطة شبكة الأنترنت إلى أن وسائل الاحتيال المكونة لعيب التدليس متعددة، منها ما هو مادي، ومنها ما هو غير مادي، فإذا أثبت المشتري أن المواد التي جهزه بها البائع لا تتطابق مع المواصفات المعلن عنها كان ضحية تغرير، أما مجرد عدم عمل البرامج المباعة على الحاسوب الخاص بالمشتري دون أن يمارس المجهز طرقا احتيالية لإرغامه على التعاقد، فهو أمر لا يعني توفر سبب مقبول يسوغ القول بوجود التغرير. أنظر: عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص240، هامش 1.

2 -محمد علاء الفواعير، المرجع السابق، ص 198.

3 - المرجع نفسه، ص 198.

4 - قد تمكن الصعوبة في عقود التجارة الإلكترونية في إثبات العنصر المعنوي خاصة حين يعمد المدلس على طمس الحيل التي استعملها في تغليط المدلس عليه بالتلاعب بالبيانات الإلكترونية، التي كانت أساس وقوع المتعاقد في تدليس، وذلك بتحريفها أو تعديلها أو إزالتها في فترة زمنية وجيزة، دون أن يستبقي على دليل مادي عليها، وهنا يمكن أن يظهر دور جات التصديق الإلكتروني التي لا يقتصر دورها على مجرد التأكد من صحة ونسبة صدور التعبير عن الإرادة التعاقدية لمنشئها، بل التأكد من صحة هذه الإرادة وبعدها عن الغش والتدليس. أنظر: بهلولي فاتح، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري، **أطروحة دكتوراه**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص 182.

5 - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 130.

6 - بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 129.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الدافعة إلى التعاقد أم لا تعود إلى قاضي الموضوع لأنها مسألة وقائع، ولما كان التدليس (التغرير) واقعة مادية لذا جاز إثباته بجميع طرق الإثبات[1].

ج -أن يكون التدليس صادراً عن المتعاقد الآخر أو متصلا به

الأصل أن التدليس يقع من أحد المتعاقدين أو من نائبه وقد يقع من الغير، وهو ما نصت عليه المادة 87 من ق. م. ج[2]، فإذا كانت الطرق الاحتيالية الواقعة من المتعاقد الآخر، يكفي مجرد استعمالها للتأثير على المتعاقد المدلس عليه، أما التدليس الواقع من الغير فلا يؤثر في صحة العقد، إلا إذا أثبت المتعاقد المغبون أن المتعاقد الآخر كان يعلم علما حقيقياً، أو حكمياً، أو كان من السهل أن يعلم بهذا التدليس وقت تكوين العقد، ومنه يتوقف استعمال خيار نقض العقد على هذا العلم أو إمكانية العلم، فإن تخلف هذا الشرط كان العقد نافذاً؛ إلا أنه يجوز لمن لحقه ضرر أن يلحقه على الأجنبي طبقاً لدعوى المسؤولية الناشئة عن العمل غير المشروع[3].

د - أن يقترن التدليس بالغبن الفاحش

لا يكفي مجرد التدليس لإبطال العقد، وإنما يجب أن يقترن بغبن فاحش[4]، فإذا وجد التدليس دون أن يترتب عليه غبن فاحش فلا يتوقف عليه العقد[5].

ويتنوع الغبن إلى غبن يسير، وهو ما كان داخلاً تحت تقويم المقومين؛ أي تقدير لخبراء للشيء محل العقد، فإذا بيع شيء بتسعين دينار، وقومه أحد الخبراء بـ 90 ديناراً، وقومه آخر بثمانين ديناراً، وآخر بمائة دينار، عُد الغبن يسيراً، لأن النقص ليس متحققا؛ بل محتملا فقط، أما الغبن الفاحش فهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، ويشترط فيه ثلاث شروط، هي[6]:

- لا يكون الغبن الفاحش إلا في عقود المعاوضة المحددة، دون عقود التبرع؛ لأن هذه الأخيرة لا يأخذ فيها المتبرع مقابلا لما يعطي.
- يُنظر عند تقدير الغبن إلى التعادل بين التزامات الطرفين عند إبرام العقد.

1 - آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 238.

2 - تنص المادة 87 من القانون المدني الجزائري على أنه: " إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس".

3 - آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 238.

4 - علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 199.

5 - بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 130.

6 - علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص ص 199 -200.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- ألا يُعد الغبن يسيراً.

فمتى توافرت هذه الشروط أمكن نقض العقد، إلا أنه لا يجوز نقض هذا الأخير بسبب التدليس في الأحوال التالية[1]:

- إذا كان الغبن يسيراً.
- إذا كان الغبن فاحشاً، ولم يعلم المتعاقد الآخر بالتدليس، أو لم يكن من السهل عليه أن يعلم به.
- إذا استُهلِك الشيء قبل العلم بالغبن؛ كأن يكون البيع طعاماً ما فأكله المشتري قبل العلم بالغبن.
- إذا حدث عيب، أو تغيير جوهري في الشيء.

البند الثاني: تطبيقات التدليس في العقود الإلكترونية

لدراسة مسألة التدليس في إطار العقود الإلكترونية أهمية كبيرة؛ ذلك أن الطرح الجديد لنظام التعاقد الإلكتروني أتاح للطرف غير الخبير، والذي لا تتوفر لديه معلومات كافية أن يتمسك بتعييب إرادته نتيجة الغلط الذي وقع فيه، أو لتدليس ناتج عن استخدام طرق احتيالية لها معنى واسع.

للتدليس تطبيقات جديدة في مجال التعاقد الإلكتروني، نذكر منها:

أولا: الدعايات والإعلانات الإلكترونية الكاذبة والمضللة للمنتجات عبر شبكة الأنترنت

قد يلجأ المدلس إلى الكذب لإخفاء الحقيقة، وبغض النظر عن النواهي الأخلاقية فإن العرف والعادات تسمح بالمبالغة في مدح السلعة بالنسبة للتجار خاصة، فيكون الكذب مباحاً أحياناً، ويعتبر تدليساً أحياناً أخرى ويكون مبطلاً للعقد[2]، وبذلك فإن الكذب لا يعد تدليساً بحسب الأصل، إلا أنه يعد كذلك استثناءً؛ إذا صاحبته أعمال مادية مدعمة للتضليل، بهدف إخفاء الحقيقة عن المتعاقد، وحمله على التعاقد[3].

لذلك يعد الكذب في الإعلانات والدعايات الإلكترونية للمنتجات أو الخدمات من أهم المشاكل التي تواجه عقود التجارة الإلكترونية، وتدخل في مجال التدليس طالما تجاوزت الحد المألوف، وكان مؤثرة في إرادة المدلس عليه ودافعا إلى التعاقد ، ما يعطي للمدلس عليه الحق في طلب إبطال العقد لتعيب إرادته[4].

1 - آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 240.
2 - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 128.
3 - فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص 102.
4 -خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 140.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فالمستهلك في العقد الإلكتروني لا يتمكن من معاينة الشيء المبيع كما في التعاقد التقليدي، وإنما يعاينه من خلال شاشة الكمبيوتر[1]؛ كأن يظهر على شبكة الأنترنت بصور ملونة وجذابة توقعه في الغلط، ولذلك يرى البعض أنه في حالة عقد البيع الإلكتروني إذا قام التاجر بخداع المشتري عن طريق استخدام الحيل التكنولوجية في عرض المنتج أو الخدمة، فإنه يجب إبطال العقد للغش، لأن الغش يفسد التصرفات[2].

وطرق الغش والتدليس كثيرة ومتنوعة منها: استخدام العلامة التجارية لشخص آخر، وتعمد نشر بيانات ومعلومات غير صحيحة على الموقع عن سلع وخدمات يقصد ترويجها، أو استخدام نطاق غير مملوك له[3].

ثانيا: الاحتيال

تُعّرف الحيل بأنها: " شتى الأعمال والأفعال والطرق المختلفة التي يستعين بها المدلس لإخفاء الحقيقة على المدلس عليه، وإيقاعه في غلط يحمله على إبرام العقد، فالعبرة في الحيل هي بتضليل المتعاقد، بغض النظر عن الوسيلة المستعملة[4].

يظهر من تعريف الاحتيال[5] أن له أسباب متعددة، قد يتخذ أشكال مختلفة يدخل ضمنها الاحتيال الذي يتم عن طريق التعاقد التجاري الإلكتروني عبر شبكة الأنترنت؛ كأن يقوم شخص بإبرام عقد مع شركة تجارية وهمية أو غير معروفة اتخذت موقعاً إلكترونياً لها على الشبكة في الوقت الذي ليس لها الوجود الحقيقي، وتقوم هذه الشركة الوهمية بعرض بضائع وخدمات معينة بأسعار مغرية جداً لتشجع المستهلكين على التعاقد لشرائها، ودفع ثمنها عبر وسائل الوفاء الإلكتروني، بالرغم من عدم وجود البضاعة أصلاً، كما قد يحدث الاحتيال في مواصفات البضاعة أو بيان دولة المنشأ؛ كالادعاء أن البضاعة صنع أوربي، فهنا يتابع الشخص في ضوء قواعد التقليد طبقا لحماية حقوق الملكية الفكرية والصناعية[6].

1 - فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص 102

2 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 140 -141.

3 - فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص 102.

4 -علي فيلالي، المرجع السابق، ص 127.

5 - عرفته غرفة التجارة الدولية بأنه: " تمكن أي طرف من الأطراف المتعاقدة في صفقة تجارية، سواء بوصفه البائع أو المشتري أو المصرف أو السمسار أو الوكيل، بأن ينجح دون وجه حق وبطريق غير مشروع في الحصول على نقود أو سلع من طرف آخر يكون في ظاهر الأمر قد تعد له تحديدا بالتزامات تجارية أو التزامات مالية، وأحيانا قد تتواطأ أطراف عدة في الاحتيال على الطرف الأخر". أنظر: بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 132.

6 - بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص ص 132 -133.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وكذلك ما يحدث على شبكة الأنترنت بخصوص تسويق منتجات الرياضة التي تعرض على الشبكة، من خلال الصور والأفلام المتحركة، وتقترن أحياناً بشهادة أطباء ومختصين على كفاءة الجهاز، ولكن سرعان ما يشتريه المستهلك فيظهر على غير حقيقته مما يترتب عليه غبن فاحش[1].

يمكن الإشارة هنا لنص الفصل 3/25 من تشريع المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي: " يلتزم البائع ببيان طبيعة وخاصيات وسعر المنتج"، وبما أن وصف المنتجات محل التعاقد عبر الأنترنت يكون مصحوباً بصور عنها، يجب أن تعكس هذه الصور بأمانة حقيقة المنتجات، وأن لا يكون الوصف مبالغاً فيه بشكل منافيا للحقيقة، لأن ذلك يعد تضليلا للجمهور[2].

ثالثا: الكتمان أو السكوت

يعتبر السكوت تدليسا كقاعدة عامة[3]، ولا يقتصر الأمر على حالات العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين، ككتمان بيانات هامة عن المنتج المعروض على شبكة الأنترنت، أو إخفاء بعض البيانات الضرورية للعقار الطبي وحجب أضراره وموانع استعماله، أو إخفاء تاريخ انتهاء صلاحيته، أو إخفاء دولة إنتاجه، أو ستر حقيقة الشركة بشأن عقد استشارة تجارية على شبكة الأنترنت طالبة القرض البنكي، بأنها شركة متعسرة في السوق عن الوفاء، وأنها شهرت إفلاسها، مما أدى بالبنك إلى قبول إعطائها قرض كبير[4]، فهنا المدلس يكتفي بالصمت أو إخفاء ما يعلمه عن حقيقة المبيع أو الخدمة المقدمة، مع علمه بأن هذه المعلومات أو الحقيقة جوهرية في ذهن المتعاقد الآخر، فلو علمها لما تعاقد أو لما قبل بشروط العقد، ومثال ذلك أن يقوم البائع بعرض تحف تراثية على شبكة الأنترنت تعود لعصود قديمة، فيدخل الزائر عبر الشبكة، ويرغب في شراء إحدى القطع المتوفرة التي بثت صدورها ورسوماتها عبر الموقع، ومع أن دافع المشتري لشرائها هو أنها نادرة وفريدة، إلا أن البائع ومع علمه بذلك لا يبصره بأنها قطعة من ضمن آلاف القطع الأخرى المشابهة والمنتجة حديثا بشكل تراث قديم، فيعتبر عندئذ صمت البائع وعدم تبصير المشتري بحقيقة الوضع سكوتا وكتمانا تدليسيا يشوب الإرادة[5].

---

1 -آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 241.

2 -بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 133.

3 - تنص الفقرة الثانية من المادة 86 من القانون المدني الجزائري على أنه: " ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

4 - بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 136.

5 - خالد عمر زريقات، **عقد البيع عبر الإنترنت - دراسة تحليلية**، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007، ص ص 198 - 199.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

رابعا: الموقع الوهمي على الأنترنت

من أشهر طرق الغش والتدليس المستخدمة عبر الأنترنت إنشاء موقع وهمي لا وجود له على الإطلاق، وهو أمر متصور الوقوع في المعاملات الإلكترونية، فتقوم بعض البنوك الإلكترونية، التي لا وجود لها في الواقع، وإنما يقتصر وجودها على العالم الافتراضي الإلكتروني بتغرير بعض العملاء، الذين يقومون بإيداع أموالهم في هذا المصرف الوهمي؛ نتيجة الإعلانات المغرية التي نشرها على الأنترنت، فسيتولى على هذه الأموال دون ردها لأصحابها[1].

البند الثالث: أهمية عيب التدليس في مجال التعاقد الإلكتروني

يحتل التدليس مكانة كبيرة في مجال عقود التجارة الإلكترونية؛ نظراً لقدرة بعض العابثين والمحتالين على اختراق النظام المعلوماتي للشبكة، وإساءة استخدامها، وغالباً ما يمتثل التدليس في الإعلان الخادع أو الكاذب[2].

والملاحظ أن الطبيعة غير المادية للمعلومات والبيانات التي يتم نقلها عبر شبكات الاتصال الحديثة تطرح العديد من المشكلات بشأن إثبات التدليس الذي وقع عبر هذه التقنيات، لاسيما وأن مرتكب أفعال التدليس غالبا ما يعمد إلى إخفاء العمليات التدليسية، وإزالة أثارها بأساليب تقنية، يعجز ضحية هذا التدليس عن اكتشافه أو إثباته[3].

يمكن الحد من ظاهرة الغش والتدليس في التعاقد الإلكتروني عن طريق تنشيط دور جهات التوثيق الإلكتروني أو مقدم خدمة التوثيق، فدورها ليس قاصراً على مجرد التأكد من صحة ونسبة صدور الإرادة التعاقدية الإلكترونية إلى منشئها، بل التأكد من أن جدية هذه الإرادة و بعدها عن وسائل الغش والتدليس[4]، ويكون ذلك عن طريق قيام هذه الجهات بتقييم المواقع التجارية عبر الأنترنت بالتحري عنها، وعن صحتها، ومصداقيتها في التعامل، فإذا تبين عدم جدية أحد المواقع، فإنها تقوم بتحذير المتعاملين عبر الشبكة عن طريق إرسال رسائل تحذيرية تبين فيها عدم مصداقية هذا الموقع، أو أن الموقع وهمي لا وجود له، أو أنه غير مسجل لدى المنظمة العالمية للملكية الفكرية، أو غير مقيد لدى شركات الأنترنت المكلفة بتسجيل أسماء الدومين بالأسماء والأرقام[5].

1 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 142.
2 - لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 103.
3 - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 169.
4 - فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص 103.
5 - لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 104.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثالث: عيب الإكراه في التعاقد الإلكتروني

يشكل الإكراه عيباً من عيوب الإرادة في العقود بصفة عامة، وفي العقود الإلكترونية بصفة خاصة، إلا أنه ونظراً لطبيعة هذه الأخيرة في كونها تتم عن بعد أن يمارس أحد الطرفين إكراهاً مادياً على المتعاقد الآخر، غير أن المجال مفتوح أمام الإكراه المعنوي؛ لا سيما ما يؤدي إلى تعيب الإرادة، ومن ثمة إبطال العقد، وهو ما أقره المشرع الجزائري في المادتين 88 و89 من القانون المدني الجزائري.

تبعاً لذلك سنتناول مفهوم الإكراه في البند الأول، وأهميته في مجال العقود الإلكترونية في البند الثاني.

البند الأول: مفهوم عيب الإكراه:

يقتضي بيان مفهوم الإكراه التطرق لتعريفه وكذا بيان وشروطه، على النحو التالي:

أولا: تعريف الإكراه:

يُعرّف الإكراه بأنه: " ضغط غير مشروع يوجه إلى إرادة شخص فتتأثر به فيندفع صاحبها إلى التعاقد بسبب الرهبة في نفسه التي تحمله على التعاقد"[1]، ويُعرّف أيضاً بأنه: " ضغط مادي أو أدبي يقع على الشخص فيولد لديه رهبة وخوفا يحمله على التعاقد"[2]، فالمكره لا يريد التعاقد فيما لو توفر له عنصر الحرية والاختيار، ولكن الخوف الذي يولده الإكراه في نفسه يؤدي إلى اضطراب إرادته الواعية فتلجأ إلى التعاقد، متأثرة بدوافع الرهبة، والجزع، وتخلصاً من شر قد ينزل بصاحبها؛ فيما لو رفض التعاقد، وهكذا تكون إرادته معيبة[3].

ويقسم الإكراه إلى إكراه مادي ومعنوي[4]:

1 - الإكراه المادي: وهو الذي يعدم الإرادة نهائيا، وليس فقط يعيبها[5]، وهو الذي يقع على الجسم كالضرب المبرح بأنواعه المختلفة، وهذا ما يسمى بالإكراه الحسي؛ لأنه يقع على الحس، وهو نادر لا سيما في الأوساط المتحضرة[6]،

---

1 - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 134.

2 - خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 147.

3 - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 134.

4 - يقسم فقهاء الشريعة الإسلامية الإكراه إلى **إكراه ملجئ**، وهو مخصوص بتهديد يعرض النفس أو العضو إلى التلف؛ كالتهديد بالقتل أو الضرب، ويلحق بذلك اتلاف المال والحبس الطويل، **وإكراه غير ملجئ**، مخصوص بما دون النفس أو العضو أو المال كله، ويكون التهديد فيه بالحبس أو القيد أو اتلاف بعض المال والضرب الذي لا يتلف الأعضاء. أنظر: فخري أبو صفية، **الإكراه في الشريعة الإسلامية**، شركة الشهاب للنشر والتوزيع، الجزائر، 1982، ص 41 وما بعدها.

5 - عبد القادر الفار، **مصادر الالتزام**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006، ص 67.

6 -عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 338.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومثاله أن يمسك بيد المكره، ووضع القلم في هذه اليد عنوة ليوقع به على التزام معين، والإكراه بهذا المعنى يعدم الرضا ولا يفسده، لأنه ليس هناك رضا، وبالتالي يكون العقد باطلا[1].

2 - **الإكراه المعنوي:** وهو لا يعدم الرضا ولكنه يفسده[2]، ويتخذ شكل تهديد كأن يهدد المكره بقتله أو فضحه بنشر أمور تمس كرامته وشرفه، أو بخطف أحد أفراد عائلته[3].

ثانيا: شروط الإكراه

يشترط في الإكراه ما يلي:

أ - **أن يصدر الإكراه من المتعاقد أو من نائبه**

تضمنته المادة 89 من القانون المدني الجزائري، وهنا يشبه الإكراه التدليس فيجب أن يصدر الإكراه إما من المتعاقد معه أو من نائبه، أما إن صدر من الغير[4] فلا يلتفت إليه إلى أن يثبت المكره أن المتعاقد معه كان يعلم أو من المفروض حتما بذلك الإكراه[5].

ب - **أن يكون الإكراه دافعا إلى التعاقد**

تضمنته المادة 88 من القانون المدني الجزائري، ويقصد بذلك أن تكون الرهبة أو الخوف التي أحدثها الإكراه مؤسسة، بحيث ليست مزاعم لا يصدقها الواقع[6]، والرهبة تكون كذلك إذا كان الخطر المهدد به جسيما كالتهديد بالقتل أو الضرب أو بخطف الأبناء، وحال أو وشيك الوقوع على الأقل[7].

كما يجب أن تقوم علاقة سببية بين التهديد والتعبير عن الإرادة، والمعيار الذي يعتمد عليه في مجال تقدير الإكراه هو معيار ذاتي، يكفي فيه أن يكون الإكراه مؤثرا في نظر المهدد، حيث يراعي فيه جنس من وقع عليه الإكراه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر يؤثر في جسامة الإكراه[8].

---

1 -عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 67.

2 - المرجع نفسه، ص 67.

3 -علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 202.

4 - تنص المادة 89 من القانون المدني الجزائري على أنه: " إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد، إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه".

5 -دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 27.

6 - تنص الفقرة الثانية من المادة 88 من القانون المدني الجزائري على أنه: " ... وتعتبر الرهبة قائمة على بينة، إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو، أو أحد أقاربه، في النفس، أو الجسم، أو الشرف، أو المال"

7 - دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 27.

8 -بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 119.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ج- يجب أن يكون الإكراه غير مشروع

لا يعد الإكراه عيباً من عيوب الرضا إلا إذا كان غير مشروع[1]، والإكراه يكون غير مشروع أو مشروع بحسب الغرض منه، فإذا كان الغرض حصول المكره أي المجبر على ما ليس له فيه حق كان غير مشروع وترتب على وقوعه فساد الرضا (حتى ولو كانت وسيلة الإكراه غير شرعية)[2]، أما إذا كان الغرض من الإكراه مشروعاً؛ أي كانت الغاية منه حصول الشخص على حقه، فإن الإكراه في هذه الحالة لا يفسد العقد سواء كانت الوسيلة استعملت في إيقاع الإكراه مشروعة أو غير مشروعة[3].

البند الثاني: تطبيقات الإكراه في العقود الإلكترونية

على الرغم من التصور السائد، والذي مفاده صعوبة تصور الإكراه في العقود الإلكترونية، إلا أنه محدود إلى حد ما؛ بسبب إمكانية تصور حدوث الإكراه في هذا النوع من العقود، ومن ذلك ما يلي[4]:

- تصور حدوث الإكراه في العقود النموذجية المعدة سلفاً على المواقع الإلكترونية؛ إذ يحتوي مثل هذا العقد على عبارات تفيد قبول المرسل إليه أو رفضه، فإذا أمسك المكره يد المرسل إليه، وأجبره على الضغط بواسطة المؤشر أو زر الموافقة على مفتاح القبول، عندها تعد إرادة المشتري معيبة بعيب الإكراه، وهنا تنتزع الإرادة عنوة لا رهبة، ولا يقتصر الإكراه المادي على تعييب الإرادة فقط، وإنما يعدمها؛ الأمر الذي يشوبه البطلان المطلق للعقد الإلكتروني[5].

-التعاقد الإلكتروني الذي يتم من خلال غرفة المحادثة المزودة بكاميرا؛ بحيث يستطيع كل من المتعاقدين رؤية الآخر، ففي مثل هذه العقود قد يستخدم المتعاقد بيانات ووثائق ، أو تحميلها وإرسالها عبر البريد الإلكتروني، مهددا إياه لحمله على قبول التعاقد[6].

- تصور حدوث الإكراه بسبب التبعية الاقتصادية، فقد يضطر المتعاقد إلى إبرام العقد تحت ضغط العوز الاقتصادية، ومن ثم يمكن تصوره بصدد توريد المنتج واحتكاره لإنتاج قطع غيار بشروط مجحفة، إذ يضطر المتعاقد تحت الرهبة التي تبعث في نفسه بسبب تهديد مصالحه إلى قبول التعاقد[7].

---

1 - جعفر ذيب المعاني، المرجع السابق، ص 85.
2 - أنور سلطان، المرجع السابق، ص 82.
3 -علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص203.
4 - جعفر ذيب المعاني، المرجع السابق، ص 86.
5 - آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 228.
6 - علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 206.
7 - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 174، وجعفر ذيب المعاني، المرجع السابق، ص 86.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

من خلال ما سبق يتبين على الرغم من وجود بعض التطبيقات الخاصة بالإكراه في العقود الإلكترونية، إلا أنها تبقى قليلة جدا أو نادرة الوقوع، وذلك يرجع لبعد المسافة بين المتعاقدين، حيث أن وجودهما على شبكة الأنترنت يبقى وجوداً افتراضياً؛ لا حقيقياً، مما يجعل إمكانية الضغط على المتعاقد وتهديده تكاد تكون منعدمة، لعدم إمكانية تواجدهما في مكان واحد هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن استعمال البرامج الإلكترونية وتصفحها بيد المتعاقد لا بيد المكره، فقد يتم عرض منتجات على إحدى المواقع التي يطلع عليها المستخدم، والذي يمكنه بطبيعة الحال تغيير الموقع أو غلق الجهاز دون أن يجبره أحد على ذلك، إلا أنه يمكن القول بوجود الإكراه المعنوي في مجال العقود الإلكترونية دون الإكراه المادي، ومن ذلك ما ذكرناه بخصوص التبعية الاقتصادية التي يكون فيها المتعاقد مضطر لإبرام العقد تحت وطأة حاجته الملحة.

الفرع الرابع: عيب الاستغلال في التعاقد الإلكتروني

يعد الاستغلال أيضاً عيب من عيوب الإرادة، والتي نص عليها المشرع الجزائري في المادتين: 90 و91 من القانون المدني الجزائري، ويؤدي الاستغلال تؤدي إلى إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات إلى الحد الأدنى الذي يرفع معه الاختلال في الآداءات، وذلك لمصلحة الطرف المستغل، ولا يقتصر وجود الاستغلال على العقود التقليدية؛ بل تعداه إلى العقود الإلكترونية التي تبرم عبر شبكة الأنترنت، الأمر الذي يدفع إلى توضيح مفهوم الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة، وذلك في البند الأول، وبيان أهميته في المجال العقود الإلكترونية في البند الثاني.

البند الأول: مفهوم الاستغلال

يقتضي بيان مفهوم الاستغلال التطرق لتعريفه وبيان آثاره كما يلي:

أولا: تعريف الاستغلال

يعرف الاستغلال بأنه: " انتهاز حالة ضعف لدى شخص، وجعله يبرم عقدا فيه غبن فاحش لهن، ما كان ليقبله لولا وجود هذا الضعف واستغلاله من قبل العاقد الآخر"[1].

ويعرفه الأستاذ فيلالي على أنه: " استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد بغرض دفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو من غير عوض"[2].

1 - بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 135.

2 - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 151.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

للاستغلال عنصران:

أ- العنصر المادي

يتمثل هذا العنصر في عدم التعادل بين ما حصل عليه المتعاقد وما أعطاه، ويشترط أن يكون عدم التعادل فادحا، فعدم التعادل اليسير لا يكفي لتكوين الاستغلال بوصفه عيباً في الإرادة[1]، وإثباته أيسر من إثبات العنصر النفسي، واختلال التعادل المكون للعنصر المادي لا ينظر فيه إلى القيمة المادية للشيء، وإنما يعتد بالقيمة الشخصية في اعتبار المتعاقد[2].

ب- العنصر النفسي

ينظر إلى هذا العنصر من ناحيتين، هما: ناحية المستفيد؛ وهذا هو الاستغلال وناحية الغبن وهو ما يمكن أن يطلق عليه بصفة عامة (حالة الضعف) لدى المتعاقد المغبون، وتحدد القوانين هذه الحالات التي يمكن إجمالها في "الطيش البين"[3]، و"الهوى الجامح"[4]، وحالة الضعف أو الحاجة وعدم الخبرة[5].

لكي يكتمل العنصر النفسي للاستغلال لابد أن يكون المتعاقد الآخر قد انتهز إحدى الحالات السابقة وهو عالم بحالة الضعف هذه ليحصل على ما لم يكن ليحصل عليه دونها[6].

ثانيا: آثار الاستغلال

متى توافرت عناصر الاستغلال جاز للطرف المستغل بعد إثبات ما سبق دعويان هما: الإبطال، وإنقاص الالتزامات[7]، فمتى طالب بإبطال التصرف كان للقاضي السلطة التقديرية في إجابة طلبه أو العدول عن ذلك، أو

---

1 - علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 208.

2 - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص363.

3 - **الطيش البين**: هو حالة نفسية تعتري الشخص فتجعله يتخذ قرارات دون تبصر ولا تفكير كاف، ويتميز الشخص الطائش بالتسرع في تصرفاته دون تقدير عواقبها. أنظر: علي فيلالي، المرجع السابق، ص 156.

4 - **الهوى الجامح**: فيقصد به شدة تعلق شخص بشيء معين أو شخص معين فيؤدي به إلى عقد تصرفات ضارة بمصالحه. أنظر: دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 30.

5 - أمير طالب الشيخ التميمي، **الإطار القانوني لعقود بنك المعلومات** – دراسة قانونية مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013، ص 121.

6 - علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 208.

7 - تنص الفقرة الأولى من المادة 90 من القانون المدني الجزائري على أنه: " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحاً، جاز للقاضي، بناءً على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد"

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الاكتفاء بانقاص التزامات الطرف المستغل ليردها إلى الحد الأدنى الذي يرتفع معه الاختلال الفاحش في الآداءات[1]، ويجب أن ترفع الدعوى خلال سنة تاريخ العقد[2].

أما إذا اختار المستغل طلب انقاص الالتزامات فحسب، لم يكن للقاضي هنا إبطال العقد، وفي كلتا الحالتين يستطيع دائما أن يتوقى البطلان الذي قد يقرره القاضي إن هو عرض ما من شأنه إزالة الغبن[3] ؛ سواء كان في شكل دفع مبلغ نقدي أو آداءات أو غيرها[4].

البند الثاني: أهمية الاستغلال في العقود الإلكترونية

يمكن تصور تطبيق الاستغلال في مجال العقود حينما يكون المتعاقد قد وقع ضحية طيشه وهواه الجامح، ويدخل في علاقات تعاقدية بمجرد أنه في طرفها الآخر شخصية اجتماعية بارزة، فإن استغل الطرف الآخر ضعف المتعاقد نفسه قام العقد مختلا بتوازنه اختلالا واضحا بين قيمة المبيع والثمن[5]، فتكون بصدد عيب الاستغلال الذي يشوب الإرادة ويفسد العقد، على أن معيار التعادل ليس معيارا ثابتا من الناحية الموضوعية، ولا من الناحية النفسية، فما قد يعد هوى جامحا وطيشا لدى أحد الناس قد لا يتوافر بالضرورة لدى الآخرين، أو ما يعد في تعاقد ما اختلالا فادحا وقد لا يعد كذلك في تعامل آخر[6].

كما أن تباعد المتعاقدين وإنشاء الإعلانات الخادعة المفترضة في العقود الإلكترونية، وتباين الخبرات الفنية، توسع من دائرة الاختلال الفادح بالتوازن العقدي، واستغلال طيش المتعاقدين في التعاقد الإلكتروني واندفاعهم نحو الإعلانات الخادعة والسلع المفترضة لمثل هذا العيب؛ ولعل ما دفع المشرع الفرنسي إلى وضع مبدأ يجعل العقود الإلكترونية قابلة لإبطال الاستغلال، إذ يفقد المتعاقد على شبكة الأنترنت القدرة على التمييز بين التعهدات المقابلة بصدد شرائه لسلعة افتراضية على الأنترنت ؛ كمسعى محمود من جانبه لحماية المشتري في عقد البيع الإلكتروني[7].

---

1 - دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 31.

2 - تنص الفقرة الثانية من المادة 90 من القانون المدني الجزائري على أنه : " ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة".

3- تنص الفقرة الثالثة من المادة 90 من القانون المدني الجزائري على أنه : " ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن".

4 - دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 31.

5 - سيار عز الدين، "تأثير البيئة الإلكترونية على صحة رضا المستهلك"، **المجلة الجزائرية للحقوق**، المركز الجامعي أحمد يحي الونشريسي، تيسمسيلت، العدد: 3، جوان 2017، ص 69.

6 - عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص ص 205 -206.

7 - علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص ص 209 -210.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي هذا الصدد يعد التشريع التونسي من التشريعات العربية التي تصدت لمسألة حماية المستهلك من الاستغلال، حيث نصت الفصل 50 من قانون المبادلات الإلكترونية التونسي على أنه: " يعاقب كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الإلكتروني بدفعه للالتزام حاضرا أو آجلا بأي شكل من الأشكال بخطية تتراوح بين 1000 و 20000 دينار تونسي، وذلك إذا ثبت من ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته أو كشف الحيل والخدع المعتمدة بالالتزام أو إذا ثبت أنه كان تحت الضغط مع مراعاة أحكام المجلة الجنائية"[1].

مما سبق؛ فإن إبرام أي عقد تقليدياً كان أو إلكترونياً يستلزم التراضي بين أطرفه، بالتعبير عن الإرادة بكل الوسائل التي تؤدي إلى الكشف عنها، كاللفظ والكتابة والإشارة، هذه الأخيرة التي تطورت عبر الزمن، إذ أصبح المتعاقدون في تعاقداتهم يستخدمون الوسائل الحديثة كشبكة الأنترنت، وذلك بالتعبير عن الإرادة في إبرام العقد من خلالها باستخدام البريد الإلكتروني، ومواقع الويب، وغرف المحادثة والمشاهدة، وهو أجازته مختلف التشريعات على اختلافها.

وحتى يكون التراضي صحيحاً، ومنتجا لأثاره القانونية في إبرام العقد؛ لابد أن يصدر التعبير عن الإرادة عن ذي أهلية، حتى لا يتعرض العقد للإبطال، خاصة وأن العقود الإلكترونية تبرم عن بعد؛ مما يصعب معه التحقق من هوية وأهلية المتعاقدين.

ويشترط إلى جانب ذلك أيضاً سلامة الإرادة من العيوب الأربعة: الغلط، والإكراه، والتدليس، والاستغلال؛ لأن الإرادة المعيبة لا تصلح لأن تكون أساساً لانعقاد العقد، مما يجيز للمتعاقد الذي تعيبت إرادته أن يطلب إبطال العقد.

1 - الفصل 50 من قانون المبادلات الإلكترونية التونسي.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الثاني :

خطوات إنشاء التراضي

في التعاقد الإلكتروني

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الثاني: خطوات إنشاء التراضي في التعاقد الإلكتروني

يستلزم قيام العقد الإلكتروني كغيره من العقود وجود متعاقدين هما طرفا العقد، واتجاه إرادتهما إلى إحداث أثر قانوني، يتم التعبير عنهما من خلال وسائط إلكترونية، بما يشكل دليلاً على تراضي الطرفين على العقد المبرم بينهما.

ويمر التراضي على العقد بمرحلة ضرورية لا غنى عنها في التعاقد بصفة عامة والتعاقد الإلكتروني بصفة خاصة وهي المفاوضات، إذ الغالب في هذا النوع من التعاقد أن يمر بهذه المرحلة، لما تتيحه من إمكانية التحاور حول جميع عناصر العقد، قصد الوصول إلى توافق إرادتهم في إبرام العقد، ويتم التفاوض في التجارة التقليدية عن طريق الاتصال المباشر بين أطراف التعاقد، من خلال عقد اجتماعات بينهم، بأن يجلس الأطراف إلى مائدة التفاوض الواحدة وجها لوجه، كما قد يتم عن طريق تبادل البرقيات والرسائل أو عن طريق الفاكس والتلكس، وقد تتم المفاوضات باستخدام وسائل الاتصال الحديثة، وذلك تماشياً مع طبيعة التعاقد الإلكتروني، وقد تفضي المفاوضات إلى إبرام العقد أو عدم إبرامه.

وفي ذلك يقوم العقد على توافق الإرادتين وتطابقهما في لحظة زمنية معينة يكون المقصود منها إنشاء الالتزام، أو تعديله أو إنهائه، ويتم بتبادل الإيجاب والقبول بخصوص أي تعاقد، كالتزام المشتري بدفع الثمن والتزام البائع بنقل ملكية المبيع، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة للتعاقد الإلكتروني خاصة وأن كل من المتعاقدين يعبر عن إرادته عبر وسائط إلكترونية، دون أن يلتقي أطراف العقد بمجلس عقد حقيقي وقت انعقاده، حيث يختلف مكان المتعاقد عن مكان المتعاقد الآخر وما يجمعهما هو مجلس عقد حكمي، وهذا ما يميز الإيجاب والقبول الإلكترونيين عن صورتيهما التقليدية.

وبغية الوقوف على ذلك قسمنا هذا الفصل إلى ثلاث مباحث: خصصنا المبحث الأول لدراسة التفاوض في التعاقد الإلكتروني، بينما يكون المبحث الثاني لدراسة الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني، وأخيراً المبحث الثالث لدراسة مجلس العقد الإلكتروني.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الأول: التفاوض لتكوين التراضي في التعاقد الإلكتروني

قد تسبق مرحلة التعاقد في كثير من الأحيان لا سيما في العقود المركبة البالغة الأهمية والصفقات الكبيرة مرحلة تمهيدية يطلق عليها في الاصطلاح القانوني المفاوضات، ونتيجة لازدياد المعاملات التجارية بصفة عامة وعلى المستوى الدولي بصفة خاصة ،أصبحت المفاوضات من الأهمية بمكان ؛ سواء على مستوى الأفراد أو الشركات التجارية.

وبخاصة أن العقود تقوم على حرية الأطراف في إبرامها، حيث يقوم مبدأ حرية التعاقد على عنصرين أساسيين، يتمثل أولهما: في حرية المتعاقد في اختيار من يتعاقد معه وتحديد مضمون العقد، ويتمثل الثاني في حرية أطراف العقد في التفاوض بهدف تحقيق مصالحهم.

وإذا كان الحال كذلك ؛ فإن أهمية التفاوض تزداد في مجال العقود الإلكترونية التي أسفرت عنها التطورات التكنولوجية الحديثة ؛ حيث أصبحت الطريقة التقليدية غير قادرة على مواجهة متطلبات التجارة الإلكترونية، ووسائل التسويق عبر شبكة الأنترنت.

للتفصيل فيما ذكرناه سنتناول هذا المبحث من خلال مطلبين، نعرض لمفهوم المفاوضات الإلكترونية في المطلب الأول، ثم نتطرق لأثارها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم المفاوضات الإلكترونية

تلعب إرادة الطرفين دوراً هاماً في تنظيم عملية التفاوض الإلكتروني، خصوصاً وأن الأنظمة القانونية المختلفة تكاد تخلو من أي تنظيم لهذه المرحلة ؛ حيث تقوم إرادة الأطراف بتحديد الاتفاقات الأولية والنهائية السابقة على التعاقد.

بمجرد دخول الطرفين في التفاوض فإنهما يقعان تحت مظلة القانون، وتكون بينها التزامات قانونية يترتب على الإخلال بها المسؤولية القانونية، فمرحلة التفاوض تعتبر من أهم مراحل حياة العقد، بل وأكثر خطورة ؛ حيث يتم في هذه المرحلة التحضير للعقد بما يتضمنه من بحث كافة جوانبه القانونية، والفنية، والمالية، الأمر الذي يوجب علينا بيان تعريف المفاوضات الإلكترونية وأهميتها في الفرع الأول، وبيان عناصر التفاوض وخصائصه في الفرع الثاني.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الأول: تعريف التفاوض وخصائصه

يقتضي منا الإلمام بمختلف جوانب المفاوضات أن نتطرق لتعريف التفاوض في البند الأول، فضلاً عن بيان خصائصه، وذلك في البند الثاني .

البند الأول: تعريف التفاوض

تعددت التعاريف الخاصة بالتفاوض، فيرى البعض بأنه: " تبادل الاقتراحات، والمساومات، والامكانيات والتقارير، والدراسات الفنية ؛ بل والاستشارات القانونية التي يتبادل فيها الأطراف التفاوض، ليكون كل منهم على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف، وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه"[1].

كما عرفه البعض من الفقه بأنه: " حدوث اتصال بين شخصين أو أكثر بمقتضى اتفاق بينهم يتم خلاله تبادل العروض أو المقترحات، وبذل المساعي المشتركة بهدف الوصول إلى اتفاق بشأن عقد معين تمهيدا لإبرامه في المستقبل"[2].

ويعرف أيضاً بأنه: " العملية التي يتم بموجبها اجتماع طرفين أو أكثر لإجراء مباحثات، فتطرح فيها مقترحات أو مشروعات صريحة تنطوي على الأخذ والعطاء بين طرفين أو أكثر، لغرض التوصل لاتفاق بالتبادل أو المقايضة على أساس تحقيق مصلحة مشتركة عندما توجد المصالح المتفاوضة"[3].

فهو ضرورة من ضرورات أي مجتمع إنساني لتحقيق تبادل المنفعة فيما بين الأطراف على أساس من التراضي، فيتم تبادل الأفكار بقصد تغيير العلاقات حينما يلتقي المعنيون لغرض الاتفاق، وإذا لم يحصل الاتفاق بين الطرفين يتم الانسحاب[4].

يتم التعاقد بطريقة تتناسب وطبيعة المعاملات، ففيما مضى كان أحد الطرفين يتوجه بإيجاب بسيط ما يلبث هذا الأخير أن يقبل هذا الإيجاب، فينعقد العقد وينتهي الأمر، إلا أن هذا الحال قد تغير؛ لأن الطريقة التقليدية لم تعد تتناسب إلا مع العقود البسيطة، أما العقود التي أوجدتها الأساليب الحديثة والمتطورة لم تعد تتلاءم معها الآن، لكونها ترد على عمليات تتسم بالتركيب والتعقيدات الفنية والقانونية، إضافة لما تنطوي عليه من قيمة اقتصادية ومخاطر

1 - خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 209.

2 - بشار دودين، **الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006، ص 90.

3 - أم كلثوم صبيح محمد، "المفاوضات الممهدة للتعاقد – ماهيتها وأحكامها (دراسة مقارنة بين الواقع العملي والفراغ التشريعي)"، **مجلة كلية الحقوق**، جامعة النهرين، العراق، المجلد: 16، العدد: 3، 2014، ص ص 285 - 286.

4 - المرجع نفسه، ص 286.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

جسيمة بالنسبة لأطرافها، فبات من الضروري أن تسبق إبرام هذه العقود مرحلة من المفاوضات، وتعد هذه الأخيرة من أهم المراحل التي يمر بها العقد الإلكتروني خاصة، بل وأكثرها خطورة على الإطلاق[1].

إلا أن أبرز ما يميز المفاوضات تقليدية كانت أو إلكترونية أنها تقوم على عنصر الاحتمال، والذي يعني أن أيا من المتفاوضين غير متأكد من أن المفاوضات ستسفر عن عقد، فقد تسفر المفاوضات عن إبرام العقد، وبذلك تنهي مرحلة ما قبل التعاقد، وقد لا تثمر المفاوضات عن شيء، حيث تصل إلى طريق مسدود، ومن ثم يعدل الطرفان عنها دون التوصل إلى اتفاق بشأن العقد محل التفاوض[2].

وقد يجهل البعض أهمية المفاوضات في إبرام العقود التجارية الدولية؛ لا سيما العقود الإلكترونية، والحال أنها تعمل على تقريب وجهات النظر بين الأطراف، فتلعب دوراً وقائياً بالنسبة لمرحلة إبرام العقد، من خلال الحد من أسباب النزاع في المستقبل، وكذلك معرفة الأطراف بظروف العملية التعاقدية، ومجال حقوقهم والتزاماتهم[3].

كما تعكس النية عند الأطراف وتصميمهم على إنهاء الصفقة، باستعمال العبارات المناسبة المؤدية إلى نتائج معتبرة بين المصدر والشاري، وتبدو هذه الأهمية من بروز نية الطرفين المتعاقدين، أو ما يسمى بإرادتهما بشأن جزئيات العقد قبل إبرامه، كما يتوقف عليها نجاح العقد أو فشله، لذلك فإن افتتاح عملية التفاوض يتطلب معرفة فنونه وأسس نجاحه، ودون ذلك لن يتحقق التوازن العقدي وحسن صياغة العقد، مما يؤدي إلى خلافات مستقبلية بشأن التعامل العقدي[4]، لذلك يحرص الطرفان في مثل هذا النوع من العقود على إدراج شرط يلتزم بمقتضاه كل منهما بالتفاوض حول كيفية التغلب على هذه الصعوبات وهو ما يطلق عليه شرط إعادة التفاوض أو شرط إعادة التوازن العقدي[5].

أصبحت المفاوضات الإلكترونية ذات أهمية كبرى في العقود، خاصة في العقود طويلة الأجل ذات الاستثمارات المالية الكبيرة، والعقود المركبة، فقد يستغرق التفاوض على هذه العقود فترات زمنية طويلة، ما يجعل ما تم الاتفاق عليه في مرحلة التفاوض مرتبط ارتباطاً كبيراً بالعقد النهائي، ويذهب البعض إلى وجوب التأكيد على أنها جزء لا يتجزأ من العقد النهائي، واعتبارها شرطاً أساسياً لإبرام التعاقد، لا مجرد مرحلة سابقة تخضع للاجتهادات

1 - أم كلثوم صبيح محمد، المرجع السابق، ص 286.

2 - سعد حسين عبد ملحم، " التفاوض بالعقود عبر شبكة الأنترنت"، **مجلة كلية الحقوق**، جامعة النهرين، العراق، المجلد: 12، العدد: 8، 2005، ص 80.

3 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 210.

4 - عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 165.

5 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 210.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والتقلبات، ووفقا لهذا الرأي فإنه في حالة التوصل إلى إبرام العقد النهائي يجب التأكيد على أن المفاوضات التي أجريت شرطاً لازماً في العقد ومكملاً له في الاعتبار في عملية التفسير[1].

وتبرز أهمية التفاوض في مجال العقود الإلكترونية في عدة وجوه[2]:

أولاً – أن جانب كبير من هذه العقود يبرم عن بعد، مما يثير القلق والغموض وعدم اليقين بالنسبة للجوانب العملية العقدية؛ فيما يتعلق بالتأكد من شخصية المتعاقد، و طبيعة المحل، والضمانات، وسبل التنفيذ، وإلى غير ذلك، بما يدفع كل طرف إلى الكثير من التحفظات، والمفاوضات قبل الدخول في العقد النهائي.

ثانياً – تتضمن تلك العقود الكثير من الجوانب الفنية الدقيقة؛ التي تستدعي الدقة والتحري، والاستعانة بالخبرة أحياناً على نحو يكسب التفاوض مكانة وحيوية.

ثالثاً – تقل أهمية التفاوض بالنسبة لأنواع معينة من هذه العقود حيث تتم من خلال نماذج (العقود النموذجية) تتضمن شروطا عامة لا تقبل المناقشة، مثل عقود الخدمات الإلكترونية والمعلوماتية والاشتراك في الفضائيات.

البند الثاني: خصائص التفاوض الإلكتروني

يمتاز التفاوض الإلكتروني على العقد بعدة خصائص، أبرزها ما يلي:

أولا: التفاوض على العقد ثنائي الجانب

لا جدال أن التفاوض على العقد هو ثنائي الجانب على الأقل في جميع الأحوال؛ أي أنه يتم من قبل جانبين أو أكثر من ذلك إما بالنقاش والحوار وجها لوجه وإما بطريق المراسلة، وفي هذا المقام تجدر الإشارة إلى أنه لا يتصور حصول مفاوضات في حالة التعاقد مع النفس، وذلك لأن التفاوض يقوم بالأساس على التقريب بين وجهات النظر المختلفة والمصالح المتضاربة، وهذا ما لا يمكن تصوره في هذه الحالة[3].

ثانيا: التفاوض ملزم للجانبين

يفرض التفاوض الإلكتروني التزامات على عاتق الطرفين المتعاقدين، وإن كانت هذه الالتزامات تختلف عن عقد لآخر بحسب اتفاق الطرفين وطبيعة العقد النهائي، وقد تزيد التزامات أحد الأطراف على الآخر؛ كالالتزام في

1 – خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 211 – 212.

2 – محمد حسين منصور، **المسؤولية الإلكترونية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 53.

3 – بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 90.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الدخول في المفاوضات، والاستمرار بها بحسن نية، والالتزام بالإعلام، والالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات الإلكترونية[1].

ثالثا: التفاوض الإلكتروني تصرف إرادي

كل طرف له الحرية الكاملة في الدخول في المفاوضات، ومباشرتها، أو الاستمرار فيها، أو الانسحاب منها ولو في اللحظة الأخيرة، وذلك يرجع إلى مبدأ الحرية التعاقدية[2]، وبذلك لا يحدث إلا عندما تتجه إرادة الأطراف المتفاوضة إلى الدخول في التفاوض بهدف إبرام عقد معين هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن إرادة الطرفين تظل حرة طيلة مرحلة المفاوضات[3].

رابعا: التفاوض على العقد

يتم باتفاق أطراف العقد، وهذا ما يحصل دائماً؛ سواء تم الاتفاق بشكل صريح أو بشكل ضمني، وسواء تم بصورة شفوية أو كتابية، فالمفاوضات العقدية لا تحدث نتيجة صدفة، وإنما تتم باتفاق سابق يوافق بموجبه الطرفان من حيث المبدأ على المضي قدما بإبرام العقد، بحيث يمنحهما هذا الاتفاق العلم الكافي بالعقد المتفاوض عليه[4].

خامسا: التفاوض يقوم على التبادل والأخذ والعطاء

وذلك بتعاون الأطراف على تقريب وجهات النظر، من خلال تبادل المقترحات والعروض؛ بحيث يقوم كل طرف بتقديم تنازل من جانبه من خلال إجراء تعديل في الشروط التي جاء بها[5]، حتى يتم التوصل إلى نوع من التوازن بين مصالح الطرفين المتعارضة، فإذا لم يكن هناك مجال أو قابلية للنقاش أو التنازل فليس هناك أي عملية تفاوض[6].

---

1 - عقيل فاضل محمد الدهان ومنقذ عبد الرضا الفردان، "الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني"، **مجلة أهل البيت**، جامعة أهل البيت، العراق، المجلد: الأول، العدد: 8، 2009، ص 59.

2 -إيناس مكي عبد نصار، "التفاوض الإلكتروني دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة"، **مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية**، بابل، العراق، المجلد: 21، العدد: 3، 2013، ص 950.

3 - بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 91.

4 - بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 50.

5 - إيناس مكي عبد نصار، المرجع السابق، ص 950.

6 - بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 91.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

سادسا: التفاوض الإلكتروني عقد تمهيدي

إن عقد التفاوض الإلكتروني غير مقصود لذاته، وإنما الهدف منه هو التمهيد المقصود من وراء التفاوض، فهو يعمل على تنظيم المفاوضات بشكل يعبد الطريق لإبرام العقد النهائي، وإذا كانت القاعدة وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة أنه لا يوجد التزام قانوني بالتفاوض لإبرام عقد من العقود، إلا أن إبرام التفاوض الإلكتروني يقود إلى إلزام طرفيه بالدخول في التفاوض، والاستمرار فيها بحسن نية بهدف إبرام العقد النهائي[1].

وهذا الطابع التمهيدي لعقد التفاوض لا يخول أيا من طرفيه حقاً نهائياً له طبيعة مالية متعلقة بالعقد النهائي، ولا يخول للشخص حقاً عينياً يقيد من سلطات المالك على الشيء موضوع التفاوض في العقد[2]؛ لأن التفاوض فقط يمهد للعقد النهائي، ولا يترتب عليه أي أثر من أثار العقد المقصود، ويهدف أيضا إلى الإعداد والتحضير لإبرامه[3].

سابعا: التفاوض على العقد ذو نتيجة احتمالية

إذ ليس كل تفاوض على العقد يؤدي بالضرورة إلى إبرام ذلك العقد، وإنما قد ينتهي التفاوض إلى لا شيء، كون التفاوض العقدي يحكمه مبدآن: مبدأ حسن النية، ومبدأ حرية التفاوض[4].

ثامنا: التفاوض الإلكتروني يتم بوسائل إلكترونية

لا يتم التفاوض الإلكتروني بوسائل التعبير عن الإرادة الاعتيادية، وإنما هو من ضمن العقود التي تتم عن بعد، دون حضور الطرفين وجها لوجه، فإبرام العقد بأكمله يتم بوسائل إلكترونية عبر شبكة الأنترنت وفي عالم افتراضي، والجائز أن يبرم وينفذ عقد التفاوض الإلكتروني عبر الشبكة العنكبوتية العالمية، ومن خلال وسيط إلكتروني دون الحاجة إلى الخروج إلى العالم المادي المحسوس، حيث أن التعبير عن الإرادة والتواصل خلال المفاوضات وتبادل المعلومات كل ذلك يتم عبر وسائط إلكترونية كالبريد الإلكتروني أو المحادثة أو عبر المواقع الإلكترونية، فهو عقد من طائفة العقود الإلكترونية من حيث الانعقاد بل وأكثر من ذلك فهو ينفذ عن طريق شبكة الأنترنت[5].

1 - عقيل فاضل محمد الدهان ومنقذ عبد الرضا الفردان، المرجع السابق، ص 59.

2 - بوطبالة معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، **أطروحة دكتوراه**، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري – قسنطينة -2016/2017، ص 26.

3 - عقيل فاضل محمد الدهان ومنقذ عبد الرضا الفردان، المرجع السابق، ص 59.

4 - إيناس مكي عبد نصار، المرجع السابق، ص 950.

5 -عقيل فاضل محمد الدهان ومنقذ عبد الرضا الفردان، المرجع السابق، ص 60.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

نستنتج أن التفاوض يتم بين طرفين أو أكثر؛ بحيث تتجه الإرادة إلى الدخول في المفاوضات قصد إبرام العقد النهائي، وذلك لتقريب وجهات النظر لإبرامه، إلا أنه احتمالي، وفي ذلك قد يؤدي إلى إيجاب نهائي، يُبرم من خلاله العقد، أو قد يؤدي إلى إيجاب معلق على شرط، وبتحقق هذا الأخير يبرم العقد، وبتخلفه ينتهي العقد ،كما قد لا يؤدي إلى إيجاب، وهنا لا ينعقد العقد أصلاً، ولعل أهم ما يميز التفاوض اليوم هو أنه لا يعد قاصراً على الطرق التقليدية، بل تعدى ذلك إلى إبرامها عن طريق الوسائط الإلكترونية، التي اختصرت المكان والزمان، إذ أصبحت تتم عبر شبكة الأنترنت التي جعلت العالم قرية صغيرة، دونما حاجة للتنقل إلى الأماكن البعيدة.

الفرع الثاني: عناصر التفاوض

يمكن أن يتم التفاوض من خلال عناصر أو إجراءات معينة تبدأ بتحديد الاحتياجات والمطالب، ثم وضع كراسة الشروط وتلقي العروض ومناقشتها، إضافة إلى اختيار مقدم الخدمة، وفيما يلي بيان ذلك:

أولا: تحديد الاحتياجات

يجب على العميل أن يبين احتياجاته بوضوح، ولو اقتضى الأمر الاستعانة بخبير، ولا يلزم المورد بحكم احترافه بأن يحيط بذلك من تلقاء نفسه؛ إلا إذا كانت مطالب العميل تدخل ضمن العادي والمألوف، أما إن خرجت تلك المطالب عن القواعد العامة فيتعين على العميل إبرازها، كي يتم التفاوض على أساسها، ويبدو ذلك بوضوح في عقود المعلوماتية، حيث يلتزم المورد على ضوء ذلك باختيار المعدات، والبرامج المناسبة لظروف ورغبات العميل[1].

ثانيا: وضع كراسة الشروط

بعد تحديد الاحتياجات ينتقل العميل إلى إعداد وتهيئة احتياجاته وشروط العقد، فهذا التعبير يترجم في إطار مستند مخطوط يتضمن العديد من النقاط الرئيسية التي تتخذ في النهاية صورة قائمة للشروط[2]، وتكون وظيفتها توضيح مختلف الشروط والعلاقات التي ينبغي أن تعالج الموضوع بطريقة معلوماتية[3]، وفي ذلك يتعين على الطرفان التعاون وبذل الجهد في المضمار لتفادي كل أسباب الشقاق، من خلال إعداد الوثائق التفاوضية المتكاملة التي تساعد على الوصول إلى عقد ناجح من جهة وتحديد المسؤولية عن أي أضرار محتملة من جهة أخرى[4].

1 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ص 54 -55.

2 - حابت آمال، التجارة الإلكترونية في الجزائر، **أطروحة دكتوراه**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2015، ص 220.

3 - بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 51.

4 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص55.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثالثا: تلقي العروض

تبرز أهمية هذا العنصر بالنسبة للصفقات الكبيرة التي تقترن بتقديم تسهيلات في عمليات التوريد وإقامة المنشآت؛ حيث يكون من الأفضل اللجوء إلى أسلوب طرح الأمر للجمهور، وتلقي العروض المختلفة بشأنه، وينبغي بالنسبة للدعوة الخاصة بتلقي العروض أن تتضمن البيانات الواضحة فيما يتعلق بمواعيد التقدم بالعرض، وعناصره ومواصفاته، وشروطه، حتى يتم التفاوض والمفاضلة على أسس واضحة[1].

رابعا: اختيار مقدم الخدمة

بعدما ينتهي العميل من المراحل السابقة يتنقل إلى اختيار الجهة التي تقدم له الخدمة، والتي يمكنها أن تؤمن له حاجاته بأفضل الظروف، وقد تكون هذه الجهة في داخل بلده أو في خارجه، وذلك عبر تقنيات الاتصال عن بعد، ويضع العميل في اعتباره اختيار مقدم للخدمة يتمتع بسمعة جيدة وخبرة كافية، وقد يستعين من أجل ذلك بخبير يقدم له النصح، بغية الحصول على منتج أو خدمة جيدة تتمتع بأفضل المواصفات[2]، فإذا توافر الإعداد الجيد لاحتياجات العميل، ووضوح دفتر الشروط، والاختيار الأفضل لمقدم الخدمة، يكون التفاوض قد جرى على أسس واضحة من شأنها أن تؤدي إلى إبرام عقد ناجح في حال تلاقي الإرادتين المتعاقدتين[3].

المطلب الثاني: أثار التفاوض الإلكتروني

لا تخرج المفاوضات الممهدة للتعاقد عن كونها عقد؛ لاعتبارها تصرفاً قانونياً إرادياً، يبتغي طرفاه ترتيب أثر قانوني منه، وقد نظمت غالبية القوانين الوضعية المعاصرة العقود المتداولة، وتجاهلت عقد المفاوضة، ويعد المشرع الجزائري أحدها، ويعتقد أن السبب في ذلك يرجع إلى أن أهمية التفاوض ظهرت مؤخراً، فهو بذلك من العقود الحديثة غير المسماة، أضف إلى ذلك أن غالبية التشريعات لا تنص صراحة على التزامات معينة في مرحلة المفاوضات، ولكن غالبا ما تتضمن نصاً عاماً يقرر مبدأ حسن النية في المعاملات كمبدأ قانوني عام، بحيث يمكن الاستناد إليه في مرحلة المفاوضات الممهدة للعقد، وبذلك تترتب المفاوضات على عاتق أطرافها التزامات متبادلة يتعين احترامها، إذ يقع على المخالف لها تحت طائلة المسؤولية، وتفصيل ذلك يتم من خلال التطرق للالتزامات المترتبة على التفاوض الإلكتروني في الفرع الأول، كذا بيان المسؤولية المترتبة على الإخلال بالتفاوض في الفرع الثاني.

1 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 55.
2 - الياس ناصيف، المرجع السابق، ص75.
3 - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 99.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الأول: الالتزامات المترتبة على التفاوض الإلكتروني

بمجرد الدخول في التفاوض الإلكتروني يصبح هذا الأخير ملزماً لأطرافه؛ حيث يفرض عليهم عدداً من الالتزامات تقوم على أساس مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، ومبدأ عدم الانحراف عن الصدق، والأمانة، فضلاً عن الابتعاد عن الغش، والاحتيال، ويترتب على ذلك أنه يجب على طرفي التفاوض أن يتبادلا الالتزامات المترتبة خلال هذه المرحلة قبل التعاقد؛ سواء كانت جوهرية أو ثانوية، ليتم العقد بعد ذلك فضلا عن القيام بالتعاون المشترك بينهما من أجل إنجاح المفاوضات والوصول إلى إبرام العقد النهائي[1].

البند الأول: الالتزام بالدخول في المفاوضات

الغالب أن يتفق الطرفان على موعد لبدء المفاوضات، فإذا لم يكن ثمة اتفاق التزم كل من الطرفين بالبدء في المفاوضات في مدة معقولة، وهذا الشق من الالتزام بالتفاوض قد يقع على عاتق الطرفين معاً، بحيث يكون كل منهما ملتزما ببدء المفاوضات الإلكترونية، أو قد يقع الالتزام على أحد الطرفين، فيكون ملزماً بتوجيه الدعوة لبدء التفاوض إلى الطرف الآخر، وتقديم الاقتراحات، أو عرض الدراسات التي يتم التفاوض على أساسها، ومن ثمة لا يحق لأي طرف أن يمتنع عن البدء في التفاوض، وإلا عد ذلك خطأ عقدي يوجب المسؤولية إن سبب ضرر للطرف الآخر[2].

إذا كان كل طرف في المفاوضات مُلزم بالالتزام بتحقيق نتيجة، وهو الدخول في المفاوضات، فإن التزامه أثناء المفاوضة يعد التزاماً ببذل عناية، إذ يجب على كل طرف بذل العناية المطلوبة لإنجاح المفاوضات[3]، وتظهر أهمية اعتباره كذلك على مستوى الإثبات للخطأ عند قيام المسؤولية، فالطرف المضرور لا يلتزم بإثبات خطأ الطرف المسؤول، وإنما يكفي مجرد التخلف عن بدء المفاوضات في الميعاد المحدد أو خلال المدة المعقولة لتحقق المسؤولية العقدية[4].

ولا يعصم المتعاقد من المسؤولية إثبات أنه بذل العناية اللازمة، أو أنه لم يرتكب إهمالاً، بل أن ما يدفع المسؤولية هو إثبات السبب الأجنبي الذي منعه من البدء بالتفاوض، وإنما يرتبط بهذا الالتزام ضرورة تحديد الطريقة التي يتم بها التفاوض إلكترونيا ليتسنى للطرف الملزم ببدء المفاوضات في الموعد المتفق عليه[5].

1 - إيناس مكي عبد نصار، المرجع السابق، ص 952.
2 -عقيل فاضل محمد الدهان ومنقذ عبد الرضا الفردان، المرجع السابق، ص ص 65 -66.
3 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 238.
4 - عقيل فاضل محمد الدهان ومنقذ عبد الرضا الفردان، المرجع السابق، ص 66.
5 - المرجع نفسه ، ص 66.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فإذا ما بدأت المفاوضات فعلاً، وتبين من الظروف المحيطة بها بأن عناصرها وأبعادها قد تبلورت، وأصبحت بوادر نجاحها واضحة، وأصبح الاتفاق على العقد النهائي قريب المنال، يَفرِضُ هذا التزاماً عاماً آخر مفاده الاستمرار بالمفاوضة وعدم قطعها وإنهائها[1].

البند الثاني: الالتزام بالاستمرار بالمفاوضات

ينشأ الالتزام بالاستمرار في المفاوضات بعد أن تبدأ المفاوضات، بالتعبير عن الإرادة في إبرام العقد، وهذا قد يكون بإرادة أحد الأطراف واستجابة الطرف المقابل إلى هذه المبادرة أو الدعوة إلى التعاقد[2]، والالتزام بالاستمرار في التفاوض هو في الأصل التزام ببذل عناية، وليس بتحقيق نتيجة، لأنه ليس من الضروري التوصل إلى إبرام عقد، ولكن قد يكون هذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة، إذا اتجهت نية الأطراف إلى اعتبار العقد النهائي منعقد، حتى ولو لم يصل طرفا التفاوض إلى اتفاق في شأنه[3].

ويترتب على وجود هذا الالتزام واجب ذو وجهين، الأول ايجابي؛ يتمثل في السير في المفاوضات بصورة فعالة ايجابية[4]، أما الثاني فهو سلبي؛ و يتمثل في الامتناع عن قطع المفاوضات بصورة قطعية غير مبررة، وعلى ذلك فإن مسؤولية المفاوض تقوم إذا ما قطع المفاوضات القائمة على خلاف مقتضيات الثقة وشرف التعامل وحسن النية[5].

بالرجوع إلى العقد الإلكتروني؛ فإذا كان دخول المفاوض في التفاوض الإلكتروني عن طريق الموقع الإلكتروني مثلاً هو مجرد التسلية، ولم يكن لديه نية حقيقية في إبرام العقد النهائي، فإنه يكون قد ارتكب خطأ يحقق مسؤوليته العقدية إن سبب ضرراً للطرف الآخر، لكن لا يعني هذا إلزام المتفاوض في عقد التفاوض الإلكتروني بإبرام العقد النهائي، بل يجب أن يكون حسن النية في تنفيذ عقد التفاوض، وأن لا يقطع المفاوضات إلا لعذر مشروع[6].

---

1 - صدام فيصل المحمدي، " التفاوض على العقد بين الحرية والتقييد -دراسة مقارنة"، **مجلة كلية الحقوق**، جامعة النهرين، العراق، المجلد: 1، الإصدار: 1، 2009، ص 270.

2 - شيراز عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 348.

3 -أم كلثوم صبيح محمد، المرجع السابق، ص 298.

4 - السير في المفاوضات العقدية يقتضي مراعاة عوامل عديدة: عوامل موضوعية تخص موضوع المفاوضات، ومنها عوامل شخصية تتعلق بأطراف التفاوض، ومن هذه العوامل على نوعيها ضرورة الإعداد الجيد لجدول المفاوضات، بتحديد الأهداف الأساسية للتنظيم، وحسن التنظيم والتنسيق للمفاوضات، أو الاستمرار فيه لإبرام العقد النهائي، فيما يتعلق بالعوامل الشخصية؛ فتتمثل في صفات الأطراف المتفاوضة، إذ تشكل أخلاقيات التفاوض وآدابه وتكفل العوامل التي ذكرناها قيام مفاوضات نزيهة وناجحة، تلبي رغبات أطراف التفاوض وتطلعاتهم. أنظر: صدام فيصل المحمدي، المرجع السابق، ص ص 271 -273.

5 - صدام فيصل المحمدي، المرجع السابق، ص 271.

6 - عقيل فاضل محمد الدهان ومنقذ عبد الرضا الفردان، المرجع السابق، ص ص 66- 67.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الثالث: الالتزام بالتعاون في التفاوض الإلكتروني

الالتزام بالتعاون يفرضه مبدأ حسن النية عند إبرام العقود، فهو مفروض دونما حاجة إلى النص عليه في العقد ويظل قائما طيلة مرحلة المفاوضات[1]، وبعد التعاون بشكل عام أحد مظاهر التفاعل الاجتماعي، ونمط من أنماط السلوك الإنساني، وهو يتضمن قيام الأطراف بكل الأعمال الضرورية كي ينتفع بها الطرف الآخر[2].

ولذلك يلتزم الأطراف في مرحلة التفاوض بالتعاون فيما بينهم، بما يفيد أنه التزام جوهري يقع على عاتق كل طرف، وبصفة خاصة على المهني أو المحترف، الذي يجب عليه توجيه العميل إلى مقدار التناسب بين السلعة أو الخدمة التي يقدمها، ومقدار احتياج العميل لها، وبيان خصائص المنتج وعيوبه، وفحص الآراء والأفكار التي يقدمها كل متعاقد للآخر والقيام بدراستها، وإبداء الرأي فيها أولا بأول في كل مرحلة من مراحل التفاوض، وإذا قام المتفاوض المهني بهذه التوجيهات فقد أدى واجبه بالتعاون اللازم لإبرام العقد[3].

كما أنه يجب على أطراف التفاوض الاستمرار بالتعاون منذ بدء التفاوض إلى نهايته، لأن الهدف من هذا الالتزام هو إنشاء علاقة عقدية صحيحة خالية من أي عيب يمكن أن يظهر مستقبلاً، ويعد هذا الالتزام التزام ببذل عناية، فيلتزم كل متعاقد ببذل العناية اللازمة في التعاون مع الطرف الآخر لغرض تحقيق الهدف المنشود من المفاوضات[4].

البند الرابع: الالتزام بالسرية في التفاوض الإلكتروني

يعد الالتزام بالسرية من أهم الالتزامات التي يحرص عليها أطراف التفاوض؛ سواء أدت المفاوضات إلى إبرام العقد النهائي أم لا، ولا يقصد بالسرية أن تكون المفاوضات غير علنية تجرى في طي الكتمان، بل السرية في المعلومات الفنية، أو الهندسية، أو الكيمياوية، التي أتاحت المفاوضات للمتفاوض الاطلاع عليها، ويكتسب هذا الالتزام أهمية خاصة في مفاوضات عقود نقل المعرفة الفنية[5]، وهو ما نجده أيضا في العقود الإلكترونية؛ حيث أن المتفاوض يطلع

1 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 240.

2 - إيناس مكي عبد نصار، المرجع السابق، ص 955.

3 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 240 -241.

4 - إيناس مكي عبد نصار، المرجع السابق، ص 955.

5 - لا يشكل محل هذا النوع من العقود اختراع بحد ذاته، وإنما هي معلومات وخبرات فنية فقط، وقيمة الملكية لها تعتمد على سريتها، لذا عندما يرغب مالك المعرفة الفنية في الترخيص يطلب حينها أن تبقى سرية بواسطة المرخص، ويتشدد بقدر كبير في شروط السرية لدرجة تضمينها شروطا مجحفة. أنظر: عدنان بن صالح العمر وحسني صالح عمارين، **الأصول القانونية للتجارة الدولية**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2017، ص 134.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الطرف الآخر عن مختلف أسراره المهنية، مما يكسب هذا الالتزام أهمية كبيرة[1]. ويتفرع عن هذا الالتزام التزامين أساسيين:

أولا: الامتناع عن إفشاء المعلومات

على المتفاوض أن يلتزم بصورة كلية بالامتناع عن إفشاء المعلومات السرية[2] التي اطلع عليها من خلال المفاوضات الإلكتروني، فإذا كان التفاوض يجري بشأن بيع شركة مثلاً، واطلع المتفاوض على معلومات سرية عن تلك الشركة، وجب عليه أن يمتنع تماماً عن إفشاء تلك المعلومات، أو نقلها إلى الغير؛ سواء أثناء التفاوض أو بعد فشل المفاوضات[3].

ثانيا: الامتناع عن استغلال المعلومات السرية

وذلك بأن يلتزم المتفاوض بالامتناع عن استغلال المعلومات التي حصل عليها أثناء التفاوض دون إذن صاحبها، سواء أثناء التفاوض أو بعد فشل المفاوضات، كاطلاع المتفاوض على برنامج إلكتروني معين أرسل له خلال المفاوضات إلى بريديه الإلكتروني ليطلع عليه ضمن صفقة خاصة ببرمجيات الكمبيوتر، فليس له أن يستغل هذا البرنامج، وما به من أسرار تقنية خاصة لحسابه دون إذن المتفاوض الآخر، وكذا إذا اطلع على رسوم أو خرائط أو

---

1 - سعد حسين عبد ملحم، المرجع السابق، ص ص 104 -105.

2 - قد يثور التساؤل عما يعد من المعلومات سرياً، وبالتالي يلزم الطرفان الحفاظ عليه وعدم البوح به للغير دون مبرر مشروع؟

وللإجابة يمكن القول أن أطراف التفاوض يقومون أحيانا في المراحل الأولى لعملية التفاوض بتنظيم ذلك في اتفاق خاص، وبخلافه يمكن الرجوع إلى طبيعة المعلومات في كل عقد والظروف المحيطة بالأطراف، وعموما يمكن القول باعتبار المعلومات سرية إذا كان الإفصاح عنها إلى الغير أو استعمالها لحساب المتعاقد الخاص يؤدي إلى إلحاق أضرار مادية ومعنوية بالمتعاقد الآخر، ويدخل في نطاق الضرر المعنوي ما يلحق بالسمعة المالية والتجارية من أضرار، وكذا لأضرار النفسية التي تلحق بالمتعاقد نتيجة الكشف عن المعلومات.

وفي هذا لا يشمل هذا الالتزام جميع المعلومات، وإنما يقتصر على نوعين من المعلومات؛ **النوع الأول** هي المعلومات التي أسبغ عليها صاحبها طابع السرية، أما **النوع الثاني** فهي المعلومات التي تكون بطبيعتها غير قابله للنشر أو الإعلان، فيشمل النوع الأول مثلا المركز المالي للمتفاوض، أما الثاني فمن أمثلته المعلومات الخاصة بأسعار التكلفة ووسائل خفض تكاليف الإنتاج، وخطط الإنتاج المستقبلية.

أنظر كلا من:

-أم كلثوم صبيح محمد، المرجع السابق، ص ص 306 -307.

-سعد حسين عبد ملحم، المرجع السابق، ص ص 106 - 107.

-بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 152.

3 - عقيل فاضل حمد الدهان ومنقد عبد الرضا الفردان، المرجع السابق، ص 69.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

شهادات أو عقود، فيجب عليه الامتناع من التصرف فيها أو أخذ نسخة منها بغية استغلالها، ويلزم ردها كاملة إذا فشلت المفاوضات[1].

ويقدر قاضي الموضوع حسب ظروف كل قضية مدى كون المعلومات التي أعلنها المتفاوض هي من نوع المعلومات التي يقتضي مبدأ حسن النية أن يشملها الالتزام بالمحافظة على السرية[2].

ويجب الإشارة هنا إلى الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات الإلكترونية هو التزام بتحقيق غاية[3]، فلا يكفي للوفاء بهذا الالتزام أن يبذل المتفاوض قصار جهده ليمتنع عن إفشاء الأسرار واستغلالها، وإنما يجب أن يمتنع عن ذلك بالفعل، وإلا قامت مسؤوليته[4]، إذا سبب ضررا للمتفاوض الآخر في عقد التفاوض الإلكتروني، ومن ثم وجب عليه التعويض[5].

ونظرا لأهمية الالتزام بالمحافظة على السرية، فقد يطلب المتفاوض في بعض العقود الهامة من المتفاوض الآخر ضمانات لتنفيذ هذا الالتزام؛ كالتعهد الكتابي السابق على دخول المفاوضات، أحياناً يكتفي بالتعهد الأدبي، وأحياناً يدفع المفاوض مبلغاً من النقود قبل الدخول في المفاوضة؛ كتأمين لعدم إخلاله بهذا الالتزام[6].

البند الخامس: الالتزام بالإعلام في التفاوض الإلكتروني

عرفه البعض على أنه: " التزام سابق على التعاقد يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين أن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متنور على علم بكافة تفصيلات العقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة، قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد، أو صفة أحد طرفيه، أو طبيعة محله، أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلتزم ببيانات معينة، أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر الذي يلتزم بناءً على كل هذه الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء بالبيانات"[7]، ومن خلال هذا التعريف يتبين أن مضمون هذا الالتزام هو اطلاع الطرف الآخر على كافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد منذ اللحظة الأولى لإبرام العقد، ويجد هذا الالتزام أساسه من الالتزام بحسن النية في التفاوض.

---

1 - عقيل فاضل حمد الدهان ومنقذ عبد الرضا الفردان، المرجع السابق، ص 69.

2 - أم كلثوم صبيح محمد، المرجع السابق، ص 307.

3 - عقيل فاضل محمد الدهان ومنقذ عبد الرضا الفردان، المرجع السابق، ص 69.

4 - على أحمد صالح، **المفاوضات في العقود التجارية الدولية**، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 495.

5 - عقيل فاضل محمد الدهان ومنقذ عبد الرضا الفردان، المرجع السابق، ص 69.

6 - سعد حسين عبد ملحم، ، المرجع السابق، ص 108.

7 -إيناس مكي عبد نصار، المرجع السابق، ص 953.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبذلك يتعين على المفاوض الإفضاء إلى الطرف الآخر بكل ما لديه من بيانات ومعلومات سواء ما تعلق منها بالمعلومات التي تحدد الموجب، أو ما يتعلق بشروط العقد موضوع التفاوض، أو ما يتعلق بمدة صلاحية العرض[1]، حتى تستنير إرادة المتعاقدين، ويجب الإدلاء بكافة هذه المعلومات وذلك دون تورية أو كتمان، حتى يتسم التفاوض بالشفافية ويرتكز على المصارحة والمكاشفة، ويزداد حجم هذا الالتزام بالنسبة للطرف المحترف[2].

ويجد الالتزام بالإعلام في عقد التفاوض الإلكتروني أساسه في عدم التكافؤ بين طرفي العقد المتفاوض عليه من حيث العلم بعناصر العقد وظروفه، مما يلقي على الطرف المحترف المهني بصفة خاصة الالتزام بالإدلاء للطرف الآخر بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد النهائي؛ حتى يتصرف على دراية كاملة ولكي يتسم التفاوض بالوضوح والشفافية وحسن النية[3]، ويجب أن ترتب البيانات والمعلومات موضوع التفاوض بحسب أولويتها في النقاش وأهميتها في التعاقد، مما يتيح للطرفين أثناء التفاوض توفير الوقت والجهد وعدم الإسهاب في مواضيع ثانوية بعيداً عن طاولة النقاش[4].

فإذا كان المتفاوض ملزم بإعلام الطرف الآخر في عقد التفاوض الإلكتروني بالمعلومات والبيانات المرتبطة بالعقد الالكتروني المتفاوض عليه، إلا أن التزامه يقتصر على البيانات والمعلومات التي يستحيل على المتفاوض الآخر العلم بها بوسائله الخاصة، إذ أن كل متفاوض يلزم بالسهر على مصالحه الخاصة، فلا ينتظر من الغير أن يكون أحرص على مصالحه من نفسه، بل يجب عليه أن يستعلم من تلقاء نفسه، ويتحرى الحقيقة باللجوء إلى كافة مصادر المعرفة المتاحة، ومن ثم فإنه يجب على المتفاوض أن يسأل نفسه عن الأشياء التي تهمه ولا يعلم بها، والتي يمكن أن تؤثر على رضاه بالعقد المتفاوض عليه[5].

وجدير بالذكر أن الفقه اعتبر الالتزام بالإعلام التزاماً ببذل عناية، بحيث يلتزم المورد بتزويد العميل بكافة البيانات والمعلومات وملحقات المنتج، وبيان طرف الاستعمال والمخاطر التي يتجنبها، إلا أن المورد لا يكون ملزما بضمان النتيجة، ويعود ذلك لعدم التزام العميل بإتباع البيانات وطرق الاستعمال المرفقة مع الحل، أما المورد هنا فيكون قد أوفى بالتزامه من خلال بذل العناية التي تفرضها عليه طبيعة مهنته[6].

---

1 - Yousef Shandi, Op.cit, p 104 -105.

2 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 57.

3 - عقيل فاضل محمد الدهان، منقذ عبد الرضا الفردان، المرجع السابق، ص67.

4 - إيناس مكي عبد نصار، المرجع السابق، ص 954.

5 - عقيل فاضل محمد الدهان، منقذ عبد الرضا الفردان، المرجع السابق، ص 67.

6 - إيناس مكي عبد نصار، المرجع السابق، ص 955.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند السادس: الالتزام بالمواعيد المحددة للتفاوض وعدم التفاوض مع الغير أثناءه

إن عقد التفاوض الإلكتروني هو عقد تمهيدي غير مقصود لذاته، فهو عقد مؤقت، إذ يتم تحديد مدة معينة لذلك العقد، وإذا لم يتم التوصل إلى اتفاق خلال تلك المدة، فإن عقد التفاوض ينتهي من تلقاء نفسه، ولكن ذلك في حدود الضرورة، فقد يستغل أحد الطرفين عامل الوقت استغلالاً سيئاً للضغط على الطرف الآخر كي يقدم له تنازلات لا يرغب فيها، وقد يتفق الطرفان على تجزئة عقد التفاوض إلى عدة مراحل زمنية تبدأ كل مرحلة بعد انتهاء السابقة، وذلك بوضع جدول زمني محدد لكل مرحلة، وفي هذه الحالة يجب الالتزام بمواعيد تلك المراحل الزمنية[1].

ولابد من الالتزام بالمواعيد بالمحددة للتفاوض، والتي يمكن أن ينشغل فيها المتعاقدان بالتفاوض، ذلك أن العقد الإلكتروني ليس كالعقد العادي، فهو من ضمن العقود التي تتم عن بعد، ولا بد من تحديد الأوقات التي يتم فيها التواصل بين الطرفين للتفاوض فيها؛ كأن يتم التفاوض مباشرة عن طريق المحادثة، أو الموقع الإلكتروني، فلا بد من أن تكون لدى الطرفين مواعيد محددة يجلسان فيها للتفاوض على الكمبيوتر عن طريق الأنترنت، فعند تخلف أيا من المتعاقدين عن أي موعد من تلك المواعيد يكون قد ارتكب خطأ عقدياً، أما فيما يتعلق بالالتزام بعدم التفاوض مع الغير فعادة ما يتم النص عليه في عقد التفاوض لتأكيد جدية المفاوضات[2].

وتقضي القاعدة العامة التي تحكم المفاوضات إجراءها بحسن نية، أما فيما يتعلق بمدى إمكانية إجراء المفاوضات الموازية فإنه وطبقا للقواعد العامة تعد جائزة ومشروعة، عملاً بمبدأ الحرية التفاوضية الخاضع لمبدأ استقلال الإرادة، وعليه لا يمكن القول بحظر المفاوضات الموازية إلا بموجب شرط خاص يتفق عليه الأطراف صراحة، ويسمى هذا الشرط بشرط القصر أو الاستبعاد، وتكون المفاوضات الموازية غير جائزة إذا ما تم الاتفاق على حضرها صراحة بصيغة بند أو شرط ضمن اتفاق التفاوض المبرم بين الأطراف[3].

---

1 - عقيل فاضل محمد الدهان ومنقذ عبد الرضا الفردان، المرجع السابق، ص 68.

2 - المرجع نفسه، ص68.

3 - ففي قضية تتلخص وقائعها في أن شركة Gallay الفرنسية تفاوضت مع شركة Alvat البلجيكية لإبرام عقد بموجبه تتنازل الأولى للثانية عن (70 ٪) من الحصص التي تملكها في أحد فروعها، وتم بالفعل الاتفاق على الثمن، غير أن الشركة البلجيكية علمت أثناء قيام المفاوضات، بأن الشركة الفرنسية قد أجرت مفاوضات موازية على العملية نفسها مع شركة انجليزية، ما دفعها إلى وقف المفاوضات وإنهائها، ورفعت الأمر إلى المحاكم الفرنسية، وطلبت أصليا التنفيذ العيني للالتزام بنقل ملكية الحصص المتفق عليها مدعية انعقاد العقد، واحتياطيا بلزام الشركتين الفرنسية والانجليزية بالتضامن في دفع التعويض عن الأضرار التي لحقتها من جراء قيام المفاوضات الموازية، ورغم أن محكمة أول درجة أجابت الشركة إلى طلباتها، إلا أن محكمة استئناف Versailles ألغت الحكم، وانتهت إلى عدم ثبوت وجود اتفاق صريح على حظر إجراء المفاوضات الموازية، ومن ثم فإن الشركة الفرنسية في سلوكها هذا لم تخالف أي التزام، بل أكدت أن تلك الشركة قد قدمت عرضا عاما إلى مختلف الشركات للتفاوض تحت مبدأ البحث عن شريك ، وهو ما أيدته الدائرة المدنية في محكمة النقض الفرنسية. أنظر: صدام فيصل المحمدي، المرجع السابق، ص ص 284 -285.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما قد يكون مصدر الالتزام بعدم التفاوض مع الغير الإرادة المنفردة، حيث قد تقوم أحد الشركات بالكتابة إلى الطرف الآخر بالتفاوض معبرة عن التزامها في الوقت ذاته بعدم التفاوض مع الغير على الصفقة خلال مدة معينة ؛ حتى يكون هناك وقت لدراسة إمكانية إتمام العقد النهائي، ولذلك ينشأ التزام على الشركة بالإرادة المنفردة بعدم التفاوض مع الغير خلال المدة التي حددتها[1].

ومثل هذا الالتزام يمكن أن يوجد عند عدم وجود عقد تفاوض إلكتروني، حيث تخضع المفاوضات للقواعد العامة في القانون المدني، وتكون المسئولية الناشئة عن أي خطأ هي مسئولية تقصيرية، لذا تلجأ الشركات إلى إجراء مثل هذا الالتزام لطمأنة العميل وجذبه إلى التفاوض بهدف إبرام العقد المنشود[2].

وبذلك يجد هذا الحظر أساسه في اتفاق الأطراف المتفاوضة عليه، فإذا ما اتفقوا صراحة في بند خاص أو شرط ضمن عقد التفاوض كان هذا الالتزام صحيحا ونافذا بحق الطرفين، ولا يمكن أن يستنتج وجود مثل هذا الشرط ضمنا أو شفاهة [3].

الفرع الثاني: المسؤولية الناشئة عن مرحلة التفاوض الإلكتروني

الأصل في المفاوضات أن يقوم أطراف التفاوض بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن المفاوضات بغض النظر عن مصدرها ؛ سواء كان مبدأ حسن النية، والذي يمثل المبدأ الأساسي لنظام المفاوضات، أو كان مصدرها الاتفاقات التي تنظمها، وعلى الرغم من قيام المفاوضات على الحرية التعاقدية التي تبرر عدول المتفاوض في أي وقت ما دام له سبب مشروع، إلا أنه تثار مسؤولية هذا الأخير، وذلك بإثبات إلحاق ضرر ناتج عن سبب غير مشروع، كما هو الحال في القطع التعسفي للمفاوضات، بما يعني أن حرية التفاوض يرد عليها قيد مفاده ألا يصيب الطرف الآخر أي ضرر، وفيما يلي سنوضح طبيعة المسؤولية عن التفاوض في البند الأول، وبيان أركانها في البند الثاني.

البند الأول: طبيعة المسؤولية الناشئة عن مرحلة التفاوض الإلكتروني

اختلفت نظرة الفقه التقليدية حول طبيعة المسؤولية الناشئة عن الإخلال بأي التزام في مرحلة التفاوض الإلكتروني، تبعا لتطبيق أحكام النظرية العامة للعقد على التعاقد عبر الأنترنت، فمن الفقه من يقول أنها مسؤولية عقدية، ومنهم من قال أنها تقصيرية.

1 - عقيل فاضل محمد الدهان، منقذ عبد الرضا الفردان، المرجع السابق، ص68.

2 - المرجع نفسه ، ص 68.

3 - صدام فيصل المحمدي، المرجع السابق، ص 287.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولا: نظرية المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض

يرى أنصار هذا الاتجاه أن المسؤولية في مرحلة ما قبل التعاقد هي مسؤولية عقدية، ورائد هذا الاتجاه هو الفقيه الألماني إهرنج، الذي يرى أن الخطأ في المدة السابقة على التعاقد سواء ترتب عليه عدم انعقاد العقد أو بطلانه هو خطأ عقدي يثير المسؤولية العقدية على مرتكبه مما يجعله مسؤولا عن التعويض[1]، ويستند في ذلك إلى وجود عقد ضمني بين الأطراف والذي ينشأ بمجرد دخولهم في مباحثات ومفاوضات[2]، يقترن العقد الضمني بكل محاولة لإبرام عقد، وبمقتضاه يتعهد كل طرف في هذه المحاولة بألا يأتي من جانبه ما يؤدي إلى إعاقة التعاقد أو بطلان العقد[3].

أما فيما يتعلق بنطاق التعويض الذي يحصل عليه الطرف المضرور، فيرى إهرنج أنه يقتصر فقط على المصلحة السلبية، والتي تشمل النفقات التي أنفقها المتعاقد المضرور من أجل إبرام العقد، ولا يمتد التعويض إلى المصلحة الإيجابية التي تعني حسب رأيه ما فات المتعاقد من كسب على فرض أنه تم إبرام العقد، أو أن العقد لم يتقرر إبطاله[4].

ورغم شهرة هذه النظرية، إلا أنها لم تسلم من النقد، الذي نال من فاعليتها، وجوهرها، وشكك في مدى سلامتها القانونية، ودفع بالأنظمة القانونية التي تبنتها إلى وضع بعض التحفظات عليها عند تطبيقها[5]، وأهم المآخذ أنها تجعل الالتزام بالتعويض محل تعهد ثانوي يقترن بالتصرف الباطل، ويبقى رغم بطلانه، وبذلك فهي تفترض وجود تعهد بالصحة في جميع العقود، وهو ما يتعذر قبوله، وإن سلمنا بوجود هذا التعهد، فإن بطلان التصرف الأصلي سيؤدي بلا شك إلى بطلان التعهد الثانوي، فينعدم بذلك أساس القول بأن المسؤولية هنا هي مسؤولية عقدية[6].

ثانيا: نظرية المسؤولية التقصيرية في مرحلة التفاوض

في ضوء الانتقادات التي وجهت إلى النظرية العقدية في تفسير المسؤولية ذهب جانب واسع من الفقه إلى أن المسؤولية في مرحلة ما قبل التعاقد هي مسؤولية تقصيرية[7]، تقوم بحكم القانون وليس على أساس العقد الباطل؛ بمعنى

---

1 - نبيل اسماعيل الشبلاق، " الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد (دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا)"، **مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية**، سوريا، المجلد: 29، العدد: الثاني، 2013، ص 323.

2 - بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 177.

3 - حسين محمد عبد الظاهر، " الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد"، **مجلة الحقوق**، مجلس النشر العلمي -جامعة الكويت، الكويت، العدد: 2، 1998، ص 767.

4 - بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 178.

5 - على أحمد صالح، المرجع السابق، ص 615.

6 - المرجع نفسه، ص 616.

7 - نبيل اسماعيل الشبلاق، المرجع السابق، ص 326.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أن يجعل المسؤولية عن الخطأ في مرحلة التفاوض تقوم على تحمل التبعية أو بصفة عامة عن التقصير في تنفيذ الالتزام، وهذه المسؤولية تستوجب التعويض كأثر ناتج عن العقد الباطل ولكن بوصفه واقعة مادية وليس باعتباره عقداً، ويؤكد كل من الفقه والقضاء الفرنسيان على أن المفاوضات لا تقيد حرية الأطراف، حيث يظل كل منهما محتفظا بحريته في التعاقد، ويجمعان على أن المسؤولية التي تنشأ في مرحلة التفاوض هي مسؤولية تقصيرية أساسها الخطأ، نتيجة الإخلال بواجب عام يفرض مراعاة حسن النية في المرحلة السابقة على ابرام العقد[1].

وفي هذا الصدد استقرت محكمة النقض المصرية على أن المسؤولية في مرحلة التفاوض مسؤولية تقصيرية وليست عقدية[2]؛ لأن المفاوضات تعتبر مجرد أعمال مادية غير ملزمة، ولا ترقى لمستوى التصرف القانوني الاتفاقي، ولا يترتب عليها أثر قانوني، كما لا يترتب على هذا العدول سوى المسؤولية التقصيرية إذا نتج عنه ضرر للطرف الآخر[3]، وقد اعتبرت قواعد اليونيدروا المسؤولية في مرحلة التفاوض أنها تقوم على أساس الخطأ التقصيري، فنصت في المادة 2 -5 من القواعد على أن الطرف الذي يتفاوض بسوء نية يعد مسؤولاً عن الخسائر التي سببها للطرف الآخر؛ أي يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يسببه للطرف الآخر[4].

مما سبق يتبين أن المفاوضات مجرد عمل مادي، لا يترتب عليه أي أثر قانوني، والعدول عنها لا يرتب المسؤولية؛ إلا إذا اقترن بخطأ، وسبّب ضرراً للطرف المتفاوض معه، فهنا تقوم المسؤولية التقصيرية، ويلزم من تقررت مسؤوليته بتعويض الضرر. وإن كان الأصل العام للمسؤولية في مرحلة التفاوض أنها تقصيرية؛ إلا أن هناك حالات استثنائية قد تكون فيها المسؤولية عقدية، ومن تلك الحالات التي يقطع فيها الطرفان مراحل جادة في طريقهما إلى التعاقد، بحيث يمكن اعتبار ما توصلوا إليه في هذه المراحل بمثابة اتفاقات تمهيدية أولية سابقة على إبرام العقد الأصلي، فعدم تنفيذ أي التزام ورد في هذه الاتفاقات التمهيدية يرتب مسؤولية عقدية مستقلة عن المسؤولية التقصيرية، والتي تقوم بشأن عدم التوصل إلى إبرام العقد النهائي.

---

1 -حسين محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص ص 767 -768.

2 -قضت محكمة النقض المصرية بأن: " المفاوضة ليست إلا عملاً مادياً، ولا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضة في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأية مسؤولية، أو يطالب ببيان المبرر لعدوله، ولا يرتب هذا العدول مسؤولية على من عدل؛ إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض وعبء إثبات ذلك الخطأ، وهذا الضرر يقع على عاتق ذاك الطرف، ومن ثم لا يجوز اعتبار مجرد العدول عن إتمام المفاوضة ذاته هو المكون لعنصر الخطأ أو الدليل على توافره، بل يجب أن يثبت الخطأ من وقائع أخرى اقترنت ب هذا العدول ويتوافر بها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسؤولية التقصيرية " . نقض مدني في 1967/2/9، مج أحكام النقض س 18 ص 334 رقم 52. نقلاً عن: حسين محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص 770، هامش 2.

3 -خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 242.

4 - المرجع نفسه، ص 243.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الثاني: أركان المسؤولية في مرحلة التفاوض الإلكتروني

الأصل في التفاوض أنه لا يترتب عليه أي أثر قانوني؛ فلكل طرف الحرية الكاملة في قطع التفاوض، لكن إذا نتج عن هذا العدول خطأ؛ فإنه يرتب مسؤولية على الطرف المسؤول عن ذلك، وتعد هذه المسؤولية تقصيرية، وبالرجوع للقواعد العامة نجد أنها تقوم على ثلاث أركان تتمثل في الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية، وهو ذات الأساس تقوم عليه المسؤولية التفاوضية الإلكترونية في قطع المفاوضات والعدول عنها، وتفصيل ذلك فيما يلي:

أولا: الخطأ

اختلف الفقه حول تحديد فكرة الخطأ، فعرفه البعض بأنه عمل ضار مخالف للقانون، والتعريف الذي استقر عليه الفقه والقضاء هو الانحراف عن سلوك الرجل المعتاد، مع إدراك الشخص لذلك[1]، ومن ذلك يتحدد المقصود بالخطأ التقصيري، على أنه انحراف عن السلوك المألوف أو المعتاد للرجل العادي؛ أي أن أحد الأطراف قد انحرف عن السلوك المألوف الذي يتبعه عادة الشخص العادي اليقظ عند وضعه في نفس الظروف الخارجية[2].

أ- صور الخطأ في التفاوض

ينبغي أن يسود مبدأ حسن النية في التفاوض، فإذا انطوى سلوك المتفاوض على مخالفة لهذا المبدأ فإنه يكون مخطئا وتثور مسؤوليته المدنية، ولعل أهم التطبيقات في هذا المجال ما يلي:

1. قطع المفاوضات دون مبرر شرعي

من المتفق عليه في المفاوضات ارتكازها على مبدأ الحرية، حيث يتمتع المتفاوض بمطلق الحرية في الدخول في المفاوضات أو الاستمرار فيها أو قطعها، واختيار الأسلوب المناسب لها، وذلك إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد الذي يهيمن على المرحلة قبل التعاقدية، ولا يقيد هذه المرحلة سوى مبدأ حسن النية، الذي ينبغي أن يسود العملية التفاوضية، ومن ثم يتعين على المتفاوض الذي يمارس حريته في قطع المفاوضات أن يتم بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، ويقتضي ذلك الاستمرار في التفاوض الجاد بغية الوصول إلى إبرام العقد النهائي، وألا يقطع المفاوضات، إلا إذا استند إلى مسوغ مشروع، أي وجود سبب موضوعي يدعو إلى ذلك، فإذا لم يكن هناك مبرر مشروع فإن قطع المفاوضات

---

1 -محمد صبري السعدي، **شرح القانون المدني الجزائري: مصادر الالتزام -الواقعة القانونية**، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004، ص ص 27 -28.

2 - علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص ص 689 -690.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يكون خاطئاً لمنافاته لقواعد حسن النية في التفاوض، أما إن وجد المبرر فإن القطع لا يعتبر خطأ؛ حتى ولو ترتب عليه ضرر للطرف الآخر، ومن أمثلة المبرر عدم مناسبة العرض المقدم أو تلقي عرضا آخر أفضل[1].

2. استفزاز المتفاوض ودفعه إلى قطع المفاوضات

ففي هذه الحالة يتخذ المتفاوض قراراً بقطع المفاوضات داخل نفسه، ولكنه لا يريد أن يظهر أنه هو المتسبب في قطع المفاوضات، وذلك حتى يتهرب من المسؤولية، فيقدم مطالب استفزازية؛ كأن يتمسك بثمن باهظ إن كان هو البائع، أو يصر على دفع ثمن زهيد جداً إن كان هو المشتري، حتى يمل المتفاوض الآخر من المتفاوض معه، فيقوم بقطع المفاوضات، ويبدو بالتالي أنه هو الذي قطع المفاوضات دون مبرر، والحقيقة أن التصرف الاستفزازي يتنافى مع مبدأ حسن النية، لذلك يتعين على كل متفاوض أن يبدي قدراً كبيراً من المرونة حتى لا تصل المفاوضات إلى طريق مسدود[2].

3. إفشاء الأسرار التي تم الاطلاع عليها

يعد إفشاء الأسرار المطلع عليها أثناء التفاوض أحد صور الخطأ المرتب للمسؤولية؛ مما يؤدي إلى اعتبار كل طرف أفشى أسرار التفاوض مخطئا لإخلاله بالالتزام بالمحافظة على الأسرار[3].

4. السلوك الخاطئ في التفاوض

إن انحراف المتفاوض عن السلوك المألوف يعتبر خطأ، كما لو لجأ إلى الغش، أو تعمد الإضرار بالطرف الآخر، ومن أمثلة ذلك مفاوضات التجسس، حيث يدخل الشخص المتفاوض دون النية في التعاقد، وإنما هدفه الوحيد معرفة أسرار الطرف الآخر، ومن التطبيقات أيضاً السكوت عمداً عن واقعة مؤثرة في التعاقد بقصد الإضرار بالمتفاوض الآخر، كما لو أشاع في بعض الأوساط أن قطع المفاوضات مرجعه وقائع تمس بشرف الطرف الآخر[4].

5. مخالفة الالتزامات التفاوضية

والتي يفرضها مبدأ حسن النية؛ كالالتزام بالنصح والإرشاد والإعلام والتعاون[5]، فإذا ما أخل المتفاوض بهذه الالتزامات، وفشلت المفاوضات، فإنه بذلك يكون قد ارتكب خطأ، فتقوم مسؤولية في تعويض الضرر الحاصل.

---

1 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ص 59 -60.
2 - علي أحمد صالح، المرجع السابق ، ص ص 746 -747.
3 - المرجع نفسه، ص 749.
4 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 61.
5 - المرجع نفسه ، ص 61.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ب- إثبات الخطأ في التفاوض

الأصل هو حرية التفاوض أو سلامة المركز القانوني للمتفاوض، وعلى من يدعي الخطأ في جانبه إثبات ذلك، فالمضرور يلتزم بإثبات خطأ المتفاوض، ويجوز إثبات واقعة التفاوض بكل طرف الإثبات[1].

ثانيا: الضـــرر

الركن الثاني في المسؤولية، فإذا انقضى فلا تقوم المسؤولية، ويعرف على أنه: " الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له أو بحق من حقوقه"[2].

وعليه فإن وقوع الخطأ من جانب المدين لا يكفي وحده لقيام المسؤولية، وإنما يجب أن يترتب عليه ضرر يصيب الطرف الآخر، وقد يكون الضرر مادي أو أدبي، فالأول هو الخسارة المالية التي تكبدها في سبيل بدء التفاوض والتواصل والمناقشة، وكذلك يشمل الوقت الذي ضيعه في هذه المرحلة والفرص التي فاتته نتيجة انشغاله في التفاوض، أما الضرر الأدبي أو المعنوي: فيتمثل في كل ما يمس المتفاوض في كرامته وسمعته واعتباره، كأن يؤدي فشل التفاوض إلى الإساءة إلى السمعة التجارية أو المدنية للطرف المضرور، وإثارة الشكوك حول قدرته المهنية من جراء إفشاء أسراره ومهاراته الفنية أثناء المفاوضات أو بمناسبتها[3].

ولا تخرج مواصفات الضرر هنا عن تلك الموجودة في القواعد العامة للمسؤولية المدنية، وخاصة التقصيرية، إذ لا يقتصر التعويض هنا عن الأضرار المباشرة والمتوقعة فقط، بل يشمل كذلك الأضرار غير المتوقعة التي قد تصيب الدائن بالالتزام[4].

ثالثا: العلاقة السببية

يتعين لقيام مسؤولية المتفاوض توافر علاقة سببية بين الخطأ والضرر الذي أصاب الطرف الآخر؛ أي أن خطأ المتفاوض هو السبب المباشر في حدوث الضرر، وعليه لا يكون المتفاوض مسؤولاً عما ارتكبه من أعمال إذا أثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي، ويقع على عاتق المدعي المضرور عبء إثبات توافر علاقة السببية بين الضرر الذي

1 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 62.
2 - محمد صبري السعدي، **شرح القانون المدني الجزائري: مصادر الالتزام -الواقعة القانونية**، المرجع السابق، ص 75.
3 - إيناس مكي عبد نصار، المرجع السابق، ص ص958 -959.
4 - حسين محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص 772.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لحقه وخطأ المدعى عليه، فلا يكفي من المضرور أن يثبت خطأ المدعى عليه والضرر فقط، بل يتعين عليه إثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر، لأن رابطة السببية تعتبر ركناً مستقلاً من أركان قيام المسؤولية؛ لذا وجب إثباتها[1].

غير أن المسؤول (المدعى عليه) يستطيع إثبات عكس هذه القرنية، كأن يثبت مثلا بأن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير[2].

المبحث الثاني: الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني

أثير في ميدان العلاقات القانونية للتجارة الإلكترونية مسألة التعبير عن الإرادة بالطرق الإلكترونية، أو ما اصطلح عليه بتسمية التعاقد الإلكتروني؛ فالعلاقات التقليدية قامت من فجر النشاط التجاري على أساس الإيجاب والقبول بخصوص أي تعاقد ، وكذا التواجد المادي لطرفي العلاقة في مجلس عقد موحد، وإلى هذا الحد فإن قواعد تنظيم النشاط التجاري بقيت قادرة على الإحاطة بمتطلبات تنظيم التجارة[3].

بالرغم من تغيير الأنشطة من تقليدية إلى حديثة، إلا أن العقد الإلكتروني لا يختلف عن العقد العادي في أركان انعقاده وشروط صحته، وإنما يختلف في الوسيلة التي يتم بها إبرامه بها؛ إذ يكتسب الطابع الإلكتروني من الطريقة التي ينعقد بها، فينعقد بتلاقي الإيجاب والقبول بفضل التواصل بين المتعاقدين بوسيلة مسموعة مرئية عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصالات عن بعد[4]، والتغيير ليس في مفهوم العقد، وإنما في أدوات ممارسته وطبيعة العلاقات الناشئة في ظله؛ حيث تهيمن التقنية العالية على انعقاده وتنفيذه، وهو ما خلق تحديا أمام النظم القانونية بضرورة تعديلها حتى تواكب ما استجد من تطورات[5].

رغم أن مسألة الإيجاب والقبول تعد من أدق مسائل العقد، والتي وجدت لها مساحة واسعة بالتنظيم بالعالم المادي، إلا أنها لم تظفر بتنظيم وافٍ في القوانين المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية[6]، بل وردت فيها قاعدة عامة تفيد جواز التعبير عن الإيجاب والقبول إلكترونيا[7]، ولإنشاء أي عقد لا بد من توافر عناصره الضرورية من رضا، ومحل، وسبب، وما يهمنا هنا هو التراضي؛ والذي يمثل اقتران الإيجاب والقبول، سواء في العقود الحديثة أو التقليدية.

1 - علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص ص 704 -705.
2 - المرجع نفسه، ص 705.
3 - مولاي حفيظ علوي قاديري، **إشكالات التعاقد في التجارة الإلكترونية**، الطبعة الأولى، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، المغرب، 2013، ص 21.
4 - يوسف حسن يوسف، **العقود التجارية الإلكترونية الدولية**، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2012، ص 57.
5 - مولاي حفيظ علوي قاديري، المرجع السابق، ص 21.
6 - بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 144.
7 - آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 140.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الأول: الإيجاب في التعاقد الإلكتروني

أتاحت تقنية الحاسب الآلي إمكانية التعبير عن الإرادة من خلال شبكة الأنترنت، كما أتاحت الفرصة أمام العديد من المتعاملين بالحصول على مختلف السلع والخدمات، رغم تواجدهم في أماكن بعيدة؛ حيث اختصرت هذه الأخيرة الزمان والمكان، فكل من يريد إبرام صفقة معينة ما عليه سوى الدخول لهذه الشبكة، والإعلان عن إيجابه في إبرام العقد، فإذا ما التقى بقبول انعقد هذا الأخير، إلا أن الإيجاب وبالنظر لخصوصيته، وأنه يتم عن بعد، وعن طريق الوسائط الإلكترونية طرح مسائل هامة؛ تستوجب الدراسة.

وقصد الوقوف على هذه الخصوصية سنتطرق لدراسة مفهوم الإيجاب في التعاقد الإلكتروني، وشروط الإيجاب الإلكتروني ومضمونه في الفرع الثاني، لنتطرق في الفرع الثالث لحالات سقوط الإيجاب الإلكتروني.

الفرع الأول: مفهوم الإيجاب الإلكتروني

يقتضي منا بيان مفهوم الإيجاب الإلكتروني التطرق تعريفه في البند الأول، والتطرق لخصائصه في البند الثاني.

البند الأول: تعريف الإيجاب الإلكتروني

تعددت تعاريف الإيجاب بصفة عامة، والإيجاب الإلكتروني بصفة خاصة؛ باعتبار إتمامه يكون بوسائل الاتصال الحديثة، وهو ما سنعرض له فيما يلي:

أولا: التعريف الفقهي للإيجاب الإلكتروني

يُعرف الإيجاب بأنه: " أول عبارة تصدر عن أحد العاقدين صالحة لإنشاء العقد"[1]، ويذهب تعريف ثان إلى أنه: " العرض أو التعبير الجازم لإبرام عقد وبشروط محددة"[2]. ويرى تعريف ثالث أنه: " التعبير عن الإرادة الأولى التي تظهر في العقد عارضة على شخص آخر إمكانية التعاقد معه ضمن شروط معينة، وبذلك فهو كلام صادر عن أحد المتعاقدين لإثبات التصرف القانوني"[3].

1 -محمد فاروق صالح البدري، " أشكال التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني بين الشريعة والقانون"، **مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية**، جامعة الأنبار، العراق، المجلد: 4، العدد: 13، 2012، ص 1538.

2- Mickael Botrous, Op.cit, p 77.

3 -قارة مولود، "التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية"، **مجلة دراسات للمعلومات**، جمعية المكتبات و المعلومات، السعودية، العدد: الثالث، 2008، ص 74.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وأخيراً هناك تعريف رابع له: " عرض جازم وكامل للتعاقد وفقا لشروط معينة يوجهها شخص إلى شخص معين أو أشخاص غير معنيين لذواتهم أو للكافة[1].

أما الإيجاب الإلكتروني فيعرف على أنه: " تعبير جازم عن الإرادة يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصال سواء كانت مسموعة أو مرئية أو كلتيهما ويتضمن كافة الشروط والعناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه بحيث ينعقد به العقد إذا ما تلاقى معه القبول"[2]، وقد عرف جانب آخر من الفقه الإيجاب في العقد الإلكتروني بأنه: " تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية، ويتضمن كافة العناصر اللازمة لإبرام العقد، بحيث يستطيع من وجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة[3].

كما عُرف أيضاً أنه: " التعبير عن الإرادة عبر شبكة الأنترنت الصادر من شخص إلى شخص آخر أو عدة أشخاص غير محددين، يعرض فيه الموجب إبرام العقد"[4].

ثانيا: التعريف التشريعي للإيجاب الإلكتروني

لم تتعرض القوانين المدنية لتعريف الإيجاب التقليدي، وكذا الحال بالنسبة للقوانين الحديثة المهتمة بموضوع التجارة والعقود الإلكترونية، فهي الأخرى لم تتضمن تعريفا محددا للإيجاب الإلكتروني ما عدا القليلة منها، وهذا على الرغم من تأكيدها على جواز التعبير عن الإيجاب بوسائل إلكترونية[5].

فقد عرفته اتفاقية فيينا 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع في المادة 14 منها على أنه: " يعتبر إيجابا أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجها لشخص أو عدة أشخاص معينين، وكان محددا بشكل كاف وتبين منه اتجاه إرادة الموجب الالتزام به في حالة القبول، ويكون العرض محددا بشكل كاف إذا عين البضائع وتضمن صراحة أو ضمنا تحديدا للكمية والثمن أو بيانات يمكن بموجبها تحديدهما، ولا يعتبر العرض الذي يوجه لشخص أو لأشخاص غير معنيين إلا دعوة للإيجاب ما لم يكن الشخص الذي صدر منه العرض قد أبان بوضوح عن إرادته إلى خلاف ذلك"[6].

---

1 -سليم سعداوي، **عقود التجارة الإلكترونية – دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 39.

2 -حمودي محمد ناصر، **العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص 178.

3 -أمير طالب الشيخ التميمي، المرجع السابق، ص 94.

4 - Chiheb Ghazouani**, Le contrat de commerce électronique international,** Latrach édition**,** Tunis**,** p 121.

5 - آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص ص 142 -143.

6 -Vincent Heuzé**,** Traité des contrats – **La vente internationale de marchandises, droit uniforme- ,** édition DELTA, Beyrouth, Liban, 2000, p 142.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويتضح من نص المادة أنها وضعت معيار لتحديد والإيجاب، وهو أن يكون عرضاً محدداً بشكل كاف إذا تعينت فيه البضائع محل البيع، وتحددت كميتها وثمنها صراحة أو ضمناً، أو كانت ممكنة التحديد حسب البيانات التي تضمنتها صيغة الإيجاب[1].

كما عرفه التوجيه الأوروبي رقم 97 -7 المتعلق بحماية المستهلك في التعاقد عن بعد بأنه: " كل اتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان"[2]، ويتضح من ذلك أنه إذا كان الإيجاب قد وجه إلى شخص معين أو أشخاص معنيين ترتب عليه الأثر، والسبب هو تعيين الشخص المقصود بالإيجاب، ولكن إذا تم توجيه الإعلان عن السلعة أو البضاعة إلى الناس كافة فهذا العرض لا يعد إيجابا وإنما هو دعوة للتفاوض[3].

وقد تضمن البند الثالث من مشروع العقد النموذجي بشأن المعاملات الإلكترونية والملحق بقانون الأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية ما يلي: " تمثل الرسالة إيجابا إذا تضمنت إيجاباً لإبرام عقد مرسل إلى شخص واحد أو أشخاص محددين ما داموا معرفين على نحو كاف، وكانت تشير إلى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول، ولا يعتبر إيجاب الرسالة المتاحة إلكترونيا بوجه عام ما لم تشر إلى غير ذلك"[4].

وعرفته المادة 11 من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996 أنه: " في سياق تكوين العقود ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسالة بيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك العرض"[5].

إذن فالإيجاب الإلكتروني هو تعبير جازم عن الإرادة، يصدر أولاً من أحد المتعاقدين يسمى الموجب، عبر تقنيات الاتصال الحديثة، يتضمن عرضاً لإبرام عقد، بحيث ينعقد هذا الأخير إذا ما تلاقى بقبول مطابق له، وإن كان الإيجاب الإلكتروني لا يختلف في مضمونه عن الإيجاب في العالم المادي، فيما عدا الوسيلة المستخدمة في التعبير عنه ،حيث أصبح يتم بوسائل إلكترونية بدلا من الوسائل التقليدية، خاصة وأن التشريعات المختلفة دولية كانت أو وطنية قد أجازت التعبير عن الإرادة بأي وسيلة لا تثير شكاً في دلالتها على التراضي.

1 - فادي عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص 71.

2 - أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 69.

3 - سلطان عبد الله الجواري، **عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق -دراسة قانونية مقارنة**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010 ، ص 58.

4 - لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص ص 73 - 74.

5 - رؤى عبد الستار صالح، "الإيجاب في العقود الإلكترونية"، **مجلة الحقوق**، جامعة المستنصرية، العراق، المجلد: 4، العدد: 13 -14، 2011 ، ص 267.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الثاني: خصائص الإيجاب الإلكتروني

يخضع الإيجاب الإلكتروني لذات القواعد العامة التي تحكم الإيجاب التقليدي؛ إلا أنه يتميز ببعض الخصوصية التي تتعلق بطبيعته وكونه يتم عبر شبكة الأنترنت، الأمر الذي يجعله متميزاً بعدة خصائص، نجملها فيما يلي:

أولا- الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد

نظرا لكون العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد، فإن الإيجاب الإلكتروني ينتمي إلى تلك الطائفة[1]، ولما كان الإيجاب إيجاباً عن بعد فهو يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، والتي تفرض على المهني أو المورد مجموعة من القيود، والواجبات التي يجب أن يلتزم بها تجاه المستهلك الإلكتروني[2]، والتي منها تزويد المستهلك بمعلومات حول شخصية التاجر، وعنوانه، وعنوان البريد الإلكتروني، والخصائص الأساسية للمنتجات والخدمات المعروضة، وأوصافها، وأثمانها، ووسائل الدفع أو السداد، وطريقة التسليم، ومدة الضمان، وهي الالتزامات التي أشار إليها التوجيه الأوروبي رقم 97 -7 في شأن حماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد[3].

ثانيا: الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني

يتطلب الإيجاب الإلكتروني وجود وسيط إلكتروني هو مقدم خدمة الأنترنت، فهو يتم من خلال الشبكة وباستخدام وسيلة مسموعة مرئية[4]، وقد يكون الموجب هو نفسه مقدم خدمة الأنترنت، وجدير بالذكر أن هناك أشخاص آخرون يشاركون في تقديم خدمة الأنترنت، حيث يتدخلون في الاتصالات، ويساهم كل منهم بدوره في إتمام هذه الخدمة[5]، ومنهم عامل الاتصالات ومورد المنافذ والمعلومات، كما يضمن الإيجاب الإلكتروني استمراراً معيناً، بحيث أن الموجب له يستطيع دائما أن يعود ليقرأه مرة أخرى مثل الكتالوج أو الإعلان الموجود على الموقع الإلكتروني أو المرسل إليه عبر البريد الإلكتروني[6].

---

1 - مخلوفي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 94.

2 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 252.

3 - إكرام مختاري، "التراضي في العقود الإلكترونية - الحماية والقصور"، **المجلة الإلكترونية: الفقه والقانون**، المملكة المغربية، عنوان الموقع الأصلي: sites.google.com/site/marocsitta/، عدد خاص، أفريل 2014، ص 36.

4 - ماجد محمد سليمان أبا الخيل، **العقد الإلكتروني**، الطبعة الأولى، مكتبة المرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2009، ص 43.

5 - نادية ياس البياتي، **التوقيع الإلكتروني عبر الأنترنت ومدى حجيته في الاثبات**، الطبعة الأولى، دار البداية، الأردن، 2014، ص 49.

6 - ماجد محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق، ص ص 43 -44.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وإذا تم سحب الإيجاب من شبكة الأنترنت، فهنا يعد التصرف إنهاء له، واعتباره كأن لم يكن، بالرغم من إبقاء الإيجاب لدى الموجب، لأن الوسيط لم يتح للمتعاقدين إمكانية الاطلاع عليه، بالرغم من إبقاء الإيجاب لدى الموجب، وليس هذا فحسب ؛ بل يمكن وفي بعض الحالات أن يختفي الإيجاب لأسباب ناتجة عن خلل فني في الشبكة أو جهاز الحاسب المستخدم، فهنا لا علاقة للموجب بها ولا تحول دون بقاء الإيجاب قائما، لأن الحدث ليس إنهاء للإيجاب، وإنما هو خلل في وسائل معالجة البيانات الذي يتم من خلاله إرسال الإيجاب[1].

ثالثا: الإيجاب الإلكتروني إيجاب دولي

يتسم الإيجاب الإلكتروني غالبا بالطابع الدولي، ذلك أنه يتم باستخدام شبكة الأنترنت التي لا يعترف بالحدود الجغرافية[2]، ومع ذلك لا يوجد ما يمنع الموجب من حصر نطاق الإيجاب داخل منطقة جغرافية محددة حسب ما تسمح به إمكانياته، أو أن يقتصر بتسليم الشيء المبيع في حدود مسافة معينة[3] ؛ أي أن الإيجاب الإلكتروني قد يكون إقليمياً أو دولياً، ومن ثم فإن الموجب لن يلتزم بإبرام عقود أو تسليم منتجات خارج النطاق الإقليمي الذي حدده سلفاً المحدد له الإيجاب، ومثال ذلك ما نلاحظه في بعض المواقع الغربية المنتشرة على شبكة الأنترنت، والتي تقصر الإيجاب على الدول الناطقة بالفرنسية[4]

وأيضا ما تقرره الولايات المتحدة الأمريكية من حظر توجيه الإيجاب للدول الموقع عليها عقوبات اقتصادية، وبذلك فإن الإيجاب قد يكون إقليمياً، ومن ثم فإن الموجب لن يلتزم بإبرام عقود أو تسليم منتجات خارج النطاق الإقليمي[5].

ويتميز أيضا التعاقد الإلكتروني بالسرعة في إنجاز المعاملات التجارية وغير التجارية على شبكة الأنترنت، فلو كان كل طرفي العقد في بلدين مختلفين فيمكن لكل منهما التفاوض وإبرام العقد وهو في مكتبة[6]، ومثال ذلك أن يكون الموجب في بريطانيا قام بعرض منتجاته على شبكة الأنترنت، فتلقى قبولاً من شخص موجود في الجزائر، فبإمكان الطرفان إبرام العقد.

---

1 - محمد فواز محمد المطالقة، **الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006، ص 63.

2 - Chiheb Ghazouani, Op.cit, p122.

3 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 253.

4 - إياد أحمد سعيد الساري، **النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016، ص 66.

5 - بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 69.

6 - إياد سعيد محمد الساري، المرجع السابق، ص 66.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الثالث: تمييز الإيجاب الإلكتروني عن غيره من الأنظمة المشابهة

إذا كان يمكن للإيجاب أن يأتي من خلال أحد العروض الإلكترونية عبر الأنترنت، وكان العرض الإلكتروني لا يمكن اعتباره دائماً إيجاباً منتجاً؛ كأن يكون مجرد إعلان أو دعاية أو مجرد دعوة للتفاوض، أو غير ذلك من صور الحث على التعاقد، فإن التمييز بين العرض الإلكتروني بصفته إيجاباً وبين غيره من صور العروض الأخرى إلكترونية أو تقليدية يصبح ضرورة ملحة.

أولا: تمييز الإيجاب عن المفاوضات

تعتبر المفاوضات في بعض العقود تقليدية كانت أو إلكترونية مرحلة سابقة على التعاقد، ولا يصدر عن أحد المتعاقدين إيجابا نهائيا إلا بعد مفاوضات مع الطرف الآخر، مما يجعل الإيجاب نتيجة للمفاوضات[1].

ولا يرتب القانون بحسب الأصل على المفاوضات أي أثر قانوني إذ من حق المتفاوض أن يقطع المفاوضة في أي وقت، ولا مسؤولية عليه في هذا المسلك إلا إذا اقترن العدول عن التفاوض بخطأ ممن قطع المفاوضات، وتعد هنا المسؤولية تقصيرية، وليست تعاقدية تركز على العدول عن التفاوض، وعلى من يدعي الضرر من العدول أن يثبت خطأ المتفاوض في قطع المفاوضات[2].

وقد تنتهي المفاوضات إما إلى إيجاب معلق أو إيجاب نهائي، فالإيجاب المعلق على شرط هو إيجاب لا مفاوضة لكن لا ينعقد به العقد إلا إذا تحقق الشرط الذي علق عليه، كما لو عرض شخص التعاقد بثمن معين مع الاحتفاظ بحقه في تعديل الثمن طبقا لتغير الأسعار، فالإيجاب هنا معلق على شرط عدم تغيير الأسعار[3].

وإذا خرج الإيجاب من دور المفاوضة ودور التعليق أصبح الإيجاب نهائيا، ويعد تقرير ما إذا كان الإيجاب قد وصل إلى هذا الدور من مسائل الواقع لا من مسائل القانون، فيفصل فيه قاضي الموضوع طبقا لظروف كل حالة[4].

ثانيا: تمييز الإيجاب عن الإعلان الموجه للجمهور

يثور التساؤل حول طبيعة العروض التي يتلقاها المتعامل عبر شبكة الأنترنت، هل تعد إيجابا أم أنها مجرد دعوة إلى التعاقد من قبل المنتج أو البائع؟ وتبدو أهمية هذا التساؤل في حالة تلقي الفرد عرضا بشراء سلعة معينة على شبكة

1 - محمد نصر محمد، **الوافي في عقود التجارة الدولية**، دار الراية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2013، ص 62.
2 - يوسف حسن يوسف، المرجع السابق، ص 283.
3 - محمد نصر محمد، المرجع السابق، ص 63.
4 - يوسف حسن يوسف، المرجع السابق، ص 283.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأنترنت، وأراد أن يتعاقد الشخص على شراء هذه السلعة، فهل الشخص المعلن (البائع والمنتج) ملزم بإجابة طلب الشخص؟، ويكون طلبه بمثابة قبول لعرض البائع أم أن عرض الشخص المعلن ما هو إلا دعوة للتعاقد، ويعد العرض الصادر من الطرف الآخر (المشتري) بمثابة إيجاب يتطلب قبول من جانب الشخص المعلن[1]، وهو ما يجرنا للتمييز بين الإيجاب والإعلان فيما إذا كان إيجابا أو دعوة للتعاقد فحسب.

إن التمييز بين الإيجاب والإعلان يقتضي تعريف هذا الأخير، فيُعرف الإعلان على أنه: " كل شكل من أشكال الاتصال يتم في إطار نشاط تجاري أو صناعي أو فني يهدف للدعاية لتوريد أشياء أو خدمات"[2]. كما يعرف أيضاً على أنه: " جذب الانتباه إلى إعطاء معلومات عامة عن المميزات المدعى بها"[3].

وعرف المشرع الجزائري الإعلان، والذي سماه بالإشهار في المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش[4] بأنه: " جميع الاقتراحات أو الدعايات أو البيانات أو العروض أو الإعلانات أو المنشورات أو التعليمات، المعدة لترويج سلعة أو خدمة بواسطة أسناد بصرية أو سمعية بصرية".

إن تمييز الإعلانات عبر شبكة الأنترنت بين ما إذا كانت هذا الإعلان إيجابا بالمعنى القانوني للكلمة أم مجرد دعوة للتعاقد، أمر في غاية الصعوبة ذلك أنه إذا اعتبر إيجاب وصادفه قبولا مطابقا له فإن العقد الإلكتروني يتم، أما إذا اعتبر مجرد دعوة للتعاقد فإن العقد لا ينعقد[5]، وهو الأمر الذي أدى إلى الاختلاف حول الحد الفاصل بين الإيجاب والإعلان، وذلك وفقا لما يلي:

أ - نفي صفة الإيجاب الإلكتروني عن الإعلان

يرى أصحاب هذا الرأي أن الإعلان لا يعد إيجابا، وإنما مجرد دعوة للتعاقد أو التفاوض، ويبني أنصار هذا الرأي فكرهم بالاستناد إلى أن الشروط الواجب توفرها في الإيجاب المتمثلة في وجوب تعيين الشخص المقصود بالإيجاب، وكذلك الجزم على إبرام العقد إذا ما قابل الإيجاب قبولا غير متوافرة في الإعلان، فالإعلان خال من العزم، وما هو إلا تحريض للمستهلك على شراء منتجات غير ضرورية، كما أن الإعلان يفتقر إلى التحديد الكافي

1 - محمد أمين الرومي، **التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت**، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 94.

2 - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 105.

3 - محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 139.

4 -المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المؤرخ في 3 رجب 1410 الموافق 30 يناير 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية: العدد 05، بتاريخ 4 رجب 1410 الموافق 31 يناير 1990).

5 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 257.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

للمنتج أو السلعة[1]، وهو موقف بعض الأنظمة القانونية كالقانون الإنجليزي، والفرنسي، والإيطالي، والبلجيكي حيث يعتبرونه مجرد دعوة للتعاقد[2].

ب - الإعلان الموجه للجمهور إيجاب إلكتروني

يرى أنصار هذا الرأي أن الإعلان الموجه للجمهور عبر تقنيات الاتصال عن بعد يعتبر إيجاباً للجمهور، طالما أنه قد تضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، كأن يتضمن تحديد السلعة أو الخدمة تحديداً تاماً نافياً للجهالة، وإذ لم يتضمن الإعلان ذلك، فإنه لا يعدو سوى أن يكون مجرد دعوة إلى التعاقد، وذلك يتفق مع ماهية الإيجاب[3].

مما سبق، وبعد تصفح الأسانيد التي جاء بها أنصار هذين الاتجاهين نستنتج أن العرض الموجه للجمهور إن لم يكن محددا تحديداً تاماً نافياً للجهالة يعد مجرد إعلان، أما إذا كان محدداً بأن تضمن المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه كان إيجابا ينعقد به العقد بمجرد صدور قبول مطابق له.

ج - موقف التشريعات من الإعلان عبر شبكة الأنترنت

بعض التشريعات القانونية تعتبر ذلك مجرد إعلان ولا يحتوي على إيجاب، والبعض الآخر تعتبره دعوة للتعاقد. فاتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع لعام 1980 قد بينت في المادة 14 -2 أنه يستلزم في الإيجاب أن يكون موجها إلى شخص أو مجموعة أشخاص واعتبرت أن العرض الذي يخلو من تحديد الشخص أو الأشخاص الموجه إليهم بمثابة دعوة للتفاوض ما لم يتضح من أن إرادات الأطراف اتجهت إلى خلاف ذلك[4].

أما القانون الإنجليزي فيفرق بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد، ومعيار ذلك هو أسلوب صياغة العرض والعبارات المستخدمة، فقد لا ترتب العبارات التي يستخدمها أحد الأطراف أي أثر قانوني؛ بقدر ما تعبر عن مجرد ارتباط أخلاقي فيما بينهم، وقد تعتبر هذه العبارات إيجابا كلما كان العرض المقدم محتويا على تفاصيل مختلفة[5].

في القانون الأمريكي فإن معيار التمييز بين الإيجاب والدعوة للتعاقد هو معيار القطعية، فإذا استوفى العرض المقدم شرط القطعية فإنه يعد إيجاباً، في حين يصبح الأمر مجرد دعوة للتعاقد إذا لم يتمتع بهذه الصفة، وفي الحالات التي لا يتبين فيها ما إذا كان العرض المقدم قطعياً أم لا، يتم الاسترشاد ببعض الاعتبارات مثل التفاصيل الواردة في

1 - علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 127.

2 - حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 184.

3 - شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، **النظام القانوني للتعاقد و التوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية**، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2016، ص 183.

4 - أحمد السعيد الزقرد، **أصول قانون التجارة الدولية البيع الدولي للبضائع**، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، 2007، ص ص 29 -30.

5 - فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص ص 82 -83.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

العرض وأسلوب الصياغة المستخدم فيها [1] ، وهو ما نصت عليه المادة 204 -1 من القسم الثاني من القانون التجاري الموحد ،حيث نصت على أنه : " ينعقد عقد البيع في كل حالة يظهر فيها وجود اتفاق بما في ذلك التصرف الذي يقوم به الأطراف والذي يعد اعترافا بوجود مثل هذا العقد"[2].

وقد عالج مشروع اتفاقية الأونسيترال للتعاقد الإلكتروني عالج هذا الأمر تحت عنوان الدعوات إلى تقديم العروض، ووضع معيار بخصوصه، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة 9 منه على :" أي رسالة بيانات تتضمن عرضا لإبرام عقد ولا تكون موجهة إلى شخص أو أشخاص معينين، بل تكون عامة في متناول الأشخاص الذين يستخدمون نظم المعلومات مثل عرض سلع أو خدمات من خلال موقع شبكة الأنترنت تعتبر مجرد دعوة إلى تقديم عروض ما لم يتبين اتجاه قصد مقدم العرض إلى الالتزام به في حالة قبوله[3].

الملاحظ أن هذا النص قد وضع قاعدة عامة في هذا الشأن، وهي أن الأصل في العروض الإلكترونية الموجهة إلى شخص أو أشخاص غير معنيين أنها دعوة إلى التعاقد، والاستثناء اعتبار مثل هذه العروض إيجاباً باتاً إذا كان مقدم العروض يقصد بها ذلك، وبمفهوم المخالفة إذا كانت هذه العروض موجهة لشخص أو أشخاص معينين، فتعد إيجاباً باتاً إلا إذا اتجه قصد مقدم الخدمة هذه العروض لاعتبارها مجرد دعوة إلى التعاقد، لذلك فإن عرض السلع والخدمات عبر المتاجر الافتراضية على الشبكة يعد مجرد دعوة إلى التعاقد، لكن إذا قام البائع عبر المتاجر الافتراضية بتوجيه عرض إلى شخص أو أشخاص معينين فيعد ذلك إيجاباً، ما لم يدل قصد البائع على اعتباره مجرد دعوة إلى التفاوض.

أما فيما يتعلق بالمعايير التي يمكن الاعتماد عليها لغرض الوصول إلى حقيقة إرادة مقدم العروض الإلكترونية لتحديد ما إذا كان يقصد من عرضه مجرد دعوة إلى التعاقد أو إيجابا ينعقد به العقد الإلكتروني إذا اقترن به قبول مطابق له[4]، فقد حاولت الفقرة الثانية من المادة التاسعة من مشروع الأونسيترال الإجابة على هذا التساؤل حيث نصت على أنه : " أنه في تعيين قصد طرف الالتزام في حالة القبول، يولي الاعتبار لجميع الظروف المتصلة بالحالة، ويفترض في عرض سلع أو خدمات عن طريق نظم حسابية مؤتمتة تسمح بانعقاد العقد أوتوماتيكية وبدون تدخل بشري أنه بين اتجاه قصد مقدم العرض إلى الالتزام به في حالة قبوله ما لم يبين العرض خلاف ذلك "، وأهم ما يلاحظ على هذا النص أن مسألة بيان المعايير التي يمكن من خلالها تكييف العروض الإلكترونية الموجهة للجمهور تعد مسألة تقديرية

1 - شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 184.
2 - المرجع نفسه، ص 184.
3 - بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 156.
4 - آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 153.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يمكن استنباطها من الظروف المحيطة بالحالة وملابساتها المختلفة، ومن ذلك طبيعة الوسيلة الإلكترونية المستخدمة في عرض السلع والخدمات[1].

من خلال ما سبق يمكن القول أن إضفاء صفة الإيجاب على أي عرض يقتضي أن يتوافر في هذا الأخير شروط الإيجاب، والذي يجب أن يكون واضحاً باتاً وملزماً لصاحبه، وأن يكون محدداً تحديداً كافياً نافياً للجهالة، وأن يكون موجه لشخص أو أشخاص معينين، ومتى توافرت في العروض الإلكترونية هذه الشروط لا يسعنا هنا إلا أن نقول أننا بصدد إيجاب ملزم، وليس دعوة للتعاقد.

البند الرابع: أنواع الإيجاب

قد يكون الإيجاب خاصاً؛ بأن يكون موجها إلى شخص أو أشخاص معينين، وقد يكون إيجاباً عاماً موجها إلى مجموعة أو فئة محددة من الجمهور.

أولا: الإيجاب الخاص

إن التكلم عن الإيجاب بشكل عام ينصرف إلى الإيجاب الذي يتم توجيهه مباشرة من الموجب إلى الموجب له، أو الموجب لهم كالإيجاب الموجه لفئة التجار المتخصصين في بيع الأحذية مثلاً، ويعتبر هذا النوع من الإيجاب ملزم للموجب تجاه من وجه له أو لهم من الأشخاص، ولهذا فإنه لا يجوز للشخص الذي لم يوجه له الإيجاب التقدم لقبوله[2]، ويتم الإيجاب الخاص في الغالب في عروض التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني أو برامج المحادثة[3]، وتتمثل هذه الحالة في تبادل العروض التعاقدية من خلال رسائل البيانات التي تحمل في طياتها الإيجاب والقبول؛ حيث يعمد الموجب إلى إمداد المستخدم بالمعلومات المتعلقة بمنتج معين، أو خدمة معينة عبر إرسال رسالة إلكترونية على بريده الإلكتروني الخاص، وذلك حسب اختياراته واهتماماته التي أبداها، أو وفقا لمعطيات تدل على ميوله وسلوكه لكي تكون هذه الرسالة مستوفية اعتبارها إيجابا، فيجب أن تتضمن كافة العناصر الجوهرية التي سيتم الالتزام بها كبيان أوصاف المنتج، أو الخدمة، أو الثمن، وأن يكون العرض باتاً ومحدداً[4].

1 - بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 158.

2 - يزيد أنيس نصير، " الإيجاب والقبول في القانون المدني الأردني المقارن"، **مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون**، عمادة البحث العلمي وضمان الجودة، الجامعة الأردنية، الأردن، المجلد: 30، العدد: 1، 2003، ص 240.

3 - ماجد محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق، ص 41.

4 - مخلوفي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 89.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فإذا ما قام المرسل إليه بفتح بريده الإلكتروني ووجد الرسالة الحاملة للإيجاب، فيفترض عندئذ أن هذا الإيجاب خاص وجازم وكامل، كما يفترض أنه اقترن بعلم من وجه إليه، وأصبح ذا أثر قانوني، فيستطيع المرسل إليه التعامل معه بالقبول أو الرفض[1].

وتعتبر معظم النظم القانونية هذا الإيجاب إيجابا ملزما لمن أصدره؛ سواء كان يحتوي هذا الإيجاب على فترة للقبول أم لا، حيث أنه في الحالة الثانية يعتبر ملزما لمن صدر عنه لفترة معقولة تمكن الموجب له من الرد بعد تفكير في الإيجاب، وضمن ظروف عادية[2].

ثانيا: الإيجاب العام

وهو ذلك العرض الموجه إلى جميع زائري الموقع عبر صفحات الويب التجارية المنتشرة عبر شبكة الأنترنت، التي تكون في أغلب الأحوال مفتوحة للجمهور عامة، ويكون عادة غير محدد بفترة زمنية، ولا تكون شخصية القابل ذات اعتبار شخصي للموجب[3]، لذلك فإن أي شخص يستطيع التقدم بالقبول حيث يحصل الارتباط عند ذلك وينتهي مفعول هذا الإيجاب لأشخاص الآخرين[4].

وإذا كانت القواعد العامة تعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً، ولما كان العرض الإلكتروني عبر شبكة الأنترنت، ومن خلال صفحات المواقع المختلفة يمكن أن يأتي متضمناً بيان الثمن، بالإضافة إلى العناصر الأساسية للتعاقد، فليس ما يمنع عندئذ من اعتباره إيجاباً قانونياً منتجاً، وإن كان يصح أن يوجه الإيجاب إلى شخص أو أشخاص محددين، أو غير محددين، أو جمهور الناس عامة، وكان الإيجاب الإلكتروني عبر مواقع الأنترنت يوجه كذلك إلى عموم الناس دون تحديد، فهنا يمكن القول أننا بصدد إيجاب عام[5].

الفرع الثاني: شروط الإيجاب الإلكتروني ومضمونه

يعد الإيجاب الخطوة الأولى لإبرام العقد تقليدياً كان أو إلكترونياً، والذي إذا ما قابله قبول مطابق له انعقد هذا الأخير، وحتى يكون الإيجاب الإلكتروني منتجاً لأثره في انعقاد العقد وجب أن تتوافر فيه جملة من الشروط، وذلك بأن يكون باتاً، وجازماً، ومحدداً، وموجهاً لشخص أو أشخاص معينين، وأن يصدر باللغة الوطنية للموجب له،

1 - عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 120.
2 - يزيد أنيس نصير، " الإيجاب والقبول في القانون المدني الأردني المقارن"، المرجع السابق، ص 240.
3 - بهلولي فاتح، المرجع السابق، ص 137.
4 - ماجد محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق، ص 32.
5 - عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 121.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ونظراً لكون التعاقد الإلكتروني يتم عن بعد، فيجب على الموجب أن يضمن إيجابه من البيانات ما ينير إرادة الموجه إليه الإيجاب، وكل ما من شأنه أن يساعده في إبرام العقد من عدمه، وتفصيل ذلك يكون بدراسة شروط الإيجاب الإلكتروني في البند الأول، ودراسة مضمونه في البند الثاني.

البند الأول: شروط الإيجاب الإلكتروني

حتى يرتب الإيجاب الإلكتروني أثره يجب أن تتوافر فيه جملة من الشروط العامة؛ التي تقترب من شروط الإيجاب التقليدي، وهي بأن يكون باتاً وجازماً، كما يجب أن تتوافر فيه نية الالتزام في حالة قبول العرض، وأن يكون محدداً تحديداً كافياً، وله أيضاً شروطاً خاصة؛ كونه يتم عن طريق شبكة الأنترنت، إضافة إلى استيفائه لشرط استعمال اللغة الوطنية، وفيما يلي بيان ذلك:

أولا: أن يكون الإيجاب باتاً وجازماً

يشترط في الإيجاب أن يكون باتا وجازما فيما يتعلق بعزم الموجب على الالتزام بما تعهد به[1]، ولا يترك فيه الموجب لنفسه مجالا للاختيار[2]، وهذا الشرط جوهري لاعتبار العرض إيجاباً، لأنه أساس التمييز بين الإيجاب البات وبين الإيجاب غير البات، الذي يعد في هذه الحالة مجرد دعوة للتعاقد، كما أن العقد لا يكتمل بإيجاب الطرف الآخر، بل لابد للطرف الآخر من التعبير عن إرادته بالقبول، مما يجعل الإيجاب البات والجازم شرط أساسي ولازم في العقد[3]، فهو الذي يميز بين مرحلة المفاوضات ومرحلة إتمام العقد، ففي الأولى لا يعلن الموجب استعداده للتعاقد، بل تنصرف نيته فقط إلى التفاوض على شروط العقد، بينما الإيجاب يكون فيه الموجب قد انتهى من وضع شروطه التي يرغب بالتعاقد على أساسها[4]، وبذلك إذا حدد الإيجاب تحديداً واضحاً وكاملاً عبر الأنترنت فإن العقد ينعقد بتوافر القبول[5].

و الجدير بالذكر أن أغلب المعلنين عن طريق شبكة الأنترنت يحاولون الالتفاف على الجزم فيه بالتحول إلى دعوة الطرف الآخر للتفاوض خوفا من حصول تقصير من جانبهم ومسائلتهم قانونا عن هذا التقصير، ويتم هذا

1 -Yousef Shandi, Op. cit, p 27.

2 - شبة سفيان ، عقد البيع الدولي، **أطروحة دكتوراه**، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011 -2012، ص 154.

3 - وعود كاتب عبد عباس، " أحكام الإيجاب الإلكتروني"، **مجلة رسالة الحقوق**، جامعة كربلاء، العراق، العدد الخاص ببحوث المؤتمر القانوني الوطني، 2012، ص 262.

4 - شبة سفيان ، المرجع السابق، ص 154.

5 - بشار طلال مومني، **مشكلات التعاقد عبر الانترنت -دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، علم الكتب الحديث ، إربد، الأردن ، 2004، ص 61.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الالتفاف من خلال ذكرهم لبعض العبارات أثناء الإعلان أو إرسال الإيجاب مثل عبارة العرض لفترة محدودة دون التزام إذا لم يتم القبول، أو إرسال رسالة تأكيد بعد القبول تؤكد تمام العقد[1].

ولاعتبار الإيجاب باتاً لا بد من أن يخلو من التحفظات التي تؤثر على إلزامية الإيجاب [2]، وعلى عدم جدية الموجب في إبرام العقد في حالة قبول العرض، ومن التحفظات التي ترد على العرض عبر شبكة الأنترنت احتفاظ صاحب العرض بحقه في تعديل شروط العرض، أو حقه في اختيار المتعاقد معه، أو تحديد النطاق الجغرافي الذي يعتبر فيه العرض إيجاباً صالحاً لإبرام العقد، أو أن العرض سار حتى نفاد المخزون[3].

مما سبق؛ يتبين أن العرض لا يكون ايجاباً إلا إذا كان باتاً وجازماً، يُفهم منه أن ارتباط القبول به سيؤدي إلى إبرام العقد، ومعيار التمييز بين كون العرض بات أم لا هو وجود النية الجازمة في إحداث الأثر القانوني لدى صاحب العرض، وهذا لا يمنع صاحب العرض من التحفظ فيما يصدره من عروض؛ سواء كان تحفظاً عاماً يمكن أن يحتج به في مواجهة الجميع، فيكون العرض مجرد دعوة للتعاقد، أو تحفظ محدد بدقة، وهو ما يجعل العرض إيجاباً مشروطاً، ويحتج به في مواجهة البعض الذين لم يتحقق في قبولهم الشرط الوارد في الإيجاب، وفي هاتين الحالتين نجد أن الإيجاب يفقد صفة الجزم مما يجعله غير مرتب لأثره القانوني، وعلى ذلك ينبغي أن يكون الإيجاب خالياً من أي تحفظ؛ حتى يتم به انعقاد العقد إذا ما قابله قبول مطابق له.

---

1 - وعود كاتب عبد عباس، المرجع السابق، ص 262.

2 - يميز الفقه بين نوعين من التحفظات:

-**النوع الأول**: لم يحدد فيها صاحبها العرض ماهية تحفظه أو دوافعه، كاحتفاظ صاحب العرض بحقه في تعديل العرض أو اختيار المتعاقد معه، فهذا التحفظ عام قد يقبل بموجبه صاحب العرض التعاقد مع شخص ويرفض التعاقد مع غيره دون إبداء دوافعه، فهذه التحفظات تجعل من العرض دعوة إلى التعاقد وليس إيجاب، وأهم ما يلاحظ على هذا النوع من التحفظات أنه غير دقيق، كونه سيلغي أي اعتبار لصيغة العرض، فيترك مسألة انعقاد العقد مرهونة باعتبارات نفسية من ذهن صاحب العرض، مما يجعل هذا العرض دعوة للتعاقد لا إيجاب.

-أما **النوع الثاني**: فيكون فيه التحفظ بدقة، ويكون العرض في هذه الحالة إيجابا مشروطا ينتج أثره في حال تحقق الشرط المقترن به، فإذا كان العرض مقترنا بتحديد النطاق الجغرافي الذي يعتبر فيه ايجاب كأن يقتصر العرض مثلا على منطقة شمال إفريقيا، فإن هذا العرض يعتبر إيجابا باتا لمن يقبله في منطقة شمال أفريقيا، ولا يعتبر كذلك في منطقة أخرى.

وفي موازاة ذلك ينظر البعض إلى هذه التحفظات من زاوية أخرى، ويقسمها إلى تحفظات عامة وتحفظات نسبية، أما التحفظات العامة فهي التي يحتج بها في مواجهة الجميع، ومثل هذه التحفظات تجعل من العرض دعوة للتعاقد، وليس ايجاباً بالمفهوم القانوني، وأما التحفظات النسبية فهي التي لا يحتج بها في مواجهة الجميع، وانما يحتج بها في مواجهة البعض، فهنا يكون العرض ايجاباً مشروطاً.

أنظر كلا من:

- طلال ياسين العيسي، سهى يحيى الصباحين، المرجع السابق، ص 62.
- محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص ص 133 – 134.

3 -طلال ياسين العيسى وسهى يحي صباحين، المرجع السابق، ص 62.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا: أن يكون الإيجاب الإلكتروني واضحاً ومحدداً تحديداً نافياً للجهالة

يكمن الغرض من الإيجاب إذا اقترن به قبول في إنشاء العقد، فيجب أن يكون الإيجاب محدداً تحديداً دقيقاً نافياً للجهالة[1]، وذلك باستيفائه للعناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، حتى يتسنى للموجب له أن يطلع على مضمون العقد المعروض عليه وينعقد العقد بمجرد صدور القبول دون إضافة أي شيء آخر[2]، فإذا كان العقد بيعا فيجب أن يتضمن الإيجاب ذكر المبيع من حيث مقداره ونوعه وبيان ثمنه، وفي عقد الإيجار لابد من ذكر الشيء الموجود وبدل الإيجار ومدة العقد وبداية تنفيذه[3]، كما أنه ومن شروط وضوح الإيجاب أن يشتمل على بيان هوية الموجب، ويقع هذا الالتزام على الموجب، إذ عليه تحديد هويته أمام عميله، ويرجع تطلب ذلك البيان إلى طبيعة هذا التعاقد إذ هو تعاقد عن بعد، وليس تعاقد مباشر بين التاجر والمستهلك، بل هو تعاقد إلكتروني يصعب معه على المستهلك التحقق من شخصية التاجر (الموجب)، وذلك ما يثير في نفس المستهلك خيفة بصدد الإيجاب المعروض[4]، لذلك ومن أجل حماية المستهلك جاءت النصوص القانونية لتلزم الموجب بتحديد هويته في الإيجاب الإلكتروني من بيان اسمه وموطنه ومركز نشاطه وموقعه الإلكتروني وعلامته التجارية[5].

والجدير بالذكر أن أي عرض يبث عن طريق المواقع التجارية والبريد الإلكتروني وغيرهما مما يبث عن طريق الشبكة العالمية للأنترنت من إعلانات ودعاية للعديد من المنتجات[6]، لا يعتبر إيجاباً إلا إذا تضمن كافة العناصر الضرورية لإبرام العقد، بحيث إذا تخلف أحد تلك العناصر يؤدي إلى عدم اعتبار هذا التعبير الإرادي إيجابا بالمعنى القانوني المؤدي لإبرام العقد، بل يكون من قبيل الدعوة للدخول في مفاوضات عقدية أو مجرد إعلان لا يؤدي للتعاقد، بل يجب أن يشتمل على البيانات العقدية المتعلقة بمحل العقد بطريقة واضحة لا يكتنفها أي غموض[7]، وأن يكون مصحوبا بصور فوتوغرافية ومتحركة، والتي يجب أن تعكس حقيقة المنتج خالية هي الأخرى من أي غموض يتعلق بالنوعية أو الأوزان أو دولة المنشأ وغيرها، وإلا عد ذلك قبيل تضليل الجمهور[8].

---

1 - Yousef Shandi,Op cit, p 26.

2 -علي فيلالي، المرجع السابق، ص 88.

3 -أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 66.

4 - كوثر سعيد عدنان خالد، **حماية المستهلك الإلكتروني**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012، ص 401.

5 - أسامة أحمد بدر، **حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 162.

6 - وعود كاتب عبد عباس، المرجع السابق، ص 261.

7 - نزيه محمد الصادق المهدي، " انعقاد العقد الإلكتروني"، **مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية)، جامعة** الإمارات العربية المتحدة - أبو ظبي، خلال الفترة: 19 -2009/05/20، ص 223.

8 - فراس بحر محمود، المرجع السابق، ص 44.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثالثا: أن يكون الإيجاب الإلكتروني موجها إلى شخص أو إلى أشخاص معينين

يصدر الإيجاب بطريقة التعبير المعتادة الصريحة أو الضمنية، ولا يصح في ذلك السكوت، فهو أول الكلام والصمت والسكوت كالعدم، والعدم لا يرتب أي أثر[1]، والإيجاب هو حمل الطرف الآخر على الرد بالقبول أو الرفض، فإذا كان الإيجاب موجها إلى شخص معين أو أشخاص معينين فإنه يترتب عليه أثر، والسبب هو تعيين الشخص المقصود بالإيجاب[2]، إذ أن الراجح فقهاً وقانوناً أن توجيه الإيجاب إلى الجمهور دون تحديد الشخص عد إيجابا، أما إذا تعلق الأمر بالنشر أو الإعلان، فالأمر لا يخلوا أن يكون دعوة للتفاوض والعلة في ذلك غياب الشك في الملابسات فالمقصود هو الإيجاب[3].

رابعا: استخدام اللغة الوطنية في الإيجاب الإلكتروني

إن عالمية شبكة الاتصالات والمعلومات الدولية تستدعي التخفيف من وجوب استعمال اللغة الوطنية في الإيجاب الإلكتروني، بخلاف ما تفرضه بعض القوانين الوطنية التي يكون القصد منها حماية المستهلكين، فتقر إمكانية الاحتجاج بسوء النية وتقرير بطلان العقد إذا كان العقد مكتوبا بغير اللغة الوطنية للمستهلك[4]، وهو ما جعل المبادئ القانونية الحديثة المقررة في حماية المستهلك توجب مراعاة اللغة الأم لكل مستهلك، حتى يتسنى له فهم مضمون العقد الإلكتروني الذي يريد أن يقدم عليه، وذلك كشكل من أشكال الحماية له[5]، فالإيجاب عبر الشبكة الدولية للأنترنت غالبا ما يتسم بالعالمية؛ فيكتب باللغة الإنجليزية، مما يستتبعه إبرام العقد بتلك اللغة أو أي لغة أجنبية غيرها، فاحتواء العقد على مصطلحات فنية وقانونية غير مألوفة، أو ذات دلالات قانونية مختلفة، من شأنها أن تعبر عن النظام القانوني المتبع في دولة المستهلك، أو قد تحمل ترجمة المصطلح أكثر من معنى في ذات الوقت[6].

وجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي تناول بالتنظيم مسألة استخدام اللغة في مرحلة ما قبل التعاقد في إطار المعاملات التقليدية، ففرض المشرع الفرنسي في القانون الصادر في 31 ديسمبر 1975 صياغة الإيجاب باللغة الفرنسية

---

1 - قارة مولود ،" التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية"، المرجع السابق، ص 74.

2 - وعود كاتب عبد عباس، المرجع السابق، ص 261.

3 - زياد طارق جاسم الراوي، "التراضي الالكتروني -دراسة مقارنة"، **مجلة جامعة كربلاء العلمية**، جامعة كربلاء، العراق، المجلد: 7، العدد: 1، إنساني، 2009، ص 65.

4 - أقدس صفاء الدين رشيد البياني، " التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني -دراسة قانونية مقارنة"، **المجلة الأكاديمية للبحث القانوني**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، المجلد: 13، العدد: 1، 2016، ص 58.

5 - المرجع نفسه، ص 58.

6 -شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 179.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

في مجال ترويج السلع والخدمات، وبصدور قانون توبون في 4 أوت 1994 أوجب المشرع الفرنسي بموجب المادة 2 منه استعمال اللغة الفرنسية، أو على الأقل استخدام ترجمة لها في كل أنواع التجارة بشكل عام ومن ثم في التجارة الإلكترونية[1]، خصوصاً عند وضع المنتوج أو الخدمة وتعينها على وجه الدقة، وكذلك ما يتعلق بطريقة التشغيل أو الاستعمال أو السداد[2]، وقد حاولت الحكومة الفرنسية أن تخفف من أثر هذا القانون بالنسبة لشبكات الاتصالات، فأصدر رئيس الوزراء منشوره في 19 ماي 1996 الذي ينص على وجوب استخدام اللغة الفرنسية في كتابة البيانات على الشاشة مع إجازة أن تصاحبها ترجمة بالإنجليزية أو بأي لغة أجنبية أخرى[3].

وقد ذهب بعض الفقه الفرنسي وإقرار منه بحقيقة وجود صعوبات كثيرة في وجوب استخدام اللغة الفرنسية عند إبرام العقد الإلكتروني أو بالإيجاب، لأن غالبية المنتجات والخدمات يتم الإعلان عنها وتسويقها باللغة الإنجليزية، وذلك لأن الأخيرة هي لغة الأنترنت، إلا أن استخدام اللغة الفرنسية في إطار البيع للمستهلك يجب أن يوضع في إطار نص المادة 30 من اتفاقية روما التي بينت فيها بدائل متعددة لاستخدام اللغات في المعاملات والاتصالات التجارية[4].

بالنسبة لموقف المشرع الجزائري؛ فإنه باستقراء القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية لم ينص على وجوب استخدام اللغة الوطنية في الإعلان عن العروض التجارية الإلكترونية، إلا أنه وبالرجوع إلى القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[5]؛ نجد أنه انشغل بأن يتمكن المستهلك من العلم بكافة البيانات المتعلقة بالعقد والتي تساعده في اتخاذ قراره في التعاقد، وهو ما نص عليه في المادة 18 منه[6]، والتي أوجبت أن تكون المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد باللغة العربية أساساً، فحذا في ذلك حذو المشرع الفرنسي في إمكانية استعمال لغات أخرى، ولكن بشرط أن تكون مفهومة لدى المستهلك.

ومن خلال ذلك نخلص إلى ضرورة مراعاة لغة المستهلك، وذلك حتى يتسنى له فهم مضمون وموضوع العقد وأية شروط أخرى خاصة في مجال العقود المبرمة بواسطة شبكة الأنترنت، والتي غالبا ما يجهل المتعاقد خلالها هوية

1 - أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 74.

2 -بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 132.

3 - إياد أحمد سعيد الساري، المرجع السابق، ص 68.

4 -أسامة أبو الحسن مجاهد، "خصوصية التعاقد عبر الأنترنت"، **بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والأنترنت**، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، من 1 -3 مايو 2000، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، 2004، ص ص 148 -149.

5 - القانون رقم 03/09 المؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: العدد 15، بتاريخ 11 ربيع الأول 1430 الموافق 8 مارس 2009).

6 - تنص المادة 18 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنه: " يجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الاستخدام وشروط ضمان المنتوج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا، وعلى سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة او عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلك وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المتعاقد الآخر ، وليس هذا فحسب ؛ وحتى يمكن المشتري الإلكتروني من دخول الموقع ، وتفحص المنتجات المعروضة يفضل استخدام الموقع لأكثر من لغة ، وبخاصة إذا كانت لغة المشتري لغة مختلفة.

البند الثاني : مضمون الإيجاب الإلكتروني

يشترط في الإيجاب في العقد الإلكتروني أن يكون باتاً وجازماً ، ونظراً لكونه يتم بوسائل إلكترونية يجب أن يكون بعيداً عن أي غموض أو تردد ، ويفترض فيه أيضاً أن يحترم قواعد الإعلان المعدة قانوناً ؛ بحيث تعتبر صورة الشيء المعروض تعبيراً صادقا عن هذا الشيء ، ولكي يحوز الإيجاب الإلكتروني هذه الصفات ينبغي أن يزود الموجب العميل ببعض المعلومات العامة الضرورية بصدق ووضوح[1] ، و أهم هذه المعلومات تحديد هوية المتعاقدين ، وحماية المعطيات الشخصية ، وكذا التعريف بطبيعة المنتوج ، و المعلومات المتعلقة بطريقة التعاقد وتنفيذه.

أولا : تحديد هوية المتعاقدين

نظرا لكون الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصال ، فإن الكثير من مستخدميها قد لا يفصحون عن هويتهم ، خاصة إذا كان عرضهم غير نبيل ، أو خجلاً من تصرف مشين يقومون به ، ويرغبون في التهرب منه المسؤولية عنه ، وهذا يتطلب ضرورة إجراء التحقق من شخصية الأطراف المتعاقدة بصورة فنية دقيقة بما يحقق الأمان والثقة في المعاملات المتبادلة إلكترونيا ويجنب الأطراف أي شكل من أشكال الخداع[2] ،

لذلك ؛ ومن أجل حماية المستهلك جاءت النصوص القانونية لتلزم الموجب بتحديد هويته في الإيجاب الإلكتروني المعروض على المستهلكين ؛ من بيان موطنه ، ومركز نشاطه ، وأرقام تليفوناته ، مع بيان موقعه الإلكتروني والبريد الإلكتروني الخاص به ، وعلامته التجارية ، ورقم قيده في السجل التجاري[3] ، ومكان التسجيل[4].

---

1 - إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص ص 83 -84.

2 - سمير حامد عبد العزيز الجمال ، المرجع السابق ، ص 107.

3 - للسجل التجاري وظائف :

- **الوظيفة الاستعلامية** : حيث يمكن للجمهور الحصول على المعلومات الوافية عن كل التجار والشركات التجارية.

- **الوظيفة القانونية** : إذ يتم إشهار جميع التصرفات والأحكام والقرارات المتعلقة بالتاجر وتجارته ، بحيث تصبح هذه التصرفات نافذة في حق الغير.

- **الوظيفة الاقتصادية** : يفيد السجل التجاري في توفير المعلومات اللازمة لإجراء الإحصاءات والدراسات عن النشاطات الاقتصادية ، مما يسهم في تحسين الوضع الاقتصادي للدولة. للتفصيل أكثر راجع : بسام أحمد الطراونة وباسم محمد ملحم ، **مبادئ القانون التجاري** ، الطبعة الثانية ، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة ، عمان ، الأردن ، 2012 ، ص ص 103 - 104.

4 - كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص401.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهو ما أوجبه المشرع الجزائري بمقتضى المادة 11 من القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، حيث ألزم المورد (الموجب) بأن يضمن إيجابه البيانات التي تدل على هويته، وتتمثل هذه البيانات في رقم التعريف الجبائي والعناوين المادية والإلكترونية، ورقم الهاتف، إضافة إلى رقم القيد السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية للحرفي[1].

كما نصت المادة 121 -17 من قانون الاستهلاك الفرنسي على أنه: " في كل إيجاب لبيع أموال أو تقديم خدمات يلتزم المهني بأن يوضح للمستهلك اسم مشروعه، وأرقام هواتفه، وعنوان مركز إدارته، إذا كان مختلفاً عن المنشأة المسؤولة عن الإيجاب"[2]، وبذلك يلتزم الموجب أن يكون إيجابه كاملاً، فيعد تحديد هوية المتعاقدين أمر جوهري، ليس فقط من الناحية العملية؛ إذ من غير المتصور أن يقوم شخص ما على التعاقد مع شخص مجهول الهوية، بل أيضا من الناحية القانونية إذ من دونه لا يستقيم العقد قانونا[3].

وقد عبر عن ذلك بعض الفقه بالقول أنه: " لا يكون للعقد وجود ما لم يلتق شخصان على الأقل متمتعان بالأهلية القانونية، بيد أن آلية التجارة الإلكترونية تعبر عن نفسها من خلال أنظمة معلوماتية، فالشخص الطبيعي أو المعنوي غائب مادياً، إلا أنه حاضر قانوناً في كل لحظة، فهو وحده الذي يتمتع بالشخصية القانونية التي تعطيه إمكانية الالتزام قانونا في إطار عقد من العقود التي يستخدمها"[4].

ولاشك في أن مشكلة تحديد هوية الشخص المتعاقد تعد من أهم الصعوبات التي يثيرها العقد الإلكتروني، وهي مرتبطة بصورة جوهرية بمسألة سرية المعلومات المتبادلة.

ثانيا: حماية المعطيات الشخصية

أوجب المشرع الجزائري على المورد الإلكتروني أن يوضح للمستهلك سياسته ومهارته بصدد حماية المعطيات الشخصية به بصدد المعاملة المطلوبة[5]، بحيث لا يتمكن أي أحد من الاطلاع عليها إلا الأطراف المعنية المسموح لها

---

1 - تنص المادة 11 من القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على أنه: " يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر، المعلومات التالية:

- رقم التعريف الجبائي، والعناوين المادية والإلكترونية، ورقم هاتف المورد الإلكتروني.

- رقم السجل التجاري أو رقم بطاقته المهنية".

2 - Shattnawi Sinan, Les conditions générales de vente dans les contrats électroniques en droit compare Franco-Jordanien, **Thèse de doctorat** , Ecole doctorale de droit, Université Reims Champagne-Ardenne, 27/06/2012, p 59.

3 - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 84.

4 - المرجع نفسه، ص 84.

5 - تنص المادة 11 ، البند 6 من القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الجزائري على أن: " الشروط العامة للبيع، لاسيما البنود المتعلقة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بذلك[1]، فطبيعة المعاملات التجارية تتطلب حداً من السرية والأمان وتعد هذه السرية من أكثر الأمور تعقيدا في العقود الإلكترونية نتيجة للطبيعة المفتوحة لشبكة الأنترنت[2]، وهو ما يلزم مقدم المنتج أو الخدمة بأن يوفر التقنيات والوسائل اللازمة لأمن وحماية المعطيات الخاصة بالعملاء وحمايتها من الاطلاع والتجسس عليها أو إفشائها[3].

ثالثا: التعريف بطبيعة المنتوج

يجب أن يتضمن الإيجاب الإلكتروني وصفاً دقيقاً، وواضحاً للمنتوج أو الخدمة، وذلك بتحديد الاسم والكمية، والنوع، وأن يكون ذلك مقروناً بالصور والرسوم الشارحة؛ التي تعرض صفات، وخصائص المنتوج بدقة ووضوح، ولا بد أن يتضمن الإيجاب بيان الثمن والعملة التي يدفع بها، وبيان ما إذا كان هذا الثمن يشمل أو لا يشمل نفقات النقل والرسوم الجمركية والضرائب، كما يجب أن يتضمن بياناً مفصلاً عن العنوان الذي يجب أن يتم الإيفاء فيه، وفي العقود الإلكترونية غالبا ما يتم إيفاء الثمن باستخدام وسائل الدفع الإلكترونية كبطاقة الاعتماد[4].

وهذا الالتزام إذا كان سنده مباشرة في النصوص القانونية العامة تمنع الإشهار المضلل، أو تلك التي تتعلق بتحديد الأسعار والإعلان عنها، فقد تم النص على هذا المقتضى صراحة ووجوباً ضمن النصوص القانونية المنظمة للتجارة الإلكترونية، فالقانون الفرنسي مثلاً أوجب على كل متعامل في كل أنواع التجارة بصفة عامة، والتجارة الإلكترونية بصفة خاصة أن يُضّمن إيجابه، وعلى وجه الخصوص وصف الشيء، أو المنتج، أو الخدمة، وتعيين نطاقه وماله من ضمان، كما نص في الإيجاب كذلك على طريقة التشغيل، أو الاستعمال، و الفواتير، والإيصالات[5].

وهي نفس البيانات التي أوجبها المشرع التونسي والتي نص عليها في الفصل 25 من القانون رقم 83 لسنة 2000 والمتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية،حيث ألزم الموجب أن يضمن إيجابه كافة المعلومات التي تمكن الزبون من الإحاطة بالسلعة أو الخدمة الموردة، بما في ذلك طبيعة وخاصيات وسعر المنتوج، وكذا كلفة تسليمه، ومبلغ تأمينه والآداءات المستخدمة، والفترة التي يكون خلالها المنتوج معروف بالأسعار المحددة، وكلفة استعمال تقنيات الاتصال حيث يتم احتسابها على أساس مختلف التعريفات الجاري بها العمل[6].

---

1 - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 109 .

2 - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص ص 90 -91.

3 - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 109.

4 - مولاي حفيظ علوي قاديري، المرجع السابق، ص 31.

5 - أسامة أبو الحسن مجاهد، **التعاقد عبر الانترنت**، المرجع السابق، ص 74.

6 - عبد الفتاح بيومي حجازي، **مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية**، المجلد الأول، قانون التجارة الإلكترونية والمبادلات التونسي، دار الفكر الجامعي، 2004، ص 88.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهو ذات الاتجاه الذي اتبعه المشرع الجزائري؛ إذ ألزم المورد بأن يزود الموجب له بكافة المعلومات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة المعروضة حتى يتسنى له إمكانية الاطلاع عليها، ومن ذلك طبيعة وخصائص السلعة أو الخدمة، وبيان أسعارها مع احتساب كل الرسوم، وكذا بيان حالة توفر السلعة أو الخدمة[1].

رابعا: المعلومات المتعلقة بطريقة التعاقد

يبقى هذا الالتزام في نظر بعض الفقه الفرنسي أصيلاً وخاصاً بالإيجاب الإلكتروني، واعتمادا على البيانات والتفصيلات المتضمنة في العرض المقدم إلكترونياً، فحتى يرقى لمرتبة الإيجاب الملزم وجب تضمينه زيادة على البيانات السالفة الذكر مختلف المراحل الواجب تتبعها لإبرام العقد إلكترونياً، وهذه الإشارة لوجوب الإعلام بطريقة إبرام العقد تظهر النية الصريحة والجادة في التعاقد[2]، ومن المراحل الواجب إتباعها ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1369 من القانون المدني: - الاطلاع على المنتوج أو الخدمة مع حرية الاختيار.

-قراءة شروط الطلبية.

-إمكانية إعادة القراءة من أجل التثبيت أو تصحيح الأخطاء.

-إمكانية نسخ المعلومات المتعلقة بمزود السلعة أو الخدمة.

-المعلومات المتعلقة بالأداء، وبالتصديق.

زيادة على ذلك أضاف المشرع الفرنسي فقرة فريدة من نوعها في نفس المادة، أوجبت على مقدم السلعة أو الخدمة أن يصيغ إيجابه باللغة الفرنسية، أو بمجموعة لغات أخرى من ضمنها اللغة الفرنسية وجوباً، كما يلتزم الموجب بإعلام الزبون باحتفاظه بملف العملية ضمن أرشيف معين مع بيان كيفية الرجوع إليه عند الاقتضاء من طرف الزبون[3].

خامسا: معلومات تتعلق بشروط تنفيذ العقد

يضع هذا الشرط التزاماً على عاتق البائع أو مورد الخدمة بأن يضمن إيجابه جميع البيانات والمعلومات المتعلقة بشروط إبرام العقد وتنفيذه، كبيان طريقة تسليم المنتوج وزمان ومكان التسليم أو بيان طريقة الأداء، وكذا أجال التنفيذ، وغير ذلك من الأمور والجوانب المتعلقة بتنفيذ العقد الإلكتروني الواجب إعلام المستهلك بها قبل التعاقد[4].

1 - تنص المادة 11 البندين 3 و 4 من القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الجزائري على أنه: " -طبيعة وخصائص وأسعار السلع أو الخدمات المقترحة باحتساب كل الرسوم - حالة توفر السلعة أو الخدمة".

2 - مولاي حفيظ علوي قاديري، المرجع السابق، ص 33.

3 - المرجع نفسه، ص ص 33 -34.

4 - المرجع نفسه، ص 35.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هذه الشروط التعاقدية إن كان المشرع الفرنسي قد أوردها في صياغة عامة، فالمشرع التونسي أفرد تفصيلاً لهذا النوع من البيانات الواجب تضمينها بالإيجاب الإلكتروني، والمتعلقة أساساً بالشروط المختلفة التي تسهل إبرام وتنفيذ التعاقد الإلكتروني[1].

كما نص المشرع الجزائري على ذات الشروط، وذلك في المادة 11 من قانون التجارة الإلكترونية رقم 05/18، ملزماً المورد بأن يُضّمنها في إيجابه بطريقة مرئية، ومقروءة، ومفهومة، وذلك حتى يتمكن الموجب له من معرفة هذه الشروط والاطلاع عليها، وتتمثل هذه المعلومات في:

-كيفيات ومصاريف وآجال الدفع.

-الشروط العامة للبيع، لاسيما البنود المتعلقة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي.

-شروط الضمان التجاري وخدمة ما بعد البيع.

-طريقة حساب السعر عندما لا يكون تحديده مسبقا.

-كيفيات وإجراءات الدفع.

-شروط فسخ العقد عند الاقتضاء.

-وصف كامل لمراحل تنفيذ المعاملة.

-مدة صلاحية العرض.

-شروط وآجال العدول، عند الاقتضاء.

-طريقة تأكيد الطلبية.

-موعد التسليم وسعر المنتوج موضوع الطلبية المسبقة وكيفيات إلغاء الطلبية المسبقة عند الاقتضاء.

-طريقة إرجاع المنتوج أو استبداله أو تعويضه.

---

1 - ينص الفصل 25 من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات التجارية الإلكترونية على أنه: " يجب على البائع في المعاملات التجارية الإلكترونية أن يوفر للمستهلك طريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد المعلومات التالية:

- طرق وإجراءات الدفع عن الاقتضاء شروط القروض المقترحة.
- طرق وآجال التسليم وتنفيذ العقد ونتائج عدم انجاز الالتزامات.
- إمكانية العدول عن الشراء وأجله.
- كيفية إقرار الطلبية.
- طرق إرجاع المنتوج أو الإبدال وإرجاع المبلغ.
- شروط فسخ العقد إذا كان لمدة غير محددة أو تفوق السنة.
- المدة الدنيا للعقد فيما يخص العقود المتعلقة بتزويد المستهلك بمنتوج أو خدمة خلال مدة طويلة أو بصفة دورية".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

-تكلفة استخدام وسائل الاتصالات الإلكترونية عندما تحتسب على أساس آخر غير التعريفات المعمول بها.

كما عالج مشروع اتفاقية الأونسيترال للتعاقد الإلكتروني هذا الأمر أيضاً تحت عنوان المعلومات العامة الواجب تقديمها من الأطراف، وأهم ما يلاحظ على هذه النصوص أنها جاءت بصيغة قواعد قانونية آمرة، تفرض على كل طرف بعرض سلعا أو خدمات على شبكة الأنترنت أن يقدم قبل إبرام العقد التجاري الإلكتروني جملة من المعلومات تتعلق بالعقد وشروطه خصوصا إذا كان الطرف الآخر مستهلكا[1]، وهذه الشروط تدخل ضمن ما يسمى في العالم المادي بالشروط الواجب توافرها في محل العقد، ولكن الالتزام الذي تقرره هذه النصوص أكثر شدة من الالتزام الذي تقرره القواعد العامة[2]، وفي هذا المجال لا يكفي لتعيين محل العقد الإلكتروني مجرد الإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص، بل لابد من تقديم جميع المعلومات التي تحددها تلك النصوص، وليس هذا فحسب، فيلزم أيضا بيان هوية المتعاقدين خاصة، وأن العقد يبرم عن بعد مما قد يعرض المتعاقدين للتضليل والاحتيال، ولذلك فالغرض الأساسي هو حماية المستهلك خاصة عندما يكون طرفا ضعيفا في العقود الإلكترونية[3].

ومن ناحية أخرى، وبفضل الخدمات المتنوعة التي تقدمها شبكة الأنترنت يكون بيان هذه المعلومات في الإيجاب الإلكتروني مصحوباً بصور فوتوغرافية، ومتحركة عنها؛ والتي يجب أن تعكس حقيقة المنتج، خالية من أي غموض يتعلق بالنوعية، أو الأوزان، أو دولة المنشأ، وغيرها؛ وإلا عُد ذلك من قبيل تضليل الجمهور، وتشويه الحقيقة لديهم، وهو ما تؤكده جميع التشريعات الحديثة التي توجب على التاجر بأن يبين تلك المعلومات بصورة دقيقة، وموافقة للحقيقة، دون لبس وغموض، وإلا فقد يتعرض التاجر للمساءلة الجزائية، إضافة إلى قيام مسؤولية المدنية عن الأضرار التي تصيب المستهلك نتيجة ذلك التضليل[4].

الفرع الثالث: سقوط الإيجاب الإلكتروني

بالقياس على حالات سقوط الإيجاب في العقود التقليدية، فإن الإيجاب الصادر عبر شبكة الأنترنت يسقط بذات الحالات، إذ يسقط بعدول الموجب عنه وهو ما سنتطرق له في البند الأول، ويسقط لأسباب خارجة عن إرادة الموجب وسنتطرق لها في البند الثاني.

1 -بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص ص 152 -153.
2 -آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 149.
3 - بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 153.
4 -آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 149.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الأول: سقوط الإيجاب بعدول الموجب عنه

أعطت التشريعات، ومن بينها القانون الجزائري، الحق للموجب بالعدول عن إيجابه في أي وقت، طالما لم يرتبط به القبول، وقد يتم ذلك صراحة بإعلانه عن عدوله بإحدى طرق التعبير الصريح، فإذا كان موجها للجمهور يفترض أن يعدل عنه بنفس الطريقة التي أعلنه فيها لتحقيق علم الغير بسقوطه، وإلا تحمل الموجب مسؤولية الضرر الذي يلحق الغير بحسن النية، وقد يتم العدول ضمنا[1]، ويمكن أن يسقط الإيجاب ضمناً أيضاً بتكرار الإيجاب، فهنا يبطل الإيجاب الثاني الأول، ولكن دائماً يُشرط عدم ارتباط هذا الأخير بالقبول، وتتعلق هذه الحالات بالإيجاب غير الملزم، أما إذا اقترن الإيجاب بمدة معينة، فإنه يصبح ملزما مما يمتنع معه على الموجب التراجع عنه قبل انقضاء هذه المدة[2]، وتحديد الميعاد في غالب الأحيان يكون صريحاً، ولكنه قد يقع أحياناً أن يُستفاد هذا التحديد من العرف، أو ضمنياً من ظروف التعامل، أو طبيعته كالبيع ؛ بشرط التجربة[3].

وبذلك متى عُين للإيجاب تقليدياً كان أو إلكترونياً مدة معينة اكتسى قوة ملزمة بالنسبة للموجب [4]، فيكون فيها ملزم بالبقاء على إيجابه، أما إذا لم يعين هذه المدة، فيؤخذ بالمدة المعقولة التي يتمكن العميل من خلالها من العلم بالإيجاب والإجابة عليه ؛ مما يعني أن الموجب لا يكون حراً في الرجوع عنه، لأن القبول بغير ذلك من شأنه أن يهدد استقرار التعامل[5].

ويظل الموجب مرتبطاً بإيجابه خلال الميعاد المحدد للقبول متى حدد له ميعاد ؛ سواء في ذلك أن يصدر الإيجاب لغائب أو لحاضر، فإذا انقضى الميعاد ولم يصدر بالقبول لا يصبح الإيجاب غير لازم فحسب بل فقد ما توافر له من قوة

---

1 - كما لو قام المؤمن له لدى شركة التأمين بإخبارها بالحريق لعد أن أخبرها بعدم رغبته في تجديد العقد، فإخبار شركة التأمين عن الحريق هو من قبيل العدول الضمني عن الإيجاب الموجه إليها بعدم تجديد العقد طالما أن الشركة لم ترد عليه بالقبول.

2- Mickael Botrous, Op. cit, p 78.

3 - أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص ص 69 -70.

4 - في قضية عرضت على القضاء الإنجليزي أن عرض المدعى عليه على المدعي شراء كمية من الحديد بسعر جنيهين للطن الواحد، على أن يدفع الثمن كاملاً، وأن يستمر العرض حتى يوم الاثنين، وفيه أرسل المدعي برقية للمدعى عليه يستفسر فيها عما إذا كان بإمكانه قبول دفع السعر على شهرين، وإذا لم يكن في استطاعته ذلك أن يبين المدة القصوى التي يمكن أن يعطيها للمدعي للدفع، قام المدعى عليه بتسلم البرقية في الساعة العاشرة، إلا أنه لم يقم بالرد عليها، وبناءً عليه قام المدعي بإرسال برقية أخرى في الساعة الواحدة وخمس وعشرين دقيقة بواسطة برقية بهذا البيع، حيث وصلت البرقية في الساعة الواحدة وست وأربعين دقيقة ، على ضوء هذه الوقائع فإن المدعي يكون قد قام بقبول الإيجاب قبل علمه بإلغائه ،كما أنه إذا كانت البرقية الأولى التي أرسلها المدعي يكون قد قام بقبول الإيجاب قبل علمه بإلغائه، كما أنه إذا كانت البرقية الأولى التي أرسلها المدعي يعتد إيجاباً مضاداً فهي تشكل رفضاً للإيجاب. أعلنت المحكمة أن برقية المدعي الأولى، والتي استفسر فيها عن إمكانية الدفع، وهي لذلك لا تعد إيجاباً جديداً مضاداً، ولكنها مجرد طلب معلومات بخصوص الدفع، وهي لذلك لا تعد رفضاً للإيجاب، الأمر الذي يعني أن الإيجاب كان لا يزال قائما عندما قام الموجب إليه بإرسال قبوله. نقلاً عن: إياد سعيد محمد الساري، المرجع السابق، ص ص 62 -63.

5 - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 95.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الإلزام فيسقط سقوطاً تاماً من تلقاء نفسه، فلا يبقى الموجب على إيجابه إلا في حدود المدة المحددة له، ما دام قد لجأ إلى التحديد[1].

البند الثاني: سقوط الإيجاب لسبب خارج إرادة الموجب

يسقط الإيجاب لأسباب خارجة عن إرادة الموجب، مثل: رده من القابل؛ أكان هذا الرد صريحاً أم ضمنياً، وانقضاء مدة الإيجاب دون أن يصدر قبول، كما يسقط بانفضاض مجلس العقد، أو بموت الموجب، أو فقده لأهليته.

أولا: عدم قبول الإيجاب

إن الرفض الصريح للإيجاب يؤدي إلى سقوطه، ولا مجال للتراجع عن الرفض طالما وصل إلى الموجب الذي يكون له الحق في البحث عن متعاقد آخر، وبالتالي لا يستطيع من رفض الإيجاب العودة أو الرجوع عن الرفض طبقاً للقاعدة الفقهية: " الساقط لا يعود"[2]، ولذلك فإن قبول الإيجاب بعد سقوطه يعتبر إيجاباً صادراً من الموجب له، وبالتالي يعود للموجب قبوله أو رفضه[3]، كما أن رفض الإيجاب له عدة صور، منها: الرفض الصريح للإيجاب؛ كأن يحدد الموجب للموجب له في الإيجاب عبر البريد الإلكتروني مدة شهر لقبول الإيجاب، فيكون الرد بالرفض الصريح من الموجه إليه قبل مدة الشهر عندئذ يسقط الإيجاب[4]، وقد يكون رفض الإيجاب ضمنياً، كأن يقوم الموجب بتوجيه إيجاب من خلال البريد الإلكتروني، أو صفحات الويب، متضمناً شروطاً تفصيلية عن الإيجاب؛ كالسعر، ومكان التسليم، وغيرها، فيقوم الموجه إليه الإيجاب بقبوله مع التعديل في بعض الشروط؛ كأن يقول قبلت البيع بسعر مليون دينار بدلاً من مليونين دينار، عندها يعتبر رفضاً، ويسقط الإيجاب الأول[5].

لكي يكون رفض الإيجاب منتجاً لأثاره يتوجب وصوله إلى علم الموجب، لأنه في تلك اللحظة يعلم الموجب بأنه لم يعد ملزماً بإيجابه، وإذا أرسل الموجب له رفضاً، ثم أرسل قبولاً وصل قبل أن يصل الرفض؛ فإن القبول يعتبر صحيحاً، وينشأ العقد بين الطرفين لالتقاء إرادتهما، أما إذا وصل هذا القبول متأخراً، فلا ينعقد العقد لأنه بوصول الرفض تحرر الموجب من إيجابه[6].

1 - سمير عبد السميع الأودن، **العقد الإلكتروني**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 48.
2 - بشار طلال المومني، المرجع السابق، ص 65.
3 - يزيد أنيس نصير، المرجع السابق، ص 238.
4 - بشار طلال المومني، المرجع السابق، ص 65.
5 - المرجع نفسه، ص 65.
6 - يزيد أنيس نصير، المرجع السابق، ص 238.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا: انقضاء المدة المحددة للإيجاب

تُقر معظم النظم القانونية بسقوط الإيجاب بعد مرور المدة التي تم تحديدها للقبول[1]؛ بمعنى أنه بانقضاء هذه المدة يسقط الإيجاب ما دام لم يقترن به القبول قبل انتهائها، ولا يجوز القول أنه بانتهاء المدة يظل الإيجاب قائماً، ولكن غير لازم، لأن مثل هذا القول لا يتفق ونية الموجب التي اتجهت إلى ألا يبقى الإيجاب قائما بعد انقضاء الميعاد[2]، ولو فرضنا أن الموجب عبر الأنترنت حدد فترة معينة لقبول الإيجاب، وانقضت المدة ثم صدر القبول عندها لا يمكن الأخذ به نظرا لصدوره بعد المدة المحددة[3].

ثالثا: انفضاض مجلس العقد

لا يكون هذا السقوط إلا في التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد إذ ليسقط الإيجاب القائم غير الملزم في حالتين: الأولى عدول الموجب قبل انفضاض مجلس العقد، والثانية انفضاض مجلس العقد، ولو لم يعدل عنه الموجب، وفي جميع الأحوال يسقط الإيجاب في حالة الرجوع فيه قبل اتصاله بعلم من وجه إليه، وبالتالي يمكن تصور سقوط الإيجاب غير الملزم عبر الأنترنت إذا تم تكييفه على أنه تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان[4].

رابعا: وفاة الموجب أو فقده الأهلية

إذا مات الموجب أو فقد أهليته بعد صدور الإيجاب عبر الأنترنت، وقبل صدور القبول؛ فإن مصير هذا الإيجاب يقتضي التمييز بين ما ذهب إليه فريقين من الفقهاء، وفقا لما يلي :

أ - ذهب جانب من الفقه إلى التمييز بين فرضيتين هما[5]: **الأولى**: إذا كان الإيجاب إيجاباً غير ملزم، هنا لا إشكال، فالموجب يستطيع العدول عن إيجابه في أي وقت، ما دام أن إيجابه لم يقترن بعد بالقبول، فإذا مات أو فقد أهليته فإن إيجابه يسقط حكماً. **الفرضية الثاني**: إذا صدر الإيجاب ملزماً، فيكون الموجب ملزماً بالبقاء على إيجابه طوال المدة التي حددها لصدور القبول، فإذا مات أو فقد أهليته، وكان الإيجاب لا يزال قائماً ينبغي أن نميز بين فرضيتين اثنتين:

-إذا مات الموجب أو فقد أهليته في الفترة المحددة لصدور القبول، فذلك لا يؤدي إلى سقوط الإيجاب، لأن ذمة الموجب تكون قد انشغلت قبل ذلك، وعليه فإن التزاماته تنفذ من التركة، أو من قبل الوصي، أو القيم.

1 - يزيد أنيس نصير، المرجع السابق ، ص 238.
2 - أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 71.
3 - بشار طلال المومني، المرجع السابق، ص 65.
4 - المرجع نفسه ، ص ص 65 -66.
5 - بشار محمود دودين، المرجع السابق، 148.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

-أما إذا كان الموجب قد مات أو فقد أهليته قبل انقضاء الميعاد المحدد لصدور القبول، ولم يكن القبول قد صدر بعد، فالأمر يبقى بين يد الورثة، أو القيم، أو الوصي؛ أي أن الإيجاب يبقى قائماً، ولكن موقوفاً على إجازتهم.

ب -ذهب جانب آخر من الفقهاء إلى القول بأن وفاة الموجب أو فقده لأهليته، وإن لم تؤدي إلى سقوط الإيجاب؛ إلا أنها تمنع انعقاد العقد، وذلك لأن التعاقد لا يتم إلا بوصول القبول إلى علم من وجه إليه (الموجب) الذي مات أو فقد أهليته، فإذا أرسل الموجب إيجابه عبر الأنترنت لشخص آخر يعرض عليه مثلاً أن يبيعه سلعة معينة، ثم مات، أو فقد أهليته، قبل أن يصل تعبيره إلى ذلك الشخص، فرغم أن الموت أو فقد الأهلية لا يؤثر على الإيجاب في حد ذاته، وبالتالي يبقى منتجاً لأثره، إلا أن التعاقد لن يتم؛ لأنه لم يتصل بعد بعلم من وجه إليه، وهو القابل، وهكذا نكون بصدد إيجاب صحيح، ولكن هذا الإيجاب لم يقترن به قبول فيظل عديم الأثر[1].

المطلب الثاني: القبول في العقد الإلكتروني

يفترض التعاقد اجتماع إرادتين باعتباره ثنائي الأطراف، ويجعل تكاملها أمراً ضرورياً، ويعد الإيجاب هو الخطوة الأولى نحو العقد، وهو يمثل إحدى هذه الإرادات، والقبول هو الإرادة الثانية في العقد، ويصدر ممن وجه إليه الإيجاب، والتي يجب أن تكون متطابقة تماماً مع الإيجاب لكي ينعقد العقد، وينتج أثاره، إذ بتطابق القبول مع الإيجاب يتكون الرضا، ويحدث التراضي حول إبرام العقد[2]، والعقد الإلكتروني لا يختلف عن العقد التقليدي كونه لا يخرج عن ذلك؛ فهو بدوره يحتاج إلى قبول إلكتروني مطابق لإيجاب إلكتروني[3]، نظراً لطبيعته التي توجب إتمامه عبر وسائط إلكترونية، ووسائل تقنية من خلال شكة الأنترنت؛ بمعنى أنه قبول عن بعد، إلا أنه يخضع لذات القواعد، والأحكام العامة التي تنظم القبول التقليدي، وإن كان يتميز ببعض الخصوصية التي ترجع إلى طبيعته الإلكترونية.

لبيان ذلك كله سوف نتناول هذا المطلب من خلال جملة من الفروع، نخصص الأول منها لدراسة مفهوم القبول الإلكتروني، ونتطرق لدراسة مدى صلاحية السكوت للتعبير على القبول الإلكتروني في الفرع الثاني، وفي الفرع الثالث نتناول مسألة إمكانية عدول المتعاقد عن القبول في التعاقد الإلكتروني

1 - بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 149.

2 - كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 429.

3 - شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 186.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الأول: مفهوم القبول في العقد الإلكتروني

نخصص هذا الفرع لتعريف القبول، وذلك في بند أول، ثم ندرس الشروط التي توافرها في القبول في البند الثاني.

البند الأول: تعريف القبول الإلكتروني

يقصد بالقبول بوجه عام: " موافقة الموجب له على الإيجاب الموجه إليه، بالشروط التي تضمنها ودون تعديل بحيث يترتب عليه انعقاد العقد إذا ما اتصل بعلم الموجب "[1].

أو هو: " التعبير عن رضا من وجه إليه الإيجاب بإبرام العقد بالشروط التي عينها الموجب"[2]. ويعرف أيضاً بأنه: " تعبير عن إرادة الطرف الأخر الذي تلقى الإيجاب يطلقه نحو الموجب ليعلمه بموافقته على الايجاب، فهو الاجابة بالموافقة على عرض الموجب، وبإضافته إلى الايجاب يتكون العقد "[3].

بينما عرفته اتفاقية فيينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع في المادة 18 منها على أنه: " يعتبر قبولا التعبير أو السلوك الذي يصدر عن الموجه إليه الإيجاب، والذي يدل على موافقته على هذا الإيجاب، ولا يعتبر السكوت في حد ذاته قبولا"[4].

أما القبول الإلكتروني فهو: " كل اتصال عن بعد يتضمن توافقاً تاماً مع كل العناصر المشترطة في الإيجاب، والتي وضعها الموجب؛ بحيث ينعقد العقد بمجرد حصول هذا الاتصال"[5].

مما سبق؛ فإن القبول الإلكتروني لا يخرج في مضمونه عن القبول التقليدي، سوى أنه يتم عبر وسائط إلكترونية من خلال شبكة الأنترنت؛ كونه قبول يتم عن بعد، ولذلك فهو يخضع لذات القواعد والأحكام التي تنظم هذا الأخير.

---

1 - نبيل محمد أحمد صبيح، "حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية - دراسة مقارنة"، **مجلة الحقوق**، مجلس النشر العلمي -جامعة الكويت، الكويت، العدد: 2، السنة: 32، يونيو 2008، ص 190.

2 - رامي محمد علوان، " التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني"، **مجلة الحقوق**، مجلس النشر العلمي -جامعة الكويت، الكويت، العدد: 4، السنة: 26، ديسمبر 2002، ص 250.

3 - أميرة حسن الرافعي، **التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإلكترونية**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، دون تاريخ، ص 149.

4 - Vincent Heuzé, Op.cit, pp163- 164.

5 - بن جبارة عباس، تكوين العقد الالكتروني في ظل نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، **أطروحة دكتوراه**، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة جيلالي الياس -سيدي بلعباس، 2013 -2014، ص 246.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما يمكن القول أن القبول الإلكتروني لا يشترط صدوره في شكل خاص أو وضع معين، فيصح أن يصدر عبر الوسائط الإلكترونية أو من خلال الطرق التقليدية للقبول، وذلك ما لم يشترط الموجب أن يصدر القبول في شكل معين، فقد يشترط التاجر الإلكتروني أن يكون القبول عن طريق البريد الإلكتروني، أو عن طريق ملء الاستمارة المعدة سلفا، والموجودة بالموقع، فإذا حدث وأن أرسل المستهلك قبوله في شكل آخر عن طريق البريد العادي، أو الفاكس مثلاً، فإن هذا القبول لا ينتج آثاره، ولا يكون صحيحاً، وبالتالي لا ينعقد العقد[1].

ومن التشريعات التي اشترطت تقديم القبول بنفس طريقة وصول الإيجاب القانون الأمريكي الموحد؛ حيث جاء نص المادة 206 -2 كما يلي: " التعبير عن الإرادة في القبول يتم بذات طريقة عرض الإيجاب"، ويفهم من ذلك أنه إذا أرسل الإيجاب عن طريق البريد الإلكتروني أو عبر موقع الويب، فيجب على القابل إن قبل التعاقد أن يعبر عن القبول بذات الطريقة[2].

وإذا لم يحدد الموجب وسيلة لإرسال القبول فإنه طبقا للقانون النموذجي يجب أن ترسل الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول إلى نظام المعلومات التابع للموجب، والذي يكون عادة صندوق البريد الإلكتروني الخاص به أو إرسال القبول بذات الطريقة التي أرسل بها الإيجاب[3]، وأيا كانت وسيلة التعبير عن الإرادة في القبول تقليدية أو الكترونية فإنه يلزم أن تكون نهائية تعكس رغبة جادة حقيقية في إحداث الأثر القانوني الناشئ عن تلاقيها مع الإيجاب دون ارتباطها بأي تردد أو رغبة في مناقشة العرض المقدم[4].

البند الثاني: طرق التعبير عن القبول في التعاقد الإلكتروني

يتم التعبير عن القبول الإلكتروني بعدة طرق منها الكتابة، وذلك بإرسال رسالة بما تتضمن الموافقة عن طريق البريد الإلكتروني[5]، أو عن طريق اللفظ من خلال غرف المحادثة، أو التنزيل عن بعد، من خلال تنزيل البرنامج، أو المنتج أو السلعة عبر الأنترنت، وتحميلها عبر جهاز الكمبيوتر الخاص بالقابل[6].

1 -لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 86.

2 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 268.

3 - المرجع نفسه، ص 268.

4 - شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 189.

5 - Joseph Richani, Les preuves dans l'arbitrage international, **Thèse pour du grade de docteur en droit,** université de CERGY-PONTOISE, 2013, p 157.

6 -عبد الحي القاسم عبد المؤمن، " أركان العقد الإلكتروني"، **مجلة جامعة بخت الرضا العلمية**، جامعة بخت الرضا، السودان، العدد: 11، يونيو 2014، ص 07.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومن طرق القبول أيضاً النقر على رز الموافقة، وهذه الطريقة هي الأكثر استخداماً في إبرام المعاملات الإلكترونية[1]، وتكون الموافقة بالنقر مرة واحدة على العلامة الخاصة بتلك الأيقونة؛ حيث نجد عبارة "أنا موافق"[2]، وقد يتم القبول عن طريق النقر مرتين على الأيقونة المخصصة للقبول بغرض التأكد من صحة إجراء القبول[3]، وفي هذه الحالة فإن النقر مرة واحدة لا يرتب أثراً بشأن انعقاد العقد، ويصبح القبول عديم الأثر، وغالباً ما يلجأ الموجب لهذه الطريقة للتأكد من موافقة القابل على التعاقد، وحتى لا يتذرع القابل بأن النقرة الأولى كانت عن طريق السهو أو الخطأ، فالنقر مرتين دليل على موافقة القابل على إبرام العقد[4].

وقد يتخذ الموجب بعض الإجراءات اللاحقة لصدور القبول، كالإجابة على بعض الأسئلة التي توجه إلى القابل مثل تحديد محل إقامته التي يتعين إرسال المنتج إليه، أو كتابة بعض البيانات الخاصة كرقم ونوع بطاقته الائتمانية[5]، والقصد من هذه الإجراءات هو تأكيد القبول وإبرام العقد، حتى إذا تم منه بالشكل المطلوب كان معبراً بالفعل عن إرادته الجازمة في القبول[6].

وإذا كان الأصل العام أن القبول يمكن أن يتم صراحة أو ضمناً، فإنه من المتصور إمكانية ذلك في القبول الإلكتروني؛ حيث يتم التعبير صراحة عن القبول عبر الوسائط الإلكترونية المتعددة، وقد يكون ضمنياً؛ كأن يقوم من وجه إليه الإيجاب بتنفيذ العقد الذي اقترح الموجب إبرامه، كالدفع مثلاً عن طريق بطاقة الائتمان بإعطاء الموجب رقم البطاقة السري دون أن يعلن قبوله، فيتم العقد وفق هذا القبول الضمني[7]، ومع ذلك يذهب الرأي الراجح إلى أن التعبير عن إرادة القبول الإلكتروني لا يكون إلا صريحاً؛ سواء باستعمال اللفظ الذي يدل مباشرة على المعنى المقصود منه بإجراء اتصال هاتفي عبر الأنترنت، أو عن طريق الاتصال بقنوات المحادثة أو كتابة باستخدام البريد الإلكتروني[8].

وهو ما أكده المشرع الجزائري في نص المادة 12 من القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، حيث اشترط وجوب أن يكون تعبير المستهلك عن قبوله صريحا[9] مسقطا إمكانية التعبير عنه ضمنياً، والمشرع الجزائري بموقفه

---

1 - Joseph Richani, Op. cit, p 157.

2 - أمير طالب الشيخ التميمي، المرجع السابق، ص 98.

3 - Patrick Canin, op.cit, p 38.

4 - فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص 91.

5 - لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 89.

6 - فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص 91.

7 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 269.

8 - أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 205.

9 - تنص المادة 12 من القانون رقم 18 -05 على أنه: " ... يجب أن يكون الاختيار الذي يقوم به المستهلك الإلكتروني معبرا عنه بصراحة".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هذا يكون قد خالف القواعد العامة التي أجازت التعبير الضمني، ووفقا لهذا الرأي فإنه لا محل للقول بأن التعبير عن إرادة القبول الإلكتروني يمكن أن يكون إشارة متداولة عرفاً أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود منه، أو السكوت المقترن بظروف يرجح معها دلالته على القبول[1].

البند الثالث: شروط القبول الإلكتروني

لا يتم العقد إلا باكتمال الرضا، ولا يكتمل الرضا إلا باتفاق الإرادتين وتطابقهما تطابقاً تاماً، ويمثل في ذلك الإيجاب الخطوة الأولى في العقد، في حين تمثل الإرادة الثانية فيه، وحتى يؤدي لإبرام العقد وجب أن يصدر والإيجاب مازال قائماً، وأن يكون مطابقاً له، إضافة إلى وجوب أن يكون باتاً وجازماً.

أولا: أن يطابق القبول الإيجاب

يشترط في القبول حتى يعتد به أن يكون مطابقا للإيجاب[2]، وهذا هو الشرط الأهم في القبول، لأن مطابقة القبول للإيجاب هي الأساس في إبرام العقد، وبعبارة أخرى هي الرضا[3]؛ بحيث يجب ألا يتضمن القبول أي زيادة عن الإيجاب أو تعديلاً أو تقييداً فيه، وإلا اعتبر القبول في هذه الحالة إيجاباً جديداً في ذاته يحتاج لقبول[4]، وذلك استناداً لنص المادة 60 ق م ج.

ولتطبيق ذلك عبر شبكة الأنترنت لابد من التمييز بين تحقيق المطابقة من خلال البريد الإلكتروني أولا، ثم تحقيقها من خلال مواقع الويب، ففي الفرض الأول يمكن تعديل الإيجاب زيادة أو نقصانا عبر الأنترنت، وذلك عندما يوجه الموجب له للموجب رسالة بالبريد الإلكتروني تتضمن المطالبة بإنقاص سعر البضاعة مثلا، فلا تحقق المطابقة بل نكون أمام رفض يتطلب إيجابا جديدا طبقا للقاعدة العامة، وبعكس ذلك لا يمكن تصور التعديل في الإيجاب إذا تم من خلال موقع ما، لأن الطرف الآخر (الموجب له) ما عليه إلا أن يقبل الإيجاب، فيضغط على أيقونة الموافقة أو لا يضغط[5].

1 - أميرة حسن الرافعي، المرجع السابق، ص 152.

2 - Mickael Botrous, Op .cit, 92.

3 -محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 150.

4- Mickael Botrous, Op. cit, 92.

5 - بشار طلال مومني، المرجع السابق، ص 67.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد يتم العقد بالاتفاق على المسائل الجوهرية والاحتفاظ بالمسائل التفصيلية لاحقا وفقا لنص المادة 65 من القانون المدني الجزائري[1] ،إلا أن السؤال الذي يطرح هنا: هل يمكن تطبيق ذلك عبر الشبكة العالمية؟

يمكن الإجابة على ذلك بالمثال التالي: لو أرسل تاجر عبر البريد الإلكتروني رسالة لأحد المستهلكين يعرض فيها إيجاباً يتضمن مسائل جوهرية حول العقد المراد إبرامه؛ كسعر المبيع ونوعه ومزاياه، وكذلك تشتمل على المسائل الثانوية، كأن يتم دفع الثمن ببطاقة الصراف الآلي فرضا، فما كان من المستهلك إلا أن رد بالقبول على المسائل الجوهرية دون قبول المسائل التفصيلية، بل اشترط المستهلك على الآخر أن يتم الدفع بالبنك فهل يتم العقد، فهنا لا ينعقد العقد لعدم المطابقة[2]، إلا أن اغلب العقود التي تبرم عبر شبكة الأنترنت لا تتم عبر تبادل رسائل البريد الإلكتروني، بل يتم إبرامها بين مواقع الويب الإلكترونية، وبين جمهور مستخدمي الشبكة عبر نماذج العقود التي تطرحها هذه المواقع، حيث تتضمن بنودها كافة المسائل الجوهرية والتفصيلية التي يراها صاحب موقع الويب مناسبة له، وليس أمام المتعاقد إذا ما رغب بالتعاقد إلا الضغط على خانة القبول في هذا العقد النموذجي معبرا عن قبوله بالتعاقد، وبالتالي سيكون قبوله في هذه الحالة مطابقا للإيجاب مطابقة تامة وفي كافة المسائل الجوهرية والتفصيلية[3].

ثانيا: أن يصدر القبول والإيجاب لازال قائماً

لكي يتحقق التطابق الكامل بين الإيجاب والقبول لابد أن يكون صدور القبول في الوقت الذي يكون فيه الإيجاب مازال قائما[4]؛ أي خلال الفترة التي ألزم الموجب بها نفسه[5]، فإذا تم القبول بعد زوال الإيجاب بسقوطه أو انتهاء المدة الملزمة أو بعدول الموجب عنه لا يتم العقد، وذلك لعدم وجود ارتباط أو توافق كامل بين الإيجاب والقبول[6].

وتطبيق ذلك على شبكة الأنترنت يكون بطرح الفرضية التالية: لو دخلنا عبر الأنترنت على أي موقع، كأن يكون موقع شراء سيارة، وذكر صاحب الموقع أن ثمنها مبلغ كذا ومن يرغب بالشراء عليه إبداء قبوله خلال خمسين يوما، فإذا لم يتلاق القبول بالإيجاب ضمن المدة المعينة بل جاء متأخرا فلا يمكن القول بتوافر القبول عبر الأنترنت[7]،

---

1 - تنص المادة 65 من القانون المدني الجزائري على أنه: " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة ".

2 - بشار طلال مومني، المرجع السابق، ص 68.

3 - محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص155.

4 - Yousef Shandi, Op .cit, p142.

5 - جعفر ذيب المعاني، المرجع السابق، ص 77.

6 - أيسر صبري إبراهيم، المرجع السابق، ص 81.

7 - بشار طلال مومني، المرجع السابق، ص 68.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي حالة إبداء الموجب إيجابه إلى الموجب له على الخط عبر غرف المحادثة، أو هاتف الأنترنت، يجب أن يكون القبول فوريا قبيل الانتهاء من المحادثة أو المحاورة، فإذا لم يعلن الموجب له رغبته في القبول أو لم يتفوه بعبارة القبول يعد الإيجاب كأنه لم يكن ولا يمكن أن يلحقه قبول حتى لو أجريت محاورة أو مكالمة جديدتين[1].

ثالثا: أن يكون القبول باتاً وجازماً

أي أن تتجه فيه إرادة القابل إلى الالتزام بالعقد؛ فالقبول هو تعبير عن الإرادة تماما كالإيجاب، وعليه يجب أن تكون هذه الإرادة جازمة متجهة إلى تكوين العقد والالتزام به[2]، وذلك دون أن يتضمن أي تحفظ، أو يكون معلقاً على شرط أو مضاف إلى أجل، ولا يختلف ذلك كله عما هو موجود في القواعد العامة في التعبير عن القبول[3].

الفرع الثاني: السكوت ودوره في التعبير عن القبول في التعاقد الإلكتروني

تعتبر الإرادة أساس التصرف القانوني، ولا يمكن ينشأ هذا التصرف من دونها، ولكونها أمر نفسي فإنه لا يمكن الاعتداد بها إلا إذا تم الإفصاح عنها حتى تظهر في العالم الخارجي، وإذا تم ذلك انصرفت لإحداث أثر قانوني، ولذلك فالتعبير عن الإرادة أمر في غاية الضرورة للوصول لإبرام التصرف، وقد يكون صريحاً أو ضمنياً، وهو ما يجرنا للتساؤل عن مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة لا سيما القبول منها؟.

وللإجابة عن هذا سنتناول في البند الأول تعريف السكوت، وطبيعته القانونية ، ثم ندرس أحكام السكوت في التعاقد الإلكتروني في البند الثاني.

البند الأول: تعريف السكوت وتحديد طبيعته القانونية

نتناول في هذا البند تعريف السكوت، كما نتطرق لبيان طبيعته القانونية.

أولا: تعريف السكوت

السكوت هو التزام حالة سلبية لا يرفقها لفظ، أو كتابة، أو إشارة، أو عمل، يحمل معنى التعبير عن الإرادة، وقد يكون ساكناً في ظاهره وباطنه، ولا تسمح ظروفه باستيفاء أية إرادة منه، ويدعي عندها بالسكوت المجرد، وقد يكون ساكتاً في ظاهره متجها لإحداث الأثر الشرعي في باطنه، ويدعي عندها بالسكوت المُلابس[4].

1 - رامي محمد علوان، المرجع السابق، ص 251.
2 - محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 156.
3 - نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص 234.
4 - علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 139.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والسكوت بحد ذاته لا يعتبر قبولاً، وذلك بالاستناد إلى قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول"، وهي قاعدة مأخوذة من الفقه الإسلامي، وأخذت بها جل التشريعات الوضعية[1]، ونظرا لكون السكوت عدم؛ فلا يمكن أن يفسر على أنه تعبير عن الإرادة، إلا إذا رافقته ظروف ملابسات تجعله يدل على معنى معين يؤخذ به استثناء من المبدأ العام.

يكاد الفقه القانوني يجمع على أن السكوت وضع سلبي لا يدل على شيء بحسب الأصل؛ لأنه عدم، والعدم لا ينتج إلا العدم، فلا يصلح أن يكون تعبيراً عن الإرادة؛ فالإرادة عمل ايجابي والسكوت أمر سلبي[2]، إلا أن هذه القاعدة لا يسري على إطلاقها، فقد يفيد السكوت الرضى والقبول إذا أحاطت به ظروف وملابسات تكشف عن دلالته، بحيث يدل السكوت معها على تعبير معين[3].

ثانيا: طبيعة السكوت المعبر عن الإرادة

تطرقت التشريعات المختلفة لطرق التعبير عن الإرادة تقليدية كانت أو حديثة، إلا أن معظمها لم يتطرق للسكوت فيما إذا كان تعبيراً صريحاً أو ضمني، ولكن استناداً للمبدأ العام فإن السكوت لا يعتبر قبولاً، إلا أنه استثناءً على هذا المبدأ يمكن الاعتداد بالسكوت، واعتباره قبولاً في حالات استثنائية[4]، إذا لابسته ظروف معينة من شأنها أن تحمل على القول باعتبار السكوت قبولاً؛ وهو ما يسمى بالسكوت الملابس، والذي يقصد به السكوت الذي تحيط به ظروف وملابسات من خلالها يمكن معرفة اتجاه إرادة الساكت نحو الرفض أو القبول[5].

وما يعرف بالسكوت الموصوف؛ وهو الموقف السلبي الذي يعرض حين يفرض القانون التزاماً بالكلام معتبراً أن السكوت رضاء، فيتعهد القانون ببيان أحكامه؛ وغالبية الفقه تذهب إلى أن السكوت المجرد لا يعد إرادة ضمنية، ولا تعبيراً عن الإرادة، لكن السكوت الموصوف أو الملابس يعتبر وسيلة استثنائية للتعبير عن الإرادة في مجال القبول وليس الإيجاب، إلا أن الاختلاف برز في تحديد نوع التعبير بطريقة السكوت، فاعتبره البعض تعبيراً مفترضاً، واعتبره البعض الآخر تعبيراً صريحاً عن القبول[6].

---

1 - بهلولي فاتح، المرجع السابق، ص 158.

2 - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 42.

3 - رنا سلام أمانة، "مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة في عقد البيع في القانون المدني العراقي"، **مجلة الحقوق**، جامعة النهرين، العراق، المجلد: 14، الإصدار: 2، 2012، ص 199.

4 - Patrick Canin, Op.cit, p 38.

5 - أمير طالب الشيخ التميمي، المرجع السابق، ص 102.

6 - رنا سلام أمانة، المرجع السابق، ص 200.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الثاني: أحكام السكوت في التعبير عن القبول في التعاقد الإلكتروني

القاعدة العامة عدم الاعتداد بالسكوت، إلا أنه يمكن اعتبار السكوت في بعض الحالات التي يقترن فيها بظروف وحالات معينة[1]، وتتمثل في العادة في ما إذا كانت صيغة المعاملة أو العرف[2]، أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب، ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، واتصل هذا الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه[3]، وقد نص عليها المادة 68 من التقنين المدني الجزائري، وفي هذا الاتجاه قضت محكمة النقض المصرية في طعن لها بتاريخ 27 -11 -1984 بأنه: " من المقرر وفقا لنص المادة 98 -2 من القانون المدني أن مجرد السكوت لا يصلح بذاته تعبيراً عن الإرادة، ولا يعتبر قبولاً إلا إذا كان متعلقاً بتعامل سابق بين المتعاقدين، واتصل الإيجاب بهذا التعامل بأن كان مكملاً، أو منفذاً، أو معدلاً، أو ناسخا له"[4].

أما بالنسبة لاتفاقية فيينا، وبالنظر لنص المادة 18 فإن الأصل هو عدم استخلاص القبول من السكوت، حيث نصت على أنه: " أما السكوت أو عدم القيام بأي تصرف فلا يعتبر أي منهما في ذاته قبولا"، وتعني عبارة " في ذاته" أن القبول قد تصاحبه أحياناً ملابسات وظروف تقطع في دلالتها على أن من وجه إليه الإيجاب ما كان ليبادر إلى التصريح

---

1 - حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 203.

2 - العرف هو اعتياد الأشخاص على سلوك معين في مسألة معينة، بحيث يستقر الشعور لدى الجماعة باعتباره سلوكا ملزما ومستتبعا بتوقيع جزاء، ويعرف أيضاً على أنه: " قاعدة قانونية تكونت عفويا عبر مراحل زمنية متعاقبة، ناجمة عن التعود على سلوكيات وعادات ارتبطت بها الجامعة وسارت على نهجها"، ومن خلال هذه التعاريف نجد أن العرف ينشأ دون تدخل المشرع أو السلطة الحاكمة، وفي ذلك يقوم العرف على ركنين:

أ/ الركن المادي: ويقصد به إطراد أو تكرار سلوك الناس بطريقة معنوية ولمدة طويلة، فهو عبارة عن مجموعة متواترة من التصرفات والأفعال الإيجابية أو السلبية، وهذا التكرار هو الذي يبعث في القاعدة العرفية استقرار ويزيد فيها قوة.

ب/ الركن المعنوي: ويتمثل في اعتقاد الناس في المجتمع أن ما ألفه هؤلاء الأفراد قد أصبح ملزما، وهذا الالتزام ناشئ عن شعور الأفراد بضرورة الروابط الاجتماعية وعدم الخروج عن المألوف.

أنظر كلا من:

- عمار بوضياف، **المدخل للعلوم القانونية – النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري**، الطبعة الرابعة، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 167 وما بعدها.

-عجة الجيلالي، **مدخل للعلوم القانونية – نظرية القانون**، الجزء الأول، برتي للنشر، الجزائر، 2009، ص 315 وما بعدها.

- سعيد سعد عبد السلام، **المدخل في نظرية القانون**، الطبعة الأولى، مطابع الولاء الحديثة، المنوفية، مصر، 2003/2002، ص 223.

3 - Mickael Botrous, Op. cit, p 94.

4 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 270.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

برفضه لو أنه لا يقبله، ويمكن أن نمثل لهذا السكوت الملابس بما لو كان هناك تعامل سابق بين المتبايعين، واتصل الإيجاب لهذا التعامل، وهو ما يتوافق مع القواعد العامة الواردة في القانون المدني[1].

وفيما يتعلق بمدى صلاحية السكوت الملابس للتعبير عن القبول في التعاقد الإلكتروني، فقد اختلف الرأي في الشأن على النحو التالي:

-**الرأي الأول:** أن سكوت أحد المتعاقدين في التعامل السابق بينهما عبر تقنيات الاتصال الحديثة يمكن أن يستنتج منه القبول شأنه في ذلك شأن القبول التقليدي، حيث أن استعمال الوسيلة الإلكترونية لا ينبغي أن تمثل مبررا للخروج عن تطبيق القواعد العامة[2].

-**الرأي الثاني:** أن السكوت لا يصلح للتعبير عن القبول الإلكتروني، ولذلك فإن من يستلم رسالة إلكترونية عبر الأنترنت تتضمن إيجابا، وينص فيها على أنه إذا لم يرد على هذا العرض خلال مدة معينة اعتبر ذلك قبولا، فإن له ألا يرد عليها وألا يهتم بها، لأن ذلك يمكن أن يعد قبولا[3].

-**الرأي الثالث:** مثل هذه الحالات الاستثنائية التي يعتبر فيها السكوت قبولاً لا بد أن تواجه بمنتهى الحذر في العقود الإلكترونية في الوقت الحالي، فلا يمكن القول بأن العرف يلعب دوراً فعلياً في مثل هذه العقود حتى الآن[4]، كما أنه في الحالة التي قد يتمخض الإيجاب لمصلحة من وجه إليه، فهي حالة تتضمن عملاً من أعمال التبرع دون أي التزام يقع على عاتق من وجه إليه الإيجاب، وهو فرض غير مألوف في العقود الإلكترونية[5]، أما حالة التعامل السابق بين المتعاقدين فهي تمثل الحالة الأكثر شيوعاً في مثل هذه العقود، فغالباً ما يعتاد العميل على شراء بعض السلع أو الخدمات من أحد المتاجر الافتراضية؛ سواء بالبريد الإلكتروني أو عن طريق صفحات الويب، لكن لا يجوز استنتاج القبول من مجرد سكوت العميل في حالة التعامل السابق، بل لابد وأن يقترن ذلك بظرف آخر يرجح دلالة السكوت على قبول العميل، كما لو وجد اتفاق سابق بين الطرفين على ذلك وسواء كان هذا الاتفاق صريحاً أو ضمنياً[6].

---

1 - حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 203.

2 - علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 141، و أيضا إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 103.

3 - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 125.

4 - إن المعاملات الإلكترونية حديثة نسبيا بحيث لا تكفي المدة التي ظهرت فيها أن تجعل منها عرفا تجاريا، ويرد البعض على أن عنصر القدم أو المدة المتطلبة لتسود الأعراف غير محددة على نحو ثابت، بل تتفاوت وفقا لمدى تكرار المعاملة وسرعة انتشارها وتطورها، وإذا ما نظرنا إلى معدل تطور وسرعة انتشار تقنيات المعلومات الالكترونية لوجدنا فيها تطور فائق السرعة، ما يسمح بتكوين العرف في فترات وجيزة. أنظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، **بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والأنترنت**، المرجع السابق، ص 218.

5 - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 104.

6 - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 125.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مهما تعددت الآراء في موضوع السكوت وعدم اعتباره قبولاً، فإنه من الممكن تطبيق القواعد العامة، ولا سيما أن السكوت لا يعتبر في الأساس قبولاً، وأنه يعود للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، والباحثة تؤيد ما ذهب إليه أنصار الرأي الثالث، وذلك نظراً لصعوبة إسقاط الاستثناءات الواردة في القواعد العامة على العقد الإلكتروني، إذ لا بد من مراعاة الجوانب الخاصة لهذا العقد ومراعاة حداثته وحدة التنظيم القانوني لهذا العقد.

الفرع الثالث: الرجوع عن القبول في التعاقد الإلكتروني

يعد العدول عن العقد[1] أحد أهم الوسائل القانونية في المرحلة اللاحقة للتعاقد التي لجأ إليها المشرع بقصد توفير حماية فعالة للمستهلك، وهذا الحق يمثل في الواقع خروجا على مبدأ القوة الملزمة للعقد، بوصفه أول العقبات التي تواجه المستهلك، وهذا الخروج يجد مبرره الأساسي في ضرورات حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في مواجهة المهني أو المحترف[2]، لذلك فإن هذا الحق لم يرتبط وجوده بتنظيم التعاقد عن بعد، وإنما ارتبط هذا الوجود ببداية التشريعات الهادفة لحماية المستهلك هذا من جهة، ومن جهة أخرى ارتباطه بكون التعبير عن القبول يتم دون معاينة السلعة، ودون دراسة متأنية وتروٍ كافٍ من جانب المستهلك، إضافة إلى ضعف مركزه من الناحية القانونية والمعرفية والاقتصادية، وعدم توافر الوقت الكافي للتفكير في جميع ما يبرمه وليس هذا فحسب، بل إضافة إلى قدرة الاقناع التي يتمتع بها الطرف القوي التي تمكنه من التحكم في نفسية المتعاقد المستهلك في دفعه للتعاقد، وهو ما يجعل

---

1 - ظهر حق العدول عن العقد بداية في القانون الفرنسي، ضمن القانون المؤرخ في 1926/06/3 المتعلق بالملكية التجارية، ثم طبق في عقود العمل بالقانون المؤرخ في 1964/10/08، بعدها طبق في قانون 1957/07/11 المتعلق بالملكية الفكرية والأدبية، ثن اتسع استعماله في بعض العقود الخاصة كعقد التعليم بالمراسلة المنصوص عليه في القانون رقم 71 -556 المؤرخ في 1972/07/12، أو قانون عقد البيع في الموطن رقم 72 -1137 المؤرخ في 1972/12/22، أو القانون رقم 78 -22 المؤرخ في 1978/01/10 الخاص بعقد القرض، أو قانون التأمين رقم 81 -05 المؤرخ في 1981/01/07، وأصبح حق الرجوع ضرورة ووسيلة قانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية التي تنطوي عليها هذه العقود. أنظر: حوحو يمينة، عقد البيع الإلكتروني – دراسة مقارنة، **أطروحة دكتوراه**، كلية الحقوق – بن عكنون، جامعة الجزائر، 2011 -2012، ص 154.

2 - يعرف **المحترف** على أنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي اعتاد ممارسة مهنة أو حرفة أو نشاط على سبيل الانتظام والاستمرار، بحيث يصل إلى أعلى درجات الخبرة والتخصص والدراية بثنايا هذه المهنة، أو تلك الحرفة أو ذلك النشاط، وينطبق هذا المفهوم على التاجر والصانع والحرفي والفني وأصحاب المهن الحرة، كما ينطبق على الأشخاص سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين". أنظر: كراش ليلى، "حماية رضا المستهلك في ظل قواعد حماية المستهلك"، **حوليات جامعة الجزائر 1**، العدد: 31، الجزء: الرابع، 2017، ص 103.

بينما عرفه المشرع الجزائري في المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90 - 266 المؤرخ في 25 صفر 1411 الموافق 15 سبتمبر1990 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات ، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: العدد 40، بتاريخ29 صفر 1411 الموافق 19 سبتمبر 1990)، على أنه: " المحترف هو منتج أو صانع أو وسيط أو حرفي أو تاجر أو مستورد أو موزع، وعلى العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتوج أو الخدمة".

كما أشار إليه في القانون رقم 09 -03 المتعلق بحماية المستهلك وقع الغش، تحت تسمية المتدخل، إذ عرفه في المادة الثالثة منه بأنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوج للاستهلاك"

وأشار إليه أيضا في المادة 6 من القانون 18 -05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية تحت تسمية المورد الإلكتروني وعرفه على أنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع والخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية"

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

العلاقة غير متوازية، وللإحاطة بهذا الحق نتناول بيان مفهوم الحق في العدول عن القبول في البند الأول، ونتناول أحكامه في البند الثاني، في حين ندرس أثار الحق في العدول عن التعاقد الإلكتروني في البند الثالث.

البند الأول: مفهوم الحق في العدول عن القبول في التعاقد الإلكتروني

الأصل أنه متى صدر القبول مطابقاً للإيجاب انعقد العقد، وبالتالي لا يحق لمن صدر عنه القبول أن يرجع عن هذا القبول، ولكن نظرا لكون المستهلك[1] في العقد الإلكتروني ليس لديه إمكانية معاينة السلعة، والإلمام بخصائصها قبل إبرام العقد، فإنه يجب أن يتمتع بحق العدول، ومن ثم تعليق إتمام العقد على صدور الإرادة الواعية المستنيرة للعميل (القابل)[2].

أولا: تعريف العدول عن القبول في التعاقد الإلكتروني

عرف رأي من الفقه خيار العدول عن التعاقد بأنه: " إحدى الآليات القانونية الحديثة التي أوجدها المشرع لغرض توفير الحماية اللازمة والفعالة في المرحلة اللاحقة لإبرام العقد أي مرحلة تنفيذ العقد"[3]، كما يُعّرف على أنه: "مكنة تسمح للمستهلك الذي عبر عن إرادته في إبرام العقد سابقا أن يعدل عنه، وينسحب بإرادته المنفردة اختياريا من

---

1 - انقسم الفقهاء بصدد تعريف المستهلك لاتجاهين: أولهما: وهو الغالب، ويضيق من مفهوم المستهلك، أما الثاني فيوسع من هذا المفهوم، وذلك كما يلي:

-المفهوم الضيق: ويعرف المستهلك بأنه كل شخص يقوم بإبرام تصرفات قانونية من أجل الحصول على مال أو خدمة بهدف إشباع حاجاته الاستهلاكية الشخصية أو العائلية"، على أن المعيار المعتمد هنا هو معيار الغرض أو الغاية من التصرف والذي يحدد تصنيف شخص ما بين طائفة المحترفين أو طائفة المستهلكين.

-المفهوم الموسع: ويعرف المستهلك بأنه "من يشتري مالا سواء أكان لحاجته الخاصة أو لحاجات نشاطه المهني في مجال لا يعود إلى اختصاصه"، ومعناه أن المستهلك هو كل شخص طبيعي أو معنوي سواء كان تاجرا أو غير تاجر يتعاقد مع أحد المهنيين سواء لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية أو للحصول على سلع وخدمات عوض مقابل مادي، طالما أن محل العقد المبرم بينهما لا يدخل في محل نشاط المتعاقد المهني، ولم يكن لدى المتعاقد الخبرة أو العلم الكافي بأسرار النشاط الذي يقوم به المتعاقد الآخر. أنظر: زوبة سميرة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، **أطروحة دكتوراه**، جامعة مولود معمري – تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016، ص ص 167، 170.

وقد عرفه الشرع الجزائري في المادة الثالثة من القانون رقم 09 -03 المتعلق بحماية المستهلك وقع الغش أنه: كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجة شخص أو حيوان متكفل به". ويظهر من هذه المادة أن المشرع خص الحماية القانونية لكل من يقتني المنتوجات والخدمات بهدف إشباع حاجاته الشخصية والعائلية".

أما **المستهلك الإلكتروني** فهو: " ذلك الشخص الذي يبرم العقود الإلكترونية المختلفة من شراء وإيجار وقرض وانتفاع وغيرها من أجل توفير كل ما يحتاجه من سلع وخدمات لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية دون أن يقصد من ذلك إعادة تسويقها ودون أن تتوافر له الخبرة الفنية لمعالجة هذه الأشياء وإصلاحها". أنظر: أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 108.

وقد عرف المشرع الجزائري المستهلك الإلكتروني في المادة 18 -05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على أنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي"

2 - مخلوفي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 109.

3 - سي يوسف زاهية حورية، "حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني"، **مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية**، المركز الجامعي لتامنغست، المجلد: 7، العدد: 2، سنة 2018، ص 14.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

العقد، ليكون بذلك لاغياً"[1]. وعرفه الفقه الفرنسي على أنه: " الإعلان عن إرادة مضادة يلتزم من خلالها المتعاقد الرجوع عن إرادته وسحبها، واعتبارها كأن لم تكن، وذلك بهدف تجريدها من أي أثر كان لها في الماضي أو سيكون لها في المستقبل"[2]، وينطبق هذا الحق على عقود البيع التي تتم عن بعد، والتي لا يمكن فيها المتعاقد رؤية المبيع، ودون إمكانية المناقشة، فمثلاً الخدمة التي يتم التعاقد عليها مسبقاً ثم يتبين للمتعاقد لاحقاً عدم استفادته منها فيرغب في العدول عن العقد[3].

غير أن العميل قد لا يدرك تمتعه بهذه الإمكانية مما يستلزم إعلامه بها ومنذ بداية الاتصال الشبكي، بحيث يستطيع ممارسة هذا الحق، وهذا يعني تخويل المستهلك حق نقض العقد بعد انعقاده بالإرادة المنفردة، وهو ما يعد مخالف لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، والتي تقضي بعدم جواز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون[4]، لذلك فإن هذا الحكم المخالف لتلك القاعدة يجب النص عليها صراحة إما باتفاق الطرفين أو في القانون، وحق العدول في القانون الفرنسي يعد متعلقا بالنظام العام، حيث لا يجوز الاتفاق على حرمان العميل منه مقدماً[5].

ثانيا: الطبيعة القانونية للعدول عن القبول في التعاقد الإلكتروني

إذا كان العدول عن التعاقد بوصفه تصرفاً قانونياً بإرادة المستهلك المنفردة، ويعبر عن قدرته على نقض العقد فهل يعد هذا الخيار حقا؟ وإذا كان حقاً؛ فهل يعتبر حقاً شخصياً أم حقاً عينياً؟ وإذا تعذر وصفه حق فما هي طبيعته القانونية؟

اختلف الفقه بصدد بيان الطبيعة القانونية للحق في العدول عن التعاقد الإلكتروني، فذهب رأي في الفقه إلى القول بأن عدول من تقرر له الحق في تعاقده وإن كان يتم بالإرادة المنفردة، إلا أنه لا يعد حقاً بمعناه الدقيق، لأن الحق في إطار المعاملات المدنية إما أن يكون حقاً شخصياً أو عينياً[6].

---

1 - أحمد رباحي، " المبادئ العامة لحق العدول عن العقد وفق التوجيه الأوروبي رقم 83 -2011 المتعلق بحقوق المستهلكين وقانون الاستهلاك الفرنسي"، **مجلة الدراسات القانونية والسياسية**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي -الأغواط، العدد: 3، جانفي 2016، ص 136.

2 - فلاح سفيان وفرفاق معمر، " الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني"، **مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية**، جامعة إبن خلدون تيارت، المجلد: 3، العدد: 2، 2018، ص 410.

3 - منصور حاتم محسن و إسراء خضير مظلوم، "العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني -دراسة مقارنة" ، **مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية**، جامعة بابل، المجلد: 4، الإصدار: 2، 2012، ص52.

4 - أنظر المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

5 - شادي إبراهيم رمضان طنطاوي، المرجع السابق، ص 201.

6 - منصور حاتم محسن و إسراء خضير مظلوم، المرجع السابق، ص 54.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فهذا الخيار[1] لا يعد حقاً شخصياً، ذلك لأن هذا الأخير يتميز بكونه يمثل سلطة للدائن تجاه مدينه، هذه السلطة هي الاقتضاء، والتي يكون بموجبها للدائن مطالبة مدينه بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء، والدائن عندما يمارس هذه السلطة إنما يمارسها تجاه شخص محدد هو المدين، كما أن تدخل المدين شخصيا أمر ضروري لكي يستوفي الدائن حقه[2].

كما لا يعد حقاً عينياً يخول صاحبه سلطة على شيء؛ لأن العلاقة في الحق العيني هي علاقة تسلط لصاحب الحق على الشيء محل الحق[3]، فالعلاقة مباشرة وواضحة، بينما أن الحال في إطار العدول عبر الأنترنت مختلف، فلا مكان لهذه العلاقة، حيث أن المستهلك بإرادته المنفردة يتمكن من إنهاء العقد دون أن يحتاج ذلك إلى تدخل من جانب المحترف والمتعاقد معه، لأن خيار المستهلك هذا لا يخول له السلطة على شيء، بل يمنحه إمكانية إنهاء العقد الذي سبق وأن أبرمه هذا من جهة[4]، ومن جهة أخرى إذا لم يكن خيار المستهلك في العدول عن التعاقد حقا، فهو ليس رخصة، لأن الرخصة لا تمنح لشخص معين على سبيل الانفراد، كما أنها تثبت لجميع الناس وتتقرر بنص تنظيمي، وهذا لا ينطبق على الحق في العدول[5]، وهو أيضا ليس بحرية، ذلك أن الحرية لا تقتصر على شخص أو أشخاص معينين، بل تثبت لجميع الناس على حد سواء كحرية العمل وحرية التعاقد وحرية التنقل، في حين حدد القانون الطرف المستفيد من خيار العدول وهو المستهلك، ومن يستعمل في مواجهته هو المحترف، كما قيد استعمال هذا الخيار بمدة معينة تقتضي إمكانية استعماله بمضي هذه المدة[6].

ولذلك فإن خيار المستهلك في العدول ليس بحرية، وليس بحق شخصي أو عيني، ولكنه يحتل مرتبة وسطى بين الحق بمعناه الدقيق والحرية، فهو أعلى مرتبة من هذه الأخيرة، ولكنه لا يصل إلى حد الاقتضاء أو التسلط، بل يعد مكنة قانونية والتي يعد خيار العدول من تطبيقاتها، فهو حق إداري محض يختلف مضمونه عن مضمون الحقوق المادية، لما تتميز به هذه المكنة بقدرة صاحبها على إحداث أثر قانوني خاص بإرادته المنفردة ودون توقف ذلك على إرادة

1 - الخيار مشتق من الاختيار لطلب خير الأمرين، ويريد به الفقهاء أن يكون لأحد العاقدين أو كلاهما حق إمضاء العقد أو فسخه، وترجع الحكمة من إقراره لكي يكون وسيلة لكمالة الرضا والتأكد من سلامته، لذا فقد تم إقراره في حالات خاصة تدعو إلى التروي و التحري أو الرجوع إلى مشاورة النفس مرة أخرى.
أنظر: زوبة سميرة، المرجع السابق، ص 48.

2 - سليمان براك دايح، "الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك"، **مجلة كلية الحقوق**، جامعة النهرين، العراق، المجلد: 14، الإصدار: 8، 2005، ص 183.

3 - شيراز عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 470.

4 - منصور حاتم محسن و إسراء خضير مظلوم، المرجع السابق، ص 54.

5 - سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص17.

6 - شيراز عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 469.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

شخص آخر، فهي مكنة جوهرها سلطة التحكم في مصير العقد الذي تقرر هذا الخيار بشأنه، ويؤكد ذلك أن خيار العدول لا يقابله واجب أو التزام على من يستعمل هذا الحق في مواجهته[1].

البند الثاني: الحق القانوني في العدول عن القبول الإلكتروني

أقرت العديد من التشريعات أحقية المستهلك في العدول بشأن العقود الإلكترونية خلال فترة السماح التي تختلف من قانون لآخر، حيث أن المستهلك في التعاقد عن بعد لا يرى المنتج أو السلعة، فقد يستلم منتجا لا يتفق والمواصفات المتعاقد عليها، وكذلك الخدمة المطروحة غير معلومة له تماما[2].

ويعد الحق في العدول من أهم مظاهر حماية المتعاقد الإلكتروني، فإذا لم يمارس هذا الحق فقد أكد إرادته التي تصير ملزمة له لأثار التقائها بإرادة المتعاقد الآخر " الموجب"[3].

وتقرر هذا الحق للمستهلك بنص المادة (121 -26) من تقنين الاستهلاك الفرنسي التي نصت على أنه: "يحق للمشتري في كل عملية بيع عن بعد إعادة المنتج خلال مدة سبعة أيام كاملة تبدأ من تاريخ تسلمه سواء لاستبداله أو لاسترداد ثمنه دون مسؤولية أو نفقات فيما عدا تكاليف الرد"[4].

كما نص قانون الاستهلاك على حق المستهلك في الرجوع عن قبوله بالنسبة لعمليات بيع السندات المالية خلال مهلة سبعة أيام فيما يخص العمليات الأولى، وخمسة عشرة يوما خلال العمليات الأخيرة، وتتضمنها أيام الإجازات والعطلات[5].

واعترف أيضاً الاتحاد الأوروبي من خلال توجيه المجلس الأوروبي رقم 7 -97 الصادر في 20 ماي 1997 بهذا الحق، حيث نصت في المادة 6 -1 على أنه: " كل عقد عن بعد يجب أن ينص فيه على أحقية المستهلك في العدول خلال مدة لا تقل عن سبعة أيام تبدأ من تاريخ الاستلام بالنسبة للمنتجات والسلع، أما بالنسبة للخدمات فإن مهلة السبعة أيام تبدأ من تاريخ إبرام العقد أو من تاريخ كتابة المورد الإقرار الخطي، وتصل هذه المدة إلى ثلاثة أشهر إذا تخلف المورد عن القيام بالتزامه بإرسال إقرار مكتوب يتضمن العناصر الرئيسية للعقد"[6].

1 - منصور حاتم محسن، إسراء خضير مظلوم، المرجع السابق، ص ص 54 -55.
2 - شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 201.
3 - المرجع نفسه، ص 201.
4 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 273.
5 - ماجد محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق، ص ص 53 -54.
6 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق ، ص 274.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تجدر الإشارة إلى أن ممارسة المستهلك لحقه في العدول قد لا تجدي نفعاً من الناحية العملية في بعض الحالات مثل عقود برامج الحاسب، وذلك إذا تم إرسالها بالبريد العادي، وقام العميل بقص الأختام، ونزع الغلاف، أو يتم إرسالها إلكترونياً إلى ذاكرة الحاسب الآلي الخاص بالمستخدم[1]، وإذا كان كل من القانون الفرنسي والتوجيه الأوروبي قد اتفقا على حق العدول، فإن التوجيه الأوروبي كان أكثر رحابة، حيث يرد على كل تعاقد أيا كان؛ سواء تعلق الأمر بمنتج أو خدمة، بينما اعترف به القانون الفرنسي، ولكن قصر حق العدول على المنتجات فقط دون الخدمات[2].

ومع ذلك فإن التمتع بحق العدول ليس مطلقاً، فمثلاً في حالة تنزيل موسيقى من على شبكة الأنترنت وتحميلها على جهاز المستهلك، ثم يقوم بعد ذلك بنسخ تلك الأغاني واستعمالها، فإن العقد قد أبرم "نفذ"، فلا يجوز العدول عنه، فقد نص التوجيه الأوروبي على أنه: " في حالة تنزيل البرنامج من على الشبكة فإن العقد يكون قد أبرم ولا يجوز العدول عنه ما لم يكن هناك اتفاق مسبق بين الطرفين على خلاف ذلك"[3]، أما القانون الأمريكي فإن فترة السماح فيه أطول من القانون الفرنسي، فهي ثلاثون يوماً يحق للمستهلك خلالها أخذ مهلة للتفكير، وإتمام العقد، أو إرجاع البضاعة، وتبدأ هذه المدة من تاريخ استلام السلعة أو الخدمة، ولكن هذا القانون مطبق في بعض الولايات دون غيرها، ولا شك أن هذا الحق المخول للمستهلك في الرجوع عن القبول إنما هو تكريس لمبدأ الرد[4].

كما نص القانون الفرنسي للمعاملات الإلكترونية في المادة 29 على أنه: " يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في مدة 10 أيام تبدأ بالنسبة للمنتجات من تاريخ تسلمها وبالنسبة للخدمات من تاريخ إبرام العقد"[5]، كما أقره القانون التونسي للمعاملات الإلكترونية في الفصل 29 منه حيث نص على أنه: " يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في مدة عشر أيام عمل تبدأ بالنسبة للمنتجات من تاريخ تسلمها وبالنسبة للخدمات من تاريخ إبرام العقد".

أما مشروع القانون المصري لحماية المستهلك فقد تبنى حلاً وسطاً بين القانون الأمريكي والفرنسي، حيث نص في المادة 8 من المشروع على أنه: " يحق للمستهلك العدول خلال فترة أربعة عشر يوما التالية على تاريخ التعاقد على أية سلعة لعيب في الصناعة أو خطأ في المناولة والتخزين أو لعدم المطابقة للمواصفات"، ومع ذلك فقد خلا المشروع من بيان نوع العقوبة الموقعة على المورد في حالة رفضه استبدال البضاعة أو إعادتها واسترداد قيمتها[6].

1 - ماجد محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق ، ص 54.
2 - شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 203.
3 - ماجد محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق، ص 54.
4 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 276.
5 - ماجد محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق، ص ص 54 -55.
6 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 276.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما المشرع الأردني فلم يورد أية مادة في قانون المعاملات الإلكترونية بمنح هذا الحق للمستهلك، وأعطى المشرع الأردني بموجب أحكام مشروع قانون حماية المستهلك الأردني لسنة 2007 في مادته السابعة الحق للمستهلك بالعدول خلال عشرة أيام، واستثنى السلع الاستهلاكية القابلة للتلف السريع، وعلى أن يكون رد السلعة أو استبدالها مسببا لوجود عيب فيها، على أن يكون هذا العيب ناتجاً عن استعمال المستهلك للسلعة[1].

وقد أشار المشرع الجزائري هو الآخر للحق في العدول عن التعاقد الإلكتروني، فألزم المورد الإلكتروني بموجب نص المادة 10 من القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية بأن يبين للموجب له شروط وآجال العدول، إلا أنه لم يحدد المهلة التي يجب أن يمارس فيها المستهلك هذا الحق، تاركا أمر تحديدها للمورد الإلكتروني.

يتبين لنا أن منح المستهلك مثل هذا الحق إنما هو حماية له نتيجة لضعف مركزه، وعدم كفاءته في العلم بكل ما يتعلق بالمبيع، إلا أنه قد يلحق ضرراً بالبائع؛ مما يستوجب الموازنة بين حق المستهلك في العدول ومصلحة البائع، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال وضع القيود القانونية على هذا الحق، بحيث لا تتم ممارسة هذا الحق إلا بحدود ضيقة.

البند الثالث: نطاق الحق في العدول

استثنت قوانين حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية حالات معينة لا يجوز فيها العدول عن العقد بعد إبرامه حفاظاً على توازن العقد، وعدم الإضرار بالمحترف، وتتمثل هذه الاستثناءات في ما يلي:

أولا: عقود تزويد الخدمات التي بدأ تنفيذها بالاتفاق مع المستهلك قبل انتهاء المدة المقررة لممارسة الحق في العدول خلالها

مبدئياً؛ إذا كان هدف هذا الاستبعاد هو تفادي أن يبدأ المستهلك في الاستفادة من الخدمة المقدمة له، ليعدل بعد ذلك عن العقد مما يلحق الضرر بالمهني، ففي حالات كثيرة لا يتمكن المستهلك من الحكم على مدى توافر خصائص الخدمة المؤداة إليه؛ إلا عند البدء في تلقي منافعها، كما يخشى في هذا المجال من قوة الإقناع الذي يمارسه غالباً المهني في مواجهة المستهلك، والذي قد يدفع هذا الأخير للبدء في الحصول على منافع الخدمة محل العقد قبل انقضاء المهلة المحددة لمباشرة حقه في العدول، على نحو يؤدي من الناحية العملية إلى تفريغ الحق في العدول عن مضمونه[2].

1 - علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 146.

2 - محمد حسن قاسم، "التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي"، **مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية**، جامعة الإسكندرية، العدد: الثاني، 2003، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ص ص 59 -60.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا: عقود تزويد التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرامج المعلوماتية بعد نزع الأختام عليها بمعرفة المستهلك

من هذه المنتجات: الأقراص المدمجة، أو برامج الأجهزة الإلكترونية، والمنتجات الإلكترونية، حيث أتاحت الأنترنت من خلال خدماتها المتنوعة للمستهلك شراء هذه المنتجات من خلال تحميلها من المواقع الإلكترونية التي تعرض هذه المنتجات على الشبكة، وخصوصاً المطبوعات الإلكترونية من: صحف، ومجلات، وكتب، وكذا أفلام، وصور الرقمية، ويقوم هذا الاستثناء بالدرجة الأساسية على اعتبار حماية حقوق الملكية الفكرية[1]، لأن السماح للمستهلك بالاستفادة من الخدمة يمكنه من الحصول عليها دون أن يدفع مقابلها، كإعادة برامج المعلومات، والأعمال الفنية والأدبية للبائع بعد نسخها، وإعادة انتاجها، بحجة استعماله لحق العدول الذي كفله القانون[2].

ثالثا: عقود توريد السلع والخدمات التي تحدد أثمانها وفق ظروف السوق[3].

رابعا: عقود توريد السلع التي يتم تصنيعها وفقا لخصوصيات المستهلك بالمطابقة لشخصيته أو التي بحسب طبيعتها لا يمكن إعادتها للبائع أو التي يسرع إليها الهلاك أو التلف

يعود استبعاد هذه الحالة من تطبيق حق المستهلك في العدول إلى طبيعة السلعة محل العقد، التي أعدت وفقا لطلب المستهلك[4]، فإذا أعطي للمستهلك الحق في العدول بشأنها سيكون في ذلك إضرار بالمحترف لجهة أن السلعة لن يشتريها أحد، لأن مواصفات السوق مختلفة عما طلبه المستهلك بالنسبة للسلعة فيما لو أعطي له الحق في العدول عنها[5].

خامسا: إذا طلب المستهلك توفير الخدمة له قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء

هذه الحالة لا تدخل ضمن الاستثناءات المقيدة لمكنة العدول، وإن كانت القوانين المقارنة قد ذكرتها ضمنها، فليس في هذه الحالة ما يعد استثناء من مكنة العدول بعد ثبوته له[6]، إذ يعد طلب تجهيز بالخدمة قبل انتهاء مدة العدول نزولا ضمنيا عن مكنة العدول[7].

---

1 - منصور حاتم محسن وإسراء خضير مظلوم، المرجع السابق، ص 64.

2 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 148.

3 - منصور حاتم محسن وإسراء خضير مظلوم، المرجع السابق، ص 65.

4 - بهلولي فاتح، المرجع السابق، ص 295.

5 - فاتن حسين حوى، **الوجيز في قانون حماية المستهلك**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص 138.

6 - آلاء يعقوب يوسف، "الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية"، **مجلة كلية الحقوق**، جامعة النهرين، العراق، المجلد: 14، العدد: الثامن، 2005، ص 105.

7 - منصور حاتم محسن وإسراء خضير مظلوم، المرجع السابق، ص 65.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

سادسا: عقود خدمات الرهان وأوراق اليانصيب المصرح بها

لا شك أن جوهر العقود يتنافى والحق في العدول المقرر حماية المستهلك، فالمتعاقد في هذه العقود يقدم عليها انطلاقاً من روح المجازفة والمقامرة على نحو يتناقض معه أن يقر له بالحق في العدول عنها بعد إبرامها، وإلا كان في ذلك تناقض لجوهر العقد ذاته[1].

إضافة إلى القائمة السابقة، واستناداً لنص المادة 121 -4/20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي لا يكون للمستهلك حق في العدول في حالات العقود التي يكون محلها توريد سلع استهلاكية عادية، والتي تتم في مكان سكن أو عمل المستهلك من خلال موزعين يقومون بجولات متكررة ومنتظمة، وكذلك العقود التي يكون محلها أداء خدمات الإقامة النقل المطاعم الترفيه والتي يجب أدائها في تاريخ معين أو على فترات دورية محددة[2].

البند الرابع: كيفية ممارسة الحق في العدول عن القبول في التعاقد الإلكتروني وآثاره

أقرت عديد التشريعات حق المستهلك في العدول عن القبول في التعاقد الإلكتروني، ولعل مرد ذلك في منح المستهلك هذا الحق هو حماية هذا الأخير، نظراً لضعف مركزه القانوني مقارنة بالمحترف، الذي له من العلم والدراية الكافيين بالسلعة أو الخدمة محل العقد ما هو غير متوفر لدى المستهلك، إضافة إلى عدم تمكنه من معاينة محل العقد قبل إبرام العقد الإلكتروني؛ الذي يعد من عقود المسافات أي العقود التي تبرم عن بعد، وحتى يمارس المستهلك حقه في العدول حددت له مهلة يحق له فيها ممارسة هذا الحق، وبمرورها يسقط حقه في العدول، وذلك حفاظاً على استقرار المعاملات، إذ من غير العدل أن يبقى المحترف مهدداً لفترة طويلة بإمكانية نقض عقد قد مضى على إبرامه وقت طويل، والتفصيل في كيفية ممارسة هذا الحق فيما يلي:

أولا: إعمال الحق في العدول عن القبول في التعاقد الإلكتروني

في الحالات التي يكون فيها للمستهلك الحق في العدول عن العقد السابق إبرامه، يبدو بديهيا أن يحدد المشرع مهلة لممارسة هذا الحق وإلا سقط، وفيما يلي نتناول بيان اللحظة التي يبدأ فيها سريان هذه المهلة.

أ - بدء سريان مهلة العدول

بدء سريان المهلة التي يكون المستهلك خلالها استعمال حقه في العدول عن العقد تختلف بحسب ما إذا كان محل هذا العقد توريد سلعة أو منتج معين، أم كان محله خدمة مما يكون له بشأنها حق في العدول.

1 - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 61.
2 - المرجع نفسه، ص 62.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

1 - في محل بيع السلع والمنتجات

يبدأ سريان مهلة الحق في العدول في هذا المجال منذ لحظة تسلم المستهلك للسلعة أو المنتج[1]، وفي هذا الشأن لم يتم التعرض لمن يقع عليه عبء إثبات التسليم، الذي يبدأ منه سريان مهلة العدول، والواقع أنه لم يكن في حاجة إلى مثل هذا التحديد، ففي القواعد العامة في الإثبات ما يغني عن ذلك[2]، إذ الأصل أن يقع عبء الإثبات على المهني لإثبات التسليم، ومادام أن واقعة التسليم مادية فإنه يجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات[3].

2 - في مجال أداء الخدمات

تبدأ المدة المقررة لممارسة الحق في العدول عن العقد إذا كان محله أداء خدمة عن بعد في السريان منذ لحظة إبرام العقد[4].

ب - المدة التي يتعين خلالها ممارسة الحق في العدول

بعد أن تحددت اللحظة التي يبدأ منها سريان المهلة المقررة لإعمال الحق في العدول عن العقد السابق له إبرامه، يجب بيان قدر هذه المهلة، ويراعي في هذا الصدد أن التشريعات قد نصت في هذا الخصوص على مدة مبدئية ولكنها خرجت عليها باستثناء وحيد، وبيان ذلك فيما يلي:

1 - المدة المبدئية

عرف أجل العدول عن العقد في البداية نوعاً من الاختلاف، تراوحت بين السبعة أيام والشهر في مختلف القوانين، لكنها سرعان ما تم تدارك الأمر[5]، وفي ذلك يعتبر ما جاء به التوجيه الأوروبي أكثر رعاية لمصلحة المستهلك، حيث حددها بسبعة أيام، إلا أن هذه المدة قد تتضمن أيام عطل، مما يجعل المستهلك لا يستفيد من المدة كاملة، الأمر الذي دفع بالمشرع الفرنسي إلى تدارك ذلك بموجب الفقرة الأخيرة من المادة ل 121 -20 من تقنين الاستهلاك، والتي

1 - زعبي عمار، "الحق في العدول عن التعاقد ودوره في حماية المستهلك"، **مجلة المفكر**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد: التاسع، 2013، ص 125.

2 - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 63.

3 - سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 23.

4 - المرجع نفسه، ص23.

5 - أحمد رباحي، المرجع السابق، ص 144.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

نصت على أنه إذا صادف اليوم الأخير من الأيام السبعة المذكورة يوم سبت، أو يوم أحد، أو يوم عيد أو يوم عطلة، فإن هذه المدة تمتد إلى أول يوم عمل تال[1].

وكما يلاحظ فإن ما يستبعد وفقا لهذا النص من حساب المدة اللازمة ممارسة العدول خلالها لا يتم في جميع الأحوال، وإنما فقط إذا ما وقعت الفترة واجبة الاستبعاد في نهاية المدة ليبقى بذلك الفارق واضحا بين ما جاء به التوجيه الأوروبي وما اعتمده المشرع الفرنسي بشأن مدة الحق في العدول[2].

2 -المدة الاستثنائية

إذا لم يقم المحترف بتنفيذ التزامه بإعلام المستهلك ؛ أي تأكيد المعلومات بعد إبرام العقد في حدود المدة السابق بيانها، فإن الأجل الذي يمكن فيه للمستهلك المتعاقد عن بعد أن يمارس خلاله حق العدول عن العقد يمتد من سبعة أيام إلى ثلاثة أشهر، ويبدأ سريانها في حالة السلع من يوم الاستلام من قبل المستهلك، أما في حالة الخدمات فمن يوم إبرام العقد[3].

ولكن إذا تدارك المهني الأمر وقام بإعلام المستهلك خلال مدة الثلاثة أشهر، فإن مدة السبعة أيام وهي المدة الأصلية تعود في الظهور مرة أخرى منذ اللحظة الأولى التي قام فيها المهني بتنفيذ التزامه بالإعلام، ليكون للمستهلك أن يعدل خلالها عن العقد[4].

ويلاحظ أن القوانين التي أقرت حق العدول عن القبول لم تخضع ممارسته لشكل أو إجراءات خاصة، إذ يكفي أن يعبر المستهلك عن إرادته في العدول عن العقد الذي سبق إبرامه ؛ سواء كان ذلك صراحة أو ضمناً، كأن يرد المستهلك المبيع الذي سبق أن تسلمه خلال المدة المحددة لممارسة هذا الخيار، غير أنه من الناحية العملية ينبغي الإشارة إلى أنه يكون دائماً من مصلحة المستهلك عند استعماله لهذا الحق، أن يعبر عن عدوله من خلال وسيلة تمكنه من إثبات هذا العدول فيما بعد، وعند منازعة المهني في حدوثه، وهو ما يمكن تحققه بأن يرفق بالعقد نموذج معين يجب استيفاؤه من قبل المستهلك وإعادته إلى المتعاقد الآخر بخطاب موصى عليه مع علم الوصول[5].

---

1 - بخالد عجالي، "حق المستهلك الإلكتروني في التراجع عن العقد وأثره على النظرية العامة للعقد في ظل نظريات القانون الاقتصادي"، **مجلة الحقوق والحريات**، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد: الرابع، أفريل 2017، ص 348.

2 - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 64.

3 - بهلولي فاتح، المرجع السابق، ص 291.

4 - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص65.

5 - سليمان براك دايح، المرجع السابق، ص 179.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا: آثار العدول عن القبول في التعاقد الإلكتروني

تخضع ممارسة الحق في العدول للسلطة التقديرية للمستهلك[1]، الذي إذا لم يزاوله خلال المهلة المحددة له أصبح العقد الذي أبرمه لازما وباتا وواجب التنفيذ من قبل الطرفين، مما يعني انتهاء حالة الشك لدى المتعاقد الآخر فيما إذا كان سيطالب بهذا الحق أم لا، أما في حالة إعمال المستهلك لحقه في العدول فإن القانون يرتب عليه مجموعة من الآثار، ينصرف بعضها للمستهلك، والبعض الآخر ينصرف للمهني المتعاقد معه، وفيما يلي بيان ذلك:

أ - أثار العدول بالنسبة للمستهلك

ممارسة المستهلك لحقه في العدول عن التعاقد الإلكتروني ترتب عليه جملة من الآثار نجملها فيما يلي:

1 - الالتزام برد السعلة للمحترف

يترتب على اختيار المستهلك طريق العدول عن العقد الذي أبرمه عبر الأنترنت إزالة العقد وانقضائه، بل واعتباره كأن لم يكن أصلا، كما يلتزم من مارس هذا الحق بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، فإذا استلم الشيء التزم بإعادته بالحالة التي استلمه عليها، وهنا يلتزم المستهلك بإعادة السلعة إلى المحترف خلال مدة معينة وأن يعيدها جديدة كما هي وفي الهيئة التي تسلمها بها وخلال المدة المعينة لممارسة حق العدول[2]، ومما تجدر له الإشارة هو أن التشريعات التي نصت على حق المستهلك في العدول جعلت أحكامه متعلقة بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على خلافها، وإلا عد ذلك باطلا، وبذلك كفلت هذه التشريعات تحقيق حماية فعالة وحقيقية للمستهلك، كما وخففت من إمكانية إدراج شروط تعسفية في العقود التي يبرمها مع المحترف، التي قد يستبعد بموجبها الأخير تطبيق هذه الأحكام التي أقرت حقا للمستهلك يحميه في مواجهته[3].

2 - الالتزام بدفع مصاريف رد السلعة

إذا كان المستهلك لا يتحمل مقابل ممارسة حقه في العدول أية مصروفات، فإن الأمر يختلف بالنسبة للمصروفات التي تبدو كنتيجة مباشرة لاستعمال هذا الحق، ويقصد بهذه المصروفات تلك التي تكون نتيجة لإرجاع

---

1 - الهدف من إخضاع الحق في العدول عن العقد للسلطة التقديرية للمستهلك يجد سنده في إعادة التوازن للعلاقة العقدية، وذلك للحد من السلطة التقديرية والمنفردة للمهني أو المورد، حيث أن قرارات المستهلك واختياراته لا تؤخذ غالباً بعين الاعتبار من طرف المهني، لذا جاءت مكنة التراجع للحد من هيمنة المهني بواسطة معرفته التقنية من تسويق دعوة للتعاقد، هذا الإغراء غالباً ما يسقط فيه غالبية المستهلكين، لذلك كان حق التراجع مكنة واختيار من أجل إعادة موازين القوى إلى نصابها. أنظر: هشام بلخنفر، "الحق في الرجوع كآلية لحماية المستهلك المتعاقد عن بعد"، **مجلة القانون والأعمال**، جامعة الحسن الأول، المغرب، العدد: السابع، سنة 2016، ص ص 18 -19، الموقع: **www.droitentreprise.org**.

2 - منصور حاتم محسن وإسراء خضير مظلوم، المرجع السابق، ص 67.

3 - المرجع نفسه، ص 67.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المنتج إلى المهني، فتلك تعتبر أمراً متوقعاً من قبل المستهلك بالنظر إلى خصوصية التعاقد الذي أبرمه عن بعد[1]، إذ أنه لا ينسب إلى التاجر خطأ أو إخلال بتنفيذ التزاماته، فلا يعد من العدل إلزامه بنفقات إعادة السلعة، فالمستهلك هو من اختار العدول عن العقد وعليه أن يتحمل غرم ذلك[2].

وعلى الرغم من ذلك فإن حق العدول وبجانب كونه حقاً تقديرياً هو أيضاً حق مجاني[3]، وهذا الأثر جاء في الحقيقة حماية للمستهلك من عدم تحميله مصاريف إضافية[4].

ب - آثار العدول بالنسبة للمحترف

تنصرف للمحترف عدة آثار نتيجة لممارسة المستهلك لحقه في العدول، والتي نجملها فيما يلي:

1 - رد الثمن إلى المستهلك

متى قرر المستهلك العدول عن العقد وأخطر المورد بذلك خلال المهلة المقررة، فإن المورد يلتزم برد المبلغ المدفوع من المستهلك ثمنا للسلعة أو الخدمة؛ حيث يعتبر العقد كأن لم يكن، ولا يحتمل المستهلك أي رسوم مقابل استرداد ما دفعه للمورد[5].

أما ميعاد الرد فتضمنته الفقرة الثانية من المادة السادسة من التوجيه الأوروبي، والتي ألزمت المورد برد ثمن السلعة خلال ثلاثين يوما التالية لاستعمال المستهلك لحق العدول، والذي أخذ به أيضا المشرع الفرنسي في المادة (L121- 20)[6].

أما بالنسبة لتشريع المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي فقد نص الفصل 30 منه على أن:" يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام ... وفي هذه الحالة يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في أجل عشرة أيام عمل من تاريخ إرجاعه البضاعة أو العدول عن الخدمة"، ويتم رد الثمن المدفوع بأي طريقة من طرق الدفع المتداول عليها، فله أن يرد الثمن بواسطة شيك أو حوالة أو نقداً، أو وفاءً إلكترونياً[7].

1 - منصور حاتم محسن وإسراء خضير مظلوم، المرجع السابق، ص 68.
2 - آلاء يعقوب يوسف، المرجع السابق، ص 106.
3 - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 71.
4 - منصور حاتم محسن وإسراء خضير مظلوم، المرجع السابق، ص 68.
5 - شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص ص 207 -208.
6 - منصور حاتم محسن وإسراء خضير مظلوم، المرجع السابق، ص 69.
7 - حوحو يمينة، المرجع السابق، ص 163.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يتضح من ذلك أن هذه التشريعات اتفقت من حيث إلزام المحترف برد المبالغ التي دفعها المستهلك خلال مدة معينة، ودون أن يكون المستهلك ملزم بدفع أي تعويض إلى المحترف كونه يستخدم حقا تشريعيا، ولكنها تباينت بشأن طول المدة التي يجب على المحترف تنفيذ التزامه خلالها، وفي حالة ما إذا انقضت المدة المحددة لإرجاع الثمن ولم يقم البائع المحترف بإرجاع الثمن، فإن كل يوم تأخير يصاحبه فوائد لصالح المستهلك، ناهيك عن أن فعل عدم الإرجاع يشكل في حد ذاته جريمة في مواجهة البائع[1].

2/ فسخ العقد المبرم بسبب العقد الذي عدل عنه المستهلك

إعمالاً لنص المادة 6 -4 من التوجيه الأوروبي رقم 97 -7 نصت المادة 311 -1/25 على أنه: "إذا كان الوفاء بثمن المنتج أو الخدمة قد تم تمويله كليا أو جزئيا بائتمان من قبل المورد أو من شخص من الغير على أساس اتفاق مبرم بين الأخير والمورد، فإن ممارسة المستهلك لحق العدول يؤدي إلى فسخ عقد الائتمان بقوة القانون دون تعويض أو مصروفات، باستثناء المصروفات المحتملة لفتح ملف الائتمان"[2].

وقد جاء المشرع الفرنسي على غرار ما جاء به التوجيه الأوروبي بأحكام مماثلة في نقض عقد الائتمان الذي يبرمه المستهلك لتمويل العقد الذي عدل عنه، كما أكدت ذلك الفصل 33 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، والتي نصت على أنه: " إذا كانت عملية الشراء ناتجة كليا أو جزئيا من قبل البائع أو الغير على أساس عقد مبرم بين البائع والغير فإن عدول المستهلك عن شراء بفسخ عقد القرض بدون تعويض"[3].

وبذلك تكون هذه التشريعات قد نظرت إلى العقدين معاً؛ العقد المبرم عن بعد والعقد المبرم تمويلاً له باعتبارهما كلا لا يتجزأ، فقرر بالتالي أن زوال الأصلي منهما؛ أي العقد المبرم عن بعد يستتبعه زوال تابعه أي العقد المبرم لتمويل الأول، ولا شك أن ذلك يمثل حماية للمستهلك في هذا المجال، فهو في الواقع لم يبرم عقد الائتمان إلا بقصد تمويل العقد الذي أبرمه عن بعد، فإذا زال العقد الذي قصده بممارسة الحق في العدول تعين إنهاء العقد المرتبط به والذي لم يعد هناك مبرر للإبقاء عليه[4].

1 - خلفي عبد الرحمان، " حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري – دراسة مقارنة"، **مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)**، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، المجلد: 27، العدد: الأول، 2013، ص 17.

2 - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ص 68 - 69.

3 - منصور حاتم محسن وإسراء خضير مظلوم، المرجع السابق، ص 70.

4 - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 69.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثالث: مجلس العقد الإلكتروني

صحيح أن العقد تقليدياً كان أو إلكترونياً ينعقد بتبادل الطرفان التعبير عن الإرادة، إلا أن تبادل الإرادتين لا يتم إلا في مجلس العقد، مما يعد مجلس العقد مرحلة هامة في حياة العقد، إذ لا ينعقد العقد إلا من خلاله، فلا يتصور وجود عقد دون أن يمر بمرحلة المجلس، لما له من فائدة في حماية المتعاقدين.

وتقوم فكرة مجلس العقد على وجود عنصري الزمان والمكان، اللذان ينشغل في نطاقها المتعاقدان بموضوع العقد، ما يجعل مجلس العقد وحدة زمانية، ووحدة مكانية تجمع بين المتعاقدين، وتعود فكرة مجلس العقد للشريعة الإسلامية التي سار المشرع الجزائري على نهجها.

تعطي فكرة مجلس العقد للقابل فترة معقولة للتروي والتفكير في إعطاء القبول دون التراخي المؤدي للإضرار بالموجب، وليس هذا فحسب بل تظهر أهميته في تحديد زمان العقد ومكانه، وبتحديدهما تتحدد المحكمة المختصة في الفصل في النزاع، القانون الواجب التطبيق، حساب التقادم والمواعيد.

وقد يكون مجلس العقد مجلساً حقيقياً يجتمع فيه المتعاقدان في مكان واحد فيسمع ويرى الواحد منهما الآخر، وقد يكون مجلساً حكمياً يكون فيه أحد المتعاقدان غائب عنه، وهو الغالب في التعاقد الإلكتروني؛ حيث يرد ذلك إلى طبيعة التعاقد الإلكتروني الذي يتم عن بعد، مما يعذر إمكانية التقاء طرفا العقد في مكان واحد، ونتيجة لذلك يثير مجلس العقد بصفة عامة، والإلكتروني بصفة خاصة، العديد من المشكلات، لعل أهمها إشكالية تحديد طبيعة مجلس العقد الإلكتروني فيما إذا كان تعاقدا بين حاضرين أو بين غائبين، أو بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان.

إضافة إلى إشكالية تحديد زمان ومكان العقد الإلكتروني، وبغية التفصيل في ذلك نتطرق لمفهوم مجلس العقد الإلكتروني في المطلب الأول، ونتطرق لطبيعة مجلس العقد الإلكتروني في المطلب الثاني، ونتطرق لتحديد زمان ومكان العقد الإلكتروني في المطلب الثالث.

المطلب الأول: مفهوم مجلس العقد الإلكتروني

نتطرق في هذا المطلب لتحديد مفهوم مجلس العقد الإلكتروني من خلال تعريفه في الفرع الأول، ثم بيان عناصره في الفرع الثاني، لنتناول أنواعه في الفرع الثالث.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الأول: تعريف مجلس العقد الإلكتروني

يعرف مجلس العقد الإلكتروني من نواحٍ عدة:

البند الأول: تعريف المجلس لغة

المجلس لغة: من الفعل جلس وبكسر اللام، موضع أو مكان الجلوس والجلوس القعود وهو نقيض القيام، ونطلق لفظ المجلس على كل موضع يجلس فيه الإنسان لقوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قِيلَ لَكُمْ تَفَسَّحُوا فِي الْمَجَالِسِ فَافْسَحُوا يَفْسَحِ اللَّهُ لَكُمْ ۖ وَإِذَا قِيلَ انْشُزُوا فَانْشُزُوا يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ ۚ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ "[1]، واشتقت كلمة جلسة من المجلس، وهي حصة من الوقت يجلس فيها جماعة يختصون بالنظر في شأن من الشؤون، وهي مغلقة إذا لم يشهدها إلا أعضاؤها، ومفتوحة إذا شهدها معهم غيرهم، والمقصود به هنا زمان ومكان إبرام العقود عند الفقهاء[2].

البند الثاني: تعريف مجلس العقد اصطلاحاً

مجلس العقد هو الحالة التي يكون فيها المتعاقدان منشغلين فيه بالتعاقد، أو هو اتحاد الكلام في موضوع التعاقد، وعرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه الاجتماع الواقع لأجل التعاقد[3].

وقد عرف على أنه: " اجتماع المتعاقدين في نفس المكان والزمان بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة، حالة كونهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلهما عنه شاغل، وينفض مجلس العقد بالمفارقة الجسدية للمكان من أحد العاقدان أو كليهما، ولكنه يعتبر منفضاً كذلك، ولو لم يبرح العاقدان المكان، إذا شغلهما أو شغل أحدهما عن التعاقد شاغل، ويقوم مجلس العقد في الفقه الإسلامي علة وحدة الزمان والمكان، ومؤدى ذلك ضرورة أن يصدر الإيجاب والقبول في نفس المكان وفي الجلسة نفسها "[4]، ويعرف أيضاً بأنه: " المكان الذي يجتمع فيه المتعاقدان، ويبدأ من وقت صدور الإيجاب ويبقى مادام المتعاقدان منصرفين إلى التعاقد، فإذا بدا إعراض من أحدهما انفض مجلس العقد"[5].

تحدد نظرية مجلس العقد أجلاً للقبول يكون لمن وجه إليه الإيجاب حق التروي، فيقبل في خلاله دون اضطرار إلى القبول فور الإيجاب، ذلك أن القبول من الوجهة النظرية يجب أن يتبع الإيجاب مباشرة وفورا لينعقد العقد، ولكن

1 - الآية 11 من سورة المجادلة.
2 - ميكائيل رشيد علي الزيباري، المرجع السابق، ص 228.
3 - المرجع نفسه، ص 228.
4 - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 106.
5 - شيراز عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 450.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لصعوبة ذلك جعل فقهاء الشريعة للعقد مجلساً تعتبر ساعاته وحدة زمنية، ويحدد مجلس العقد بفترة تبدأ منذ الإيجاب وتنتهي إما بالاتفاق وانعقاد العقد، وإما بافتراق الطرفين أو بإعراض أحدهما كما لو قام معرضا أو انشغل بشأن آخر[1].

أما مجلس العقد الإلكتروني فيعرف بأنه: " المكان والزمان الذي ينصرف فيه المتعاقدان للتعاقد إلكترونياً عبر شبكة الأنترنت، والذي يبدأ بالإيجاب الإلكتروني البات أيا كانت صورته، وينتهي بانتهاء الانشغال بالتعاقد"[2].

ويعرف أيضا بأنه: " الإطار الزماني والمكاني الذي يجمع المتعاقدين حقيقة أو حكما، والذي ينشغلان خلاله بإبرام العقد، ويتبادلان فيه التعبير عن الإيجاب والقبول بالوسائل التقليدية أو المستحدثة"[3].

الحال أن التعريف السابق يحرص على شمول بيان عدة أمور مهمة[4]:

-تجنب الإيجاز المخل والإسهاب الممل من خلال سرد أمور تستفاد ضمنا وتستخلص من سياقه.

-التأكيد على عنصري مجلس العقد الحقيقي والحكمي والتعاقد بالوسائل التقليدية والمستحدثة.

-يحدد بداية ونهاية المجلس، حيث يستفاد منه ضمناً أن المجلس يبدأ بمجرد الانتقال بأمور التعاقد (الإيجاب والقبول)، وينفض إما بالإبرام أو الإعراض (زوال حالة الانتقال بالتعاقد).

تظهر الحكمة من مجلس العقد في حماية مصالح المتعاقدين، كما تؤدي إلى حماية العقد ذاته، بحيث تضمن استقرار المعاملات القانونية، وهو ما سنوضحه فيما يلي:

أولا: حماية مجلس العقد للمتعاقدين

لا شك أن الأخذ بنظرية مجلس العقد من شأنه صيانة مصالح المتعاقدين الموجب والموجب له.

أ -حماية مجلس العقد لمصالح الموجب

حيث يتيح له مجلس العقد العدول عن الإيجاب أو الرجوع عنه إذا ما تبين أن صفقته خاسرة أو أنها غير رابحة[5]، وذلك متى وجد بعد التفكير والتدبير أن مصلحته تقتضي الرجوع عن هذا الإيجاب[6]، وذلك عن طريق الرجوع عن المجلس، طالما لم يصدر القبول المطابق لهذا الإيجاب من المتعاقد الآخر[7].

---

1 - طارق كاظم عجيل، "مجلس العقد الإلكتروني"، **مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية)**، جامعة الإمارات العربية المتحدة -أبو ظبي، خلال الفترة: 19 -2009/05/20، ص 300.

2 - أميرة حسن الرافعي، المرجع السابق، ص ص 157 -158.

3 - بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 89.

4 - المرجع نفسه ، ص 89.

5 - ميكائيل رشيد علي الزيباري، المرجع السابق، ص 231.

6 - مصطفى أحمد أبو عمرو، **مجلس العقد الإلكتروني – دراسة مقارنة** ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 60.

7 - ميكائيل رشيد علي الزيباري، المرجع السابق ، ص 231.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومن ناحية أخرى فإن مجلس العقد هو الذي يجعل الإيجاب مرتبطا بإطار زمني يجب أن يصدر القبول خلاله ؛ سواء كان هذا الإطار الزمني محدد صراحة من جانب الموجب، كحالة الإيجاب الملزم المقترن بمدة محددة، أو كان هذا الإطار محدد ضمناً، كحالة الإيجاب غير مقترن بمدة معينة[1] ، وذلك حتى لا يتضرر الموجب، ولا يبقى معلقاً مدة طويلة تضر به دون الرد عن إيجابه[2].

ب - حماية مجلس العقد لمصالح الموجب له (القابل)

يضمن مجلس العقد لمن عرض عليه الإيجاب تحقيق المصلحة ودفع المضرة، وذلك لأن شخص القابل في حاجة إلى التأني والتدبر[3]، من حيث كونه يمنحه فترة كافية للتفكير واتخاذ القرار المناسب بشأن التعاقد والانتهاء لإبرام العقد من عدمه، وبمعنى آخر فإنه بدون الأخذ بفكرة مجلس العقد لن يتيسر للموجب له الحصول على وقت للتفكير قبل اتخاذ قرار التعاقد[4]، ومن ذلك إذا رأى العقد في صالحه فيبادر إلى الموافقة أو إلى الرفض إن لم يكن العقد في صالحه[5].

ثانيا: حماية مجلس العقد للتعاقد ذاته

يتحقق ذلك من خلال مكان إبرام العقد وزمانه، وكذا تحديد القانون الواجب التطبيق، وبيان المحكمة المختصة بنظر النزاعات التي قد تنشأ عن العقد[6]، لذا فإن مجلس العقد يضمن عدم انقضاء فترة طويلة بين صدور الإيجاب والتعبير عن القبول وارتباطهما، ومن دونه سيظل الإيجاب معلقاً لفترة طويلة، ولا تستقر المعاملات الإلكترونية[7]، أو يجبر القابل عن التعبير عن إرادته فورا دون التفكير أو مراجعة لقراراته، وعلى ذلك فإنه بدون تطبيق هذه النظرية لا يكون ممكنا تطابق الإيجاب والقبول، وبالتالي يصبح من المستحيل إبرام العقد[8].

فضلاً عما سبق، فإنه عندما يتم التعبير عن الإرادة (الإيجاب والقبول) بالألفاظ فإنه يخشى مع تباعد الفترة الزمنية المنصرمة بين الإيجاب والقبول أن يحدث تحريف أو تعديل لمضمونها، أو يثور الشك بشأن مدلول كلا منهما[9].

1 - مصطفى أحمد أبو عمرو ، المرجع السابق، ص 61.
2 - ميكائيل رشيد علي الزيباري، المرجع السابق ، ص 231.
3 - باسم محمد سرحان ابراهيم، **مجلس عقد البيع بين النظرية والتطبيق**، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 84.
4 -مصطفى أحمد أبو عمرو ، المرجع السابق، ص 61.
5 -ميكائيل رشيد علي الزيباري، المرجع السابق ، ص 231.
6 -مصطفى أحمد أبو عمرو ، المرجع السابق، ص 62.
7 - ميكائيل رشيد علي الزيباري، المرجع السابق، ص 231.
8 -مصطفى أحمد أبو عمرو ، المرجع السابق، ص 62.
9 - المرجع نفسه ، ص ص 62 -63.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني: عناصر مجلس العقد الإلكتروني

يتكون مجلس العقد من عنصرين؛ أحدهما مادي، وهو العنصر المكاني، أما ثانيهما فهو ذا طابع معنوي، وهو العنصر الزماني، الذي يعد العنصر الجوهري لمجلس العقد، وتجدر الإشارة هنا إلى أن الصيغة (الإيجاب والقبول) لا تعد من عناصر مجلس العقد وأركانه، فالمجلس قد يبدأ رغم عدم توافر الصيغة، فالمعلوم أن المجلس يبدأ فور صدور الإيجاب البات المحدد، ويستمر لحين صدور القبول، ولو كانت الصيغة عنصرا من عناصر مجلس العقد لاستحال أن يبدأ قبل صدور القبول المطابق، بمعنى أوضح فإن اعتبار الصيغة عنصرا في المجلس يؤدي لانتقاء دور قيمة عنصري مجلس العقد، وهو ما يخالف الواقع ويتنافى مع منطق القانون السليم[1].

البند الأول: العنصر المادي

يتمثل مجلس العقد في الإطار الزماني والمكاني الذي يجمع المتعاقدين حقيقة أو حكماً لحظة إبرام العقد، ويمثل العنصر المكاني أحد عنصري مجلس العقد[2]، وتتجلى أهميته في التعاقد بين حاضرين حيث يلتقيان فعليا في مكان واحد يجمعهما طول الفترة اللازمة لإبرام العقد، وقد يكون المكان الذي يبرم فيه العقد (العنصر المادي للمجلس) مكاناً مفتوحاً أو مغلقاً، كما يمكن أن يكون جزءاً ثابتاً؛ كمكتب أحد المحامين، أو منزل أحد الطرفين، أو متحركاً؛ كإبرام العقد على متن باخرة متحركة[3].

أولا: المقصود بالمكان كعنصر من مجلس العقد

يمكن تعريف المكان الذي يعد عنصراً في مجلس العقد بأنه: " الحيز الثابت أو المتحرك الذي يجمع المتعاقدين فعلا أو افتراضيا أثناء انشغالهما بالتعاقد"[4]، يبدو من خلال هذا التعريف أن العنصر المكاني هو عنصر محدد يتلاقى فيه الطرفان، ويتصل به عنصران هما: الأول: عدم مبارحة كل عاقد لمكانه، والثاني: أن يكون كل من العاقدين على بعد من الآخر، بحيث لا يلتبس عليه صوته، وذلك بأن يَظلا في المكان الذي كان يشغلانه عند إيجاب الموجب الذي يأذن بابتداء مجلس العقد[5].

1 - مصطفى أحمد أبو عمرو ، المرجع السابق، ص 73.
2 - حامدي بلقاسم ، المرجع السابق، ص 90.
3 - مصطفى أحمد أبو عمرو ، المرجع السابق، ص 74.
4 - المرجع نفسه ، ص 75.
5 - باسم محمد سرحان إبراهيم، المرجع السابق، ص 70.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبذلك يستلزم مجلس العقد التقاء المتعاقدين في مجلس العقد، وقد يكون هذا الالتقاء جسدياً أو افتراضياً، ذلك أن المكان قد يأخذ مفهوماً واسعاً، فيشمل التعاقد الإلكتروني، وقد يأخذ مفهوماً ضيقاً؛ كما في حالة التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان والمكان، ولا شك أن هذا المفهوم الأخير لا يتلاءم مع التعاقد الإلكتروني الذي يتم عن بعد كالتعاقد عبر الأنترنت بشكل مباشر، حيث يرى كل طرف نظيره ويسمعه طوال فترة مجلس العقد[1].

الجدير بالذكر أن مكان مجلس العقد يستوجب توافر ضابطين حسيين أحدهما بصري، وذلك بأن يرى كل من المتعاقدين الآخر، وثانيهما سمعي بأن يسمع كل من المتعاقدين كلام الآخر[2]، وبغير ذلك لا يستطيع كل طرف أن يصدر قراره على بينة، وبالتالي تنتفي حكمة مجلس العقد؛ وبمعنى آخر فإن مفهوم مجلس العقد يستلزم أن يتم تبادل الإيجاب والقبول بشكل فوري ومباشر، الأمر الذي يعني أن كل طرف سيسمع الكلام الآخر ويدرك ما تلفظ به[3]، وبذلك يستدعي مجلس العقد فهم الموجب إليه للإيجاب الموجه له وإدراكه، وكذلك فهم الموجب للقبول وإدراكه أيضا، حيث أن لكل منهما الاستفسار من الآخر عن أي أمر غامض في الإيجاب أو القبول، ففي الإيجاب والقبول بين حاضرين يعد وقت اكتمال التعبير عن الإرادة هو وقت فهمه وإدراكه وليس وقت سماعه[4].

ثانيا: مدى توافر العنصر المادي في مجلس العقد الإلكتروني

يتوقف على وجود العنصر المكاني بالمفهوم الضيق وصف مجلس العقد بكونه حقيقي أو حكمي، ولما كان التعاقد الإلكتروني يتم عن بعد من خلال الوسيط الإلكتروني، الذي يساعد على التغلب على التباعد المكاني بين الطرفين، فإن التعاقد الإلكتروني يعد تعاقداً بين غائبين من حيث المكان، إذ لا يلتقي الطرفان فعلياً في حيز مكاني واحد، على أن بعض صور التعاقد الإلكتروني قد تتيح لكل طرف أن يرى الطرف الآخر، ويحاوره، ويسمعه بوضوح، ولعل ذلك هو ما جعل البعض من الفقه يذهب إلى أنه اعترافاً بدور الوسيط الإلكتروني المستخدم في التعاقد في إزالة الحواجز الجغرافية، كما لو كان يتواجد معه فعلياً في ذات الغرفة، ويتيح لكل منهما أن يحاور، ويفاوض الآخر بشأن كافة تفاصيل التعاقد[5]، وهو ما يفترض معه أنهما قد انتقالا إلكترونياً، ليلتقيا افتراضياً في ذات المكان المتمثل في الفضاء الإلكتروني، وينتهي هذا الفقه إلى أنه في حالة التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت يصبح من المتاح نقل الكتابة

1 - مصطفى أحمد أبو عمرو ، المرجع السابق، ص 75.
2 - باسم محمد سرحان إبراهيم، المرجع السابق، ص 70.
3 - حامدي بلقاسم ، المرجع السابق، ص 90.
4 - مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص ص 75 -76.
5 - المرجع نفسه، ص 76.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والصوت والصورة معا، بحيث ينعدم الفاصل الزمني بين إعلان إرادة الطرف الأول (الإيجاب) وعلم الطرف الثاني به، ويعد التعاقد الإلكتروني الذي يبرم بهذه الآلية تعاقداً بين حاضرين ؛ حضوراً مفترضاً من حيث المكان، وفعلياً من حيث الزمان[1].

الواقع أن هذا التفسير على إطلاقه يمكن أن يؤدي بنا إلى نتائج علمية غير التي يرضاها هذا الفقه ذاته، فلا شك أنه في حالة عدم اتفاق الطرفين على مكان إبرام العقد، فسيتم إعمال الأحكام القانونية الخاصة بالتعاقد بين غائبين لحل هذه المشكلة، وسنعتد عندئذ بالمكان الذي علم فيه الموجب بالقبول مع الأخذ في الاعتبار أن وصول القبول يعتبر قرينة على العلم[2].

البند الثاني: العنصر المعنوي (الزماني)

يعد العنصر المعنوي جوهر العقد، إذ هو الذي يعمل على تحقيق حكمته، ويبرر سبب وجود نظرية مجلس العقد، وهي كسب الوقت للتفكير والتروي قبل إعلان الإرادة أو العدول عنها بعد إعلانها متى توافرت شروط الاعتداد بهذا العدول[3].

ويمكن تعريف هذا العنصر الزماني بأنه: " الزمان الذي ينشغل خلاله المتعاقدان بالتعاقد قصر الزمان أو طال ودون الركن الزماني لا يتصور للمجلس وجود"[4]، ويتمثل الزمان في تلك الفترة أو المدة الواقعة بين صدور الإيجاب والعلم بالقبول[5].

ويتعين وجود هذا العنصر ؛ سواء كان حقيقياً أو حكمياً، وسواء كان التعاقد تقليدياً أو إلكترونياً، إذ أصبح المقصود باتحاد مجلس العقود هو تعاصر انشغال الطرفين بإبرام العقد، حتى ولو كان التعاقد يتم عن بعد من خلال الوسائط الإلكترونية أو غيرها من وسائل الاتصال المباشر، وعلى ذلك فإن اتحاد مجلس العقد هو بصفة أساسية اتحاد الزمان الذي يكون الطرفين خلاله منشغلين بأمور التعاقد، ويترتب على ذلك أن التعاقد بين الغائبين من خلال شبكة الأنترنت أو ما يماثلها من شبكات الاتصالات يعد تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان على الأقل[6].

1 - حامدي بلقاسم ، المرجع السابق، ص 91.
2 - مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق ،ص ص 77 -78.
3 - المرجع نفسه ، ص 78.
4 - باسم محمد سرحان إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 73 -74.
5 - بلقاسم حامدي ، المرجع السابق، ص 91.
6 - مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص 79.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفيما يخص لحظة بدء مجلس العقد الإلكتروني التي تعد بداية تحقق العنصر المعنوي فإن الأمر يختلف وفقاً لآلية أو أسلوب التعاقد، فإذا كان التعاقد يتم مباشرة من خلال الويب؛ فإن النطاق الزماني لمجلس العقد يبدأ منذ لحظة دخول الموجب إلى الموقع الإلكتروني الذي صدر منه الإيجاب، ويستمر العنصر الزمني طول فترة المناقشات والمفاوضات حتى يخرج القابل من الموقع، أو يخرج الموجب من الموقع، أو يعدل عن إيجابه رغم بقائه على الموقع[1].

وإذا كان التعاقد الإلكتروني يتم من خلال الرسائل الإلكترونية المرسلة عبر البريد الإلكتروني فيبدأ في هذه الحالة منذ لحظة صدور الإيجاب، ويستمر لحين خروج أحد الطرفين من موقع بريده الإلكتروني، بينما يبدأ المجلس أو بالأحرى العنصر الزمني للمجلس منذ لحظة صدور الإيجاب، لأنه يصل لبريده الإلكتروني في ذات الوقت، وينتهي النطاق الزمني لحظة وصول القبول للموقع الإلكتروني الموجب، حيث يعد وصول القبول قرينة على علم الموجب به، خاصة في المعاملات الإلكترونية، وهو ما يعني إبرام العقد، ومن ثم انقضاء المجلس بعد تحقق هدفه[2].

الفرع الثالث: أنواع مجلس العقد الإلكتروني

لمجلس العقد الإلكتروني صورتين: مجلس حقيقي، ومجلس حكمي، فيكون حقيقياً إذا التقى الطرفان مع بعضهما، بحيث يرى ويسمع كل منهما الآخر، ويكون حكمياً إذا فصلت بين الإيجاب والقبول فترة زمنية، بحيث يكون أحد المتعاقدين غائباً عن مكان العقد، وهو ما يعبر عنه بالتعاقد بين غائبين، والتفصيل في ذلك فيما يلي:

البند الأول: مجلس العقد الحقيقي

تقوم فكرة مجلس العقد الحقيقي على التقاء الموجب والموجب له أو من ينوب عنهما أو عن أحدهما بشكل مباشر، ما يسمح لهما بالتفاوض على شروط العقد والاتفاق على بنوده وتوقيع مستنداته العقدية، ولتوضيح ذلك نتطرق لبيان المقصود من مجلس العقد الحقيقي، ونتطرق أيضا لبيان شروطه.

أولا: تعريف مجلس العقد الحقيقي

يعرف على أنه: " مجلس العقد الذي يجمع المتعاقدين في مكان واحد فيكونان على اتصال مباشر بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة حالة كونهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلهما عنه شاغل، وهو يبدأ بتقديم الإيجاب وينتهي بالرد على الإيجاب قبولاً أو رفضاً، وإما نقضاً دون رد"[3].

1 - مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص ص 79 -80.
2 - المرجع نفسه، ص 80.
3 - المرجع نفسه، ص 82.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا: شروط مجلس العقد الحقيقي

حتى نكون بصدد مجلس عقد حقيقي لابد من توافر عدة شروط تمثل ضمانات لتحقيق الاتصال الفعال بين الإيجاب والقبول، بما يؤدي إلى انعقاد العقد على النحو المقصود قانوناً، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أ - الحضور الحقيقي للطرفين أو من ينوب عنهما في المجلس

حتى يبدأ مجلس العقد الحقيقي فإنه يتعين تواجد كلا الطرفين فعليا (بدنيا) في مكان انعقاد ذلك المجلس، ويستوي في ذلك أن يحضر الطرفان لمقر المجلس معا في وقت واحد أو أن يحضر أحدهما قبل الآخر[1]، إذ يتعين التمييز بين وقت حضور الطرفين ووقت بدء مجلس العقد فعلا، ولكي يكون حضور الطرفين فعليا في مجلس العقد ذا جدوى، فإنه يجب أن يكون النطاق المكاني لمجلس العقد الحقيقي يسمح لهما بتبادل الإيجاب والقبول بوضوح ويسر[2]، وبمعنى آخر فإن المدى المكاني للمجلس يجب أن يتيح لكل منهما أن يرى الآخر، ويسمعه دون عوائق، فالسماع والعلم بإرادة الطرف الآخر هما أساسا الاتصال بين الإرادتين، ويمكن تحقق الموافقة بينهما، وعند الخلاف يستعين القاضي بالعرف السائد من أجل تحديد النطاق المكاني لمجلس العقد الحقيقي الذي يسمح باتحاده على النحو الذي حدده القانون[3].

ب - أن يتم العلم بالإيجاب لحظة صدوره

يستفاد من مفهوم وطبيعة مجلس العقد الحقيقي أن صدور الإيجاب وعلم الموجب له به يتحققان في ذات المكان والزمان بحكم وجود العاقدين معا، على أن هذا لا يعني لزوم فورية الرد على الإيجاب بمجرد صدوره، فلا يوجد ما يمنع انقضاء فترة زمنية معقولة بين صدور الإيجاب والعلم به والرد عليه، ومثال ذلك أن يكون الإيجاب قد صدر بلغة غير التي يفهمها الموجب له، ويحتاج الأمر عندئذ لبعض الوقت لترجمة الإيجاب إلى لغة الطرف الآخر ليصدر قراره بشأن التعاقد وهو على بينة من أمره[4].

خلاصة القول أنه سواء صدر القبول فور صدور الإيجاب أو كان بينهما فترة وجيزة أثناء قيام مجلس العقد، فإنه يمكن القول بأن الإيجاب قد صدر وتم العلم به في وقت واحد هو وقت انعقاد المجلس، ولعل هذا هو ما يحقق مقولة أن ساعات مجلس العقد تعد ساعة واحدة أو وحدة زمنية واحدة، وعلى هذا فإن مرور بعض الوقت بين صدور الإيجاب أو القبول والعلم به لا يمنع انعقاد العقد طالما ظل المجلس منعقدا[5].

1 - مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص 83.
2 - بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 92.
3 -مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص ص 83 -84.
4 - المرجع نفسه، ص 84.
5 - بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 93.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الواقع أن إعمال الشرطين السابقين هو ما يساعد على تحديد مجال مجلس العقد الحقيقي، بحيث يخرج عنه حالة وجود كل متعاقد في مكان غير الذي يوجد به الآخر لحظة إبرام العقد، وكذلك حال مرور مدة طويلة بين صدور الإيجاب أو القبول والعلم بهما من المعني[1].

البند الثاني: مجلس العقد الحكمي

إذا كان مجلس العقد الحقيقي يقوم على وجود المتعاقدين معا في مكان وزمان واحد ليصدر فيه الإيجاب ويعلم الموجب له به، فإن مجلس العقد الحكمي على خلاف من ذلك، إذ أنه قد يفصل فيه صدور الإيجاب أو القبول عن العلم به فترة زمنية، مما يؤدي إلى عدم إمكانية القول بالاتحاد الفعلي لمجلس العقد، كما أنه قد يفصل بين المتعاقدين مئات الأميال، الأمر الذي يجعلنا أمام مجلس حكمي لا حقيقي، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على مرونة نظرية مجلس العقد، وتتجلى أهمية مجلس العقد الحكمي في أنه يشمل زيادة على العقود التقليدية جميع صور الوسائل التكنولوجية الحديثة، والتي من بينها الأنترنت، إذ تسمح هذه الوسائل بإمكانية التغلب على بعد المسافات التي غالباً ما تمثل عائقا في سبيل إبرام العقد.

لبيان فكرة مجلس العقد الحكمي نتطرق لتعريفه، وكذا شروطه، و ذلك على النحو الآتي:

أولا: تعريف مجلس العقد الحكمي

يقصد به المجلس الذي يكون فيه أحد المتعاقدين غير حاضر، وهو ما اصطلح على تسميته بالتعاقد بين غائبين، وعادة يتركز على العنصر المكاني لمجلس العقد، فكل عقد لا يجتمع فيه المتعاقدين في مكان واحد يكون تعاقد بين غائبين سواء كان التعاقد يتم بالكتابة أو الرسول أو ما يشابههما[2].

وإذا كان الذي يفرق بين نوعي مجلس العقد الحقيقي والحكمي هما عنصر الزمان والمكان، إلا أن عنصر الزمان يبقى المعيار الأساسي في التفرقة بينهما، ولذلك يذهب غالبية الفقه إلى أن معيار التمييز بين حالتي التعاقد هو وجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به، فمعيار التزامن هو ضابط التمييز بين حالتي التعاقد، إذ أنه في التعاقد الحقيقي يختفي هذا الفاصل الزمني ويعلم الموجب بالقبول فور صدوره[3].

1 - مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص 85.

2 -عقيل فاضل محمد الدهان، "الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني"، **مجلة كلية الحقوق** ، جامعة النهرين، العراق، المجلد: 18، الإصدار: 10، 2007، ص 203.

3 - عبد الحي عبد القاسم عبد المؤمن، المرجع السابق، ص11.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا: شروط مجلس العقد الحكمي

حتى نكون بصدد مجلس عقد حكمي لابد من توافر عدة شروط، نجملها فيما يلي:

أ -وجود الإيجاب أو القبول وتوافر وسيلة نقلهما لعلم الطرف الآخر

مفاد ذلك أنه لابد من صدور الإيجاب والقبول وفقا للقانون، بحيث ينوب وصول الإيجاب للموجب له عن حضور الموجب نفسه بمكان وصول الإيجاب، إذ يستعاض عن ذلك بوسائل الاتصال، وأهمها الأنترنت في حالة التعاقد الإلكتروني، فوسيلة نقل الإيجاب لعلم الموجب له أو العكس هي التي تؤدي للتغلب على التباعد المكاني بينهما وقت إبرام العقد، ومن دون صدور الإيجاب أو القبول لا قيمة للوسيلة، ومن دون الأخيرة لا يتحقق التطابق بين الإرادتين، وبالتالي لا يمكن انعقاد العقد، ولا يخفى أن كل متعاقد حين يعبر عن إرادته، فإنه يقصد وصولها لعلم الطرف الآخر، ويكون منتظرا لرد الأخير بغية إتمام العقد، ويستلزم ذلك أيضا أن يكون وصول التعبير عن الإرادة والعلم به ممن وجه هذا التعبير إليه في وقت واحد[1].

ب - أن يظل المتعاقدان منشغلان بالتعاقد

يعني ذلك أن الموجب يجب أن يظل على إيجابه، بحيث لا يصدر عنه ما يفيد عدوله أو إعراضه عنه، كما يجب أن يظل القابل كذلك مهتما بأمر التعاقد، بحيث لم يشغله عنه شاغل آخر، لأن انشغال المتعاقدين بغير أمر التعاقد يؤدي إلى عدم انعقاد العقد[2].

ويرتبط بذلك أيضاً ضرورة صدور القبول خلال المدة التي يبقى فيها الإيجاب ملزماً، فلا إشكال إذا كان الموجب قد حدد هذه المدة صراحة، أما إذا لم يحدد الموجب تلك المدة التي يلتزم خلالها بالإيجاب، فإن القاضي بما يتولى أمر تحديدها في ضوء ظروف التعاقد وطبيعة العقد وأهميته، وعلى ذلك فإن أرسل الموجب رسالة عبر البريد الإلكتروني للموجب له تتضمن إيجاباً محدداً وباتاً وسارياً لمدة أسبوع، فإن القبول المطابق يجب أن يصدر خلال هذه المدة، فإذا صدر ذلك القبول بعد ذلك فلا ينعقد العقد، لأن هذا القبول المتأخر لا يعدو عندئذ أن يكون مجرد إيجاب جديد يحتاج هو ذاته للقبول، وكذلك الشأن لو صدر القبول خلال المدة، ولكنه لم يكن مطابقا للإيجاب[3].

1 - بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 95.

2 - مثال ذلك إذا اتصل جزائري بمصري عن طريق الأنترنت وعرض عليه أن يبيعه آلات كهرومنزلية، فبدأ الأخير يسأل عن نوعها وثمنها، ثم انحرف بالحديث عن الجزائريين، وغلاء الأسعار، وانخفاض قيمة الدينار الجزائري، وكذا الأوضاع الاجتماعية، فهنا لا ينعقد العقد.

3 - بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 95.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني: طبيعة مجلس التعاقد الإلكتروني

من خصائص الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني أنهما يتمان عن بعد، ويرجع ذلك إلى الطبيعة التي تتميز بها العقود الإلكترونية، مما قد يجرنا للقول بأنه تعاقد بين غائبين، إلا أن الأمر ليس بهذه البساطة، حيث خلقت خلافاً فقهياً وقانونياً، وذلك في ظل مفاهيم جديدة عن القواعد العامة، وليس هذا فحسب؛ بل نجد أن طبيعة مجلس العقد تختلف بحسب وسيلة التعبير عن الإرادة، فهناك من الوسائل ما يكون فيها التعاقد بين حاضرين، وهناك من الوسائل ما يكون فيها التعاقد بين غائبين، وهناك ما يكون فيها التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، وغائبين من حيث المكان.

وللوقوف على ذلك نتطرق لسرد مختلف الآراء الفقهية التي سيقت في تحديد طبيعة مجلس العقد الإلكتروني في الفرع الأول، ونتطرق طبيعة مجلس التعاقد الإلكتروني حسب الوسائط الإلكترونية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: التكيف الفقهي لطبيعة مجلس التعاقد الإلكتروني

اختلفت اتجاهات الفقه القانوني في تحديد طبيعة مجلس العقد الإلكتروني فيما إذا كان مجلس عقد حقيقي بين حاضرين، أو مجلس عقد حكمي بين غائبين، أو خليط بين هذا وذاك.

البند الأول: مجلس العقد الإلكتروني هو مجلس عقد حقيقي بين حاضرين

ذهب جانب من الفقه إلى أن التعاقد الإلكتروني لا يعدو إلا أن يكون تعاقد بين حاضرين، لأن المتعاقدان ينصرفان إلى موضوع التعاقد دون أن يشغلهما عنه شاغل آخر، ويحصل الاتصال بينهما عبر الأنترنت فيسمع أو يرى أحدهما الآخر مباشرة، وبالتالي لا يكون ثمة فاصل زمني بين الإيجاب والقبول ويكون مجلس العقد حقيقياً لا حكميا[1].

وقد ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أبعد من ذلك، فجعل المخاطبة الهاتفية المرئية هي تعاقد بين حاضرين زماناً ومكاناً، حيث أن الصورة التي تظهر للمتعاقدين تعد بمثابة التعاقد بين حاضرين زماناً ومكاناً، ذلك أن الشخص الذي طلب التعاقد يكون قد انتقل حكماً إلى المكان الذي يقيم فيه المتعاقد الآخر لإجراء التصرف القانوني، وبالتالي فإن أي واسطة إلكترونية تحقق الاتصال المباشر تجعل من التعاقد تعاقدا بين حاضرين، وتطبق عليه أحكامه[2].

---

1 - إياد سعيد محمد الساري، المرجع السابق، ص 93.

2 - في إحدى القضايا التي عرضت على القضاء الإنجليزي والتي تتلخص وقائعها بأن المدعي تعاقد بواسطة التلكس، والذي كان يقيم في لندن، والمدعى عليه الذي كان يقيم في أمستردام ،وقام المدعي بالتقدم بالإيجاب للمدعى عليه بواسطة التلكس بخصوص شراء بضاعة حيث قبل المدعى عليه الإيجاب بواسطة التلكس أيضا. لقد ادعى المدعى عليه بأن القبول قد تم في هولندا، ومن ثم فإن مكان إبرام العقد هو هولندا، وليس بريطانيا، لقد أعلنت محكمة الاستئناف بأنه في مثل هذا النوع من التعاقد، فإن الطرفين يكون كأنهما يتعاقدان وجها لوجه، ومن ثم فإن العقد لا يتم إلا عندما يصل القبول إلى الموجب، والأمر الذي يتم في لندن ومن ثم فإن العقد قد تم في إنجلترا. أنظر: إياد سعيد أحمد الساري، المرجع السابق، ص 94.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هذا الاتجاه وإن كان يساير مقتضيات العصر، ويعمل على تحديد طبيعة مجلس العقد على أساس الزمان، وليس المكان، ويسهل إبرام العقد، كما لو كان التعاقد بين شخصين في المكان ذاته، إلا أنه يبقى غير ملائم لأحكام مجلس العقد المعروفة في الفقه الإسلامي، والتي تجعل من حالة عدم اجتماع طرفي العقد في مكان واحد تعاقدا بين غائبين، ومن جانب آخر إهمال الفاصل المكاني بين المتعاقدين والاكتفاء بالعنصر الزماني، وإلا فكيف يتم تحديد مكان العقد دون اللجوء إلى أحكام مجلس العقد الحكمي خاصة وأن تحديد مكان انعقاد العقد يبرر العديد من الإشكالات والأحكام التي لابد من بيانها لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد[1].

البند الثاني: مجلس العقد الإلكتروني هو مجلس عقد حكمي بين غائبين

ذهب جانب من الفقه إلى تكييف العقد الإلكتروني بأنه تعاقد بين غائبين مكاناً وزماناً، شأنه في ذلك شأن التعاقد بطريقة المراسلة أو التعاقد بطريق الهاتف، ولا يختلف عنهم إلا في الوسيلة التي يتم بها، حيث أصبحت وسيلة التعاقد إلكترونية[2]، ويحتج أنصار هذا الاتجاه بأن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين من حيث الزمان، نظراً لعدم صدور الإيجاب والقبول في نفس اللحظة، بل يوجد فاصل زمني بين علم الموجب بالقبول وصدوره[3]، كما أنه تعاقد بين غائبين من حيث المكان، وذلك لعدم وجود المتعاقدين في مجلس عقد حقيقي، إذ أن مجلس العقد الإلكتروني يعتبر مجلس عقد حكمي، وتطبق عليه أحكامه، وهو مجلس وصول وعلم الموجه إليه الإيجاب وقبوله له، وعلم الموجب بهذا القبول، وما نقل الشبكة للإيجاب إلا نقل عن طريق وسيلة؛ كالرسول، وكل ما هنالك أن النقل هنا يتم عن طريق وسيط إلكتروني هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن تكييف التعاقد الإلكتروني بأنه تعاقد بين غائبين زماناً ومكاناً يؤدي إلى استفادة المستهلك من حق الرجوع الذي منحه إياه المشرع في حالة التعاقد عن بعد[4].

هذا الاتجاه وإن كان يتمسك بالمفهوم التقليدي لمجلس العقد، إلا أنه لا يساير التطور الحاصل في وسائل الاتصال، وطرق التعبير عن الإرادة في العقود، والتي تبرم عن بعد عن طريق تلك الوسائل، وما يرتبط مع ذلك من سرعة إنجاز العقود والمعاملات[5]، ووسائل الاتصال الحديثة كالأنترنت بالتأكيد ليست كالرسول، والذي كان يحتاج إلى وقت طويل لنقل الرسالة، أما في وسائل الاتصال الحديثة فالاتصال لحظي، وليس للزمن أي دور في مثل هذه العقود[6].

1 - عقيل فاضل محمد الدهان، " الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني"، المرجع السابق، ص 206.
2 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 287.
3 - أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 225.
4 - طارق كاظم عجيل، "مجلس العقد الإلكتروني" ، المرجع السابق، ص ص 306 -307.
5 - أميرة حسن الرافعي، المرجع السابق، ص 168.
6 - عقيل فاضل محمد الدهان، "الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني"، المرجع السابق، ص 207.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الثالث: مجلس العقد الإلكتروني هو مجلس عقد مختلط

يؤسس هذا الاتجاه رأيه على أن الأمر يتم بوسيلة سمعية بصرية، كما هو الحال في استخدام الشبكة الرقمية للخدمات المتكاملة، مما يسمح بالتفاعل بين طرفين يضمهما مجلس واحد حكمي افتراضي[1]، ويقرر أنصار هذا الاتجاه أنه تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، وبين غائبين من حيث المكان[2]، لكون طرفي العقد الإلكتروني يتواجدان في دول مختلفة، ويتم تنفيذ الالتزامات إلكترونياً، أو بطريق التسليم المادي[3].

ويضيف البعض أن التعاقد الإلكتروني يشبه التعاقد بالهاتف من ناحية العلم الفوري لكل طرف بأن قبوله أو إيجابه قد وصل إلى الطرف الآخر، ففي الوقت الذي يرسل طرف رسالته يتم وصولها إلى جهاز الكمبيوتر الخاص بالطرف الآخر، وعلى هذا الأساس يأخذ حكم التعاقد بالهاتف أي التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان[4].

وطبقا لهذا الرأي فإن اعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين زماناً يستدعي التوسع في مفهوم مجلس العقد، واعتباره مجلساً حكيماً، يمتد إلى الزمن المعقول والمناسب الذي يستطيع الموجب إليه -المستهلك غالباً -الرد[5]، وأن هذا التعاقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد أو عقود المسافات، ومن ثم يتميز بطابع خاص هو الطابع المكاني، وهو أنه يتم خارج الأماكن المعتادة لاستقبال العملاء، ويرى أن تعبير المسافة يفهم على مسارين؛ مسار المكان ومسار الزمان، فمن ناحية المسافة المكانية يوجد فاصل بين أماكن تواجد المتعاقدين لأن كليهما بعيد عن الآخر، أما المسافة الزمنية فإن عنصر الزمن يتلاشى لأن طرفي التعاقد لا تفصل بينهما فترة زمنية[6].

ولكن هناك من رفض فكرة اعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، وبين غائبين من حيث المكان، لأن الأخذ بذلك يعمل على الخلط بين المجلس الحقيقي للعقد وبين مجلس العقد الحكمي، ويرى صاحب هذا الرأي عدم وجود مجلس عقد مختلط (حقيقي وحكمي)، بل إما أن يكون المجلس حقيقياً أو حكمياً، كما أن فكرة العقد المختلط تؤدي إلى تجزئة مجلس العقد من خلال تجزئة أركانه، بحيث يطبق على زمان العقد قواعد وأحكام العقد الحقيقي، في حين يطبق على مكان المجلس أحكام العقد الحكمي[7].

---

1 - ماجد محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق، ص 66.
2 - طلال ياسين العيسى و سهى يحيى الصباحين، المرجع السابق، ص 78.
3 - باسم محمد سرحان إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 207 -208.
4 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 290.
5 - طارق كاظم عجيل، "مجلس العقد الإلكتروني"، المرجع السابق، ص 310.
6 - ماجد محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق، ص ص 66 -67.
7 - بشار طلال مومني، المرجع السابق، ص 82.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الرابع: مجلس العقد الإلكتروني مجلس عقد حكمي ذو طبيعة خاصة

ذهب أنصار هذا الرأي إلى أن التعاقد عبر الأنترنت هو تعاقد بين غائبين من طبيعة خاصة ؛ لأنه لا يمكن إعطاء وصف التعاقد بين حاضرين على العقد الإلكتروني، باعتبار طرفاه لا يتبادلان التعبير عن الإرادة بالوسائل المعتادة ؛ كالرسائل التي تتطلب فترة لإرسالها ووصولها، بينما تبادل الرسائل عبر الأنترنت يتحقق معه الاتصال المباشر، وتتلاشى الفترة الزمنية السابقة، وإن غاب الالتقاء المادي للمتعاقدين فإن هناك نوع من الالتقاء الافتراضي المتزامن[1].

كما أن التعاقد الإلكتروني لا يوصف بأنه تعاقد بين غائبين ؛ لأن التعاقد بين غائبين وفقا للقواعد التقليدية يقوم على تفاوت المسافات والزمن معاً، في حين هذا التفاوت الزمني غير موجود في التعاقد الإلكتروني، حيث يكون طرفا العقد على اتصال في وقت واحد، وعن طريق نفي وصف التعاقد الإلكتروني بأنه تعاقد بين غائبين، ووفقا للقواعد التقليدية يصل أصحاب هذا الاتجاه إلى تكييف التعاقد الإلكتروني بأنه تعاقد بين غائبين من طبيعة خاصة[2]، وإن رأى بعض الفقه أن هذا التكييف مجرد محاولة للهروب من وضع تكييف قانوني لطبيعة التعاقد عبر الأنترنت[3].

البند الخامس: التعاقد الإلكتروني تعاقد وسط بين التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين

يرى أنصار هذا الاتجاه بأن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد وسط بين التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين، لأن فكرة أو معيار التفاوت الزمني بين صدور القبول وعلم الموجب به التي تفترضها عملية التعاقد بين غائبين غير متوفرة في التعاقد الإلكتروني، ولكن هذا لا ينفي أن من وجهت إليه الرسالة قد علم بها في لحظة وصولها، فقد يكون الحاسوب الخاص بالمرسل إليه مغلقاً في هذا الوقت، أو أن يستلمها أحد مقدمي خدمة الأنترنت، والذي يبلغها له فيما بعد، وفي كلتا الحالتين يكون هناك فاصل زمني بين إرسال القبول وعلم من وجه إليه بمحتواه[4].

كما لا يمكن اعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقدا بين حاضرين أو تعاقد بين غائبين في جميع الأحوال، إذا أن تحديد وقت إبرام العقد يعتمد على المعيار المختار في تحديد لحظة التقاء القبول بالإيجاب، وهل هذا المعيار هو مجرد وصول التعبير عن القبول إلى موضع الموجب على الشبكة؟ أي وصولها إلى بريده الإلكتروني مثلا؟ أم أن المعيار هو العلم الفعلي بمحتوى تلك الرسالة؟[5] .

---

1 - حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 242.

2 - طارق كاظم عجيل، "مجلس العقد الإلكتروني"، المرجع السابق، ص 312.

3 -خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 291.

4 - إياد سعيد محمد الساري، المرجع السابق، ص 97.

5 - طارق كاظم عجيل، "مجلس العقد الإلكتروني"، المرجع السابق، ص ص 313 - 314.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ينتهي أصحاب هذا الاتجاه إلى أن مسألة طبيعة العقد الإلكتروني يجب بحثها من زاوية القانون الواجب التطبيق على العقد، وبالتالي فإن تحديد زمان ومكان إبرام العقد يخضع لقانون العقد، على أساس أن هذا القانون المختار لا يحكم أثار العقد فقط، بل يحكم أيضاً الشروط الأساسية لتحديد اللحظة التي يرتبط فيها الأطراف بصفة نهائية، فإذا لم يتضمن الاتفاق بين طرفي التعاقد تحديدا للقانون الواجب التطبيق عليه فلا مفر من الرجوع إلى قواعد تنازع القوانين[1].

الفرع الثاني: تحديد طبيعة مجلس العقد الإلكتروني حسب وسائط التعاقد الإلكتروني

إن تحديد فيما إذا كان وصف التعاقد الإلكتروني بين حاضرين أو غائبين يكون من خلال تحديد الوسيلة المستخدمة في التعاقد، أو بمعنى أدق تحديد وسيلة القبول، فالواقع أن هناك فارق جوهري بين القبول عن طريق البريد الإلكتروني، والقبول بالضغط على زر الموافقة، أو عن طريق المحادثة أو المشاهدة، فالاتصال بين مقدم العرض والمتلقي في حالة القبول في حالة الضغط على الزر أو المحادثة هو اتصال لحظي في جميع الأحوال، بعكس القبول عن طريق البريد الإلكتروني، فقد لا يتحقق فيه الاتصال اللحظي ؛ نظراً لأن جهاز كمبيوتر الموجب قد يكون مغلقاً وقت بث رسالة القابل مثلاً، أوقد يكون هناك عطل فني في الشبكة يعوق وصول القبول فيحول دون الاتصال اللحظي[2].

فإذا كان تبادل الرسائل أثناء استخدام البريد الإلكتروني يتم بصورة فورية ؛ بحيث لا يكون هناك فاصل زمني بين الإيجاب والقبول أو كان فاصل بما يتيحه البريد الإلكتروني من النقل الفوري للرسائل المتبادلة، فإنه يعتبر تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، وغائبين من حيث المكان، أما إذا كان هناك فاصل بحيث لا يتم الرد على الرسالة الواردة بالبريد الإلكتروني بصورة فورية فإنه يكون تعاقد بين غائبين، شأنه في ذلك شأن التعاقد بالمراسلة[3].

أما إذا كان القبول عن طريق الضغط على زر الموافقة في حالة التعاقد عن طريق أحد مواقع الشبكة فهذا التعاقد يكون لحظياً، ويكون هنا تعاقد بين حاضرين زماناً، وغائبين مكاناً[4]، وإذا استخدم الأنترنت على نحو يتيح المحادثة والمشاهدة، فإن الفاصل الزمني ينعدم بين المتعاقدين، وتتلاشي الحدود الجغرافية التقليدية أيضاً، فكل من المتعاقدين يرى ويسمع الآخر، كما لو كان معه، وكأن المتعاقدين قد انتقل أحدهما انتقالاً مفترضاً إلى مكان الطرف الآخر عبر تقنية الاتصال المستخدمة، وهو ما يعد تعاقداً بين حاضرين ؛ حضوراً مفترضاً من حيث الزمان والمكان[5].

1 - ماجد محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق، ص 68.

2 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 292.

3 - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 145.

4 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 292 -293.

5 - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 146، وأيضا طلال ياسين العيسى ، سهى يحيى الصباحين، المرجع السابق، ص 79.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث: زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني

العقد تقليدياً كان أو إلكترونياً ينعقد في اللحظة الزمنية التي يتطابق فيها القبول والإيجاب، ويتم هذا التطابق بين إرادتي المتعاقدين إما في مجلس عقد حقيقي؛ وهو ما يطلق عليه بالتعاقد بين حاضرين، أو مجلس عقد حكمي؛ وهو ما يطلق عليه بالتعاقد بين غائبين، وإن كان تحديد زمان ومكان انعقاد العقد التقليدي لا يثير الصعوبة التي قد يثيرها في إبرام العقد الإلكتروني، فمشكلة تحديد زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني تعتبر من أدق المشكلات القانونية التي يثيرها هذا الأخير، ولعل السبب الرئيس في ذلك هو إبرامها عن بعد، وفي بيئة افتراضية، لا تعترف بالحدود الجغرافية والسياسية، الأمر الذي يستلزم بحث زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني في الفرعين الآتيين.

الفرع الأول: زمان انعقاد العقد الإلكتروني[1]

يكون التعاقد بين حاضرين أو بين غائبين، ففي الأول يكون الحضور من حيث الزمان والمكان، ويكون كذلك بتوافر ثلاثة عناصر: وحدة المكان، ووحدة الزمان، وعنصر الانشغال بشؤون التعاقد، أما الثاني فيفتقر لعنصر التزامن بين لحظة صدور القبول وعلم الموجب به، مما يثير صعوبة تحديد زمن الانعقاد، وهو ما أدى إلى تباين التشريعات في

---

1 - تظهر أهمية تحديد زمان إبرام العقد فيما يلي:

أ/ تحديد الوقت الذي يجوز فيه العدول عن الإيجاب والقبول: ففي هذا الخصوص إذا أخذنا بنظرية الإعلان مثلا يتعذر على الموجب الرجوع عن إيجابه في الحالات التي يكون له فيها ذلك، فهنا يتم العقد ويسقط الحق في العدول، وكذلك لا يجوز للقابل أن يرجع في قبوله، ويجوز للقابل العدول عن قبوله لأن العقد ينعقد وقت علم الموجب بالقبول، وقد يرسل القابل قبوله بالبريد العادي ثم يلجأ إلى وسيلة أسرع (الفاكس التلكس والبريد الإلكتروني) يعلن بواسطتها أنه عدل عن قبوله طالبا اعتباره كأن لم يكن على أن يصل العدول قبل القبول. أنظر: إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 114.

ب/ تحديد الوقت الذي تترتب فيه آثار العقد: بما أن ملكية المال المبيع تنتقل إلى المشتري فور انعقاد عقد البيع، وبما أن المالك هو من يتحمل تبعة هلاك المبيع وتعيبه، فمن المهم معرفة الوقت الذي يتم فيه العقد، لأنه بهذا الوقت تنتقل ملكية المبيع وتبعة مخاطر تلفه، فإذا أخذنا بمذهب الإعلان، تكون تبعة تلف المبيع على عاتق المعروض عليه القابل، حتى قبل أن يصل قبوله إلى علم الموجب، وإذا أخذنا بمذهب العلم تكون تبعة تلف المبيع على عاتق الموجب، قبل علمه بقبول الموجب له، وإن كان هذا القبول قد أعلن وتم تصديره، ما دام أنه لم يصل إلى علم الموجب. أنظر: إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 114.

ج/ تحديد مدة سريان العقد: تظهر أهمية تحديد زمان العقد الإلكتروني أيضاً في حالة إعلان إفلاس التاجر الذي يبرم عقداً إلكترونياً لمعرفة نفاذها في حق الدائن من عدم نفاذها، فالإفلاس التاجر في أي عقد تقليدي تأثير على دائني المفلس، لما قد يرتبه من زيادة في التزامات التاجر المفلس، أو زيادة في حقوقه، فلابد من تحديد وقت إبرام هذا العقد لكي يتم معرفته فيما إذا كان سوف ينفذ بحق دائني التاجر المفلس من عدم نفاذه. أنظر: نورا كاظم الزاملي، المرجع السابق، ص 366.

د/ تحديد بدء سريان مدة التقادم: لأي عقد آثار، والتي تتمثل في الحقوق والالتزامات المتبادلة بين أطرافه، خاصة في العقود الملزمة للطرفين، وهذه الحقوق والالتزامات في نظر القانون ليست أبدية، فلابد من وجود سقف زمني محدد يكون فيه الشخص مشغول الذمة تجاه القانون لدى شخص آخر، إلا أن انشغال ذمة الإنسان المالية وبصورة أبدية في نظر القانون غير جائز، لذلك أوجد القانون مدة زمنية لا يجوز بها ولا تسمح بعدها للدائن في مطالبة حق لديه في ذمة شخص آخر، وهذه المدة يطلق عليها القانون مدة التقادم، وعادة تحسب هذه المدة من اللحظة التي تثبت فيها الحق تجاه الشخص الدائن، والوقت الذي تحدد فيه الحقوق لأطراف العقد الإلكتروني هو لحظة إبرامه، والتي تتحدد بتحديد زمان انعقاد هذا العقد، لذلك فتحديد زمان العقد مهم من ناحية تحديد مدة بدء سريان التقادم. أنظر: نورا كاظم الزاملي، المرجع السابق، ص 367.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تبني مفهوم موحد لتحديد زمن انعقاد العقد الإلكتروني، وعليه سنعرض مختلف النظريات التي سيقت بشأن تحديد زمان انعقاد العقد، وكذا موقف التشريعات المختلفة من ذلك، وذلك على النحو الآتي:

البند الأول: نظرية إعلان القبول

وفقاً للقواعد العامة فالعقد هو توافق إرادتين، ومتى أعلن الطرف الآخر قبوله للإيجاب المعروض عليه فقد توافقت الإرادتان، وتم العقد، وهذا يتفق مع ما تقتضيه المعاملات التجارية من السرعة في التعامل، وبناء على ذلك فإن زمان العقد يتحدد من لحظة صدور القبول، فمنذ هذه اللحظة تتوافق الإرادتان، ويتم العقد دون أن يتوقف على علم الموجب بالقبول أو عدم علمه، لأن الطرف القابل تعلق حقه منذ تلك اللحظة، فيتمتع الموجب من ذلك الوقت بحق العدول عن إيجابه[1].

أولا: تطبيق هذه النظرية على العقد الإلكتروني

وفقا لهذه النظرية فإن تحديد لحظة إبرام العقد الإلكتروني يكون باللحظة التي يحرر فيها القابل رسالة إلكترونية تتضمن القبول، أو اللحظة التي يضغط فيها على الأيقونة المخصصة للقبول وعدم تصديره، وذلك بالنقر على مفتاح التوقف، حيث أن القبول لن يخرج في هذه الحالة عن سلطة القابل، وسيبقى بذلك في مرحلة إعلان القبول[2]، فالعقد ينعقد في الزمان والمكان اللذين يعلن فيهما القابل قبوله للإيجاب، فيكفي أن يقرأ القابل رسالة بريد إلكتروني تتضمن إيجاب وقبول، دون الحاجة للقيام بأي تصرف آخر، ودون الحاجة إلى إعلام الطرف الآخر بذلك القبول بأن يرسل رداً على الرسالة[3].

ثانيا: تقييم هذه النظرية

رغم استجابة نظرية الإعلان عن القبول لمقتضيات السرعة في المعاملات، فقد كان عليها مأخذ، من حيث أنها تتناقض ومنطق التوافق بين الإرادتين؛ الذي هو قوام العقد، فالتعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا علم به من وجه إليه، لذلك يجب ألا ينتج القبول أثره من وقت إعلانه وقبل العلم به[4]، كما أخذ على هذه النظرية أنها تجعل المعيار الموجب تحت رحمة من وجه إليه الإيجاب، إذ يستطيع هذا الأخير العدول عن القبول أو سحب قبوله متى

1 -زياد خليف العنزي، **المشكلات القانونية لعقود التجارة الإلكترونية**، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص ص 133 - 134.

2 -شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 217.

3 - محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 164.

4 -محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 79.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

شاء[1]، مادام الموجب لم يتصل بالقبول ولم يصله أي شيء يستخدمه كدليل إثبات في هذا الصدد، لأن القبول يظل موجوداً على الحاسوب الخاص بالقابل يستخدمه كيفما شاء، دون حاجة إلى أي دليل وإثبات[2].

ثالثاً: موقف التشريعات من نظرية إعلان القبول

تأخذ بعض التشريعات العربية بهذه النظرية؛ كالقانون المدني الأردني، والتونسي، والمغربي، وقانون الالتزامات اللبناني، ولكن القوانين الخاصة بالتجارة الإلكترونية والتعاقد الإلكتروني والاتفاقيات الدولية لم تأخذ بهذه النظرية، لما لها من عيوب واضحة تجعلها غير صالحة لتعالج مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني[3].

البند الثاني: نظرية تصدير القبول

يرى أنصار هذه النظرية بأن العقد ينعقد بمجرد تصدير القابل لقبوله؛ أي بمجرد قيامه بإرسال القبول إلى الموجب، وتقوم هذه النظرية على الأساس النظري الذي تقوم عليه نظرية إعلان القبول، والمتمثل في تلاقي الإرادتين، ومن ثم انعقاد العقد يتحقق بمجرد صدوره القبول، ولكنها ولغرض الحد من تحكم القابل بمصير العقد اشترطت في صدور القبول أن يكون صدوراً نهائياً لا يمكن الرجوع فيه[4].

أولا: تطبيق هذه النظرية على العقد الإلكتروني

تطبيقاً لهذه النظرية فإن العقد الإلكتروني ينعقد عندما يكتب القابل رسالة بريد إلكترونية تتضمن قبوله، ويضغط على زر الإرسال، فتخرج بالتالي هذه الرسالة عن سيطرته، ولا يعود بإمكانه التراجع عن قبوله، بحيث تصبح نهائية[5].

---

1 - دريد محمود علي، **النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام – دراسة تحليلية**، القسم الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص 93.

2 -نزيه محمد الصادق مهدي، المرجع السابق، ص 237.

3 -أنظر كل من:

-سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 137.

-مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص 116.

- طارق كاظم عجيل، "مجلس العقد الإلكتروني"، المرجع السابق، ص 323.

4 -علي هادي العبيدي، " زمان انعقاد العقد الإلكتروني في التشريع الإماراتي"، **مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية)**، جامعة الإمارات العربية المتحدة -أبو ظبي، خلال الفترة: 19 -2009/05/20، ص 367.

5 -إكرام مختاري، المرجع السابق، ص 42.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وتطبيقاً لذلك أيضاً ينعقد العقد في فضاء إلكتروني عندما يرسل القابل رسالة نصية تتضمن القبول إلى الطرف الآخر(الموجب) في خدمة غرف المحادثة، وذلك من خلال الضغط على مفتاح القبول في لوح مفاتيح الحاسوب، أو عندما يضغط القابل بالمؤشر المتحرك للحاسوب على خانة القبول في العقود المعروضة على مواقع الويب، لأن الضغط عليها هنا يعتبر إرسالاً للقبول إلى موقع الويب الذي يعرض الإيجاب[1].

ثانيا: تقييم هذه النظرية

ميزة هذه النظرية أنها تؤدي إلى سرعة انعقاد العقود، وبالتالي فهي تنسجم مع ما تتطلبه المعاملات التجارية بوجه عام والمعاملات الإلكترونية بوجه خاص من سرعة، إلا أنه يؤخذ عليها ما يلي:

- أن تصدير القبول ما هو في حقيقة الأمر إلا واقعة مادية ليس لها أي قيمة قانونية، ولا تكفي لتوافق الإرادتين الذي يعد جوهر العقد[2].

- كما يؤخذ عليها أن تصدير القبول لا يحول دون استرداد القابل له، أو على الأقل الإسراع بإبلاغ الموجب الرجوع عن القبول، وذلك قبل وصول القبول، أو لحظة وصوله، فلا ينعقد العقد عندئذ رغم تصدير القبول وفقاً لهذه النظرية، وبالتالي فهذه النظرية وإن حاولت التغلب على مشكلة إثبات الموجب لوجود القبول فإنها لم تتغلب على إشكالية استرداد الموجب له لقبول أو الإعلان عن العدول عنه قبل وصوله، كما أن الأخذ بهذه النظرية يؤدي لفقد الموجب لحقه في الرجوع عن الإيجاب منذ لحظة تصدير القبول رغم عدم علمه به[3].

- في إطار التعاقد الإلكتروني يمكن أن يؤدي الأخذ بهذه النظرية لصعوبات عملية، حيث من المتصور تصدير الموجب له للرسالة الإلكترونية، ولكن لأسباب تقنية أو فنية تبقى الرسالة الإلكترونية المحتوية على القبول حبيسة البريد الإلكتروني للقابل، وبهذا تظل عملياً في رحاب نظرية إعلان القبول، رغم أن المفترض في التعاقد الإلكتروني أن تصدير القبول يعني وصوله للموجب، حيث تختفي هذه الفترة الزمنية بين التصدير والوصول[4].

- إمكانية حدوث عطل أو خلل ما في الأجهزة الإلكترونية أثناء إرسال الرسالة الإلكترونية، مما يؤدي إلى عدم وصول الرسالة إلى الموجب الذي لا يكون على علم بالقبول الذي تم إرساله[5]، فمثلا قد يتعرض مقدم خدمة البريد

1 -محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 166.
2 - حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 246.
3 - مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص ص 121 -122.
4 - المرجع نفسه، ص 122.
5 - شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 219.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الإلكتروني إلى خلل فني، أو اعتداء بالفيروسات فيتوقف عن العمل مؤقتا، مما يؤدي إلى عدم وصول الرسالة إلى الموجب أو تأخر وصولها إليه، وبالتالي فإن هذه النظرية قد تؤدي كسابقتها إلى حرمان الموجب من ممارسة حقه في سحب إيجابه أو تعديله قبل اقترانه بالقبول[1].

ثالثا: موقف التشريعات من نظرية تصدير القبول

لم يأخذ بهذه النظرية أيا من التشريعات العربية، أو حتى القانون المدني الفرنسي، وإن كانت محكمة النقض الفرنسية قد اعتنقتها في بعض أحكامها، مع العلم بأن القضاء الفرنسي ظل متردداً بشأن الأخذ بأي من النظريات المتعلقة بتحديد لحظة إبرام العقد بين غائبين، فأخذ بنظرية العلم بالقبول أحياناً، وبنظرية إعلان القبول أحيانا أخرى[2].

ويأخذ بهذه النظرية المشرع السويسري في المادة 1/10 من قانون الالتزامات السويسري التي تنص على أن: "العقد الذي يبرم بين غائبين ينتج أثاره من وقت تصدير القبول"، كما يأخذ بها القانون الإيرلندي وكذا القانون الإنجليزي[3]، وكذلك مدونة العقود الأمريكية، والتي تبنت نظرية تصدير القبول أو ما يعرف في المادة 63/ب من هذه المدونة "**بنظرية صندوق البريد**"، على أنه وفقاً للمادة سالفة الذكر فإن هذه النظرية لا تجد مجالاً للتطبيق في حالة الإيجاب الملزم الذي حدد له الموجب فترة معينة، وذلك شريطة أن يكون الموجب له قد قدم نظيرا لإلزامية الإيجاب، حيث نكون عندئذ بصدد نظرية وصول القبول، وبالتالي ينعقد العقد عند لحظة وصول القبول للموجب، وليس لحظة تصديره من جانب الموجب له[4].

البند الثالث: نظرية تسليم القبول

وفقا لهذا النظرية يكون القبول نهائياً إذا تم تسليمه إلى الموجب، ويعتد فيه بالوقت الذي تم به تسلم القبول الذي تعتبر وقت القبول، وبناء عليه يبرم العقد من اللحظة التي تم فيها إرسال القبول، سواء أعلم الموجب بالقبول أم لا، فالعبرة تكمن في التقرير الذي يتم إبلاغه إلى القابل بأن الرسالة قد تم إرسالها للموجب وأنها وصلت إليه[5].

من مزايا هذه النظرية أن الحل الوارد فيها يسهل إثبات صدور القبول، كما يوزع المسؤولية القانونية الناشئة عن عدم انعقاد العقد بين الموجب والقابل، إذ يتحمل الموجب المسؤولية سواء علم أم لم يعلم بالقبول، لأن العقد

1 -علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص 369.
2 - مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص 123.
3 - محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 166، هامش 1.
4 - مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص 124.
5 - محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص 71.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ينعقد بوصول القبول ويعد ذلك قرينة على العلم به[1]، وتتأرجح نظرية تسليم القبول بين نظريتي التصدير والعلم، فهي تأخذ بنظرية التصدير متأنية حتى يصل القبول إلى الموجب، وتأخذ بنظرية العلم متعجلة إذ تجعل وصول القبول قرينة على العلم به[2].

أولا: تطبيق النظرية في إطار العقد الإلكتروني

تطبيقاً لهذه النظرية إذا ما تم استخدام رسائل البريد الإلكتروني في تبادل الإيجاب القبول، فإن العقد ينعقد في لحظة وصول الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القبول إلى صندوق بريد الموجب، والذي يتم تعيينه في الإيجاب بغض النظر عما إذا كان الموجب قد استعرض بريده وقرأ رسالة القبول أم لم يفعل، المهم أن رسالة القبول قد وصلت إليه وباستطاعته الاطلاع على مضمونها في الحال، أما إذا تأخر عن الاطلاع عليها يعتبر مهملا، ويتحمل مسؤولية تقصيره وإهماله، وعليه يكون مكان العقد هو المكان الذي وصلت فيه رسالة القبول إلى صندوق البريد الخاص بالموجب[3].

وفيما يتعلق بمدى إمكانية تطبيق هذه النظرية على التعاقد عبر الأنترنت فإنه يمكن الأخذ بالحل الوارد فيها[4]، لأن من شأنه أن يسهل إثبات وصول القبول الإلكتروني إلى الموجب، ما دام القابل لا يستطيع أن يسترد الرسالة من صندوق البريد الإلكتروني للموجب قبل أن يطلع عليها[5].

ثانيا: تقييم النظرية

مما لاشك فيه فإن هذه النظرية قد تمكنت من تحقيق مزايا نظرية تصدير القبول، ولكنها لم تتمكن من التخلص من جميع سلبياتها، فهي مازالت غير متفقة مع القواعد العامة[6]، إذا أن إعلان القبول وتصديره لا يكفيان لأن يحدث القبول أثره، وأن مجرد الاستلام أيضا لا يكفي لإحداث هذا الأثر طالما لم يصل القبول إلى علم الموجب[7].

وبذلك فإن تسليم القبول لا يزيد عن اعتباره واقعة مادية لا يوجد لها قيمة قانونية في إثبات علم الموجب بالقبول، وبالتالي فإن تسليم القبول لم يضف شيئا لإعلانه من الناحية القانونية[8].

1 - آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص ص 181 -182.
2 - بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 187.
3 - محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 167.
4 - آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 183.
5 - بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 188.
6 - علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص 370.
7 - زياد خليف العنزي، المرجع السابق، ص 141.
8 - إكرام مختاري، المرجع السابق، ص 42.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وإن كان البعض يرى أن معاملات التجارة الإلكترونية في مجال البيئة الإلكترونية في الغالب ما تكون المواقع مجهزة بوسائط إلكترونية مؤتمتة تكون مبرمجة للتعامل مع هذه الرسائل، ومعالجتها، وتجهيز الطلبيات[1]، ففي هذه الحالة لا يشترط إطلاع العنصر البشري عليها، بل ستعالجها الوسائط الإلكترونية بصفة مباشرة وآلية، نيابة عن صاحب الموقع أو البريد الإلكتروني، مما يمكن القول أنه في بيئة الأنترنت يكون وصول رسالة القبول متزامنا مع العمل بها هذا من ناحية[2]، ومن ناحية أخرى فإن هذه النظرية لا تتجاهل إرادة كل من الموجب والقابل، فالموجب بوصول رسالة البريد الإلكتروني يستطيع أن يعلم بأنه قد أبرم عقداً مع طرف ما، ويرتب أموره على هذا الأساس، والقابل أيضاً يستطيع أن يعلم بأن رسالة القبول التي وجهها قد وصلت إلى الموجب[3]، لأن مقدم خدمة البريد الإلكتروني الذي يتعامل معه سيؤكد له ذلك، فبعد أن يضغط القابل على زر الإرسال ستظهر له بعد فترة وجيزة رسالة على شاشة الحاسوب تقول: " لقد تم ارسال الرسالة بنجاح إلى العنوان"، وعندها سيتأكد من وصول رسالته، وأن العقد قد انعقد ورتب أثاره من هذه اللحظة[4].

أما المأخذ الحقيقي على هذه النظرية فهو يتعلق بمكان تكوين العقد، لأن صندوق البريد التقليدي يكون في مكان محدد، وهو أمام منزل الموجب، أو مقر عمله، أو مكتب البريد، وبالتالي يمكن تحديد مكان تسليم القبول بدقة[5]، أما في العقود الإلكترونية فإن صندوق البريد الإلكتروني غير موجود في مكان محدد، حيث يمكن للموجب أن يفتح صندوق بريده الإلكتروني في أي جهاز حاسوب مرتبط بشبكة الأنترنت؛ سواء كان هذا الجهاز موجود في الجزائر مثلاً، أو في أي مكان آخر، مما يصعب معه تحديد مكان تسليم الرسالة بدقة[6].

ثالثا: موقف التشريعات من نظرية تسليم القبول

أخذت اتفاقية فيينا لعام 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع بقاعدة تسليم الموجب للقبول، بنص المادة (23): " العقد ينعقد في اللحظة التي يحدث قبول الإيجاب أثره"، وهو ما يتحقق طبقاً للمادة (02/18)، والتي نصت على أن: " يحدث القبول أثره في اللحظة التي يصل فيها إلى الموجب إعلان يفيد الموافقة على إيجابه"، وقد حددت المادة (24) من الاتفاقية المقصود بإعلان القبول بالنص أنه: " أن هذا الإعلان يعتبر قد وصل إلى الموجب إذا أبلغ إليه شفويا أو

1 - محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 168.
2 - حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 247.
3 - محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 169.
4 - حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 247.
5 - إكرام مختاري، المرجع السابق، ص 43.
6 - أنظر: أحمد سعيد الزقرد، المرجع السابق، ص ص 155 -156، وأيضاً: محمد نصر محمد، المرجع السابق، ص 80 -82.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

سلم إليه بأي وسيلة للاتصال شخصيا أو في منشأته أو في عنوانه البريدي، أو محل إقامته المعتادة، وإذا لم يكن له منشأة أو عنوان بريدي"، وعليه فإن عقد البيع الدولي للبضائع ينعقد عن بعد عند وصول رسالة القبول إلى الموجب؛ سواء تسلمها شخصيا أو سلمت في منشأته أو في عنوانه البريدي، وسواء علم الموجب بمضمون رسالة القبول أو لم يعلم، ومن ذلك يتبين أن العقد ينعقد عند تسلم الموجب للقبول بغض النظر عن كونه قد علم بمضمون الرسالة أو لم يعلم[1].

أخذ القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها 162/51 في 16 ديسمبر 1996 بنظرية تسليم القبول، حيث حددت المادة 15 منه وقت إرسال رسالة البيانات عند دخول الرسالة لنظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ، وأنها قد سلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه[2]، كما أخذ العقد النموذجي بشأن المعاملات الإلكترونية الصادر عن الأونسيترال في مارس 2000 بنظرية وصول القبول، حيث بين وقت انعقاد العقد حين نص في المادة (2/3) على أنه: " تعتبر المعاملة الإلكترونية قد انعقدت بإرسال الرسالة قبولاً لإيجاب تم قبوله حسبما هو محدد في البند (3 -2 -4)"، وتنص المادة (3 -2 -4 القبول) على أنه: " يعتبر القبول حسبما هو محدد في البند 3 -2 -1 عليه مقبولا إذا تسلم مرسل هذا الإيجاب قبولا غير مشروط للإيجاب خلال التوقيت المحدد"، ويتضح منه أن زمان انعقاد العقد هو وقت إرسال القابل رسالة القبول[3].

وبذات الاتجاه أخذ التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 الصادر بتاريخ 08/ 2000/06 ، فنص على أنه: " يعد العقد قد انعقد في اللحظة التي يستلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقراراً إلكترونياً مؤكداً من القابل بقبوله، وقد حدد وقت استلام القبول في اللحظة التي يمكن للموجب خلالها من الدخول للبريد الإلكتروني"، وبالتالي فهذا التوجيه لم يكتف بتحديد لحظة استلام القبول ليعد العقد قد انعقد، بل أوقف ذلك على استلام تأكيد من مزود الخدمة بصحة القبول، محاولا بذلك تحقيق الأمان القانوني عبر الشبكة[4].

كما تبنى القانون الإماراتي رقم 2 لسنة 2002 بشأن المعاملات الإلكترونية نظرية وصول القبول، حيث نصت المادة 17 منه على أنه: " يتحدد وقت استلام الرسالة الإلكترونية على النحو التالي:

أ. إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام الرسالة الإلكترونية يتم باستلام:

- وقت دخول الرسالة الإلكترونية نظام المعلومات المعين.

1 - شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 221.

2 - إياد أحمد سعيد الساري، المرجع السابق، ص 108.

3 - بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 109.

4 - حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص ص 251 -252.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

– وقت استخراج المرسل إليه الرسالة الإلكترونية إذا أرسلت إلى نظام معلومات تابع ولكن ليس هو نظام معلومات المعين لاستقبال الرسالة.

ب. إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات يقع الاستلام عندما تدخل الرسالة الإلكترونية نظام معلومات تباع للمرسل إليه".

البند الرابع: نظرية العلم بالقبول

يرى أنصار هذه النظرية أن العقد ينعقد بعلم الموجب بقبول القابل، وأن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره القانوني إلا من الوقت الذي يعلم فيه الموجب بذلك التعبير[1]، غير أنه ولصعوبة إثبات علم الموجب بالقبول يرى أنصار هذه النظرية أن وصول القبول قرينة على العلم به، إلا أنها قرينة قابلة لإثبات العكس بكافة طرق الإثبات، فيجوز نقضها بإثبات وجود ظرف خاص حال دون علم الموجب بالقبول وقت وصوله، كما لو أثبت أنه كان مصابا بمرض يمنعه من الاطلاع على بريده[2].

أولا: تطبيق النظرية في مجال العقود الإلكترونية

في مجال العقود الإلكترونية التي تتم عن طريق البريد الإلكتروني، فإن لحظة انعقاد العقد هي الوقت الذي يعلم فيه الموجب بقبول من وجه إليه الإيجاب، وبالتالي ستكون لحظة التعاقد عبر شبكة الأنترنت إذا ما اعتبر تعاقد بين غائبين في اللحظة التي يطلع فيها الموجب على بريده الإلكتروني[3].

تتوقف آلية العلم بالقبول الإلكتروني في أسلوب التعاقد عبر الأنترنت، فإذا كان الاتصال والتفاعل مباشراً بين الموجب والموجب له عبر الخط فإن العلم اليقيني يتحقق فوراً، أو أثناء التفاعل المباشر بين المتعاقدين، حيث لا تقتضي وجود فترة بين صدور القبول والعلم به، ولما كان العقد الإلكتروني يتسم بالطابع الدولي ويبرم عن بعد، فإنه يفترض أحياناً انتماء كل طرف من أطرافه لدولة، ونظام قانوني مختلف، وحيث أن بعض الدول كما رأينا تأخذ بنظرية وصول القبول مثلا، بينما تتبع دول أخرى نظرية إعلان القبول، في حين تعتنق دول أخرى مذهب العلم بالقبول وهكذا، ما يطرح إشكالية تنازع وتداخل القوانين تبقى قائمة في نطاق العقد الإلكتروني، وهو ما يستوجب حلاً حاسماً وعادلاً[4].

1 - أمير طالب الشيخ التميمي، المرجع السابق، ص 106.
2 -زياد خليف العنزي، المرجع السابق، ص 144.
3 - شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص223.
4 - مصطفى أحمد أبو عمرو المرجع السابق، ص 135.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لا شك أن أفضل الحلول هنا يتمثل في توحيد قواعد العقد الإلكتروني على المستوى الدولي، أو على الأقل على مستوى التكتلات الاقتصادية؛ كالاتحاد الأوروبي أو السوق العربية المشتركة، ولحين الوصول لهذا التوحيد، فإن اتفاق الأطراف على تحديد لحظة العقد هو الحل المتاح حالياً، كما يمكن أيضاً أن يتم إيجاد هذا الحل من خلال العقود الإلكترونية النموذجية[1].

ثانيا: تقييم نظرية العلم بالقبول

إن أهم ما يؤخذ على هذه النظرية هو صعوبة إثبات علم الموجب بالقبول الصادر عن القابل، لأن العلم بالقبول يعد أمرا شخصيا متعلقا بالموجب، ويصعب على القابل إثباته، فقد يدعي الموجب بأنه لم يعلم بالقبول أو وصل إليه متأخرا، لذلك يتخذ أنصار هذه النظرية من وصول القبول وتسلمه من قبل الموجب قرينة على علم الموجب به، لكن هذه القرينة ليست قاطعة لا يجوز إثبات عكسها وإنما هي قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها[2].

وتطبيقاً لذلك فإن العقد الإلكتروني ينعقد في اللحظة التي يعلم فيها الموجب بقبول من وجه إليه الإيجاب، ويعتبر وصول رسالة القبول إلى البريد الإلكتروني الخاص بالموجب قرينة على علمه بالقبول، ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس بكافة الطرق، فيجوز للموجب نقضها بإثبات وجود ظرف خاص حال دون علمه بالقبول أصلاً، أو حال على الأقل دون علمه به وقت وصوله، كما لو أثبت أن هناك ما منعه من الاطلاع على بريده الإلكتروني[3].

ثالثا: موقف التشريعات من نظرية العلم بالقبول

أخذت العديد من التشريعات المدنية بهذه النظرية، ومنها القانون المدني العراقي حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة 87 منه بأنه: " يعتبر التعاقد بين غائبين أنه قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك "، كم أكدت ذات المادة على أن تسلم القبول يعد دليلاً على علم الموجب به، حيث نصت الفقرة الثانية منها على أنه: " يكون مفروضاً أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصلا فيهما"[4].

1 - مصطفى أحمد أبو عمرو المرجع السابق، ص 135.
2 - آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 183.
3 - طارق كاظم عجيل، "مجلس العقد الإلكتروني"، المرجع السابق، ص 334.
4 - بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 189.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الملاحظ أن المشرع العراقي حسم مسألة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد في التعاقد بالمراسلة من خلال هذا النص، الذي ليس بنص آمر لا يجوز الاتفاق على خلافه، وإنما هو نص تفسيري لإرادة الطرفين المفترضة، وعليه يجوز لأطراف العقد بالمراسلة الاتفاق على خلاف ما نصت عليه المادة 87 في فقرتها الأولى[1].

كما أخذ بها القانون المدني الألماني في المادة (1/110) والتي تنص على أنه: " العقد ينشأ في لحظة علم الموجب الفعلي بالقبول أو عندما تصبح الرسالة المحتوية على القبول في متناول يده وبإمكانه الاطلاع عليها"[2].

وقد سار المشرع الجزائري على ذات النهج في أخذه بمذهب العلم بالقبول: حيث نص في المادة 61 منه على أنه: " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك"، ويتضح من هذا النص أنه يحدد لحظة انعقاد العقد دون التعرض لمكان إبرامه، كما نص في المادة 67 ق م ج على أنه: " يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول "، وبمقتضى هذا النص يعتبر التعاقد قد تم في الزمان والمكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، وبمعنى آخر يكون وقت انعقاد العقد هو وقت العلم بالقبول، ولما كان العلم واقعة مادية فإنه يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن القضائية، وقد أقام المشرع قرينة قانونية فجعل من وصول القبول إلى الموجب دليلا على علمه، تسهيلا لإثبات العلم بالقبول، لأن الغالب عندما يصل الشخص خطابا أو برقية يعلم بما تحتويه على أن هذه القرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها، فيستطيع الموجب إثبات عدم علمه بالقبول رغم وصوله إليه، أو أنه علم به في وقت لاحق لعدم وجوده مثلا في مسكنه وقت وصول القبول[3].

وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع المصري بمقتضى المادة 1/97 من القانون المدني المصري، حيث أقر المشرع المصري بمبدأ أن التعبير عن الإرادة لا يحدث أثره إلا باتصاله بعلم من وجه إليه، فتعتبر لحظة علم الموجب بالقبول هي لحظة انعقاد العقد، وأن وصول القبول للموجب هو قرينة على العلم به، ويشير الفقه المصري إلى أن ذلك الحكم المقرر في المادة 97 من القانون المدني المصري يسري على التعاقد بطريق الفاكس والتلكس، لأنهما يأخذان حكم التعاقد بين غائبين، فينعقد العقد في الزمان والمكان الذي يعلم فيه الموجب بالتلكس أو الفاكس المتضمن القبول[4].

1 - آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 184.

2 - طارق كاظم عجيل، "مجلس العقد الإلكتروني"، المرجع السابق، ص 334.

3 - محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني -النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام: العقد والإرادة المنفردة – دراسة مقارنة في القوانين العربية**، المرجع السابق، ص 117.

4 - عمر خالد الزريقات، المرجع السابق، ص 161.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما المشرع التونسي فقد نص في الفصل 26 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي على أنه: "ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك"، ويستفاد من هذا النص أن المشرع التونسي جعل مكان انعقاد العقد الإلكتروني هو عنوان البائع، وأن زمان انعقاده هو تاريخ موافقة البائع على الطلبية، آخذا بنظرية علم الموجب الحقيقي بالقبول رغم تعذر إثبات العلم الفعلي بالقبول ووقت حصوله، فيكون الأخذ بالعلم المفترض وذلك بوصول إعلان القبول للموجب قرينة على علمه به قابلة لإثبات العكس[1].

البند الخامس: نظرية تأكيد القبول

ظهرت هذه النظرية في بيئة التجارة الإلكترونية لتنظيم مسألة التعاقد الإلكتروني، وبمقتضى هذه النظرية فإن لحظة إبرام العقد الإلكتروني هي لحظة تأكيد القبول من قبل من وجه إليه الإيجاب، بعد تمكينه من مراجعة قبوله وعرض الموجب وتصحيح الأخطار المحتملة[2]، وبموجب هذه النظرية فإن القبول المجرد عن التأكد لا يرتب أثرا بشأن انعقاد العقد، فالقبول المجرد عن التأكد الواجب تصديره لصاحب العرض يصبح وفقا لهذه النظرية عديم الأثر[3].

أولا: تقييم النظرية

إن بيئة التعاقد الإلكتروني تفرض في بعض الأحيان أن يخرج المشرع على القواعد والأصول العامة في التعاقد، خاصة وأن العقود التي تتم عن طريق الأنترنت تتميز في أغلب صورها بأنها عقود ذات صفة تجارية تحتاج إلى السرعة في إبرامها[4].

لذلك فنظرية تأكيد القبول هي نظرية فرضها التعاقد الإلكتروني، لأنها تجنبنا للكثير من الإشكاليات الفنية والقانونية، فقد يخطئ من وجه إليه الإيجاب في قراءة ثمن المبيع أو أوصافه أو في التعبير عن إرادته سلبا أو إيجابا هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن تأكيد وصول القبول يجنبنا مشكلة ما قد يحدث من خلل أو عطل في نظام المعلومات الخاص بالموجب، وتجنبنا كذلك البحث في إهمال الموجب في حالة عدم علمه بالقبول لعدم فتحه بريده الإلكتروني[5].

1 - بشار طلال المومني، المرجع السابق، ص 79.
2 - إياد أحمد سعيد الساري، المرجع السابق، ص 103.
3 - طارق كاظم عجيل، "مجلس العقد الإلكتروني"، المرجع السابق، ص 336.
4 - المرجع نفسه، ص 336.
5 - المرجع نفسه، ص 336.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الحقيقة أن نظرية تأكيد وصول القبول ونظرية العلم بالقبول تتفقان في عدم اشتراطهما ضرورة علم الموجب الحقيقي بالقبول، ولكنهما يختلفان في نقطة جوهرية مفادها أن نظرية علم الموجب بالقبول لا تسمح للقابل بعد تصديره لقبوله أن يراجع القبول، وبالتالي فإن القبول ينتج أثره بمجرد وصوله إلى الموجب حتى ولو لم يعلم الموجب بهذا القبول، بينما في نطاق نظرية تأكيد وصول القبول لا ينتج أثره سواء علم به الموجب أو لم يعلم إلا بعد أن يبعث القابل برسالة إلكترونية تؤكد هذا القبول، ومن تاريخ الرسالة الأخيرة ينعقد العقد الإلكتروني[1].

ثانيا: موقف التشريعات من نظرية تأكيد القبول

أخذ التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 بشأن التجارة الإلكترونية بنظرية تأكيد القبول في مادته الخامسة التي جاء فيها: " يعد العقد قد أبرم في اللحظة التي يستلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقرارا الكترونيا مؤكدا من القابل بقبوله"، وبهذا النص يكون هذا التوجيه قد حدد وقت إبرام العقد بأنه وقت استلام الموجب تأكيد من مقدم خدمة الأنترنت مرسل من القابل بصحة القبول[2]، كما أخذ القانون التجاري الأمريكي الموحد بهذه النظرية حيث فرض بموجب نص المادة (2،1/201) التزاما على البائع بأن يقوم بإرسال تأكيد للمشتري بتمام إبرام العقد، وذلك في خلال مدة عشرة أيام على الأكثر من تاريخ إرسال القابل لقبوله[3].

من خلال النظريات السابقة يتبين أنه لا يوجد ما يمنع من تطبيق أيا منها، باعتبار أن التعاقد عن طريق شبكة الأنترنت هو تعاقد بين غائبين، وعليه فإن معرفة زمان انعقاد العقد يحتاج إلى التفريق بين العقد المبرم عن طريق صفحة الويب وبين العقد المبرم عبر البريد الإلكتروني، ففي الأول تكون الأمور واضحة، وما على القابل سوى الضغط على أيقونة القبول أو الموافقة على الإيجاب الموضوع على الويب؛ من خلال العقد النموذجي الذي يحتوي على جميع الشروط التعاقدية، فلحظة انعقاد العقد عبر الويب على الشبكة يكون بمجرد الموافقة على العقد النموذجي وطباعة كلمة موافقة ثم الضغط على أيقونة القبول، أما العقد المبرم عبر البريد الإلكتروني فيختلف زمان إبرامه بحسب النظرية التي يؤخذ بها، فوفقا النظرية إرسال القبول فإن العقد ينعقد بقيام القابل بإرسال الرسالة الإلكترونية المتضمنة قبوله، ويعد مبرما في اللحظة التي ينقر فيها على مفتاح الإرسال بغض النظر عن أي ادعاء من الموجب بعدم وصول الرسالة الإلكترونية، إذ اتفقا على استخدام هذه الوسيلة في التعبير عن القبول.

1 - طارق كاظم عجيل، " مجلس العقد الإلكتروني"، المرجع السابق، ص 338.

2 - إياد أحمد سعيد الساري، المرجع السابق، ص 104.

3 -طارق كاظم عجيل، " مجلس العقد الإلكتروني"، المرجع السابق، ص 338 -339.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بالنسبة لقاعدة استلام القبول ؛ فإن العقد ينعقد عن طريق البريد الإلكتروني منذ لحظة وصول الرسالة التي تتضمن القبول إلى بريد الموجب، بغض النظر عن إطلاع الموجب على الرسالة أم لم يطلع، والحجة في ذلك أن إدراج الموجب بعنوان بريده الإلكتروني يعد قرينة تقبل إثبات العكس على إطلاع الموجب على الرسالة، ويتحمل تبعية إهماله في حالة عدم اطلاعه عليها.

الفرع الثاني: مكان إبرام العقد الإلكتروني[1]

يثير تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني أيا كانت طريقة التعبير عن الإرادة في إبرامه، صعوبة سواء تم التعاقد عن طريق البريد الالكتروني ، أو الويب أو المحادثة والمشاهدة ...، ويرجع ذلك إلى صعوبة تحديد مكان إرسال وتسلم رسائل البيانات، إذ أن كلاهما يتم في فضاء مفتوح يصعب معه هذا التحديد، وقصد تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني وجدت نظريتان ؛ الأولى تعتد بمكان إقامة الموجب، والثانية تعتد بمكان إقامة القابل.

أولا: نظرية محل إقامة الموجب

استند الأستاذ مالوري في نظريته هذه إلى أحكام القضاء الفرنسي الذي اعتمد في معالجته لأحكام التعاقد بين غائبين الفصل بين مسألة زمان ومكان انعقاد العقد دون الاعتماد على تحليل التراضي، وقد جعل لكل منهما حلاً يختلف عن الآخر[2]، وفيما يخص مسألة مكان الانعقاد فقد توصل الأستاذ مالوري إلى الأخذ بنظرية تصدير القبول وهو النهج الذي استقر عليه القضاء الفرنسي[3]، استنادا إلى حجة مفادها عدم جواز إجبار المتعاقد الذي يصدر منه الإيجاب إلى التقاضي بعيدا عن محل إقامته، بل أن الذي يجب عليه أن يقاضي بعيدا عن محل إقامته هو من صدرت عنه المبادرة التعاقدية[4]، أما فيما يتعلق بتحديد زمان انعقاد العقد فقد أخذ بنظرية العلم بالقبول[5].

---

1 - تظهر أهمية تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني فيما يلي :

أ/ تحديد الاختصاص القضائي: لتحديد مكان انعقاد العقد أهمية كبرى بالنسبة إلى تحديد صلاحية المحكمة المختصة للبت في الدعوى الناشئة عن العقد، فإذا كانت المحكمة المختصة في الأمور التجارية مثلا هي محكمة محل إقامة المدعى عليه، أو محل انعقاد العقد، أو تسليم البضاعة، أو محل تنفيذ العقد ؛ فمن الأهمية معرفة محل إبرام العقد أهو محل إقامة الموجب له أم هو محل إقامة الموجب، فمعرفة ذلك يقودنا لمعرفة المحكمة الصالحة للنظر بالدعاوى الناشئة عن العقد. أنظر: إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 115.

ب/ تحديد القانون الواجب التطبيق: بموجب قواعد القانون الدولي الخاص يخضع العقد للقانون الذي أراده الطرفان حسب مبدأ سلطان الإرادة، وهو عادة قانون الجهة التي تم فيها العقد، فإذا تم عقد بين طرفين، وكان من صدر منه القبول موجود في مصر وعلم بالقبول فيها، ومن صدر منه القبول كان موجودا في الأردن وقت صدور القبول، عندئذ يخضع العقد للقانون المصري إذا أخذنا بنظرية العلم بالقبول، ويخضع للقانون الأردني بنظرية صدور القبول أو إعلانه، فالقاعدة في حال عدم وجود اتفاق خاص بشأن العقد الذي يدخل به عنصر أجنبي أنه يخضع في شكله لقانون البلد الذي أبرم فيه. أنظر: بشار طلال المومني، المرجع السابق، ص ص 71 -72.

2 - أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص ص 200 - 201.

3 - طارق كاظم عجيل، "مجلس العقد الإلكتروني"، المرجع السابق، ص 347.

4 - بن خضرة زهيرة، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، **أطروحة دكتوراه**، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015 -2016، ص 49.

5 - طارق كاظم عجيل، "مجلس العقد الإلكتروني"، المرجع السابق، ص 347.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الواقع أن هذه النظرية لا تقدم حلاً ملائماً لمشكلة التعاقد الإلكتروني، فالغالب في هذه العقود أن تبرم بين طرفين، أحدهما تاجر مهني؛ في أغلب صوره شركات تجارية كبرى، والثاني مستهلك ضعيف بحاجة للحماية، فإذا اعتبرنا مكان انعقاد العقد هو مكان إقامة الموجب، وهذا الأخير في الغالب شركات تجارية ضخمة، فإذا أراد المستهلك رفع دعوى عليه الموجب سيؤدي ذلك إلى حرمانه من الحماية الاستثنائية التي تقرها القوانين الوطنية الخاصة بحماية المستهلك في بلده، وقد لا يتعرف القابل في بعض الأحيان على محل إقامة الموجب الحقيقة، لأن مجرد استخدام الموجب اسم النطاق، أو عنوان البريد الإلكتروني يرتبط ببلد معين لا ينشئ قرينة على أن مكان عمله يوجد في ذلك البلد[1].

ثانيا: نظرية إقامة القابل

أخذ الأستاذ "شيفاليه" في هذه النظرية بذات الفكرة التي ذهبت إليها النظرية السابقة؛ من حيث فصل زمان انعقاد العقد عن مكان انعقاده، وتؤكد هذه النظرية عدم إمكانية ربط اقتران الإيجاب والقبول بمكان معين في حالة التعاقد بين غائبين[2]، على اعتبار أن فكرة العقد الرضائي تتعارض مع الوجود في مكان انعقاد العقد ما بين الغائبين؛ بمعنى أن تطابق الإرادتين المنشئ للتراضي يتحقق في وقت معين، غير أنه لا يتحقق في مكان معين، لأن الإرادة لا تقبل الانتقال ولا الوجود في كل مكان معين وفي وقت معين[3].

بالنسبة لمكان الانعقاد فهو المكان الذي أرسل إليه الإيجاب، وعند سكوت الطرفين عن القواعد التي تطبق على صحة التعاقد أو تفسيره يجب الرجوع إلى مكان الإرسال الذي انطلقت منه مبادرة التعاقد، وذلك لأن الإيجاب الذي يصدر من شخص إلى أشخاص عدة يكون له المعنى نفسه وإن اختلف الأشخاص الموجه إليهم الإيجاب[4]، وفيما يتعلق بتحديد زمان انعقاد العقد فإن هذه النظرية لم تأت بمعالجة تختلف عن المعالجة التي نادت بها نظرية العلم بالقبول، إذ حدد كل من الأستاذين مالوري وشيفاليه زمان انعقاد العقد بالوقت الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، ورأى الأستاذ شيفاليه بأن زمن الانعقاد هو الوقت الذي لا يستطيع فيه الموجب أن يرجع فيه عن إيجابه، وبهذا يفضل الأستاذ نظرية العلم عن غيرها من هذه النظريات، وخاصة إذا كان الإيجاب مقترنا بمدة معينة[5].

---

1 - طارق كاظم عجيل، **ثورة المعلومات وانعكاساتها على القانون المدني – دراسات وبحوث**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص ص 234 - 235.

2 - بن خضرة زهيرة، المرجع السابق، ص 49.

3 - لما عبد الله صادق سلهب، **مجلس العقد الإلكتروني**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة النجاح، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2008، ص 133.

4 - بن خضرة زهيرة، المرجع السابق، ص 49.

5 - لما عبد الله صادق سلهب، المرجع السابق، ص 134.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

خلاصة الباب الأول:

من خلال هذا الباب تم التعرض لدراسة تكوين التراضي في التعاقد الإلكتروني، باعتباره الركن الأساسي لإبرام أي عقد؛ تقليدياً كان أو إلكترونياً، ولما كان التراضي في العقود التقليدية يتم في بيئة مادية بالتقاء طرفا العقد في نفس المكان، وفي ذات الزمان، لتبادل الإرادتين قصد إنشاء الالتزام، فإن تطور وسائل الاتصال الحديثة قد أتاح عدداً من الوسائل الجديدة، والتي يمكن من خلالها أن يتم التراضي على العقود، ولعل أهم هذه الوسائل شبكة الأنترنت العالمية.

اقتضت دراسة تكوين التراضي في التعاقد الإلكتروني تقسيم هذا الباب إلى فصلين، اختص الفصل الأول منه لدراسة التعبير عن الإرادة، والذي يعبر عن الإفصاح عن الإرادة بأية طريقة من طرق التعبير الخارجي المعتد بها قانوناً؛ سواء كان التعبير عنها صريحاً أو ضمنياً، وبظهور العقود الإلكترونية لم يعد التعبير عن الإرادة قاصراً على الطرق التقليدية، بل تعداه إلى الطرق الإلكترونية، وفي ذلك تعددت صور التعبير الإلكتروني عن الإرادة، ومن ذلك البريد الإلكتروني، ومواقع الويب، وغرف المحادثة والمشاهدة، وغيرها، والتي تعتمد هي الأخرى على الكتابة والصوت والصورة معاً، وفي ذلك أجازت مختلف التشريعات بما فيها المشرع الجزائري إمكانية التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية، بالنص عليها صراحة أو ضمناً، كالتشريع الجزائري الذي لم ينص على ذلك صراحة في القانون المدني الجزائري، إلا أنه وبإصداره للقانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية يكون قد أقر صراحة جواز التعامل عبر شبكة الأنترنت ومن ثمة جواز التعبير عن الإرادة إلكترونيا.

يثير التراضي في التعاقد الإلكتروني العديد من الإشكالات القانونية، والتي من بينها إشكالية التعاقد؛ لاسيما وأن التعاقد الإلكتروني يتم بين طرفين ينتمي كل منهما لدولة غير دولة الطرف الآخر، بما يعني عدم معرفة أطراف التعاقد لبعضهما، الأمر الذي يصعب معه التحقق من هوية وأهلية أطراف التعاقد، ما يستدعي البحث عن الحلول التي تكفل حماية المتعاقدين، كما يثير التعاقد الإلكتروني إشكالية سلامة الإرادة من عيوب الإرادة الأربعة، من غلط، وإكراه، واستغلال، وتدليس، ذلك أن الإرادة المعيبة على الرغم من تعيبها إلا أنها إرادة موجودة، ويقصد صاحبها ترتيب أثر عليها، ونتيجة لكونها معيبة فإنها لا تصلح لأن تكون أساسا لانعقاد العقد، مما يجيز لمن تعيبت إرادته أن يطلب إبطال العقد.

أما الفصل الثاني فقد اختص بدراسة مراحل تكوين التراضي في التعاقد الإلكتروني، حيث تم التطرق للمرحلة التمهيدية لتكوينه، والمتمثلة في التفاوض، الذي يمثل جملة المشاورات والمناقشات التي تهدف لتقريب وجهات النظر

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قصد إبرام العقد، وعلى الرغم من أهمية المفاوضات إلا أنها لم تحظ بالتنظيم القانوني ؛ سواء على المستوى الدولي أو الوطني، ولا تختلف مفاوضات التعاقد الإلكتروني عن مفاوضات التعاقد التقليدي، إلا في أنها تدار بوسائل الاتصال الحديثة، وقد تنتهي المفاوضات إلى إبرام العقد، وقد لا تنتهي إليه، وفي كلتا الحالتين يترتب على الأطراف وجوب احترام مبدأ حسن النية في التفاوض، بما يترتب عليه من التزامات أخرى ؛ كالاستمرار في المفاوضات من بدايتها إلى نهايتها وعدم قطعها، ذلك أن مخالفة الالتزامات المترتبة على التفاوض يثير مسؤولية الطرف المخل، هذه الأخيرة التي اختلف الفقه في تحديد طبيعتها، بين من يقول بأنها مسؤولية عقدية ، و من يقول أنها تقصيرية ؛ خاصة مع غياب النص القانوني.

وقد عرضت الدراسة للإيجاب والقبول الإلكترونيين باعتبارهما أساس قيام التراضي، واللذان لا يختلفان كثيرا ًعن الإيجاب القبول في التعاقد التقليدي، إلا من حيث أنهما يتمان عن بعد ؛ مما يضفي الصفة الدولية عليهما، وفي هذا الصدد تم التطرق لمسألة السكوت المعبر عن الإرادة، والذي لا يمكن تصوره في الإيجاب، على خلاف القبول الذي يعتد فيه بالسكوت، وذلك في حالة وجود تعامل سابق بين المتعاقدين، أو وجود عرف أو طبيعة المعاملة، أو تمخض الإيجاب لمصلحة من وجه إليه الإيجاب، إلا أنه وفي مجال المعاملات الإلكترونية لابد من معاملة هذه الحالات بحذر شديد نظراً لصعوبة إسقاط هذا الاستثناءات على هذا النوع من المعاملات.

وقصد حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية أقرت التشريعات إمكانية عدول هذا الأخير عن قبوله، باعتباره الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية، ويعد العدول عن القبول خروجاً عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، وعلى الرغم من إجازته إلا أنه مقيد بنطاق معين، وبمدة محددة يمكن ممارسته فيها، وبفواتها يعتبر الموجب له قابلاً للعقد، ومتى تقرر حق العدول عن القبول في التعاقد ومارسه الموجب له التزم برد السلعة وبمصاريف ردها، والتزم الموجب برد ثمنها.

كما عرضت الدراسة أيضاً لبيان أحكام مجلس العقد الإلكتروني ؛ الذي يعبر عن زمان ومكان تطابق الإرادتين، وباعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقد بين غائبين فإن طبيعة مجلس العقد الإلكتروني تتحدد بحسب الوسيلة المعتمدة في التعاقد، فقد يكون تعاقد بين غائبين من حيث المكان والزمان إذا أمكن الاتصال الفوري ؛ كالبريد الإلكتروني مثلاً، وقد يكون تعاقد بين غائبين من حيث المكان، وحاضرين من حيث الزمان ؛ كالمحادثة والمشاهدة، كما يثير تحديد زمان إبرام العقد الإلكتروني إشكالية في هذا التحديد، الذي أسفر عن وجود عدة نظريات في تحديده، أخذ كل تشريع بأحدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الباب الثاني:

إثبات التراضي في التعاقد الإلكتروني وتسوية منازعاته

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الباب الثاني: إثبات التراضي في التعاقد الإلكتروني وتسوية منازعاته

من نتائج التطور في مجال تكنولوجيا الاتصال أن أصبحت العقود تبرم عبر شبكة الأنترنت، الأمر الذي أدى إلى ظهور الحاجة للبحث عن وسيلة لإثبات وجود التراضي في إبرام العقد؛ الذي يعد الركن الأساسي في إبرام أي تصرف؛ تقليدياً كان أو إلكترونياً، وفي ذلك اختلفت الأنظمة القانونية في تحديد مبادئ الإثبات، بين من تبنى مبدأ حرية الإثبات[1]، وبين من تبنى مبدأ الإثبات المقيد[2]، وثالث اختار نظام الإثبات المختلط[3]، وفي ظل ذلك كانت التصرفات التي تتم بين الأفراد تتمتع بقدر كبير من الأمان و الثقة، ويرجع ذلك إلى كتابة هذه المعاملات في مستندات يمكن الرجوع إليها كلما دعت الضرورة إلى ذلك، إضافة إلى توقيع هذه المستندات بما يفيد إقرار صاحبها بمضمونها.

إلا أنه مع التقدم التقني الحاصل أصبحت كل من الكتابة والتوقيع التقليديين غير ملائمان للتصرفات التي تبرم عبر وسائل الاتصال الحديثة، هذه الأخيرة التي أتاحت وسائل جديدة لإثبات التعاقد الإلكتروني، وهي الكتابة والتوقيع الإلكترونيين، تماشياً مع طبيعة التعاقد الإلكتروني، وإن كان ذلك لم يوفر الثقة والأمان الكاملين في استقرار المعاملات الإلكترونية، الأمر الذي اقتضى بالضرورة وجود طرف ثالث يضمن موثوقية كل من الكتابة والتوقيع بالشكل الإلكتروني، وهو ما تجسده جهات التصديق الإلكتروني.

ويثير التراضي في التعاقد الإلكتروني عدة إشكالات، منها ما يتعلق بوجوده، ومنها ما يتعلق بعيوب الإرادة، والأهلية القانونية، وهو بالفعل ما يستوجب الحل في حال قيام نزاعات بين الطرفين بشأنها، وفي ظل كون التعاقد عبر

---

1 - **نظام الإثبات الحر أو المطلق:** تتلخص فلسفة الإثبات في هذا النظام في عدم تحديد طرق معينة، يتقيد بها الخصوم والقاضي في الإثبات، فللخصوم كامل الحرية في اختيار الأدلة التي تؤدي إلى إقناع القاضي، كما يكون للقاضي حرية تكوين عقيدته من أي دليل يقوم إليه، ولو باستخدام الحيل، فللقاضي دور إيجابي يساعد به الخصوم على إكمال ما في أدلتهم من نقص، وله فوق ذلك أن يقضي بعلمه الشخصي الذي يحصل عليه في غير مجلس القضاء، ويمتاز هذا النظام بأنه يجعل الحقيقة القضائية التي يتوصل إليها القاضي في حكمه مطابقة إلى حد كبير للحقيقة الواقعية المتنازع فيها، ولكن يعاب عليه أن هذه الميزة ستكون على حساب الاستقرار في التعامل، نتيجة لاختلاف التقدير من قاض إلى قاض آخر، وإلى احتمال أن يغلب ميل القاضي على نزاهته، فيحكم بهواه، دون أن يكون ثمة رقيب عليه من القانون. أنظر: عباس العبودي، **شرح قانون الإثبات المدني**، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 24.

2 - **نظام الإثبات المقيد:** يقصد به التزام الخصوم بطرق الإثبات التي يحددها القانون، فلا يجوز لهم التدليل على حقوقهم إلا عبر هذه الطرق، وعلى القاضي التقيد بالطرق القانونية للإثبات والقيمة القانونية لكل طريقة، ويترتب على ذلك عدم جواز قبول طرق أخرى غير الطرق المحددة قانونا، ومن هنا يلعب القاضي دورا سلبياً تجاه طرق الإثبات، بحيث لا يستند في فحصها إلى قناعته الشخصية، بل يلتزم بالقيمة القانونية المحددة لها من قبل المشرع، فدوره يقتصر على الترجيح بينها للتوصل إلى الدليل الأكثر قوة لتحديد مصير النزاع. أنظر: عجة الجيلالي، **مدخل للعلوم القانونية**، الجزء الثاني، نظرية الحق، المرجع السابق، ص 554.

3 - **نظام الإثبات المختلط:** يجمع هذا النظام بين الإثبات المطلق والمقيد، فيأخذ من نظام الإثبات المطلق قدراً من السلطة التي يعطيها للقاضي قسماً من الحرية في توجيه الخصوم، وفي استكمال الأدلة الناقصة، واستيضاح ما كان مبهماً من الوقائع، دون أن يتعارض مع تقييد القاضي بأدلة قانونية محددة، وبيان قيمة كل منها، فهو نظام يجمع بين استقرار المعاملات، بما يحتوي عليه من قيود، وبين اقتراب الحقيقة الواقعية من الحقيقة القضائية، بما يفسح للقاضي من حرية التقدير. أنظر: عباس العبودي، **شرح قانون الإثبات المدني**، المرجع السابق، ص 26.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأنترنت يتصف في الغالب الأعم بالطابع الدولي، فإنه يثير إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المنازعات فيما إذا كان قانون دولة البائع، أو قانون دولة المشتري، أو قانون بلد الإبرام، أو قانون مكان تنفيذ العقد، أو قانون الجنسية المشتركة، أو الموطن المشترك للمتعاقدين، أو قانون دولة أخرى لا ينتمى إليها أي من المتعاقدين، ولا علاقة لها بالعقد، إذ بتحديد القانون الذي يحكم العقد أمكن حل هذه النزاعات.

إن إعمال تلك الضوابط في مجال عقود التجارة الإلكترونية قد أثار العديد من الصعوبات، لعل أبرزها صعوبة التركيز المكاني، الذي يرجع إلى الطبيعة التي تتميز بها شبكة الأنترنت، ما دعا إلى ضرورة إيجاد قانون موحد يطبق بشأن منازعات عقود التجارة الالكترونية، وهو ما تجسد في قواعد القانون الموضوعي الالكتروني.

ويثير أيضا التعاقد الالكتروني إشكالية تحديد الوسائل الفعالة في فض منازعاتها، لضمان السرعة والسرية في حلها، وبأقل تكلفة خاصة وأن الجهات القضائية بما تتسم به من تعقيدات لا تتماشى مطلقا مع طبيعة العقود الإلكترونية، ومن بين هذه الوسائل الوساطة الإلكترونية، والتحكيم الإلكتروني.

وللتفصيل فيما سبق قسمنا هذا الباب إلى فصلين: نتناول في الفصل الأول إثبات التراضي في التعاقد الإلكتروني، في حين نعرض لتسوية منازعات التراضي في التعاقد الإلكتروني في الفصل الثاني.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الأول:

إثبات التراضي في التعاقد الإلكتروني

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الأول: إثبات التراضي في التعاقد الإلكتروني

كان لشبكة الأنترنت الأثر البالغ والواضح على مبادئ قانونية راسخة في مجال إبرام العقود وإثباتها، والتي تقوم في وسط مادي محسوس وملموس، فأدت إلى ظهور أنماط جديدة، وأشكال عديدة للوسائل التي يتم من خلالها إبرام المعاملات القانونية، فبينما كانت العقود تبرم بواسطة الكتابة التقليدية، وتوقع بأحد أشكال التوقيع التقليدي على وسط مادي، أصبحت الآن تنشأ بواسطة تقنيات حديثة، وعلى وسيط غير مادي، وفيما يتعلق بإثبات هذه التصرفات، فبعد أن كانت هي أيضاً تثبت بوسائل تقليدية (التوقيع والكتابة)، أصبحت تثبت بوسائل إلكترونية (الكتابة والتوقيع الإلكترونيين)، وهذا لعدم مواكبة عناصر الإثبات التقليدية لطبيعة المعاملات الإلكترونية، ما أدى بالتشريعات إلى تبني عناصر الإثبات الإلكترونية، وإعطاءها ذات الحجية التي تتمتع بها الوسائل التقليدية، وبغية تحقيق الأمان والثقة لدى المتعاقدين فيما يبرمونه من عقود كان لزاماً وجود طرف ثالث محايد، وموثوق به، يقوم بالتأكد من صحة التوقيع الإلكتروني، ونسبته إلى صاحبه، إضافة إلى التأكد من جدية الأطراف في إبرام العقد، وهو ما يتم من خلال جهة قانونية تعرف بجهة التصديق الإلكتروني.

لتفصيل ذلك سنقسم هذا الفصل إلى مباحث ثلاثة، نتطرق في المبحث الأول لمسألة الكتابة الإلكترونية لإثبات التراضي في التعاقد الإلكتروني، والتوقيع الإلكتروني والتصديق الإلكتروني في المبحثين الثاني والثالث على التوالي.

المبحث الأول: الكتابة الإلكترونية لإثبات التراضي في التعاقد الإلكتروني

أتاح التطور التقني في وسائل الاتصال الحديثة إبرام العقود عبر شبكة الأنترنت، وبغية حماية حقوق المتعاقدين نشأت أدلة الإثبات الإلكترونية، وتعد هذه الأخيرة من أفضل أدلة الإثبات لهذه المعاملات، حيث تتناسب مع الطبيعة الإلكترونية التي تتسم بها هذه المعاملات، ولا شك أن الكتابة الإلكترونية من أهم الوسائل المستخدمة في إثبات المعاملات الإلكترونية، فقد أجازت العديد من التشريعات استخدام الكتابة الإلكترونية في الإثبات، ومنها التشريع الجزائري، .ولا تختلف الكتابة الإلكتروني كثيراً عن الكتابة التقليدية ؛ لذلك تسري عليها القواعد العامة التي تسري على الكتابة التقليدية، الأمر الذي دفع بالتشريعات إلى المساواة في الحجية بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية.

تبعاً لما سبق، نتناول هذا المبحث في أربعة مطالب، فنبين مفهوم الكتابة الإلكترونية في المطلب الأول، ونتطرق لشروطها في المطلب الثاني، ثم ندرس حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات في المطلب الثالث، إضافة إلى دراسة ضوابط الإثبات بالكتابة الإلكترونية في ظل القواعد التقليدية، وذلك في المطلب الرابع.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الأول: مفهوم الكتابة الإلكترونية

نظراً للأهمية البالغة للكتابة[1] الإلكترونية في إثبات المعاملات المدنية، والتجارية، وحاجة الأشخاص لها في ظل عدم وجود الوثائق الورقية في إجراء وتنفيذ هذه المعاملات، فقد تم إبرام العديد من الاتفاقيات للاعتراف بها، والتي نشأ عنها تشريعات استرشادية تأثرت بها التشريعات الوطنية؛ بين واضع لقوانين خاصة بالمعاملات الإلكترونية، وبين مُطوعٍ للقواعد العامة في الإثبات لكي تستوعبها، وقد ظلت الكتابة مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بدعامتها إلى درجة أنه لا يمكن الفصل بينهما، إلا أن هذا الأمر أصبح لا يتصور حاليا بعد ظهور الكتابة الإلكترونية، وقد عرفت بعدة اصطلاحات مثل رسالة البيانات، ورسالة المعلومات، أو الكتابة الرقمية، الكتابة في الشكل الإلكتروني، وكذلك المحررات الإلكترونية، والمستندات الإلكترونية، إلا أن المعنى واحد.

وقصد بيان مفهوم الكتابة الإلكترونية نتطرق لتعريف الكتابة الإلكترونية في الفرع الأول، ونعرض لبعض القوانين التي اعترفت بالكتابة الإلكترونية في الفرع الثاني، ونتناول مراحل إنشائها في الفرع الثالث.

الفرع الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية

تعد الرضائية مبدأ أساسي في إبرام العقد تقليدياً كان أو إلكترونياً، فبمجرد التقاء الإرادتين الحرتين من إيجاب وقبول يتم إبرام العقد، ما لم يتطلب القانون شكلاً معيناً يتوجب إتباعه لإبرام العقد، وعلى الرغم من أن الأصل هو

---

1 - تحتل الكتابة المرتبة الأولى بين أدلة الإثبات، وتعتبر هي وسيلة الإثبات الأكثر شيوعاً بين الأفراد، والأفضل لهم من أجل إثبات معاملاتهم المختلفة، حيث يمكن عن طريقها تحديد مركز الشخص تحديداً واضحاً يتلاقى مع قد يطرأ من نسيان أو موت الشهود إذا تقادم العهد على الواقعة المراد إثباتها، وقد جاء القرآن الكريم متوجاً للدليل الكتابي على باقي الأدلة، وموضحاً أهمية الكتابة في الإثبات بقوله: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئاً فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى وَلا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيراً أَوْ كَبِيراً إِلَى أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَى أَلاَّ تَرْتَابُوا إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلاَّ تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفْعَلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ" الآية 282 من سورة البقرة.

وقد حفظ الله بالكتابة أخبار السلف حتى عرفها الخلف، ولولا ذلك لذهبت، وصارت نسياً منسياً، وبهذا ظهرت الحكمة الإلهية في الأمر بالكتابة بنص القرآن آية المداينة لحفظ الحقوق، ومن أدلة السنة على اعتبار الكتابة أمره صلى الله عليه وسلم بكتابة المصالحة بينه وبين قريش.

أنظر كلا من:

-يوسف حسن يوسف، المرجع السابق، ص 85.

-سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص ص 192 -193.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

رضائية العقود، فإن المشرع قد يتطلب كتابة العقد لإثباته[1]، والكتابة قد تكون تقليدية، أو إلكترونية تتم على دعامة إلكترونية، ويتحدد مفهوم الكتابة الإلكترونية على ضوء تحديد مفهوم الكتابة التقليدية الورقية، وذلك من خلال بيان المفهوم الضيق أو التقليدي للكتابة في البند الأول، ثم بيان المفهوم الواسع لها في البند الثاني.

البند الأول: المفهوم الضيق أو التقليدي للكتابة

هذا المفهوم يشير إلى أن الكتابة المعتبرة في الإثبات هي الأوراق المكتوبة التي تستخدم بوصفها أداة إثبات، على اعتبار أن الورق هو المحرر الشائع للكتابة[2]، إلا أن غالبية الفقه استقروا على عدم وجود شروط معينة في الكتابة لا من حيث الصيغة، ولا من حيث التدوين، فقد تكون خطية - بخط موقعها أو خط غيره – ، وقد تكون مطبوعة بأي وسيلة من وسائل الطباعة، كما يستوي أن تكون بالمداد السائل، أو الجاف، أو بالقلم الرصاص، أو بغيره[3]، وكذلك يجوز أن تكون الكتابة على شكل رموز و مصطلحات معينة معروفة لذوي الشأن، كما في طريقة "برايل" للمكفوفين[4].

كما لا يشترط في الكتابة أن تكون باللغة العربية، كما هو الحال في المستندات الرسمية، إذ يصح أن يكون السند العادي مكتوب باللغة الأجنبية، وفي ضوء المفهوم التقليدي للكتابة فإنه يصعب مساواة الكتابة الإلكترونية بالكتابة التقليدية التي تتسم بالاستمرارية والثبات، فضلاً عن أنها تتمثل في كيان مادي ملموس، وبالتالي لا يمكن تطبيق أحكام الكتابة العادية على الكتابة الإلكترونية، ذلك لأن مفهوم كل منها مغاير عن الأخرى[5].

---

1 - يميز القانون بين الكتابة كوسيلة من وسائل الإثبات والكتابة كركن لانعقاد التصرف القانوني، **فالكتابة المتطلبة للإثبات** هي إجراء يقرره القانون من أجل إقامة الدليل على وجود أو عدم وجود تصرف قانوني معين، أما **الكتابة كركن للتصرف** فيقصد بها تطلب القانون بالإضافة إلى عنصر التراضي ضرورة وجود شرط شكلي حتى ينعقد أو يتم التصرف، كاشتراط الرسمية لانعقاد الهبة في العقار، وللتمييز بين النوعين من الكتابة أهمية، فإذا كانت الكتابة متطلبة للإثبات فإن تخلفها أو انعدامها لا يعني انعدام التصرف القانوني ذاته، وإذا كانت شرطاً شكلياً لانعقاد التصرف ؛ فتخلفها يؤدي إلى بطلان التصرف ذاته، حيث لا يوجد إلا بها، كما يجوز للأفراد الاتفاق على عدم الالتجاء للكتابة كوسيلة للإثبات، كالاتفاق على الإثبات بشهادة الشهود في الحالات التي يتطلب فيها القانون الإثبات بالكتابة، في حين أن الأفراد لا يمكنهم الاتفاق على عدم الالتجاء إلى الكتابة المتطلبة كركن في التصرف القانوني، لأن الشروط الشكلية في التصرف القانوني تتعلق بالنظام العام، ولا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على عكسها. أنظر: عابد فايد عبد الفتاح فايد، **الكتابة الإلكترونية في القانون المدني بين التطور القانوني والأمن التقني – دراسة في الفكرة القانونية للكتابة الإلكترونية ووظائفها في القانون المدني**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2014، ص 22، هامش 1.

2 - عباس العبودي، المرجع السابق، ص58.

3 - أيسر صبري إبراهيم، المرجع السابق، ص ص136 -137.

4 - قضت في هذا الصدد إحدى المحاكم الفرنسية بجواز كتابة وصية من قبل مكفوف البصر بالطرق الخاصة بكتابة المكفوفين، أما غير مكفوف البصر فلا يجوز له كتابة الوصية بهذه الطريقة، وقد نقضت محكمة النقض الفرنسية الأحكام التي أجازت تحرير الوصايا بطريقة الاختزال لغير المكفوفين. أنظر: عباس العبودي، المرجع السابق، ص59.

5 - أيسر صبري إبراهيم، المرجع السابق، ص137.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الثاني: المفهوم الحديث أو الواسع للكتابة

يقصد بالكتابة بمعناها الواسع أنها لا تقتصر على الكتابة العادية، إنما تشتمل على الكتابة الإلكترونية التي تتضمنها السندات المستخرجة عن طريق وسائل الاتصال الحديثة؛ كالفاكس، والتلكس، والأنترنت، أو أي وسيلة أخرى[1].

والكتابة الإلكترونية لا تتطلب ارتباطاً قانونياً أو لغويا بين السند ووجوب تدوينه على وسيط ورقي، أو شكل كتابي معين، ذلك أن المقصود بالكتابة يجري بناءً على ضوء الوظيفة، والغرض منها، وليس على أساس نوع الوسيط المستخدم، أو شكل الرموز[2].

من خلال ما سبق تعرف الكتابة التقليدية بأنها: " عبارة عن نقوش ورموز تعبر عن الفكر والقول دون اشتراط أن تكون فوق ورق أو خشب أو جلد أو رمل"[3].

كما تعرف أيضا على أنها: " الخط الذي يعتمد عليه في توثيق الحقوق وما يتعلق بها للرجوع إليه عند الإثبات، أو هي الخط الذي يوثق الحقوق للرجوع إليها عند الحاجة"[4].

ويمكن أن تتم بأية وسيلة ما دامت مفهومة من الطرفين، كما قد تكون موقعة بخط الموقع على الورقة أو بخط غيره[5]، وبالتالي لا يوجد ارتباط بين فكرة الكتابة والورق، فلا يشترط أن تكون الكتابة على الورق بالمفهوم التقليدي، والتسليم بهذا المفهوم للكتابة يفتح الباب على مصرعيه أمام قبول كل الدعامات أيا كانت مادة صنعها في الإثبات، وهذا ما يقرب إلى فكرة الإثبات الإلكتروني[6].

أما الكتابة الإلكترونية فتعرف على أنها: " تلك الحروف أو الأرقام أو الرموز أو أية وسيلة أخرى مشابهة تعطي دلالة قابلة للإدراك، وتستخدم في رسائل البيانات التي ترسل و تستقبل بطريقة إلكترونية أو رقمية في مجال التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت"[7].

---

1 - أيسر صبري إبراهيم، المرجع السابق، ص 138.

2 - المرجع نفسه ، ص 138.

3 - بشار طلال المومني، المرجع السابق، ص 97.

4 - سعدي الربيع، "موقف الشريعة من الإثبات بالكتابة الإلكترونية"، **مجلة دراسات وأبحاث**، جامعة زيان عاشور -الجلفة، العدد: 25 ، السنة: الثامنة، ديسمبر2016، ص 488.

5 - حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 271.

6 - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 191.

7 -بن جديد فتحي، "مدى حجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين في إثبات العقد المبرم عبر الأنترنت"، **مجلة دراسات قانونية**، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات و الخدمات التعليمية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، العدد: 16، جانفي 2013، ص 96.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وتعرف الكتابة الإلكترونية أيضاً على أنها: " كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو ضوئية أو أي وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك"[1].

من خلال التعاريف السابقة فإن الكتابة الإلكترونية هي أية حروف أو رموز أو أرقام تعبر عن الفكر والقول توضع على دعامة إلكترونية على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا، وبذلك فالكتابة الإلكترونية لا تختلف عن الكتابة التقليدية إلا في أنها تثبت على دعامة إلكترونية، فهي جزء منها وليست سوى طريقة للكتابة، واختلاف دعامتها عن الدعامة العادية (الورق) لا يؤثر في كونها كتابة تعبر عن الفكر والقول وكل ما يريده الإنسان.

الفرع الثاني: الاعتراف القانوني للكتابة الإلكترونية

تعتبر الكتابة بصفة عامة أقوى أدلة الإثبات، وذلك لإثبات الحقوق والتحمل بالالتزامات، ومع تطور وسائل الاتصال الحديثة ظهرت التجارة الإلكترونية ؛ والتي أدت بدورها إلى ظهور نوع جديد من الكتابة، تتم على دعامات غير ورقية، أطلق عليها الكتابة الإلكترونية، وهو ما أدى إلى حرص التشريعات على تبني مفهوم الكتابة الإلكترونية وجعلها دليل إثبات للمعاملات الإلكترونية[2]، وفيما يلي بيان ذلك:

البند الأول: الاعتراف الدولي بالكتابة الإلكترونية

بذلت جهود دولية كبيرة لاستيعاب مفهوم الكتابة، مراعاة للتطور التكنولوجي في مجال السندات الإلكترونية ليشمل ما يطلق عليه بالكتابة الإلكترونية، ومن بين هذه الجهود نذكر الاتفاقيات الآتية:

اعترفت المادة 09 من اتفاقية نيويورك بشأن التقادم في البيوع الدولية للبضائع لعام 1972 بالكتابة فأشارت إلى أن: "مصطلح الكتابة ينصرف أيضا إلى المراسلات الموجهة في شكل برقية أو تلكس"، وبالنسبة للوسائل التي أوردتها هذه الاتفاقيات هي على سبيل المثال لا الحصر، مما يمكن القول أنها تتسع لجميع مخرجات الحاسوب وبياناتها الرقمية، وبالتالي قبولها للكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية من بين أدلة الإثبات[3].

كما نصت عليها المادة 13 من اتفاقية الأمم المتحدة في فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع عام 1980 التي جاء فيها: " فيما يخص أغراض هذه الاتفاقية ينصرف مصطلح الكتابة أيضا إلى المراسلات الموجهة في شكل برقية أو تلكس".

1 - حسين بن محمد المهدي، القوة الثبوتية للمعاملات الإلكترونية، **مجلة البحوث القضائية**، المحكمة العليا، الجمهورية اليمنية، العدد: 7، 2007، ص50.

2 - عصام عبد الفتاح مطر، **التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015، ص 180.

3 - حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 271.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما اتفاقية روما لعام 1985 بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، فنصت المادة (2/11) على أن: " شرط التحكيم يمكن أن يرد في عقد أو اتفاق موقع عليه أو في تبادل خطابات أو برقيات"[1].

على الصعيد الأوروبي؛ أصدر البرلمان الأوروبي توجيها في 1991/12/13 حول التوقيع الإلكتروني يلزم الدول المصادقة العمل على تنفيذ قواعده قبل 2001/07/19، ثم أصدر البرلمان الأوروبي توجيه آخر رقم 31/2000 الصادر في 08 جوان 2000 والمتعلق بالتجارة الإلكترونية، و الذي ينص في المادة التاسعة منه على ضرورة اعتراف تشريعات الدول الأعضاء بإمكانية إبرام العقود بالوسائل الإلكترونية [2].

كما اعترف قانون الأونسيترال النموذجي والخاص بالتجارة الإلكترونية بموجب القرار 162/51 في 1996/12/11 بالكتابة الإلكترونية، والتي اصطلح عليها هذا القانون برسالة البيانات، وقد عرفها في المادة 2/أ على أنها: " المعلومات التي يتم إنشائها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي"، وأهم ما يلاحظ على هذا التعريف أنه توسع كثيرا في تعريف الكتابة الإلكترونية، ولم يحصرها في شكل معين حيث عبر عنها بكل المعلومات مهما كان شكلها، كما توسع في العمليات الإلكترونية تناط بها من إنشاء، إرسال، استلام وتخزين، كما أنه لم يحصر الوسائل تتم بها هذه العمليات و هذا لترك المجال مفتوح أمام أي وسيلة جديدة[3].

ونصت المادة 4 في الفقرة الثانية من اتفاقية الأمم المتحدة، والخاصة باستخدام الخطابات الإلكترونية في إبرام وإثبات العقود الدولية لعام 2005 على أن: " الخطاب الإلكتروني يتبادله الأطراف فيما بينهم بواسطة رسائل البيانات...."، وقد شرح نص المادة 4 في الفقرة الرابعة المقصود برسائل البيانات هذه على أنها: " جميع المعلومات المرسلة أو المتلقاة أو المخزنة بوسائل إلكترونية أو مغناطيسية أو تصويرية أو بوسائل مشابهة تشمل على سبيل المثال لا الحصر التبادل الإلكتروني بين الأطراف عن طريق البرق أو الفاكس أو البريد الإلكتروني"، و يلاحظ على نص هذه المادة أنها قد وسعت مفهوم الكتابة المطلوبة في إثبات العقود، لتشمل كل الأشكال المستحدثة و الدعامات القائمة، بل إنها تستوعب كل التقنيات المستقبلية التي يمكن ابتكارها[4].

1 - شادي ابراهيم رمضان طنطاوي، المرجع السابق، ص 73.

2 - زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات الحديثة، **أطروحة دكتوراه**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد -تلمسان، 2012 -2013، ص167 -168.

3 - المرجع نفسه، ص 166 -167.

4 - المرجع نفسه، ص 166.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما ذهبت المنظمة العالمية للمواصفات والمعايير[1] في صدر تعريفها للمحرر الكتابي بأنه:" مجموعة من المعلومات و البيانات المدونة على دعامة مادية بشكل دائم، بحيث سهل قراءتها مباشرة عن طريق الإنسان أو باستخدام آلة مخصصة لذلك"[2].

يستفاد من هذا التعريف بصفة خاصة أنه لم يحدد المحررات الكتابية بنوع الوسيط المستخدم في الكتابة، بالرغم أنه لم يتطلب أن يتم التدوين على دعامة مادية محددة، وعلى الرغم من أن الوضع المستقر هو تدوين المحررات الكتابية على وسيط من الأوراق، إلاّ أن المقصود بالكتابة وتحديد النوع الوسيط لا يتعلقان بالدعامة المادية، أو بخط الكتابة بقدر ما يتعلقان بوظيفة الكتابة، ودورها في الإثبات، ولقد جرى العرف واستقر العمل على تدوين المحررات الرسمية والعرفية على الأوراق، وبالحروف الخاصة بلغة المتعاقدين، أو اللغة التي تصلح لتحرير العقد، فإن اللجوء إلى تدوين المحررات على وسائط إلكترونية من خلال ومضات كهربائية وتحويلها إلى اللغة التي يفهمها الكمبيوتر[3].

البند الثاني: اعتراف التشريعات العربية بالكتابة الإلكترونية

أدى التطور التكنولوجي الحديث إلى إحداث تغيرات كبيرة في مجال المعاملات القانونية، إذ أصبحت هذه الأخيرة تبرم عن طريق شبكة الأنترنت، فبعد أن كانت العقود تثبت عن طريق الكتابة التقليدية، أصبحت هذه الكتابة غير ملائمة لطبيعة العقود الإلكترونية، وهو ما أدى بدوره إلى ظهور الكتابة الإلكترونية التي يعتمد عليها في إثباتها، واستجابة لذلك سارعت العديد من الدول العربية إلى تطويع قواعد الإثبات التقليدية، أو إصدار قوانين خاصة بالمعاملات الإلكترونية، حتى تواكب هذه التغيرات، وبيان ذلك فيما يلي:

أولا: التشريع التونسي

أشار قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000 إلى الكتابة من خلال ذكره للوثيقة الإلكترونية دون أن يحدد المقصود بها، وقد أشار إلى الكتابة من خلال ذكره للوثيقة الإلكترونية، وقد عرفها في الفصل

---

1 - **المنظمة العالمية للمواصفات والمعايير** International Standard Organization (ISO) : هي اتحاد عالمي، مقره في جنيف، يضم في عضويته أكثر من 90 هيئة تقييس وطنية، جاء اختصارها ISO اعتمادا على الكلمة اليونانية ISOS والتي تعني Equal متساوي، إيزو 9000، وهي سلسلة من المواصفات والمقاييس المعتمدة عالميا، وتستخدم في توكيد جودة العمليات والنشاطات في المؤسسات، ويرمز الرقم 9000 لسلطة المواصفات التي تختص بإدارة الجودة في المؤسسات المختلفة، والتي قد تكون مصنع أو بنك أو مستشفى أو مدرسة أو غيرها، هذه المواصفات تقدم الشهادة على ممارسة نظام إدارة الجودة والذي يطبق على العمليات والأنشطة المختلفة في المؤسسة، وليس على المنتج أو الخدمة نفسها. أنظر: صفاء فتوح جمعة فتوح، **منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء و التحكيم –آليات فض المنازعات**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013، ص 241، هامش 2.

2 - حسن عبد الباسط جميعي، **إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الأنترنت**، دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر، 2000، ص18.

3 - شادي ابراهيم رمضان طنطاوي، المرجع السابق، ص74.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

453 مكرر من القانون المدني التونسي المعدل رقم 57 لسنة 2000 على أنها: " الوثيقة المكونة من مجموعة أحرف أو أرقام أو أي إشارات رقمية أخرى بما في ذلك تلك المتبادلة على حامل إلكتروني يؤمن قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة"[1].

ثانيا: تشريع إمارة دبي

عرف قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي لسنة 2002 في مادته الأولى الكتابة الإلكترونية، واصفا إياها بالسجل، أو المستند الذي يتم إنشاؤه، أو تخزينه، أو نسخه، أو إرساله، أو إبلاغه بوسيلة إلكترونية، أو على وسيط ملموس، أو على أي وسيط إلكتروني آخر، ويكون قابلاً للاسترجاع بشكل يمكن فهمه، كما نص في المادة نفسها على الرسالة الإلكترونية، والتي عرفها بأنها معلومات إلكترونية يتم إرسالها أو استلامها بكل الوسائل الإلكترونية مهما كانت الوسيلة استخراجها في مكان الاستلام[2].

ثالثا: التشريع المصري

اعترف المشرع المصري صراحة بالكتابة الإلكترونية، فعرفها في المادة الأولى من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم15 لسنة 2004 على أنها: " كل حروف أو أرقام أو رموز أو أية علامات أخرى تثبت على دعامة رقمية أو صوتية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك"[3].

أخذ المشرع المصري في تعريفه للكتابة الإلكترونية بالمفهوم الواسع ؛ سواء كانت بهيئة حروف أو تكون مشفرة أم على شكل رموز أو علامات، فضلاً عن أنه أجاز أن يكون الوعاء الخارجي للكتابة إلكترونياً، أو ضوئياً، أو رقمياً، أو بأية وسيلة أخرى، واشترط أن تكون الكتابة قابلة للإدراك، وبتذييله تعريف الكتابة الإلكترونية بعبارة (أية وسيلة أخرى مشابهة) يكون قد خفف من وطأة الخاصية القانونية بالدعامة، وترك الباب مفتوحاً أمام انطباق وصف الكتابة الإلكترونية بالوصف المتقدم على أية وسيلة أخرى تظهر في المستقبل[4].

رابعا: التشريع الأردني

لم يتطرق قانون المعاملات الإلكترونية الأردني إلى تعريف الكتابة الإلكترونية بشكل مباشر، وإنما تطرق إليها أثناء تعريفه مصطلح "المعلومات"، فحسب نص المادة الثانية يقصد بالمعلومات: "البيانات والنصوص والصور

1 -بشار طلال المومني، المرجع السابق، ص ص 99 - 100.
2 - زروق يوسف، المرجع السابق، ص 171.
3 - عباس العبودي، المرجع السابق، ص 127.
4 - المرجع نفسه، ص ص 127 - 128.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والأشكال والأصوات والرموز وقواعد البيانات وبرامج الحاسوب وما شابه ذلك"، فالبيانات والنصوص المذكورة عادة تتكون من الأحرف والأرقام التي تشكل في النهاية كتابة مقروءة، وبما أنها تثبت على وسيط إلكتروني فإنها كون كتابة إلكترونية[1].

خامسا: التشريع الجزائري

اعترف المشرع الجزائري هو الآخر بالتطورات التي مست الدليل الكتابي، وإن كان اعترافه هذا جاء متأخراً مقارنة بغيره من التشريعات، حيث كان الدليل الكتابي يرتكز بصفة أساسية على الدعامة الورقية، ليتحول إلى اعتماد الدعامة الإلكترونية التي خلفتها ثورة تكنولوجيا المعلومات، وإدخالها في مجال المعاملات والمبادلات التي تحولت هي الأخرى من تقليدية تبرم في بيئة مادية إلى إلكترونية تبرم في بيئة افتراضية، وأمام هذا التطور أصبح الدليل الكتابي غير ملائم لطبيعة هذه المعاملات، مما أدى إلى تطوره هو الآخر، وأخذه ذات الصفة التي تميز تلك المعاملات، وقد عرف المشرع الجزائري الكتابة من خلال نص المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري على أنها: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها".

ما نلاحظه على هذا النص أن المشرع الجزائري لم يعترف بالكتابة الإلكترونية صراحة، بل نص عليها ضمناً، ويفهم ذلك من عبارة مهما كانت الوسيلة التي تستخدمها، ويقصد بذلك الدعامة، وبذلك فهو يفتح المجال ليشمل أي نوع من الدعامات بما فيها الدعامة الإلكترونية، وبذلك يمكن تعريف الكتابة في الشكل الإلكتروني حسب هذا النص على أنها ذلك التسلسل في الحروف أو الأوصاف أو الأرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، المكتوبة على دعامة إلكترونية ومهما كانت طرق إرسالها تقليدية كانت أو إلكترونية.

ومن خلال نص المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري نجد أنها تتسع لاستعمالها في إثبات المعاملات القانونية بصفة عامة، وإثبات المعاملات الإلكترونية بصفة خاصة، ومن جهة أخرى يتسع ليشمل مفهوم الكتابة كدليل تقليدي، يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالدعامة المادية والورقية، وكذا ليشمل الكتابة المدنية على دعامة إلكترونية افتراضية.

والملاحظ كذلك أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمفهوم الموسع للكتابة، حيث أن هذا الأخير لم يحدد شكل الكتابة، فلم ترد على سبيل الحصر، وأنها جاءت على سبيل المثال، بحيث قد تكون عبارة عن حروف أو أوصاف أو أرقام.... مشترطا أن تكون مفهومة، كما أنه ترك المجال واسعا أمام كل الدعامات تحسبا لظهور دعامات جديدة،

1 - عيسى غسان ربضي، **القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني**، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص 167.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وكذلك لم يقيد طرف إرسالها، إذ يتسع ذلك لجميع طرق الإرسال تقليدية البريد العادي أو إلكترونية كالبريد الإلكتروني وغيره.

مما سبق؛ يتبين أن التشريعات العربية قد تبنت الكتابة الإلكترونية، وإن اختلفت في تسميتها، فمنهم من أطلق عليها رسالة المعلومات، ومنهم من أطلق عليها المحرر الإلكتروني، ومنهم من أطلق عليها الكتابة في الشكل الإلكتروني، ورغم اختلاف التسميات إلا أن المعنى واحد؛ إذ تستخدم في إثبات التصرفات القانونية.

البند الثاني: اعتراف التشريعات الغربية بالكتابة الالكترونية

أدت ثورة الاتصالات الحديثة إلى ظهور الكتابة الإلكترونية، التي أصبح يعتمد عليها في إثبات المعاملات الإلكترونية، ونتيجة لذلك قامت العديد من الدول الغربية إلى تطويع قواعد الإثبات التقليدية، أو إصدار قوانين خاصة بالمعاملات الإلكترونية، حتى تواكب هذه التغيرات، ومن بين هذه التشريعات ما يلي:

أولا: التشريع الفرنسي

إن تطوير المشرع الفرنسي لنصوص القانون المدني المتعلقة بالإثبات يمكن رده إلى ثلاث مبادئ رئيسية: يتمثل المبدأ الأول في اعتبار الكتابة الموقعة إلكترونياً محررات إلكترونية، والثاني في الاعتراف بصحة الاتفاقات الخاصة حول الإثبات، في حين يتمثل المبدأ الثالث في إعطاء القاضي سلطة تقديرية بين المحررات الورقية والمحررات الإلكترونية في حال التنازع[1]، وقد نص في المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي رقم 2000 - 230، والصادر بتاريخ 13 مارس 2000 على أنه: " الإثبات الخطي، أو الإثبات بالكتابة ينتج من كل تدوين للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي رموز أو أي إشارات ذات دلالة تعبيرية مفهومة وواضحة، أيا كانت دعامتها أو وسيلة نقلها"[2].

من خلال النص السابق نجد أن هذا التعريف يمكن أن يتسع ليس فقط للكتابة التقليدية المثبتة على دعامة ورقية، بل كذلك للكتابة الإلكترونية، وقد تميز أسلوب المشرع الفرنسي بالوضوح كونه أورد هذا التعريف بطريقة منهجية من خلال ربطه فكرة الكتابة بفكرة المحرر الإلكتروني[3]، كما أن هذه التعديلات قد أدخلت المحررات الإلكترونية في نطاق أدلة الإثبات، وحددت شروط اعتبارها دليلا كاملا في الإثبات، وأزالت عقبات قبول الكتابة والتوقيعات الإلكترونية في الإثبات[4].

1 - أحمد عزمي الحروب، **السندات الرسمية الإلكترونية**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 56.

2 - سمير عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 197.

3 - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 103.

4 - أحمد عزمي الحروب، المرجع السابق، ص55.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا: التشريع الإنجليزي

يحكم قانون الإثبات الإنجليزي لسنة 1968 بوصفه نموذجا للقانون الأنجلوسكوني قاعدتان أساسيتان، وهما قاعدة الشهادة السماعية[1]، وقاعدة الدليل الأفضل[2]، وقد تبنى هذا القانون في مادته الأولى من الفصل العاشر مفهوماً واسعاً استثنى بموجبه من قاعدة ضرورة تقديم الدليل الأفضل، أو الأصل السندات الإلكترونية المستخرجة من الحاسب الآلي إذا أمكن تطابقها مع الأصل أمام المحكمة، غير أن هذا القانون يستلزم توافر الشروط الآتية في السند لكي يكون دليل في الإثبات، وهي:[3]

-أن يتم استخدام الحاسب الآلي بشكل منتظم وذلك في تخزين ومعالجة البيانات.

-أن يعمل الحاسب الآلي بشكل مناسب.

-أن تكون البيانات التي تضمنها السند الإلكتروني، قد تم استخراجها من الحاسب الآلي بصورة اعتيادية.

ومع كل هذه الضوابط لاعتماد السند الإلكتروني، فقد ظلت قاعدة الدليل الأفضل عائقاً أمام قبول السندات الإلكترونية في الإثبات بوصفها تسجيلاً للسند الأصلي، وأن هذه السندات ليست نسخة عادية من الأصل المتكون من البيانات الرقمية؛ التي لا يمكن قراءتها إلا بعد الاستعانة بالحاسب الآلي، مما جعل الإثبات بواسطة السندات الإلكترونية صعباً، طبقا للنصوص المقررة بموجب أحكام قانون الإثبات لسنة 1968 الملغى، غير أن القضاء الإنجليزي في حكم له عام 1982 استبعد حالة ضرورة تقديم صور للأحكام أو التسجيلات، من إقامة الدليل على عدم إمكانية تقديم أصولها، واعتبرها صالحة بطبيعتها للإثبات، وقد دفع هذا الحكم الفقه إلى تطبيق ذلك على السندات الإلكترونية[4]، إلا أن الأمر لم يلبث أن تغير بإصدار المملكة المتحدة قانونا جديدا حول الاتصالات والتجارة الإلكترونية بتاريخ 25 ماي 2000، وقد تناول موضوعات متنوعة: كالتواقيع الإلكترونية، وبموجبه أجاز الإثبات بالمستندات الإلكترونية[5].

---

1 - **قاعد الشهادة السماعية:** تقضي بإعطاء دور كبير للشهادة السماعية، ويشترط لقبولها أن تكون الشهادة صادرة من الشخص الذي اتصل علمه مباشرة بالواقعة محل الإثبات، وتستبعد المحكمة أية شهادة أخرى صدرت من أشخاص لم يتصل علمهم مباشرة بالواقعة محل الإثبات، وتعتمد فقط على أقوال من كان حاضرا، فهو وحده الذي يمكن سؤاله حضوريا أمام المحكمة. أنظر: عباس العبودي، المرجع السابق، ص 114.

2 - **قاعدة الدليل الأفضل:** يقصد بها المستند الأصلي الذي وضعه كدليل إثبات، بضمان أن الكتابة المقدمة للمحكمة هي ذاتها الكتابة الأصلية، وذلك لإثبات الحقيقة بأفضل وجه، وذلك بوجود أصل السند. أنظر: بشار طلال المومني، المرجع السابق، ص 101.

3 -عباس العبودي، المرجع السابق، ص ص 114 -115.

4 - المرجع نفسه، ص 115.

5 -بشار طلال المومني، المرجع السابق، ص 101.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثالثا: التشريع الأمريكي

تتفق قواعد الإثبات في الولايات المتحدة الأمريكية مع قواعد الإثبات في القانون الإنجليزي، بأنهما يتقيدان بقاعدتي الإثبات بالدليل الأفضل، وقاعدة عدم جواز الإثبات بالشهادة الشخصية التي تعتمد على ما يسمع، وما يقال، غير أن أحكام القانون الأمريكي تتميز بالتعقيد، لاختلاف القواعد التي تطبقها المحاكم الفيديرالية عن تلك التي تطبقها المحاكم في كل ولاية[1]، وقد صدرت استثناءات على هاتين القاعدتين تمنح قواعد الإثبات تفسيراً أوسع يراعي تكنولوجيا المعلوماتية المستجدة، ومحاولة من القانون النموذجي المتعلق بالتجارة الدولية للتكيف مع تطور العقود بما لا يتعارض مع القوانين الداخلية للدولة، حيث يشير هذا القانون إلى الشروط الأساسية التي يجب أن تتوافر في العقد الإلكتروني كي يعتبر الإثبات متحققاً، وتيسير الاطلاع على البيانات بطريقة الاحتفاظ بها، ويرجع إليها لاحقاً واستخدامها ورقياً عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات ورقية[2].

اعتمد القضاء الأمريكي على الظروف المعاصرة لعملية تسجيل البيانات، وتصدى لها مؤكداً ضرورة تفسير استثناء السندات التجارية تفسيراً واسعاً، ووفقا لهذا الاستثناء فإن السندات الإلكترونية تكون مقبولة ودون الحاجة إلى الشهادة الشخصية، إذ يكفي تقديمها لمعرفة الشخص المسؤول عن خدمة المعلوماتية أو أي موظف آخر بالمنشأة، ويكون على علم بأنظمة تسجيل المعلومات ومعالجتها[3].

الفرع الثالث: مراحل إنشاء الكتابة الإلكترونية

تمر عملية إعداد الكتابة الإلكترونية بعدة مراحل تتم عن طريق استخدام جهاز الحاسوب. والتي من أهمها :

البند الأول: مرحلة تدوين الكتابة وحفظها

تضم هذه المرحلة ثلاث نشاطات فنية[4] :

أولا: إدخال البيانات

يتم ذلك بأن يقوم مستخدم الحاسوب بتغذيته بالبيانات المراد معالجتها عن طريق إدخال البيانات إلى ذاكرة الحاسوب، باستعمال لوحة المفاتيح في صورة حروف (أرقام، علامات أو رموز).

1 -عباس العبودي، المرجع السابق، ص117.
2 - سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص 178.
3 - عباس العبودي، المرجع السابق، ص 118.
4 - بلقاسم حامدي ، المرجع السابق، ص 183.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا: معالجة البيانات

تحتاج هذه العملية إلى برامج معالجة الكلمات والنصوص، فيقوم بإجراء بعض العمليات على البيانات المدخلة وفقا للتعليمات التي يتلقاها من المستخدم، لتظهر على شاشة الحاسوب مقروءة.

ثالثا: حفظ البيانات وتخزينها

الهدف هو المحافظة على البيانات المدخلة لاسترجاعها عند الحاجة، ويتم تخزينها وحفظها على أدوات تقنية معدة خصيصا لهذا الشأن مثل الأقراص المرنة والصلبة، فضلاً عن تخزينها على مواقع الويب.

البند الثاني: مرحلة إظهار الكتابة للاطلاع عليها

إظهار الكتابة يتم في صور وأشكال مختلفة تسمى المخرجات، وهي وحدات ملحقة بالحاسوب، والتي يمكن إنجازها على النحو التالي[1]:

أولا: شاشة الحاسوب

وحدة العرض المرئي لا تعد من قبيل الدعامة المعتد لها في الإثبات، لأن من أهم صفات الدعامة أن تؤدي إلى دوام الكتابة أو ثباتها، فهي إذن تقتصر على العرض فقط.

ثانيا: طباعة الكتابة على ورق

يرى بعض الفقه أن هذه الصورة من إظهار من هذه الكتابة قد تدعو إلى اللبس والخلط، فينظر إلى الكتابة المخرجة على الورق على أنها مجرد ورق تقليدي، بينما الحقيقة الفنية فهي مخزنة في ذاكرة الحاسوب.

ثالثا: مرحلة الإرسال والتبادل الإلكتروني للكتابة

يتم الإرسال بين الحواسيب بواسطة شبكة الأنترنت، فيكون على شكل صفحات إلكترونية تلمس من خلال مراحل تكوين الكتابة الإلكترونية، إلا أنها لا تختلف في طبيعتها عن كونها مجرد كتابة تعبر عن فكر وإرادة المتعاقدين، إنما الجديد هو وسيلة إنشائها، والدعامة التي تدون عليها المعلومات.

1 - بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 183.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني: شروط الكتابة الإلكترونية

يشرط في الكتابة عدة شروط حتى تؤدي وظيفتها القانونية في الإثبات، وهي أن تكون مشروعة؛ بحيث تدل على مضمون التصرف أو البيانات المدونة بالمحرر، وأن تكون مستمرة؛ وذلك بتدوين الكتابة على دعائم تحفظها بصورة مستمرة، بحيث يمكن لأطراف العقد أو أصحاب الشأن الرجوع إليها عند الضرورة، كما يشترط في الكتابة أيضاً أن تتضمن عدم التعديل في مضمونها؛ سواء بالزيادة أو الحذف، وذلك حتى تتمتع بالثقة والأمان من جانب المتعاقدين في مجال التجارة الإلكترونية، وتفصيل فيما يلي ذلك:

الفرع الأول: أن تكون الكتابة مقروءة

يشترط في الكتابة حتى تصبح كدليل إثبات أن تكون مقروءة، وأن تكون واضحة حتى يمكن فهمها، وإدراك محتواها، ويستوي في ذلك أن تكون على دعامة ورقية أو إلكترونية، أو أن يكون قد ثم تدوينها بحروف، أو بيانات، أو رموز[1] عبر وسائط إلكترونية بلغة الآلة المكونة من عبارات بين رقم صفر ورقم واحد، فلا يمكن قراءتها بشكل مباشر، إلا إذا تم ايصالها ببرامج لها القدرة على ترجمة لغة الآلة إلى اللغة المقروءة للإنسان، ومهما يكن من أمر فإن الكتابة الإلكترونية يمكن قراءتها بشكل واضح ومفهوم باستخدام الحاسب الآلي[2].

اهتمت التشريعات المختلفة التي نصت على الكتابة الإلكترونية وتنظيمها بالتأكيد على هذا الشرط، ففي قانون الأونسيترال لعام 1996 نصت المادة 6 منه على أنه: " عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو تتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا".

اهتم قانون الأونسيترال بمبدأ التعادل الوظيفي، وفي سبيل تحقيق ذلك فقد أخذ أحد اشتراطات الكتابة التقليدية، وقررها على الكتابة الإلكترونية المكونة للمحرر الإلكتروني بأن يكون مقروءا، وهو ما يمثل الحد الأدنى من الاشتراطات التي تتطلبها القوانين الداخلية للدول في الكتابة، وهذا الشرط يمثل معياراً موضوعياً يتمثل في أن المعلومات الواردة في رسالة البيانات يجب أن تكون في المتناول حتى يتسنى استخدامها[3].

---

1 - يوسف حسن يوسف، المرجع السابق، ص 87.

2 - فيصل الشوابكة، " النظام القانوني للعقد الإداري الإلكتروني"، **مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية**، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، المجلد: 21، العدد: 2، سنة 2013، ص 352.

3 - محمد محمد سادات، **حجية المحررات الموقعة إلكترونيا في الإثبات -دراسة مقارنة**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015، ص ص 197 - 198.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لم ينص المشرع الجزائري على هذا الشرط عندما تعرض لشرط الكتابة الإلكترونية، بل أشار له بطريقة غير مباشرة عندما عرف الكتابة في نص المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري ، إذ يتضح هذا الشرط في تأكيد المشرع على أن تكون الرموز أو الحروف أو غيرها من عناصر الكتابة ذات معنى مفهوم ؛ أي يمكن لأي طرف معرفة المقصود منها بشكل واضح، ولا يدع مجالا للشك، مهما كانت الدعامة وطرق الإرسال لها[1].

اشترط المشرع الفرنسي أن تكون الحروف والأشكال المكونة للدليل الذي سيقدم للإثبات أمام القضاء ذات دلالة مفهومة ومنطقية، ويسري الأمر على الدليل الإلكتروني أو الدليل الكتابي، وذات الأمر أكد عليه المشرع المصري عندما عرف الكتابة الإلكترونية، حيث أكد على وجوب أن تعطي الحروف، أو الأرقام، أو غيرها دلالة قابلة للإدراك[2].

وبذلك فقد أكدت مختلف هذه النصوص على أن تكون المعلومات المدونة منشأة بالشكل الذي يمكن من قراءتها والاطلاع عليها، في أي مرحلة كانت سواء عند إنشائها لأول مرة، أو عند استرجاعها بعد حفظ المحرر الإلكتروني[3].

الفرع الثاني: استمرارية الكتابة ودوامها

حتى تحقق الكتابة وظيفتها في الإثبات يجب أن تكون على وسيط يمنح ثبات الكتابة عليه وديمومتها، ليمكن العودة إلى المستند عند الحاجة وهذا الحاصل في المستند الورقي[4]، وكذا في الدعامة الإلكترونية ؛ مثل حفظها على ذاكرة الحاسوب أو الأقراص الممغنطة، أو البريد الإلكتروني[5].

قد يبدو للوهلة الأولى أن هذه الصفة تتوافر في الكتابة الإلكترونية نظراً لأن الدعائم الإلكترونية التي تحفظ الكتابة تتصف بالحساسية[6]، حيث تكون معرضة للتلف السريع عند أدنى اختلاف في التيار الكهربائي، أو الاختلاف الشديد في درجة حرارة تخزين هذه الوسائط، إلا أنه قد تم السيطرة على هذه الصعوبات الفنية، وتم تجاوزها، وذلك

1 - زروق يوسف، المرجع السابق، ص 178.
2 - محمد محمد سادات، المرجع السابق، ص 198 -199.
3 - المرجع نفسه، ص 199.
4 - بشار طلال المومني، المرجع السابق، ص 103.
5 - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 200.
6 - المرجع نفسه، ص 200.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عن طريق استخدام أجهزة متطورة، ووسائط أكثر قدرة على الاحتفاظ بالمعلومات لمدة تفوق قدرة الأوراق العادية التي قد تتأثر بدورها بعوامل الزمن[1].

وقد أشار إلى ذلك قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الالكترونية في المادة 6فقرة 1 بقوله: "عندما يشترط القانون أن تكون المعلومة مكتوبة تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسير الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً"، وتعني عبارة "إذا تيسر الاطلاع" في النص الوارد بقانون الأونسيترال سالف الذكر، ضرورة أن تكون المعلومات المقدمة في شكل بيانات حاسوبية مقروءة وقابلة للتفسير، أما عبارة "على نحو يتيح استعمالها" فيقصد بها الاستخدام البشري والآلي[2].

كما أولى القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية انتباهاً خاصاً بالوظائف التي تؤديها تقليدياً أنواعاً مختلفة من الكتابات في بيئة تعتمد على الورق، فتبين مجموعة من الوظائف غير الحصرية التي تجعل القوانين الوطنية تشترط استعمال الكتابة؛ منها كفالة أن يكون المستند مقروء للجميع، وكفالة بقاء المستند بلا تحريف بمرور الزمن، وأن يوفر سجلاً دائماً للمعاملة ...إلخ[3].

كما تطلب المشرع التونسي في الكتابة الإلكترونية أن تكون مستمرة بحيث يمكن استخدامها بمجرد الاطلاع عليها طيلة مدة صلاحيتها، فنص الفصل الرابع من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية على أنه: " يلتزم المرسل بحفظ الوثيقة الإلكترونية في الشكل المرسلة به، ويلتزم المرسل إليه بحفظ هذه الوثيقة في الشكل الذي تسلمها به، ويتم حفظ الوثيقة الإلكترونية على حامل إلكتروني يتيح الاطلاع على محتواها طيلة مدة صلاحيتها، وحفظها في الشكل النهائي بصورة تضمن سلامة محتواها، وحفظ المعلومات الخاصة بمصدرها ووجهتها وكذا مكان وتاريخ إرسالها أو استلامها"[4].

ووفقاً للمادة الثامنة من القانون الأردني رقم 85 سنة 2001 بشأن المعاملات الإلكترونية، وكذا المادة الثامنة من القانون الإماراتي رقم 6 لسنة 2006 بشان المعاملات والتجارة الإلكترونية، إشترطت كلا من المادتين أن تكون

1 -أنظر كلا من:

- رغد فوزي عبد، "الشكلية في العقد الإلكتروني(شرط للانعقاد أم للإثبات)"، **مجلة الكلية الإسلامية الجامعة**، الكلية الإسلامية الجامعة، النجف الأشرف، العراق، العدد: 33، 2015، ص547.

-حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ص 21 - 22

2 - بشار طلال المومني، المرجع السابق، ص 104.

3 - المرجع نفسه، ص 104.

4 - الفصل الرابع من القانون رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الكتابة قابلة للاحتفاظ والاستمرارية على الدعامة الإلكترونية دون تعديل أو تغيير في مضمونها ومحتواها؛ كشرط للاعتداد بها والاحتجاج بها في الإثبات[1].

نص المشرع الجزائري على شرط الحفظ في المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني، حيث أكد على أن تكون الكتابة معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، ولكنه لم ينص على قابلية الكتابة للاسترجاع عند الحاجة إليها، ويفهم من خلال اشتراطه الحفظ للكتابة في وسائط أو ضمن طرق تضمن سلامتها واستمرارها، بحيث يمكن الرجوع إلها في وقت آخر.

كما نص المشرع الفرنسي على هذا الشرط في قانون الاستهلاك، حيث تنص المادة 2 -134 والمضافة بموجب القانون رقم 575 لسنة 2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي على أنه :" إذا تم إبرام العقد بطريقة إلكترونية، وكانت قيمته تساوي أو تجاوز النصاب القانوني الذي يحدده مرسوم يصدر عن مجلس الدولة، يلتزم المتعاقد بحفظ السند المثبت للتعاقد لمدة يحددها كذلك هذا المرسوم، كما يجب أن يضمن المهني للطرف المتعاقد معه الدخول لهذا السند في أي وقت شاء"[2].

وقد صدر المرسوم المذكور عن مجلس الدولة الفرنسي تحت رقم 137 في 16 فيفري 2005، وقد حدد القيمة بمبلغ 120 أورو، كما حدد مدة حفظ الكتابة الإلكترونية بعشر سنوات (10) تبدأ من تاريخ إبرام العقد في العقود التي يكون التنفيذ فيها فوريا، أما إذا تأخر التنفيذ إلى ما بعد إبرام العقد، فتحسب المدة من وقت تسليم المال أو تنفيذ الأداء، ويتبين من موقف المشرع الفرنسي حول حفظ الكتابة أنه يكفي ضمان الموثوقية والأمان فيها[3].

وتعد مسألة حفظ الكتابة واسترجاعها أمر تقني بحت، ويظهر هذا جلياً من خلال العديد من الوسائل والبرامج وكذلك الوسائط الإلكترونية التي تضمن حماية وحفظ الكتابة، وتمكن من العودة إليها بسهولة، مما يحد من عملية اختراقها والتلاعب بمحتوياتها وتغييرها[4]، ونذكر من أهم هذه الطرق[5]:

-الحفظ على أقراص ممغنطة، وكذلك على البريد الإلكتروني، وهذه الوسائل لها القدرة على حفظ الكتابة الإلكترونية، وتضمن سلامة استرجاعها في أي وقت ممكن.

1 -أحمد عزمي الحروب، المرجع السابق، ص 60.

2 - عايد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص 63.

3 - المرجع نفسه، ص 63.

4 - زروق يوسف، المرجع السابق، ص 185.

5 - زروق يوسف، "مكانة الكتابة الإلكترونية في الإثبات -دراسة مقارنة، **مجلة المعيار**، المركز الجامعي - تيسمسيلت، العدد: 06، ديسمبر 2012، ص 260.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- الحفظ عن طريق برنامج: (PDF)، وهو برنامج يتعلق بالحاسب الآلي يحول الكتابة الإلكترونية التي تكون على شكل (Word)، والتي يسهل تغييرها والتلاعب بمحتواها إلى نمط لا يمكن المساس بها.

- حفظ الكتابة من طرف جهات التصديق الإلكتروني، إذ تقوم هذه الأخيرة بعملية حفظ البيانات والمعلومات الإلكترونية المتعلقة بشهادات التصديق أو التوثيق التي يصدرونها، وذلك لمدة مناسبة تتلاءم مع مدة تقادم التصرف الثابت بشهادة التصديق، وهذه الطريقة من شأنها أن تضفي على الكتابة الإلكترونية درجة عالية من الأمان والاحتفاظ بالمعلومات المدونة لأطول فترة ممكنة، فوظيفة مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني لا تقتصر فقط على التصديق على المحررات الإلكترونية، وإنما يخول إليهم وظيفة الاحتفاظ بهذه البيانات، والمعلومات لمدة معينة[1].

كما يمكن حفظها أيضاً عن طريق صناديق إلكترونية يتعذر فتحها إلا بالمفتاح الخاص الذي تشرف عليه سلطة معتمدة من قبل الدولة، مما ينجم عنه إتلاف الوثيقة المحفوظة أو محتواها إذا ما تمت محاولة تعديلها[2].

الفرع الثالث: أن تكون الكتابة الإلكترونية ثابتة وغير قابلة للتعديل

يشترط المشرع المصري في الكتابة حتى تصلح كدليل للإثبات، أن تكون خالية من العيوب التي تؤثر في صحتها كالشطب، والمحو، والحشر[3]، فإن وجد شيء من هذا فإن للمحكمة أن تقدر ما يترتب على هذه العيوب من إسقاط قيمتها في الإثبات أو إنقاصها[4]، ولها من تلقاء نفسها أن تدعو الموظف الذي صدر عنه أو الشخص الذي حرره ليبدي ما يوضح حقيقة الأمر[5]، وبذلك فالكتابة التقليدية تستلزم سلامتها من العيوب المادية، وقد يبدوا لأول وهلة أن هذا الشرط لا ينطبق إلا على هذه الأخيرة، حيث أنها تتم في وسط مادي يمكن أن يكشف هذه التعديلات[6]، على خلاف الكتابة الإلكترونية التي لا تتمتع بهذه الصفات، لأنها قابلة للمحو والتعديل دون ترك أثر ملحوظ يكشف التلاعب بها، لاسيما إذا قام بذلك متخصص في الحاسب والمعلوماتية[7]، وبالرغم من أنها تكون على وسيط غير مادي، إلا أن نظم المعلومات الحديثة بما تتيحه من تقنيات متطورة يمكن لها أن تكشف عن أي تعديل في البيانات

1 - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 200.

2 - ناهد فتحي الحموري، **الأوراق التجارية الإلكترونية -دراسة تحليلية مقارنة**، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 75.

3 - بشار طلال المومني، المرجع السابق، ص 105.

4 - ميكائيل رشيد علي الزيباري، المرجع السابق، ص 283.

5 - بشار طلال المومني، المرجع السابق، ص 105.

6 - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 202.

7 - عباس العبودي، المرجع السابق، ص 144.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الإلكترونية، وأن تحدد بدقة البيانات المعدلة وتاريخ تعديلها[1]، مما يؤدي إلى إضعاف قيمتها هي الأخرى في الإثبات مقارنة بالكتابة الورقية التي يلتزم القاضي بقبولها بوصفها دليل كاملا متى كانت موقعة من أطرافها، وهذه الحقيقة تؤدي إلى إضعاف الثقة بالمستندات الإلكترونية[2]، لذلك يرى جانب من الفقه بوجوب تدخل المشرع بالنص صراحة على التكنولوجيا المعتمدة في تأمين بيانات الكتابة الإلكترونية، لتجعلها تستوفي شرط عدم القابلية للتعديل، ودون الحاجة إلى تدخل القاضي في تقدير مدى توفر هذا الشرط، وكما يجب الاستعانة بالخبراء المختصين[3].

من خلال ما سبق يتبين أن الكتابة الإلكترونية تستجيب للشروط المتطلبة في الدليل الوقي، مما يجعلها دليلاً يُعّول عيله في الإثبات، إذا أنها تدل على وجود التصرف القانوني، وتحديد مضمونه؛ بما يسمح للأطراف الرجوع إليه في حالة نشوب نزاع.

المطلب الثالث: حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات

تحتل الكتابة المرتبة الأولى في أدلة الإثبات، لما لها من أهمية بالغة في إثبات التصرفات القانونية، فضلاً عن دورها في إنشاء التصرف؛ كونها ركن فيه، إذ بتخلفها يبطل التصرف، ويعتبر كأن لم يكن، والكتابة إما تقليدية تثبت على وسط مادي كالورق، وإما إلكترونية تثبت على دعامة إلكترونية، ومهما كانت الدعامة التي تثبت عليها الكتابة فالمهم هو إمكانية استخدامها بالاطلاع عليها لاحقاً.

ظهرت الكتابة الإلكترونية نتيجة لظهور المعاملات الإلكترونية التي تبرم عن بعد باستخدام تقنيات الاتصال الحديثة، إذ برز دورها في إثبات هذا النوع الجديد من المعاملات، التي أصبحت وسائل الإثبات التقليدية لا تتلاءم مع طبيعتها الإلكترونية، فبوجود الكتابة الإلكترونية يثبت التصرف، ويحل النزاع بين طرفيه، الأمر الذي جعلها كأداة لحماية المتعاقدين، وبخاصة المستهلك؛ باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وحتى تقوم الكتابة الإلكتروني بهذا الدور يجب أن تكون مقروءة، ومستمرة، وثابتة غير قابلة للتعديل، وبمجرد استيفائها لهذه الشروط فإنها تتساوى في الحجية مع الكتابة التقليدية، وهو المبدأ الذي تبنته، ونصت عليه مختلف التشريعات الدولية والوطنية.

على الرغم من إعطاء الكتابة الإلكترونية حجية في الإثبات، إلا أنه قد يصادفها وجود دليل كتابي تقليدي يتعلق بذات التصرف، ما يطرح إشكالية التنازع بين الأدلة الكتابية، الأمر الذي يفتح الباب أمام سلطة القاضي التقديرية في الترجيح بين الأدلة المتنازعة.

1 - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 202.

2 - عباس العبودي، المرجع السابق، ص ص 144 -145.

3 - حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 25، وأيضا صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص 244.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

للتفصيل في ذلك كله نقسم هذا المطلب لفرعين، نتطرق في الفرع الأول منه لدراسة مبدأ التكافؤ الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية ، و التنازع بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مبدأ التكافؤ الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية

وهو يعني المساواة بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة في الشكل التقليدي في الحجية، وفي قوة الدليل المستمد منها؛ طالما استطاعت أن تؤدي الوظيفة التي يتطلبها المشرع، وأن يتم تدوينها وحفظها بطريقة تضمن سلامتها، وفي ظروف جديرة بالحفظ على قوامها من التحريف أو التعديل[1].

وفي ذلك تدخلت التشريعات لتنظيم مسألة المساواة بين الكتابة الخطية والإلكترونية، وهو ما يؤدي إلى الاعتراف بحجية هذه الأخيرة، واعتبارها دليلاً كاملاً في الإثبات، ومن ذلك ما نصت عليه المادة (1316 -1 مضافة) من التقنين المدني الفرنسي أنه: " تتمتع الكتابة الإلكترونية بنفس الحجية المعترف بها للمحررات الكتابية في الإثبات، شريطة أن يكون بالإمكان تحديد الشخص مصدرها على وجه الدقة، وأن يكون تدوينها وحفظها قد يتم في ظروف تدعو إلى الثقة"، ويتبين من هذه المادة أن المشرع الفرنسي قد أولى اهتمامه بوظيفة الكتابة، وذلك بصرف النظر عن الوعاء الذي تتضمنه هذه الكتابة، إذا المهم قيام الكتابة بأداء المهام القانونية المناطة بها دون قيد أو شرط، سوى شرط واحد تمثل في ضرورة أن تعبر الكتابة عن فكرة مفهومة، معبرة، وذات دلالة ممكنة الإدراك، واستنادا لذلك فإن للفرد الاحتجاج أمام المحكمة بالكتابة الإلكترونية إن كانت مخزنة في ذاكرة الحاسوب، لأنها تعد من قبيل الأدلة الكتابية التي يمكن الإسناد عليها في الإثبات[2].

كما نص قانون التجارة الإلكترونية البحريني في المادة (2/5) على مبدأ التكافؤ الوظيفي ما بين الكتابة الإلكترونية والخطة، إذا نصت هذه المادة على أنه: " إذا أوجب القانون أن تكون المعلومات ثابتة بالكتابة، ..... فإن ردود المعلومات في سجل إلكتروني يفي لمتطلبات هذا القانون"، ومن النص يتضح أن المشرع البحريني هو الآخر اعترف بحجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات، ذلك أنه اعتبر السجل الإلكتروني مستوفياً لمتطلبات الكتابة إذا كانت المعلومات التي يتضمنها السجل الإلكتروني قابلة للدخول إليها واستخراجها لاحقا عن طريق البث أو الطباعة أو غير ذلك[3].

1 - ثروت عبد الحميد، **التوقيع الإلكتروني**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص ص 177 -178.
2 - عباس العبودي، المرجع السابق، ص ص 121 -122.
3 - المرجع نفسه ، ص 135.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ساوى المشرع المصري هو الآخر بين حجية الكتابة الخطية والكتابة الإلكترونية، إذا نصت المادة 15 من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني على أن: " للكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية ذات الحجية للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية"، ويتضح من هذا النص أن المشرع المصري أقر للكتابة الإلكترونية حجية مساوية في قيمتها الثبوتية للحجية المقررة للكتابة المنصوص عليها في أحكام قانون الإثبات[1]، وذلك متى استوفت للشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون، حيث نصت المادة 8 منه على أنه: " مع عدم الإخلال بالشروط المنصوص عليها في القانون تتحقق حجية الإثبات المقررة للكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية الرسمية والعرفية لمنشئها إذ توافرت الضوابط الفنية والفنية الآتية[2]:

أ/ أن يكون متاحاً فنياً لتحديد وقت وتاريخ إنشاء الكتابة الإلكترونية أو المحررات الإلكترونية الرسمية أو العرفية، وأن تتم هذه الإتاحة من خلال نظام حفظ إلكتروني مستقل، غير خاضع لسيطرة منشئ هذه الكتابة، أو تلك المحررات، أو لسيطرة المعني بها.

ب/ أن يكون متاحاً فنياً تحديد مصدر إنشاء الكتابة الإلكترونية أو المحررات الإلكترونية الرسمية أو العرفية ودرجة سيطرة منشئها على هذا المصدر وعلى الوسائل المستخدمة في إنشائها.

ج/ في حالة إنشاء وصدور الكتابة الإلكترونية أو المحررات الإلكترونية الرسمية أو العرفية بدون تدخل بشري، جزئي أو كلي، فإن حجيتها تكون متحققة متى أمكن التحقق من وقت وتاريخ إنشائها، ومن عدم العبث بهذه الكتابة، أو المحررات".

يتضح من ذلك أن المشرع المصري كان أكثر توسعاً في الأخذ بمبدأ التكافؤ الوظيفي، حيث جعل مكانة المحرر أو الكتابة الإلكترونية بنفس مكانة الكتابة الرسمية والعرفية في مجال المعاملات التجارية أو المدنية، مما يفتح الباب واسعاً أمام التعامل بالكتابة الإلكترونية[3].

وقد أقر هذا المبدأ أيضاً في قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية، حيث جاء في مادته 9 أنه: " إذا اشترط القانون أن يكون خطياً أي بيان أو مستندا أو سجل أو معاملة أو بينة أو نص على ترتيب نتائج معنية في غياب ذلك المستند أو السجل الإلكتروني يستوي هذا الشرط طالما تم الالتزام بأحكام الفقرة 1 من المادة السابقة"، وجاء في

1 - عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 170.

2 - المرجع نفسه، ص ص 170 - 171.

3 - زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات الحديثة، المرجع السابق، ص 194.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفقرة 1 من المادة 8 المشار إليها أنه اذا اشترط القانون حفظ مستندا أو سجل أو معلومات لأي سبب فإن هذا الشرط يتحقق عندما يتم حفظ ذلك المستند أو السجل أو المعلومات في شكل سجل إلكتروني شريطة مراعاة ما يلي :

- بقاء المعلومات محفوظة على نحو تتيح استخدامها والرجوع إليها لاحقا.
- حفظ المعلومة إن وجدت التي يمكن من استبانة منشأ الرسالة الإلكترونية جهة وصولها تاريخ ووقت إرسالها واستلامها.

لقد كان هذا القانون صريحاً في إعطاء القوة القانونية للمحررات والمستخرجات الإلكترونية، ومعاملتها بمثل معاملة الوثيقة الورقية في الإثبات وفي تحقيق شرط الكتابة[1]، وفي هذا الصدد أيضاً حين المشرع المغربي مقتضيات القانون المدني في باب الإثبات، واعترف قانونياً بالوثيقة الإلكترونية، ووفق هذا التعديل أعطى للوثيقة الإلكترونية نفس القوة القانونية التي تتمتع بها الوثائق الكتابية العادية، وذلك بمقتضى القانون 53/05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، وبمقتضى هذا التعديل أضيف الفصل 1 -2 الذي نص في فقرته على أنه: "عندما يكون الإدلاء بالمحرر مطلوبا لإثبات صحة وثيقة قانونية، يمكن إعداد هذا المحرر وحفظه بشكل إلكتروني"، أما الإضافة الثانية فقد شملت الفصل 1 -417 الذي جاء في فقرته الأولى أنه: " تتمتع الوثيقة المحررة على دعامة إلكترونية بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المحررة على الورق"[2].

ومن التشريعات العربية الأخرى التي أثارت مسألة الاعتراف بحجية الكتابة الإلكترونية ومساواتها وظيفيا بالكتابة الخطية التشريع الأردني رقم 37/ سنة 2000، الذي عدّل قانون البيانات الذي نص فيه على حجية المحررات الإلكترونية وجعلها مساوية لحجية المحررات العرفية[3]، وفي ذلك نصت المادة 13 منه على أن:

أ/ تكون الرسالة الفاكس والتلكس والبريد قوة الأسناد العادية في الإثبات.

ب/ وتكون رسائل التلكس بالرقم السري المتفق عليه بين المرسل والمرسل إليه حجة على كل منهما.

ج/ وتكون لمخرجات الحاسوب المصدقة أو الموقعة قوة الأسناد العادية من حيث الإثبات، مالم يثبت من ينسب إليه أنه لم يستخرجها أو لم يكلف أحد باستخراجها.

1 - عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 138.

2 - مولاي حفيظ علوي قاديري، المرجع السابق، ص ص 56 -57..

3 - عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 171.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بهذا النص يكون المشرع الأردني من التشريعات التي هدفت لتنظيم الأدلة الإلكترونية، حيث أعطتها حجية متميزة في الإثبات وجعلتها مساوية للسندات العادية في الإثبات[1]، رغم أنه لم يوضح المقصود بالمخرجات؛ فيما إذا كانت ورقية أو إلكترونية، وخلط بين الكتابة والدعامة التي ترتكز عليها، ولم يميز بين الكتابة الإلكترونية والكتابة الخطية، فالفاكس يكتب بخط اليد أو الآلة الطابعة على دعامة ورقية، بينما يكتب التلكس والبريد الإلكتروني إلكترونياً وعلى دعامة إلكترونية، كما لم يوضح المقصود من عبارة المخرجات الموقعة؛ فيما إذا كانت موقعة يدوياً أو إلكترونياً[2].

وحتى يواكب المشرع الأردني ذلك أصدر قانون جديد هو قانون المعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001، نص فيه على المساواة بين المحررات الإلكترونية والمحررات التقليدية، إذ نصت المادة 17 منه على أن: " الرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني منتجا للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلتزامها لأطرافها أو صلاحياتها في الإثبات"، وبذلك أخذ المشرع الأردني بما أخذت به التشريعات المتطورة، وذلك انسجاماً مع التطور الذي وصلت إليه تكنولوجيا وسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، فأعطى للسندات الإلكترونية أيا كان شكلها؛ سواء كان سجلاً أو عقداً أو رسالة أو كتابة إلكترونية حجية مساوية لحجية السندات الكتابية[3].

كما أكد قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي على المساواة بين الوثيقة الإلكترونية والإمضاء في شكلهما الإلكتروني مع نظائرهما من الوثائق والإمضاءات الكتابية[4]، فنص في الفصل الرابع منه على أنه: " يعتمد قانون حفظ الوثيقة الإلكترونية كما يعتمد حفظ الوثيقة الكتابية، ويلتزم المرسل إليه بحفظ هذه الوثيقة بالشكل الذي تسلمها به ويتم حفظ الوثيقة الإلكترونية على حامل إلكتروني يتيح الاطلاع على محتواها طيلة مدة صلاحيتها وحفظها في الشكل النهائي بصفة تضمن سلامة محتواها وحفظ المعلومات الخاصة بمصدرها ووجهتها وكذلك تاريخ ومكان إرسالها واستلامها"[5]، ومن نص المادة يتضح أن المشرع التونسي قد أعطى للعقود الإلكترونية المحررة إلكترونياً الحجية القانونية المقررة للعقود الخطية، وذلك متى استجمعت الشروط المتطلبة لذلك بأن تكون مدونة على دعامة إلكترونية ومحفوظة بشكل يضمن سلامتها، إضافة إلى إمكانية تدليلها على هوية مصدرها.

1 - عباس العبودي، المرجع السابق، ص130.
2 -عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص ص 191 -192.
3 - عباس العبودي، المرجع السابق، ص 131.
4 - المرجع نفسه ، ص 132.
5 - الفصل 4 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

حذى المشرع الجزائري حذو باقي التشريعات السابقة الذكر، فنص في المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني على أنه: " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

يتضح من نص المادة أن المشرع الجزائري قد أقر بالمساواة القانونية بين الكتابة الإلكترونية والكتابة الخطية الإثبات، ولكن بشرط أن تدل على محرر الكتابة الذي تنسب له، وضرورة حفظها وفق مقاييس تقنية من شأنها أن تضمن سلامتها.

أما بالنسبة لقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، فقد أكد على ضرورة الاحتواء التشريعي لتنظيم الإثبات بالسندات الإلكترونية، وعدم ترك المسألة للاجتهاد القضائي، وهو تم عرضه على الجمعية العامة بتاريخ 1996/12/16، والتي وافقت عليه، فيؤكد هذا القانون في مطلعه: " أن الجمعية العامة للأمم المتحدة إذ تلاحظ أن عدداً متزايداً من المعاملات في التجارة الدولية يتم عن طريق التبادل الإلكتروني للبيانات، وإذ تشير إلى التوصية التي اعتمدتها اللجنة، وذلك بغية تأمين الضمان القانوني في سياق استخدام التجهيز الآلي للبيانات، واقتناعاً منها بأن وضع قانون نموذجي ييسير استخدام التجارة الإلكترونية، ويكون مقبولاً لدى الدول ذات الأنظمة القانونية، والاجتماعية، والاقتصادية المختلفة، ويمكن أن تسهم نحوها في تنمية التجارة الإلكترونية سيساعد على نحو هام جميع الدول في تعزيز تشريعاتها التي تنظم بدائل الأشكال الورقية، وتوصي بأن تولي جميع الدول اعتبارها لهذا القانون عندما تقوم بسن قوانينها أو تعديلها"[1].

كما تضمنت المادة (9) فقرة (2) من القانون النموذجي النص التالي: "يعطى للمعلومات التي تكون على شكل رسالة بيانات ما تستحقه من حجية في الإثبات"، وبالتالي يمكن القول أن قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي اعتمدته لجنة القانون التجاري الدولي، قد اعترف بحجية السندات الإلكترونية كدليل كامل في الإثبات[2].

كما يستهدف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي أصدرته منظمة الأمم المتحدة لعام 1996 إزالة العقبات القانونية التي تحول دون استخدام المحررات الإلكترونية كوسيلة للإثبات في المعاملات والعقود الدولية، تلك

1 - رغد فوزي عبد، المرجع السابق، ص ص 555 -556.

2 - أنظر كلا من:

-صفاء فتوح وجمعة فتوح، المرجع السابق، ص ص 249 -250،

- رغد فوزي عبد، المرجع السابق، ص 556.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

العقبات التي نتجت عن الاشتراطات التقليدية لقواعد الإثبات القائمة ؛ مثل اشتراط وجود أو تقديم مستندات مكتوبة وموقعة يدوياً ، وتحقيقاً لهدفه انطلق القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية في العديد من قواعده إلى مبدأ أساسي قوامه المعاملة المتساوية بين رسائل البيانات الإلكترونية أو المحررات الإلكترونية والمستندات الورقية ، وبمدى قيامها بوظائف المستند الوقي من حيث قراءته ، وفهمه ، أو استنساخه ، واحتفاظه الدائم بمادياته الأصلية ، فإذ استوفت البيانات الإلكترونية **مثلاً** الوظائف الأساسية لاشتراطات الشكل الورقي فإنها تحصل على نفس القيمة القانونية للمستند الورقي[1].

وقد عمد واضعو القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام 1996 في التغلب على اشتراطات الكتابة التقليدية في قواعد الإثبات القائمة ، إلى توسيع نطاق مفهوم عناصر الدليل الكتابي والتوقيع والصورة الأصلية على نحو يجعلها تشمل نظائره في تقنيات الاتصال الإلكتروني بين الحواسيب الآلية ، وعلى هذا الأساس أخذ القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام 1996 بمبدأ النظير والمعادل الوظيفي ، أي معاملة مخرجات أجهزة الاتصال الإلكترونية معاملة المستندات الورقية ما دامت الأولى تؤدي نفس وظيفة الثانية في الإثبات بنفس مستوى الأمن الذي توفره ، خاصة وأن الأولى توفر في معظم الحلات درجة أكبر من الموثوقية والسرعة[2].

وفي هذا الصدد قامت المجموعة الأوروبية بإصدار التوجيه الأوروبي رقم 93 -1999 بتاريخ 199/12/31 بشأن التوقيع الإلكتروني ، بهدف تنسيق التدخل التشريعي في الدول الأعضاء بشأن قبول السندات الإلكترونية كدليل كامل في الإثبات ، واستلهم المشرع الأوروبي الإطار العام للتدخل التشريعي في شأن تنظيم الإثبات في هذا المجال من القانون النموذجي الموحد للتجارة الإلكترونية السالف الذكر ، الذي جاء على أساس التساوي الوظيفي بين المحرر الإلكتروني والأدلة الكتابية الكاملة إذا كان التوقيع موثوقاً ، وكان المحرر يتميز بالشروط التي ذكرناها ؛ أي أن السند الإلكتروني يعد قرنية قانونية بسيطة في الإثبات ، ولكي يتم قبوله دليلاً كاملاً يشترط أن يتم اعتماده بشهادة متخصصة ، بذلك يكون التوجيه الأوروبي قد اعترف بحجية السندات الإلكترونية ، واعتبارها دليلاً كاملاً في الإثبات في حال ما توفرت فيه الشروط القانونية التي نص عليها التوجيه[3].

1 - صفاء فتوح جمعة فتوح ، المرجع السابق ، ص 249.
2 - المرجع نفسه ، ص 249 -250.
3 - رغد فوزي عبد ، المرجع السابق ، ص ص 556 -557.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني: التنازع بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق

لم تكن مسألة تنازع أدلة الإثبات مثارة قبل ظهور المحررات الإلكترونية، فقانون الإثبات لم يكن يعترف إلا بالكتابة؛ التي تكون على دعامة ورقية أو مادية، فلم يكن من المتصور حدوث تنازع بين أدلة الإثبات الكتابية فيما بينها، فلكل منها قوتها الثبوتية، ودرجتها المحددة قانوناً، إذ تأتي المحررات الرسمية باعتبارها الأقوى، ثم الكتابة العرفية المعدة للإثبات، فالمحررات العرفية غير المعدة للإثبات، ولكن بظهور الكتابة الإلكترونية؛ والتي تختلف في طبيعتها عن الوثائق الكتابية، وتوازيها في قوتها الثبوتية، أصبح من الممكن حدوث النزاع فيما بينها، مما يجعل الفصل في هذا التنازع أمراً ضرورياً، فلو أبرام عقد ما؛ سواء بطريقة تقليدية أو إلكترونية، ووقع نزاع، فتمسك أحد الأطراف بالوثيقة الورقية، بينما تمسك الآخر بالوثيقة الإلكترونية المعدة للإثبات[1]، فأي الدليلين أرجح؟

لم يكن هذا الأمر مطروحاً في ظل نظام الإثبات التقليدي، حيث فرضت الكتابة على دعامة ورقية هيمنتها، وتصدرت طرق الإثبات الأخرى، لذلك لم يكن من المتصور قيام تنازع فيما بين الكتابة وأدلة الإثبات الأخرى[2]، فلكل منها قوتها الثبوتية، ودرجتها المحددة قانوناً، فكانت المحررات الرسمية الأقوى ثم الكتابة العرفية المعدة للإثبات فالمحررات العرفية غير المعدة للإثبات[3]، ولكن في ضوء قواعد الإثبات الجديدة، والتي تعترف بالحجية لأنواع أخرى من الكتابة، بصرف النظر عن التقنية أو الوسيلة المستخدمة، فإن احتمال قيام تنازع بين الأنواع المختلفة للكتابة يصبح أمراً وارداً، كما إذ لم يكتف أحد الأطراف بتبادل التعبير عن الإرادة بالإيجاب والقبول عبر وسيط إلكتروني، وقام بإرسال خطاب بريدي ليمل الإيجاب الصادر منه أو يعلن قبوله للإيجاب الذي تلقاه من الطرف الآخر، فإذا كان هناك خلاف بين التعبير عن الإرادة في رسالة مكتوبة، يجب على القاضي الفصل في هذا التنازع وفقا لمعايير موضوعية[4].

البند الأول: سلطة القاضي في الترجيح بين الأدلة والكتابة

إذا كان دور القاضي في الإثبات يقتصر على تلقي الأدلة التي يتقدم بها الخصوم، أو بمعنى آخر أنه لا يجوز للقاضي أن يساهم في جمع الأدلة أو أن يستخدم دليلا غير مقدم من أحد الخصوم، فإن له سلطة واسعة في موازنة الأدلة المقدمة إليه دون تبيان ترجيحه لدليل معين على دليل آخر[5].

1 - مناني فراح، المرجع السابق، ص 182 -183.
2 - ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 181.
3 - مناني فراح، المرجع السابق، ص 182.
4 - ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص ص 181 -182.
5 - عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص ص 207 -208.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

نصت المادة 1316 -2 من القانون المدني الفرنسي على أنه : " متى لم يكن القانون قدد حدد مبادئ أخرى ومع وجود اتفاق صحيح بين الأطراف فإن القاضي يسوي منازعات الدليل الكتابي بفعل تحديده للدليل الأقرب إلى الحقيقة بالوسائل كافة دون النظر إلى الدعامة"، ولقد استخلصت هذه الفقرة من مشروع القانون المقدم من جماعة القانون والعدالة، ولم يأخذ بها مجلس الدولة إلا أن وزيرة العدل أنداك رأت أنه من الملائم الأخذ بها، لكن بإضافة عبارة إليها هي "دون النظر إلى الدعامة" وذلك لتجنب وقوع أي غموض[1].

البند الثاني: ضوابط إعمال سلطة القاضي في الترجيح بين الأدلة الكتابية

عهد المشرع الفرنسي مهمة فض التنازع بين الأدلة الكتابية بشقيها الورقي والإلكتروني إلى القاضي، ويتعين على هذا الأخير في حالة حدوث تنازع بين الأدلة الكتابية أن يسوي المسألة في ضوء ما يستخلصه من المحررات الكتابية المقدمة إليه، دون أن يراعي في تقديره طبيعة الدعامة المستخدمة في تقديم هذه المحررات[2].

وتبعاً لذلك فإن المحرر أو الدليل الأكثر مصداقية في جعل الحق المدعى به أقرب إلى الحقيقة ملزما للقاضي، ويتعين الاستعانة به للفصل في النزاع المعروض عليه[3]، وقد تركت له سلطة تقديرية واسعة في تحديد ذلك، فهو الذي يرجح وسيلة إثبات دون أخرى بغض النظر عن الدعامة ؛ ورقية كانت أو إلكترونية[4].

كما أن المشرع الفرنسي أعطى أطراف التصرف حرية الاتفاق على تقديم دعامة على أخرى في حال أن نشب نزاع بينهما، فقد يتفق الطرفان أثناء تنظيم التصرف أو بعده على منح الدعامة الورقية حجية في الإثبات، وإسقاط أية قيمة قانونية للدعامة الإلكترونية أو العكس، فإذا وجد هذا الاتفاق فإن القاضي ملزم في الفصل في النزاع بما انتهت إليه إرادة الطرفين حول الوسيلة التي يثبتان بها تصرفهما[5].

أما إذا وجد نص قانوني يتطلب دليلاً معيناً لإثبات التصرف، ففي هذه الحالة يتعين النزول على حكم القانون، ويكون القاضي ملزم عندئذ بالترجيح بين المحررات بأن يحسم النزاع وفقاً لدليل الإثبات الذي نص عليه القانون منى تبين صحته[6].

1 - عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 208.
2 - صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص 263.
3 - عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص ص 209 -210.
4 - بن جديد فتحي، المرجع السابق، ص 106.
5 - عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 209.
6 - صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص 266.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومن ناحية أخرى؛ وفي حال ترجيح محرر على آخر، يجب أن يكون مستوفياً لكافة الشروط التي تجعل منه دليلاً كاملاً[1]، ومن ذلك أن يعرض على القاضي محررات بعضها في شكلها إلكتروني، وبعضها في شكل ورقي باعتبارها أدلة إثبات كاملة، كما قد تعرض على القاضي أثناء النظر في النزاع محررات تقليدية معارضة، فإنه قد تعرض عليه محررات إلكترونية متعارضة أيضا[2].

ففي الحالة الأولى يفترض أن هذه المحررات موقعة ممن هي منسوبة إليه؛ سواء في شكل تقليدي أو إلكتروني، وأنها استوفت الشروط القانونية اللازمة لاعتبارها دليلاً كتابياً كاملاً، وفي مقابل ذلك لا ينهض الدليل الكتابي الذي لا يستجمع مقومات الدليل الكامل بمنازعة دليل آخر تتوافر فيه هذه المقومات، ومن ثم لا محل للترجيح هنا، إذ ينبغي على القاضي الأخذ بالمحرر الذي تتوافر فيه مقومات الدليل الكامل واستبعاد الآخر الذي لا تتوافر له تلك المقومات[3].

أما في الحالة الثانية فيرجح القاضي المحرر الإلكتروني الأكثر مصداقية، ولكن يجب عليه أثناء البحث عن الوسائل المختلفة لتقييم المحرر الإلكتروني الأقرب إلى الحقيقة مراعاة ما إذا كانت المحررات الإلكترونية موقعة بتوقيعات إلكترونية مختلفة في المستوى، ففي حال عرض عليه محرر إلكتروني موقع بتوقيع إلكتروني بسيط متعارض مع محرر إلكتروني موقع بتوقيع إلكتروني متقدم، فإن القاضي ملزم بتفضيل المحرر الإلكتروني الموقع بتوقيع إلكتروني متقدم على المحرر الموقع بتوقيع إلكتروني بسيط[4].

نخلص إلى أنه إذا تساوى كل من المحرر الإلكتروني والمحرر الورقي من حيث توافر شروط اعتبار كل منها دليلاً كتابياً كاملاً، وثار التنازع بينهما، وكان مضمون إحداهما متعارض مع الآخر فإنه يقع على القاضي مهمة الترجيح بين هذه المحررات، وتحديد الدليل الأكثر قرباً للحقيقة، وتفضيله على الآخر، ويعتمد القاضي في ذلك الترجيح على عقله وتدبيره للأمور وفقا للقانون، فيحقق ويدقق في محررات كل من الخصمين، بحيث يرجح المحرر الأكثر احتمالاً في دلالته على الحقيقة، والذي يطمئن له ضميره.

المطلب الرابع: الإثبات بالكتابة الإلكترونية في ظل قواعد الإثبات التقليدية

أشارت غالبية التشريعات إلى الأخذ بقاعدة الإثبات بالدليل الكتابي الخطي الورقي، بوصفها من أفضل أدلة الإثبات على الإطلاق، غير أنها أوردت على هذه القاعدة حالات استثنائية، بمقتضاها يمكن الإثبات بغير الدليل

1 - عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 209.

2 - Joseph Richani, Op .cit, p 185.

3 - صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص 267.

4 - عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 210.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الكتابي، وهذه الاستثناءات هي حالة وجود مبدأ ثبوت الكتابة، وفقدان السند الكتابي بسبب لا دخل فيه لإرادة صاحبه، ووجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي، وأخيراً إذا وجد اتفاق أو قانون يجيز إثبات التصرف بشهادة الشهود فيما يجب فيه الإثبات بالدليل الكتابي.

الفرع الأول: قبول السند الإلكتروني بوصفه مبدأ ثبوت بالكتابة

عرّف الفقه مبدأ الثبوت بالكتابة[1] بأنه: " عبارة عن كتابة ممن يراد الإثبات ضده وليس سنداً كاملاً بما يراد إثباته وإنما يراد إثباته وإنما تجعله قريب الاحتمال"[2]، وعرفته محكمة الاستئناف المصرية في قرار مؤرخ في 1945/01/11 بأنه: " عبارة عن ورقة صادرة ممن يراد الإثبات ضده، ليس سندا باتا بما يراد إثباته، وإنما تجعله قريب الاحتمال، ومن أركانه أن تكون الورقة صادرة من الخصم المطلوب الإثبات ضده"[3].

ويعد مبدأ الثبوت بالكتابة من الموانع التي تعفي من ضرورة تقديم الدليل الكتابي، وقد عرفه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية المادة 335 من القانون المدني الجزائري على أنه: " وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة".

وقد أجاز المشرع الجزائري الإثبات بشهادة الشهود[4]، وغيرها من طرق الإثبات، وذلك إذا توافر مبدأ الثبوت بالكتابة، وهو ما نص عليه في الفقرة الأولى من المادة نفسها: " يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ". فجاء هذا المبدأ استجابة للظروف الخاصة التي تقضي بتيسير الإثبات للخصوم، وللتخفيف من حدة النظام القانوني للإثبات، إذ أنه يعطي القاضي سلطة في تقدير الشهادة وغيرها من الأدلة، وبذلك يمكن تجنب الكثير من الصعوبات الناشئة عن نقد نظام الإثبات[5].

---

1 - يرجع تاريخ بداية مبدأ الثبوت بالكتابة إلى أمر مولان الصادر سنة 1566، بحيث أنه قبل ذلك كانت الشهادة تلعب الدور الرئيسي في الإثبات، غير أن هذا الأمر وضع حدا لذلك، ولقد أقر الأمر الصادر في 1667 قاعدة مولان وللمرة الأولى جاء بعبارة جديدة هي " بداية ثبوت بالكتابة"، وكان الفقيه بوتييه أول من حاول تعريف هذا المبدأ، كما يعود الفضل له في معرفة بعض المبادئ، وكذلك الشروط الخاصة ببداية الثبوت بالكتابة الذي لا يمكن أن يكون فعلا صادراً عن الغير وأن يتضمن جزئيا الفعل الذي يجب إثباته، ولقد استعمل القانون الفرنسي هذا المبدأ في بداية الأمر لإثبات بعض المسائل الخاصة بالنسب، ثم قام القضاء بتوسيع تطبيقه إلى ميادين مختلفة. أنظر: مكيد نعيمة، "مبدأ الثبوت بالكتابة في ظل الوسائل التقنية الحديثة"، **مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2 – لونيسي علي، العدد: الثامن، 2011، ص 153.

2 - مكيد نعيمة، المرجع السابق، ص 153.

3 - المرجع نفسه، ص 153

4 - **شهادة الشهود:** هي الأقوال التي يدلي بها شخص شفويا أمام القضاء عما شاهده، أو سمعه بحواسه شخصيا بشأن الواقعة المراد إثباتها، أو نفيها أو أيا كان نوعها، فتكون بذلك الشهادة إما شهادة إثبات، أو شهادة نفي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي. أنظر: أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 231.

5 - علاء محمد عبد نصيرات، **حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص 92.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الأول: شروط إعمال مبدأ الثبوت بالكتابة

للاستفادة من هذا مبدأ الثبوت بالكتابة لا بد من توافر ثلاث شروط، وجود ورقة مكتوبة، أن تكون الكتابة صادرة عن الخصم أو من يمثله وأن تجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال، وتفصيل ذلك فيما يلي:

أولا: وجود ورقة مكتوبة

من أجل إعمال مبدأ الثبوت بالكتابة لا بد من توفر شرط شكلي، وهو وجود ورقة مكتوبة؛ أيا كان طبيعتها وأيا كان شكلها، فلا يشترط بالكتابة أن تكون في ورقة أعدت للإثبات ولكنها غير موقعة[1]، أو دفاتر تجارية، أو رسالة، أو مذكرات خاصة، أو أقوال وردت في محضر تحقيق، أو في مذكرة الدعوى[2]، فكل هذا يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة، طالما أن الورقة ليست دليلاً كاملاً بالنسبة إلى موضوع الدعوى[3].

ويجب أن يكون السند موجوداً فعلاً، ويتم تقديمه في الدعوى من قبل صاحب المصلحة، فلا يجوز إثبات تحريره بشهادة الشهود أو القرائن، ولا يستلزم أن يستخلص مبدأ الثبوت بالكتابة من ورقة واحدة، وأنه يجوز أن يستخلص من عدة أوراق متفرقة، حتى ولو كانت كل ورقة منها لا تكفي بمفردها[4].

ثانيا: أن تكون الكتابة صادرة عن الخصم أو من يمثله

يشترط أيضاً لإعمال مبدأ الثبوت بالكتابة أن تكون الكتابة صادرة عن الخصم الملتزم بها، كأن يكون من قام بكتابتها بخط يده دون توقيعها، أو وقعها دون كتابتها، أو كلف أحدا بكتابتها، أو أنه أقر صراحة أو ضمناً بأنه أملاها على ذلك الشخص، أو يثبت بأنه أناب شخص؛ سواء قانوناً أو اتفاقاً كي يقوم بكتابة هذا السند[5].

وفي هذا المجال فإنه يشترط أن لا ينكر الخصم الورقة أو الكتابة المنسوبة إليه، وأن لا يطعن بصحة ما عليها من كتابة وتوقيع حتى يعتد بها في الإثبات[6].

1 - أيسر صبري إبراهيم، المرجع السابق، ص 145.
2 - محمد حسين منصور، **الإثبات التقليدي والإلكتروني**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 137.
3 - أيسر صبري إبراهيم، المرجع السابق، ص 145.
4 - المرجع نفسه، ص 145.
5 - يوسف أحمد النوافلة، **الإثبات الإلكتروني في المواد المدنية والمصرفية**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص 209.
6 - علاء محمد عبد نصيرات، المرجع السابق، ص 93.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثالثا: أن تجعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال

وهو أن تجعل الكتابة الأمر المدعى به قريب الاحتمال، وذلك أن إجازة الإثبات بواسطة شهادة الشهود في ما يجب إثباته بالكتابة هو لوجود دليل ناقص، فإذا كانت تلك الكتابة تؤدي إلى نفي الواقعة محل الإثبات نفياً قاطعاً، فلا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة، وبذلك فالرسالة التي يذكر فيها المدين أنه مدين دون أن يذكر مقدار الدين، تجعل مديونيته قريبة للاحتمال[1].

أما عند تقدير كون التصرف المدعى بوجوده قريب الاحتمال، فإن ذلك لا يصادر سلطة القضاء في تقدير قيمة الشهادة أو القرائن المطروحة أمامها لتكملة وتعزيز مبدأ الثبوت بالكتابة[2]، وبذلك يعد مبدأ الثبوت الكتابة هو مبدأ للخروج عن الأصل، إلا أنه يجوز الخروج عن ذلك الأصل والإثبات بواسطة الشهود[3].

البند الثاني: تطبيق مبدأ الثبوت بالكتابة في مجال المعاملات الإلكترونية

سبقت الإشارة إلى أن أحد شروط مبدأ الثبوت بالكتابة هو وجود كتابة صادرة من الخصم، يستند عليها كدليل ناقص يكتمل بشهادة الشهود، أو القرائن لإثبات التصرف، وبما أن أحد عناصر المستند الإلكتروني الكتابة الإلكترونية، التي لم تكن تستوعبها قواعد الإثبات التقليدي، لذا هل يمكن قبول المستند الإلكتروني بوصفه دليلاً في إثبات التصرف؟ أي هل يمكن قبول الكتابة الإلكترونية الصادرة على الخصم كمبدأ ثبوت بالكتابة؟[4].

اختلفت الآراء الفقهية في مدى عد الكتابة الإلكتروني كمبدأ ثبوت بالكتابة، فذهب جانب من الفقه إلى عدم إمكانية اعتبار المحرر الموقع إلكترونياً مبدأ ثبوت بالكتابة، معللاً رأيه بأن الكتابة الإلكترونية تختلف بصفتها عن الكتابة التقليدية، مما يحول دون اعتبار المحرر الموقع الإلكتروني دليلاً كتابياً، وبالتالي عدم إمكانية عد الكتابة الإلكترونية من الأشكال التي تصلح لأن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة[5].

في حين يرى البعض الآخر أن المستند الإلكتروني يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة، وإذا ما كان المستند الإلكتروني موقعاً من الطرفين، وأتبع في إنشائه وحفظه واسترجاعه تقنية جديرة بالحفاظ عليه، وبذلك يمكن للطرفين

1 - زياد خليف العنزي، المرجع السابق، ص ص 90 -91.
2 - ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 131.
3 - زياد خليف العنزي، المرجع السابق، ص 91.
4 - أيسر صبري إبراهيم، المرجع السابق، ص 147.
5 - حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 62.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الاحتجاج بهذا السند ؛ باعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة، يمكن تكملته بالشهادة أو القرائن[1]، أو الخبرة[2]، حتى يصبح دليلاً قانونياً كاملاً على حصول التصرف ومضمونه[3].

إلا أن الرأي الراجح هو الرأي القائل بنفي اعتبار السندات الإلكترونية مبدأ ثبوت بالكتابة، وذلك للأسباب التالية[4]:

-أن عد المحرر موقع إلكترونيا مبدأ ثبوت بالكتابة يعني وضع عناصره في منزلة أقل من عناصر المحرر التقليدي.

-السماح للقاضي بتقدير قيمة الدليل وهذا يتعارض مع مقتضيات التعاقد التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية.

- من الناحية التقنية لا يمكن وضع توقيعين إلكترونيين على محرر إلكتروني واحد، كما هو في إبرام المحررات التقليدية، خاصة المحررات الإلكترونية التي يتم تبادلها على شبكة الأنترنت وهذه هي إحدى نقاط الاختلاف بين التصرفات التقليدية والإلكترونية.

مما سبق ؛ فإن الكتابة الإلكترونية التي يتعتد بها في الإثبات هي الكتابة المستوفية لشروط القراءة، والحفظ، وإمكانية الاسترجاع، إضافة إلى التوقيع، وبتوافر هذه الشروط لا تُعد الكتابة الإلكترونية مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة يحتاج لشهادة الشهود، بل تعتبر دليلاً كاملاً في الإثبات، إلا أن الإشكال يثور عند انتفاء عنصر الإلزام، وذلك بوجود كتابة إلكترونية، ولكن غير موقعة ؛ مما يجعلها مجرد كتابة إلكترونية تتعلق بواقعة معينة، فيمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة ؛ بشرط توافر شروط هذا الأخير، وبالرجوع لنص المادة 2/335 من القانون المدني الجزائري نجده لم يحدد الكتابة المقصودة ؛ التي يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة، فجاء النص عاماً، مما يتسع لجميع أنواع الكتابة ؛ بما فيها الإلكترونية، وتطبيقاً لذلك فإنه بوجود كتابة إلكترونية، وثبوت صدورها من الخصم، وتبين أن الحق المدعى به قريب الاحتمال يمكن أن نعتبر الكتابة الإلكترونية مبدأ ثبوت بالكتابة.

---

1 - **القرائن:** هي استنباط أمر غير ثابت (مجهول) من أمر ثابت (معلوم) على أساس أنه يغلب في الواقع أن يتحقق الأمر الأول إذا تحقق الأمر الثاني، وتنقسم إلى **قرائن قانونية** يستنبطها المشرع من حالات يغلب وقوعها، فيذكرها في شكل قاعدة عامة ومجردة، وجعلها ناقلة لعبء الإثبات من المدعي إلى المدعى عليه إن كانت بسيطة، او تعفي المدعي من الإثبات إن كانت قاطعة، **وقرائن قضائية** يستنبطها القاضي من واقعة معلومة في الدعوى المرفوعة إليه ليستدل بها على الأمر المجهول المراد إثباته وعجز المدعي عن إثباته، فهي كعلاقة بين واقعتين، إحداهما مجهولة والأخرى ثابتة وتسمح بالانتقال من الثابتة إلى المجهولة.

أنظر كلا من:

-عباس العبودي، **شرح أحكام قانون الإثبات المدني**، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 274 وما بعدها.

- عجة الجيلالي، **مدخل للعلوم القانونية، الجزء الثاني، نظرية الحق**، المرجع السابق، ص609 وما بعدها.

2 - **الخبرة:** هي إجراء تحقيقي واستشارة فنية تقوم بها المحكمة، بقصد الحصول على معلومات ضرورية عن طريق أهل الاختصاص، وذلك للبت في كل المسائل التي يستلزم الفصل فيها أمورا علمية أو فنية لا يستطيع المحكمة الإلمام بها. أنظر: عباس العبودي، **شرح أحكام قانون الإثبات المدني**، المرجع السابق، ص 325.

3 - عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 262.

4 - المرجع نفسه، ص 263.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني: قبول السند الكتابي في حالة وجود مانع من الحصول على دليل كتابي

من بين الاستثناءات الواردة على مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة حالة وجود مانع من الحصول على الدليل الكتابي، فتوافر مثل هذه الحالة يفتح المجال أمام الإثبات بالشهادة، وغيرها من طرق الإثبات، لذلك وجب توضيح المقصود بالمانع من الحصول على الدليل الكتابي، ثم التطرق لمدى إمكانية قبول الكتابة الإلكترونية في مثل هذه الحالة.

البند الأول: المانع من الحصول على الدليل الكتابي

القصد هنا استحالة الحصول على الكتابة وقت التعاقد استحالة عارضة؛ سواء كانت مقصورة على شخص معين أم ترجع إلى الظروف الخاصة التي يتم بها التعاقد[1]، فلا يقصد هنا الاستحالة المطلقة، وإنما الاستحالة النسبية العارضة، أما الصعوبة في الحصول على دليل كتابي، فإنها لا تسوغ التسليم بوجود استحالة معينة من الحصول على دليل كتابي مسبق، فمجرد الصعوبة في توفير الدليل الكتابي لا تكفي لقيام المانع من الحصول على دليل كتابي[2]، وقد يكون المانع ماديا أو أدبيا:

أولا: المانع المادي

ويقصد به وجود بعض الظروف الخارجية التي تمنع ماديا من الحصول على الدليل الكتابي، وتلك مسألة نسبية تتصل بظروف كل واقعة وتترك لقاضي الموضوع[3]، ومثال ذلك حالة الوديعة الاضطرارية؛ أي إيداع الشخص مال أو شيء لدى شخص آخر وقت حلول خطر داهم كحريق أو زلزال أو تهدم بناء[4]، فهنا يجوز له إثبات الوديعة بالبينة والقرائن مهما بلغت قيمتها، لأنه كان في حالة يمتنع معها الحصول على دليل كتابي، ونفس الشيء لمن يقرض المسافر مبلغاً من النقود يزيد عن النصاب المحدد للإثبات بالشهادة قبيل إقلاع الطائرة مباشرة بسبب فقده للنقود أو نسيانها[5]، ويشترط في المانع المادي أن يكون جسميا وغير متوقع الحدوث، بحث لا يكون لدى الشخص الوقت الكافي لاقتضاء دليل كتابي من الشخص الآخر أو أن وسائل الكتابة غير متوافرة[6].

---

1 - عباس العبودي، **تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها**، المرجع السابق، ص 73.

2 - المرجع نفسه، ص 73.

3 - محمد حسين منصور، **الإثبات التقليدي والإلكتروني**، المرجع السابق، ص 141.

4 - عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 267.

5 - محمد حسن منصور، **الإثبات التقليدي والإلكتروني**، المرجع السابق، ص 141.

6 - إياد أحمد سعيد الساري، المرجع السابق، ص 203.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا: المانع الأدبي (المعنوي)

لا يقوم هذا المانع على ظروف مادية كما هو الحال في المانع المادي، بل سبب عدم الحصول على الدليل الكتابي اعتبارات وظروف نفسيه خاصة بعلاقات الطرفين وقت إبرام التصرف القانوني[1]، وهي اعتبارات معنوية تحيط بإبرام التصرف تمنع أحد الأطراف (المقرض مثلاً) من اقتضاء الدليل الكتابي من الطرف الآخر (المقترض) ، ولذلك يعد تقدير الاستحالة الأدبية أكثر صعوبة من تقدير الاستحالة الناجمة عن المانع المادي، ويتطلب الأمر من القاضي البحث عن الظروف التي أحاطت بإبرام التصرف، وانعكاسها على نفسية الطرفين لتقدير ما إذا كانت هذه الظروف تشكل مانعا معنويا يمنع من اقتضاء الدليل الكتابي[2].

ومن أمثلة المانع الأدبي قيام القرابة بين أطراف التصرف، أو وجود صلة نسب، أو زوجية، أو مصاهرة، أو خطبة[3]، فلا يتصور مثلا أن يطلب الابن من والده دليلاً كتابياً على عقد بيع بينهما، أو الزوج من زوجته، أو الأخ من أخيه، وذلك كله بسبب العلاقة العائلية والأسرية التي حرص المشرع على الحفاظ عليها، وإبعادها عن العلاقة العقدية حتى يبعد الإحراج والمضايقة، وحتى لا يعكر صفو هذه العلاقات المتينة بسبب علاقة أقل قيمة منها بنظره[4].

البند الثاني: تطبيق المانع من الحصول على الدليل الكتابي في مجال المعاملات الإلكترونية

اختلفت أراء الفقه حول ما إذا كان التعاقد عبر شبكة الأنترنت أو على وسائط إلكترونية يعد مانعاً يحول دون الحصول على دليل كتابي، وذلك كما يلي:

أولا: التفسير الضيق

يرى أنصار هذا الاتجاه أن التعاقد عبر شبكة الأنترنت لا يعتبر مانعاً مادياً من الحصول على دليل كتابي؛ بسبب عدم الاستجابة لفكرة الاستحالة المادية من الحصول على دليل كتابي غير متوافرة[5]، لأن الصعوبة في إنشاء الدليل الكتابي أثناء التعاقد عبر الأنترنت لا ترقى إلى درجة الاستحالة من جهة، ومن جهة أخرى؛ وحتى بافتراض

1 - عباس العبودي، **شرح أحكام قانون الإثبات المدني**، المرجع السابق، ص 263.
2 - عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 268.
3 - محمد حسين منصور، **الإثبات التقليدي والإلكتروني**، المرجع السابق، ص 142.
4 - أنظر كلا من:
-يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص 213.
-علاء محمد عبد نصيرات، المرجع السابق، ص 99 وما بعدها.
5 - إياد أحمد سعيد الساري، المرجع السابق، ص ص 204 -205.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

استحالة إنشاء دليل إلكتروني، فإن هذه الاستحالة ليست استحالة مؤدية إلى التعاقد من دون كتابة[1]، فمما لا شك فيه أن السندات الإلكترونية المستخرجة عن طريق وسائل الاتصال الحديثة ليست هي الطريق الوحيد للتعاقد، إنما يختارها الأفراد بمحض إرادتهم بسبب سهولة وسرعة الاتصال، التي تيسر إبرام العقد عن طريق هذه الوسائل المتطورة[2]، فالاستحالة التي يقصدها المشرع لا تنطبق على السندات الإلكترونية، فعدم الحصول على دليل كتابي ينتج عن صعوبة وليس عن استحالة، لذلك لا توجد فائدة من اللجوء إلى فكرة الاستحالة لتوسيع الإثبات بالسندات الإلكترونية[3].

ثانيا: التفسير الواسع

يرى أنصار هذا الرأي أن التعاقد عبر الأنترنت يعتبر مانعاً من الحصول على الدليل الكتابي الكامل، ويحق للمتعاقد أن يقيم الدليل على استحالة الحصول على المحرر الكتابي بكافة طرق الإثبات الأخرى[4]، وتعد الاستحالة في هذا التعاقد استحالة نسبية عارضة بسبب الظروف التي تحيط بإثبات التعاقد بالسندات الإلكترونية، والتي تحول دون الحصول على دليل كتابي، وأن عدم تطبيق هذا الاستثناء سيجعل إثبات التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الحديثة من دون دليل[5].

بالتالي فإن كل التصرفات القانونية التي تتم عبر وسائل الاتصال القانونية تقبل الإثبات بجميع الطرق، فالعبرة ليست بطبيعة التصرف، وإنما بالرجوع إلى الظروف المحيطة بالتعاقد، طالما أن هذه الظروف تمنع من الحصول على دليل كتابي، فيجوز الإثبات بالبينة والقرائن[6]، وقد أنتقد هذا الاتجاه بأنه يفتقر إلى سلامة الدليل، ولا يرتكز على أساس قانوني سليم، إذا لا يمكن تصور وجود حرج أدبي أو علاقة شخصية تمنع من تحرير السند الكتابي، لعدم وجود أي تعامل شخصي مباشر بين أطراف التعامل عن طريق وسائل الاتصال الحديث خاصة الأنترنت[7].

ثالثا: الرأي التوفيقي

يرى الجانب الغالب من الفقه، والذي لاقى تأييد الكثير، أن التعاقد عبر شبكة الأنترنت لا يشكل مانعاً مادياً يحول دون الحصول على الدليل الكتابي، فالمانع المادي في التعاقدات التي تتم عبر شبكة الأنترنت لا يرقى إلى درجة

1 - حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ص 65 -66.
2 - أيسر صبري إبراهيم، المرجع السابق، ص 150.
3 - المرجع نفسه ، ص 151.
4 - إياد احمد سعيد الساري، المرجع السابق، ص 205.
5 - أيسر صبري ابراهيم، المرجع السابق، ص 150.
6 - إياد أحمد سعيد الساري، المرجع السابق، ص 205.
7 - أيسر صبري ابراهيم، المرجع السابق، ص 151.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الاستحالة، بل يرجع إلى مجرد الصعوبة، وعلى افتراض وجود استحالة في الحصول على دليل كتابي فهي ليست من قبل المانع المادي، التي تؤدي إلى التعاقد دون كتابة ؛ كون شبكة الأنترنت ليست الوسيلة الوحيدة للتعاقد[1].

ونتيجة لذلك لجأ البعض إلى نوع ثالث من الموانع ؛ ويسمى المانع بحكم العادة الذي يتوفر في الحالات التي لا يمكن فيها الحصول على الدليل الكتابي بحكم العرف بين فئة من الناس، ومن ثم يجوز الإثبات بالبينة بين هؤلاء، ومن هذا القبيل ما جرى العرف عليه من اعتياد التجار على إرسال السلع لمنازل عملائهم دون تحرير كتابة، وما جرى من عرف في مهنة الطب على أنه لا يطلب المريض من الطبيب إيصالاً على الأجر المتفق عليه للعلاج[2].

الفرع الثالث: قبول السند الإلكتروني في حالة فقدان السند الكتابي

يُفترض في هذا الاستثناء أن الدائن كان لديه سند مكتوب وفقاً لما تقضي به قواعد الإثبات عند إنشاء التصرف، إلا أن هذا السند فقد منه بسبب لا يد له فيه[3]، لذلك يجوز الإثبات بشهادة الشهود لما يجب إثباته كتابة[4].

لتفصيل ذلك سنتطرق لشروط جواز الإثبات بالشهادة في حالة فقدان السند الكتابي في البند الأول، ولتطبيق حالة فقد السند لسبب أجنبي في مجال المعاملات الإلكترونية في البند الثاني.

البند الأول: شروط جواز الإثبات بالشهادة في حالة فقدان السند الكتابي

لتطبيق هذا الاستثناء لا بد من توافر الشروط التالية :

أولا: سبق وجود سند كتابي

المقصود هنا الدليل الكتابي الكامل ؛ أي المحرر الموقع عليه، لأن الاستثناء في هذه الحالة إنما قصد به حماية من لم يقصر في الحصول على دليل كامل[5]، فللدائن هنا أن يثبت حصوله على دليل كتابي بكافة طرق الإثبات، لأن سبق وجود الدليل يعتبر واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات[6] ، ويشترط في الدليل الكتابي أن يكون كاملاً، فلا يكفي أن يثبت الدائن أن الدليل المفقود كان مجرد ثبوت بالكتابة[7]، إلا إذا أقر الخصم بسبق وجود مبدأ الثبوت بالكتابة،

1 - عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 270.
2 - حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص ص 303 -304..
3 - زياد خليف العنزي، المرجع السابق، ص 97.
4 - بشار طلال المومني، المرجع السابق، ص 128.
5 - شادي ابراهيم رمضان طنطاوي، المرجع السابق، ص 112.
6 - المرجع نفسه، ص 112.
7 - إياد أحمد سعيد الساري، المرجع السابق، ص 208.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فهذا الإقرار يجيز الاستعانة بشهادة الشهود أو القرائن لإكمال الدليل المستمد من مبدأ الثبوت بالكتابة المقر به من الخصم[1].

ثانيا: فقدان الدليل الكتابي لسبب أجنبي لا يد للدائن فيه

السند كان موجوداً لدى الدائن، وفُقِد بسببٍ خارج عن إرادته، ويتعذر عليه أن يقدمه للمحكمة بسبب تلك الظروف، إذ لا يكفي أن يثبت سبق وجود السند، بل يجب أن يثبت أن ضياعه كان بسبب قوة قاهرة، أو حادث مفاجئ ؛ كالحريق، فإذا توافر الشرطان السابقان جاز إثبات التصرف بالبينة والقرائن بدلاً من الكتابة[2].

البند الثاني: تطبيق حالة فقد السند لسبب أجنبي في مجال المعاملات الإلكترونية

قبل صدور تشريعات تنظم الإثبات الإلكتروني، اتجه غالبية الفقه إلى القول بعدم إمكانية تطبيق فقدان السند الكتابي على التعاقد عبر الأنترنت، وذلك نظرا لعدم وجود مستند كتابي في الأصل، إضافة إلى عدم استعمال المحررات الإلكترونية للعناصر اللازمة لإنشاء الدليل الكتابي، والتي لا تستوعبها قواعد الإثبات التقليدي، ويتعلق الأمر بالكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني[3]، وهو ما يجعل من مسألة اعتبار مخرجات الأنترنت من قبيل الأدلة الكتابية لا يمكن تصوره طبقا للقواعد التقليدية[4].

إلا أنه بصدور تشريعات تنظيم الإثبات الإلكتروني، وتُقر بمبدأ التكافؤ الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية، أصبح من الممكن إثبات التصرفات القانونية التي تتم عبر شبكة الأنترنت، أو على وسائط إلكترونية بشهادة الشهود أو القرائن في حالة فقد الدليل الإلكتروني، فقد يكون مرجع فقد السند الإلكتروني مثلاً لانقطاع التيار الكهربائي فجأة، فيؤدي لإتلافه، أو ولوج فيروس لقاعدة بيانات الحاسوب، أو لتداخل في خطوط شبكة الأنترنت[5].

أما إذا فُقد هذا المحرر نتيجة التقصير من المكلف بالإثبات، كأن يدعي أن البيانات قد فقدت من جهاز الحاسب الآلي الخاص به مع عدم اتخاذ وسائل حفظ مناسبة، أو أن الغير قد اطلع عليها، وحذفها مع عدم قيامه بإجراءات حماية مقبولة تمنع الغير من الاطلاع عليها، فهذا يستبعد فكرة السبب الأجنبي، ولا يجوز له الإثبات بشهادة الشهود[6].

1 - عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 273.
2 - المرجع نفسه، ص ص 273 -274.
3 - المرجع نفسه، ص 274.
4 - بشار طلال المومني ، المرجع السابق، ص 128.
5 - عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 274.
6 - زياد خليف العنتري، المرجع السابق، ص 98.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الرابع: قبول السند الإلكتروني في حالة وجود اتفاقية أو قانون يجيز الإثبات بغير الدليل الكتابي

قد يتم اللجوء إلى اتفاقات خاصة بين الأطراف، يحددون من خلالها الشروط القانونية والتنفيذية لاستخدام الوسائل الحديثة لإثبات معاملاتهم، ويتحدد نطاق اتفاقيات الإثبات وفي ثلاث أمور إما تعمل على تحديد الأدلة المقبولة في الإثبات، أو تحديد حجية أدلة الإثبات المختلفة، أو العمل على تحديد عبء الإثبات، وفي هذه الأمور يكون أطراف العلاقة التعاقدية قد خالفو تطبيق القواعد العامة، والتفصيل ذلك يكون بدراسة نطاق هذه الاتفاقات في البند الأول، ودراسة مدى صحتها في البند الثاني.

البند الأول: نطاق اتفاقات الإثبات

يتحدد نطاق اتفاقات الإثبات في النقاط التالية:

أولا: تحديد الأدلة المقبولة في الإثبات

في هذه الحالة يقوم الأطراف بالاتفاق على قبول الشهادة، وغيرها من طرق الإثبات في الحالات التي يجب فيها الإثبات بالكتابة بدلاً من التقيد بالكتابة في الإثبات فيما بينهم، وللقاضي تكوين قناعته حسب تقديره للأدلة المقدمة[1].

ثانيا: تحديد حجية أدلة الإثبات

يهدف هذا الاتفاق إلى تحديد أدلة معينة، وقوتها في الإثبات، فليس المقصود هنا إضفاء حجية لبعض الوسائل في الإثبات، إنما إضفاء حجة معينة على هذا الدليل أو ذاك؛ كالاتفاق على أن المحررات الإلكترونية لها حجية كاملة وقاطعة في الإثبات، وقبول التوقيع الإلكتروني حيثما ورد، واعتبار أن له قوة التوقيع التقليدي، وقد يصاحب مثل هذه الاتفاقات خطورة معنية، فربما لا يقتنع القاضي فيما يقدم لديه من أدلة[2].

ثالثا: تحديد عبء الإثبات

يهدف هذا الاتفاق على نقل عبء الإثبات قبل سير الدعوى، أو أثناء سيرها[3]، وقد يكون هذا الاتفاق صريحاً أو ضمنياً، فالقاعدة العامة أن عبء الإثبات يقع على عاتق من يدعي خلاف الظاهر أصلاً، وهي قاعدة غير

---

1 - علاء محمد عيد نصيرات، المرجع السابق، ص 110.

2 - المرجع نفسه، ص 110.

3 - يقصد بعبء الإثبات تحديد الخصم الذي يجب عليه أن يقوم بإثبات الواقعة المتنازع عليها، ولتحديد من يقع عليه الإثبات أهمية كبيرة من الناحية العملية، فمن يقع عليه الإثبات يكون في مركز أضعف من مركز خصمه، إذ يكلفه ذلك أمراً إيجابياً، بقيامه بإثبات الواقعة المتنازع عليها، في حين يكتفي من خصمه أن يقف موقفاً سلبياً، وهذا ما يفسر الاسم الذي يطلق عليه، وهو عبء الإثبات، لأنه تكليف ثقيل، إذ البدء في الإثبات معناه المبادأة. =

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

متعلقة بالنظام العام، يجوز الاتفاق على خلافها، كاعتبار أدلة معنية حجة في ما لم يثبت العكس، وهذا الاتفاق لا يحرم القاضي من سلطته في تقدير أدلة الإثبات المقدمة؛ سواء الدليل المتفق عليه أو الدليل العكسي، كما لا يحرم أحد الطرفين من حقه في الإثبات كلياً، إذ مازال أمامه إمكانية إثبات عكس الدليل المتفق عليه، أو التشكيك على الأقل في حجيته[1]، وهذا يشمل أيضاً التصرفات القانونية التي تبرم وتجرى إلكترونياً عن طريق شبكة الاتصالات الدولية[2].

البند الثاني: مدى صلاحية اتفاقات الإثبات

تنقسم قواعد الإثبات إلى قسمين: قواعد موضوعية؛ تنظم مراكز المتداعين القانونية في الإثبات وحقوقهم، وتفرض على المدعي تقديم الدليل على دعواه[3]، ولا تتصف هذه القواعد بالنظام العام، وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفتها؛ سواء كان ذلك بشأن محل الإثبات وعبئه أو طرقه[4].

أما القسم الثاني فيتعلق بالقواعد الإجرائية التي تنظم سير التقاضي، ومساعدة القاضي في استنباط الدليل والتوصل إلى حجيته في الإثبات[5]، وتعد من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها[6].

وفي هذا الصدد حسمت غالبية التشريعات هذا الأمر بنصوص صريحة، فأجازت الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات، مما يجوز معه اعتبار السندات الإلكترونية دليلاً كاملاً في الإثبات، وإن ذهب رأي معاكس إلى أن هذه الاتفاقات تؤدي في الواقع إلى قلب عبء الإثبات، من خلال افتراض صحة ما ورد في السندات الإلكترونية من بيانات، إلى أن يقوم طالب الخدمة إثبات العكس، فيبدو الأمر صعباً على المشتري، لأن إثبات التعاقد بالسندات الإلكترونية لا يتضمن أي سندات كتابية بخط البائع ليستند إليها، كما يندر أن يوجد شهود على واقعة التعاقد التي تضمنتها هذه السندات[7].

ونظراً لهذه المخاطر نادى جانب من الفقه بإعادة النظر في صحة الاتفاقات المعدلة لقواعد الإثبات الموضوعية، على أساس أنها تؤدي إلى إهدار الحق في الإثبات، فهذه القواعد المنظمة للإثبات وإن كانت لا تتعلق في معظمها

= وقد يؤدي إخفاق الملقى على عاتقه هذا العبء أن يخسر دعواه، ولذلك كانت قواعد تحديد عبء الإثبات من أهم قواعد الإثبات، إذ أن القاء هذا العبء على أحد الخصمين معناه أن يحكم له أو لخصمه. أنظر: عباس العبودي، **شرح أحكام قانون الإثبات المدني**، المرجع السابق، ص 63.

1 - علاء محمد عيد نصيرات، المرجع السابق، ص ص 110 -111.

2 - إياد أحمد سعيد الساري، المرجع السابق، ص 212.

3 - يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص 220.

4 - عباس العبودي، **تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها**، المرجع السابق، ص 77.

5 - إياد أحمد سعيد الساري، المرجع السابق، ص 211.

6 - عباس العبودي، **تحديات الاثبات بالسندات الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها**، المرجع السابق، ص 76.

7 - المرجع نفسه، ص 77.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بالنظام العام، وبالتالي يجوز الاتفاق على خلاف حكمها[1]، إلا أن هذا الاتفاق يجب ألا يذهب إلى حد حرمان الخصم من تقديم الدليل كله؛ سواء كان ذلك صراحة أو ضمناً، إذ من حق الخصم إثبات عكس ما يدعيه الطرف الآخر، والاتفاق على غير ذلك يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً، ومخالف لأبسط قواعد الإثبات[2].

كما أشار أخرون إلى اعتبار هذا الاتفاق صورة من صور عقد الإذعان بالمفهوم الواسع، وبالتالي يحق للقاضي أن يقوم بدور الموكل إليه من قبل المشرع في حماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان من ناحية أولى، ثم عن طريق إبطال الشروط التعسفية الواردة في هذه الاتفاقات من ناحية ثانية[3].

من خلال ما سبق؛ فإن الكتابة الإلكترونية لا تختلف عن الكتابة التقليدية، إلا في أنها تثبت على دعامة إلكترونية، فهي تقوم بذات الوظائف التي تقوم بها هذه الأخيرة من حيث التعبير عن الإرادة وإثباتها؛ سواء كانت على دعامة ورقية أو إلكترونية.

وحتى يعتد بالكتابة الإلكترونية في الإثبات يجب أن تستوفي جملة من الشروط، وذلك بأن تكون مقروءة، ومفهومة، وأن تكون مستمرة، وثابتة، وأن تكون غير قابلة للتعديل، وبتوفرها على هذه الشروط إضافة لشرط التوقيع قامت بدورها في الإثبات، الأمر الذي دفع مختلف التشريعات إلى منحها الحجية الكاملة في الإثبات، من خلال اعترافها بمبدأ التعادل الوظيفي بينها وبين الكتابة التقليدية، وليس هذا فحسب؛ بل يمكن أن تشكل الكتابة الإلكترونية مبدأ ثبوت بالكتابة إلى جانب تطبيق الاستثناءات المتعلقة بفقدان السند بسبب أجنبي، وحصول المانع من الحصول على الدليل الكتابي، إلا أنه يبقى لطبيعة المعاملات الإلكترونية المبرمة في البيئة الافتراضية خصوصيتها في تطبيق هذه الاستثناءات، بين من يضيق وبين من يوسع في تطبيقها.

كما أدى ظهور الكتابة الإلكترونية إلى ظهور مشكلة التنازع بين أدلة الإثبات، الأمر الذي فتح الباب لسلطة القاضي التقديرية في اختيار الدليل الأقوى في الإثبات خاصة عند عدم وجود اتفاق بين الأطراف يحدد الدليل الذي يعتمدانه في إثبات تصرفهما، وفيما يتعلق بالاتفاقات التي يبرمها الأشخاص لمخالفة للقواعد الموضوعية في الإثبات، التي تقضي بمبدأ وجوب إثبات التصرف بالكتابة بصفة خاصة، قد يكون من شأنها إهدار حق الأطراف في الإثبات، وهو ما يستدعي تدخل المشرع بتنظيم الإثبات في مجال التعاقد عن طريق الأنترنت، بدلا من ترك الإثبات في هذا المجال متسعا للحلول الاستثنائية التي تزيد المشكلة تعقيدا بدلا من الإسهام في حلها.

1 - عباس العبودي، **تحديات الاثبات بالسندات الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها**، المرجع السابق، ص 78.

2 - يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص 221.

3 - حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 88.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثاني: التوقيع الإلكتروني لإثبات التراضي في التعاقد الإلكتروني

لا شك أن ثورة الاتصالات والتقنية الحديثة قد ساهمت في نمو المعاملات الإلكترونية، خاصة ما تعلق بتبادل الوثائق بين الأفراد إلكترونياً، وكذا عمليات البيع والشراء التي تتم عبر شبكة الأنترنت، مما أظهر حاجة ملحة لتحديد هوية الأطراف المتعاقدة فيما بينها، وإثبات صحة التوقيع على هذه المعاملات وحجيتها القانونية؛ في ظل سهولة تعديل الكتابة الإلكترونية، وإمكانية إنكار بعض الأطراف لعلاقتهم بهذه المعاملات.

وبالرجوع للمعاملات الإلكترونية فإنه لا توجد طريقة يمكن من خلالها تأكيد هوية الأشخاص، وإثبات تراضيهم على التصرفات التي يبرمونها إلا من خلال استخدام التواقيع الإلكترونية، فهي تحدد الهوية الحقيقية للمرسل، والأهم من ذلك أنه يمكن استخدامها للحفاظ على سلامة البيانات، إذ أن أي تعديل عليها بعد التوقيع أمر غير وارد، مما يشكل أحد أسس قوة التواقيع الإلكترونية، التي أصبح لها دور مهم في إثبات التصرفات القانونية عند نشوء أي منازعات فيما بين الأطراف المتعاقدة.

كما تظهر أهميته في تحديد قيمته القانونية، ومدى اعتباره مماثلاً للتوقيع التقليدي الذي يعتمد على وسائل تقليدية تقوم على وسط مادي وملموس؛ كالورق، وفي ذلك توالت الجهود الدولية على حث الدول لمراجعة تشريعاتها الداخلية، وتعديلها بما يتماشى مع ما هو مستجد، وفي هذا الصدد حاول المشرع الجزائري هو الآخر اللحاق بركب التشريعات الأخرى، وذلك من خلال إصداره للقانون رقم 04/15 الصادر في سنة 2015، والذي حدد فيه القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، وللتفصيل في ذلك نتطرق لبيان مفهوم التوقيع الإلكتروني في المطلب الأول، ونتطرق لشروطه وحجيته في الإثبات في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم التوقيع الإلكتروني

يعطي التوقيع القيمة القانونية للتصرفات، كما أنه يلزم صاحبه بما ورد في السند الذي أفرغ فيه تصرفه من التزامات وحقوق، ولا يتم التوقيع بالشكل التقليدي فقط، وإنما تعداه ذلك إلى الشكل الإلكتروني وهو ما يعرف بالتوقيع الإلكتروني، والذي سنحاول تعريفه في الفرع الأول، ونبين صوره في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني

نشطت العديد من الجهود لتعريف التوقيع الإلكتروني؛ منها الفقهية، والقضائية، والتشريعية، وهذا بهدف إزالة الغموض عن هذا المصطلح الجديد، وكذا البحث عن السبل الكفيلة بتوفير الأمان والثقة لهذا النوع من التوقيع، كونهما من أهم الأسس التي تقوم عليها التجارة الإلكترونية، وفيما يلي تفصيل ذلك.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الأول: التعريف الفقهي للتوقيع الإلكتروني

في تعريف أول للتوقيع الإلكتروني ذهب بعض الفقهاء بأنه: " مجموعة من الإجراءات والوسائل يتبع استخدامها عن طريق الرموز، أو الأرقام إخراج رسالة إلكترونية تتضمن علامة مميزة لصاحب الرسالة المنقولة إلكترونيا يجرى تشفيرها باستخدام زوج من المفاتيح"[1].

وذهب تعريف ثانٍ إلى أن التوقيع الإلكتروني هو: " مجموعة من الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات، وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمناسبته"[2]، ويرتكز هذا التعريف على ضرورة قيام التوقيع الإلكتروني بالوظائف التقليدية للتوقيع، وهي تمييز هوية الشخص، والتعبير عن رضائه بالارتباط بالعمل القانوني، ولكنه يغفل إجراءات إصدار التوقيع الإلكتروني وتوثيقه، والذي غالباً ما يتولاه شخص مرخص له من الجهات المختصة، إذ تضمن هذه الإجراءات أن التوقيع يخص صاحبه وحده دون غيره[3]، وأيضاً تسمح بالتعرف على صاحبه، كما تتم عبر وسائل تمكن الشخص من الاحتفاظ بتوقيعه تحت سيطرته، ولا تسمح للآخرين بالسيطرة، أو السطو عليه، أو غصبه، وهي في النهاية تضمن أن البيانات التي وقع عليها الشخص لا يمكن تعديلها[4].

ويرى تعريف ثالث أن التوقيع الإلكتروني عبارة عن: " تعبير شخص عن إرادته في الالتزام بتصرف قانوني معين عن طريق تكوينه لرموز سرية يعلمها هو وحده وتسمح بتحديد هويته"[5]، والملاحظ على هذا التعريف أنه تميز بقصوره، ذلك أنه لا يلم بكافة صور التوقيع الإلكتروني خاصة فيما يتعلق بالتوقيع البيومتري؛ سواء ما تعلق الأمر بالبصمة، أو الصوت، أو قزحية العين ...، وهو ما يجعله ينطبق على بعض صور التوقيع، وليست جميعها[6].

وفي تعريف رابع عن التوقيع الإلكتروني أنه: "بيان مكتوب بشكل إلكتروني، يتمثل بحرف أو إشارة أو رقم أو رمز أو إشارة أو صوت أو شفرة خاصة ومميزة، ينتج عن اتباع وسيلة آمنة، وهذا البيان يلحق أو يرتبط منطقيا

1 - أسامة بن غانم العبيدي، "حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات"، **المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب**، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، المجلد: 28، العدد: 56، 2012، ص 145.

2 - حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 34.

3 - شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 282.

4 - المرجع نفسه، ص 282.

5 - محمد أمين الرومي، **النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني**، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 14.

6 - المرجع نفسه، ص 14.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ببيانات المحرر الإلكتروني (رسالة البيانات) للدلالة على هوية الموقع على المحرر والرضاء بمضمونه"[1]، ويعد وسيلة ضرورية للمعاملات الإلكترونية في إبرامها وتنفيذها، والمحافظة على سرية المعلومات والرسائل[2].

كما عرفه البعض الآخر بأنه: " عبارة عن حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات لها طابع منفرد تسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع وتمييزه عن غيره، بحيث تعبر عن رضاء الموقع بمضمون التصرف وتضمن سلامته"[3].

وقد عرفه جانب من الفقه الفرنسي بأنه: " مجموعة من الإجراءات التقنية التي تمكن من تحديد شخصية من يصدر عنه هذه الإجراءات وقبوله التصرف الذي يصدر التوقيع بشأنه"[4].

وأخيراً عُرفه أنه: " وسيلة إلكترونية يمكن بمقتضاها تحديد هوية الشخص المنسوب إليه التوقيع مع توافر النية لديه في أن ينتج آثاره القانونية على نحو يماثل التوقيع بخط اليد"[5].

البند الثاني: التعريف القضائي للتوقيع الإلكتروني

اتبعت محكمة النقض الفرنسية في تعريفها للتوقيع الإلكتروني مسلك تعريفها للتوقيع التقليدي، فبعدما عرفت هذا الأخير بأنه: " شهادة بخط اليد تكشف عن رضاء الموقع بهذا التصرف وتمكن من التحقق من إسناد التوقيع لصاحب الوثيقة"، قررت بأن: "هذه الطريقة الحديثة (التوقيع الإلكتروني) تقدم نفس الضمانات اليدوية للتوقيع اليدوي الذي يمكن أن يكون مقلدا، بينما الرمز السري لا يمكن أن يكون إلا لصاحب الكارت فقط"[6]، ثم كرس القضاء بعد ذلك هذا النوع الجديد من التوقيعات باعتباره توقيع صحيح معترف به قانوناً على أنه: " كل رمز خطي مميز وخاص يسمح بتحديد وتشخيص صاحبه دون لبس أو غموض، وانصراف إرادته الصريحة للالتزام بمحتوى ما تم التوقيع عليه"[7].

---

1 - عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 56.

2 - براهمي حنان، "المحررات الالكترونية كدليل إثبات"، **مجلة المفكر**، جامعة محمد خيضر - بسكرة، العدد: 9، 2013، ص 142.

3 - أسامة روبي عبد العزيز الروبي، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات والادعاء مدنياً بتزويره، **مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية)**، جامعة الإمارات العربية المتحدة -أبو ظبي، خلال الفترة: 19 -2009/05/20، ص 507.

4 - محمد أمين الرومي، **النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 16.

5 - أشرف توفيق شمس الدين، " الحماية الجنائية للمستند الالكتروني"، **مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون**، 10 -12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، ص 506.

6 - القرار المؤرخ في 1952/11/05 مشار إليه لدى: ممدوح محمد خيري هاشم المسلمي، **مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الأنترنت في القانون المدني**، نقلاً عن: حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، الهامش رقم 2، ص 327.

7 - مشار إليه أيضاً لدى ممدوح محمد خيري هاشم المسلمي، **مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الأنترنت في القانون المدني**، نقلاً عن: حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، الهامش رقم 3، ص 327.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد اعترفت بالتوقيع الإلكتروني محكمة استئناف مونبلييه الفرنسية في: 1987/04/09، وجاء في حيثيات الحكم: " طالما أن صاحب الطاقة هو الذي قام بإدخال الرقم السري في نفس الوقت، فإنه يكون قد عبر عن رضاه في سحب هذا المبلغ المسجل، بناءً عليه فإن شركة crédicas، قد قدمت دليلاً كافياً على ديونها بواسطة تسجيل الآلة لتلك العملية والتي كان يتعذر قبولها لو لم يكن استخدام البطاقة متزامنا مع إدخال الرقم السري"[1].

البند الثالث: التعريف التشريعي للتوقيع الإلكتروني

عرفه القانون النموذجي الذي وضعته الأونيسترال عام 2001 في المادة 2 منه على أنه: " بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها، أو مرتبطة بها منطقيا، حيث يمكن أن تستخدم لبيان هوية الموقع بالنسبة إلى هذه الرسالة، ولبيان موافقته على المعلومات الواردة في الرسالة "[2].

كما قدم التوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام 1999، تعريفاً مزدوجاً للتوقيع الإلكتروني، فمن جهة نصت المادة (1/2) على أنه: " معلومة تأخذ شكلاً إلكترونياً تتصل وترتبط بشكل منطقي ببيانات أخرى إلكترونية، والذي يشكل أساس منهج التوثيق"[3]، ومن جهة أخرى فقد أضاف تعريفاً نوعياً ثانياً خاصاً لما يسمى التوقيع الإلكتروني المحمي أو المركب، حيث عرفه على أنه: " توقيع يرتبط بشكل غير قابل للفصل بالنص الموقع، والهدف من ذلك هو تسهيل استخدام التوقيع الإلكتروني، والمساهمة في الاعتراف القانوني به، ووضع إطار قانونيا له من أجل التوظيف الملائم للسوق الداخلية"[4].

وعرفه المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني بأنه: " البيانات التي تتخذ هيئة حرف، أو أرقام أو إشارات، أو غيرها، وتكون مدرجة بشكل إلكتروني، أو رقمي، أو ضوئي، أو أي وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات، أو مضافة عليها، أو مرتبطة بها، ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها، ويميزه عن غيره، من أجل توقيعه وبغرض الموافقة على مضمونه"[5].

---

1 - حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 328.

2 - عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 49.

3 - تنص المادة 2/2 من التوجيه الاوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية على أنه: "يقصد بالتوقيع الإلكتروني المحمي، كل توقيع استوفى الشروط التالية:

أ - أن يرتبط التوقيع بشخص الموقع حصراً.

ب - أن يسمح بتحديد هوية الشخص الموقع.

ج - أن يكون قد أنشئ بوسائل تبقى تحت رقابة الموقع الحصرية.

د - أن يرتبط التوقيع بالبيانات التي يحيل إليها على نحو يسمح بكشف كل تعديل لاحق عليها"

4 - شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص ص 274 -275.

5 - المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المؤقت رقم 85 لسنة 2001.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما عرفه المشرع المصري في القانون رقم 15 لسنة 2004 الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني في المادة 1/ج بأنه: " كل ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره "[1]، ويلاحظ على هذا التعريف أنه يتضمن عنصرين أساسيين، يتمثل الأول في بيان الأشكال التي يتكون منها التوقيع الإلكتروني، إذ ذكر على سبيل المثال لا الحصر أنه يتخذ شكل حروف أو أرقام أو إشارات، أما العنصر الثاني فيتمثل في التأكيد على وظائف التوقيع الإلكتروني بأنه يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره[2].

كما عرفه المشرع الإماراتي في المادة 2 من القانون رقم 2 لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية بأنه: " توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني وملحق أو مرتبط منطقيا برسالة إلكترونية وممهور بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة"[3].

أما القانون الفيدرالي الأمريكي بشأن التجارة الإلكتروني والصادر في 30 جويلية 2000 فقد عرف التوقيع الإلكتروني بأنه: " أصوات أو إشارات أو رموز، أو أي إجراء آخر يتصل منطقيا بنظام معالجة المعلومات إلكترونياً، ويقترن بتعاقد أو مستند أو محرر، ويستخدمه الشخص قاصدا التوقيع على المحرر"[4].

وعرفه المشرع السوري في المادة الأولى من القانون الخاص بالتوقيع الإلكتروني الصادر عام 2000 على أنه: "جملة بيانات تدرج بوسيلة إلكترونية على وثيقة إلكترونية وترتبط بها، وتتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو أي شكل آخر مشابه، ويكون لها طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره وينسب إليه وثيقة إلكترونية بعينها"، ويتضح من هذا التعريف أن القانون السوري اعتمد على طريقة معينة من طرائق التوقيع الإلكتروني، بحيث يشمل التوقيع الإلكتروني عدة صور مع السماح بقبول أي صورة جديدة للتوقيع الإلكتروني قد تظهر مستقبلا[5].

أما المشرع التونسي فلم يعرف التوقيع الإلكتروني في القانون رقم 8 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية، وإنما اكتفى بتعريف منظومة إحداث الإمضاء بأنها: " مجموعة وحيدة من عناصر التشفير الشخصية أو

1 - عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 52.
2 - أيسر صبري ابراهيم، المرجع السابق، ص 181.
3 - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 212.
4 - مخلوفي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 201.
5 - هلا الحسن، " تصديق التوقيع الإلكتروني"، **مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية**، جامعة دمشق، سوريا، المجلد: 26، العدد: الأول، 2010، ص 528.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجموعة من المعدات الشخصية المهيأة خصيصا لإحداث إمضاء إلكتروني "، ومن خلال هذا التعريف يتبين أن عناصر إحداث التوقيع الإلكتروني أو مراجعته هي عناصر تشفير شخصية، بمعنى أنها لا تتكرر مع أكثر من شخص، ولذلك فالتوقيع دال على شخص صاحبه ويميزه عن غيره.

وعرفه المشرع الجزائري في المادة الثانية من القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين على أنه: " بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق"، كما عرف أيضا في ذات المادة الموقع على أنه: " شخص طبيعي يحوز بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني ويتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله".

يتضح أن التوقيع الإلكتروني وسيلة حديثة للتحقق من رضا الشخص، وانصراف إرادته إلى الالتزام بمضمون ما وقع عليه، وينشأ عبر وسيط إلكتروني، استجابة للمعاملات التي تتم بطريقة إلكترونية، مما جعل فكرة التوقيع التقليدي مستبعدة في هذا المجال، كما أن للتوقيع الإلكتروني خصوصيات تميزه عن التوقيع التقليدي، هذا الأخير الذي يتم بالإمضاء بخط اليد، إضافة إلى وروده على دعامة ورقية، بينما يتم التوقيع الإلكتروني عن طريق الوسيط الإلكتروني هذا من جهة، واتخاذه عدة صور من جهة أخرى؛ كالحروف، والأرقام، والرموز، والإشارات.

الفرع الثاني: صور التوقيع الإلكتروني

أسفرت التطورات التكنولوجية الحديثة عن صور وأشكال متعددة من التوقيعات الإلكترونية، والتي تختلف باختلاف الشكل الذي يتخذه التوقيع في حد ذاته، والطريقة المستعملة في استخدامه، كما يختلف من حيث درجة الأمان، والثقة التي يتمتع بها، وما لاقته من قبول وتنظيم قانوني، وتتمثل صور التوقيع الإلكتروني فيما يلي:

البند الأول: التوقيع الرقمي

يقصد به: " بيانات أو معلومات متصلة بمنظومة بيانات أخرى أو صياغة منظومة في صورة شفرة"، ويتم تحويل المحرر المكتوب باستخدام العمليات الحسابية من أسلوب الكتابة العادية إلى معادلة رياضية وتحويل التوقيع إلى أرقام، وحتى يكتمل المحرر من الناحية القانونية، فإنه يجب وضع توقيع عليه وهو ما يحدث بإضافة الأرقام إلى المعادلة الرياضية حيث يكتمل المحرر ويتم حفظة في جهاز الكمبيوتر[1]، ويتمتع التوقيع الرقمي بقدرة فائقة على تحديد هوية الأطراف بشكل دقيق، وهو يتمتع بدرجة كبيرة من الثقة[2]، ويتم استخدامه في المعاملات الإلكترونية، وبشكل خاص

1 - خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص ص 198 - 199.

2 - حابت أمال، المرجع السابق، ص 105.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

في المعاملات البنكية، وهو ما يجعله من أهم صور التوقيع الإلكتروني، وتستخدم اللوغريتمات في إعداد التوقيع الرقمي[1]، وتتم المحافظة على المعلومات وخصوصياتها، فلا يستخدمها إلا من وجهت إليه، ويعتمد هذا التوقيع على نظام التشفير، باستخدام مفاتيح خاصة يشفر بها منشئ رسائل المعلومات رسائله، ويتم هذا التشفير بطريقتين

أولا: التشفير المتماثل

يتم هذا التشفير باستخدام مفتاح واحد معروف لدى الطرفين، فمنشئ الرسالة يقوم بتشفيرها بعد إنشائها باستخدام هذا المفتاح لتتحول الرسالة لمعادلة رياضية وأرقام لا يفهمها أحد، ومن ثم يرسلها الطرف الآخر الذي يقوم عند وصولها إليه باستخدام نفس المفتاح لتحليلها وفك الشفرة، لتعود هذه الرسالة إلى الصورة المقروءة[2]، إلا أن أهم عيوب هذه الطريقة تكمن في عملية تبادل المفتاح السري ؛ أي أن الرسالة يستطيع فك شفرتها شخص آخر غير المرسل إليه، وذلك بمجرد علمه أو حصوله على المفتاح السري[3]، والحال أن هذه الطريقة لم ينص عليها المشرع الجزائري في القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

ثانيا: التشفير غير المتماثل

يعرف على أنه سلسلة من الهندسة العكسية، تستخدم مفتاحين مختلفين أحدهما للتشفير، والآخر لفك الشفرة، وميزة هذه الطريقة أنه لو عرف أحد المفتاحين، فلا يمكن معرفة المفتاح الثاني، وكلا المفتاحين له علامة رياضية معقدة لا يمكن معرفتها إلا من جانب صاحبها[4] ؛ مما يعني أن هذا التشفير يعتمد على زوج من المفاتيح غير المتماثلة (المفتاح العام والمفتاح الخاص): المفتاح الأول يخص الذي يحتفظ به سراً، ويقوم بتشفير الرسالة عن طريقه، ولا يستخدمه إلا صاحب التوقيع[5]، وقد أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 2 فقرة 8 من نفس القانون، وعرفه على أنه: "عبارة عن سلسلة من الأعداد يحوزها حصريا الموقع فقط، وتستخدم لإنشاء التوقيع الإلكتروني، ويرتبط هذا المفتاح بمفتاح تشفير عمومي"[6]، أما المفتاح الثاني فهو معروف لدى الجميع[7]، وقد تناوله المشرع الجزائري في نص المادة 2 فقرة 9 من القانون رقم 04/15 ، حيث عرفه على أنه: " عبارة عن سلسلة من الأعداد تكون موضوعة في متناول

1 - نادية ياس البياتي، المرجع السابق، ص 196.

2 - يحيى يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، **مذكرة ماجستير**، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007، ص 87.

3 - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 219.

4 - عبد الفتاح بيومي حجازي، **النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 197.

5 - Joseph Richani, Op .cit, p 185.

6 - أنظر: المادة 8/2 من القانون 04/15 المتعلق بالقواعد المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

7- Joseph Richani, Op .cit, p 185.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الجمهور بهدف تمكينهم من التحقق من الإمضاء الالكتروني وتدرج في شهادة التصديق الالكتروني"[1]، ومن خلال ما سبق فإذا أراد الموقع توقيع رسالة المعلومات يجب عليه أن يقوم بالخطوات التالية :

- تحديد الرسالة المراد توقيعها.

- فك تشفير المفتاح الخاص عن طريق إدخال الرقم السري الخاص بذلك

- تشفير رسالة المعلومات باستخدام المفتاح الخاص، واستخدام برنامج معلوماتي لتقطيع الرسالة، وتحويلها إلى رسالة رقمية، وتتحول المعلومات إلى شكل عشوائي، ومبعثر يستحيل لأي شخص فهمها، أو الحصول على الرسالة الأصلية أو استنتاجها[2]، فلا يستطيع من أرسلت إليه الرسالة قراءتها إلا بفك الشيفرة الخاصة بها عن طريق المفتاح العام لمرسل الرسالة الذي يقوم بإرساله إلى مستلم الرسالة، وإذا طرأ أي تغيير على الرسالة أو محتواها فإن الحاسب الآلي يستطيع معرفة ذلك على الفور، وهذا ما يدفع المستلم إلى الوثوق بأن الرسالة مرسلة من المرسل، وكذلك الوثوق بسلامة الرسالة، وأن التوقيع يعود للمرسل[3].

ولضمان عملية التشفير الخاصة بالتوقيع الإلكتروني كان اللجوء لطرف ثالث في عملية التجارة الإلكترونية يكون محل ثقة الأفراد ؛ يتمثل في هيئة محايدة مختصة لها سلطة إشهار، وتوثيق التوقيع الإلكتروني، وإن كان للتوقيع الرقمي سلبيات ؛ كاحتمال تعرض الرقم السري للسرقة، أو الضياع، أو التقليد، مما يجعل صاحبه ملزم بسرية رقمه[4].

البند الثاني : التوقيع البيومتري

يقصد به التحقق من شخصية المتعامل بالاعتماد على الخواص الفيزيائية، والطبيعية، والسلوكية للأفراد[5]، ومن بين الخواص البيومترية : البصمة، ومسح العين البشرية، والتحقق من نبرة الصوت، وخواص اليد البشرية والتعرف على الوجه البشري[6]، وتتم عملية تخزين الصورة من خلال مجموعة أرقام، أو خانات رقمية في ذاكرة الحاسوب، أو في بطاقات ذكية يستخدمها العملاء في جهاز الصراف الآلي، وبواسطة كاميرا خاصة تلتقط للشخص

---

1 - أنظر : المادة 9/2 من القانون 04/15 المتعلق بالقواعد المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين

2 - محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 199.

3 - يحيى يوسف فلاح حسن، المرجع السابق، ص 88.

4 - هدى حامد قشقوش،" الحماية الجنائية للتوقيع الإلكتروني"، **مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون**، 10 -12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، ص 592. و أنظر أيضاً :

- Joseph Richani, Op. cit, p 159

5 -إبراهيم أبو الليل الدسوقي، "توثيق التعاملات الإلكترونية ومسؤولية جهة التوثيق تجاه الغير"، **مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون**، 10 -12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الخامس، ص 1854.

6 - رحيمة الصغير ساعد نمديلي، **العقد الإداري الإلكتروني – دراسة تحليلية مقارنة**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 85.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

صورة لحظية لقزحية العين، بحيث يتم مطابقة ذلك مع السجل الرقمي الموجود في البطاقة، أو الحاسب الآلي، وفي حالة التطابق يتم تنفيذ العملية، وإلا فإن البطاقة تحتجز في الجهاز، ويلغي الأمر المُدخل بإصدار عدم التنفيذ[1]، ويسمح ارتباط هذه الخواص الذاتية بالإنسان بتمييزه عن غيره بشكل موثوق به إلى أقصى الحدود، وهو ما يتيح استخدامها في التوقيع الإلكتروني، وهذا النوع من التوقيع يرتبط استخدامه والوثوق به بمدى درجة تقدم التكنولوجيا التي تؤمن انتقاله دون القدرة على التلاعب فيه[2].

وإن كان قد عيب على هذه الطريقة أن تخزينها على جهاز الكمبيوتر، أو على قرص يجعل عملية قرصنتها سهلة، كما يجعلها تفتقر بذلك للأمان والثقة، إضافة إلى أنه نظام جِدُ مكلف، ويحتاج إلى استثمارات ضخمة بالنظر لما يتطلبه من معدات تقنية قد لا تتوفر عليها مؤسسات البيع والمستهلكين على حد السواء، الأمر الذي يناقض مبادئ التجارة الإلكترونية ؛ التي جاءت لتقليص التكاليف والجهد[3].

البند الثالث: التوقيع بالقلم الإلكتروني

يُعّرف التوقيع بالقلم الإلكتروني على أنه صورة مرسومة للتوقيع بخط اليد، حيث يتم أخذ توقيع الشخص بواسطة قلم ولوحة إلكترونية متصلة بجهاز كمبيوتر[4]، ويتم ذلك عن طريق التصوير بالماسح الضوئي، ثم نقل هذه الصورة إلى الملف الذي يراد إضافة هذا التوقيع إليه لإعطائه الحجية اللازمة، عبر شبكة الاتصال الإلكتروني، وتتم هذه الطريقة بالتوقيع بخط اليد على شاشة الحاسب الآلي، وعن طريق برنامج خاص، ويتم التحقق من صحة التوقيع بالاستناد إلى حركة القلم التي يتخذها من دوائر، أو انحناءات، أو التواءات، وغير ذلك من سمات خاصة بالتوقيع الخاص بالشخص الموقع، والذي يكون قد سبق تخزينه بالحاسب الآلي[5].

إن هذا النوع من التوقيع يحقق وظيفتين هما[6]:

- التقاط التوقيع وكتابته في مكان مخصص .
- المطابقة، وبيان لمن هذا التوقيع، معتمداً على مجموعة من الخواص البيولوجية للتوقيع.

---

1 - عيسى الصمادي، "الإثبات في عقد التكنولوجيا الإلكتروني عبر شبكة الأنترنت"، **مجلة دراسات قانونية**، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات و الخدمات التعليمية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ، العدد: 6، 2010، ص 68.

2 - خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 201.

3 - حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 339.

4 - أشرف توفيق شمس الدين، المرجع السابق، ص 515.

5 - محمد أمين الرومي، **النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 45.

6 - شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 312.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعلى الرغم من إيجابية هذا الشكل من التوقيع المتمثلة في سهولة استعماله، فهو لا يتمتع بدرجة عالية من الأمان، حيث يمكن لمستقبل المحرر الذي ذيل بالتوقيع أن يحتفظ بالمحرر لديه، ويعيد استخدام التوقيع الوارد عليه مدعياً أنه صاحب التوقيع الفعلي[1]، كما أنه يحتاج إلى جهاز حاسب آلي ذو مواصفات خاصة تمكنه من أداء مهمته في التقاط التوقيع على شاشته، والتحقق من مطابقة التوقيع المحفوظ بذاكرته، كما أنه يحتاج إلى جهة توثيق إضافية[2].

البند الرابع: التوقيع بالرقم السري في البطاقات الممغنطة

أكثر المجالات التي انتشر فيها استخدام هذه البطاقات هو القطاع المصرفي؛ إذ أصبح لدى معظم البنوك إن لم يكن جميعها خدمة الصراف الآلي، والتي تعتمد أساساً على وسائل تقنية حديثة تستخدم من أجل سحب، أو إيداع النقود فيها بطاقات ممغنطة، وهذه البطاقات تحتوي على بيانات خاصة بشخص معين، وهذه البيانات موجودة في دائرة إلكترونية مغلقة، ومثبتة على البطاقة[3].

ويتم ذلك عندما يقوم العميل بإدخال البطاقة في الجهاز الذي يتعرف على البطاقة، ثم يطلب منه أن يقوم بإدخال الرقم السري الخاص، ليتأكد من أن حامل البطاقة هو الشخص المخول للدخول إلى الحساب البنكي، وبالتالي يسمح له بالقيام بما يريد من عمليات سحب، وإيداع، وغيرها من العمليات، وكذا الأمر في المحال التجارية[4].

ودقة هذا النظام تكمن في أنه يشتمل على رقم سري متميز، وخاص بصاحبه، فلو عثر شخص أخر على البطاقة فإنه لا يستطيع استخدامها إلا إذا علم بالرقم السري[5]، ولا يحدث هذا إلا بإهمال شديد من حامل البطاقة، والذي يمكنه تفادي ذلك عن طريق مخاطبة البنك بوقف العمل بهذه البطاقة، وبذلك فإن هذه البطاقة والرقم السري قد يحقق وظائف التوقيع بكفاءة عالية أكثر من الإمضاء، والختم، والبصمة، رغم أن الرقم السري ينفصل عن صاحبه[6].

وتتميز هذه الصورة من صور التوقيع في الشكل الإلكتروني إضافة لسهولتها، بقدر كبير من الأمان والثقة، فالعملية القانونية لا تتم إلا إذا اقترن إدخال البطاقة في الجهاز بإدخال الرقم السري الخاص بالعميل، والذي يتم

1 - أسامة روبي عبد العزيز الروبي، المرجع السابق، ص 510.
2 - عادل رمضان الأبيوكي، **التوقيع الإلكتروني في التشريعات الخليجية**، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 22.
3 - محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 194.
4 - علاء محمد عيد نصيرات، المرجع السابق، ص 36.
5 - حابت أمال، المرجع السابق، ص 104.
6 - علاء محمد عيد نصيرات، نفس المرجع، ص 36.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إعداده، وتسليمه للعميل بطريقة محكمة السرية ؛ بحيث لا يستطيع أن يعلمه أحد سواه، كما في حالة فقد البطاقة، أو سرقتها، أو نسيان الرقم السري، أو فقده، فيتم تجميد كل العمليات التي تتم بواسطة البطاقة بمجرد إخبار البنك[1].

إضافة إلى ذلك فإنه يسمح بإبرام الصفقات دون الحضور الجسدي للمتعاقدين مما يساعد على تنمية وضمان التجارة الالكترونية[2]، إلا أن هذه الطريقة لا تخلو من العيوب، ومن ذلك أن يحصل شخص على البطاقة الممغنطة والرقم السري، ويجري عمليات سحب أو شراء، فلا مناص من خصم هذه المبالغ من حساب العميل، وهنا فإن التوقيع الإلكتروني لا يفيد في تحديد الشخص الذي القائم بالعملية[3].

الفرع الثالث: وظائف التوقيع الإلكتروني

للتوقيع الإلكتروني وظائف عدة ، تتمثل أولاها في تحديد هوية الموقع على المحرر، والتعريف بشخصه، كونه منبثق عن شخص الموقع وامتداد لشخصه، أما الثانية فتتمثل في التعبير عن إرادة الموقع، وقبوله بموضع التصرف، وبمضمون المحرر، فيكون حجة كاملة في الإثبات، أما الوظيفة الثالثة فتكمن في إثبات التوقيع الإلكتروني لسلامة العقد، كما يذهب البعض إلى أن له وظيفة أخرى وتتمثل في الحفاظ على مضمون السند وما يحتويه من معلومات.

البند الأول: الدلالة على هوية الموقع[4]

يعتبر التوقيع الإلكتروني عنصراً جوهرياً في السند، ولا غنى عنه لإضفاء الحجية عليه، لأنه يضمن إقرار الموقع برضاه بما هو مدون بالسند[5]، فالغاية من التوقيع هو نسبة ما ورد في المحرر للشخص الموقع، لأن التوقيع وبكافة أشكاله التي بيناها تتم بواسطة تحديد شخصية الموقع على السند الإلكتروني، مع مراعاة وسائل الأمان المتبعة في هذا المجال، وبالتالي فإن التوقيع الإلكتروني كعنصر من عناصر المحرر الإلكتروني يستطيع أن يؤدي وظيفته في تحديد شخص الموقع على المحرر الإلكتروني[6].

1 - ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 57.

2 - عبد الفتاح بيومي حجازي، **النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 193.

3 - ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 57.

4 - تنص المادة 7 من القانون 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين على أنه : "...أن يمكن من تحديد هوية الموقع"

5 - الصالحين محمد العيش، "دور الدليل الإلكتروني في إثبات المعاملات المصرفية"، **مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية)**، جامعة الإمارات العربية المتحدة -أبو ظبي، خلال الفترة: 19 -2009/05/20، ص 683.

6 - يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص 98.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الثاني: التعبير عن إرادة الموقع في الالتزام بالتصرف القانوني

يدل التوقيع العادي على رضا الموقع بما هو مدون في المحرر وقبوله بما جاء فيه، لأن وضع التوقيع على مستند معين أو وثيقة معينة يعني انصراف مضمون الوثيقة أو المستند إلى شخص الموقع[1]، وذات الشيء ينطبق على التوقيع الإلكتروني، حيث يقوم بإظهار إرادة الموقع في الالتزام بمحتويات التصرف القانوني، ويمكن استخلاص ذلك من الوقائع المادية التي يقوم بها الموقع، كإمساك القلم، وكتابة توقيعه على المحرر، أما إذا لم تتجه إرادته إلى الالتزام بمحتوياته فإن المحرر يعد باطلاً، إذا ما استطاع الموقع إثبات حالات الاختلاس، أو الإكراه، ولا يختلف الأمر بالتعبير عن الإرادة في الالتزام بمحتويات التصرف القانوني عما هو في تحديد هوية الشخص الموقع، فدقة التعبير عن الإرادة معلق على حداثة التقنية التكنولوجية المستخدمة، وقدرتها على توفير الأمان والسرية، ومن ثمة يكون لها القدرة على التعبير عن إرادة الموقع في الالتزام بمحتوى التصرف[2].

البند الثالث: إثبات سلامة العقد

لا يقصد بذلك أن التوقيع الإلكتروني يضفي الحجية على سلامة العقد، وصحته، وحجيته، وإنما هي قرينة تقبل إثبات العكس على سلامة محتوى العقد وصحته، وعدم المساس بمضمونه، أو العبث به، إذ أنه حتى لو ثبت سلامة العقد من خلال استخدام التوقيع الإلكتروني المؤمن، والمشفر، والذي يضمن عدم العبث بمحتوى العقد، فإنه من الممكن إثبات عدم حجية المحرر الإلكتروني، أو بطلانه، أو صوريته، ومن خلال استخدام الرسائل الرقمية المشفرة، وبواسطة المفتاح العام، والمفتاح الخاص، وتحويل الأرقام إلى بيانات بعد فك الرموز، ومقارنة النتائج من قبل الطرفين المرسل والمرسل إليه، نستطيع التأكد من صحة محتوى العقد ومن عدم وجود تلاعب فيه، وبالتالي يستطيع التوقيع الإلكتروني أن يؤدي دوره في إثبات محتوى العقد خاصة أن وسائل الأمان في مجال العقود الإلكترونية مهمة[3].

المطلب الثاني: شروط التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات

إن بيان قيمة التوقيع الإلكتروني في الإثبات يقتضي بيان الشروط اللازمة فيه حتى يعتد به وتثبت له الحجية، وهو ما سنتطرق له في الفرعين التاليين، فنخصص الأول لبيان شروط التوقيع الإلكتروني، والثاني لبيان الحجية التي يتمتع بها التوقيع الإلكتروني.

1 - أسامة بن غانم العبيدي، المرجع السابق، ص 149.
2 - عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 91.
3 - يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص ص 101 -102.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الأول: شروط التوقيع الإلكتروني

لا تعتبر حجية التوقيع الإلكتروني مطلقة، وإنما هي معلقة على مجموعة من الشروط يتوجب توفرها في التوقيع الإلكتروني حتى يكتسب ذات الحجية المقررة للتوقيع التقليدي، وليعتد به ويكون موثوقاً، ولكي يتمكن من تحقيق الوظيفة المبتغاة منه، فيجب أن يكون التوقيع شخصياً، ومميزاً لموقع التعاقد، وأن يكون مقروءً، ومستمراً، ومباشراً، وأن يتصل التوقيع بالمحرر، وتفصيل ذلك كالتالي:

البند الأول: أن يكون التوقيع الإلكتروني شخصيا ومميزا لشخص صاحبه

التوقيع علامة خطية وشخصية، يعبر عن شخص صاحبه، ففي التوقيع التقليدي لابد أن يكون باسم المُوّقع، وليس باسم وكيله، فضلاً عن أن هذا التوقيع يحدد شخص صاحبه، لذلك فالتوقيع علامة أو إشارة تميز شخصية المُوّقع، وتعبر عن رغبته في الالتزام بمضمون السند الذي وقّع عليه، وهو ما يجب أن يقوم به التوقيع الإلكتروني، لاسيما وأن فرص التلاعب في التوقيع الإلكتروني أو تزويره تبدو ضئيلة، كما أنه يساهم في تحديد هوية صاحبه، فهو يقوم بذات دور التوقيع التقليدي في ظل ضمانات معينة[1]، فيحدد التوقيع الإلكتروني هوية الموقع، باعتبار أن لكل شخص توقيع يميزه، وينفرد به عن غيره، وهذا متى كان موثقاً ومؤمناً وفق الإجراءات المحددة قانوناً[2]، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري بالمادة السابعة من القانون 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

التوقيع الإلكتروني بكافة صوره يعد من العلامات المميزة الخاصة بالشخص، فالتوقيع البيومتري، أو التوقيع بالرقم السري، أو بالقلم الإلكتروني، أو التوقيع الرقمي، كلها تتضمن علامات مميزة، تميز الشخص عن غيره، فلا يمكن مثلاً أن يتشابه اثنان بنفس الرقم السري داخل نظام واحد، وبالتالي لا يستطيع أحد استخدام الرقم السري لشخص آخر، ولا يمكنه أن يعرفه بأية طريقة إلا بإهماله، وهكذا الحال بالنسبة لباقي صور التوقيع الإلكتروني[3].

البند الثاني: أن يكون التوقيع الإلكتروني مقروءً ومستمراً ومباشراً

يعد التوقيع شكلاً من أشكال الكتابة، وبالتالي يخضع للشروط التي تخضع لها الكتابة من حيث إمكانية الاطلاع عليه، وقراءته بشكل مباشر أو عن طريق استخدام آلة معينة كالكمبيوتر، ويجب أن يتم تحريره بشكل يسمح بالرجوع إليه خلال فترة معينة، ويمكن أن يتحقق هذا الشرط في التوقيع الإلكتروني، إذ أن هذا الأخير يترك بيانات

1 - مخلوفي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص ص211 -212.

2 - يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص 81.

3 - علاء محمد عيد نصيرات، المرجع السابق، ص 65.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مختلفة يمكن قراءتها من خلال إيصال المعلومات في الحاسب الآلي، الذي سيتم تغذيته ببرامج لها القدرة على ترجمة لغة الآلة التي تتكون من توافق وتبادل بين رقم واحد وصفر إلى لغة مقروءة[1].

وبالنسبة للاستمرارية فربما كان هناك شك بسبب التكوين المادي والكيميائي للشرائح الممغنطة، وأقراص التسجيل المستخدمة في الحاسبات الذي يتميز بقدر من الحساسية، مما يعرضها للتلف السريع عند اختفاء قوة التيار الكهربائي، إلا أن ذلك يمكن التغلب عليه باستخدام أجهزة ووسائط أكثر قدرة، وبالتالي يمكن الاحتفاظ بالبيانات لمدة طويلة قد تفوق الورق العادي الذي يتآكل بفعل الرطوبة أو الحشرات لسوء التخزين[2].

البند الثالث: أن يكون التوقيع الإلكتروني مرتبطاً بالمحرر الإلكتروني ارتباطاً وثيقاً

يشترط في التوقيع الإلكتروني كي يؤدي وظيفته في إثبات إقرار الموُقّع بما ورد في مضمون المحرر، أن يكون التوقيع متصلاً بالمحرر لا يمكن فصله عنه، وأن يكون هذا الاتصال مستمراً، ويمكن حفظه، واسترجاعه، ولا شك أن استخدام التوقيع التقليدي على المحرر الورقي المعد للإثبات يتحقق معه اتصال التوقيع بالمحرر اتصالاً مادياً وكيميائياً، فلا يفصل أحدهما عن الآخر، إلا بإتلاف الوثيقة، أو إحداث تعديل في التركيب الكيميائي للحبر، ومادة الأوراق[3].

إن تحقق هذا الشرط يتعلق أساساً بكفاءة التقنيات المستخدمة في تأمين مضمون المحرر المدون إلكترونياً، والتي من أهمها تقنية التوقيع الرقمي، والذي يعتمد على مفتاحين عام وخاص، ولا يستطيع أحد أن يطلع على مضمون المحرر إلا الشخص الذي يملك المفتاح القادر على تمكين الشخص من ذلك، وعليه فإن المحرر يرتبط بالتوقيع على نحو لا يمكن فصله، ولا يمكن لأحد غير صاحب المحرر المدون من التدخل لتعديل مضمونه[4].

البند الرابع: سيطرة الموقع على الوسيط الإلكتروني

كي يكون صاحب التوقيع الإلكتروني منفرداً به، بحيث لا يستطيع أي شخص فك رموز التوقيع الخاص به، أو الدخول عليه؛ سواء عند استعماله لهذا التوقيع أو عند إنشائه[5]، يجب أن تكون منظومة إحداث ذلك التوقيع تحت

---

1 - حابت أمال، المرجع السابق، ص 110.

2 - علاء محمد عيد نصيرات، المرجع السابق، ص 66.

3 - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 234.

4 - علاء محمد عيد نصيرات، المرجع السابق، ص ص 65 - 66.

5 - صدر حكم في هذا الشأن عن محكمة استئناف Besançon في 20 أكتوبر 2000، يؤكد على ضرورة سيطرة الموقع وحده دون غيره، وإلا لا يعتبر هذا التوقيع حجة على الموقع، وعلى الغير، وتتلخص وقائع القضية المعروفة بقضية Sarl Boisson (Bernard chalets)، أن محامي أحد الأشخاص (الموقع)، احتج بالتوقيع الإلكتروني لموكله أمام المحكمة، وقدم في عريضة دعواه بيانات هذا التوقيع السرية، التي من المفترض أن الموقع هو الذي يعلمها وحده=دون غيره، كما أن هذه البيانات كان يعرفها أيضا أشخاص آخرون يعملون في مكتب المحامي، وقد رفضت المحكمة الحكم بصحة هذا التوقيع=

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

سيطرة المُوقِّع ذاته عند إنشاء التوقيع أو استعماله، وتتحقق من الناحية الفنية سيطرة وتحكم الموقّع على الوسيط الإلكتروني المستخدم في تثبيت التوقيع عن طريق حيازته لأداة حفظ المفتاح الخاص[1].

ومن الوسائط التي ينبغي أن تكون تحت سيطرة الموقع أجهزة تسجيل البصمات، وأجهزة وأنظمة التشفير، وشبكات الاتصالات التي تربط بين هذه الأدوات والأنظمة، إضافة للبرامج المستحدثة في التشغيل، وما في حكمها[2].

الواقع أن هذه الشروط تهدف إلى المساواة بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع التقليدي، وذلك بمنحه نفس الحجية القانونية في الإثبات، وذلك لضمان قيام التوقيع الإلكتروني بوظيفته الكاملة في إثبات المعاملات الإلكترونية.

الفرع الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

أدى تزايد التعامل عبر شبكة الأنترنت إلى اكتشاف أنواع جديدة من التواقيع إلى جانب التوقيع العادي، والتي عرفت بتقنيات التواقيع الإلكترونية، الأمر الذي دعا إلى تدخل التشريعات لوضع إطار قانوني محدد، يهدف إلى الحد من فكرة عدم اليقين فيما يتعلق بالأثر القانوني الذي ينتج عن هذه التقنيات الحديثة، وانتهى ذلك لوضع قواعد قانونية خاصة، أضفت على التوقيع الإلكتروني قوة قانونية، وحجية تماثل قوة التوقيع التقليدي وحجيته، على أن يكون التوقيع الإلكتروني مستجمعاً الشروط التي يحددها القانون[3].

وفي هذا السياق أكدت المادة السابعة من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996، الشروط الواجب توافرها في التوقيع الإلكتروني، والمتمثلة في استخدام طريقة تعيين هوية الشخص الموقع، والتعبير عن موافقته على التصرف محل التوقيع، وأن تكون هذه الطريقة جديرة بالتعويل عليها.

إلا أنه وبصدور قانون الأمم المتحدة بشأن التوقيعات الإلكترونية بتاريخ 2001/06/05، جاءت المادة السادسة منه لتنص على أنه: " حيثما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يعد ذلك الشرط مستوفيا بالنسبة لرسالة البيانات إذا استخدم توقيع إلكتروني موثوق به بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أوأبلغت من أجله رسالة البيانات، في ضوء كل الظروف بما في ذلك أي اتفاق ذي صلة.

يعتبر التوقيع موثوق به لغرض الوفاء بالاشتراط المشار إليه في الفقرة 1 إذا:

=الإلكتروني، لأن دوره في إثبات شخصية الموقع أصبح مشكوكا فيه، ولأن بيانات التوقيع خرجت من تحت يد الموقع إلى شخص آخر هو المحامي ومساعديه في مكتبه. للتفصيل أكثر أنظر: عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص ص 92 - 93.

1 - أسامة بن غانم العبيدي، المرجع السابق، ص ص 165 -166.

2 - علي أبو مارية، "التوقيع الإلكتروني ومدى قوته في الإثبات"، **مجلة جامعة الخليل للبحوث**، جامعة الخليل، فلسطين، المجلد: 15، العدد: 2، 2010، ص 119.

3 - المرجع نفسه، ص 122.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- كانت بيانات إنشاء التوقيع خاضعة وقت التوقيع لسيطرة الموقع دون أي شخص آخر.
- كان أي تغيير في التوقيع يجري بعد حدوث التوقيع قابلا للاكتشاف.
- كان الغرض من اشتراط التوقيع قانونا هو تأكيد سلامة المعلومات التي يتعلق بها التوقيع....."[1].

يتضح من نص المادة أنه قد منح التوقيع الإلكتروني الحجية القانونية، والتي ربطها بشرط الموثوقية في التوقيع الإلكتروني، وكذا درجة الأمان التي يوفرها، أما فيما يخص مسألة إثبات موثوقية التوقيع الإلكتروني فترك الأمر للأشخاص في اختيار طرق الإثبات.

وحدث الأمر نفسه في الاتحاد الأوروبي، والذي أصدر هو الآخر تعليمة تلزم الدول الأعضاء بمنح التوقيع الإلكتروني الحجية القانونية ذاتها التي تمنح للتوقيع الخطي، طالما توفرت فيه الشروط القانونية التي يتطلبها القانون، وقد نصت المادة الثانية من هذه التعليمة الأوروبية على مراعاة شروط معينة كي يكون للتوقيع حجية في الإثبات، أو ما يسمى بالتوقيع المحمي، وهي[2]:

- أن يكون مرتبطاً فقط بالموقع.
- أن يتم إنشاؤه بوسائل يستطيع الموقع من خلالها الاحتفاظ به، والسيطرة عليه بشكل حصري.
- ارتباطه بمعطيات تخرجه في شكل يسمح بإمكانية كشف كل تعديلات لاحقة على هذه المعطيات.

وقد حسم المشرع الفرنسي الأمر بمنح التوقيع الإلكتروني الحجية اللازمة في الإثبات المطلوب للمحررات الإلكترونية كمحررات عادية معدة للإثبات، كما يلاحظ أنه اعترف للتوقيع الإلكتروني من خلال اعترافه بوظائفه من حيث تحديد شخص الموقع وصحة إرادته[3].

أما في القانون الإماراتي؛ فنصت المادة 10 منه على أن للتوقيع الإلكتروني حجية في الإثبات طالما أنه محمي، ولا يكون كذلك إلا إذا توافرت في التوقيع الشروط التي تكلمنا عنها سابقاً، والمذكورة في نص المادة 20 منه، والأمر نفسه بالنسبة للمشرع الأردني الذي لا يعطي للتوقيع الإلكتروني حجيته في الإثبات إلا بعد أن يوثق، وهو ما يستلزم توفر شروط التوقيع الإلكتروني المتمثل في أن يرتبط بصاحبه، وأن يكون مميزا لموقعه، إضافة إلى أن يتم إنشاؤه بوسائل خاصة بالشخص وتحت سيطرته[4].

1 - بن جديد فتحي، المرجع السابق، ص 114، هامش 3.

2 - التعليمة الأوروبية رقم 1999/93 الصادرة عن الاتحاد الأوروبي المؤرخة في 1999/12/13 المتعلقة بالتوقيعات الإلكترونية. أنظر: بن جديد فتحي، المرجع السابق، ص 115.

3 - مخلوفي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 217.

4 - بن جديد فتحي، المرجع السابق، ص 115.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما المشرع الجزائري فقد أقر صراحة بحجية التوقيع الإلكتروني، وذلك تماشياً مع متطلبات التطور التكنولوجي، الذي أدخل وسائل حديثة في إبرام العقود والتوقيع عليها إلكترونياً، وقد أسماه بالتوقيع الالكتروني المؤمن، والذي يجب أن يفي بالمتطلبات الآتية: أن يكون خاصا بالموقع، وأن يتم إنشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية، ويضمن مع الفعل المرتبط به صلة، بحيث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابل للكشف عنه، وهو ما نص عليه بموجب المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 162/07 [1].

كما نص في المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها"، ونص في المادة 2/327 منه على أنه: " ... ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 323 مكرر 1 أعلاه".

يُفهم من هذين النصين أن المشرع الجزائري اعترف صراحة بالكتابة الإلكترونية، وأقر المساواة بين الكتابة التي تقوم على دعامة ورقية والكتابة التي تقوم على دعامة إلكترونية، وهو ما يفهم منه اعترافه لها بنفس الحجية المقررة للكتابة على الورق، وهذا عندما تستجيب للشروط التي أقرتها المادة 323 مكرر1 ق. م. ج السابقة الذكر، وهي أن تكون محددة لهوية الشخص، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

وهو ما تم تدعيمه بالفعل من خلال إصدار قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15/، 04، والذي أعترف فيه المشرع الجزائري بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، وذلك من خلال التأكيد على استعمال التوقيع الإلكتروني في توثيق هوية الموقع، وكذا إثبات قبوله بمضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني، وقد أكد مرة أخرى على نفس المتطلبات التي أوردها في المادة 03 من المرسوم 162/07 السابقة الذكر، والتي جاءت على النحو الآتي [2]:

- أن ينشأ التوقيع الإلكتروني على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة.
- أن يرتبط التوقيع الإلكتروني بالموقع دون سواه.
- أن يمكن التوقيع الإلكتروني من تحديد هوية الموقع.
- أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني.

1 - المرسوم التنفيذي رقم 162/07 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1428 الموافق 30 مايو 2007 المُعدل والمتمم للمرسوم 123/01 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد: 37، المؤرخة في 21 جمادى الأولى 1428 الموافق 7 جوان 2007).

2 - المادة 7 من القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- أن يكون التوقيع الإلكتروني منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع.

-أن يكون التوقيع الإلكتروني مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات.

الغالب أن هناك اتفاقاً على منح التوقيع الإلكتروني الحجية القانونية في الإثبات، مع ضرورة توفر شروط معينة، فإن تحققت هذه الأخيرة أصبح موثوقاً، ومحمياً، ومؤمناً، وتعطى له الحجية الكاملة في الإثبات، وبهذا يتساوى مع التوقيع التقليدي في حجية الإثبات، لقيامه بذات وظائف التوقيع التقليدي؛ في تحديد هوية صاحبه، وإقراره بمضمون التعامل الموقع عليه، إلا أن هذا لا يمكن أن يتحقق إلا بوجود وسيط يضمن صدور التوقيع الإلكتروني هذا من جهة، ويضمن كذلك توثيق التوقيع الإلكتروني من جهة أخرى، وفق ما يسمى بخدمة التصديق الإلكتروني.

المبحث الثالث: التصديق الإلكتروني

حرصت التشريعات على إيجاد وسيط محايد يؤكد صحة صدور التوقيع الإلكتروني المعبر عن إرادة صاحبه، وكذا صحة البيانات التي لم يتم تحريفها أثناء عملية إرسالها، وتعد خطوة ناجحة نحو تطور التعامل الإلكتروني، لاسيما وأن العقود الإلكترونية تبرم بين أشخاص عن بعد، وفي أماكن مختلفة من العالم، بحيث لا يعرف الواحد منهم الآخر، مما يستوجب توفير ضمانات تكون كفيلة لتحديد هوية المتعاملين، ويسمى الوسيط الموثوق به بعده مسميات منها: مقدم خدمات التصديق الإلكتروني، أو جهة التصديق الإلكتروني، أو التوثيق الإلكتروني.

وللتفصيل في ذلك سنعرض لتعريف التصديق الإلكتروني في المطلب الأول، ولتنظيم سلطات التصديق الإلكتروني في التشريع الجزائري وضوابط ممارسة نشاطها في المطلب الثاني، في حين نتطرق في المطلب الثالث لبيان أهم الالتزامات التي تقع على جهة التصديق الإلكتروني، التي بمجرد الإخلال بها تقوم مسؤوليتها، وهو ما سنوضحه في المطلب الرابع.

المطلب الأول: تعريف التصديق الإلكتروني

يتم التأكد من صحة التوقيع عن طريق عملية تسمى التصديق أو التوثيق الإلكتروني، أسوة بما يقوم به الموثق في جهات التوثيق الرسمية التقليدية[1]، ولتحقيق ذلك لا بد من وجود جهة موثوق بها، لربط شخص أو كيان بعينه بالتوقيع، ويتم ذلك باللجوء إلى طرف ثالث محايد وموثوق به، لا يقتصر دوره على تحديد هوية المتعاملين في المعاملة الإلكترونية، بل فضلاً عن ذلك يقوم بالتحقق من مضمون التعامل وسلامته، وكذا جديته وابتعاده عن الاحتيال[2].

1 - عصام أحمد البهجي، **التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2017، ص 201.

2 - هلا الحسن، "المرجع السابق، ص 531.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الأول: التعريف القانوني لجهات التصديق الإلكتروني

عرف المشرع المصري التصديق الإلكتروني في نص المادة الأولى من مشروع قانون التجارة الالكترونية لعام 2001، وذلك بناء على من يقوم بمهمة التصديق الإلكتروني بأنه: " كل شخص طبيعي أو اعتباري يرخص له من الجهة المختصة باعتماد التوقيع الإلكتروني"، في حيث ذهب بنص المادة الأولى من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني رقم 15 سنة 2004 إلى تعريف التصديق الإلكتروني بأنه: " الشهادة التي تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق وتثبت الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع".

فجهة التصديق الإلكتروني هي شخص يقدم عدد من الخدمات المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني، أهمها خدمة المصادقة على التوقيع الرقمي، والتأكيد فعلا على أن التوقيع الرقمي يعود فعلاً إلى الشخص الموقع، ويتم ذلك بإصداره لشهادة تصديق إلكترونية تتضمن بيانات معينة تؤكد أن حامل الشهادة هو صاحب التوقيع الرقمي وتبيين هويته[1]، وقد أطلق على هذه الجهة اسم التصديق الإلكتروني والتي عرفها في المادة 6/1 على أنها: "الجهات المرخص لها بإصدار شهادة التصديق الإلكتروني وتقديم خدمات تتعلق بالتوقيع الإلكتروني".

أطلق قانون الأونسيترال على هذا الوسيط اسم مقدم خدمات التصديق الإلكتروني، فعرفه في المادة (2/هـ) على أنه: " كل شخص يصدر الشهادات، ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بصحة التوقيعات الإلكترونية"، ويقصد بالخدمات المرتبطة بالتوقيع الإلكتروني التقنيات التي تسمح بإصدار توقيع مؤرخ، أو خدمات النشر والخدمات المعلوماتية الأخرى كالحفظ في الأرشيف[2].

وعرف القانون الفرنسي هو الآخر مقدم خدمة التصديق الإلكتروني، وذلك في المرسوم 272 لسنة 2001 على أنه: " شخص يقدم شهادات التصديق أو خدمات أخرى في مجال التوقيع الإلكتروني"، ومن هذا التعريف يتبين أن المشرع الفرنسي قد اتبع مبدأ الحرية في ممارسة هذا النشاط، دون الحاجة إلى ترخيص مسبق من السلطات الفرنسية[3].

كما تبنى التوجيه الأوروبي مبدأ عاماً يقضي بجعل نظام توثيق التوقيع الإلكتروني اختيارياً، ويقصد به وفقاً للمادة 21 -13 منه أنه: " كل ترخيص للحقوق والالتزامات الخاصة بتزويد خدمة التوثيق، والتي تمنح بناء على طلب مقدم خدمات التوثيق بواسطة هيئة عامة أو خاصة يعهد إليها بتحديد هذه الحقوق والالتزامات للتأكد من

1 - آلاء يعقوب النعيمي، "التصديق على التوقيع الإلكتروني: مفهومه والعلاقات الناشئة عنه"، **مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية**، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، العدد: الأول، 2011، ص ص 219 -220.

2 - ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 163.

3 - إياد أحمد سعيد الساري، المرجع السابق، ص 141.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

احترامها ومراقبتها إذا كان مقدم خدمة التوثيق غير مؤهل، بمراعاة الحقوق المحددة في التراخيص طوال المدة اللازمة للحصول على موافقة الهيئة المختصة"، كما يقصد بمقدم خدمة التوثيق: " كل شخص طبيعي أو معنوي يصدر شهادات توثيق التوقيع الإلكتروني، أو يتولى تقديم خدمات أخرى مرتبطة بالتوقيع الإلكتروني كإنشائه وإصداره وحفظه وإلغائه"[1].

أما المشرع التونسي فسمى هذه الجهات بمزودي خدمات المصادقة الإلكترونية، وذلك في القانون رقم 83 لسنة 2000، وقد عرفها على أنها: " كل شخص طبيعي أو معنوي يحدث ويسلم ويتصرف في شهادات المصادقة ويسدي خدمات أخرى ذات علاقة بالإمضاء الإلكتروني"[2].

اعترف المشرع الجزائري هو أيضا بهذه الجهة، حيث أسماها مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، والتي عرفها في نص المادة 3 مكرر من المرسوم التنفيذي 162/07 الصادر في 30 ماي 2007، والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية بأنها: " كل شخص في مفهوم المادة 8 -8 من القانون رقم 2000 -03 المؤرخ في 5 غشت سنة 2000 والمذكور أعلاه يسلم شهادات أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الإلكتروني"[3]، وبالرجوع لنص المادة 8 فقرة 8 من القانون رقم 03/2000 المحدد للقواعد المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، نجد أنه يعرف موفر الخدمات على أنه: " كل شخص معنوي أو طبيعي يقدم خدمات مستعملا وسائل المواصلات السلكية واللاسلكية"[4].

هذا؛ وقد أورد القانون رقم 04/15 المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني تعريفاً لمزود خدمات التصديق الإلكتروني في المادة الثانية منه، حيث نصت على أنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني"، كما عرف أيضاً شهادة التصديق الإلكتروني في ذات المادة بقوله: " وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع".

---

1 -أنظر كلا من:
- ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص ص 162 -163.
- سمير حامد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 223.

2 - أنظر: الفصل 2 من القانون رقم 83 لسنة 2000 بشأن قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

3 - المادة 3 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 162/07.

4 -القانون رقم 03/2000 المؤرخ في 5 جمادى الأولى لعام 1421 الموافق لـ5 أوت 2000 المحدد للقواعد المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: العدد 48، بتاريخ 8 جمادى الأولى 1421 الموافق 6 أوت 2000).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني: التعريف الفقهي لجهات التصديق الإلكتروني

جهات التصديق الالكتروني هي جهات معينة من قبل سلطات الدولة، أو من قبل الأفراد، أو من جهات أخرى خاصة لغاية تأمين التعاملات الإلكترونية والتعامل بالتوقيع الإلكتروني، بحيث تعمل على إيجاده، وإصدار شهادات تثبيت صحته، وتقوم بحفظها، فهي سلطة مكلفة من قبل شخص أو عدة أشخاص متعاملين بإنشاء نظام المفاتيح العامة المستعملة في التشفير والشهادات التي ثبتها، ذلك أن هذه السلطات على دراية بالمنظومة العامة للتشفير التي تخول تحديد المرسل، وتسلم على ضوء ذلك شهادات المصادق الإلكترونية التي تضمن صلة المعنى بإمضائه[1].

وعرفت بأنها: " هيئة أو مؤسسة عامة أو خاصة تستخرج شهادات إلكترونية تكون بمثابة سجل إلكتروني يؤمن التوقيع الإلكتروني ويحدد هوية الموقع ومعرفة المفتاح العام، وتعتبر شهادة التصديق بمثابة هوية إلكترونية تستخرج من شخص مستقل ومحايد مرخص له بمزاولة هذا النشاط"[2].

ومنهم من يطلق عليها مصطلح سلطة الإشهار، ويعرفها بأنها: "هيئة عامة أو خاصة تسعى إلى ملء الحاجة الملحة لوجود طرف ثالث موثوق يقدم خدمات أمينة في التجارة الإلكترونية، بأن يصدر شهادات تثبت صحة حقيقة معينة متعلقة بموضوع التبادل الإلكتروني، كتوثيق هوية الأشخاص المستخدمين لهذا التوقيع الرقمي وكذلك نسبة المفتاح العام المستخدم إلى صاحبه"[3].

بناء على ذلك يمكن تعريف جهة التصديق الإلكتروني بأنها: "عبارة عن جهة أو طرف ثالث محايد موثوق به، يخضع لإشراف الدولة ورقابتها، يقوم بدور الوسيط الإلكتروني عن طريق إصدار شهادات توثيق إلكترونية تؤكد على صحة البيانات والمعلومات الواردة بها، بالإضافة إلى أي خدمات أخرى تتعلق بالتوقيع الإلكتروني"[4].

المطلب الثاني: تنظيم سلطات التصديق الإلكتروني في التشريع الجزائري وضوابط ممارسة نشاطها

استحدث المشرع الجزائري بمقتضى القانون رقم 15 -04 ثلاث سلطات للتصديق الإلكتروني، مدرجاً أحكامها في الباب الثالث من هذا القانون، والذي سماه بسلطات التصديق الإلكتروني، وتتمثل هذه السلطات في السلطة الوطنية، والحكومية، وكذا السلطة الاقتصادية، كما حدد مهام كل واحدة منها، بحيث تُكمل عمل بعضها

1 - حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 348.

2 - المرجع نفسه، ص 348 .

3 - سمير حامد عبد العزيز لجمال، المرجع السابق، ص 321.

4 - زيد حمزة مقدم، "النظام القانوني للتوثيق الإلكتروني -دراسة مقارنة"، **مجلة الشريعة والقانون والدراسات الاسلامية**، كلية الشريعة والقانون، جامعة افريقيا العالمية، السودان، السنة: 12، العدد: 24، أغسطس 2014، ص 135.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البعض، بهدف الارتقاء بهذه الخدمة هذا من جهة، والوصول لموثوقية التوقيع الإلكتروني من جهة أخرى، ولا يمكن لهذه السلطات ممارسة نشاطها في استخراج شهادات التصديق الإلكترونية، والمحافظة على البيانات التي تتضمنها، وتحديد هوية الأطراف المتعاقدة إلا باستيفاء الشروط المتطلبة في ذلك.

لتفصيل ذلك نتطرق لتنظيم سلطات التصديق الإلكتروني في التشريع الجزائري في الفرع الأول، ونتطرق لضوابط ممارسة هذه السلطات لنشاطها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تنظيم سلطات التصديق الإلكتروني في التشريع الجزائري

تتحدد سلطات التصديق الإلكتروني في التشريع الجزائري بثلاث سلطات؛ نتناول السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني في البند الأول، والسلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني في البند الثاني، والسلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني في البند الثالث.

البند الأول: السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني

هي سلطة إدارية مستقلة[1]، تنشأ لدى الوزير الأول، وتتمتع بالشخصية المعنوية[2]، والاستقلال المالي[3]، وأشارت المادة 17 من القانون رقم 04/15 إلى أن مقر هذه السلطة يتحدد عن طريق التنظيم، وقد حدد ذلك المرسوم التنفيذي رقم 134/16 الذي يحدد تنظيم المصالح التقنية والإدارية للسلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني وسيرها

1 - السلطات الإدارية المستقلة هي تلك الجهات أو المؤسسات الإدارية التي تنشأ بنص قانوني أو تنظيمي، والمتواجدة في العاصمة، وتمارس مهاماً إدارية تنظيمية بحتة دون المهام الأخرى، والتي لا ترتبط بأية سلطة أخرى بأية رابطة رئاسية أو وصائية، وتعرف أيضاً بأنها هيئات ذات طبيعة إدارية، تتمتع بسلطة اتخاذ القرار النافذ، وهي مستقلة عن الإدارة المركزية، ولكن دون ان تتمتع بالشخصية المعنوية، فلا تخضع لوصايتها الإدارية، ولا لسلطتها التسلسلية، وتكون الدولة مسؤولة عن كافة الأضرار التي تصدر عنها أمام القضاء المختص، ذلك أنها تشكل جزءً لا يتجزأ من الدولة، فهي تعمل باسمها ولحسابها.

للتفصيل أكثر أنظر كلا من:

-علاء الدين عشي، **مدخل للقانون الإداري، الجزء الأول، التنظيم الإداري**، دار الهدى للنشر والطباعة والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 80.

-رنا سمير اللحام، **السلطات الإدارية المستقلة**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2015، ص 39.

2 - الشخصية المعنوية هي كل جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال تقوم لأجل تحقيق غرض جماعي معين، ويعترف لها القانون بالشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق غرضها ذاك، يكون لها وجود مستقل، ومتميز عن الأشخاص الذين يساهمون في نشاطها، ويستفيدون منها، ويعود سبب الاعتراف بفكرة الشخص المعنوي لتجمعات الأشخاص والأموال، وكذلك بعض هيئات الدولة بالنظر لدورها الكبير في المجالات الاقتصادية، والاجتماعية، وعلى الصعيد التنظيمي، فلا يتصور أن تعرف الحياة داخل المجتمع حركة وانتظاماً بوجود شخص طبيعي لوحده، ودون تدخل ومساهمة من الشخص المعنوي؛ سواء العام أو الخاص. للتفصيل أكثر أنظر: عمار بوضياف، **النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري**، المرجع السابق، ص 91 وما بعدها.

3 - أنظر: المادة 16 من القانون رقم 04/15 لسنة 2015، المحدد للقواعد العامة والمتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومهامها[1]، حيث نص في المادة الثانية منه على أن مقر هذه السلطة يكون بمدينة الجزائر، ويمكن نقله إلى أي مكان آخر من التراب الوطني، ويسيرها مدير عام يساعده في مهامه خلية للتدقيق وأمانة تقنية[2].

وتمارس هذه السلطة عدة مهام منها [3]:

-إعداد سياسة التصديق الإلكتروني والسهر على تطبيقها بعد الحصول على الرأي الإيجابي من قبل الهيئة المكلفة بالموافقة.

-الموافقة على سياسة التصديق الإلكتروني الصادر عن السلطتين الحكومية والاقتصادية للتصديق الإلكتروني.

-إبرام اتفاقيات الاعتراف المتبادل على المستوى الدولي.

-المبادرة باقتراح مشاريع تمهيدية لنصوص تشريعية أو تنظيمية متعلقة بالتوقيع الإلكتروني أو التصديق الإلكتروني على الوزير الأول.

-القيام بعمليات التدقيق على مستوى السلطتين الحكومية والاقتصادية للتصديق الإلكتروني عن طريق الهيئة الحكومية المكلفة بالتدقيق.

-وقصد الارتقاء بهذه السلطة ومن أجل تفعيل دورها فإنه يتم استشارتها عند إعداد أي مشروع نص تشريعي أو تنظيمي ذي صلة بالوقيع أو التصديق الإلكترونيين.

البند الثاني: السلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني

هي سلطة تنشأ لدى الوزير المكلف بالبريد وتكنولوجيا الإعلام والاتصال، وتتمتع هذه السلطة بالاستقلال المالي، والشخصية المعنوية[4]، وقد أشارت المادة 17 من القانون رقم 04/15 إلى أن طبيعة السلطة وتشكيلها وتنظيمها وسيرها تحدد عن طريق التنظيم، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 3 و4 من المرسوم التنفيذي رقم 135/16[5]، وقد حدد هذا الأخير مقرها الجزائر العاصمة مع إمكانية نقله إلى مكان آخر من التراب الوطني، ويتولى

1 - المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 134/16 المؤرخ في 17 رجب 1437 الموافق لـ 25 أفريل 2016 المتعلق بتنظيم المصالح التقنية والادارية للسلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني وسيرها مهامها، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: العدد 26، بتاريخ 20 رجب 1437 الموافق 28 أفريل 2016).

2 - أنظر: المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 134/16 المتعلق بتنظيم المصالح التقنية والادارية للسلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني وسيرها وتنظيمها ومهامها.

3 - أنظر: المادة 18 من القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

4 - أنظر: المادة 26 من القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد المتعلقة بالتوقيع والصديق الإلكترونيين.

5 - المواد 3 و4 من المرسوم التنفيذي رقم 135/16 المؤرخ في 17 رجب 1437 الموافق 25 أفريل 2016 المتعلق بتحديد طبيعة سلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني وتشكيلها وتنظيمها وسيرها، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 26، بتاريخ 20 رجب 1437 الموافق 28 افريل 2016).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إدارة هذه الهيئة مدير عام، ولها مجلس توجيه مزود بهياكل تقنية وإدارية[1]، وتتولى هذه السلطة العديد من المهام، يمكن إجمالها فيما يلي[2]:

-متابعة ومراقبة نشاط التصديق الإلكتروني للأطراف الثلاثة الموثوقة .

-توفير خدمات التصديق الإلكتروني للمتدخلين في الفرع الحكومي.

-إعداد سياسة التصديق الإلكتروني بتحديد القواعد والإجراءات التنظيمية والتقنية المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، وعرضها على السلطة للموافقة عليها والسهر على تطبيقها.

-الاحتفاظ بشهادات التصديق الإلكترونية المنتهية صلاحيتها والبيانات المرتبطة بمنحها، وهذا بغرض تسليمها إلى السلطات القضائية المختصة عند الاقتضاء.

-نشر شهادة التصديق الإلكتروني للمفتاح العمومي للسلطة.

-إرسال كل المعلومات المتعلقة بنشاط التصديق الإلكتروني إلى السلطة دورياً أو بناء على طلب منها.

-القيام بعمليات التحقيق على مستوى الطرف الثالث الموثوق عن طريق الهيئة الحكومية المكلفة بالتدقيق طبقا لسياسة التصديق.

البند الثالث: السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني

وهي سلطة إدارية تعين من طرف السلطة المكلفة بضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية [3]، وقد خصها المشرع الجزائري بجملة من المهام، نجملها فيما يلي[4]:

-متابعة ومراقبة مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الذين يقدمون خدمات التوقيع والتصديق الإلكترونيين للجمهور.

-إعداد سياسة التصديق الإلكتروني وعرضها على السلطة للموافقة عليها والسهر على تطبيقها.

-منح التراخيص المؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بعد موافقة السلطة.

-الموافقة على سياسات التصديق الصادرة من مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني والسهر على تطبيقها.

1 - المواد 3 و4 من المرسوم التنفيذي رقم 135/16.

2 - أنظر: المادة 28 من القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

3 - أنظر: المادة 28 من القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

4 - أنظر: المادة 30 من القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

-الاحتفاظ بشهادات التصديق الإلكترونية المنتهية الصلاحية والبيانات المرتبطة بها، بمنحها من طرف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بغرض تسليمها للسلطات القضائية المختصة.

-نشر شهادة التصديق الإلكتروني للمفتاح العمومي للسلطات.

-اتخاذ التدابير لضمان استمرارية الخدمات في حالة عجز مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني عن تقديم خدماته.

-إرسال كل المعلومات المتعلقة بنشاط التصديق الإلكتروني إلى السلطة دوريا أو بناء على طلب منها.

-التحقق من مطابقة طالبي الترخيص مع سياسة التصديق الإلكتروني بنفسها أو عن طريق مكاتب تدقيق معتمدة.

-السهر على وجود منافسة فعلية نزيهة باتخاذ كل التدابير اللازمة لترقية أو استعادة المنافسة بين مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني.

-التحكيم في النزاعات القائمة بين مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني فيما بينهم أو مع المستعملين طبقا للتشريع المعمول به.

-مطالبة مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أو كل شخص معني بأي وثيقة أو معلومة تساعدها في تأدية المهام المخولة لها بموجب هذا القانون.

-إعداد دفتر الشروط الذي يحدد شروط وكيفيات تأدية خدمات التصديق وعرضه على السلطة للموافقة عليه.

-إجراء كل مراقبة طبقا لسياسة التصديق الإلكتروني ودفتر الشروط الذي يحدد شروط وكيفيات تأدية خدمات التصديق الإلكتروني.

-إصدار التقارير والاحصائيات العمومية وكذا تقرير سنوي يتضمن وصف نشاطاتها مع احترام مبدأ السرية.

-كما تقوم السلطة الاقتصادية للتصديق بتبليغ النيابة العامة بكل فعل ذو طابع جزائي يكتشف بمناسبة تأدية مهامها.

الفرع الثاني: ضوابط تقديم خدمات التصديق الإلكتروني

يلعب مزود خدمة التصديق الإلكتروني دوراً هاماً في ميدان التعامل الإلكتروني، إذ تُبنى الخدمات التي يقدمها على الثقة بالطرف الآخر في التعامل الذي يتم إلكترونياً، ويشكل هذا دعماً لهذا النوع من التعامل، وعاملاً هاماً في استمراره وتطويره، ولما كانت تلك الثقة مستندة الى الثقة بمزود خدمة التصديق والشهادات التي يصدرها، فإن هذا يفترض تحقق الثقة ابتداءً في مزود خدمة التصديق، فضلاً عن أن المزود يطلع بحكم تقديمه لخدمات التصديق على كثير من البيانات الخاصة، وعلى المفاتيح السرية لعملائه، وهذا ما يضيف سبباً آخراً لوجوب تحقق الثقة فيه، ولذلك

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

حرصت القوانين على تنظيم عمل مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني، ووضع ضوابط مهنية لتقديم هذه الخدمة، تضمن الثقة فيما يقدمونه من خدمات[1]، وتتمثل تلك الضوابط فيما يلي:

البند الأول: الترخيص بممارسة خدمة التصديق الإلكتروني

تفرض القوانين التي تنظم المعاملات الإلكترونية بشكل عام في من يمارس خدمات التصديق أن يكون حاصلاً على الترخيص المسبق، في حال تقديمه لخدمات التصديق داخل الدولة، والهدف من الترخيص بطبيعة الحال ضمان الرقابة المسبقة للدولة على النشاط الذي يمارسه المزود، والتحقق من توافر الشروط اللازمة لممارسة هذه المهنة، وطالما كان منح الترخيص مستنداً إلى توافر شروط معينة، فإن بقاءه مرهون باستمرار توفر هذه الشروط، فإن انتفى أي من هذه الشروط، فإن للجهة المختصة بمنح الترخيص الحق في سحبه، أو وقفة حسب الأحوال[2].

ألزم التوجيه الأوروبي رقم 93 لسنة 1999 الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي الترخيص بقيام جهات خاصة تتولى مهام اعتماد التوقيعات الإلكترونية، وذلك عن طريق إصدارها لشهادات تثبت استيفاء التوقيع الإلكتروني للشروط اللازمة؛ لكي يعتد بها في الإثبات، وارتباطه بالمستند المفصل به، مع تأمينه ضد أي تعديل أو تغيير في مضمونه[3].

كما أنشأ المشرع التونسي "الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية"[4]، والتي اعتبرها مؤسسه خاصة تتمتع بالشخصية المعنوية، وبالاستقلال المالي، وتخضع في علاقتها مع الغير إلى القانون التجاري التونسي، وتتولى منح ترخيص مزاولة نشاط خدمات المصادقة الإلكترونية، ومراقبة احترام تلك الجهات لأحكام القانون[5].

أما قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية فقد نص على تعيين مراقب لخدمات التصديق، الذي يتم تعيينه بقرار من رئيس سلطة منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا والتجارة الإلكترونية والإعلام[6].

في المملكة الأردنية خول المشرع الأردني مجلس الوزراء إصدار الأنظمة التي تحدد الجهة التي تشرف على ترخيص مقدمي خدمات التوثيق، وإجراءات وطريقة إصدار الشهادات وسائر الأمور المتعلقة بها[7].

1 - آلاء يعقوب النعيمي، " التصديق على التوقيع الالكتروني: مفهومه والعلاقة الناشئة عنه"، المرجع السابق، ص 222.
2 - المرجع نفسه، ص 223.
3 - لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 174.
4 - أنظر: الفصل الثامن من القانون التونسي رقم 83 لسنة 200 بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية.
5 - سمير حامد عبد العزيز لجمال، المرجع السابق، ص 324.
6 - إياد أحمد سعيد الساري، المرجع السابق، ص 142.
7 - سمير حامد عبد العزيز لجمال، المرجع السابق، ص 328.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما أنشأ قانون التوقيع المصري رقم 2004/15 هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، والتي تتولى وضع القواعد الفنية والإدارية والمالية، والضمانات الخاصة بإصدار التراخيص اللازمة لمزاولة أنشطة خدمات التوقيع الإلكتروني، وغيرها من الأنشطة في مجال المعاملات الإلكترونية وتكنولوجيا المعلومات، ويتم تحديد مدة الترخيص من قبل مجلس إدارة الهيئة، بحيث لا تزيد عن تسعة وتسعين (99) عاماً، كما أوكل لها القانون تقديم المشورة الفنية بشأن المنازعات التي تنشأ بين الأطراف المعينة بأنشطة التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية وتكنولوجيا المعلومات[1].

أما القانون الجزائري فقد أنشأ هو الآخر عدة سلطات للتصديق الإلكتروني، والمتمثلة في السلطة الوطنية للتصديق، وكذا السلطة الحكومية للتصديق، إضافة إلى السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني، التي تعين من قبل السلطة المكلفة بضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، فتقوم هذه الأخيرة بمنح تراخيص تأدية خدمة التصديق الإلكتروني، إضافة إلى متابعة ومراقبة مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني[2].

ومادام الترخيص شرط لازم لمزاولة خدمة التصديق، وإصدار شهادة المصادقة، فما هو حكم شهادة المصادقة الصادرة من مزود خدمة تصديق غير مرخص له، أو غير معتمد في الدولة، أو اصدرها بعد سحب ترخيصه أو إيقافه؟.

الإجابة على هذا التساؤل من شقين[3]: يتعلق أولهما بحكم إصدار شهادة المصادقة دون الحصول على الترخيص اللازم لتقديم هذه الخدمة، ويتعلق ثانيهما بالقيمة القانونية للتوقيع الرقمي المصادق عليه بشهادة صادرة عن مزود غير مرخص له أو مسحوب ترخيصه، فيعد إصدار شهادات المصادقة قبل الحصول على الترخيص، أو بعد سحبه مخالفة لأحكام القانون، ويتعرض المورد تبعاً لذلك للجزاءات المقررة على مخالفة قواعد ترخيص وتنظيم عمل مزودي خدمات التصديق. أما القيمة القانونية للتوقيع الرقمي المصادق عليه بشهادة صادرة من مزود غير مرخص له أو مسحوب ترخيصه، فإنه يرجح عدم تأثر قيمته القانونية، وتبرير ذلك يمثل بالآتي[4]:

1 - الشهادة الصادرة من مزود خدمة التصديق غير المرخص له لا قيمة لها من الناحية القانونية، فيكون التوقيع الرقمي المصادق عليه بتلك الشهادة في حكم التوقيع الرقمي غير المصادق عليه، وهذا الأخير لا يفقد قوته القانونية

1 - للتفصيل أكثر راجع كلا من:
-سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 232 وما بعدها.
- مخلوفي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 226.

2 - المادة 30 من القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

3 - آلاء يعقوب النعيمي، " التصديق على التوقيع الإلكتروني مفهومه: والعلاقات القانونية الناشئة عنه"، المرجع السابق، ص 224.

4 - المرجع نفسه، ص ص 225 -226.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بمجرد أنه غير مصادق عليه، فاللجوء إلى مزود خدمة التصديق طلبا للتصديق على التوقيع الرقمي، إنما هو أمر يعود لاختيار الموقع، وليس أمراً إلزامياً بأية حال من الأحوال.

2 - كثير من المعاملات الإلكترونية هي معاملات تجارية، والمبدأ في إثبات المعاملات التجارية هو حرية الإثبات، فإذا لم يكن التوقيع مشترطاً لعدم اشتراط الدليل الكتابي، فمن باب أولى أنه لا فرق بين السند الموقع بتوقيع موثق وآخر موقع بتوقيع غير موثق، إذا تحققت قناعة القاضي بهذا الأخير وقامت إلى جانبه أدلة أخرى تؤيده.

الفرع الثاني: التأهيل لمزاولة نشاط التصديق الإلكتروني

إن استلزام الحصول على الترخيص لتقديم خدمات التصديق الإلكتروني، إنما يهدف إلى بسط رقابة الدولة على النشاط الذي يمارسه مزود خدمة التصديق الإلكتروني، والتحقق من مدى توافر الثقة اللازمة فيه لتقديم مثل هذه الخدمات، وهذه الثقة لا تتحقق مالم يكن مزود خدمة الصديق متعمقا بالكفاءة والخبرة التقنية[1]، وذلك بأن يمتلك معرفة فنية خاصة في مجال خدمات التوثيق، والتي يجب على جهة التوثيق أن تقدم ما يفيد اختصاصها المهني في مجالات الإدارة، وعلى وجه الخصوص ما يثبت معرفتها الفنية في مجال المعلوماتية والتوقيعات الإلكترونية، بالإضافة إلى تقديمها ما يفيد ممارستها العملية لوسائل الأمان المرتبطة بهذا المجال، كما يجب أن تكون مواردها البشرية على درجة عالية من المهارة والاستيعاب لفنون التكنولوجيا الحديثة، حتى لا تكون الخدمات رديئة، أو ليست بالمستوى المطلوب[2].

ولكي تثبت جهة التوثيق الإلكتروني أنها محل ثقة لممارسة مهنتها يجب أن تثبت كفاءتها بوجود ضمانات مالية كافية، تمكن من تعويض المتعاملين معها حسب الأحوال الخاصة بكل متعامل، وبما يتناسب مع قيمة الصفقات المبرمة، خاصة مع وجود نظام مسؤولية لهذه الجهات عن تعويض الأضرار الناجمة عن إخلالها بالتزاماتها، فيعتبر شرط الكفاءة لمالية من الشروط الجوهرية في تحقيق عنصري الثقة والأمان بجهات التوثيق الإلكتروني، كما أنها تعكس قدرة هذه الأخيرة على تطوير نفسها عن طريق الأخذ بأحدث الأجهزة المرتبطة بنظام شبكي مؤمن بكافة الوسائل التي تمنع الغير ومحترفي القرصنة من اختراق وسرقة البيانات المخزنة والخاصة بالمتعاملين مع هذه الجهات[3].

1 - حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 351.

2 - لينا إبراهيم يوسف حسان، **التوثيق الإلكتروني ومسؤولية الجهات المختصة به**، الطبعة الأولى، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص ص 65 - 66.

3 - المرجع نفسه، ص 66 -67.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي هذا الصدد نجد التوجيهات الأوروبية تحرص بأن يبين طالب هذا النشاط مؤهلاته، وإلا رفض طلبه إن لم يتوفر له ذلك[1]، وهذه الأهلية والكفاءة مثلما تعد شرطاً لمنح الترخيص، فهي تعد أيضا شرطا لمواصلة مزاولة هذه المهنة، إذ يمكن للجهة المختصة بمنح الترخيص أن توقفه أو تسحبه في أي وقت يخل فيه مقدم الخدمة بالتزاماته[2].

كما تطلب المشرع التونسي ذلك؛ حيث نص في الفصل 11 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية على عدة شروط، يجب توافرها فيمن يزوال مهنة مزود خدمة التصديق الإلكتروني، ومن ذلك أن يكون حاملا للجنسية التونسية، إضافة إلى إقامته بالإقليم التونسي، وليس هذا فحسب بل اشترط المشرع التونسي في من بممارسة هذه المهنة أن يكون متمتعا بحقوقه المدنية والسياسية، وأن يكون كامل الأهلية، وأن يكون حاصلا على شهادة الأستاذية أو ما يعادلها، إذ يهدف هذا الشرط أن يكون طالب الترخيص على درجة عالية من العلم والخبرة، وذلك نظراً لطبيعة هذه الخدمة التي تعتمد على تقنيات متطورة للغاية، إضافة إلى تفرغ هذا الأخير لمزاولة نشاط التصديق الإلكتروني[3].

في الجزائر أيضاً اشترط المشرع وجوب تمتع جهة التصديق الإلكتروني بالمعرفة، والخبرة الفنية، إضافة إلى المؤهلات المالية حتى تمارس مهامها، وهو ما بينه في نص المادة 34 من القانون رقم 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، وقد أوردها كما يلي:

-أن يكون خاضعا للقانون الجزائري الشخص المعني والجنسية الجزائرية للشخص الطبيعي.

-أن يتمتع بقدر مالية كافية.

-أن يتمتع بمؤهلات وخبرة ثابتة في ميدان تكنولوجيا الإعلام والاتصال للشخص الطبيعي أو المسير للشخص المعنوي، نظراً لكون المعرفة الفنية في مجال المعلوماتية، والتوقيع الإلكتروني تؤهله للقيام بهذه الخدمة.

المطلب الثالث: التزامات مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني

أمام أهمية الدور الذي تقوم به جهات التصديق الإلكتروني، وخطورة النتائج المترتبة عليه، عمدت مختلف التشريعيات الناظمة لعملها إلى تحديد الالتزامات المفروضة عليها؛ سواء كانت هذه الالتزامات في مواجهة صاحب الشهادة الذي يرتبط معها بعلاقة عقدية أو في مواجهة الغير الذي عول على الشهادة الصادرة عنها.

1 - حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص ص 350 - 351.

2 - المرجع نفسه، ص 351.

3 -أنظر: الفصل 11 من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الأول: الالتزامات المترتبة عن العلاقة بين مؤدي خدمة التصديق والموقع.

تُعد العلاقة بين مزود خدمة التصديق الإلكتروني وبين الموقع توقيعاً رقمياً العلاقة القانونية الرئيسية التي تترتب على تصديق التوقيع الإلكتروني، إلا أن للمُوقّع في مجال التعامل الإلكتروني مفهوماً أوسع من المُوقّع في المعاملات التقليدية، كونه لصيق بشخص الموقّع، مستخدما فيه أسلوباً تقليدياً لا يخرج عند كونه إمضاء كتابي، أو بصمة إبهامه، أما التوقيع الرقمي فهو على خلاف من ذلك، فهو ليس لصيقاً بشخص الموقّع، لأنه عبارة حروف أو أرقام أو رموز أو صوت ذي شكل إلكتروني، مما يمكن استخدامه من قبل شخص آخر غير الموقع، وما يهم هنا هو الموقع شخصيا فيما يتعلق بعلاقته مع مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني، والتي في أصلها علاقة عقدية تتم بإيجاب وقبول من الطرفين، وما دامت هذه العلاقة عبارة عن اتفاق، فإن هذا الأخير يرتب التزامات متقابلة على كلا الطرفين.

وعليه نتطرق لالتزامات مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني تجاه الموقع في البند الأول، وبيان التزامات الموقع تجاه جهة التصديق في البند الثاني.

البند الأول: التزامات مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني تجاه المُوقّع

يربط بين مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني والمُوقّع عقد، فيقع على مؤدي الخدمة التزامات تعاقدية، هي:

أولا: الالتزام بتبصير المُوقّع

تكيف العلاقة بين مزود خدمة التصديق والمُوقّع على أنها علاقة شخص محترف بمستهلك، فينطبق وصف المحترف على مزود خدمة التصديق، ووصف المستهلك على المُوقّع، فمزود خدمة التصديق في إطار تقديمه هذه الخدمة يمارس حرفة معينة، وحين يبرم العقد مع المُوقّع فإن هذا العقد يعد تصرفاً داخلاً في إطار نشاطه المهني، أما المُوقّع الذي يطلب خدمة التصديق فإنه يتصرف خارج نطاق نشاطه المهني، ولا يتغير هذا الوصف عن المُوقّع ولو كان تاجراً[1].

ويستتبع ذلك إخضاع العلاقة بين المزود والموقع إلى الأحكام الخاصة بالمستهلك، هذه الأخيرة ترمي في مجملها لحماية المستهلك، فالمحترف يمتلك من الخبرة والمعرفة بمحل العقد والخدمة التي يقدمها ما ليس للمستهلك، وهو ما يدعو إلى التدخل لإعادة التوازن بين الطرفين، فإذا كان ضعف المستهلك متأتياً من علم المحترف بما لا يستطيع المستهلك

1 - آلاء يعقوب النعيمي، " التصديق على التوقيع الإلكتروني: مفهومه والعلاقات القانونية الناشئة عنه"، المرجع السابق، ص 238.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أن يحيط به، فإن تحقيق التوازن في العقد يستلزم إزالة سبب الضعف لدى المستهلك، وهو ما يتم بإحاطة المستهلك علما بما يجهله، وهذا هو الأساس في فرض الالتزام بالتبصير أو تقديم المعلومات على عاتق المحترف[1].

إن الالتزام بتبصير المُوقّع ينبغي أن ينفذ قبل إبرام العقد، ذلك أن الهدف من هذا الالتزام يتحقق من خلال تحقيق التكافؤ بين إرادتي الطرفين، وهذا التكافؤ لا يتحقق ما لم يكن الطرفان متمتعان بقدر كاف من المعرفة الفنية بالعقد ومحله، وخلاف لذلك إذا لم ينفذ المزود التزامه هذا قبل إبرام العقد فإن إرادة الموقع حينها لا تكون صالحة لإنشاء العقد، فرضاؤه بالعقد وشروطه لا يعد في مثل هذا الفرض رضاء واعياً أو مستنيراً[2].

ثانيا: التزامات جهات التصديق الإلكتروني بإصدار شهادة التصديق الإلكتروني

من التزامات جهات التوثيق الإلكتروني إصدار شهادة إلكترونية تؤكد هوية صاحب الرسالة (المُوقّع) وصلاحية التوقيع[3]، ويعد هذا الالتزام جوهرياً؛ إذ يمثل الغرض الذي يسعى الموقع إليه من تعاقده مع المزود[4]، فشهادة المصادقة هي رسالة إلكترونية تُسلم من شخص ثالث موثوق، تكون لها وظيفة الربط بين شخص طبيعي أو معنوي وزوج من المفاتيح (العام والخاص)، وتسمح بتحديد حائز المفتاح الخاص الذي يتطابق مع المفتاح العام المذكور فيها[5]، وتحتوي هذه الشهادة على مختلف المعلومات الخاصة بالموقع (اسم، عنوان، أهليه)، والممثل القانوني بالنسبة للشخص المعنوي، إضافة إلى اسم مصدر الشهادة، المفتاح العمومي، الرقم التسلسلي تاريخ سريان الشهادة، تاريخ انتهائها[6].

وتتمثل غاية الأفراد من اللجوء إلى جهات التوثيق الإلكتروني في إصباغ طابع الثقة، والأمان، والسرية على رسائلهم، وتوقيعاتهم الإلكترونية[7]، ودفع الغير إلى التعاقد معهم وهو مطمئن إلى أن التوقيع الإلكتروني يعود فعلاً للشخص الذي يقوم باستعماله[8].

ويعتبر التزام لجهات التصديق الإلكتروني بإصدار شهادة التصديق الإلكتروني التزام بتحقيق نتيجة، ولا يقتصر على بذل الغاية، وتتمثل هذه النتيجة في صدور شهادة توثيق إلكترونية مستوفية لكامل البيانات الأساسية[9].

1 - آلاء يعقوب يوسف، المرجع السابق، ص 66.
2 - آلاء يعقوب النعيمي، " التصديق على التوقيع الإلكتروني: مفهومه والعلاقات القانونية الناشئة عنه"، المرجع السابق، ص 240.
3 - زيد حمزة مقدم، المرجع السابق، ص 138.
4 - آلاء يعقوب النعيمي، "التصديق على التوقيع الإلكتروني: مفهومه والعلاقات القانونية الناشئة عنه"، المرجع السابق، ص 243.
5 - لينا ابراهيم يوسف حسان، المرجع السابق، ص 116.
6 - زيد حمزة مقدم، المرجع السابق، ص 136.
7 - المرجع نفسه، ص 138.
8 - آلاء يعقوب النعيمي، "التصديق على التوقيع الإلكتروني: مفهومه والعلاقات القانونية الناشئة عنه، المرجع السابق، ص 243.
9 - زيد حمزة مقدم، المرجع السابق، ص 139.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد نص المشرع الجزائري على هذا الالتزام في نص المادة 41 من القانون رقم 04/15، حيث ألزم مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني بإصدار شهادة تصديق إلكترونية وفقا لسياسة التصديق الخاصة به، والتي واقفت عليها السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني[1]، في ذلك ينبغي أن تحدد هذه الشهادة هوية الموقع وصلاحية توقيعه[2].

ثالثا: الالتزام بالتحقق من صحة البيانات المقدمة

هذا الالتزام أكثر الالتزامات دقة بالنسبة لعمل جهات التصديق الإلكتروني، وهو يحتاج إلى إطار وظيفي وفني ملائم، وكذا متخصصين ذوي الخبرة للتحقق من البيانات المقدمة، والتحقق من أهلية الشخص الصادرة له الشهادة، وكذا صفاتهم المميزة التي تمت المصادقة عليها وتضمينها في هذه الشهادة[3].

أما فيما يتعلق بالشخص المعنوي فيلتزم مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بمسك سجل إلكتروني يدون فيه هوية وصفة الممثل القانوني للشخص المعنوي المستعمل للتوقيع الإلكتروني المتعلق بشهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة، بحيث يمكنه من تحديد هوية الشخص الطبيعي عند كل استعمال لهذا التوقيع الإلكتروني[4].

ويعد التزام جهة التصديق الإلكتروني بالتحقق من صحة البيانات المقدمة التزام ببذل العناية المعقولة نحو التحقق منها، بمعنى أنه يبذل عناية الرجل المعتاد وفقا للقواعد العامة للالتزام، وبذلك فإن مسؤوليته لا تقوم إلا إذا ثبت إهمالها وتقصيرها في اتخاذ العناية المعقولة، ويقع على المضرور الذي عول على الشهادة إثبات ذلك، وإلا فلن تقوم مسؤولية جهة التصديق الإلكتروني[5].

وتتمثل غاية الأشخاص من اللجوء إلى شهادات التصديق الإلكتروني في التأكد من هوية الموقع وصحة توقيعه، والسلطات الممنوحة له في التوقيع[6]، ولعمل ذلك تقوم جهة التوثيق بجمع البيانات الشخصية للمعني والضرورية لمنح وحفظ شهادة التصديق، وذلك بموافقة المعنى الصريحة، كما لا يمكنها استخدام هذه البيانات لأغراض أخرى[7].

1 - أنظر: المادة 41 من القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

2 - عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 117.

3 - زيد حمزة مقدم، المرجع السابق، ص 136.

4 - أنظر: المادة 44 من القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

5 - لينا إبراهيم يوسف حسان، المرجع السابق، ص 112.

6 - أنظر: المادة 43 من القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

7 - عرف المشرع الجزائري **بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني** في المادة الثانية من القانون رقم 04/15 على أنها: " بيانات فريدة مثل الرموز أو مفاتيح التشفير الخاصة التي يستعملها الموقع لإنشاء التوقيع الإلكتروني".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعادة ما تعتمد جهة التوثيق في التحقق من تكامل بيانات إنشاء التوقيع[1] مع بيانات التحقق منه[2] بناء على البيانات والمعلومات والوثائق المقدمة منهم، وأيا كان مصدر الحصول على هذه البيانات فهي ملزمة بالتحقق من صحتها[3]، وذلك في التاريخ الذي منحت فيه، إضافة إلى وجود جميع البيانات الواجب توفرها في شهادة التصديق وإلا قامت مسؤوليته[4]، كما تلتزم جهة التوثيق بالتحري عن دقة البيانات الخاصة بالمشترك قبل اعتمادها في شهادة التوثيق، حيث أن عدم صحة البيانات قد يلحق ضررا بالمرسل إليه الذي يعتمد على هذه الشهادة[5].

رابعا: الالتزام بالسرية

يعد هذا الواجب من الالتزامات الرئيسية التي تقع على مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني، ويقصد بالسرية الحفاظ على البيانات ذات الطابع الشخصي المقدمة من العميل إلى جهة التوثيق[6]، بهدف حفظها أو تبادلها أو استخدامها في تأليف مفاتيح التصديق الإلكتروني، وإصدار شهادة توثيق إلكترونية معتمدة[7]، كما يهدف هذا الالتزام هو دعم الثقة بين المتعاملين بالوسائل الإلكترونية، خاصة وأن معظم هذه المعاملات تتم بين أشخاص لا يلتقون، ولا يعرفون بعضهم البعض، إذ لولا هذه الضمانات لما أقبل الأشخاص على إبرام العقود وإتمام الصفقات[8].

وبالرجوع إلى التشريعات المقارنة نجد أن المشرع الأوروبي في المادة (2/8) من التوجيه الأوروبي الصادر بشأن التوقيعات الإلكترونية قد ألزم جهات التوثيق الإلكتروني بالحفاظ على البيانات ذات الطابع الشخصي، بحيث لا يحصل عليها إلا من الشخص نفسه وبرضائه متى كانت هذه البيانات ضرورية لإصدار الشهادة[9].

---

1 - عرف المشرع الجزائري **بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني** في المادة الثانية من القانون 04/15 بقوله: " رموز أو مفاتيح التشفير العمومية أو بيانات أخرى مستعملة من أجل التحقق من التوقيع الإلكتروني".

2 - شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 372.

3 - أنظر: المادة 02/53 من القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

4 - طارق كاظم عجيل، "أحكام الأهلية في المعاملات الإلكترونية"، **مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين**، العراق، المجلد: 1، العدد: 1، 2009، ص ص 100 -101.

5 - أيمن خالد مساعدة، "التوقيع الرقمي وشهادة التوثيق : المفهوم والآثار القانونية"، **مجلة المنارة**، المجلد: 11، العدد: 4، 2005، ص 267.

6 - أقدس صفاء الدين رشيد البياني، "إعفاء مزود خدمة التصديق الإلكتروني من المسؤولية المدنية"، **مجلة الحقوق**، جامعة المستنصرية، العراق، المجلد: 5، العدد: 20، 2013، ص 285.

7 - شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 378.

8 - زهرة كيسي، "النظام القانوني لجهات التوثيق التصديق الإلكتروني"، **مجلة دفاتر السياسة والقانون**، جامعة قاصدي مرباح -ورقلة، العدد: 7، 2012، ص 218.

9 - لينا ابراهيم يوسف حسان، المرجع السابق، ص 118.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما نص المشرع التونسي في الفصل(15) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي على أنه: " يتعين على مزودي خدمات التصديق الإلكتروني وأعوانهم المحافظة على سرية المعلومات التي عهدت إليهم في إطار تعاطي أنشطتهم باستثناء تلك التي رخص الشخص صاحب الشهادة كتابيا أو إلكترونيا نشرها أو الإعلام بها أو في الحالات المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل"[1]، ويتضح من نص هذا الفصل أن القانون التونسي ألزم مزودي خدمة التصديق الإلكتروني وأعوانهم من إداريين أو فنيين، بعدم إفشاء أية معلومة يحصلون عليها بسبب طبيعة عملهم إلا بموافقة صاحب الشأن.

وفي ذات الصدد نص المشرع الجزائري في المادة 42 من القانون رقم 04/15 على ما يلي: "يجب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الحفاظ على سرية البيانات والمعلومات المتعلقة بشهادات التصديق الإلكتروني الممنوحة"[2]، ويتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري على غرار باقي المشرعين، ألزم هو الآخر مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بعدم إفشاء البيانات التي تحصل عليها من المعني، وكافة البيانات الشخصية الضرورية لمنح شهادة التصديق الإلكتروني، وذلك حماية لهذا الأخير من أن يلحقه ضرر من إطلاع الغير على معلومات الموقع، ويعد الالتزام بالسرية التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، وما يترتب على ذلك هو أن مسؤولية جهة التوثيق لا تقوم عن الإخلال بالسرية، إلا إذا وجد بالفعل ثمة خطأ يمكن نسبته إلى جهة التصديق أو أحد تابعيها[3].

خامسا: الالتزام بإلغاء شهادة التصديق الإلكتروني

من الالتزامات الرئيسية المشتركة بين معظم التشريعات الالتزام بإلغاء شهادة التصديق الإلكتروني عند حدوث سبب يقيني يحتم ذلك، فقد تُوجب حالات معينة عدم التراخي في وقف العمل بالشهادة وإلغائها إلغاء كاملا[4].

ورغم أن الإخلال بهذا الالتزام قد تترتب عليه آثار خطيرة؛ كعقد صفقة، أو إجراء تحويلات نقدية، أو سحب أموال، أو إصدار أوامر شراء وبيع بشهادات إلكترونية غير صحيحة، أو مشكوك فيها، فإن بعض التشريعات قد سكتت عن تنظيم أحكامه كلية، في حين تكلمت أخرى دون تفصيل، وبشكل ضمني[5].

---

1 - الفصل 15 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

2 - المادة 42 من القانون 04/15 لسنة 2015، تقابلها المادة 21 من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004، والمادة 38 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001، وكذا المادة 44 من قانون المعاملات الإلكترونية العماني.

3 - شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 380.

4 - المادة 45 من القانون رقم 04/15، تقابلها المادة 26 من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري لسنة 2004، وكذا الفصل 20 من القانون التونسي رقم 83 سنة 2000 بشأن المبادلات التجارة الإلكترونية.

5 - شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 381..

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لذلك تلغى شهادة التصديق الإلكتروني في الحالات الآتية :

أ-إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني بناء على طلب صاحبها

تصدر شهادة التوثيق الإلكتروني بناءً على إرادة العميل الذي قدم طلب إصدارها، وبالتالي يكون له الحق دون غيره أن يطلب إلغاء الشهادة[1]، وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 45 من قانون رقم 04/15 بقولها : " يلغي مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني شهادة التصديق الإلكتروني في الآجال المحددة في سياسة التصديق بناء على طلب صاحب شهادة التصديق الإلكتروني الذي سبق تحديد هويته".

أما عن الأسباب التي تدفع إلى مثل هذا الطلب فهي متعددة، مثل العدول عن الصفقة التي طلب إصدار الشهادة بشأنها، أو إطلاع الغير على منظومة تشغيل التوقيع الإلكتروني، أو بفقد مفتاحه الخاص، وغير ذلك من الأسباب[2]، وهذه الشهادة وإن تعلق بها حق الغير، فإن هذا الغير لا يملك أن يطلب إلغاء الشهادة، وإنما يقتصر حقه على الرجوع على صاحب الشهادة بالتعريض إذا ما لحقه ضرر من استعمال الشهادة[3].

وفي هذا كله تلتزم جهة التصديق الإلكتروني بالتحقق من أن الشخص طالب الإلغاء هو بالفعل صاحب الشهادة[4].

ب-إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني إذا سلمت بناء على معلومات خاطئة أو مزورة

من الحالات المؤدية إلى إلغاء العمل بشهادة التصديق الإلكتروني حالة ما إذا كانت المعلومات المقدمة خاطئة، أو مزيفة (مزورة) [5]، حيث تقوم هنا جهة التصديق الإلكتروني بتعليق العمل بها مؤقتاً، حتى يتحقق السبب الداعي للتعليق، فإذا ثبتت نتيجة الفحص أن السبب غير صحيح فإنها تقوم بإلغاء قرار التعليق، أما إذا ثبت أن السبب صحيح وأن قرار التعليق في محله، فإنه يتعين عليها إلغاء العمل بشهادة التصديق الإلكتروني، واعتبارها كأن لم تكن[6].

1 - لينا ابراهيم حسان يوسف، المرجع السابق، ص 127.
2 - شادي ابراهيم رمضان طنطاوي، المرجع السابق، ص 384.
3 - لينا ابراهيم يوسف حسان، المرجع السابق، ص 127.
4 - شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 384.
5 - أنظر: المادة 45 فقرة 2 البند 1 من القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.
6 - زيد حمزة مقدم، المرجع السابق، ص ص 136 -137.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ج-إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني إذا أصبحت المعلومات الواردة فيها غير مطابقة للواقع[1]

إذا تيقن مقدم خدمة التصديق الإلكتروني أن البيانات التي صدرت الشهادة استناداً إليها قد تغيرت، فالتزام جهة التوثيق من التحقق من صحة ودقة بيانات الشهادة هو التزام مستمر، إذ يجب أن تبقى البيانات صحيحة ودقيقة، ليس فقط عند إنشائها، وإنما طوال فترة صلاحيتها، فإذا اكتشفت جهة التصديق الإلكتروني؛ سواء بوسائلها الخاصة من خلال الوفاء بواجبها في الاستعلام عن شخصيته المُوقّع طالب التصديق، ومدى دقة البيانات المقدمة منه، أو نتيجة إعلام صاحب الشأن لها بحدوث تغيير، أو تعديل في هذه البيانات، وجب عليها عندئذ إلغاء العمل بهذه الشهادة[2].

د-إن تم انتهاك سرية بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني

نص المشرع الجزائري على هذه الحالة في الفقرة 2 من المادة 45 من القانون رقم 04/15 المتعلق بالقواعد العامة للتوقيع والتصديق الإلكترونيين وجاء فيها: " يلغي مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أيضا شهادة التصديق الإلكتروني ... إذا تم انتهاك سرية بيانات إنشاء التوقيع".

يتضح من النص السابق أن من التزامات جهة التصديق الإلكتروني المحافظة على البيانات المقدمة من قبل المعني وعدم إفشائها للغير، لأنه إذا اطلع الغير على بيانات إنشاء التوقيع، فإنه يحق لطالب التصديق أن يطلب إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني، ومن ثم توجب على جهة التصديق الإلكتروني إلغاء هذه الشهادة لعدم الإضرار بصاحبها وبمن يتعامل معهم.

هـ-إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني إذا لم تصبح مطابقة لسياسة التصديق

من المعلوم أن مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني يصدر شهادة التصديق الإلكترونية وفقاً لسياسة التصديق الخاصة به، والتي وافقت عليها السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني، ومتى تبين أن شهادة التصديق الإلكتروني أصبحت غير مطابقة لسياسة التصديق فإنه يحق لها إلغاء التصديق الإلكتروني، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 45 فقرة 2 من القانون رقم 04/15 والتي جاء فيها: " يلغي مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني شهادة التصديق الإلكتروني ... أنها لم تصبح مطابقة لسياسة التصديق".

1 - أنظر: المادة 45 فقرة 2 البند 1 من القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

2 - شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص ص 383 -384.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

و- إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني لوفاة الشخص الطبيعي أو حل الشخص المعنوي[1]

إن الشهادة الإلكترونية من الأوراق اللصيقة بصاحبها شأنها شأن جواز السفر أو الهوية الشخصية، وهي تقوم على الاعتبار الشخصي، ذلك أن التوقيع الذي تتضمنه يصدر باسم شخص طبيعي؛ سواء بصفته الأصلية أو بصفته ممثلا للشخص المعنوي[2]، فإذا توفي هذا الشخص أو انقضى الشخص المعنوي لأي سبب من الأسباب؛ كحله أو إفلاسه أو دمجه مع غيره، فهنا يصبح التوقيع المتضمن في الشهادة دون قيمة، ولا يحق لأحد أن يستخدمه، وكذلك إن طرأ على الشخص الطبيعي ما يفقده أهليته، فإن ذلك يعد سببا لإلغاء الشهادة نظرا لقيامها على الاعتبار الشخصي[3].

ويلاحظ هنا أن التزام جهة التصديق بإلغاء شهادة التصديق الإلكترونية هو التزام بتحقيق نتيجة، بمعنى أن مسؤولية جهة التصديق تقوم إذا لم تلغ الشهادة فوراً؛ متى وجد مبررا لذلك، دون البحث في أي أمر آخر[4]، فالخطأ الموجب للمسؤولية يتمثل في عدم الإلغاء متى توافرت حالة من حالاته، حتى ولو أثبتت جهة التصديق انتفاء أي تقصير أو إهمال من جانبها، بل ولو قدمت دليلاً قاطعاً على حسن نيتها، بل ولو كانت بالفعل كذلك، فهذه المسألة لا يجوز بحثها أو إثارتها، ولا ينبغي أن يقام فيها وزن لمسألة حسن النية أو سوئها، فجهة التصديق الإلكتروني باعتبارها شخص محترف، عليها أن تدرك أن عدم إلغاء العمل بأدوات التوقيع الإلكتروني وبالشهادة الإلكترونية الصادرة باعتماد ستترتب عليه آثار كارثية[5].

البند الثاني: التزامات المُوقّع تجاه جهة التصديق الإلكتروني

هناك التزامات تقع على المُوقّع تتمثل في: الالتزام بتقديم كافة البيانات الشخصية صحيحة، والالتزام بإعلام جهة التوثيق الإلكتروني بأية معلومة قد تطرأ على بياناته الشخصية، وكذلك الحفاظ على سرية توقيعه الإلكتروني.

أولا: التزام المُوقّع بتقديم بياناته الشخصية الصحيحة إلى جهة التوثيق الإلكتروني

تربط شهادة التوثيق الإلكتروني بين شخصية المُوقّع وتوقيعه الإلكتروني، لهذا تعد مسألة تحديد هوية صاحب الشهادة من المسائل الهامة عند إصدار شهادة التوثيق الإلكترونية، كما تلقي التزاماً كبيراً على جهة التوثيق في التأكد من

1 - أنظر: المادة 45 من القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

2 - لينا ابراهيم يوسف حسان، المرجع السابق، ص 127.

3 - زيد حمزة مقدم، المرجع السابق، ص 146.

4 - مراد محمود المواجدة، "المسؤولية المدنية لجهة التوثيق الإلكتروني في التشريع الأردني"، **مجلة الجامعة الخليجية**، قسم القانون، المجلد: 3، العدد: 2، 2011، ص 341.

5 - شادي رمضان ابراهيم الطنطاوي، المرجع السابق، ص ص 385 -386.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

صحة البيانات المقدمة من المُوقّع وموثوقيتها، لذلك يجب على الموقع أن يتقدم ببياناته التي تدل على شخصيته إلى جهة التوثيق بشكل مباشر، أو يفوض جهة التصديق الالكتروني بشكل مباشر، أو يفوضها خطياً بالبحث والاستقصاء عن هذه المعلومات، وفي الحالة الأولى تقع المسؤولية على عاتق الموقع إذا قدم معلومات غير صحيحة، أما في الحالة الثانية فلا تثور مسؤوليته في حالة اكتشاف أن هذه البيانات غير صحيحة[1].

ويهدف التزام المُوقّع بتقديم معلومات جدية وصحيحة إلى جهة التصديق الالكتروني للدلالة على شخصيته، ونسبة التوقيع الإلكتروني إليه، وهو التزام بتحقيق نتيجة ولا يقتصر على بذل العناية[2]، ذلك أن أي خطأ في هذه البيانات يؤدي إلى الإضرار بالغير، يعقد مسؤولية المُوقّع القانونية، أضف إلى ذلك أن هناك مسؤولية قانونية تقع على عاتق جهة التصديق الإلكتروني، إذا لم تعمد إلى فحص البيانات ظاهرياً، فإذا كان هناك خلل بالمستندات التي قدمها الشخص الموقع، فينبغي أن تمتنع عن إصدار شهادة التوثيق الإلكترونية، فإذا أصدرت الشهادة رغم هذا الخطأ الظاهر في المستندات فتعقد مسؤوليتها القانونية[3].

ثانيا: الالتزام بالمحافظة على أداة إنشاء التوقيع الإلكتروني

يعد الالتزام بالمحافظة على أداة إنشاء التوقيع التزاماً مستحدثاً، إذ لا يفرض مثل هذا الالتزام على من يُوقّع توقيعاً تقليدياً، ذلك أن التوقيع التقليدي بأسلوبيه الشائعين؛ الإمضاء الكتابي وبصمة الإبهام لصيق بشخص الموقع، فلا يتصور أن يستخدم أي شخص إمضاء شخص آخر، أو بصمة شخص آخر، بخلاف التوقيع الرقمي فهو غير لصيق بشخص الموقع، لأنه عبارة عن زوج من الأرقام، ويكون الرقم السري هو أداة إنشاء التوقيع مخزناً عادة في بطاقة ذكية، أو وسط ذاكرة الحاسب الآلي، وبذلك يكون من السهل على من يتوصل إلى هذا الرقم السري أن يستعمله مدعيا أنه صاحبه[4].

التزام المُوقّع بالمحافظة على أداة إنشاء التوقيع هو التزام يبذل العناية الكافية في المحافظة على المفتاح الخاص(الرقم السري) لمنع الغير من استخدامه، فصاحب التوقيع الذي يُهمِل في المحافظة على المفتاح الخاص اللازم لإنشائه يتحمل ما يصيب الغير من ضرر ناتج عن استعمال التوقيع، وبذلك يكون صاحب التوقيع الرقمي مسؤولاً تجاه المرسل إليه عن المراسلات الموثقة بتوقيعه الإلكتروني، حتى لو استعمل هذا التوقيع من الغير دون إذنه، ورغم

1 -مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 341.

2 - لينا ابراهيم يوسف حسان، المرجع السابق، ص 132.

3 - مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص ص 341 -342.

4 - آلاء يعقوب النعيمي، " التصديق على التوقيع الإلكتروني: مفهومه والعلاقات القانونية الناشئة عنه"، المرجع السابق، ص 267.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بذله العناية الكافية في المحافظة عليه، وذلك بالمحافظة على حقوق المرسل إليه حسن النية، والإبقاء على موثوقية التوقيع الإلكتروني، وهذا لا يمنع من رجوع صاحب التوقيع بهذه المسؤولية على من استخدم توقيعه الإلكتروني دون إذنه[1].

وقد نصت على هذا الالتزام المادة (1/8/أ)من قانون الأونسيترال بشأن التوقيعات الإلكترونية، وجعلته التزاما يبذل عناية وليس التزام بتحقيق بنتيجة، حيث أوجبت على الموقع أن يمارس عناية معقولة لتفادي استخدام توقيعه استخداما غير مأذون، ولا شك أن هذا الأمر منتقد، وقد يبرر إهمال الموقع وعدم جديته في المحافظة على سرية منظومة إحداث التوقيع الإلكتروني، وهذا قد يؤدي إلى التخفيف من مسؤوليته[2].

ثالثا: الالتزام بإعلام جهة التصديق الإلكتروني عن كافة البيانات الحديثة

يجب أن تطابق شهادة التوثيق الإلكترونية واقع الحال فيما تتضمنه من بيانات تتعلق بالموقع، بحيث يجب أن تبقى هذه البيانات صحيحة طيلة فترة سريان شهادة التوثيق الإلكترونية، حتى تبقى صادقة في التعبير عن شخصية الموقع[3].

لهذا فإنه في حالة حدوث تغير في البيانات المقدمة إلى جهة التوثيق الإلكتروني التي تتضمنها شهادة التوثيق، يجب على الموقع أن يلجأ فورا إلى إخبار جهة التصديق بهذه البيانات المستحدثة؛ سواء كان هذه البيانات ترتبط بشخص صاحب الشهادة أم كانت موضوعية تتعلق بموضوع الشهادة ومجالات استعمالها[4].

ولا شك أن التزام الموقع بالإعلام عما يستجد من بيانات هو التزام تحقيق نتيجة، ذلك أن أي تأخير عن الإخبار بالبيانات المستجدة يسبب ضرر للغير، يوجب على الموقع المسؤولية، وكذلك يجب على جهة التوثيق في حالة تلقيها هذه البيانات أن تعمل على تعديلها، وإذا لم تفعل قامت مسؤوليتها تجاه المتضرر[5].

الفرع الثاني: العلاقة بين مزود خدمة التصديق الإلكتروني والغير

لا تقتصر العلاقات التي يرتبها التصديق على التوقيع الإلكتروني على العلاقة بين مزود خدمة التصديق الإلكتروني والمُوقّع صاحب التوقيع الرقمي، بل يرتب فضلاً عن ذلك علاقة قانونية بين مزود خدمة التصديق الإلكتروني والغير الذي يتعاقد معه المُوقّع، مما يرتب على عاتق مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني عدة التزامات تجاه

1 - أيمن خالد مساعدة، المرجع السابق، ص 265.
2 - مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 343.
3 - المرجع نفسه، ص 342.
4 - لينا ابراهيم يوسف حسان، المرجع السابق، ص 134.
5 - مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، 342.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الغير، رغم أنه ليس طرفاً في عقد التصديق المبرم بين مؤدي خدمة التصديق والمُوقّع، إلا أن الغير هو المعنى بإصدار شهادة التصديق الإلكتروني؛ من حيث أن الغرض من إصدارها هو تقديمها إليه، ومن حيث أنه يبني قراره بالتعامل مع الموقع اعتماداً عليها، وتتحدد التزامات المزود تجاه الغير بالتزامين أساسيين، هما: الالتزام بضمان صحة البيانات الواردة في شهادة التصديق الإلكتروني، والالتزام بتحديث البيانات الواردة في الشهادة، وفي مقابل ذلك يلتزم الغير بالتحقق من صحة شهادة المصادقة ونفادها.

البند الأول: التزامات مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني تجاه الغير

يلتزم مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني تجاه الغير بالتزامين أساسيين، هما:

أولا: ضمان صحة وكفاية البيانات الواردة في شهادة المصادقة

يلتزم المورد تجاه المُوقّع بموجب العقد المبرم بينهما بإصدار شهادة مصادقة تحمل بيانات صحيحة تؤكد صحة التوقيع الرقمي العائد للمُوقّع، ومتى ما ترتب هذا الالتزام في ذمته كأثر من آثار العقد المبرم بينه وبين المُوقّع ترتب في ذمته التزام موازي بضمان صحة البيانات الواردة في شهادة المصادقة الإلكترونية، وكفايتها في تحقيق الغرض منها، وهذا الالتزام يترتب عليه تجاه أي شخص من الغير يُقدِمُ المُوقّع على التعاقد معه[1].

ولذلك يتعين على مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني تحري الدقة لضمان صحة المعلومات المصدقة، التي تتضمنها شهادة التصديق الإلكتروني وقت تسليمها، وصحة العلاقة بين صاحب الشهادة والبيانات الإلكترونية المدرجة فيها، ولكي يضمن مقدم خدمة التصديق الإلكتروني صحة المعلومات الواردة في الشهادة، يجب عليه أن يطلب عند تسجيلها ضرورة وجود ما يفيد صحتها، خصوصاً ما يتعلق بتحديد هوية المُوقّع، وتحديد شخصيته[2]، وبذلك يكون مقدم خدمة التصديق الإلكتروني مسؤولاً عن صحته البيانات الواردة في شهادة التصديق الإلكتروني وقت تسليمها، وكذلك عن نسبة التوقيع الإلكتروني لصاحبه[3].

كما يلتزم مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني بضمان كفاية البيانات الواردة في شهادة التوثيق الإلكتروني، وفي ذلك يجب على المؤدي أن يمارس عناية معقولة لضمان اكتمال ما يقدمه من بيانات ذات صلة بشهادة المصادقة الإلكترونية، ويعد الالتزام بضمان صحة البيانات الواردة في شهادة التصديق الإلكتروني واكتمالها التزام ببذل عناية،

1 - آلاء يعقوب النعيمي، "التصديق على التوقيع الإلكتروني: مفهومه والعلاقة القانونية الناشئة عنه"، المرجع السابق، ص ص 277 -278.

2 - أسامة بن غانم العبيدي، "التصديق الإلكتروني وتطبيقاته في النظام السعودي"، **مجلة القضائية**، السعودية، العدد 4، رجب 1433هـ، ص ص 197 - 198.

3 - أنظر: المادة 53 من القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إذ يعد المزود موفياً بالتزامه متى بذل القدر المطلوب بذله من العناية، والمقصود من العناية هنا هو عناية الشخص المعتاد كما تقضي به القواعد العامة[1].

ثانيا: الالتزام بتحديث البيانات الواردة في شهادة المصادقة الإلكترونية

يقصد به التزام المورد بتعديل ما ورد في شهادة المصادقة الإلكترونية من بيانات في ضوء التغييرات التي تستجد عليها، و له أن يقوم بتحديث البيانات الواردة في الشهادة من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب من صاحب التوقيع[2]؛ أي أن على سلطات المصادقة الحفاظ على صحة المعلومات المصادق عليها وإن اقتضى الأمر يوميا و يجب أن تضع بنوك المعلومات المتضمنة شهادات المصادقة عنا بتصرف المتعاملين و بصورة خاصة عليها الاعلان عن تاريخ اصدار الشهادات وتاريخ انتهاء مدة صلاحيتها أو وقف مفعولها أو إلغائها[3]، والتزام المزود بإلغاء الشهادة بناء على طلب المُوقّع التزام بتحقيق نتيجة إلا أن التزامه بتحديثها وتعديل بياناتها بطلب المُوقّع أو من تلقاء نفسه ليس التزاما ببذل عناية دائماً ، بل يتوقف أمر تكييفه على طبيعة البيان الذي طرأ عليه التغيير، وما إذا كان للمزود أن يعلم علماً يقينياً بحصول التغيير وصحته، فإن تعلق البيان بأمور خارج نطاق سيطرته فإن التزامه هنا يكون ببذل عناية[4].

البند الثاني: التزامات الغير تجاه مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني

ينبغي على الغير ممن يتعامل مع صاحب التوقيع والشهادة الإلكترونية أن يتأكد من سلامة التوقيع، وموثوقيته، قبل الأخذ بما انطوى عليه من مراسلات، وفي ذلك ألزم قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية المعوّل على التوقيع الإلكتروني بالتحقق من موثوقية التوقيع قبل الاعتماد عليه، حيث نصت المادة 11 منه على أن: " يتحمل الطرف المعوّل النتائج القانونية الناجمة عن تخلفه عن:

(أ) اتخاذ خطوات معقولة للتحقق من موثوقية التوقيع الإلكتروني، أو

(ب) إذا كان التوقيع الإلكتروني مدعوما بشهادة اتخاذ خطوات معقولة بهدف :

1 - التحقق من صلاحية الشهادة أو وقفها أو إلغائها، و

2 - مراعاة وجود أي قيد بخصوص الشهادة ".

1 - آلاء يعقوب النعيمي، " التصديق على التوقيع الإلكتروني: مفهومه والعلاقات القانونية الناشئة عنه"، المرجع السابق، ص 286.

2 - المرجع نفسه، ص 284 .

3 - لينا إبراهيم يوسف حسان، المرجع السابق، ص 114.

4 - آلاء يعقوب النعيمي، " التصديق على التوقيع الإلكتروني: مفهومه والعلاقات القانونية الناشئة عنه"، المرجع السابق، ص 288.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعلى الرغم من عدم وجود نص مشابه في القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني، إلا أن رجوع المرسل إليه (الغير) إلى شهاد التصديق يعود عليه بعدة فوائد، فبالإضافة إلى التأكد من نسبة التوقيع إلى صاحبه بواسطة شهادة الوثيق، فإن حدود سلطة الموقع في إبرام التصرفات القانونية يمكن بيانها من خلال هذه لشهادة[1]، والتحقق منها يكون باتخاذ خطوات معقولة في ذلك، بأن يستعمل وسائل وفقا للمعيار الشخصي المعتاد، فيمكن للغير مثلاً الدخول إلى موقع مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني على الأنترنت والاطلاع على قوائم الشهادات النافذة، وتلك الخاصة بالشهادات الملغاة أو المعلقة[2].

الفرع الثالث: التزامات مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني المعلقة بتأدية النشاط

على عاتق مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني عدد من التزامات، وهنا يمكن التفرقة بين التزامات مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني بحسب ما إذا كان التوقف عن النشاط إرادي، أو بغير إرادته.

البند الأول: الالتزامات المرتبطة بالتوقف الإرادي عن نشاط التصديق الإلكتروني

تتمثل التزامات جهة التصديق الإلكتروني عند توقفها الإرادي عن نشاطها في التزامين أساسيين: إعلام السلطة المختصة بالتوقف الإرادي عن نشاط التصديق الإلكتروني، وبذل العناية الكافية لنقل الأنشطة إلى جهة توثيق أخرى لها نفس كفاءة الجهة التي أوقفت عملها.

أولا: إعلام السلطة المختصة بالتوقف الإرادي عن نشاط التصديق الإلكتروني

تنص المادة 58 من القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين على أنه : " يجب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني إعلام السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني في الأجل المحددة في سياسة التصديق لهذه السلطة، برغبته في وقف نشاطاته المتعلقة بتأدية خدمات التصديق الإلكتروني، أو بأي فعل قد يؤدي إلى ذلك، وفي هذه الحالة يلتزم مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بأحكام سياسة التصديق للسلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني والمتعلقة باستمرارية الخدمات، يترتب على وقف النشاط سحب الترخيص"[3].

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري قرر لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني إمكانية التوقف عن نشاطه بإرادته، وإلزامه في ذلك بوجوب إعلام السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني في الآجال المحددة من قبل هذه

1 - أيمن خالد مساعدة، المرجع السابق، ص270.

2 - آلاء يعقوب النعيمي، " التصديق على التوقيع الرقمي : مفهومه والعلاقات القانونية الناشئة عنه"، المرجع السابق، ص 293.

3 - المادة 58 من القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأخيرة، ولعل هدف المشرع من تقرير هذا الإلزام يتمثل في تجنب أثر المفاجأة من ناحية، وفي تمكين جهة الإدارة من مراقبة بواعث وإجراءات هذه العملية من ناحية أخرى، ويكون الإعلام قبل التوقف بمدة معقولة، وفي ذلك لم يحدد المشرع الجزائري المدة التي يجب فيها إعلام السلطة المختصة بالتوقف عن النشاط، وهو ما يجر إلى القول بأن يتم الإعلام قبل التوقف بمدة معقولة على الأقل، وهذا على خلاف المشرع العماني الذي جعلها ثلاثة أشهر على الأقل قبل إيقاف النشاط[1]، وهي ذات المدة التي حددها المشرع التونسي في القانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي[2].

ثانيا: الالتزام ببذل العناية الكافية لنقل أنشطته إلى جهة توثيق أخرى لها نفس كفاءة الجهة التي أوقفت عملها

لم يتضمن التشريع الجزائري مثل هذا الالتزام، إلا أن الجدير بالذكر أن المعيار الذي يجب التزامه لبيان مدى الكفاءة التي ينبغي أن يتحلى بها مقدم خدمة التوثيق المتنازل له غير واضح، هل هو معيار شخصي بأن يكون له نفس الآلية والضوابط التي كانت متوفرة لدى الجهة التي أوقفت عملها، أم هو معيار موضوعي بأن تتوفر لدى مقدم خدمة التصديق المتنازل إليه الحد الأدنى من هذه المتطلبات والضوابط[3]؟

هناك من يرى ضرورة أن يتوفر لدى مقدم الخدمة الجديد ذات الاشتراطات ودرجة الكفاءة التي كانت متوفرة في مقدم الخدمة القديم، مما يعني وجوب اعتناق معيار شخصي في تقدير درجة الكفاءة المطلوبة لمقدم الخدمة المتنازل له، فالمتعامل يلجأ لمقدم خدمة توثيق بعينه لما يتوفر له من قدرات خاصة لا تتوافر في غيره، فاستعمال الشهادات المعتمدة يتطلب في كثير من الفروض لاسيما مجال الخدمة المالية مستوى عال من الأمان، والدقة، ولذا يجب ولمصلحة العميل صاحب الشهادة ألا يحل محل مقدم الخدمات القديم إلا مقدم خدمة يتوفر فيه نفس المستوى من الكفاءة والأمان، لتجنب كل ضرر يمكن أن يصيب صاحب المصلحة[4].

البند الثاني: الالتزامات المرتبطة بالتوقف غير الإرادي عن النشاط

نص عليها المشرع الجزائري في المادة 59 فقرة 1 من القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، حيث ألزم مقدم خدمة التصديق الإلكتروني الذي يوقف نشاطه بغير إرادته بوجوب إعلام

1 - نصت على هذا الالتزام الفقرة الأولى من المادة 41 من قانون المعاملات الإلكترونية العماني بقولها: "على مقدم خدمات التصديق الإلكتروني الذي يرغب في اتفاق نشاطه أن يخطر السلطة المختصة بذلك قبل تاريخ إيقاف النشاط بثلاثة أشهر على الأقل".

2 - تنص الفقرة الأولى من الفصل الرابع والعشرين من قانون المبادلات التجارة الإلكترونية التونسي على أنه: " يتعين على مزود خدمات المصادقة الإلكترونية الراغب في إيقاف نشاطه إعلام الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية قبل تاريخ الاتفاق بثلاثة أشهر على الأقل".

3 - شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 390.

4 - المرجع نفسه، ص ص 390 -391.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

السلطة المختصة، وذلك بقوله : " يجب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الذي يتوقف نشاطه لأسباب خارجة عن إرادته أن يعلم السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني بذلك فورا، تقوم هذه الأخيرة بإلغاء شهادته للتصديق الإلكتروني الموصوفة بعد تقدير الأسباب المقدمة".

يتضح من هذا النص أنه أثناء تأدية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني لعمله قد تواجهه أسباب خارجة عن إرادته، مما يؤدي به إلى إيقاف نشاطه، وفي ذلك ألزمه المشرع بوجوب إعلام السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني فوراً، حتى يتسنى لهذه الأخيرة إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني، وذلك بعد دراسة الأسباب المؤدية إلى وقف النشاط، كما يترتب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني اتخاذ كافة التدابير اللازمة من أجل حفظ المعلومات المرتبطة بشهادة التصديق الإلكتروني الممنوحة له[1].

المطلب الرابع: مسؤولية مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني

إن تحديد الالتزامات الملقاة على عاتق جهة التصديق الإلكتروني يقتضي بيان الجزاء المترتب على هذه الجهات فيما إذا أخلت بأي التزام؛ سواء في مواجهة صاحب الشهادة الذي تعاقد معها على إصدار شهادة تصديق إلكتروني تثبت هويته وصحة توقيعه، أو في مواجهة الغير الذي عول على الشهادة الصادرة عنها في إبرام عقوده مع صاحب التوقيع، ولكون أن المشرع الجزائري في القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين اكتفى ببيان حالات قيام مسؤولية جهات التصديق الإلكتروني والإعفاء منها دون بيان نوعها، ودون أن يضع أحكام خاصة لمسؤوليتها، سنكون مضطرين لتحديد نوع هذه المسؤولية استناداً للقواعد العامة في القانون المدني، والتي تنص على أن الإخلال بالتزام عقدي يرتب المسؤولية عقدية كما في علاقة الموقع بجهات التصديق الإلكتروني، أما إذا كان الإخلال ناشئ عن خطأ في العلاقة بين مؤدي خدمة التصديق والغير كانت المسؤولية تقصيرية.

للتفصيل في ذلك ندرس مسؤولية جهات التوثيق الإلكتروني وفقا للقواعد العامة في الفرع الأول، ونتطرق لدراسة مسؤولية جهات التصديق الإلكتروني وفقا للقانون 04/15 للمحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين في الفرع الثاني.

1 - تنص الفقرة 2 من المادة 59 من القانون 04/15 على أنه: "في هذه الحالة يتخذ مؤدي الخدمات التدابير اللازمة والمنصوص عيها في سياسة التصديق الإلكتروني للسلطة الاقتصادية من أجل حفظ المعلومات المرتبطة بشهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة الممنوحة له".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الأول: مسؤولية جهات التوثيق الإلكتروني وفقا للقواعد العامة

تخضع مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني في تعويض الضرر الناتج عن إهمالها، أو إخلالها بالتزاماتها للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، وبالرجوع للنشاط المسند لجهات التصديق الإلكتروني نجد أنه يطبق بشأنها أحكام المسؤولية العقدية والتقصيرية؛ متى توافرت أركانها وشروطها، فبموجب علاقتها بصاحب الشهادة، ونظراً لوجود علاقة عقدية بينهما تتمثل في العقد المبرم بينهما، والذي يرتب التزامات متبادلة في مواجهة كل من الطرفين، فإن هذه العلاقة تخضع لأحكام المسؤولية العقدية، أما في علاقتها مع الغير الذي اعتمد على الشهادة الصادرة عنها، ونظراً لعدم وجود رابطة عقدية بينهما فإنها تخضع لأحكام المسؤولية التقصيرية.

وعليه نتناول المسؤولية العقدية لمقدمي خدمات التصديق الإلكتروني في البند الأول، في حين نتناول المسؤولية التقصيرية له في البند الثاني.

البند الأول: المسؤولية العقدية لمقدمي خدمات التصديق الإلكتروني

يقصد بالمسؤولية العقدية وفقا للقواعد العامة الجزاء المترتب على الإخلال بعقد من العقود، فتفرض وجود عقد صحيح واجب التنفيذ لم يقم المدين بتنفيذه، مما يلحق ضررا بالدائن نتيجة عدم التنفيذ[1].

وما دام إصدار شهادة التصديق الإلكتروني يتم في إطار علاقة عقدية بين مزود خدمة التصديق الإلكتروني كطرف، وطالب الشهادة من أصحاب التوقيع الإلكتروني كطرف ثاني بناء على العلاقة التعاقدية الناشئة بينهما، فإن ارتكاب أي طرف من هؤلاء خطأ، من شأنه أن يثير المسؤولية المدنية عموما والمسؤولية العقدية خصوصا[2]، وحتى تقوم هذه الأخيرة، لابد من توافر شروطها وأركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببية.

ويتحقق الخطأ العقدي عند عدم قيام المدين بالتزامه الناشئ عن التوثيق، أيا كان السبب في ذلك؛ سواء كان ناشئ عن عمد أو إهمال، ومن ذلك إخلال جهة التوثيق الإلكتروني بأي من التزاماتها المتمثلة في إصدار شهادة توثيق متضمنة كافة البيانات الجوهرية بعد التحقق من صحتها، والالتزام بالسرية والعمل على إيقافها شهادة التوثيق أو إلغائها، إذا توافرت الأسباب الموجبة لذلك وغيرها من الالتزامات، وإذا كان التزام جهة التوثيق هو التزام ببذل عناية كالتزامها بالتحقق من صحة البيانات، فيتحقق الخطأ العقدي بعدم بذل العناية الكافية من جانب جهة التوثيق[3].

1 - لينا ابراهيم يوسف حسان، المرجع السابق، ص 163.

2 - أقدس صفاء الدين رشيد البياني، "إعفاء مزود خدمة التصديق الإلكتروني من المسؤولية المدنية"، المرجع السابق، ص 282.

3 - لينا ابراهيم يوسف حسان، المرجع السابق، ص 163.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما إذا كان التزامها بتحقيق نتيجة أو الغاية المطلوبة، فيتحقق الخطأ بعدم تحقق النتيجة أو الغاية المطلوبة[1]، إلا أن الخطأ العقدي لا يتحقق إذا أثبت أن عدم التنفيذ راجع إلى سبب لا يدل له فيه، كأن تثبت جهة التوثيق أن عدم تنفيذ التزامها المتعلق بضمان صحة البيانات يرجع إلى فعل المدين نفسه، كما لو قدم أوراقاً مزورة أو وهمية[2]، أو أن عدم إصدارها شهادة توثيق في الوقت المتفق عليه يرجع إلى تأخر صاحب الشهادة في إرسال البيانات المتعلقة بهويته[3].

لا يكفي أن تخل جهة التوثيق بأي من الالتزامات المفروضة عليها بموجب عقد التوثيق لتسأل مسؤولية عقدية، وإنما يجب أن يكون هناك ضرر لحق بصاحب الشهادة جراء هذا الإخلال، فإذا توافر سبب موجب لتعليق العمل بالشهادة أو إلغائها، ولم تقم جهة التوثيق بهذا التعليق أو الإلغاء، تكون قد أخلت بالتزام مفروض عليها، تتم مساءلتها وفقا لأحكام المسؤولية العقدية، ويجب أن يكون هناك ضرر قد لحق بصاحب الشهادة جراء عدم التعليق أو الإلغاء[4].

وكذلك إذا ما فقد صاحب الشهادة مفتاحه الخاص، وطلب من جهة التوثيق إلغاء العمل بشهادة التوثيق، ولم تقم بذلك، واستعمل الغير هذا المفتاح، مما ترتب عليه الدخول في صفقته باسم صاحب الشهادة، هنا يكون عنصر الضرر قد وقع، وهو ما يترتب عليه قيام المسؤولية العقدية في مواجهة جهة التوثيق لتعويض صاحب الشهادة عن الضرر الذي لحق به[5]، ويقع عبء الإثبات هنا على الدائن، فلا يكفي إثبات عدم تنفيذ المدين لالتزامه لافتراض وقوع الضرر، لأنه قد لا ينفذ المدين التزامه ولا يصيب الدائن أي ضرر[6].

ولتقرير مسؤولية أي من الطرفين المتعاقدين تجاه الآخر لابد من توافر علاقة سببية، وتتوافر هذه العلاقة مثلاً إذا فُقدت شهادة التوثيق الإلكتروني، أو أصدر المُوقّع أمراً لجهة التصديق الإلكتروني بإلغاء الشهادة، أو إيقافها، ورفضت هذا الأمر، وترتب على ذلك استخدامها في أعمال غير مشروعة، ففي هذه الحالة فإن الضرر الذي لحق المُوقّع وهو استخدام الشهادة في أعمال غير مشروعة سببه إخلال جهة التوثيق الإلكتروني تنفيذ التزامها بإلغاء الشهادة أو إيقافها، ولهذا تعقد المسؤولية العقدية جهة التصديق الإلكتروني[7]، أما إذا كان الضرر الذي أصاب صاحب الشهادة

1 - مخلوفي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 235.
2 - زهرة كيسي، المرجع السابق، ص 224.
3 - لينا ابراهيم يوسف حسان، المرجع السابق، ص 164.
4 - زيد حمزة مقدم، المرجع السابق، ص 154.
5 - زهرة كيسي، المرجع السابق، ص 224.
6 - لينا ابراهيم يوسف حسان، المرجع السابق، ص 165.
7 - مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 330.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مرجعه سبب آخر، لا علاقة له بالإخلال الحاصل من جهة التوثيق تنتفي علاقة السببية، فلا تقوم المسؤولية العقدية بحق جهة التوثيق، كأن تصدر جهة التوثيق شهادة معيبة ويصيب صاحب الشهادة ضرراً، إلا أن هذا الضرر يرجع إلى إفشاء صاحب الشهادة سر منظومة إحداث التوقيع الإلكتروني، وليس الشهادة المعيبة الصادرة عن جهة التوثيق، فهنا تنقطع علاقة السببية ما بين خطأ جهة التوثيق والضرر الذي أصاب صاحب الشهادة[1].

وتجدر الإشارة إلى أن الدائن لا يكلف بإثبات العلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر، بل على المدين نفي هذه العلاقة إذ ادعى أنها غير موجودة، وليس للمدين نفي العلاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنبي بأن يثبت أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو حدث فجائي متى توافرت شروطه[2].

البند الثاني: المسؤولية التقصيرية لمقدمي خدمات التصديق الإلكتروني.

يقصد بالمسؤولية التقصيرية لجهات التصديق الإلكتروني مسؤوليتها عن تعويض الضرر الذي أصاب الغير الذي اعتمد في تعامله الإلكتروني على شهادة إلكترونية جراء تعويله على البيانات التي تتضمنها الشهادة الصادرة عنها[3]، وتنشأ هذه المسؤولية عندما لا توجد علاقة عقدية بين جهة التصديق الإلكتروني والغير المتضررين، ويندرج ضمن الغير هنا أي شخص لا تربطه علاقة مباشرة بعقد ما مع جهة التصديق الإلكتروني[4].

ويعد القانون المصدر المباشر والرئيسي لالتزامات جهة التصديق الإلكتروني، لذلك فأي إهمال يسجله على صعيد تلك الالتزامات من شأنه قيام مسؤولية مزود خدمة التصديق وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية؛ متى توفر الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينها، ويمكن تصور الخطأ في هذه الشأن إن يفرض القانون وجوب تعليق العمل بالشهادة أو إلغائها لأي سبب من الأسباب التي يحددها، وأخلت جهة التصديق بهذا الالتزام رغم توافر السبب الموجب لذلك، مما أدى إلى الإضرار بالغير الذي استند إلى الشهادة المفروض تعليق العمل بها أو إلغاؤها، فإنها تكون مسؤولة عن تعويض الضرر الذي لحق بالغير[5]، ولا يكفي توافر الخطأ لقيام المسؤولية بل يجب أن يترتب على الخطأ الصادر عن جهة

1 - لينا ابراهيم يوسف حسان، المرجع السابق، ص 166.
2 - زهرة كيسي، المرجع السابق، ص 224.
3 - زيد حمزة مقدم، المرجع السابق، ص 157.
4 - أقدس صفاء الدين رشيد البياني، "إعفاء مزود خدمة التصديق الإلكتروني من المسؤولية المدنية"، المرجع السابق، ص ص 285 -286.
5 - لينا ابراهيم يوسف حسان، المرجع السابق، ص 169.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التصديق الإلكتروني ضرر سواء كان ماديا أو معنويا[1]، لأنه اذا انتفى الضرر فلا تقبل دعوى المسؤولية، لأنه لا دعوى بغير مصلحة، والمكلف بإثبات الضرر هو المضرور وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات لأن الضرر واقعة مادية[2].

ويتمثل الركن الثالث في المسؤولية التقصيرية في علاقة السببية بين الخطأ والضرر، بأن يكون الفعل هو السبب في حدوث الضرر، فإذا انتفت علاقة السببية لأي سبب لا يد للمدين فيه فلا تقوم المسؤولية التقصيرية[3].

الفرع الثاني: مسؤولية جهات التصديق الإلكتروني وفقا لقانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين

تنبه المشرع الجزائري كغيره من المشرعين إلى الأهمية المترتبة على تنظيم مسؤولية جهات التصديق الإلكتروني، فأفرد لها نصوصا خاصة حدد في بعضها حالات قيام مسؤولية هذه الأخيرة وهو ما سنتطرق له في البند الأول، وحدد في بعضها الآخر حالات انتفائها وهو ما سنتطرق له في البند الثاني، وفي الآتي بيان ذلك.

البند الأول: حالات قيام المسؤولية المدنية لجهات التصديق الإلكتروني

تنص المادتين 53 و 54 من القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين على الحالات التي تقوم فيها مسؤولية جهة التصديق الإلكتروني تجاه كل من الغير وصاحب شهادة التصديق الإلكتروني، وتتعلق بما يلي:

1 - عدم صحة جميع المعلومات الواردة في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة في التاريخ الذي منحت فيه، ووجود جميع البيانات الواجب توفرها في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة ضمن هذه الشهادة.

2 - عدم التحقق والتأكد عند منح شهادة التصديق الإلكتروني أن صاحب التوقيع الذي تم تحديد هويته في شهادة التصديق الإلكتروني، يحوز كل بيانات إنشاء التوقيع الموافقة لبيانات التحقق من التوقيع المقدمة أو المحددة في شهادة التصديق الإلكتروني.

3 - عدم التأكد من إمكانية استعمال بيانات إنشاء التوقيع والتحقق منه بصفة متكاملة.

4 - عدم إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني عند توفر سبب ذلك.

وفي كل هذه الحالات تتحقق مسؤولية جهة التصديق الإلكتروني؛ سواء كان الشخص الطبيعي أم المعنوي الذي اعتمد على الشهادة وارتبط بعلاقة عقدية معها (صاحب الشهادة)، ما لم يرتبط بهذه العلاقة (الغير)، ذلك أن

1 - مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 334.
2 - لينا ابراهيم يوسف حسان، المرجع السابق، ص 170.
3 - زهرة كيسي، المرجع السابق، ص 225.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الضرر الناشئ عن الحالات السابقة لا يقتصر على صاحب الشهادة، وإنها يمتد للغير الذي يعتمد على الشهادة ومصداقية البيانات الواردة فيها للدخول في معاملات إلكترونية.

البند الثاني: حالات انتفاء المسؤولية المدنية لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني

مسؤولية مقدم خدمة التصديق الإلكتروني وفقا للقانون رقم 04/15 المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين الجزائري ليست مطلقة، فبعد أن وضع المشرع الجزائري حالات قيام مسؤولية جهة التصديق الإلكتروني (م55 -56 -57)، قام بوضع حالات متى توافرت انتفت مسؤولية هذه الأخيرة ، ونجملها فيما يلي:

1 - الإشارة الواضحة والمفهومة للحدود المفروضة على استعمالها، فلا يكون جهة التصديق الإلكتروني مسؤولة عن الضرر الناتج عن استعمال شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة عند تجاوز الحدود المفروضة على استعمالها[1].

2 - الإشارة الواضحة والمفهومة لدى الغير إلى الحد الأقصى لقيمة المعاملات التي تستعمل في حدودها شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة، فمتى حصل الضرر نتيجة تجاوز ذاك الحد فلا تقوم مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني[2].

3 - تعفى جهة التصديق الإلكتروني من المسؤولية في حالة الضرر الناشئ عن عدم احترام صاحب شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة لشروط استعمال بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني[3].

الواقع أن المشرع الجزائري قد فعل حسناً في مواكبته للتطورات الحاصلة في مجال المعاملات الإلكترونية بإصداره للقانون رقم 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، منظماً بذلك عمل تلك الجهات، والتزاماتها، ومسؤوليتها، لكن يعاب عليه أنه ولحد الوقت لم يُفعّل هذه الجهات الهامة، مما يُبقي المتعاملين بالمعاملات الإلكترونية من دون حماية على الرغم من وجود قانون ينظم عمل هذه الأخيرة.

1 - المادة 55 من القانون رقم 04/15 المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

2 - المادة 56 من القانون رقم 04/15 المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

3 - المادة 57 من القانون رقم 04/15 المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الثاني:

تسوية منازعات التراضي

في التعاقد الإلكتروني

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الثاني: تسوية منازعات التراضي في التعاقد الإلكتروني

كان ظهور العقود الدولية السبب الرئيس في إيجاد القانون الدولي الخاص، والذي تعد مهمته الأصلية حل مشكلة تعدد الأنظمة القانونية الحاكمة لعلاقة قانونية واحدة عن طريق نظرية تنازع القوانين؛ التي تحدد القانون الواجب التطبيق على العلاقة المتضمنة عنصراً أجنبياً، بناءً على جملة من الضوابط يمكن من خلالها اسناد الرابطة العقدية لقانون دولة معينة، وتتعلق بعض من هذه الضوابط بالمتعاقدين؛ كالجنسية المشتركة أو الموطن المشترك أو قانون أحد المتعاقدين، ويتعلق البعض الآخر بالعقد؛ كمحل إبرامه أو مكان تنفيذه.

باعتبار العقود الإلكترونية عقوداً دولية تبرم عبر شبكة عالمية مفتوحة، فهي بذلك تتضمن دوماً عنصراً أجنبيا؛ سواء من حيث الأطراف أو من حيث المحل أو مكان الإبرام أو من حيث طريقة التنفيذ، مما يجعلها تثير مسألة تنازع القوانين، وهي مسألة جد صعبة بالنسبة لهذه العقود، بالنظر إلى الطبيعة اللامادية لشبكة الأنترنت، هذه الأخيرة التي تتجاهل حدود الدول، وأنظمتها القانونية، وإن كانت قواعد القانون الدولي الخاص تؤدي دوراً هاماً في مجال العقود الدولية التقليدية، فإن تطبيقها في مجال عقود التجارة الإلكترونية يطرح العديد من الصعوبات، لعل أبرزها صعوبة التركيز المكاني، وهو السبب الذي أدى بالبحث عن قانون مادي موحد يخضع له جميع من يتعامل في مجال المعاملات الإلكتروني، والذي عرف بالقانون الموضوعي الإلكتروني.

إن تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات التراضي بصفة خاصة، ومنازعات العقود الإلكترونية بصفة عامة غير كاف لحل النزاعات، إذ يقتضي الأمر أن يوكل أمر حلها إلى جهة تفصل فيها، وتلزم الأطراف بتنفيذ حكمها أو قرارها، وبغيرها يبقى النزاع قائماً؛ حتى وإن حدد هذا القانون الواجب التطبيق، وفي ذلك تتحدد الجهات التي تفصل في مختلف المنازعات، بما فيها تلك المتعلقة بالتعاقد الإلكتروني في الجهات القضائية، والوسائل الودية المتمثلة في الوساطة والتحكيم.

من المبادئ العامة لفض منازعات العقود عامة اللجوء إلى القضاء لحلها، إلا أن اللجوء إلى القضاء لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية بحد ذاته يطرح إشكالية القضاء المختص بالفصل في النزاع، وهذا ما يجعل القاضي الذي عرض عليه وقبل الفصل في النزاع أن يبحث فيما إذا كان مختصاً بالفصل فعلاً فيه أم لا، وذلك بالاستناد إلى عدة ضوابط بعضها شخصي، وبعضها الآخر إقليمي، وبين هذا وذاك تطرح إشكالية أخرى يصعب حلها، وهي صعوبة التركيز المكاني، والتي ترجع إلى طبيعة المعاملات الإلكتروني؛ كونها تبرم في فضاء لامادي، وليس هذا فحسب؛ بل ميزة القضاء بكون إجراءاته معقدة وبطيئة، إضافة إلى تكاليفه الباهضة، جعلت المتعاملين يبحثون عن

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أسرع الوسائل لحل منازعاتهم بما يتماشى مع السرعة التي تتم بها معاملاتهم، وهو ما أدى بهم إلى اللجوء إلى الطرق الودية التي توفر لهم السرعة المطلوبة مقارنة بالجهات القضائية، على أن الطرق الودية لحل المنازعات بعدما كانت تقليدية أضحت تدار بوسائل إلكترونية بما يتماشى مع طبيعة العقود الإلكترونية، ولعل أهم هذه الطرق الوساطة الإلكترونية، والتحكيم الالكتروني.

للتفصيل في ذلك كله نتناول بالدراسة القانون الواجب التطبيق على منازعات التراضي في التعاقد الإلكتروني في المبحث الأول، ونبحث طرق تسوية منازعات التراضي في التعاقد الإلكتروني في المبحث الثاني.

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على منازعات التراضي في التعاقد الإلكتروني

تعتبر العقود الإلكترونية من المتغيرات العالمية التي فرضتها ثورة التقدم التكنولوجي، حيث أصبحت أحد دعائم الاقتصاد العالمي، وأحد آلياته الهامة، التي تدفع نحو التقدم والتطور الاقتصادي، وإذ كان لها دور بارز في تسهيل المعاملات بين الشعوب، إلا أنها لم تخلو من طرح العديد من الإشكاليات القانونية؛ التي تتعلق بمختلف جوانب المعاملات العقدية في البيئة الافتراضية، ومنها تلك الخاصة بالمنازعات التي تنشأ عنها، لاسيما ما يتعلق منها بالتراضي على العقد الإلكتروني، الذي يتم بين طرفين ينتمي كل منهما إلى غير دولة المتعاقد الآخر، ما يجعلها تتسم بالطابع الدولي، وهو الأمر الذي يطرح صعوبة في معرفة القانون الواجب التطبيق على هذه المنازعات، الذي يتحدد بالاستناد إلى عدة ضوابط، سنفصلها فيما يلي من خلال التطرق إلى النظرية التقليدية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني في المطلب الأول، والنظرية الحديثة في تحديده، وذلك في المطلب الثاني.

المطلب الأول: النظرية التقليدية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني

يحرص غالبية مشرعي دول العالم في النص على قواعد إسناد معنية، تهدف إلى تنظيم العلاقات الخاصة التجارية والمدنية التي تجري بين أفراد المجتمع الدولي، وتختلف هذه القواعد باختلاف طبيعة العلاقة المعروضة على القاضي، وتتسم قواعد الإسناد بصفات معينة تميزها عن قواعد القانون الداخلي، فهي من جهة أولى قواعد ثنائية الجانب تعمل على استيعاد القانون الوطني، وتشير إلى اختصاص قانون آخر؛ قد يكون القانون الوطني أو القانون الأجنبي، وهي من جهة ثانية قواعد إجرائية لا تفصل في موضوع التنازع بشكل مباشر، وإنما ترشد فقط القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقة موضوع النزاع[1].

1 - محمد أحمد علي المحاسنة، **تنازع القوانين في العقود الإلكترونية -دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2013، ص ص 47 -48.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهو ما يدفعنا للتساؤل حول مدى صلاحية مناهج القانون الدولي الخاص التقليدية كمنهج تنازع القوانين لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية، والإجابة على ذلك تكون بالتطرق إلى دراسة الإسناد الأصلي للعقد الإلكتروني في الفرع الأول، والتطرق إلى الإسناد الاحتياطي للعقد الإلكتروني في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الإسناد الأصلي للعقد الإلكتروني (الإسناد الشخصي)

من الثابت قانوناً أن إرادة الإنسان حرة بطبيعتها، ولا يمكن أن يتقيد الإنسان إلا بإرادته، فالإرادة هي أساس التصرف القانوني فهي التي تنشئه، وهي التي تحدد آثاره، وهذا ما يعبر عنه الفقه بمبدأ سلطان الإرادة، والذي يشتمل على فكرتين: الأولى أن كل الالتزامات ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة للأطراف، والثانية أن أثر الإرادة لا يقتصر على إنشاء الالتزام، بل تعتبر الإرادة المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار[1].

ويلعب مبدأ سلطان الإرادة في الاتفاق على الشروط التعاقدية دوراً هاماً، حيث تعترف كافة التشريعات بهذا المبدأ[2]؛ الذي لا يقتصر تطبيقه في نطاق العلاقات الداخلية، وإنما يمتد إلى العلاقات الدولية الخاصة، وإن كان مفهومه يختلف في القانون الداخلي عنه في القانون الدولي الخاص[3]، من حيث أن القانون الداخلي يمنح الحق والحرية للأطراف في تنظيم علاقاتهم القانونية كما يشاؤون، بحيث لا يتدخل المشرع في علاقاتهم ليحل محلهم، فيحددون هم موضوع العلاقات التي يريدون الالتزام بها، أما في إطار العلاقات الدولية الخاصة فإن مبدأ سلطان الإرادة يتيح للمتعاقدين الحرية في اختيار القانون الذي يحكم تصرفاتهم الإرادية[4]، وفي ذلك بإمكانهم تجاوز أحكام قانون دولة معينة واختيار قانون دولة أخرى لحكم العقد[5].

إذا كانت قاعدة قانون الإرادة تخول للمتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الخاصة التي يبرمونها في حقل التجارة الدولية، فإن الأمر يقتضي تحديد المقصود من قانون الإرادة في البند الأول، وطرق اختيار قانون الإرادة في البند الثاني، ثم نحدد النتائج المترتبة على خضوع عقود التجارة الإلكترونية لقانون الإرادة في البند الثالث.

---

1 - صالح المنزلاوي، **القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الإلكترونية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 257.

2 - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 207.

3 - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 49.

4 - بلال عدنان بدر، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية -دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، مكتبة بدران الحقوقية، لبنان، 2017، ص 113 -114.

5 - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 49.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الأول: مفهوم قانون الإرادة

إن تحديد مفهوم قانون الإرادة يدفعنا إلى تعريفه وبيان كيفية نشأته، وذلك فيما يلي:

أولا: تعريف قانون الإرادة

اختلف الفقه والقضاء وكذلك التشريعات في تحديد المقصود بقانون الإرادة الذي تشير إليه قواعد الإسناد، ويمكن جمع هذا الخلاف في ثلاث اتجاهات:

أ- الاتجاه المضيق من نطاق قانون الإرادة

وفيه يضيق أنصاره من نطاق هذا القانون، ويقصره على القوانين الوطنية الصادرة عن دولة معنية، تتمتع بهذا الوصف طبقاً لأحكام القانون الدولي العام، وعليه فإذا اختار أطراف العقد قانونا لتنظيم عقدهم، فإنه يتعين أن ينصب هذا الاختيار على القانون الداخلي لدولة معينة[1].

وقد أخذت بهذا الاتجاه كلا من محكمة العدل الدولية الدائمة في حكمها الصادر عام 1929، حيث قضت بأن: " كل العقود التي لا تبرم بين الدول تخضع بالضرورة للقانون الوطني لدولة معنية بموجب قواعد القانون الدولي الخاص"، ومحكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر سنة 1950، والذي جاء فيه: " كل عقد دولي يخضع حتما لقانون دولة معينة"[2].

وقد انتقد جانب من الفقه هذا الاتجاه بحجة أنه يضيق من فكرة قانون الإرادة في مجال العقود الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الأنترنت، على أساس أن تطبيق هذا المنهج يترتب عليه تطبيق حلول وطنية وضعت أساساً من أجل العقود الداخلية لا على عقود التجارة الإلكترونية، في حين أن هذه العقود هي عقود دولية، فضلاً عن أنها قد تؤدي إلى تباين الحلول القضائية بصدد تلك النوعية من المنازعات التي تتم عبر الخط[3].

1 - قارة سليمان محمد خليد، " الحلول القانونية لمشكلة تنازع القوانين في ظل التعاقد الإلكتروني"، **المجلة الإلكترونية: الفقه والقانون**، المملكة المغربية، عنوان الموقع الأصلي: sites.google.com/site/marocsitta/، العدد 18، 2014، ص 58.

2 - لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 191.

3 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 271.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ب- الاتجاه الموسع من نطاق قانون الإرادة

ينادي أنصاره بالحرية الكاملة للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، والتوسع في مفهوم إسناد العلاقة العقدية[1]، بحيث لا تقف عند حدود القانون الداخلي لدولة معينة، فيجوز إسناد العلاقة العقدية لقواعد ذات صبغة عالمية مثل القواعد العرفية، التي نشأت واستقرت بين الجماعات العاملة في مجال التجارة الإلكترونية[2].

لكن أهم ما يعيب هذا الاتجاه أنه يطلق الحرية للمتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد، على نحو قد يؤدي إلى الغش نحو القانون، أو الإفلات من الأحكام الآمرة في القواعد التي ترتبط بالعقد ارتباطاً وثيقاً[3].

ج- الاتجاه المعتدل في نطاق قانون الإرادة

يحمل هذا الاتجاه في طياته طابع الاعتدال؛ حيث أنه لا يصل إلى حد تضييق نطاق قانون الإرادة الذي نادى به أصحاب الاتجاه الأول، كما لا يذهب إلى حد إطلاق العنان للمتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد، والذي ذهب إليه أنصار الاتجاه الثاني[4].

وهذا الاتجاه يخول المتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، عملاً بحقهم المقرر بموجب قاعدة الإسناد، واحتراماً لتوقعاتهم، ولكنه يحرص في ذات الوقت على ألا تصل هذه الحرية إلى حد إطلاق حرية المتعاقدين في اختيار قانون على نحو يؤدي إلى الغش نحو القانون، أو الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين المختارة، فهذا الحل يقيم نوعاً من التوازن بين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وإسناد هذه الحرية على أسس مشروعة[5].

الواقع أن هذا الاتجاه يجد أساسه في بعض الاتفاقيات الدولية، منها اتفاقية لاهاي لسنة 1955 بشأن القانون الواجب على البيوع الدولية للمنقولات المادية، حين نصت المادة 06 منها على: " استبعاد تطبيق القانون المحدد بموجب الاتفاقية إذا تعارض مع النظام العام"، و ما ذهبت إليه أيضا المادة (1/7)من اتفاقية روما لسنة 1980 بخصوص القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع[6].

1 - قارة سليمان محمد خليد، المرجع السابق، ص 58.
2 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 272.
3 - المرجع نفسه ، ص 274.
4 - لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 194.
5 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 274.
6 - لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 194.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهو ذات المبدأ الذي تبناه المشرع الجزائري ؛ حيث نص هو الآخر في المادة 24 من قانون المدني الجزائري على أنه : " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون، يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة".

يتضح من هذا النص أن القاضي الجزائري حين يجد أن القانون الأجنبي وفقاً لقواعد الإسناد في قانونه مخالف للنظام العام، أو الآداب العامة، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون، فإنه يقوم باستبعاده، ويحل القانون الجزائري محل القانون الأجنبي.

ثانيا: نشأة قانون الإرادة

نتيجة لتأثر المشرع عند وضعه لقواعد القانون الدولي الخاص بالظروف المحيطة بالمعاملات، يمكن القول أن مبدأ قانون الإرادة مر بمراحل مختلفة ؛ كصدى للظروف التي تسود كل عصر، مما يجعل هذا المبدأ يتميز بطبيعة عرفية، فمازالت بعض المحاكم تلجأ إلى تطبيق بعض تلك الأعراف رغم قدمها[1]، ومثال ذلك إخضاع فقه الأحوال الإيطالي القديم في القرنين 12 و13 العقود لقانون بلد إبرامها، كما أنه لم يقصر تطبيق هذا القانون على موضوع العقد، بل جعله أيضاً يشمل شكله، حيث تم في هذه الفترة تبرير اختصاص قانون بلد الإبرام من طرف بعض الفقهاء على أساس أنه القانون الذي يعرفه الأطراف[2]، ومع انتهاء القرن 15م قام الفقيه الإيطالي Rochus Curtius بتفسير قاعدة خضوع العقد القانون محل إبرامه بفكرة الخضوع الضمني ؛ أي على أساس أن الإرادة الضمنية للمتعاقدين قد اتجهت إلى اختيار هذا القانون ليحكم عقدهم[3].

وقد نهجت نظرية الأحوال الفرنسية الطريقة التي سارت عليها المدرسة الإيطالية القديمة، ولم تكتسب طابعها الخاص إلا في القرن 16م، حين قدم "ديمولان" نظريته، وذلك بإخضاع العقد القانون الإرادة[4]، فأكد على أنه إذا كان العقد يخضع لقانون بلد الإبرام بوصفه القانون المختار ضمناً من قبل أطرافه، فإن المتعاقدين يملكون ومن باب أولى

1 - زياد محمد فالح بشابشة وأحمد الحراكي وعماد قطان، "دور إرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون واجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية وفقاً للقانون الأردني -دراسة مقارنة"، **مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات**، فلسطين، الجزء: 1، العدد: الثلاثون، 2013، ص ص 358 -359.

2 - أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري -تنازع القوانين**، الجزء الأول، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص ص 303 -304.

3 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 262.

4 - حسن الهداوي، **القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) المبادئ العامة وتحليل الوضعية في القانون الأردني**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997، ص 40.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الحق في اختيار القانون الذي يحكم موضوع العقد، على أن يبقى شكل العقد خاضعاً لقانون بلد إبرامه، وفي حالة عدم اختيار المتعاقدين لقانون العقد يُصار عندئذ إلى تطبيق قانون مكان الانعقاد على الجانب الشكلي والموضوعي للعقد[1].

وفي القرن 19م أخضع المحامي الفرنسي Foelix العقد لقانون البلد الذي أبرم فيه، باعتباره القانون الذي استقرت عليه العادات والأعراف، ومع ذلك فإن كان تنفيذ العقد سيتم في بلد آخر، فإن قانون هذه الأخيرة يكون هو الواجب التطبيق على المسائل التي تلي إبرام العقد، وقد برر رأيه بأن الإرادة الضمنية للمتعاقدين لا تهدف إلى مخالفة العادات والأعراف السائدة في بلد إبرام العقد أوتنفيذه، وعلى ذلك فإنه حتى ذلك الوقت كانت إرادة الأطراف لا تملك الخروج على القانون الواجب التطبيق الذي يقدمه منهج تنازع القوانين[2].

كما يذهب الفقيه الإيطالي "مانشيني" إلى فكرة مفادها أن القوانين تتبع الشخص أينما ذهب، وبالتالي يطبق عليه قانون بلده دائماً، أي قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته؛ سواء كان داخل إقليمها أو خارجها[3]، وقد أورد جملة من الاستثناءات فرضتها ضرورة الدفاع عن مصلحة المجتمع وحاجات التجارة، وهي القوانين التي تعتبر من النظام العام، وتلك التي يتفق أطراف العلاقة على اختيارها، وكذلك قانون محل إبرام التصرف فهو المختص بحكم الشكل[4]، غير أن هذه النظرية تعرضت للعديد من الانتقادات على أساس كثرة الاستثناءات التي أدخلت عليها، مما أدى إلى زعزعة مركزها، وتقليل ثقة الفقهاء فيها، ولم تفلح في أن تنال النجاح التام[5].

وقد أشار الفقيه الألماني " سافيني" في بداية القرن 19م إلى الصعوبات الرئيسية التي تواجه تحديد القانون الواجب تطبيقه على الالتزامات التعاقدية، كما ذهب إلى البدء في تحليل العلاقة القانونية التي ينشأ بسببها التنازع بغية تحديد مركزها لإسنادها إلى نظام قانوني يلائمها ويتفق وطبيعتها[6]، وبالتالي إخضاعها إلى قانون ذلك المكان استناداً إلى فكرة الخضوع الإرادي، لأن من يدخل في علاقة تعاقدية يقبل مسبقاً الخضوع لقانون مركزها[7].

وقد استمر الوضع حتى نهاية القرن 19م، حيث قرر فقهاء القانون الدولي الخاص أنداك أن قانون العقد هو القانون الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف، ليأتي بعد ذلك الأستاذ Laurent ليصوغ هذه القاعدة في شكل نظرية بأن

1 - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 50.
2 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 262 -263.
3 - زياد محمد فالح بشابشة وأحمد الحراكي وعماد قطان، المرجع السابق، ص 359.
4 - حسن الهداوي، المرجع السابق، ص43.
5 - زياد محمد فالح بشابشة، أحمد الحراكي وعماد قطان، المرجع السابق، ص 359.
6 - حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 44.
7 - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 51.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أجاز للمتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم صراحة أو ضمناً، وبصورة مستقلة عن مكان إبرام العقد أو تنفيذه[1].

استناداً لكل ذلك؛ فعند تنازع عدة قوانين بشأن حكم علاقة تعاقدية، فإنه يجب اختيار القانون الأكثر ملاءمة لهذه العلاقة حتى لو كان أجنبياً، والذي يعرف من خلال تحليل العلاقة القانونية لإيجاد مركزها الذي يحدد بوساطة فكرة الخضوع الإرادي، والذي استقرت عليه العديد من التشريعات الدولية والداخلية التي نصت صراحة على حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد.

البند الثاني: طرق اختيار قانون الإرادة في العقود الإلكترونية

إذا كانت النظم القانونية قد اعترفت للمتعاقدين بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، فإن هذا الاعتراف يثير التساؤل حول كيفية التعرف على إرادة المتعاقدين لتحديد قانون الإرادة، والجواب على ذلك أن إرادة المتعاقدين قد تكون صريحة، وقد تكون ضمنية، ويمكن تفصيل ذلك فيما يلي:

أولا: الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية

تُقر معظم الأنظمة القانونية مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم[2]، وذلك بإدراج شرط في العقد يحدد فيه الأطراف القانون الواجب تطبيقه على العقد المبرم بينهما[3]، والمسمى بشرط الاختصاص التشريعي[4]، والتعبير عن الإرادة يكون صريحاً إذا كشف المتعاقد عن هذه الإرادة حسب المألوف بين الناس بالكلام، أو الكتابة، أو الإشارة، أو نحو ذلك[5]، ففي العقود الإلكترونية يمكن أن يتم هذا الاختيار باستخدام الوسائل الإلكترونية، كأن يتم التعبير من خلال الرسائل الإلكترونية عن طريق البريد الإلكتروني، أو عن طريق المواقع الإلكترونية[6].

1 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 263.

2 - سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص 100.

3 - بلال عدنان بدر، المرجع السابق، ص 134.

4 - يقصد بالاختصاص التشريعي (تنازع القوانين) تعدد القوانين المحتملة التطبيق في نزاع يخص علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي لأجل اختيار القانون الأكثر ملاءمة من بينها، والآلية المتبعة في ذلك هي قواعد الإسناد التي يقصد بها القواعد التي تحدد القانون الواجب التطبيق في نزاع يخص علاقة قانونية أحد أطرافها عنصر أجنبي. أنظر: أميرة حسن الرافعي، المرجع السابق، ص ص 312 - 313.

5 - زياد محمد فالح بشابشة وأحمد الحراكي وعماد قطان، المرجع السابق، ص367.

6 - زياد خليف العنزي، **المعاملات الإلكترونية والقانون الدولي الخاص**، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 120.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويشير استقراء الواقع أنه قد صار من المألوف في التجارة الإلكترونية وجود عقود نموذجية، يدرج فيها بند يحدد فيه الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم، يخضع له العقد دون اشتراط وجود أية صلة حقيقية أو جادة بين القانون المختار والعقد[1].

وإذا كان من حق المتعاقدين اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم؛ سواء عند إبرام العقد الأصلي أو في أي وقت لاحق لإبرامه، فإنه يجوز لهم أيضاً تعديل اختيارهم السابق إلى اختيار آخر في أية فترة لاحقة على إبرام العقد[2]، وذلك شرط ألا يترتب على تعديل القانون المختار أضرار تمس بالغير الذين بنو توقعاتهم على القانون الذي تم اختاره أولا والمراد تعديله والعدول عنه، كما يلزم ألا يؤدي ذلك العدول إلى المساس بصحة العقد الذي يجري تعديل اختيار القانون الذي يحكمه[3].

قد يبدو للوهلة الأولى أن التعيين الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد بصفة عامة، والعقد الالكتروني خاصة، لا يثير صعوبات طالما أمكن لطرفي العقد تحديد هذا القانون بإرادتهم ليحكم عقدهم، إلا أنه وفي مجال التجارة الإلكترونية لا يمكن التسليم التام بهذه القاعدة، نظراً للصعوبات التي تثيرها، والتي نجملها فيما يلي:

أ- صعوبة التحقق من وجود إرادة التعاقد:

يكون هذا في حالة ما إذا تم التعبير عن الإرادة بشكل غير مباشر، أي بوجود وسيط قد يؤدي إلى إصابة الرسائل الالكترونية بعيوب في صحتها، بحيث يصعب التأكد من وجود الإرادة، وكذلك التحقق من أن هذه الإرادة صادرة من شخص له أو ليس صلاحية التصرف نيابة عن الشخص الأصلي[4]، أو تم التلاعب في مضمون الرسالة الإلكترونية أو تم التغيير في محتواها، ففي هذه الحالة ينشأ عدد من الأسئلة وأوجه عدم اليقين في سياق استخدام وسائل الاتصال الإلكترونية لإبرام عقد من العقود، خاصة منها ما يتعلق بكيفية التحقق من أن الإرادة صادرة عن صاحبها خاصة، وأن شبكة الأنترنت معرضة للاختراق والتدخل من جانب الغير[5].

---

1 -مثال ذلك العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي وضعته غرفة التجارة والصناعة في باريس في 1997/04/30 ليحكم المعاملات التي تتم بين المهنيين والمستهلكين، حيث ينص هذا العقد في أحد بنوده على أن القانون الواجب تطبيقه هو القانون الفرنسي بصرف النظر عند جنسيتهم أو موطنهم أو محل إبرام العقد أو محل تنفيذه. أنظر: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص ص 283 - 284.

2 - طلال العيسي وسهى صباحين، المرجع السابق، ص 107.

3 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 285.

4 - كوثر مجدوب، "حدود الإرادة في تحديد القانون الواجب تطبيقه على العقد الإلكتروني الاستهلاكي"، **مجلة تاريخ العلوم**، تصدر بجامعة الجلفة بالتنسيق العلمي مع مخبر الدراسات التاريخية المتوسطة بجامعة المدية، الجزء: 2، العدد: 2، جوان 2017، ص ص 267 -268.

5 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 353.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي هذا الصدد أثبت الواقع العملي أن تحديد إرادة التعاقد يمكن أن يتحقق عن طريق اتفاق المتعاقدين على شفرة أو رمز يوضع على الوثيقة محل التعاقد، أو عن طريق وسيط يستوثق من هويتهم عن طريق كلمة المرور، كما يضمن المفتاح السري والمفتاح العلني تحديد هوية المتعاقد الحقيقي عندما يوقع الطرف المرسل للرسالة بمفتاحه السري، ويتم التحقق من قبل المرسل إليه من الرسالة عن طريق تطبيق المفتاح العلني للمرسل على المفتاح السري، وإذا ثبت صلاحيتها تأكد المرسل إليه أن الباعث بالرسالة هو المتعاقد الحقيقي[1].

ب-صعوبة تحديد هوية الأطراف المتعاقد

الحقيقة الغالبة في عقود التجارة الإلكترونية هي غياب التواجد المادي لطرفي العقد لحظة إبرامه، ويستتبع ذلك أن التحقق من هوية وشخصية المتعاقدين قد لا يكون في مجال التعاقد الإلكتروني بالسهولة نفسها التي كانت تبحث بها وفق الطرق التقليدية للتعاقد عن بعد[2]، ذلك أن الأطراف المتعاقدة من خلال وسائل الاتصال الإلكترونية التقليدية ؛ كالفاكس والتلكس أو الهاتف يعرفون مقدماً الدولة التي يتصلون بها من خلال الرقم الكودي الذي يطلبونه[3]، في حين أن المتعاملين عبر الأنترنت يفتقرون إلى ذلك التحديد، لأن العنوان الذي يتعاقدون من خلاله قد لا يكون مرتبطاً ببلد معين، كما هو الشأن في العناوين الإلكترونية التي يشار إليها في المقطع الأخير منها بـ (.com)أو(.org)[4].

كما يصعب مراقبة العناوين الإلكترونية التي يستخدمها المتعاقدون للتحقق من هوية الطرف الآخر، فالتجار غير مسموح لهم بتخزين عناوين العملاء على قاعدة البيانات الخاصة بهم للتحقق من هوياتهم[5].

غير أن تلك الصعوبات لا يمكن أن تحول دون التأكد من شخصية المتعاقد وأهليته القانونية في مجال المعاملات الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الاتصالات الدولية، لأن في ذلك مصلحة المستهلك والتاجر[6]، فبالنسبة للمستهلك فإن تحديد هوية الطرف الآخر يمكنه من التعرف على القانون الواجب التطبيق على العقد، فغالبا ما يكون هو قانون هذا الأخير[7].

---

1 - كوثر مجدوب، المرجع السابق، ص 268.

2 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 253.

3 - عمران علي السائحي، التحكيم والقانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، **أطروحة دكتوراه**، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005 -2006، ص 403.

4 - المرجع نفسه، ص ص 403 -404.

5 - يوسفي نور الدين وبروك إلياس، "تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الإلكترونية"، **مجلة الفكر**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد: 13، 2016، ص 254.

6 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 354.

7 - يوسفي نور الدين وبروك إلياس، المرجع السابق، ص 254.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما بالنسبة للتاجر فيحرص على هوية الطرف الآخر الذي يقدم له الخدمات حتى يتأكد من أهلية الطرف المتعاقد معه[1].

ج- عدم تنظيم القانون المختار للمعاملات الإلكترونية

يتفق الأطراف على تطبيق قانون دولة معينة على المنازعات التي قد تنشأ بصدد روابطهم العقدية، لاسيما في ظل عدم وجود قواعد خاصة بالمعاملات الإلكترونية في أغلب الأنظمة القانونية[2]، ذلك أن المتعاقدون عبر الشبكة الدولية للمعلومات يتطلعون دائماً لمعرفة القانون الواجب التطبيق قبل الدخول في العلاقة العقدية لمعرفة حقوقهم والتزاماتهم[3]، ولا توجد صعوبة إذا كان القانون المختار يعترف بصلاحية العقود التي يتم إبرامها دون مستند ورقي مكتوب وموقع من المتعاقدين، حيث يتم الرجوع إلى هذا القانون وتطبيق أحكامه[4]، غير أن الصعوبة تُدق في الفرض العكسي؛ عندما يختار أطراف العقد تطبيق قانون دولة معينة، ثم يتضح بعد ذلك أن هذا القانون لا يعترف بصلاحية العقود التي تعتمد على الكتابة الإلكترونية والتوقيعات الرقمية، ففي هذه الحالة تظل الكتابة اليدوية والتوقيعات الخطية هي المعتمدة قانونا[5].

د- صعوبة التحقق من جدية التعاقد وإثباته

تعد قواعد الإثبات من أهم القواعد القانونية المنظمة للحقوق والالتزامات[6]، وتبدو هذه الأهمية أكثر في مجال المعاملات الإلكترونية لاسيما في ظل غياب الدعامة المادية الخطية[7]، فالتعاقد عبر الشبكة يتم عن طريق وسائل معلوماتية في صورة بيانات تظهر على شاشات الحواسيب الآلية، ويتم من خلالها تبادل الرضا بين المرسل والمستقبل، فيتحدد موضوع المعاملة وكيفية تنفيذها دون دعامة مادية مكتوبة[8]، فإذا كان أطراف العلاقة العقدية في مجال المعاملات التقليدية ملتزمين بتقديم دليل مادي لإثبات التصرف القانوني، فإن التعامل عبر شبكة الأنترنت يتضمن إلغاء تلك

1 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 355.
2 - المرجع نفسه ، ص 361.
3 - عمران علي السائحي، المرجع السابق، ص 403.
4 - يوسفي نور الدين وبروك إلياس، المرجع السابق، ص 256.
5 - عمران علي السائحي، المرجع السابق، ص 403.
6 - كوثر مجدوب، المرجع السابق، ص 268.
7 - يوسفي نور الدين وبروك إلياس، المرجع السابق، ص 255.
8 - المرجع نفسه، ص 255.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأدلة المادية، وكل توقيع خطي، ولعل خصوصيته هي التي أدت إلى وجود عقبات حقيقية تتعلق بقواعد الإثبات التقليدية حال تطبيقها على عقود التجارة الإلكترونية[1]، تتمثل هذه الصعوبات فيما يلي:

1-المشاكل الفنية

يظهر هذا النوع من المشكلات في صور عديدة، أهمها حدوث عطل داخل الأجهزة الإلكترونية يؤدي إلى ضياع البيانات المخزنة بداخلها، أو انتهاء فترة الصلاحية المقررة لتخزينها، بحيث تهلك أو تصبح غير مقروءة، مما يؤثر على استخدامها كوسيلة إثبات[2]، كما قد يكون من الصعب استرجاع تلك البيانات إذا تم تحميل البرنامج على الأجهزة بشكل غير سليم، أو إذا تم استخدام أجهزة غير مناسبة[3]، إضافة إلى إمكانية التلاعب في مضمون السند الإلكتروني، أو الاطلاع على البيانات التي يتضمنها بغرض استغلالها على نحو غير مشروع[4].

2-المشاكل القانونية

تتمثل هذه المشاكل في تباين التشريعات الوطنية في تنظيم أدلة الإثبات من جانب، وكذلك منح الأطراف الحق في الاتفاق على تعديل تلك القواعد من جانب آخر.

-اختلاف الأنظمة القانونية في تقدير أدلة الإثبات:

أثبتت الدراسات التي قامت بها لجنة الاتحادات الأوروبية في إطار برنامج نظم التبادل الإلكتروني للبيانات التجارية والمعنية بالقواعد القانونية لقبول أدلة الإثبات تباين النظم القانونية في تقديرها[5]، فهناك نظم قانونية تتبنى قواعد إثبات مرنة نسبياً؛ أي أنها لا تضع طرق محددة للإثبات تقيد بها القاضي أو الخصوم، بل تترك للأطراف حرية تقدير الأدلة التي تقنع القاضي، و للقاضي الحرية المطلقة في تكوين عقيدته.

وقد انتهت اللجنة في تقريرها إلى أن القواعد التعليمية المعنية بالإثبات تشكل عقبة حقيقية تعترض تطوير تبادل البيانات إلكترونيا[6]، وفي ذلك أوصت اللجنة الحكومية بإعادة النظر في القواعد القانونية التي تعيق استخدام السجلات الإلكترونية؛ كأدلة في الدعاوي القضائية، بغية تفادي ما يحول دون قبولها من عقبات لا مبرر لها، والتأكد

1 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 357.
2 - كوثر مجدوب، المرجع السابق، ص 268.
3 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص358.
4 - المرجع نفسه، ص 358.
5 - عمران علي السائحي، المرجع السابق، ص 402.
6 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 358.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

من أن هذه القواعد تتفق والتطورات في مجال تكنولوجيا المعلومات، وتوفير الوسائل الملائمة لتمكين المحاكم من تقييم مصداقية البيانات الواردة في تلك السجلات[1].

- مدى صلاحية الاتفاقات التعاقدية بين الأطراف في تعديل قواعد الإثبات

يتعرض عادة أطراف العلاقة العقدية لمسالة مدى قبول تبادل رسائل البيانات إلكترونياً في المعاملات التي تتم بينهم في اتفاقيات التبادل المبرمة بينهم، وهنا تأتي صعوبة أن اتفاقات التبادل النموذجية قد اعتمدت طرق متنوعة إزاء تلك المسألة، فبعض هذه الاتفاقات ينص على أن يقبل الأطراف الرسائل الإلكترونية كدليل إثبات، وثمة اتفاقات أخرى تجيز لأطراف العقد الاتفاق فيما بينهم على إمكانية الطعن في الأدلة الإلكترونية، وثمة نوع أخير يوصي بأن تأخذ الأدلة الإلكترونية نفس القيمة الثبوتية المعطاة للأدلة التقليدية[2].

وتتضح الصعوبة هنا في أن صحة الاتفاقات التعاقدية بين الأطراف في اتفاق تبادلي يتعلق بمدى قبول الأدلة الإلكترونية في الإثبات تتوقف على طبيعة قواعد الإثبات في نظام قضائي معين، وبقدر ما تكون الأحكام المعنية بالأدلة إلزامية فلن تكون هناك فاعلية للاتفاقات التعاقدية، مما لا يمكن التعويل عليها في المنازعات الأخرى التي تنطوي على أطراف مختلفين، أيضاً ستكون الأحكام عديمة القيمة حين يوجد شرط قانوني يوجب توفر دعامة مادية مكتوبة، أو يتطلب وجود وثيقة، أو مستند أصلي، أو غير ذلك من الشروط الشكلية، إلا إذا سمح القانون الوطني بهذا الاتفاق[3].

ثانيا: الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية

لا صعوبة إذا اختار المتعاقدين صراحة، وبصفة واضحة القانون الواجب التطبيق على عقدهما، فيتعين على المحكمة المختصة حسم المنازعة المعنية وفقا للقانون المختار[4]، أما إذا لم يحدد المتعاقدين في العقد صراحة القانون الواجب التطبيق، فإنه يتعين على القاضي البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين[5]، وذلك على ضوء فحص نصوص العقد ووقائع القضية المعروضة عليه[6]، وكذا القرائن المتعددة والعلامات التي تدل على هذه الإرادة، حيث لا يكتفي عادة بواحدة منها للدلالة على النية غير المعلنة[7]، بل الغالب أن يجمع القضاء بين أكثر من مؤشر أو علامة ليستوثق من نية

1 - يوسفي نور الدين وبروك إلياس، المرجع السابق، ص 255.
2 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 360.
3 - يوسفي نور الدين وبروك إلياس، المرجع السابق، ص ص 255 -256.
4 - شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، **أطروحة دكتوره**، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008 -2009، ص 45.
5 - زياد خليف العنزي، **المعاملات الإلكترونية والقانون الدولي الخاص**، المرجع السابق، ص 122.
6 - محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص89.
7 - طلال ياسين العيسي وسهى صباحين، المرجع السابق، ص 108.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المتعاقدين[1]، ومن أمثلة القرائن والظروف التي يمكن للقاضي الاستعانة بها لتحديد قانون العقد اللغة التي حرر بها العقد، أو أن يتضمن العقد نصا يقتضي بجعل المنازعة الناشئة عنه من اختصاص محاكم دولة معينة، أو اتفاق المتعاقدين على تنفيذ العقد في دولة معينة[2]، ومن القرائن والظروف أيضاً مكان إبرام العقد، أو الموطن المشترك للمتعاقدين، أو الجنسية المشتركة لهما[3]، إلا أنه ورجوعاً إلى المعاملات الإلكترونية يتضح أن هناك بعض القرائن التي لا تعتبر حاسمة أو ذات أهمية قليلة في استخلاص القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني[4]، وفي هذا الصدد يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في التعرف على الإرادة الضمنية ومحاولة استخلاصها من أحد أو بعض الظروف والقرائن السابقة، ولكن يتعين عليه دراسة كل ظروف العقد وعناصره وإجراء موازنة بينهما، بهدف الوصول إلى أكثر العناصر أهمية في نظر المتعاقدين[5].

بالنسبة للمعاملات الإلكترونية التي يتم إبرامها عن طريق شبكة الأنترنت، فإنه الاسترشاد بهذه القرائن لاستخلاص الإرادة الضمنية للأطراف باختيار قانون معين ليطبق على العقد الإلكتروني المبرم بينهم لا يخلو من صعوبات، وتتضح هذه الصعوبات فيما يلي:

أ -فمن ناحية **اللغة**؛ فاللغة الإنجليزية هي لغة التخاطب الغالبة في مجال العقود الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الأنترنت، حتى أن المواقع تكون متاحة بأكثر من لغة على الشبكة، ولا يكون اعتمادها للغة الإنجليزية مؤشراً على نية المتعاقدين باعتماد قانون معين ليطبق على التعاقدات الخاصة بواسطة تلك المواقع، إنما بهدف التعامل مع أكبر عدد ممكن من مستخدمي الشبكة[6]، وبالتالي فإن صياغة العقد باللغة الإنجليزية عند التعاقد بواسطة شبكة الأنترنت لا يشير إلى نية الأطراف بإخضاع عقدهم إلى القانون الإنجليزي[7].

1 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص287.
2 - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 53.
3 - محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 89.
4 - المرجع نفسه، ص 89.
5 -محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 54.
6 -بلال عدنان بدر، المرجع السابق، ص 155.
7 -زياد خليف العنزي، **المعاملات الإلكترونية والقانون الدولي الخاص**، المرجع السابق، ص 123.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ب - من ناحية **العملة التي يتم بها الوفاء**، فلا يمكن القول أن الدفع بواسطة النقود الإلكترونية[1]، أو بطاقات الائتمان يعطي مؤشرات على اختيار قانون بعينه، لأن هذه النقود، أو البطاقات أساساً ليست من إصدار دولة معينة، وإنما تصدرها مؤسسات دولية تقصد من ورائها أن يكون استخدام النقود الإلكترونية والبطاقات المصرفية دولياً لا يرتبط بدولة، أو شركة، أو مصرف محدد[2]، وبالتالي يستطيع الشخص أن يسدد بهذه الوسائل بأي عملة، وفي أي وقت[3].

ج -ومن ناحية أخرى يصعب القول أن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى تطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها مقر المحكمة التي اتفق المتعاقدين على إيلائها اختصاص النظر بالنزاع، لأنه بات مستقراً في فقه القانون الدولي الخاص أنه لا تلازم بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي، فلولا الاستقلال بين قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي وقواعد الاختصاص التشريعي لطبقت كل محكمة قانونها الوطني، وانتفى سبب قيام القانون الدولي الخاص[4].

د - يصعب القول كذلك بتطبيق القانون الذي يحكم العقد الأصلي على العقود الإلكترونية الأخرى المرتبطة به، لأن مسألة الارتباط نادرة الحدوث على الشبكة، فالغالب في مجال المعاملات التي تتم عبر الأنترنت هو استقلال الروابط القانونية، لاسيما أن المتعاقدين لا يعرفون بعضهم في الغالب، ولا دليل مادي على وجودهم الحقيقي[5].

هـ - من جهة أخيرة يصعب الاستناد إلى قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين، لأن هذه الضوابط جميعها تؤدي إلى تركيز الرابطة العقدية مكانياً، في حين أن العقود الإلكترونية خاصة تلك التي تبرم وتنفذ إلكترونياً لا يمكن تركيزها مكانياً بهذه الطريقة، وبهذا الوصف تقترب الإرادة الضمنية في هذا المجال من الإرادة المفروضة بواسطة القاضي، فضلاً أنه وفي أغلب المرات يكون أطراف العقد الإلكتروني من بلدين مختلفين لا يجمعهما موطن مشترك، كما أن الجنسية المشتركة قرينة ضعيفة في التعاقد غير الإلكتروني، فكيف الحال في حال كان التعاقد يتم آليا[6].

---

1 -النقود الإلكترونية هي منتجات دفع متنوعة مخصصة للاستهلاك، تستخدم لدفع المستحقات بطريقة إلكترونية بدلا من استخدام الطرق التقليدية، وتعرف أيضا بأنها سلسلة من الأرقام التي تعبر عن قيم معينة تصدرها البنوك التقليدية أو البنوك الافتراضية لمودعيها، ويحصل عليها في صورة نبضات كهرومغناطيسية على البطاقة الذكية، ويستخدمها هؤلاء لتسوية معاملاتهم التي تتم إلكترونياً. للتفصيل أكثر أنظر كلا من :

-جلال عايد الشورى، **وسائل الدفع الإلكتروني**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص 57،

- نضال اسماعيل برهم، المرجع السابق، ص 121.

2 - عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 79.

3 -صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 365.

4 -بلال عدنان بدر، المرجع السابق، ص 156.

5 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 365.

6 - بلال عدنان بدر، المرجع السابق، ص ص 157 -158.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الثالث: النتائج المترتبة على خضوع عقود التجارة الإلكترونية لقانون الإرادة

يترتب على خضوع عقود التجارة الإلكترونية لقانون إرادة المتعاقدين عدة نتائج نجملها فيما يلي :

أولا: السماح للمتعاقدين باختيار أكثر من قانون ليحكم الجوانب الموضوعية في عقود التجارة الإلكترونية(تجزئة العقد)

إذا كان لإرادة المتعاقدين دوراً جوهرياً في حل مشكلة تنازع القوانين بصدد عقود المعاملات الإلكترونية، فإن ذلك يثير التساؤل حول مدى إمكانية اختيار الأطراف لأكثر من قانون يحكم العلاقة العقدية، فيطبق على كل جزء منها قانون يختلف عن الآخر[1].

في ذلك ينظر البعض من الفقه إلى العقد باعتباره وحدة واحدة في كل أجزائه، ومن ثم يجب أن تخضع هذه الوحدة القانونية لقانون واحد، فهي وحدة قابلة للتأويل التفسير، ولا تكفلها فكرة تحليل عناصر العقد واختيار القانون الذي يتلاءم مع طبيعة كل منها[2]، وطبقا لهذا الرأي فإنه يتعين إخضاع العقد الإلكتروني لقانون واحد ينظم الالتزامات المتبادلة للمتعاقدين، وهو ما يعني عدم إمكانية تجزئة العقد الإلكتروني، لأن التجزئة لا تناسبه لما يمتاز به من سرعة في إبرامه، إضافة إلى ما يؤديه هذا المبدأ إلى الإخلال بالرابطة العقدية، وذلك لاختلاف القوانين المطبقة على هذا العقد[3]، فمن الممكن مثلا تنظيم جزء من العقد بقانون يقر حجية التوقيع الإلكتروني وبصحة المعاملات الإلكترونية التي تتم عبر شاشات الحواسيب الآلية، والجزء الآخر ينظم بقانون آخر لا يقبل مثل هذه التصرفات[4].

وعلى النقيض من الرأي السابق يرى بعض الفقهاء بتجزئة العقد، وأنه يمكن للمتعاقدين تحديد أكثر من قانون للعقد ذاته إذا ما حدد نطاق تطبيق كل قانون وأخضع كل جزء فيه لقانون معين[5]، على أن لا تؤدي هذه التجزئة إلى الإخلال بالعلاقة العقدية، ويتمثل أساس هذا الرأي في عدم جواز الاحتجاج بمبدأ وحدة العقد، لأن هذه الوحدة المقال بها غير متحققة في الواقع في صدد المسائل القابلة بطبيعتها للانفصال باسناد مستقل، سيما وأن المشرع نفسه قد تصدى إلى تجزئة الرابطة العقدية، حيث ميز في الإسناد بين شكل العقد وموضوعه، مما يؤدي إلى القول أنه ليس ثمة ما يمنع المتعاقدين من تجزئة العقد باختيار أكثر من قانون ليحكم عناصره المختلفة[6].

---

1 - بلال عدنان بدر، المرجع السابق، ص 231.

2 - زياد محمد فالح بشابشة وأحمد الحراكي وعماد قطان، المرجع السابق، ص 367.

3 - بلال عدنان بدر، المرجع السابق، ص 232.

4 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص277.

5 - زياد محمد فالح بشابشة و أحمد الحراكي وعماد قطان، المرجع السابق، ص 366.

6 - بلال عدنان بدر، المرجع السابق، ص ص 235 -236.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما في إطار العقود الإلكترونية فيؤكد فقه قانون التجارة الإلكترونية أنه ليس هناك ما يمنع المتعاقدين من أن يخضعوا كل جانب من جوانب العقد لقانون معين[1]، فيصح أن يتفقا على إخضاع تكوين العقد لقانون محل إبرامه، وإخضاع تنفيذه لقانون محل التنفيذ، فهذا الرأي يقضي بتجزئة العقد وتعدد القوانين الواجبة التطبيق على موضوع العقد سواء فيما يتعلق بتكوينه أو بآثاره[2].

وبهذا يمكن في إطار عقود التجارة الإلكترونية الاعتداد بإرادة المتعاقدين في اختيار أكثر من قانون ليحكم العقد[3]، مؤكدين على أن إعمال مبدأ قانون الإرادة في مجال العقود الإلكترونية لن يتحقق إلا من خلال المرونة النسبية للقواعد التي تسمح بتجزئة العقد، وإسناد كل جانب إلى قانون معين، فهناك مسائل خاصة تتم عبر الشبكات الإلكترونية كالوفاء الذي يعد تعاملا منفصلا عن العقد[4].

من خلال ما سبق فإنه إذا كان لإرادة الأطراف الحرية الكاملة في اختيار أكثر من قانون ليحكم العقد، وذلك بتجزئته، إلا أنه يستلزم على أطراف الرابطة العقدية عدم الإخلال بانسجام العقد منعا للتضارب المتوقع بين القوانين، وما يهم هو التجزئة المنسجمة، إضافة إلى عدم الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين المختارة.

ثانيا: رفض فكرة الإحالة في مجال العقود الإلكترونية:

يرفض الفقه الغالب فكرة الإحالة في مجال الروابط العقدية على أساس أن منطق الإحالة يتعارض في حد ذاته مع الضابط الذي تنظمنه قاعدة التنازع في قانون القاضي، والتي خولت المتعاقدين حق اختيار قانون العقد[5].

إن رفض الإحالة يعني أن القاضي يقوم بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون المختار دون قواعد التنازع في ذلك القانون، وعلة ذلك الرفض أن إعمال قواعد التنازع في القانون المختار سيؤدي إلى الاختلال بتوقعات الأطراف، واضطراب معاملاتهم عبر شبكة الانترنت، فاختيارهم لقانون معين يقوم على اعتبارات قدروها فيه، وقبول فكرة الإحالة يؤدي إلى إخضاع العقد لنظام قانوني لم يكن متوقعا لديهم[6].

1 - قارة سليمان محمد خليد، المرجع السابق، ص59.
2 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 275.
3 - بلال عدنان بدر، المرجع السابق، ص 236.
4 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 276.
5 - قارة سليمان محمد خليد، المرجع السابق، ص 60.
6 -صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 282.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الرابع: القيود الواردة على إعمال قانون الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية

اعترفت التشريعات بإرادة الأفراد في التعاقد، ولا يقتصر هذا الاعتراف على إبرام العقد، وتحديد شروطه، بل يتعداه إلى اختيار القانون الذي يرونه أكثر تعبيراً عن مصالحهم المتعلقة بالعقد، ويترتب على ذلك اندماج القانون المختار في العقد، فتنزل أحكامه منزلة الشروط التعاقدية، إلا أن الأخذ بقانون الإرادة مشروط بعدة قيود.

أولا: وجوب توافر صلة بين القانون المختار والعقد

انقسم الفقهاء حول مدى لزوم توفر صلة بين القانون المختار بالعقد أو المتعاقدين، فجانب منهم رفض هذا الشرط، في حين رأى جانب آخر وجوب توفر صلة بين القانون المختار والعقد، وفيما يلي بيان ذلك

أ- الرأي الأول

ذهب جانب من الفقه، ومن ضمنه فقهاء إنجلترا إلى القول أن للمتعاقدين حرية كاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما، دون تقييده بأي صلة احتراما لمبدأ سلطان الإرادة[1]، إلا أن اصحاب هذا الرأي اشترطوا ألا يكون هذا الاختيار متعارضاً مع النظام العام، وألا ينطوي على غش نحو القانون[2].

وقد تبنى هذا الرأي العديد من التشريعات؛ التي حرصت على إخضاع العقد لأحكام القانون المختار، فخولت المتعاقدين حرية مطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق دون إيراد أي قيد أو شرط، ومنها اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، حيث أخضعت العقد الدولي لأحكام القانون المختار دون أن تقيد هذا الاختيار بضرورة وجود صلة بين العقد والقانون المختار، وذات الشيء نجده بالنسبة لاتفاقيتي لاهاي لسنة 1955 و 1986 وكذا القانون المدني الأردني، والمصري[3].

ب- الرأي الثاني

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الحق في الاختيار لا يجب أن يكون مطلقاً، فلا يملك أطراف العقد اختيار قانون لا علاقة له بالعقد[4]، لذلك وجب تقييد حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد، بأن يكون له صلة بالمتعاقدين أو بالعقد[5]،

1 - شويرب خالد، المرجع السابق، ص 41.
2 - لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 197.
3 - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص68.
4 - بهلولي فاتح، المرجع السابق، ص 380.
5 - شويرب خالد، المرجع السابق، ص 41.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بحيث ينصب اختيار المتعاقدين على أحد القوانين التي تتزاحم لحكم العقد الدولي، ولا يهم بعد ذلك أن ينصب الاختيار على القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، على أساس أنه يشكل مركز الثقل في هذه الرابطة[1].

وقد أخذ بهذا الاتجاه عدة تشريعات، ومن بينها التشريع الجزائري؛ حيث نصت المادة 18 من القانون المدني على أنه: " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد". فيتضح إذن أن المشرع الجزائري كرس مبدأ حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، لكنه قيد هذه الحرية بشرط أن يكون القانون المختار له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، محاولة منه لاستبعاد فرض أن يختار المتعاقدون قانون لا صلة له بالعلاقة التعاقدية.

ج- الرأي الثالث

هذا الرأي لا يقيد حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد، ولا يقر بالحرية المطلقة لهم، إنما يستلزم وجود صلة بين القانون المختار والعقد، ولكنه لا يتطلب أن تتحقق هذه الصلة عن طريق عناصر شخصية؛ كجنسية المتعاقدين، أو مادية؛ كقانون محل إبرام العقد أو تنفيذه، فيكفي أن تكون هذه الصلة نابعة من حاجة المعاملات والتجارة الدولية[2].

في مجال العقود الإلكترونية فإنه يصعب أن يتم عبر الشبكات الآلية الاعتداد بتلك الصلة بين القانون المختار بين العقد قياساً على عقود التجارة الدولية التقليدية، وذلك للأسباب الآتية:

-أن التعاقد الإلكتروني يفترض اتصال العقد وقت إبرامه بجميع الدول في آن واحد، نتيجة للطابع العالمي لشبكات الاتصال الإلكترونية، وبالتالي صعوبة تحديد تلك الرابطة المزعومة بين القانون المختار والعقود الإلكترونية[3].

-وسيلة التعاقد في كلتا التجارتين مختلفة، ففي مجال التجارة الإلكترونية يتم إبرام عقودها من خلال شبكات إلكترونية لا تتركز ولا تخضع لدولة بعينها، فيمكن القول بتطبيق قانونها، على خلاف عقود التجارة الدولية[4].

- تتأسس الرابطة بين القانون المختار والعقد في الغالب من عناصر مادية؛ كمكان إبرام العقد أو تنفيذه، فإذا كانت هذه الضوابط المادية تصلح للتطبيق على عقود التجارة الدولية التي تتم بعيداً عن شبكات الاتصال الإلكترونية أو في حالة الإبرام من خلال تلك الشبكات مع تنفيذها مادياً[5]، إلا أن ثمة صعوبة حقيقية تعترض تطبيق تلك الضوابط في

1 - قارة سليمان محمد خليد، المرجع السابق، ص 59.
2 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 278.
3 - لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 198.
4 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 280.
5 - بلال عدنان بدر، المرجع السابق، ص 250.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

حالة المعاملات التي تتم وتنفذ بالطرق الإلكترونية، كما هو الشأن في حالة توريد برامج الحاسبات الآلية عن طريق إنزالها مباشرة على الحاسب الآلي، ففي هذه الحالة يتم الوقوع في إشكالية تحديد مكان تنفيذ العقد[1].

ثانيا: النظام العام كقيد على مبدأ قانون الإرادة في العقود الإلكترونية

دعت خطورة تخويل المتعاقدين حرية اختيار قانون العقد على النحو الذي يؤديه إلى فتح الطريق أمامهم للإفلات من القوانين التي ترتبط بالعلاقة العقدية البعض من الفقه إلى ضرورة البحث في نقطة التوازن بين حرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق من ناحية، والاحترام المتطلب للنصوص القانونية الحاكمة للعقد من ناحية أخرى، وبالتالي القول بوجوب تقييد هذه الحرية بعدم مخالفتها لمبادئ النظام العام[2]، وفيما يلي بيان المقصود منه، وضوابط تطبيقه في عقود التجارة الإلكترونية.

أ- مفهوم النظام العام

يتفق فقه القانون المدني على أنه يصعب وضع تعريف محدد لفكرة النظام العام، وذلك لمرونتها، وتغيرها بتغير الزمان والمكان، ولذلك عادة ما يكتفي الفقه بالإشارة إلى الإطار السياسي، والاجتماعي، الذي يساعد في وضع حدود لها[3]، ويُعرف الفقه النظام العام وفقا لهذه الفكرة بأنه: " مجموعة القواعد التي تنظم المصالح التي تهم المجتمع مباشرة أكثر مما تهم الأفراد، سواء كانت هذه المصالح سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو أخلاقية"[4]، وهو يختلف من مجتمع إلى آخر ومن زمان الى زمان مغاير؛ أي أنه فكرة نسبية[5]، ويهدف النظام العام في مجال القانون الداخلي إلى إبطال كل اتفاق للأطراف يخالف القاعدة الآمرة، لذا يعد قيدا مهما على مبدأ حرية التعاقد[6].

أورد بعض الفقهاء في ميدان القانون الدولي الخاص عدداً من التعريفات لفكرة النظام العام ،حيث ركزت هذه الأخيرة على الوظيفة الرئيسية التي يؤديها النظام العام في هذا الفرع من القانون، بوصفه أداة مقيدة لحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود التي يقومون بإبرامها[7].

---

1 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص ص 280 -281.

2 - بلاق محمد، "ضوابط الإسناد ومدى فاعليتها اتجاه منازعات عقود التجارة الإلكترونية"، **مجلة المعيار**، المركز الجامعي تيسمسيلت، المجلد: 5، العدد: 10، 2014، ص 169.

3 - طلال ياسين العيسى وسهى يحي صباحين، المرجع السابق، ص 109.

4 - المرجع نفسه، ص109.

5 - سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص 68.

6 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 291.

7 - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 142.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والحال أن هناك من عرفه أنه: " وسيلة قانونية يستبعد بها في النزاع المطروح أمام القاضي الاختصاص العادي المعقود للقانون الأجنبي، متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد القاضي"[1].

وذهب أخر إلى أنه: " مجموعة المبادئ والأفكار الأساسية المختلفة من سياسية واقتصادية واجتماعية وخلقية وفكرية التي يقوم عليها مجتمع معين في لحظة معينة منذ تاريخ وجوده، ولا يمكن السماح بمخالفتها من قبل القانون الأجنبي الواجب تطبيقه، سواء كانت هذه الأفكار والمبادئ مجسدة بنصوص تشريعية أم أنها لا تلبس نصاً تشريعياً محدداً، وسواء كانت تشكل قواعد لتنظيم تعامل الأفراد، أم أنها تهيمن على تنظيم المجتمع ككل"[2].

يتبين من التعاريف السابقة أن وضع تعريف جامع مانع يحدد المقصود من النظام العام ليس بالأمر اليسير، وذلك لاتساع فكرة النظام العام، وعدم اقتصارها على فرع واحد من القانون، فضلاً عن كونها فكرة فضفاضة، وقد قسم فقهاء القانون الدولي الخاص فكرة النظام العام الى قسمين:

1 -النظام العام التوجيهي

يسمى أيضاً قوانين البوليس، أو الأمن، أو القوانين ذات التطبيق الضروري[3]، ويعد هذا النظام بهذا المعنى ضابط إسناد لصالح قانون القاضي، حيث يطبقه بالأولوية على أي قانون أجنبي قد تحدده قاعدة التنازع، ولهذا أطلق عليه بعض الفقه تسمية " **نظام عام إسنادي**"[4]، ويلعب النظام العام في هذه الصورة دوراً إيجابياً، حيث يفرض تطبيق القواعد التي يتضمنها قانون القاضي، وذلك تحقيقاً للأهداف السياسية، والاجتماعية، والاقتصادية، التي حددتها الدولة[5].

2 - النظام العام الحمائي

يلعب هذا النوع دوراً سلبياً، ويهدف إلى استبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق، إعمالاً لقاعدة الإسناد إذا كانت أحكام هذا القانون تحمل في طياتها مخالفة لقواعد النظام العام والآداب في دولة القاضي[6]، والمهم هنا باعتبار النظام العام كقيد على قانون الإرادة هو النظام العام الحمائي أو الوقائي ، كونه يحمي الأسس العليا في المجتمع ؛ سواء

1 - بلاق محمد، المرجع السابق، ص 170.
2 - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 142.
3 - طلال ياسين العيسى وسهى يحي صباحين، المرجع السابق، ص 109.
4 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 294.
5 - بلاق محمد، المرجع السابق، ص 170.
6 - طلال ياسين العيسي وسهى يحي صباحين، المرجع السابق، ص 110.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كانت سياسية، أو اقتصادية، أو اجتماعية؛ مثله في ذلك مثل النظام العام الداخلي، وذلك باستبعاد تطبيق أحكام القانون الأجنبي حتى ولو اتفق الأطراف على تطبيقها ما دامت تتنافى مع هذه الأسس العليا[1].

ب-ضوابط تطبيق فكرة النظام العام على عقود التجارة الإلكترونية

إن إعمال فكرة النظام العام في عقود التجارة الإلكترونية يمكن أن يتحقق إما باللجوء إلى النظام العام الحمائي الدولي، أو باللجوء إلى النظام العام التوجيهي الدولي، وذلك كما يلي:

1- تطبيق فكرة النظام العام الحمائي على عقود التجارة الإلكترونية

تثار فكرة النظام العام هنا كرد فعل عندما يقوم المتعاقد مع المستهلك؛ وهو القوي في العقد بفرض قانون ينكر أو يتجاهل حقوق المستهلك[2]، ففكرة النظام العام هنا تقتضي إقصاء القانون الوطني واجب التطبيق وفقاً لقاعدة التنازع، أو وفقاً لاختيارات الأطراف، وتطبيق القانون الذي يكفل للمستهلك حماية أفضل، وهو عادة قانون الدولة التي يوجد فيها محل الإقامة المعتادة للمستهلك[3].

وقد وجد هذا النهج تطبيقاً له في بعض التشريعات، ومن ذلك القانون الدولي الخاص السويسري عام 1987، وأيضا اتفاقية روما المبرمة عام 1980، حيث أشارت هذه الأخيرة إلى حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على عقدهم، حتى ولو كان هذا الأخير منبت الصلة عن العقد، لكنها تضمنت وصفاً استثنائياً فيما يتعلق بالعقود المبرمة مع المستهلكين، مفاده أن اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق لا يمكن أن يؤدي إلى حرمان المستهلك من الحماية التي تكفلها له الأحكام الآمرة في بلد محل إقامته المعتادة[4]، وعليه عندما يدرج البائع في الشروط العامة التي يظهرها على شاشة الأنترنت شرطاً خاصاً ينص على تطبيق قانون دولته على العقد، فإن هذا الشرط يمكن تغييره لصالح قانون المستهلك(أ/3/5) من اتفاقية روما 1980[5].

الملاحظ أن تطبيق المادة 3/5 من اتفاقية روما على عقود المستهلكين التي تتم عبر الأنترنت هو أمر يصعب تحقيقه عملياً، لأنه يتطلب من البائع أن يضمن تطابق العقود، أو الشروط العامة للبيع في كافة الأنظمة القانونية للعملاء المحتمل تعاقدهم عبر الأنترنت، كما لا تتعلق سوى بالعلاقات التي تتم بين الأوروبيين، ولا تحل المشاكل ذات

1 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 295.
2 - طلال ياسين العيسي وسهى يحي صباحين، المرجع السابق، ص 112.
3 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 309.
4 - طلال ياسين العيسي وسهى يحي صباحين، المرجع السابق، ص 112.
5 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 311.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الصبغة العالمية، مما يدعو إلى إيجاد اتفاقية دولية تحدد بوضوح معالم النظام العام في مجال التجارة الدولية عموماً، والإلكترونية بوجه خاص[1].

2-تطبيق النظام العام التوجيهي على عقود التجارة الإلكترونية

تظهر فكرة النظام العام التوجيهي في عقود التجارة الإلكترونية من خلال الاتجاهات الآتية:

-الاتجاه الأول: يؤكد على فكرة النظام العام في مجال التجارة الإلكترونية من خلال التركيز على النصوص التي تحظر ممارسة الأنشطة غير المشروعة في هذا المجال، حيث يتم تنظيمه بشكل دقيق، ويمنع نشره على شبكة الأنترنت[2].

-الاتجاه الثاني: يتجه أنصاره للقول بأن النظام العام في التجارة الإلكترونية هو مجموعة القواعد اللصيقة بالتجارة الإلكترونية، والتي تلبي كل احتياجاتها عن طريق خلق القواعد الذاتية التي تتفق ونمو المبادلات عبر الشبكة، فالنظام العام من وجهة نظر هذا الاتجاه يتحدد بكافة القواعد التي تضع تنظيما خاصا ومباشرا بالتجارة الإلكترونية[3].

-الاتجاه الثالث: يرى أن وجود نظام عام دولي صالح للتطبيق على عقود التجارة الدولية والإلكترونية هو فكرة يصعب تحقيقها، وذلك لصعوبة تحديد المقصود بالنظام العام، فلكل دولة أنظمة سياسية، واجتماعية، واقتصادية، تختلف عن أنظمة غيرها، إضافة لصعوبة تحديد القواعد التي تدخل في نطاق النظام العام[4]، ذلك أن كل القواعد التي تحتويها عادات وأعراف التجارة الدولية لا تنتمي كلها للنظام العام، كما أن هذه القواعد منها هو أساسي وعالمي بما يحقق المصالح الأساسية للتجارة الدولية، وهو ما يجعل هذه القواعد تدخل في نطاق مفهوم هذا النظام[5].

وعليه؛ لا يمكن التسليم بوجود فكرة النظام العام الدولي، لاختلاف الأنظمة التي تقوم عليها كل دولة، وإذا كان النظام العام الداخلي يهدف إلى تحقيق مصلحة المجتمع داخل الدولة، فإن السؤال يطرح حول المصلحة في النظام العام الدولي، خاصة وأن مصالح الدول مختلفة، الأمر الذي يدعو المجتمع الدولي إلى إيجاد اتفاقية دولية تحدد فيها القواعد التي تدخل ضمن النظام العام الدولي، من خلال توحيد القواعد المشتركة بين جميع الدول، مع الأخذ في الاعتبار طبيعة المعاملات التجارية الإلكترونية.

---

1 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 311 وما بعدها.
2 - بلاق محمد، المرجع السابق، ص ص 171 -172.
3 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 315.
4 - المرجع نفسه، ص ص 315 -316.
5 - طلال ياسين العيسي، وسهى يحي صباحين المرجع السابق، ص ص 113 -114.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني: الإسناد الاحتياطي للعقد الإلكتروني

إذ لم يتفق الأطراف في عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الشبكة الإلكترونية صراحة على اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، وتعذر استخلاص إرادتهم الضمنية في هذا الشأن، فعلى القاضي المختص أن يجتهد حتى يصل إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، وذلك بالنظر إلى ما كان يقصده المتعاقدان، فهنا إرادة القاضي، وليس إرادة المتعاقدين هي التي تتولى تعيين القانون الذي يحكم العقد، وذلك من خلال اللجوء إلى مؤشرات، أو عوامل ارتباط موضوعية تشير إلى القانون الذي يرتبط بالعقد ارتباطاً وثيقاً، وهنا يقوم القاضي بتعيين القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، إما بإسناد تلك الرابطة لضوابط جامدة، ومعلومة سلفاً للمتعاقدين ؛ كمكان إبرام العقد أو تنفيذه أو الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك للمتعاقدين، أو بإسنادها لضوابط مرنة تستمد من الطبيعة الذاتية للعقد ؛ كضابط الأداء المميز.

والتسليم بإعمال هذه الضوابط على عقود التجارة الإلكترونية يطرح العديد من الصعوبات، خاصة وأن إعمالها في البيئة التقليدية أمر سهل، كونها تعتمد على التركيز المكاني الذي يصعب تحديده في مجال العقود الإلكترونية ؛ هذه الأخيرة التي تتم في بيئة افتراضية، ليس لها روابط أو صلات مكانية. والتفصيل في ذلك فيما يلي :

البند الأول: الإسناد الجامد في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية

يرى غالبية فقهاء القانون الدولي الخاص أنه في حالة غياب الإرادة الصريحة للطرفين المتعاقدين بخصوص تحديد القانون الواجب تطبيقه على عقديهما، يتم الإسناد في تحديد ذلك على ضوابط ذات صلة وثيقة بالعقد[1]، أهمها قانون دولة إبرام العقد، أو قانون دولة تنفيذه، أو قانون جنسية المتعاقدين المشتركة، أو قانون موطنها المشترك[2]، باعتبارها معايير موضوعية معلومة مسبقاً من قبل المتعاقدين، مما قد لا يفاجئ توقعاتهم ويخل بأمانهم القانوني المنشود[3].

في هذا الصدد نصت المادة 2/18 من القانون المدني الجزائري على أنه : "... وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حال عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد ..."، ويلاحظ على المادة نصها على عدة ضوابط تمثلت في قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة أو قانون محل إبرام العقد، في حين لم

1 - حمودي محمد ناصر، "نزاعات العقود الإلكترونية -أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل"، **مجلة معارف**، جامعة أكلي محند أولحاج -البويرة، السنة: الثالثة، العدد: 5، 2008، ص 155.

2 - زياد محمد فالح بشابشة وأحمد الحراكي وعماد قطان، المرجع السابق، ص 370.

3 - حمودي محمد ناصر، **العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت**، المرجع السابق، ص 473.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تنص على ضابط مكان تنفيذ العقد، وتعد هذه الضوابط كقرائن قانونية بسيطة لتسهيل مهمة القاضي في إعمال قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد[1]، وسوف نعرض هذه الضوابط فيما يلي:

أولا: ضابط قانون مكان إبرام العقد

يعد من أهم الضوابط الاحتياطية المعمول بها في مناهج تنازع القوانين، وقد لقي رواجاً وتطبيقاً كبيرين في العقود الدولية التقليدية[2]، ما جعل البعض يرى أن ارتباط العقد مع مكان إبرامه يعني تطبيق قانون هذا المكان على الأطراف الذين توافر لديهم العلم بهذا القانون، وتطبيقه يفترض أن المتعاقدين قد سكتوا عن اختيار قانون العقد صراحة أو ضمناً[3]، وهو ما أكده المشرع الجزائري في المادة 1/18 من القانون المدني الجزائري[4]، وكذا القضاء الفرنسي الذي يعتد بمكان إبرام العقد كمعيار هام لتحديد القانون الذي يحكم العقد حال انتفاء اختيار الأطراف لهذا القانون[5]، وللتدليل على ضابط محل إبرام العقد ساق أنصار هذا الاتجاه مجموعة من المبررات فتمثلت في الآتي[6]:

-أنه إسناد يعبر عن وجود صلة حقيقية وجدية بين القانون والعقد، وأنه يكفل للمتعاقدين إمكانية عرض الحلول المطبقة بشكل أكثر تفصيلاً عن غيره.

-أنه يكفل للمتعاقدين ميزة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد، إضافة إلى ضمان وحدة الحلول القانونية التي تطبق على الرابطة العقدية.

وإذا كان إسناد الرابطة العقدية إلى قانون محل إبرام العقد يُعد أمراً ملائماً للعقود التجارية التقليدية بما يكفله من محاسن[7]، فإنه لا يخلو من سهام النقد التي حاولت النيل في مكانته، ذلك أن هذا الضابط لم يُعد ملائماً للمعاملات التي تتم عبر الشبكة الإلكترونية[8]، والتي لا تسمح طبيعتها بتركيز تلك المعاملات تركيزاً مكانياً؛ نظر لصعوبة تحديد مكان إبرام العقد[9]، وهو ما جعل البعض يرى في هذا الصدد أن العقد الإلكتروني قد يبرم بصفة عارضة لا تكفي لقيام

1 - بن خضرة زهيرة، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، **أطروحة دكتوراه**، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015 -2016، ص 86.

2 - حمودي محمد ناصر، **العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت**، المرجع السابق، ص 473.

3 - بلاق محمد، المرجع السابق، ص 175.

4 -تنص الفقرة 1 من المادة 18 من القانون المدني الجزائري: " يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون المكان المختار من المتعاقدين، إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد".

5 - طلال ياسين العيسي وسهى يحي صباحين، المرجع السابق، ص 117.

6 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص ص 327 -328.

7 - بن خضرة زهيرة، المرجع السابق، ص 89.

8 - بلاق محمد، المرجع السابق، ص 175.

9 - طلال ياسين العيسي وسهى يحي صباحين، المرجع السابق، ص 118.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

رابطة حقيقية وجادة بين العقد وقانون محل إبرامه ؛ كأن يتم عبر حاسوب نقال لشخص متجول من دولة لأخرى، أو أن يبرم عقده من خلال مقهى من مقاهي الأنترنت، وهي كلها تجعل من المسألة عرضية، ولا تشكل معياراً يعتمد عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بهذه الطريقة[1].

ثانيا: ضابط مجال تنفيذ العقد

ترجع أهمية قانون محل تنفيذ العقد إلى أنه المكان الذي تتجسد فيه الالتزامات التعاقدية، كما أنه يحقق مصالح المتعاقدين على اعتبار أن تنفيذ العقد هو هدف المتعاقدين، والغاية التي يسعون إلى تحقيقها، فضلا عن كون محل لتنفيذ لا يكون عرضيا بل يرتبط ارتباطا وثيقا بالعقد[2].

غير أنه في مجال العقود الإلكترونية يثير إعمال هذا الضابط بعض الصعوبات ؛ سواء فيما يتعلق بالعقود التي تنفذ عبر الشبكة ذاتها أو فيما يتعلق بالعقود التي تنفذ خارج الشبكة، فالأولى تطرح إشكالية تحديد مكان تنفيذها، كما هو الشأن في برامج الحاسوب التي يتم إنزالها مباشرة من شبكة الأنترنت، ففي هذه الحالة يصعب تحديد مكان تنفيذ العقد، فهل هو مكان موقع التحميل أو مكان المزود أو المكان الذي يوجد فيه الحاسب الآلي للمشتري[3]، أما في النوع الثاني، وهي العقود التي تنفذها خارج الشبكة، فالأصل أنها لا تثير مشكلة حقيقية، لأنها تحيل إلى عناصر مادية تدور حول مكان تنفيذ العقد، وهذا المكان غالباً يكون مكان تسليم الطلب أو الخدمة[4].

ثالثا: ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين

اعتمدت بعض التشريعات الوطنية على ضابط الموطن المشترك في حالة غياب الإرادة الصريحة والضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق[5]، ورغم وضوح هذه الفكرة ؛ إلا أنه من الصعب تطبيقها في مجال المعاملات الإلكترونية التي تتم عبر الأنترنت، ذلك أن التعامل عبر الأنترنت يعتمد على العناوين الإلكترونية لا على العناوين الحقيقية، وهذه العناوين لا تعطي دلالة واضحة على العنوان الحقيقي، مما يصعب معه اعتماد ضابط الموطن المشترك لتحديد القانون واجب التطبيق[6].

1 - حمودي محمد ناصر، **العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت**، المرجع السابق، ص 474.
2 - بلال عدنان بدر، المرجع السابق، ص 165.
3 - لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 210.
4 - بن خضرة زهيرة، المرجع السابق، ص 90.
5 - طلال ياسين العيسي وسهى يحي الصباحين، المرجع السابق، ص 119.
6 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 334.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

رابعا: ضابط الجنسية المشتركة للمتعاقدين

تبنت بعض التشريعات الوطنية الاتجاه الذي يقضي بإسناد الرابطة العقدية إلى قانون الجنسية المشتركة للأطراف في حالة سكوت الأطراف عن اختيار قانون الإرادة صراحة أو ضمناً[1]؛ إلا أن إسناد الرابطة إلى قانون دولة الجنسية المشتركة هو إسناد مُنتقد، يصعب التعويل عليه في مجال عقود التجارة الإلكترونية، لضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق وفقا لهذا الأساس والعقد[2]، ويؤكد البعض أن الجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصراً مؤثراً في عقود المعاملات الدولية، ولا تصلح وحدها أساساً لإضفاء الطابع الدولي على هذه العقود، كما أن الاعتداد بجنسية المتعاقدين سيتطلب التحقق من هوية الأطراف، وتحديد أماكن تواجدهم لحظة إبرام العقد[3].

الواضح أن هذه الضوابط يكتنفها الكثير من الغموض، والصعوبات عند تطبيقها على عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الأنترنت، وذلك لتصادمها مع الطابع الإقليمي والمادي لفض التنازع القانوني، وهو ما أدى بالفقه إلى تبني ضوابط موضوعية أخرى لتعيين قانون العقد.

البند الثاني: الإسناد المرن (الإسناد لقانون محل إقامة المدين بالأداء المميز)

إن الاتجاه الجامد في تركيز العقد لا يمكن أن يستقيم مع عقود التجارة الإلكترونية، كون الضوابط التي جاء بها لا تمثل في مجملها مركز الثقل في العقد الإلكتروني حتى يمكن الاستناد إليها في تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد، مما جعل فقهاء القانون الدولي الخاص يدعون لتبني معيار آخر لتحديد قانون العقد[4]، يتمثل في ضابط الأداء المميز، وعليه سنبين المقصود منه، وكذا مدى إمكانية تطبيقه عل عقود التجارة الإلكترونية في الفقرات اللاحقة، على النحو الآتي:

أولا: مفهوم نظرية الأداء المميز

يُعرّف الأداء المميز بأنه: " الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتميزه عن غيره من العقود الأخرى"[5]. ويُعرّف أيضاً بأنه: " ذلك الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجباً"[6].

1 - بن خضرة زهيرة، المرجع السابق، ص 88.
2 - لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 211.
3 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 333.
4 - عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 84 وما بعدها.
5 - طلال ياسين العيسي وسهى يحي الصباحين، المرجع السابق، ص 120.
6 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص ص 336 -337.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فيعد أداءً مميزاً التزام البائع بتسليم المبيع، أو التزامه بنقل الملكية للمشتري، والتزام المورد بتوريد الخدمة في عقود المقاولة، على أساس أن هذه الآداءات تعبر عن مركز الثقل الاقتصادي، والاجتماعي في الرابطة العقدية[1].

يعتمد هذا الضابط على أساس تنوع العقود، وتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد حسب أهمية الالتزام الأساسي فيه، فعلى الرغم من تعدد الالتزامات في العقد الواحد إلا أن أحد هذه الالتزامات هو الذي يميز العقد، ويعبر عن جوهره، وبالتالي يجب الاعتماد عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد[2]، ويتميز هذا الضابط بكونه إسناد مسبق يتحدد وقت إبرام العقد، ويقوم على افتراض أن جعل تنفيذ الأداء المميز هو محل إقامة المدين بهذا الأداء، مما يحول دون تجزئة العقد وخضوعه لقانون واحد[3].

ويرجع ترجيح ضابط قانون محل إقامة المدين بالأداء المميز إلى أنه يستم بالوضوح، ويساعد أطراف العقد على توقع القانون الذي يحكم العقد بسهولة، وبالتالي يؤدي إلى تجنب الصعوبات التي يثيرها تحديد محل إبرام العقد أو تنفيذه، أو الموطن المشترك، أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين[4].

ثانيا: تطبيق نظرية الأداء المميز على عقود التجارة الإلكترونية

رغم تبني العديد من التشريعات وبعض أحكام القضاء لهذه النظرية، إضافة إلى تأييدها من جانب الكثير من الفقهاء، لكن إعمال هذه الفكرة في عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الأنترنت لم يخل من النقد[5]:

أ - إن إعمال هذه النظرية يؤدي إلى إسناد العقد لقانون الطرف الأقوى في العقد، والتضحية بمصلحة الطرف الضعيف، كما هو الحال في عقود البيع التي تتم عبر شبكة الأنترنت، فهنا يطبق قانون دولة البائع ؛ حيث يعد أداء مميز التزام البائع بتسليم المبيع.

ب -تقوم هذه النظرية على أساس مرتكزات جغرافية لا تتلاءم مع طبيعة المعاملات الإلكترونية.

ج - أغلب التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية قد اعتبرت محل إقامة الطرف الملتزم بالأداء المميز، أو مقر منشأته وقت إبرام العقد كضابط إسناد رئيسي لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، وهذه الشروط غير متوافرة في

1 - قارة سليمان محمد خليد، المرجع السابق، ص 69.

2 - لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 214.

3 - حمودي محمد الناصر، "نزاعات العقود الإلكترونية -أزمة مناهج تنازع القوانين ظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل"، المرجع السابق، ص 157.

4 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 339.

5 - أنظر كلا من:

-طلال ياسين العيسي وسهى يحي صباحين، المرجع السابق، ص ص 121 -122.

- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 344 وما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عقود التجارة الإلكترونية، لأن أغلب المواقع الإلكترونية التي يتم من خلالها التعاقد تتسم بأنها مؤقتة، مع أنه يشترط في الإقامة أن تكون دائمة.

د - يصعب تطبيق هذه النظرية على العقود الإلكترونية عندما يقوم الطرف المدين بالأداء المميز بإبرام العقد عن طريق حاسوب يمتلكه مقدم خدمات معلومات مقيم في البلد نفسه الذي يمارس فيها نشاطه، لأن القانون الواجب التطبيق سيكون قانون دولة مزود الخدمة لا قانون دولة المدين بالأداء المميز، وكذلك في الحالة التي لا تكون فيها الأنترنت مجرد وسيلة للاتصال، أو التفاوض حول بنود العقد، وإنما وسيلة لتنفيذ العقد، لأنه لا يوجد إقليم دولة يتم فيها تنفيذ العقد، كما أن هناك بعض العقود ذات الطبيعة المركبة التي تتساوى فيها الالتزامات من حيث الأهمية، بحيث يمكن اعتبار أيا منها أداء مميز للعقد.

يمكن القول أن قواعد الإسناد وفقاً لهذه النظرية، حتى وإن كانت صالحة في مجال عقود التجارة الدولية التقليدية في تحديد قانون العقد، فإن إعمالها في مجال العقود الإلكترونية التي اسفرت عليها شبكة الأنترنت له ليس باليسير، ولعل صعوبة ذلك اعتمادها على ضوابط لا تتلاءم مع طبيعة البيئة الافتراضية.

المطلب الثاني: النظرية المستحدثة في تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية

نتيجة للصعوبات التي واجهت التوجه التقليدي لقواعد الإسناد كأداة لفض مشكلة التنازع بين القوانين تبين عدم ملاءمتها، وعدم تماشيها مع الطبيعة الذاتية لمعاملات التجارة الإلكترونية، الأمر الذي اقتضى ضرورة البحث عن مناهج قانونية بديلة لتحديد قانون العقد، وقد تجسد ذلك في منهج القواعد الموضوعية، التي ينبغي إرساؤها، والعمل على تطويرها، وتنميتها كي تشكل القانون الموضوعي الإلكتروني، وذلك بهدف تفادي المشكلات التي يثيرها منهج تنازع القوانين على العقود المبرمة في المجال الإلكتروني.

وبغية التفصيل في ذلك سنحدد مفهوم القانون الموضوعي الإلكتروني في الفرع الأول، ونتناول مصادره في الفرع الثاني، لنتطرق لمدى تمتع قواعده بصفة النظام القانوني في الفرع الثالث.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الأول: مفهوم القانون الموضوعي الإلكتروني

ترجع بوادر نشأة القانون الموضوعي الإلكتروني إلى أواخر القرن التاسع عشر، حين ناشد فقهاء التجارة الدولية بضرورة إيجاد قواعد قانونية مشتركة بين الدولة تكفل وحدة المعاملات التجارية الدولية، وأن تكون قواعد محددة المضمون والهدف وواضحة المعالم، كل ذلك من أجل كفاية وحدة التعامل والحفاظ على دولية المعاملة، ومع ظهور عقود التجارة الإلكترونية المبرمة عبر الأنترنت تضاعفت الحاجة لمثل هذه القواعد الموضوعية، غير أنه هذه المرة يتعين أن تكون قواعد تتميز بطبيعة خاصة تستمد من الطبيعة ذاتها التي تتميز بها وسيلة إبرام هذه العقود[1]، وحينها بدأت بوادر نشأة القانون الموضوعي الإلكتروني، الذي نعرفه في البند الأول، ونحدد خصائصه في البند الثاني.

البند الأول: تعريف القانون الموضوعي الإلكتروني

يُعّرف القانون الموضوعي الإلكتروني على أنه: " القانون الذي تتمثل مصادره في الممارسات التعاقدية والأعراف والعادات المستقرة في الأوساط المهنية للعالم الرقمي، بالإضافة إلى القواعد الموضوعية ذات الطابع الاتفاقي الدولي والتوجيهات الأوروبية وتوصيات الأمم المتحدة الصادرة في هذا الشأن"[2]، وأهم ما يمكن ملاحظته على هذا التعريف أنه لم يبين المقصود من القانون الموضوعي الإلكتروني، بل اهتم بتعريفه من زاوية بيان مصادره مما يبقي هذا المفهوم غامض وغير واضح المعالم.

ويعرفه البعض الآخر بأنه: " القانون الذي يضع تنظيماً موضوعياً خاصاً للتطبيق على المعاملات القانونية ذات الصفة الدولية، وهو عبارة عن مجموعة القواعد التي تشكل قانوناً ذاتياً مستقلاً، وغير مرتبط بالقوانين الوطنية"[3].

وقد عُرِف هذا القانون بعدة مسميات تبعاً لتعدد تعريفاته، فسمي بـالقانون الإلكتروني، أو قانون المعلوماتية، أو القانون الافتراضي، أو القانون الرقمي، أو القانون الأنترنت، أو قانون الفضاء الافتراضي، وسماه البعض قانون التجار الجديد، بينما فضل البعض تسميته بالقواعد المادية للتجارة الإلكترونية[4].

---

1 - خليفي سمير، "القواعد الموضوعية لتنظيم عقود التجارة الإلكترونية"، **المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية**، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، المجلد: 2، العدد: 2، 2016، ص 247.

2 - حمودي محمد الناصر، "نزاعات العقود الإلكترونية -أزمة مناهج تنازع القوانين ظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل"، المرجع السابق، ص 167.

3 - حوالف عبد الصمد، "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية"، **مجلة الحقيقة**، جامعة أحمد دراية -أدرار، العدد: 31، 2014، ص 171.

4 -صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص ص 110 -111.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الثاني: خصائص القانون الموضوعي الإلكتروني

يتميز القانون الموضوعي الإلكتروني بجملة من الخصائص؛ فهو قانون طائفي، وموضوعي، تلقائي النشأة، ودولي، فيما يلي بيان ذلك:

أولا: قانون طائفي ونوعي

إن قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني هي قواعد قانونية تتواجد في المجتمع الدولي للمعاملات الإلكترونية، وهو المجتمع الذي يتميز بمعطيات خاصة، ومشكلات ذاتية، تقتضي بالضرورة حلولاً تتوافق مع صفته الذاتية[1]، فهذه القواعد لا تخاطب جميع الأفراد، بل هي مخصصة لفئة من الأشخاص، وهم المتعاملون في المجال الإلكتروني[2]، فتنظم قواعده نوعاً معيناً من المعاملات، والمسائل المتعلقة بها؛ منها الدعاية والترويج للسلع، والمعالجة الآلية للبيانات والمعلومات، والدفع الإلكتروني[3]، والبريد الإلكتروني[4].

ثانيا: قانون تلقائي النشأة

القانون التلقائي هو القانون النابع من مجتمع ذاتي؛ أي لا تقوم على تنظيمه جهة رسمية، ولا يتأتى عن طريق المرور بالإجراءات الشكلية اللازمة لسن القوانين الوضعية[5]، ونظراً لكون القانون الوضعي الإلكتروني قانون تلقائي فهو نتاج العادات، والأعراف التجارية[6]، والتي سادت بين أفراد المجتمع ذاتياً مع مرور الوقت[7]، خاصة وأن شبكة الأنترنت لا تقوم على تنظيمها جهة رسمية مركزية، ولا تتبع سلطة دولة معنية تهيمن على نشاطها، أو توجهه، وعلى ذلك لا يوجد جهاز خاص يتمتع باختصاص قاعدي؛ أي بسلطة سن أو وضع القواعد السلوكية للمتعاملين على الشبكة هذا من جهة[8]، ومن جهة ثانية أن تطبيق هذا القانون لا يحتاج إلى تدخل سلطة عامة تسهر على تنفيذه واحترام

1 - خليفي سمير، المرجع السابق، ص 284.

2 - محمد حسين منصور، **المسؤولية الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 426.

3 -الدفع الإلكتروني هو الوفاء بالالتزامات المالية إلى الطرف الآخر في العقد بإحدى الوسائل الإلكترونية سواء كانت أوراق تجارية إلكترونية أو نقود إلكترونية، أو بطاقات إئتمان، أو أي وسيلة إلكترونية يتم الوفاء من خلال التعاقدات التي تبرم عبر الأنترنت. أنظر: محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص 84.

4 - حوالف عبد الصمد، المرجع السابق، ص 174.

5 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 183.

6 - خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 313.

7 - حمودي محمد ناصر، **العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت**، المرجع السابق، ص 496.

8 - بلال عدنان بدر، المرجع السابق، ص 475.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أحكامه، فمثلما كانت نشأته تلقائية فتطبيقه تلقائي[1]، ويترتب على ذلك أن هذا القانون طالما أنه نابع من ممارسات الأطراف وارتضوا مقرراته، فإنه يتماشى مع الطبيعة الذاتية للتعامل على شبكة الأنترنت[2]، كما تتوافق وتوقعات المتعاملين عبر هذه الشبكة، ويجنبهم اختلاف القوانين الوطنية التي لا تلائم أنماط معاملاتهم الإلكترونية الدولية، بالإضافة إلى المرونة التي يتسم بها، كونه وليد الظروف الواقعية التي تعبر عن حاجات المتعاملين[3].

ثالثا: قانون دولي موضوعي

القانون الموضوعي الإلكتروني قانون دولي[4]؛ باعتباره ينظم فضاء افتراضي مشترك، غير قابل للخضوع للقوانين الوطنية، كونه ليس من وضع أي سلطة إقليمية، كما أنه ليس من وضع هيئة دولية، بل طابعه الدولي يستمده من طبيعة المعاملات التي يحكمها، والتي تتم عبر الحدود، وتتصل بأكثر من دولة، وتتضمن انتقالاً للقيم الاقتصادية فيما بينها وتتصل بمصالح التجارة الدولية[5].

أما عن كونه قانون موضوعي، فذلك يرجع إلى كونه يقدم الحل الموضوعي أو المادي للمسألة محل النزاع مباشرة، ولا يحيل إلى غيره لاستمداد ذلك الحل، فقواعد هذا القانون من أعراف، وعادات، وممارسات عملية، وشروط عامة، تتضمن حلولاً، وتنظيماً للعلاقات والروابط التي تتم تحت لوائه[6].

الفرع الثاني: مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني

تعددت وتنوعت مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني ما بين الاتفاقيات الدولية الأساسية، والقواعد التعاقدية، والممارسات التعاقدية، والعادات، وقواعد السلوك، والأعراف الدولية، والتي سنتطرق لها فيما يلي:

البند الأول: الاتفاقيات الدولية

تعد الاتفاقيات الدولية أحد أهم المصادر التي يمكن أن يستقي منها القانون الموضوعي الإلكتروني أحكامه، إذ يمكن عن طريقها تحقيق التوحيد والانسجام بين القواعد التي تحكم الروابط القانونية عبر الشبكة الدولية، وحل كثير

1 - حمودي محمد ناصر، "نزاعات العقود الإلكترونية -أزمة مناهج تنازع القوانين ظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل"، المرجع السابق، ص 175.

2 - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 176.

3 - بلال عدنان بدر، المرجع السابق، ص 476.

4 - للتفصيل أكثر حول معيار دولية العقد الدولي راجع: وائل حمدي أحمد، **الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية**، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2010، ص 15وما بعدها.

5 - طلال ياسين العيسي وسهى يحي الصباحين، المرجع السابق، ص 129.

6 - بلال عدنان بدر، المرجع السابق، ص 478.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

من المشكلات التي ظهرت في النواحي العملية، ومن تلك الاتفاقيات اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع لسنة 1980، واتفاقية روما لسنة 1980 الخاصة بالالتزامات التعاقدية، غير أن المتأمل في مجال الأنترنت والتجارة الإلكترونية يدرك أن عدد الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بتلك المعاملات ضئيلة للغاية، لدرجة يمكن معها القول أنها تعجز عن تقديم حلول كافية لمواجهة هذا الكم الهائل من المعاملات[1]، ومن بين هذه الاتفاقيات نذكر:

-التوجيه الأوروبي رقم 46/95 حول حماية الفرد في مجال معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي والتدفق الحر للبيانات، وهي وسلة لتوحيد الحلول بشأن الفوارق والخلافات بين التشريعات الداخلية للدول وتؤمن الانسجام بين أنظمتها القانونية[2].

-قواعد الاتحاد الأوروبي رقم 2001/44 في شأن الاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام في المجالين المدني والتجاري[3].

ونظراً لحداثة هذا المجال الإلكتروني وقلة الاتفاقيات ذات الصلة بهذا المجال، بذلت مجهودات ضخمة من جانب اللجان، والهيئات الحكومية وغير الحكومية على المستويين الدولي والإقليمي، بغية تنظيم الروابط القانونية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية[4].

ثانيا: الممارسات التعاقدية

تعتبر الممارسات التعاقدية من المصادر المهمة لإرساء القواعد النظامية التي يقوم عليها القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي للمعاملات عبر الأنترنت[5]، ونقصد بها العقود التي تبرم بين القائمين على تقديم خدمات تلك الشبكة أيا كان أطرافها؛ سواء مقدو خدمات الأنترنت أو المتعاملين في مجال الشبكة[6]، وترجع أهمية الممارسات التعاقدية في هذا المجال إلى أنه من خلال هذه العقود يمكن السيطرة على سلوك المتعاقدين عبر الأنترنت، لأن العقد أداة التحكم في الفضاء الإلكتروني، وهو يعبر عن ثقافة الأنترنت، ويعد شكلاً من أشكال القانون ذاتي القوة، ويتفق مع توقعات الأطراف المتعاقدة عبر الأنترنت[7].

1 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ض ص 118 -119.
2 - حمودي محمد ناصر، **العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت**، المرجع السابق، ص 492.
3 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ض 119.
4 - المرجع نفسه، ص ص 119 - 120.
5 - بلال عدنان بدر، المرجع السابق، ص 415.
6 - حمودي محمد ناصر، "نزاعات العقود الإلكترونية -أزمة مناهج تنازع القوانين ظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل"، المرجع السابق، ص 168.
7 - بلال عدنان بدر، المرجع السابق، ص 415.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثالثا: العقود النموذجية

تعرف على أنها عقود نمطية، وهي: " عبارة عن وثيقة مكتوبة أعدت سلفا بواسطة المنظمات المهنية الدولية، ومجموعات المشروعات[1]، المرتبطة بشكل يتوافق مع الأعراف والعادات التجارية الدولية، التي قبلها المتعاملين بعد ضبطها لتتلاءم مع مقتضيات التعامل بينهم"[2].

وتعتبر العقود النموذجية من المصادر الهامة التي يقوم عليها بناء القانون الموضوعي الإلكتروني للمعاملات التي تتم عبر الأنترنت، ومن بين تلك النماذج العقدية الاتفاق النموذجي التي وضعته غرفة التجارة الدولية بخصوص التبادل الإلكتروني للبيانات"EDI" عبر شبكات الحواسيب الآلية[3]، والاتفاق النموذجي الذي أعدته لجنة الاتحادات الأوروبية لعام 1994 بخصوص تبادل المعطيات المعلوماتية، وكذلك اتفاق التبادل النموذجي للجنة الاقتصادية لأوروبا عام 1995 بغرض الاستعمال التجاري الدولي للتبادل الإلكتروني للبيانات[4]، وتهدف هذه النماذج إلى تحقيق الأمن القانوني، بالنص على أحكام تنظم العلاقات بين مستخدمي التبادل الإلكتروني للبيانات، والشروط التي يعملون بموجبها، لإعطاء القيمة القانونية للعقود المبرمة بالطرق الإلكترونية، والذي من شأنه أن يخلف عادات، تؤكد استقرار هذه الوسيلة في مجال المعاملات التجارية الدولية، وإعطائها القيمة القانونية اللازمة في مواجهة الأطراف المتعاقدة[5].

رابعا: تقنينات السلوك

تعد هذه القواعد التي تم تدوينها من قبل الهيئات والمؤسسات المهنية بسيادة أخلاقيات قويمة في التعامل عبر شبكة المعلومات الدولية من المصادر المهمة لقواعد القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي للمعاملات الإلكترونية[6]، خاصة في الدول الأوروبية، وفي مقدمتها فرنسا، أين تم وضع ميثاق عمل عبر الأنترنت، وتبعها العديد من الدول الأخرى مثل إنجلترا، وهولندا[7]، وتظهر أهمية وضع تقنين للسلوك في أنه يتضمن حداً أدنى من المبادئ والأحكام المشتركة، والتي يجب أن يراعيها كافة المتعاملين والمستفيدين من شبكة الأنترنت؛ باعتباره يعد ثروة وتراثاً مشتركاً لكل

1 - من بين الجمعيات المهنية التي ساهمت في وضع العقود النموذجية: جمعية هامبورغ لتجارة القمح (1866)، الجمعية الأمريكية لتجارة الحرير(1873)، جمعية لندن لتجارة الكاكاو والمطاط.. للتفصيل أكثر أنظر: الطيب زيروتي، "مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية"، **المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية**، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزء: 36، العدد: 3، 1988، ص 128 وما بعدها.

2 - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 194.

3- Chiheb Ghazouani, Op.cit, 278- 279.

4 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 178.

5 - المرجع نفسه، ص 180.

6 - طلال ياسين العيسي وسهى يحي الصباحين، المرجع السابق، ص 128.

7 - حمودي محمد ناصر، "نزاعات العقود الإلكترونية -أزمة مناهج تنازع القوانين ظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل"، المرجع السابق، ص 169.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الجماعة الدولية، وتمهيداً طبيعياً لوضع قواعد تشريعية وطنية ودولية حاكمة للتعامل عبر شبكة الأنترنت[1]، ومن أمثلة تقنيات السلوك التي وضعت؛ تقنية السلوك الموحد في مجال التوثيق والتصديق على المعاملات الإلكترونية، والتي أعدتها غرفة التجارة الدولية عام 1996، والتقنيات التي وضعها المؤتمر الدولي للجنة البحرية الدولية بخصوص سندات الشحن الإلكتروني، وخطابات النقل البحري[2].

خامسا: الأعراف والعادات التجارية الدولية

ساهم المتعاملين في ميدان التجارة الإلكترونية في إرساء القواعد الموضوعية للقانون الموضوعي الإلكتروني، وذلك بطريقة تلقائية، من خلال ما استقر عليه من عادات، وأعراف، وممارسات في الأوساط المهنية لهذا العالم الافتراضي[3]، حيث أن تلك الأعراف والعادات ذات طبيعة تعاونية خاصة بكل نوع من أنواع التعامل الذي يتم في هذا العالم الافتراضي؛ كالأعراف والعادات السائدة في مجال الدعاية والترويج للسلع والخدمات[4].

مما يقتضي أن يتبوأ العرف مكاناً مهماً في القانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية، نظراً لأنه أكثر توافقاً مع تغيرات البيئة الفنية والتكنولوجية لتلك الشبكة المعلوماتية، بسبب ما يتسم به من مرونة تتلاءم مع تلك التغيرات، بخلاف القوانين الوضعية التي تتسم بالبطء الذي يصطدم بالسرعة التي تعرفها المعاملات الإلكترونية[5].

الفرع الثالث: مدى تمتع قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني بصفة النظام القانوني

إن تحديد الطبيعة القانونية التي يتمتع بها القانون الموضوعي الإلكتروني تقتضي معرفة مدى تعلقه بصفة النظام القانوني، والذي يقصد به: " تلك المجموعة المتناسقة من القواعد التي تتأتى من مصادر مرتبطة على نحو تدريجي، وتستلهم نفس المجموعة من المبادئ ذات الرؤية للحياة والعلاقات داخل الوحدة الاجتماعية التي يجب أن يحكمها"[6]، بالإضافة إلى وجود تنظيم عضوي أو هيئة متماسكة لها مقوماتها وقدراتها على خلق قواعد سلوكية[7]، وهو ما يدفع للتساؤل عما إذا كان القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي يتمتع بهذه الصفة؟

1 - حمودي محمد ناصر، **العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت**، المرجع السابق، ص 490.
2 - حوالف عبد الصمد، المرجع السابق، ص 181.
3 - خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 317.
4 - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 183.
5 -أنظر كلا من:
- محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 183. وأيضاً: خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 317.
6 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 196.
7 - حمودي محمد ناصر، **العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت**، المرجع السابق، ص 497.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

اختلف الفقه القانوني في مدى تكوين قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني لنظام قانوني بالمعنى الدقيق، فجانب منهم يرى بأنه لا يمكن الادعاء بوجود قانون للتجارة الإلكترونية يغطي كل جوانب النشاط الذي يحكمه، ومن ثم يصعب القول بأن قواعده تشكل نظاماً قانونياً كاملاً، ومستقلاً، وقادراً على تقديم حلول لكافة المشكلات التي يمكن أن تثور في مجال المعاملات الإلكترونية، بينما ذهب جانب آخر إلى قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني هي قواعد قانونية قادرة على تكوين نظام قانوني معادل للنظام الذي تضعه الدولة لتنظيم الروابط القانونية بين أفرادها.

البند الأول: نفي صفة النظام القانوني عن قواعد القانون الموضوعي الالكتروني

يرى أنصار هذا الاتجاه نفي صفة النظام القانوني عن قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني، وذلك لعدة أسباب نجملها فيما يلي:

أ -صعوبة الاعتراف بصفة النظام القانوني لقواعد القانون الموضوعي الإلكتروني على أساس أن تلك الصفة لا تتوفر إلا حين نكون بصدد جماعة متماسكة، ومنتظمة بشكل كاف[1]، وهو فرض ينفيه الواقع العملي عبر شبكة الأنترنت، ذلك أن مجتمع الأنترنت غير متماسك، وغير متجانس، وتتعارض مصالح أشخاصه[2].

ب - إن عدم التجانس ناتج عن وجود طوائف عديدة من التجار، والمهنيين، والفنيين داخل جماعة الأنترنت، وقد أسفر عن وجود عادات خاصة بكل طائفة تعبر عن مصالحها المتعارضة، مما يصعب معه القول بتوافر فكرة التنظيم الموجود اللازم لقيام النظام القانوني[3].

ج - أن الدول في هذا المجال غير متعاونة، وليس لديها الرغبة الكافية لترك المنازعات التي يكون رعاياها أطراف فيها كي تحكمها تلك القواعد الافتراضية، إذ يؤدي تعارض المصالح الاقتصادية والسياسية للدول إلى إعاقة كل محاولة ترمي إلى خلق أو إنشاء قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني[4].

د - لا يختلف المجتمع الافتراضي عن المجتمع الحقيقي، ولا يستقل عنه؛ لأن العقود التي تبرم عبر الشبكات الإلكترونية تتم في الواقع بين أشخاص مادية أو حقيقية لها وجود على أرض الواقع، ومن ثم يجب أن تنظم تلك المعاملات طبقا لقوانين حقيقية، وليست افتراضية[5].

---

1 - طلال ياسين العيسي وسهى يحي الصباحين، المرجع السابق، ص 132.

2 - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 204.

3 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص ص 201 -202.

4 - بلال عدنان بدر، المرجع السابق، ص 484.

5 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص ص 203 -204.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هـ - قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني لا تنطوي على قيمة قانونية ذاتية، كونها تستمد سلطتها من اندماجها في العقد، وتكون مجرد شروط عقدية لا قواعد قانونية[1].

يتبين من حجج أنصار هذه الاتجاه، أنهم يعتمدون على الربط بين فكرة النظام القانوني وبين الدولة على نحو لا يمكن معه وجود نظام قانوني خارج إطار الدولة وتنظيمها، وهذا ما يصعب التسليم به، خاصة وأنه داخل أي مجتمع يبقى هناك حد أدنى من المصالح المشتركة تدفعهم إلى التضامن، كما أن الواقع يؤكد وجود هذا المجتمع وتنظيمه الذاتي[2].

البند الثاني: الاعتراف بصفة النظام القانوني لقواعد القانون الموضوعي الإلكتروني

خلافاً للاتجاه السابق يذهب أنصار هذا الاتجاه للقول بأن قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني تشكل نظاماً قانونياً ذو طبيعة موضوعية خاصة، وتتشكل هذه القواعد من العادات والممارسات التي استقرت في هذا المجتمع الافتراضي[3]، ويؤكد أنصار هذا الاتجاه على وجود مجتمع خاص بشبكة الأنترنت، وأن أشخاص هذا المجتمع يعيشون معاً وحدة متماسكة بدرجة كافية[4]، وهم يرتبطون بعلاقات ومعاملات وثيقة على نحو يجعلهم يشكلون مجتمعاً دولياً حقيقياً، يتولى أعضاؤه وضع القواعد السلوكية التي تحكم معاملاتهم، وفرض الجزاءات لتلك القواعد[5]، ويؤكد أنصار هذا الاتجاه أيضاً أهمية الاعتراف لجماعة الأنترنت بالقدرة على خلق القواعد السلوكية التي تحكم معاملاتهم، فهذه القواعد لها قيمة قانونية ملزمة، تمكنها من حسم منازعات هذا المجال، وقد رتب أنصاره على قولهم أن قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني اجتمعت لها العناصر اللازمة لتكوين نظام قانوني مستقل ومتميز هي[6]:

أ -وجود مجتمع متجانس من المتعاملين في مجال التجارة الالكترونية.

ب - وجود كيانات وأجهزة قانونية تتولى مهمة تنمية القواعد السلوكية وصياغتها والسهر على احترامها، مثل غرفة التجارة الدولية، ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

ج - أنها لا تفتقر إلى الجزاء الذي يوقع عند مخالفتها للأمر الذي ترتب عليه، فقد صرح جانب من الفقه أنه قد حان الوقت لإعلان استقلال هذا المجتمع الشبكي عن تدخل أو رقابة الدول.

---

1 - حوالف عبد الصمد، المرجع السابق، ص 177.

2 - بلال عدنان بدر، المرجع السابق، ص 487.

3 - حمودي محمد ناصر، **العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت**، المرجع السابق، ص 501.

4 - خليفي سمير، المرجع السابق، ص 258.

5 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 205.

6 - المرجع نفسه، ص 206 -207.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الواقع أننا نؤيد الرأي الأول الذي يعترف بصفة النظام القانوني لقواعد القانون الموضوعي الإلكتروني، باعتباره كافٍ لحل المشكلات التي تثار بصدد التعاقد الإلكتروني، والتي لم تستطع قواعد تنازع القوانين حلها، وهذا بسبب جمودها، وحيادها، إضافة إلى عدم تناسبها مع طبيعة التعاقد الإلكتروني، ولعله السبب الرئيس الذي أدى إلى البحث وإيجاد قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني، الذي يستجيب لخصوصية التعامل الإلكتروني، على أن الهدف من إيجاده هو الوصول إلى قواعد موحدة يخضع لها جميع المتعاملين عبر شبكة الأنترنت، وإن كان الأمر صعب المنال خاصة في ظل اختلاف الأنظمة القانوني فيما بينها، لا سيما وأن التعاقد الإلكتروني يبرم عن بعد، وبين أطراف لا ينتمي الواحد منهما لدولة الطرف الآخر، وهو الأمر الذي جعل الكثير من المسائل الموضوعية مختلفة أحكامها ما يبقيها خاضعة للقوانين الوطنية، بما يعني عدم الاستغناء عن مناهج تنازع القوانين، إذ تبقى لها أهميتها وسيادتها حتى في ظل وجود قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني.

المبحث الثاني: طرق تسوية منازعات التراضي في التعاقد الإلكتروني

نتيجة التطور التكنولوجي أصبحت المعاملات تبرم، وتنفذ بالوسائل الإلكترونية، ومما زاد في انتشارها هو سهولة إبرامها عن بعد بين أطراف من دول مختلفة، ومما لا شك فيه أن منازعات ستنجر عن هذه المعاملات بين المتعاقدين والمتعاملين عبر شبكة الأنترنت.

وإذا كانت هذه المعاملات تتم عن بعد بين أطراف ينتمون إلى دول مختلفة، فإنه يجب الأخذ في عين الاعتبار الطبيعة الإلكترونية التي تمت بها هذه المعاملات، ذلك أن الوسائل التقليدية، سواء ما تعلق منها بإبرام العقد أو تنفيذه أو حل منازعاته لن تجدي نفعاً، وهو ما يقتضي بالضرورة إيجاد وسائل إلكترونية تتماشى مع طبيعة هذه المعاملات في كافة مراحلها، وبخصوص تسوية المنازعات الناشئة عن هذه المعاملات فمن الملائم لذلك أن يكون ثمة وسائل إلكترونية لفضها قضائية، أو ودية، إلا أنه وبالنظر لما يمثله القضاء من عبء على المتعاقدين في هذا المجال، لم يعد وسيلة مقبولة لفض المنازعات الناشئة عن المعاملات الإلكترونية، وفي ظل عدم فعالية، وعدم مواكبة التقاضي العادي لمتطلبات السرعة التي فرضتها شبكة الأنترنت، ظهرت الوسائل الودية لتسوية منازعات العقود الإلكترونية، ولعل أبرز هذه الوسائل الوساطة والتحكيم الإلكترونيين لما يتميزان به من خصائص تتماشى مع البيئة الافتراضية التي تتم فيها المعاملات التجارية.

لتفصيل ذلك ندرس القضاء المختص في الفصل في منازعات التراضي في التعاقد الإلكتروني في المطلب الأول، ونتطرق لدراسة الطرق البديلة لتسوية منازعاته في المطلب الثاني.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الأول: القضاء المختص بالفصل في منازعات التراضي في التعاقد الإلكتروني

أضحت العقود الإلكترونية من المتغيرات الهامة التي أفرزتها تكنولوجيا المعلومات، فسهلت بذلك إبرام المعاملات بين مختلف الأفراد، ومن مختلف الجنسيات، مهما بعدت المسافة بينهم، إلا أنها في ذات الوقت طرحت العديد من الإشكالات القانونية، والتي تتعلق بمختلف جوانب العلاقة العقدية، وفي مختلف مراحلها، ومنها مسألة المنازعات التي قد تنشأ عنها، هذه الأخيرة التي ستطرح بدورها إشكالية تحديد الجهة القضائية المختصة بنظر هذه النزاعات، خاصة وأن هذه المعاملات تتصف بالدولية؛ تبرم عن بعد بين طرفين، ينتمي كل منهما لدولة غير دولة الطرف الآخر، إضافة إلى طابع شبكة الأنترنت اللامادي، إضافة للطابع الإقليمي الذي تتميز به ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي، والذي يمثل عقبة أساسية التي تواجه حل المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية.

وبغية التفصيل في ذلك سنتطرق لدور الضوابط التقليدية في تحديد الاختصاص القضائي في منازعات التراضي في التعاقد الإلكتروني في الفرع الأول، ثم نبين الضوابط الحديثة في تحديده في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الضوابط التقليدية لتحديد الاختصاص القضائي في منازعات التراضي في التعاقد الإلكتروني

يغلب الطابع الدولي على عقود التجارة الإلكترونية، كونها تبرم عن بعد، عبر شبكة افتراضية مفتوحة، وذلك من قبل أشخاص يتواجدون في دول مختلفة، يتبادلون التعبير عن الإرادة قصد إشباع حاجاتهم المختلفة، ولان التعاقد الإلكتروني يبرم عن بعد فإن هذه التعاقدات ستكون محفوفة بجملة من المخاطر التي تؤدي إلى قيام نزاعات فيما بين الأطراف المتعاقدة ، وهو ما يطرح بدوره إشكالية المحكمة المختصة في الفصل في هذه النزاعات.

وفي هذا الصدد تذهب الاتجاهات التقليدية في تحديد الاختصاص القضائي[1] الدولي إلى الأخذ بالضوابط الشخصية التي تعطي الاختصاص لمحكمة معينة، وتتمثل هذه الضوابط في ضابط جنسية المدعى عليه، وضابط الموطن أو محل الإقامة، وبناء على ذلك سنرى مدى تطبيق هذه الضوابط في حل منازعات التراضي خاصة، ومنازعات العقود الإلكترونية عامة.

1 - الاختصاص القضائي هو سلطة الحكم بمقتضى خصومة معينة، ويقابله عدم الاختصاص وهو فقدان السلطة، ويقال تختص المحكمة بالنزاع، واختصاص محكمة ما معناه نصيبها من المنازعات التي يجوز لها الفصل فيها، وتعد قواعد الاختصاص القضائي الدولي قواعد وطنية أي تنتمي إلى تشريع دولة القاضي نفسه، فكل دولة تحدد مدى اختصاص محاكمها بنظر المنازعات بصدد العلاقات الخاصة الدولية، ولا يحق لها أن تقوم بتحديد هذا الاختصاص لمحاكم دول أخرى. أنظر: أميرة حسن الرافعي، المرجع السابق، ص ص 314 - 315.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الأول: ضابط جنسية المدعى عليه

يعد هذا الضابط من الضوابط الشخصية التي تعتمد على المركز القانوني للمدعى عليه، وإذا توافر هذا الضابط ينعقد الاختصاص لمحكمة الدولة التي ينتمي إليها المدعى عليه بجنسيته[1]، ويعقد الاختصاص لمحكمة المدعى عليه بمجرد ثبوت جنسيته دون اشتراط وجود أي رابطة أخرى بجانب الجنسية ؛ كالموطن أو محل نشوء الالتزام أو محل تنفيذه، فتكفي بمفردها لينعقد بها الاختصاص القضائي الدولي[2]، وبغض النظر عن القانون الواجب التطبيق ؛ سواء كان قانون دولة المدعى عليه أو قانون دولة أجنبية، حيث لا يوجد تلازم بين الاختصاص القضائي والتشريعي[3].

انتقد البعض من الفقهاء هذا الضابط، فذهبوا إلى أن عقد الاختصاص القضائي لمحكمة الدولة التي ينتمي إليها المدعى عليه بجنسيته، لمجرد انتمائه بالجنسية إليها، ودون أن يكون له موطن فيها أو مال، من شأنه أن ينقص قيمة الحكم الصادر عن المحكمة، لعدم قابليته للتنفيذ، لا سيما وأن مبدأ قوة التنفيذ يمثل ركيزة هامة في قواعد الاختصاص القضائي الدولي، وإلا تجرد الحكم القضائي من الفاعلية حين لا يمكن تنفيذه[4].

وبتطبيق ضابط جنسية المدعى عليه في مجال عقود التجارة الإلكترونية فإن المدعي سيواجه العديد من الصعوبات عند رفع دعواه، ويأتي في مقدمتها صعوبة التحقق من شخصية وجنسية المدعى عليه ؛ سواء تعلق الأمر بالأشخاص الطبيعية أو المعنوية[5]، فبالنسبة للأشخاص الطبيعيين من الصعب تحديد جنسية أحدهم عبر شبكة الأنترنت، لأن أغلب عقود التجارة الإلكترونية ؛ حتى التي تتطلب من المتعاقد ملأ استمارة إلكترونية تتضمن جملة من البيانات الشخصية[6] تمهيداً لإتمام التعاقد ليس من بينها بيان خاص بجنسية المتعاقد، أما بالنسبة للأشخاص المعنوية فيمكن التمييز بين المواقع الإلكترونية العائدة لها، والتي تمثل كياناً تجارياً قائماً بالفعل في العالم المادي ؛ سواء كانت شركة أم محلا له وجود مادي، فتكون جنسية الموقع الإلكتروني هي جنسية الكيانات التي تمثلها هذه المواقع وفقاً

---

1 - بلاق محمد، "ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات العقود الإلكترونية بين الاتجاهين التقليدي والحديث"، **مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية**، جامعة ابن خلدون - تيارت، المجلد: 2، العدد: 4، 2016، ص 16.

2 - عبد الباسط جاسم محمد، **تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية – دراسة مقارنة** ، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2014، ص 160.

3 - عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، 344.

4 - عبد الباسط جاسم محمد، **تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 161.

5 - بلاق محمد، "ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات العقود الإلكترونية بين الاتجاهين التقليدي والحديث"، المرجع السابق، ص17.

6 - تتمثل هذه البيانات في مجملها باسم المتعاقد، وبريده الإلكتروني وموطنه، أو محل إقامته، ونوع البضاعة، والشروط التي يرغب إيرادها في العقد وطريقة دفع الثمن، واستلام المعقود عليه وما شابه ذلك.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

للمعايير المعتمدة في القوانين الوطنية، أما المواقع التي لا تمثل كياناً تجارياً قائماً في العالم المادي، فهنا لا يوجد من العناصر المتعارف عليها كالجنسية والموطن ما يمكن الاستناد عليه في تحديد الشخصية القانونية للموقع الإلكتروني[1].

وما يمكن ملاحظته بشأن دور ضابط الجنسية في تحديد الاختصاص القضائي في منازعات عقود التجارة الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الأنترنت ما يلي:

أ - عدم ملائمة ضابط جنسية المدعى عليه لمعطيات العالم الافتراضي، وذلك لصعوبة تحديد جنسية المواقع الإلكترونية، وبصفة خاصة تلك التي لا تمثل شركة تجارية قائمة لها جنسية محددة وموطن معروف؛ كالمواقع الإلكترونية التي تقدم خدمة بيع برامج الكمبيوتر عبر شبكة الأنترنت[2].

ب - تعارض ضابط الجنسية مع مبدأ نفاذ الأحكام القضائية، والذي يكون أكثر وضوحاً في التعاقد عبر شبكة الأنترنت، لأن مجرد الإسناد إلى جنسية المدعى عليه لعقد الاختصاص القضائي بنظر النزاع إلى الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، دون أن يكون هناك عنصر آخر يربط بين هذه المحكمة وبين النزاع في ذاته، يجعل التعارض مع مبدأ قوة النفاذ أكثر وضوحاً، إذ سيكون الحكم غير ممكن التنفيذ في الدولة التي يحمل المدعى عليه جنسيتها، لعدم وجود أموال أو مراكز له على إقليمها، بحيث تجعل تنفيذ القرار القضائي الصادر من غير جدوى[3].

يمكن القول بعدم إمكانية اللجوء إلى ضابط جنسية المدعى عليه، والاعتماد علية بصورة أساسية في تحديد الاختصاص القضائي في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، كونه لا يعبر عن أي رابطة بين النزاع وبين الدولة التي تنظر محكمتها النزاع.

البند الثاني: ضابط موطن المدعى عليه أو محل إقامته

ينعقد الاختصاص القضائي بموجب هذا الضابط إلى المحكمة الموجودة في موطن[4] أو محل إقامة المدعى عليه، وهذا ما أسفرت عليه القواعد العامة في الاختصاص الدولي للمحاكم برفع الدعوى أمام محكمة موطن المدعى عليه،

---

1 - أنظر كلا من:

-عبد الباسط جاسم محمد، **تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية**، المرجع السابق، ص ص 162، 163.

- عبد الرسول عبد الرضا الأسدي وعلي عبد الستار أبو كطيفة، "الضوابط العامة للاختصاص القضائي الدولي في منازعات التجارة الدولية – دراسة مقارنة"، **مجلة العلوم الإنسانية**، كلية التربية للعلوم الإنسانية، جامعة بابل، العراق، المجلد: 22، العدد: الرابع، ديسمبر 2015، ص 1592.

2 - بلاق محمد، "ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات العقود الإلكترونية بين الاتجاهين التقليدي والحديث"، المرجع السابق، ص 17.

3 - عبد الباسط جاسم محمد، **تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 166.

4 - الموطن هو المحل الذي اختاره الشخص اختياراً حراً ليسكن فيه سكناً نهائياً، وليكون مركزاً لصلاته القانونية ولأشغاله، أو هو المأوى النهائي للشخص ولكن يجوز أن يكون في بعض الأحيان البلد الذي يعتبره القانون مأوى له؛ سواء كان مقيما فيه أم لا. أنظر: صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص 106.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لأن المدعي هو من يسعى للمدعى عليه في محكمته[1]، ويبرر البعض ذلك بوجود اتجاه عالمي نحو الوحدة السياسية بين الدول ذات المصالح المشتركة التي تستهدف الابتعاد عن ضابط الجنسية، وعدم الاعتماد عليه من أجل الوصول إلى توحيد الحلول فيما بينها[2]، كما يبرر لها بالآتي[3]:

أ - أن الأصل هو براءة ذمة المدعى عليه حتى يقيم المدعي الدليل على دعواه.

ب - أن محاكم الدولة تستطيع إلزام المدعى عليه الأجنبي المقيم فيها بالحكم الصادر منها، لما لها من سلطة فعلية عليه.

ج - أن إقامة الدعوى في بلد المدعي يؤدي إلى الإضرار بالمدعى عليه، لاحتمال براءته من الدعوى.

وبخصوص دور ضابط موطن المدعى عليه أو محل إقامته في تحديد الاختصاص القضائي في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، فقد ذهب أغلب الفقه إلى أن التعاقد عبر شبكة الأنترنت لا ينسجم بالكامل مع الضوابط ذات الطابع الإقليمي، ذلك أن العقد الذي يبرم بالوسائل الإلكترونية لا يتضمن في الغالب عنوان المشتري، وإن تضمنه فقد لا يكون حقيقياً أو دقيقاً، الأمر الذي أدى إلى التقليل من فرص إعمال هذه الضوابط وإلى حد كبير[4].

كما أن تحديد موطن أو محل إقامة المدعى عليه في المعاملات التقليدية يمكن معرفته من قبل الأطراف، بخلاف الأنترنت، كون العنوان الإلكتروني الذي يتم التعامل من خلاله غير مرتبط ببلد معين، مثل العناوين المشار في المقطع الأخير منها ب (.com) أو (.org)، فلا يشكل مثل هذا العنوان محل إقامة أو موطن ثابت بالمعنى المفهوم، مما دعا بعض الآراء الفقهية إلى عدم تطبيق المفاهيم المحددة للاختصاص في العالم المادي على العالم الافتراضي، والاعتماد على فكرة الموطن الافتراض كحل بديل، بالرغم من أن هذه الأخيرة بدورها لا تخلو من الصعوبات في مجال تطبيقها، كونها تفتح الباب لجعل ضابط الموطن أمرا مصطنعا يمكن للمورد أن يستخدمه أو يخفيه كيفما أراد[5].

الاعتماد على ضابط موطن أو محل إقامة المدعى عليه وإن صلح تطبيقه في مجال العقود الدولية التقليدية فإن تطبيقه في مجال العقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الأنترنت يواجه العديد من الصعوبات؛ مما يصعب معه تحديد الجهة

---

1 - فهد بن عبد العزيز الداود، "الاختصاص القضائي في عقد التجارة الإلكترونية"، **مجلة العدل**، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، العدد: 60، السنة: 15، شوال 1434 هـ، ص 218.

2 - بلاق محمد، "ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات العقود الإلكترونية بين الاتجاهين التقليدي والحديث"، المرجع السابق، ص 18.

3 - فهد بن عبد العزيز الداود، المرجع السابق، ص 218.

4 - عبد الباسط جاسم محمد، **تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 171.

5 - بلاق محمد، "ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات العقود الإلكترونية بين الاتجاهين التقليدي والحديث"، المرجع السابق، ص ص 18 - 19.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المختصة بالفصل في النزاع، الأمر الذي يؤدي إلى ضرورة البحث عن ضوابط أخرى تكون أقدر في الفصل في مسألة الاختصاص القضائي في منازعات التراضي خاصة، وعقود التجارة الإلكترونية عامة.

الفرع الثاني: الضوابط الحديثة لتحديد الاختصاص القضائي في منازعات التراضي في التعاقد الإلكتروني

نتيجة للصعوبات التي واجهت الضوابط الشخصية؛ الجنسية والموطن في تحديد الاختصاص القضائي في منازعات التجارة الإلكتروني، أوجب البحث عن ضوابط أخرى، فكان ضابطي مكان إبرام العقد، ومحل تنفيذه.

البند الأول: ضابط محل إبرام العقد

يكتسي ضابط محل إبرام العقد أهمية بالغة في تحديد المحكمة المختصة بالنظر في المنازعات التي تنتج عن العقد؛ سواء كانت تتعلق بإبرام الاتفاق أو آثاره، ووفقاً للنظرية العامة للعقد فإن الأصل في تحديد الاختصاص القضائي يكون لمحكمة الدولة التي تم إبرام العقد فيها، أو اتفاق الأطراف[1].

ولأن عقد التجارة الإلكترونية عقد بين غائبين مكاناً، فإنه من الصعب تحديد مكان إبرام العقد نظراً لطبيعته الإلكترونية، إضافة إلى اعتماده على العناوين الإلكترونية لا العناوين الحقيقية[2]، حيث يصعب تحديد مكان إرسال الرسالة الإلكترونية ومكان استلامها، فكلاهما إشارات رقمية عبر الشبكة[3]، وإزاء ذلك لم تقف القوانين المنظمة للتجارة الإلكترونية عند رأي واحد متفق عليه، ومن أمثلة ذلك القانون النموذجي للتجارة الإلكتروني "الأونسيترال" لعام 1996 الذي تبنى نظرية تسلم القبول، ولكن أمام صعوبة تحديد ذلك في عقود التجارة الإلكترونية افترض هذا القانون أن الرسالة قد سلمت في مقر عمل المرسل إليه[4]، كما تفرق غرفة التجارة الإلكترونية بين إرسال رسالة البيانات إلى مقدم خدمات المعلومات الذي عينه المرسل إليه، وبين إرسالها إلى مقدم خدمات غير الذي عينه المرسل إليه، ففي الفرض الأول أخذت بنظرية تسلم القبول، فتعتبر مستلمة بمجرد دخولها نظام معلوماته، وفي الفرض أخذ بنظرية العلم بالقبول، فلا تعتبر الرسالة مستلمة إلا من الوقت الذي يعلم فيه المرسل إليه بمضمونها[5].

1 - لورنس محمد عبيدات، **إثبات المحرر الإلكتروني**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص 52.

2 - فهد بن عبد العزيز الداود، المرجع السابق، ص 220.

3 - لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 52.

4 - عبد الباسط جاسم محمد، **تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 302 -304.

5 - المرجع نفسه، ص 304.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وأمام هذا الاختلاف في مواقف التشريعات والقوانين الخاصة بالمعاملات الإلكترونية والقائمة على المنهج الافتراضي الذي يعتد غالباً بمقر عمل المرسل إليه كمكان لتسلم القبول، وبالتالي كمكان برام العقد، إلا أنه يبقى لأطراف العقد الحرية في الاتفاق على تحديد مكان إبرام العقد من خلال الشروط التي يتفقان عليها كأصل، واستثناء اللجوء إلى المنهج الافتراضي وما يقوم عليه من احتمالات[1].

رغم المحاولات التشريعية لتحديد مكان إبرام العقد لا توجد تقنية دقيقة يمكن من خلالها تحديد مكان إبرام العقد، ويختلف الأمر بين حالة الاتفاق بين الطرفين، والذي بمقتضاه يحدد مكان إبرام العقد وبين عدم الاتفاق على ذلك، ففي الحالة الأولى يعقد الاختصاص القضائي في منازعات عقود التجارة الإلكتروني لمكان إبرام العقد، والذي اتفق عليه الأطراف، أما في الحالة الثانية فيعود الاختصاص القضائي لمحكمة مقر عمل المرسل إليه، وهو المنهج الافتراضي، الذي يعد استثناء على الأصل العام الذي هو اتفاق الأطراف، مما يجسد مبدأ سلطان الإرادة.

البند الثاني: ضابط مكان تنفيذ العقد

يمكن اعتبار محل تنفيذ العقد في دولة معينة مؤشراً على صلاحية محاكم هذه الدولة في النظر في منازعاته، ذلك لأن مصالح المتعاقدين تتركز في دولة التنفيذ، فاهتمامات المتعاقدين وتطلعاتهم ستوجه منذ البداية إلى مكان تنفيذ العقد[2]، وهو ما نجده في العقود الإلكترونية، إلا أنه يجب التفرقة فيها بين فرضين: الأول: حيث يتم إبرام العقد وتنفيذه عبر شبكة الأنترنت، وفيه يتعذر تحديد مكان تنفيذ العقد، ما يزيد الأمر تعقيداً بخصوص مسألة تحديد الاختصاص القضائي بنظر منازعات هذا النوع من العقود، أما الفرض الثاني فيتم فيه إبرام العقد عبر شبكة الأنترنت، إلا أن التنفيذ يتم خارجها، وبالتالي فالعقد يولد إلكترونياً، وينفذ مادياً، فيكون من اليسير تحديد مكان التنفيذ، فيعقد عندئذ الاختصاص لمحكمة مكان تنفيذ العقد الإلكتروني[3].

على الرغم من الخلاف حول الضوابط المكانية، يبقى مجتمع الأنترنت مجتمعاً افتراضياً، لامادي، كونه لا يقوم على أقاليم جغرافية مادية، إضافة إلى أن عالمية شبكة الأنترنت في حد ذاتها جعلت مسألة تحديد مكان تنفيذ العقد أمراً صعب المنال، ما جعل هذه الضوابط تفقد أهميتها في تحديد الاختصاص القضائي، ولعل هذه الأسباب وغيرها كانت الدافع للجوء إلى حل منازعات عقود التجارة الإلكتروني عن طريق الوسائل الودية دون اللجوء إلى القضاء.

1 - بلاق محمد، "ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات العقود الإلكترونية بين الاتجاهين التقليدي والحديث"، المرجع السابق، ص 21.

2 - فهد بن عبد العزيز الداود، المرجع السابق، ص 220.

3 - بلاق محمد، " ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات العقود الإلكترونية بين الاتجاهين التقليدي والحديث"، المرجع السابق، ص 21.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني: الطرق البديلة لتسوية منازعات التراضي في التعاقد الإلكتروني

لم تؤدي ثورة تكنولوجيا الاتصالات الحديثة إلى ظهور المعاملات الإلكترونية فحسب، بل وأيضاً إلى ظهور وسائل إلكترونية جديدة، تمثل طرق بديلة لتسوية وفض المنازعات، لما لها من مميزات؛ منها سرعة الإجراءات، وقلة التكاليف، وقصر مدة حسم النزاع.

ومن أهم هذه الوسائل: الوساطة والتحكيم الإلكترونيين، فبعد أن كانا تقليديان، يمارسان في بيئة مادية بالتقاء أطراف النزاع والوسيط أو المحكم في مجلس واحد، أصبحا يمارسان عبر شبكة الأنترنت، ومن قبل مراكز متخصصة؛ لها آلياتها وأدواتها القانونية التي تساعد على استمرار بقائها، وضمان فعاليتها في فض منازعات التجارة الإلكترونية.

تبعاً لما سبق سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتطرق للوساطة الإلكترونية في الفرع الأول، لنتطرق لدراسة التحكيم الإلكتروني في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الوساطة الإلكترونية

تشكل الوساطة الإلكترونية إحدى أهم الوسائل البديلة لحسم المنازعات التي تنشأ في الفضاء الإلكتروني، لتلاءمها مع طبيعة التجارة الإلكترونية، حيث تساهم بشكل كبير في التخفيف من ازدياد حجم منازعاتها، على نحو يحقق النجاح في تسويقها، كما تبرز أهميتها من خلال قيامها على إرادة طرفي النزاع، واللجوء إليها كوسيلة لفض نزاعهم، إضافة لتجريد الوسيط من سلطات الإجبار في قبول الوساطة، أو الاستمرار فيها، حيث يقتصر دوره في تقريب وجهات النظر بين المتعاقدين، وهما من يملكان الحق في قبول توجيهاته أو رفضها.

وبغية التفصيل في هذا الفرع، سنتولى بيان مفهوم الوساطة الإلكترونية في البند الأول، ونتطرق للشروط الواجب توفرها في شخص الوسيط في البند الثاني، ثم نُعّدد مراحل إجراءات الوساطة الإلكترونية، وذلك في البند الثالث.

البند الأول: مفهوم الوساطة الإلكترونية

نتطرق في هذا البند أولاً لتعريف الوساطة الإلكترونية، ثم تمييزها بعد ذلك عن غيرها من الأنظمة المشابهة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولا: تعريف الوساطة الإلكترونية

سنقوم بتعريف الوساطة الإلكترونية فقهاً وتشريعاً، وذلك على النحو الآتي:

أ- التعريف الفقهي للوساطة الإلكترونية

تعتبر الوساطة الأساس الذي يقوم عليه نظام الوسائل البديلة لحل المنازعات، والمحرك الأساسي، والسبيل الأول لإيجاد حل توافقي بين المتنازعين، وتعد كذلك الوسيلة الأكثر شيوعاً في حسم النزاعات التجارية، لا سيما في العقود التجارية الدولية[1].

وتُعّرف على أنها: " وسيلة غير قضائية من وسائل تسوية المنازعات بصورة ودية، تقتضي وجود طرف ثالث يسمى الوسيط، يعمل على تقريب وجهات النظر بين الطرفيين المتنازعين للوصول إلى اتفاق نهائي، من خلال التوصيات غير الملزمة التي يقدمها الوسيط"[2]، ويُعّرفها أخر أنها: " أسلوب من أساليب الحلول البديلة لفض النزاعات، تقوم على توفير ملتقى للأطراف المتنازعة للاجتماع والحوار وتقريب وجهات النظر بمساعدة شخص محايد، وذلك لمحاولة التوصل إلى حل ودي يقبله أطراف النزاع"[3].

أما الوساطة الإلكترونية فتُعّرف على أنها: " عملية تتم بشكل فوري ومباشر على شبكة الأنترنت، وتهدف إلى تسهيل التعاون، والتفاوض بين الأطراف المتنازعة للتوصل إلى حل عادل يقبله أطراف النزاع"[4].

وتُعّرف أيضاً على أنها: " وسيلة ودية لحل نزاعات عقود التجارة الإلكترونية والعقود الإلكترونية عموماً، عبر استخدام الوسائل التكنولوجية، وعلى رأسها شبكة الأنترنت، حيث يتم الاستعانة من قبل الأطراف المتنازعين بوسيط لا يقوم باتخاذ قرار لحل النزاع، ولكن يساعدهم على إيجاد حل مقبول لكل منهما بشكل محايد"[5].

يتبين إذن أن الوساطة الإلكترونية لا تختلف عن الوساطة التقليدية إلا من حيث الوسيلة، إذ تتم باستخدام وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة، غالباً هي شبكة الأنترنت، فيتواجد الوسيط والأطراف المتنازعة عادة في دول مختلفة، ويتحاورون عن بعد. بخلاف الوساطة التقليدية التي يجتمع فيها الكل وجها لوجه في إقليم دولة واحدة.

---

1 - علاء أبا ريان، **الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية – دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 64.

2 - عبد الباسط جاسم محمد، **تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 505.

3 - باخويا إدريس، "الاختصاص والقانون الواجب التطبيق في منازعات التجارة الإلكترونية"، **مجلة القانون والمجتمع**، جامعة أدرار، العدد: 1، جوان 2013، ص 83.

4 - فراس كريم شيعان وهند فائز أحمد، "الوساطة في المنازعات الإلكترونية"، **مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية و السياسية**، جامعة بابل، العراق، السنة: السادسة، العدد: الثالث، 2014، ص 251.

5 - عبد الباسط جاسم محمد، **تنازع الاختصاص القضائي الدولي في المعاملات التجارية الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 507.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ب- التعريف التشريعي للوساطة الإلكترونية

عرفت المادة الأولى في فقرتها الثالثة من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي الوساطة أنها: " أية عملية ؛ سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر، أو أشخاص آخرين (الموفّق) مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية، أو علاقة قانونية أخرى، أو المتصل بتلك العلاقة، ولا يكون للموفق الصلاحية لفرض حل للنزاع على الطرفين"[1].

كما عرفتها المادة الأولى من نظام المركز العربي لتسوية المنازعات بأنها: " الوسيلة التي يتم بموجبها السعي لفض النزاع، دون أية سلطة للوسيط أو الموفق لفرض قراره في النزاع، وذلك عن طريق تقريب وجهات النظر، وإبداء الآراء الاستشارية التي تتيح الوصول للحل بهذه الوسيلة"[2].

بصفة عامة فالوساطة هي إحدى الحلول البديلة لفض النزاعات، وتشمل الوساطة عدة أنواع[3]: منها الوساطة القضائية، والوساطة الاتفاقية، والوساطة القانونية، وهناك من يقسمها تبعاً لدور الوسيط فيها إلى[4]: وساطة فعالة، ووساطة بسيطة، كما تقسم إلى وساطة حرة، ووساطة مؤسساتية[5].

---

1 - قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لسنة 2002، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، 2004، الموقع الإلكتروني: **www. uncitral.un.org.** وقد عُدّل القانون النموذجي في عام 2018 بإضافة باب جديد عن اتفاقات التسوية الدولية وإنفاذها، وعُدّل اسم القانون النموذجي إلى: " القانون النموذجي بشأن الوساطة التجارية الدولية واتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة"، وقد استخدمت الأونسيترال فيما اعتمدته سابقاً من نصوص ووثائق ذات الصلة مصطلح "التوفيق" على أساس أن المصطلحين "التوفيق" و"الوساطة" مترادفان، وقررت استخدام مصطلح الوساطة بدلا من التوفيق في مسعى منها للتكيف مع الاستخدام الفعلي والعملي للمصطلحين، وتوقعا لأن ييسّر هذا التعبير الترويج للقانون النموذجي، ولا ينطوي هذا التعبير في المصطلح على أي آثار جوهرية أو مفاهيمية.

2 - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 217.

3 - في **الوساطة القضائية** تقوم المحاكم قبل الفصل في النزاع بعرض اقتراح على الأطراف المتنازعين باللجوء بداية إلى الوساطة. وبالنسبة **للوساطة الاتفاقية** فهي اتفاق أو بند تعاقدي ينص عليه في العقد، ويقضي بأنه في حال نشوب النزاع يتم عرضه على الوسيط، وفي حال فشل الوساطة دون التوصل إلى حل يتحول الوسيط إلى محكم. أما **الوساطة القانونية** فتوجب فيها القوانين الوطنية إحالة الأطراف إلى وسيط قبل المرور بمرحلة التقاضي. أنظر: علاء أبا ريان، المرجع السابق، ص 66.

4 - في **الوساطة الفعالة** يقوم الوسيط بدور ايجابي بين طرفي النزاع، ولا يكتفي بنقل وجهات نظرهم إلى بعضهم البعض، بل يساعد في إنشاء الاقتراحات، والبحث عن حلول، ومراجعة الأطراف لحين الوصول إلى موافقتهم عليها. أما **الوساطة البسيطة** فيقتصر دور الوسيط فيها على مجرد ايصال عروض الأطراف ووجهات نظرهم إلى بعضهم البعض، دون أن يكون له أي تأثير في اقتراح الحلول، أو وضع تسوية للنزاع، الأمر الذي يجعل الوسيط أقرب إلى كونه رسولاً منه إلى كونه وسيطاً. أنظر: عبد الباسط جاسم محمد، **تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية**، المرجع السابق، ص ص 513 -514.

5 - تخضع **الوساطة الحرة** في آليتها وعملها وإجراءاتها إلى إرادة الأطراف، إذ يحددون هم السلطة المخولة للوسيط بعد أن يختارون ولا يهم بعد ذلك أن يكون شخص طبيعياً أو معنوياً. أما **الوساطة المؤسساتية** فتنظم من قبل مركز وساطة معين، وتخضع لنظامه. أنظر: عبد الباسط جاسم محمد، **تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية**، المرجع السابق، ص ص 513 -514.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعلى اختلاف أنواع الوساطة إلا أنها تهدف في جميعها إلى تسوية النزاع ودياً من خلال التراضي والتوفيق بين طرفا النزاع، وذلك بإجراءات أكثر مرونة لتلافي طول إجراءات التقاضي أمام المحاكم، بما يحقق مصلحة الأطراف في تسوية النزاع، بأسهل الطرق، وبأقل التكاليف الممكنة، ومن أبرز مراكز الوساطة والتحكيم الإلكترونية التي تقدم خدمة تسوية المنازعات بالطرق الإلكترونية، مركز الوساطة "Square trade "، ومركز الويبو للتحكيم و الوساطة[1].

ثانيا: تمييز الوساطة الإلكترونية عن غيرها من الأنظمة المشابهة

تفيد الوساطة في تقريب وجهات النظر للوصول إلى حل يرضي الطرفين، بعيداً عن القضاء، ولما كانت كذلك فإنها قد تقترب من بعض النظم القانونية، الأمر الذي يدفعنا للتمييز بينهما وبين بعض هذه النظم.

أ- تمييز الوساطة الإلكترونية عن المفاوضات

يمكن عند عقد المقارنة بين المفاوضات المباشرة التي تتم عبر الأنترنت وبين الوساطة التي تتم أيضاً عبر ذات الشبكة إيجاز أوجه الشبه والاختلاف بينهما، وذلك كما يأتي:

1- أوجه الشبه بين الوساطة الإلكترونية والمفاوضات

تتلخص أوجه الشبه كالآتي[2]:

-تعد شبكة الاتصالات "الأنترنت" وسيلة مهمة في جميع الإجراءات اللازمة في العمليتين: المفاوضات والوساطة، ابتداءً من تقديم طلب التسوية للنزاع حتى آخر العملية، وتنفيذ قرارها بما في ذلك تبادل الآراء، والأفكار، والمناقشات.

- في كلتا العمليتين يحال النزاع بكامل إرادة واختيار طرفيه إلى إحدى الوسيلتين البديلتين من وسائل التسوية البديلة، دون أن يكونوا مجبرين على ذلك بموجب نص قانوني، كما يستطيعان وفي أي وقت يرغبان الانسحاب من المفاوضات أو عملية الوساطة، واللجوء إلى القضاء الرسمي، ما داموا لم يوقعوا اتفاق التسوية النهائية الملزم.

2-أوجه الاختلاف بين الوساطة الإلكترونية والمفاوضات

يمكن إجمالها أوجه الاختلاف فيما يلي:

- في المفاوضات المباشرة يجري الاتصال بين طرفي النزاع، من خلال صفحة النزاع المعدة على الموقع الإلكتروني التابع لمركز الوساطة المحمية بكلمة مرور، فالأطراف وحدهم يقومون بحل سوء التفاهم والنزاع دون أي تدخل من جانب

1 - فراس كريم شيعان وهند فائز، المرجع السابق، ص ص 251 - 252.

2 - عبد الباسط جاسم محمد، **تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 523.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الوسيط أو موظفو مركز الوساطة[1]، أما الوساطة فتتم بعرض النزاع على وسيط محايد، يتم تعينه من قبل مركز الوساطة لتقريب وجهات النظر بين المتنازعين[2].

-تستوفي مراكز الوساطة الرسوم المحددة مسبقاً من قبله على عملية الوساطة، بخلاف المفاوضات فتكون في جميع مراحلها مجانية[3].

-يتولى مركز الوساطة والوسيط الإشراف والرقابة على عملية الوساطة بكاملها، وعلى تبادل البيانات، والمقترحات، في حين تخلو المفاوضات من مثل هذه الرقابة[4]، كما يتمتع الوسيط بسلطة واسعة، رغم أنه لا ينتهي إلى حكم ملزم لهما، وتكون سلطة الأطراف المتفاوضة في التفاوض أوسع، كون الحقوق التي يتم التفاوض بشأنها تعود لهم بشكل كامل، فتكون سلطة كل منهم مطلقة فيما يملك[5].

ب- تمييز الوساطة الإلكترونية عن التحكيم الإلكتروني

عند المقارنة بين الوساطة والتحكيم عبر الأنترنت، نجد أنهما يتشابهان في أن كل منهما طريق ودي لتسوية النزاعات، كما أن اللجوء إليهما لا يكون إلا بناءً على تراضي الأطراف على ذلك؛ سواء قبل النزاع أو بعد نشوئه، أما فيما يتعلق بالفرق بينهما، فيختلفان من عدة أوجه:

- تجري الوساطة بين أشخاص تربط بينهم علاقة وثيقة، ومن أجل الحفاظ على هذه العلاقة وعدم إنهائها، فإنهم يتفقون على إخضاع علاقاتهم ومنازعاتهم لشخص ثالث يحدد أوجه الخلاف والتقارب بين وجهات نظرهم، وذلك للتوصل إلى حل يلبي رغباتهم ويحظى بقبولهم[6]، أما التحكيم فيلجأ إليه أطرافه دون معرفة سابقة، لإصدار حكم ملزم للطرفين، ودون الاكتراث لاستمرار العلاقة التجارية بينهما[7].

- التحكيم تنظيم قضائي؛ ينتهي بحُكم، مُلزم للخصوم، وله آثار الأحكام القضائية، أما الوساطة فلا تنتهي بحُكم، بل باقتراح لتقريب وجهات النظر، والمحضر الذي يحرره الوسيط لا تكون له آثار أو حجية الأحكام القضائية[8].

---

1 - فراس كريم شيعان وهند فائز أحمد، المرجع السابق، ص 258.

2 - عبد الباسط جاسم محمد، **تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 524.

3 - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 221.

4 - محمد ابراهيم أبو الهيجاء، **التحكيم الالكتروني**، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 41.

5 - عبد الباسط جاسم محمد، **تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية**، المرجع السابق، ص ص 524 -525.

6 - عبد الصبور عبد القوي علي مصري، **التنظيم القانوني للتحكيم الالكتروني**، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، السعودية، 2013، ص 48.

7 - عصام أحمد البهجي، **التحكيم الإليكتروني في عقود التجارة الدولية**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2017، ص 66.

8 - لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 44.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- يعد الحياد والاستقلال شرطان لازمان في المحكم، في حين يعد شرط الخبرة والكفاءة والقدرة على الاقناع واقتراح الحلول هي ما يلزم في الوسيط[1].

- تختلف الوساطة عن التحكيم من حيث أنه يمكن لطرفي النزاع الانسحاب في أي مرحلة كانت عليها الوساطة، في حين أنهما لا يتمتعان بنفس الامكانية في حالة التحكيم[2].

ثالثا: خصائص الوساطة الإلكترونية

تتمتع الوساطة الإلكترونية بعدة خصائص، نجمل أهمها فيما يلي:

- فعالية الأدوات المستخدمة للتفاوض في عملية الوساطة الإلكترونية، وضمان تسجيل المناقشات التي تجري بين طرفي النزاع في برنامج مشغل على شبكة الأنترنت، وفي كل مراحل المفاوضات بدءً من مرحلة الاتصال الأولى بين طرفي النزاع حتى الاتفاق النهائي بينهما[3]، وتوفير قاعدة بيانات متكاملة تشمل سير الوساطة، وأمثلة متعددة لأنواع القضايا[4]، وكيفية الإثبات، وتقديم الطلبات، وتزويد كل من طرفي النزاع بنموذج يتضمن سائر الحلول الودية لفض النزاع، بغية تمكينهم من التفاوض على تسوية النزاع[5]، وحفظ كامل المستندات والوثائق وتخزينها، وتزويد المحكمة بنسخة من الاتفاق النهائي الموقع عليه من قبل المتنازعين، إذا ما رفض أحد المتنازعين تنفيذ ما تم الاتفاق عليه[6].

- تمتاز الوساطة الإلكترونية بمرونتها، وعدم التقيد بإجراءات مرسومة، واستغلال الوقت للحصول على حلول سريعة، والتخفيف من عدد القضايا التي تسجل أمام المحاكم، إضافة إلى تمتعها ببساطة إجراءاتها ووضوح قواعدها، حيث يمكن استخدامها لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية في مختلف الميادين والمجالات[7].

- تجرى الوساطة في جلسات سرية، بحيث تكفل للأطراف سرية ما راج في الجلسات، كما أن الطرفين يلتزمان مسبقا بعدم استخدام ما راج داخل الجلسات من مناقشات وعروض في حالة اللجوء إلى القضاء[8].

---

1 - عبد الباسط جاسم محمد، **تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 522.

2 - هشام البخفاوي، " الوسائل البديلة التقليدية والمستحدثة لحل النزاعات التجارية"، **مجلة صوت القانون**، جامعة الجيلالي بو نعامة - خميس مليانة، العدد: الثامن، 2017، ص 387.

3 - فراس كريم شيعان وهند فائز أحمد، المرجع السابق، ص 257.

4 - محمد ابراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 29.

5 - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 222.

6 - فراس كريم شيعان وهند فائز أحمد، المرجع السابق، ص 257.

7 - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص ص 222 -223.

8 - هشام البخفاوي، المرجع السابق، ص 386.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- تمتاز الوساطة بأنها عملية قليلة التكلفة، حيث أن التكاليف المالية التي يتحملها الأطراف عند اللجوء للوساطة قليلة جداً، إذا ما قورنت بتكاليف حل النزاع قضائياً، أو عن طريق التحكيم[1].

- عملية تطوعية؛ تقوم على اتفاق الطرفين المتنازعين في اللجوء إليها، والاستمرار فيها، وقَبُول الحل الذي تتوصل إليه بمساعدة الوسيط[2]. كما تحافظ على العلاقات الودية بين الخصوم، وهو ما يصعب تحقيقه عند حل النزاع قضائياً[3].

البند الثاني: الشروط الواجب توفرها في شخص الوسيط

يحرص غالبية المشرعون في دول العالم والهيئات الدولية المتخصصة في التسوية السلمية لمنازعات التجارة الدولية بالنص على مجموعة شروط معينة؛ لابد من توفرها مجتمعة في شخص الوسيط، الذي يتولى إدارة عملية الوساطة، ويمكن إجمالها فيما يلي:

أولا: حسن السيرة والسلوك[4]

ذلك أن شخصية الوسيط محل اعتبار في الوساطة، فهي تكون السبب الرئيسي لقبول أطراف الخصومة للوساطة، دون النظر في مسألة الكفاءة، والاختصاص، وهذا لأن حقوق الأطراف لا ينبغي وضعها إلا بين أيدي أمينة تتجلى وتظهر للعموم بحسن السيرة والسلوك[5].

ثانيا: الحيدة والنزاهة والاستقلال

إذا كان القانون قد أسند للقاضي صلاحية التوفيق والوساطة بين الأطراف في إطار الحياد، والنزاهة والموضوعية، للوصول بناءً على رغبتهم وإرادتهم إلى حل ودي، فإن هذه الخصائص يجب أن يلتزم بها الوسيط أيضاً، وهو يمارس عملية الوساطة بتدبير التفاوض دون انحياز لطرف على حساب الطرف الآخر، ولاستدراجه لأي اقتراح أو حل لا يصدر عنه تلقائياً، وبمبادرة منه[6].

---

1 - فراس كريم شيعان وهند فائز أحمد، المرجع السابق، ص 257.

2 - عبد الباسط جاسم محمد، **تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 508.

3 - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 223.

4 - تنص المادة 998 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فيفري 2008م المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية: العدد 21، المؤرخة في 17 ربيع الثاني 1429 الموافق 23 أفريل 2008) على أنه: " يجب أن يعين الشخص الطبيعي المكلف بالوساطة من بين الأشخاص المعترف لهم بحسن السلوك والاستقامة...".

5 - بوضياف عادل، **الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، الجزء: 2، إصدار كليك للنشر، الطبعة الأولى، الجزائر، 2012، ص 367.

6 - مولاي حفيظ علوي قاديري، **طرق فض المنازعات في التجارة الالكترونية والوسائل البديلة لها -دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، الدار البيضاء، المغرب، 2013، ص 209.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد أكدت على هذا الشرط العديد من القوانين المنظمة لعملية الوساطة، كالمادة السابعة من قواعد الوساطة الصادرة عن المنظمة الدولية للملكية الفكرية[1]، وبالمثل نجد أن الفقرة (ب) من المادة الثانية من قانون الوساطة الأردني اشترطت في الوسطاء الخصوصيين الذين يتم اختيارهم من قبل وزير العدل، أن يكونوا من القضاة أو المحاميين أو المهنيين المشهود لهم بالحيدة والنزاهة[2]، فضلاً عن أن الفقرة الرابعة من المادة الخامسة من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي أكدت على ضرورة مراعاة أن يكون الوسيط عند اختياره للعمل كموفق منتمياً بجنسيته إلى دولة مختلفة عن دولة، أو دول جنسية أطراف النزاع، لضمان تحقيقه شرط الحياد، والنزاهة، والاستقلال[3].

وقد نص على ذلك أيضاً المشرع الجزائري في المادة 998 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية بقوله: "... أن يكون محايداً مستقلاً في ممارسة الوساطة"، وترك أمر تطبيقها للتنظيم الصادر بموجب المرسوم رقم 09 -100 ، والذي تطرق للحياد والاستقلالية في نص المادة 11 من هذا المرسوم[4]، فجعل من مقتضيات ومستلزمات الحياد والاستقلالية إخطار القاضي ؛ سواء من أطراف النزاع أو من الوسيط في حد ذاته بوجود مانع من مزاولة الوساطة، ليتخذ القاضي ما يراه مناسباً من إجراءات لضمان الحياد، والاستقلالية في ممارسة الوساطة[5].

كما يندرج تحت هذا الشرط تحقيق المساواة بين طرفي النزاع، وذلك حسب ما أكدت عليه المادة الرابعة من نظام المركز العربي لتسوية المنازعات[6].

---

1 - فراس كريم شيعان وهند فائز أحمد، المرجع السابق، ص 259.

2 - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 227.

3 - نصت الفقرة الرابعة من المادة الخامسة من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي على أنه: " عند تزكية أفراد أو تعينهم للعمل كموفقين، يتعين على المؤسسة أو الشخص مراعاة الاعتبارات التي يرجح أن تكفل تعيين موفق مستقل ومحايد، وعند الاقتضاء مراعاة استصواب تعيين موفق تختلف جنسيته عن جنسيتي الطرفين ".

4 -عددت المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 100/09 المؤرخ في 13 ربيع الأول 1430 الموافق 10 مارس2009 الذي يحدد كيفيات تعيين الوسيط القضائي، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية: العدد 16، بتاريخ 18 ربيع الأول 1430 الموافق 15 مارس 2009)، موانع مزاولة الوساطة فيما يأتي:" يجب على الوسيط القضائي أو أحد أطراف النزاع الذي يعلم بوجود مانع من الموانع المذكورة أدناه، أن يخطر القاضي فورا قصد اتخاذ ما يراه مناسبا من إجراءات لضمان حياد الوسيط واستقلاليته:

- إذا كانت له مصلحة شخصية في النزاع.
- إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مع أحد الخصوم.
- إذا كانت له خصومة سابقة أو قائمة مع أحد الخصوم.
- إذا كان أحد أطراف الخصومة في خدمته.
- إذا كان بينه وبين أحد الخصوم صداقة أو عداوة

5 - بوضياف عادل، المرجع السابق، ص 368.

6 - نصت المادة الرابعة من نظام المركز العربي لتسوية المنازعات على أنه: " يتعين على هيئة التحكيم والوسطاء ومتولي التقييم معاملة طرفي النزاع على قدم المساواة، وأن يتوافر لكل ملقم فرص متكافئة لعرض قضيته والدفاع عنها". أنظر: فراس كريم شيعان وهند فائز أحمد، المرجع السابق، ص ص 259 -260.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثالثا: الدراية والكفاءة

يجب أن يكون الوسيط متخصصاً، ومؤهلاً[1]، مع تدريبه تدريباً جيداً، يعينه على قيادة عملية الوساطة، والتي يقتنع من خلالها طرفا النزاع بجدارته، فإن لم يكن أهلاً لذلك، فعليه الاعتذار عن قبول نظر النزاع، أو عن الاستمرار فيه[2]، كما يتعين على الوسيط أن يقود عملية الوساطة ويحركها بكفاءة عالية تتناسب وعملية الوساطة، وما يرجوه المتنازعون منها في الوصول لحل مرضي لهما ينهيان به النزاع[3].

رابعا: خلو صحيفة السوابق القضائية من بعض الجرائم

عبر المشرع الجزائري عنها في المادة 998 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالجرائم الماسة أو المخلة بالشرف أو يكون ممنوعاً من حقوقه المدنية، ويراعى في ذلك أيضاً تلك الجرائم التي لا يستقيم أن يمارسها مرتكبها مهنة الوسيط ؛ كجرائم التزوير، كما ينبغي أن لا يكون قد صدر في حقه حكم جزائي في جنحة الإفلاس ؛ كمسير ولم يرد اعتباره، ففي هذه الحالة يمنع عليه الترشح لمزاولة مهنة الوسيط القضائي[4].

البند الثالث: مراحل الوساطة الإلكترونية

تجري الوساطة الإلكترونية من خلال مجموعة من الإجراءات التي تتم بطرق إلكترونية على الموقع الشبكي التابع لمراكز الوساطة، وتفصيل ذلك فيما يلي :

أولا: تقديم الطلب إلى مركز الوساطة

بحكم المادة الثالثة من قواعد الوساطة الصادرة عن المنظمة الدولية للملكية الفكرية (الويبو) ؛ فإن على كل من يرغب من طرفي النزاع تسوية نزاعه عن طريق اللجوء للوساطة الإلكترونية أن يقوم بتعبئة طلب الوساطة المعد مسبقاً من قبل المركز، والمنشور على الموقع الإلكتروني التابع للمركز، والذي يجب أن يتضمن البيانات التالية[5] :

- أسماء طرفي النزاع وعناوينهم، الهاتف، الفاكس، البريد الإلكتروني، أو أية وسيلة اتصال أخرى ذات صلة بطرفي النزاع، أو بمن يمثل الطرف مقدم طلب الوساطة.

1 - تنص المادة 998 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه : " أن يكون مؤهلاً للنظر في المنازعة المعروضة عليه".
2 - محمد ابراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 32.
3 - المرجع نفسه، ص 33.
4 - بوضياف عادل، المرجع السابق، ص 368.
5 - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص ص 230 -231.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- نسخة من اتفاق اللجوء إلى الوساطة، في حالة اتفاق الطرفين على تسوية النزاع عن طريق الوساطة.
- بيان ملخص عن موضوع النزاع وطبيعته.

وعند استلام المركز للطلب، يقوم المركز بإرسال تأكيد إلى مقدم الطلب، يبلغه من خلاله أنه قد تم استلامه لطلب الوساطة[1]، كما يقوم المركز بالاتصال بالطرف الآخر، ويبلغه بذلك، ويسأله فيما إذا كان يرغب بتسوية النزاع عن طريق الوساطة، فإذا كان الجواب بالرفض؛ تنتهي إجراءات الوساطة، بعد أن يبذل المركز جهده في إقناع المجاوب بجدوى الوساطة في فض النزاع[2]، أما إذا أفصح المجاوب عن رغبته بالمشاركة في عملية الوساطة، عندئذ تبدأ عملية الوساطة فعلاً[3].

وفيما يتعلق بالمهلة الممنوحة للمجاوب، لكي يرسل جواباً يبين فيه إذا كان يرغب في المشاركة بعملية الوساطة أم لا، فقد حددتها بعض مراكز الوساطة؛ كمركز الوساطة "Square trade" بـ 14 يوما[4]، بحيث يترتب على انقضائها دون تقديم جواب يفيد الموافقة على عملية الوساطة انتهاء إجراءات الوساطة، وإغلاق ملف القضية، على أن يُعاد فتح ملف القضية في أي وقت يبدي فيه المجاوب رغبته بالمشاركة في عملية الوساطة[5].

كما حددتها الفترة الثانية من المادة الرابعة من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي[6] بـ 30 يوماً، تبدأ من اليوم الذي أرسلت فيه الدعوة للمجاوب في اللجوء إلى عملية الوساطة لتسوية النزاع، ما لم تتضمن الدعوة مدة أخرى أقل، أو أكثر من مدة 30 يوما[7].

وإذا كانت هذه هي الإجراءات التي يتبعها المركز عند تقديم طلب الوساطة من قبل أحد طرفي النزاع، فإن الوضع سيكون مختلف حتماً عند قيام طرفي النزاع بإرسال طلب اللجوء للوساطة معاً، والذي يجب أن يتضمن البيانات الشخصية المشار إليها سابقاً، حيث سيكتفي المركز في هذه الحالة عند استلامه لطلب الوساطة، بإرسال تأكيد إلى طرفي النزاع يخطرهما من خلاله باستلام طلب الوساطة وبالتاريخ المحدد لبداية عملية الوساطة[8].

---

1 - فراس كريم شيعان وهند فائز أحمد، المرجع السابق، ص 262.

2 - محمد ابراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص ص 35 -36.

3 - حمودي محمد ناصر، **العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الأنترنت**، المرجع السابق، ص 528.

4 - عبد الباسط جاسم محمد، **تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الالكترونية**، المرجع السابق، ص 517.

5 - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 231.

6 - تنص الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي على أنه: " إذا لم يتلقى الطرف الذي دعا طرفا آخر إلى التوفيق قبولا في غضون ثلاثين يوما من اليوم الذي استلمت فيه الدعوة، أو في غضون مدة أخرى محددة جاز للطرف أن يعتبر ذلك رفضا للدعوة إلى التوفيق".

7 - فراس كريم شيعان وهند فائز أحمد، المرجع السابق، ص 263.

8 - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 232.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا: استيفاء الرسوم عن عملية الوساطة

تكون الوساطة مقابل دفع رسوم معينة، يتحملها طرفي النزاع لقاء قَبُول المركز نظر النزاع، وتسويته، وتشمل رسوم الوساطة ثلاثة أنواع، يتمثل النوع الأول في رسوم التسجيل: وهي الرسوم التي يستوفيها المركز من طالب الإجراء أو التسوية عند قيد الطلب لدى المركز، والنوع الثاني في المصاريف الإدارية: وهي المبالغ المقررة لتغطية التكاليف اللازمة لفض النزاع، في حين يختص النوع الثالث بالأتعاب: وهي المبالغ المقررة للوسيط في عملية الوساطة[1].

ونظرا لما تمثله هذه الرسوم من أهمية لسير إجراءات الوساطة، فقد حرصت مراكز الوساطة على وضع أنظمة خاصة بالرسوم، تحدد مقدار، ونوع الرسوم التي يستوفيها المركز عن عملية الوساطة، ومن أمثلة هذه المراكز مركز الوساطة التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو)[2]، ومركز الوساطة (Square trade) [3]، وكذا مركز Internet Neutral [4]، كما تشترط أنظمة الوساطة لبدء إجراءات الوساطة لدى المركز، أن يدفع طالب الوساطة عند تسجيل الطلب كافة المصاريف الإدارية اللازمة لتسوية النزاع، وإلا فإن المركز لن يتخذ أي إجراء في الطلب، وسيقوم بتبليغ طالب الوساطة بضرورة الدفع خلال مدة معينة يحددها المركز، بحيث إذا تخلف عن الدفع بعد مضيها اعتبر تخلفه بمثابة سحبا للطلب من المركز[5]، على أن المصاريف الإدارية اللازمة لسير إجراءات الوساطة، وأتعاب ومصاريف الوسيط، وأية مبالغ أخرى تم دفعها لغرض التسوية، لا يتحملها طالب الوساطة وحده، وإنما يتم دفعها في نهاية الأمر مناصفة بين طرفي النزاع، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك[6].

---

1 - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص ص 232 -233.

2 - يستوفي مركز الوساطة (الويبو) 10% من مبلغ النزاع كرسوم ومصاريف إدارية، على أن يتجاوز الرسم مبلغ عشرة آلاف دولار أمريكي في جميع الأحوال، وإذا لم يكن طلب الوساطة متضمناً لأي ادعاءات نقدية، أو كان النزاع موضوع الوساطة غير قابل بطبيعته للتقدير بالنقد، ففي هذه الحالة يتم تحديد مبلغ الرسوم من قبل المركز بعد التشاور مع الوسيط وطرفي النزاع مع مراعاة الظروف المحيطة بكل نزاع على حدة، على أن لا يزيد الحد الأقصى للرسوم على عشرة آلاف دولار. أنظر: محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 233.

3 - تقدر رسوم الوساطة لدى مركز الوساطة Square trade بقيمة المبلغ المتنازع عليه حيث يستوفي المركز 50 دولار عن النزاع الذي لا تزيد قيمته عن 1000 دولار، أما إذا زاد المبلغ عن ذلك فيستوفي عنه 40 دولارا، زائد 5% من قيمة النزاع، على أن لا تزيد في جميع الحالات عن 2500 دولار، هذا بعد استيفاء 20 دولارا عن تسجيل طلب الوساطة ويعفي هذا المركز عملائه، أو يخفض لهم رسوم الوساطة إذا كانوا عملاء الشركات المسجلة لديه. أنظر: فراس كريم شيعان وهند فائز أحمد، المرجع السابق، ص 264.

4 - يتقاضى **مركز** Internet Neutral مبلغ 250 دولارا عند تقديم الطلب وذات المبلغ عند الجواب، ويشمل هذا الرسم ساعتين من جلسات الوساطة وساعتين من إعداد الطلبات والاطلاع عليها، مع استيفاء مبلغ 125 دولار عن كل ساعة من جلسات الوساطة المنعقدة من السابعة صباحا وحتى السابعة مساءا، هذا في حالة الوساطة التي تتطلب اجتماعات واستخدم آلية المحادثة، أما إذا جرت عملية الوساطة عبر البريد الالكتروني، فإن المركز يستوفي رسومه على أساس الدقيقة من 1 دولار حتى 6 دولار للدقيقة الواحدة حسب قيمة المبلغ المتنازع بشأنه. أنظر: محمد ابراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص ص 38 -39.

5 - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص ص 234 -235.

6 - فراس كريم شيعان وهند فائز أحمد، المرجع السابق، ص ص 264 -265.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثالثا: افتتاح الوساطة

بعد أن يستوفي المركز من طرفي النزاع الرسوم والمصاريف الإدارية اللازمة لتسوية النزاع، يقوم بتزويدهم بقائمة بأسماء الوسطاء، ومؤهلات كل منهم، ليختار الوسيط الذي يتولى قيادة عملية الوساطة[1]، والذي سيوضح لهما إجراءات تسوية النزاع، والمدة الزمنية التي تقتضيها عملية الوساطة، وكلفتها، وطريقة الاتصال المتبعة لعقد جلسات الوساطة[2].

وبعد أن يتفق طرفا النزاع على اختيار الوسيط، وعلى الإجراءات المتبعة لتسوية النزاع، يقوم الوسيط بإرسال البريد الإلكتروني لكل من طرفي النزاع يتضمن كلمة المرور الخاص بكل منهما، والذي يخول لهما الدخول لصفحة النزاع المعدة على موقع المركز[3]، وحضور جلسات الوساطة لمناقشة طلباتهم، والتداول معهم حول موضوع النزاع، بهدف التوصل إلى حل وسط يقبله، ويرتضيه الطرفين[4].

وتعتبر جميع المعلومات والبيانات التي يقدمها طرفا النزاع أثناء جلسات الوساطة، والتي يتم تخزينها على صفحة النزاع المعدة على الموقع الإلكتروني التابع للمركز محمية، ومشفرة بنظام حماية آمن، يَحُولُ دون إحداث أي تغيير، أو تحريف في مضمونها[5].

وإذا أراد أي من طرفي النزاع أثناء جلسات الوساطة تعديل أي من طلباته أو بياناته التي سبق وأن قدمها للمركز، فما عليه إلا الدخول إلى الموقع الإلكتروني الخاص بالمركز، والنقر على الأيقونة المخصصة لقضايا الوساطة، ومن ثم إدخال العنوان الإلكتروني، واسم المرور الخاص بالنزاع، ورقم القضية المراد الوصول إليها، لكي يتسنى له في النهاية إجراء التعديل الذي ينوي القيام به[6].

ويجوز لأي طرف أن يقرر في أي وقت الانسحاب من إجراءات الوساطة، ويترتب على هذا الانسحاب إغلاق ملف القضية، مع إمكانية إعادة فتحها مجدداً، لكن إذا أغلقت القضية بسبب عدم صدور جواب من المجاوب؛ أي الطرف الآخر غير طالب الوساطة، هنا يتم إعادة فتحها بمجرد قيام المجاوب بتقديم جوابه من خلال الدخول إلى الموقع الإلكتروني الخاص بالمركز، والنقر على الأيقونة المخصصة لذلك، والموجودة في البريد الإلكتروني الذي سبق وأن

1 - حمودي محمد ناصر، **العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الأنترنت**، المرجع السابق، ص 528.
2 - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 236.
3 - محمد ابراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 37.
4 - حمودي محمد ناصر، **العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الأنترنت**، المرجع السابق، ص 528.
5 - فراس كريم شيعان وهند فائز أحمد، المرجع السابق، ص 265.
6 - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 237.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

زوده به المركز[1]، أما إذا تم إغلاق القضية بعد تقديم الجواب بسبب عدم دفع الرسوم للوسيط، ففي هذه الحالة يتم إعادة فتحها من خلال النقر على مفتاح معين، ودفع الرسوم المقررة للوسيط، وأخيراً إذا تم إغلاق القضية بعد دفع رسوم الوسيط تلبية لرغبة أحد طرفي النزاع، فيتم إعادة فتحها بإرسال إخطار بذلك إلى المركز، ليقوم هذا الأخير بعد مراجعتها بإرسال إخطار من جانبه إلى طرفي النزاع يتضمن قبوله أو رفضه لفتح القضية[2].

رابعا: انتهاء عملية الوساطة

تنتهي عملية الوساطة بإحدى الحالتين: إما أن يتوصل الوسيط إلى تسوية النزاع ودياً بين الخصوم، وإما عدم التوصل إلى تسوية النزاع.

فبالنسبة للحالة الأولى إذا توصل الوسيط إلى التسوية السلمية للنزاع، وتمت المصادقة على التسوية من قبل طرفي النزاع، تنتهي عملية الوساطة من لحظة المصادقة على اتفاق التسوية، بحيث يعتبر هذا الاتفاق بعد المصادقة عليه ملزما، وواجب النفاذ قانونا، وبمثابة حكم قطعي، لا يخضع لأي طريق من طرق الطعن[3].

أما بالنسبة للحالة الثانية التي لا يتوصل فيها الوسيط للتسوية الودية، فيندرج تحتها مجموعة من الأسباب التي يترتب على توفر أحدها انتهاء عملية الوساطة، ومن أمثلة هذه الأسباب ما ورد في المادة 11 من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي من تعداد الحالات التي تحول دون التوصل إلى تسوية سلمية للنزاع، وذلك على النحو التالي:

- إصدار الموفّق بعد التشاور مع الطرفين إعلاناً يبين أنه لا يوجد ما يسوغ القيام بمزيد من جهود التوفيق في تاريخ صدور الإعلان.
- إصدار الطرفين إعلاناً موجها للموفّق، يفيد بانتهاء إجراءات التوفيق في تاريخ صدور الإعلان.
- إصدار أحد الطرفين إعلاناً موجها إلى الطرف الآخر أو الأطراف الأخرى، وإلى الموفق في حالة تعيينه، يفيد بإنهاء إجراءات التوفيق في تاريخ صدور الإعلان.

ومن الأسباب التي تؤدي إلى انتهاء عملية الوساطة أيضا انقضاء المدة المحددة لتسوية النزاع، والتي حددها المشرع الجزائري لمدة ثلاثة أشهر قابلة للتجديد مرة واحدة، وبطلب من الوسيط وبموافقة الخصوم[4]، وفي ذات السياق

1 - فراس كريم شيعان وهند فائز أحمد، المرجع السابق، ص ص 265 -266.
2 - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 237.
3 - المرجع نفسه، ص 238.
4 - أنظر: المادة 996 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ألزمت المادة 7 من قانون الوساطة الأردني الوسيط بالانتهاء من أعمال الوساطة خلال مدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر من تاريخ إحالة النزاع إليها[1].

وعند انتهاء عملية الوساطة، يجب على الوسيط بغض النظر عن النتيجة التي آلت إليها الوساطة؛ أكانت إيجابية أم سلبية، أن يرسل فوراً إخطاراً مكتوباً إلى المركز يبلغه فيه بواقعة انتهاء الوساطة، والتاريخ الذي انتهت فيه، وأن يرسل نسخة من ذلك الإخطار معنونة باسم المركز إلى طرفي النزاع، وبتلقي المركز للإخطار يتعين عليه المحافظة على ما ورد به من معلومات، وأن لا يكشف لأي شخص عن وجود عملية الوساطة لديه، أو عن النتيجة التي آلت إليها، ما لم يكن مفوض بذلك من قبل طرفي النزاع[2].

كما يتعين عليه أن يعيد إلى طرفي النزاع المذكرات والمستندات المقدمة في عملية الوساطة، ولا يجوز له الاحتفاظ بصور عنها؛ تحت طائلة المساءلة القانونية، لكن يجوز للمركز أن يستخدم المعلومات المتعلقة بموضوع الوساطة في معلومات إحصائية، شريطة عدم الكشف عن هوية طرفي النزاع، وإذا انتهت الوساطة وأحيل النزاع للقضاء أو التحكيم، فلا يجوز للوسيط أن يقوم بدور القاضي أو المحكم في أية إجراءات تحكيمية، أو قضائية منظورة، أو مستقبلية ذات صلة بموضوع النزاع، ما لم يكن هناك نص يجيز ذلك، أو يتفق طرفا النزاع كتابة على تفويضه القيام بهذا الدور[3].

من خلال ما سبق نستنتج أن تقنية المعلومات والاتصالات الحديثة أدت إلى إمكانية إبرام التعاقد عبر شبكة الأنترنت، الأمر الذي اقتضى ضرورة حسم المنازعات الناشئة عنه بالطريقة نفسها؛ أي باستخدام هذه الشبكة، ومن ذلك أصبحت ممارسة الوساطة الإلكترونية أمراً ممكناً، باعتبارها أحد الوسائل البديلة في فض المنازعات، خاصة في ظل انتشار المواقع الإلكترونية لمراكز ومؤسسات الوساطة، والتي تعرض خدماتها على مواقعها بشبكة الأنترنت، مما أتاح حل منازعات العقود المبرمة إلكترونياً، دون حاجة إلى التواجد المادي لطرفي الوساطة والوسيط في مكان واحد، وفي ذلك فالوساطة الإلكترونية كالوساطة التقليدية، ولكنها تكتسب صفة الإلكترونية من الوسيلة التي تتم بها، وتتم الوساطة الإلكترونية بعدة مراحل؛ من تقديم طلب الوساطة، ودفع الرسوم اللازمة، وافتتاحها إلى غاية انتهائها، إما بالتوصل لحل النزاع، وإما بالتوصل إلى عدم تسوية النزاع، وهو ما يجيز لطرفا النزاع سلوك طريق آخر، بحثاً عن حل لنزاعهم، ولعل التحكيم الإلكتروني أحد هذه الطرق المؤدية إلى ذلك.

1 - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 239.
2 - فراس كريم شيعان وهند فائز أحمد، المرجع السابق، ص 267.
3 - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 240

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني: التحكيم الإلكتروني

يوفر التحكيم الإلكتروني لأطرافه العديد من المزايا، والتي تنبع بطبيعة الحال من طبيعة الوسط الذي تجرى فيه عملية التحكيم، غير أن عليه بعض المآخذ، ولكنه لا يختلف عن المفهوم المتعارف عليه للتحكيم؛ كإجراء خاص بحسم منازعات عقود التجارة الدولية، وإن تميز في الآلية التي يتم بها هذا الإجراء من بدايته حتى نهايته، إلا أنه لا يمكن التعويل عليه في تسوية المنازعات في كل الحالات، إذ قد تحمل بعض الاعتبارات الأطراف على اللجوء إلى المحاكم بدلا من التحكيم.

وبغرض الوقوف على ماهية التحكيم الإلكتروني، نتناول مفهوم التحكيم الإلكتروني في الفرع الأول، وطبيعته القانونية في الفرع الثاني، وأخيراً لإجراءاته في الفرع الثالث.

البند الأول: مفهوم التحكيم الإلكتروني

لتحديد مفهوم التحكيم الإلكتروني نتطرق إلى تعريفه وبيان خصائصه في البند الأول، وشرح صوره في البند الثاني، ثم بيان مبادئه في البند الثالث.

أولا: تعريف التحكيم الالكتروني وخصائصه

نتناول في هذا العنصر تعريف التحكيم الإلكتروني، وكذا الخصائص التي يتميز بها، وذلك على النحو الآتي:

أ- تعريف التحكيم الإلكتروني

يعرف التحكيم الإلكتروني من عدة زوايا الفقه والقضاء والقانون، وهوما نورده فيما يلي:

1- التعريف الفقهي للتحكيم الإلكتروني

يعرف التحكيم بأنه: " نظام خاص لتسوية المنازعات، يتم من خلال اتفاق المتنازعين على طرح النزاع على شخص معين أو عدة أشخاص لتسويته بعيدا عن القضاء العادي"[1].

1 - مصطفى ناطق صالح مطلوب، "التحكيم التجاري الإلكتروني"، **مجلة الرافدين للحقوق**، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، المجلد: 11، العدد: 39، 2009، ص 145.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعرفه البعض بأنه: " النظر في نزاع بمعرفة شخص أو هيئة، يلجأ إليها المتنازعون مع التزامهم بتنفيذ القرار الذي يصدر في النزاع"[1].

ويعرفه الأستاذ "**Jean Robert**" على أنه: " إنشاء قضاء خاص بواسطته يتم سحب المنازعات من القضاء العام، بغرض حسمها بواسطة أشخاص يتمتعون بسلطة القضاة في حالة قضية معينة"[2].

وفي تعريف رابع أنه: " تلاقي إرادة الطرفين المتعاقدين على استبعاد القضاء للفصل في المنازعات التي تنشأ بينهما في المستقبل، على أن يتم الاتفاق مع محكم أو محكمين لتبني الفصل في هذه المنازعات طبقا لقواعد هذا الاتفاق، او ترك مسألة التحكيم لتتولاها هيئة أو مركز دائم من مراكز التحكيم"[3].

أما التحكيم الإلكتروني؛ فيُعّرف على أنه: " عبارة عن نظام قضائي من نوع خاص، ينشأ من الاتفاق بين الأطراف من خلال الوسائل الإلكترونية، على إحالة النزاع وبشكل اختياري لفض النزاع القائم بينهم والمتعلق في الغالب بالتجارة الإلكترونية إلى التحكيم، ويصدر الحكم باستخدام وسائل الاتصال الحديثة"[4].

ويجمع مصطلح التحكيم الإلكتروني بين لفظي: التحكيم والإلكتروني؛ فالتحكيم هو التحكيم بمعناه التقليدي، أما المصطلح الثاني فهو الإلكتروني، والذي يعني الاعتماد على تقنية استخدام الوسائط الإلكترونية، ومنها شبكة الأنترنت في فض الخصومة[5].

يتبين أن التحكيم الإلكتروني ما هو إلا تحكيم تقليدي، إلا أنه يعتمد على وسائل الاتصال الإلكترونية في جميع مراحله[6]، بدءً من إبرام اتفاق التحكيم، مروراً بإجراءات خصومة التحكيم، وحتى صدور الحكم التحكيمي،

---

1 - هشام بشير وابراهيم عبد ربه ابراهيم، **التحكيم الإلكتروني**، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2012، ص 20.

2 - محمد شعبان إمام سيد، **التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية**، الطبعة الأولى، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014، ص 21.

3 - شحاتة غريب شلقامي، **إشكالات اتفاق التحكيم – دراسة مقارنة**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015، ص ص 15 - 16.

4 - فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص 197.

5 - تومي هجيرة، "التحكيم الإلكتروني كتجربة لتطوير آليات التحكيم"، **مجلة صوت القانون**، مخبر نظام الحالة المدنية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، العدد: السابع، الجزء الثاني، 2017، ص 82.

6 - انقسم الفقه حول مسألة تمام التحكيم الإلكتروني بأكمله، أو أي مرحلة من مراحله عبر شبكة الأنترنت لاعتباره إلكترونياً:

- **الاتجاه الأول:** التحكيم يعد إلكترونياً؛ سواء تم بأكمله غير وسائل إلكترونية أو اقتصر استعمال هذه الأخير على بعض مراحله فقط، وأيا كانت المرحلة التي تستخدم فيها الوسيلة الإلكترونية، إذ يمكن يقتصر استخدام الوسيلة الإلكترونية على مرحلة ابرام اتفاق التحكيم، أو مرحلة خصومة التحكيم، في حين تتم المراحل الأخرى بالطرق التقليدية؛ كأن تعقد بعض جلسات التحكيم بحضور الطرفين، ووجودهما وجوداً مادياً. أنظر: هشام بشير وإبراهيم عبد ربه إبراهيم، المرجع السابق، ص 29.

-**الاتجاه الثاني:** التحكيم لا يكون إلكترونياً إلا إذا تم بأكمله عبر الوسيلة الإلكترونية، فينبغي أن يبدأ التحكيم باتفاق تحكيم إلكتروني، ويمر بإجراءات تحكيم تتم باستعمال وسائل الاتصال الإلكترونية، وينتهي بإصدار حكم إلكتروني. أنظر: عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق، ص ص 28 -29. =

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهو بذلك تحكيم يتم بوسيلة إلكترونية، فلا وجود للورق والكتابة أو الحضور المادي لأطراف النزاع في مكان محدد، حتى أن الأحكام يحصل عليها الأطراف موقعة وجاهزة بطريقة إلكترونية[1].

وهو ما دفع البعض إلى القول بأن التحكيم الإلكتروني لا يختلف في المفهوم عن التحكيم التقليدي كإجراء خاص بحسم المنازعات التجارية الدولية، وإن تميز في الآلية التي يتم بها هذا الإجراء من بدايته إلى نهايته باستخدام شبكة الأنترنت[2].

2- التعريف القضائي للتحكيم الإلكتروني

عرفت المحكمة الدستورية العليا المصرية التحكيم بأنه: " عرض لنزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما، على ضوء شروط يحددنها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة المماألأة، مجرداً من التحامل، وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها، التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية"[3]. وعرفته المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه: " اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"[4].

وذهب القضاء السوري في بعض أحكامه إلى تعريف التحكيم بأنه:" ولاية استثنائية شرعها قانون أصول المحاكمات المدنية لحل الخلافات، وهي ترفع يد القضاء عن النظر فيها"[5].

يتضح أن هناك جانبين في تحديد مفهوم التحكيم؛ جانب عضوي وجانب وظيفي، الأول يشير إلى أن التحكيم نظام قانوني يؤدي مهمة محددة، وهي تسوية منازعة، أو البحث في مسألة مختلف عليها، وهذا النظام لا يتولى إنشاءه وإرساء قواعده فقط، بل يقوم على أساسين، الأول إرادة الأطراف واتفاقهم، والثاني اعتراف القانون بتلك الإرادة أو ذلك الاتفاق، ومساعدتها على الوصول إلى غايتها، بينما يشير الجانب الوظيفي إلى أن التحكيم أداة لتسوية

= **-الاتجاه الثالث:** التحكيم الإلكتروني هو تحكيم لابد أم يتم بأكمله عبر شبكة الاتصالات الإلكترونية، وسنده في الترجيح هو القول بنقيض ذلك يجعل من أي تحكيم إلكترونياً، إذ لا يخلو أي تحكيم من استعمال وسائل الاتصال الحديثة، في أي مرحلة من مراحله، كأن يتم تبليغ الطرف الآخر عبر البريد الإلكتروني أو إرسال بعض المستندات عبر الفاكس، فمثل هذه التقنيات أضحت لا غنى عنها، ولا يمكن القول أن استعمالها في أي مرحلة من مراحل التحكيم يجعل منه تحكيما إلكترونيا. أنظر: صفاء جمعة فتوح جمعة، المرجع السابق، ص ص 286 -287.

1 - عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق، ص 26.

2 - المرجع نفسه، ص 26.

3 - خالد ممدوح ابراهيم، **التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 14.

4 - محمد شعبان إمام سيد، المرجع السابق، ص 31.

5 - المرجع نفسه، ص 37.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

النزاع، حيث لا تنشأ فكرة لجوء أطرف أية علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية، مدنية أم تجارية إلى التحكيم، إلا بقصد تسوية نقاط خلاف حول جوانب تلك العلاقة[1].

3-التعريف التشريعي للتحكيم الإلكتروني

اهتمت التشريعات الدولية بالتحكيم الإلكتروني، وأشارت إليه في العديد من النصوص والتوصيات:

عرفته المادة الثانية من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي[2]، المُعتمد من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على أنه: " التحكيم يعني أي تحكيم؛ سواء تولته مؤسسة تحكيم دائمة أم لا".

كما عرف المشرع المصري اتفاق التحكيم؛ حيث جاء في المادة 10 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 على أنه: " اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء للتحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية"[3].

أما المشرع الجزائري فقد تبنى هو الآخر نظام التحكيم التجاري الدولي، وذلك من خلال قانون الإجراءات المدنية[4]، حيث نصت المادة 458 مكرر على أنه: " يعتبر دولياً بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية، والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الجزائر".

يتضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري سمح للأشخاص اللجوء للتحكيم لفض منازعاتهم التجارية الدولية، وقد اعتمد في تحديد دولية التحكيم على معيارين[5]، الأول هو المعيار الاقتصادي، والذي مفاده تعلق التحكيم بمصالح التجارة الدولية، أما المعيار الثاني فهو المعيار القانوني، والقائم على تعدد الجنسيات أو أماكن الإقامة، وبذلك فقد تبنى المشرع الجزائري معياراً مزدوجاً في تحديد دولية التحكيم[6].

---

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

2 - القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي وهو قانون يهدف إلى مساعدة الدول على اصلاح وتحديث قوانينها المتعلقة بإجراءات التحكيم، وقد اعتمدته الأونسيترال في 21 جوان 1985، مع التعديلات اعتمدت في 7 جويلية سنة 2006، منشورات الأمم المتحدة، فيينا، 2008، الموقع الإلكتروني: www.unicitral.org

3 - فادي عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص 197.

4 -المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 3 ذي القعدة 1413 الموافق 25 أفريل 1993، المعدل و المتمم للأمر 154/66 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية: العدد 27، بتاريخ 5 ذي القعدة 1413 الموافق 27 أفريل 1993).

5 - للتفصيل أنظر:

- طالب حسن موسى، **قانون التجارة الدولية**، الطبعة السابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص ص 286 -288.

- ناصر عثمان محمد عثمان، "معايير دولية التحكيم الالكتروني"، **المؤتمر السنوي السادس عشر – التحكيم التجاري الدولي" أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية**، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة -أبو ظبي، المنعقد في الفترة من 28 -30 أفريل 2008، المجلد الأول، ص 52.

6 - عليوش قربوع كمال، **التحكيم التجاري الدولي في الجزائر**، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص ص 32 - 33.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبعد تعديل قانون الإجراءات المدنية بالقانون رقم 09/08، نص المشرع في المادة 1039 على ما يلي: " يعد التحكيم دولياً بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

وما يلاحظ على هذه المادة أن المشرع استعمل عبارة المصالح الاقتصادية بدل عبارة مصالح التجارة المذكورة في المادة السالفة الذكر، وهو بذلك يضفي صفة الدولية على كل تحكيم يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية، ومما يمكن الوقوف عليه هنا هو أن المشرع الجزائري غلّب المعيار الاقتصادي على المعيار القانوني، وفي كل هذا لم يحدد ولم يعطي أي تعريف للتحكيم، بل حدد فقط معيار دولية التحكيم.

أما بالنسبة للتحكيم الإلكتروني فإن المشرع الجزائري لم يشر إليه صراحة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، إلا أنه يمكن استخلاص ذلك ضمنياً من خلال نص المادة 1040 منه، والتي جاء فيها: " ... يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة أن تبرم اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة"، وما يفهم من هذا أن المشرع الجزائري قد أشار ضمناً للتحكيم الإلكتروني، ويستفاد ذلك من عبارة أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة اتصال أخرى، فهي عبارة تتسع لتشمل جميع وسائل الاتصال الحديثة بما فيها شبكة الأنترنت.

من خلال ما سبق نستنتج أن التحكيم تقليدياً أو إلكترونياً يقوم على فكرة أساسية وجوهرية، مفادها مبدأ سلطان الإرادة، والذي بموجبه يكون بإمكان الأطراف اختيار قضائهم، وذلك بعرض منازعاتهم على شخص ثالث أو عدة أشخاص للفصل فيه، مما يعني أن إرادة الخصوم هي التي تنشئ التحكيم، ومن دون الإرادة فلا وجود للتحكيم، إذ العبرة فيه أن تكشف إرادة الخصوم عن رغبتهم في سلب الاختصاص من الجهات القضائية وحسم النزاع عن طريقه، وأهم ما يميز التحكيم الإلكتروني أنه يتم باستخدام الوسائل الإلكترونية بما يتماشى مع طبيعة العقود الإلكترونية ومنازعاتها.

ب- خصائص التحكيم الإلكتروني

يعد التحكيم الإلكتروني من وسائل فض المنازعات الناتجة عن إبرام عقود التجارة الإلكترونية، وتحاول هذه الوسيلة تلافي العيوب التي يتميز بها نظام القضاء، حتى تكتسب مكانة، فَيُقبل عليها الأطراف بإراتهم الحرة، وفي ذلك يوفر التحكيم الإلكتروني لأطرافه العديد من المزايا تنبع بصفة أساسية من الوسط الذي تجرى فيه عملية التحكيم، وإن كان له بعض المآخذ.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

1- مزايا التحكيم الإلكتروني

يتمتع التحكيم الإلكتروني باعتباره وسيلة من وسائل فض المنازعات عبر الأنترنت بالعديد من المزايا المرتبطة في مجملها بالتجارة الإلكترونية عامة، والعقود الإلكترونية خاصة، وتكمن هذه المزايا فيما يلي:

- **السريـــة:** تعد السرية من أبرز سمات التحكيم التجاري الدولي عموماً؛ سواء اتخذ الشكل التقليدي أو الشكل الإلكتروني[1]، وهذا بعكس الحال في جلسات المحاكم، فهذه الأخيرة يجب أن تكون علانية[2]، ذلك أن مبدأ العلانية يعد من ضمانات تحقيق العدالة[3]، إلا أنه قد ينقلب وبالاً على التجارة، إذا كان من شأنه إذاعة أسرار صناعية، أو معارف فنية، أو اتفاقات خاصة يحرصون على بقائها سراً[4]، بل إن البعض يفضل خسارة دعواه على كشف أسراره التجارية، التي تمثل في نظرهم ذات قيمة مالية أعلى من قيمة موضوع الحق المتنازع عليه[5].

وفي مجال التجارة الإلكترونية تعد السرية جوهر عملية التحكيم بالرغم من مخاطر المتطفلين المخربين، حيث تسعى مراكز التحكيم دائماً إلى توفير وسيط إلكتروني آمن، حتى تُمنح الثقة والسرية للعملية التحكيمية[6]، وتحافظ على دقة الوثائق والتسجيلات المقدمة من المحتكمين المحفوظة إلكترونياً، بحيث تقتصر العملية التحكيمية على المحتكمين والهيئة فقط دون أي تدخل آخر[7].

- **السرعة في فض المنازعات:** إن أهم ميزة للتحكيم الإلكتروني هي السرعة بالفصل في النزاع، وهذه الميزة تفوق كثيراً ما يجري به تداول هذه المنازعات في أروقة المحاكم الوطنية من بطء وتكدس للقضايا خاصة مع ازدياد انتشار عقود التجارة الإلكترونية[8]، حتى أن هذا التحكيم يفوق كثيراً سرعة الفصل في المنازعات المعروضة عليه، مقارنة باللجوء للتحكيم التجاري العادي الذي يحتاج مدة أطول بكثير مما يتطلبه هذا التحكيم[9].

---

1 - حمودي محمد ناصر، **العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت**، المرجع السابق، ص 536.

2 - هشام بشير وابراهيم عبد ربه ابراهيم، المرجع السابق، ص 44.

3 - محمد ابراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 58.

4 - حسن علي كاظم، "الوسائل البديلة لحل النزاع وأثرها على التجارة الدولية"، **مجلة رسالة الحقوق**، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، العدد الخاص بالمؤتمر العاشر، 2013، ص 100.

5 - حمودي محمد ناصر، **العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت**، المرجع السابق، ص 536.

6 - شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص ص 433 -434.

7 - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 251.

8 - أميرة حسن الرافعي، المرجع السابق، ص 448.

9 - خالد ممدوح ابراهيم، **التحكيم الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 250.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والسبب في توفير الوقت يرجع إلى أنه لا يلزم في التحكيم الإلكتروني انتقال أطراف النزاع أو الحضور المادي لهم وللخبراء و الشهود أمام المحكمين، بل يمكن سماع المتخاصمين عبر وسائط الاتصال الإلكترونية[1].

كما أن التحكيم الإلكتروني يمكن من تبادل المستندات والأدلة فيما بين أطراف خصومة التحكيم في ذات الوقت عبر البريد الإلكتروني أو أية وسيلة إلكترونية أخرى، وهذا على خلاف الأمر بالنسبة للتحكيم التقليدي الذي يتطلب حضور الأطراف أنفسهم أو وكلاء يمثلونهم[2].

- **قلة مصاريف ونفقات التقاضي:** يؤدي استخدام التقنيات الحديثة في إجراءات التحكيم الإلكتروني إلى التقليل من نفقات التحكيم[3]، وذلك يتناسب مع حجم العقود الإلكترونية المبرمة التي لا تكون في الغالب الأعم كبيرة بل متواضعة، وتستخدم أحياناً نظم الوسائط المتعددة، التي تتيح استخدام الوسائل السمعية البصرية في عقد جلسات التحكيم على الخط المباشر للأطراف والخبراء، وهذا يقلل من نفقات السفر والانتقال[4].

- **كفاءة وخبرة المحكمين:** قد يكون القاضي بارعاً في مجال اختصاصه، ولكنه في أغلب الأحيان يكون قليل الخبرة في شؤون التجارة الدولية، الأمر الذي قد يتعذر معه الفصل في المنازعات المتعلقة بها إلا بعد الاستعانة بخبير فني يعينه في كشف ما كان غامضاً عليه من جوانب النزاع، ما يؤدي إلى إضاعة الوقت وتحمل نفقات إضافية[5]، لذلك يكون من الأجدر اللجوء إلى الخبير مباشرة واختيار محكم، حيث يتيح نظام التحكيم للأطراف اختيار من يشاؤون من خبراء مختصين ليفصلوا في النزاع بأسرع وقت[6].

- **التخلص من مشكلتي تنازع القوانين والاختصاص القضائي:** عند غياب الاتفاقية الدولية التي تعين القانون الواجب التطبيق على المنازعات الدولية فإن الوسيلة الأفضل لفض المنازعات تكون بالتحكيم، لقيامه على الإرادة الحرة للمتنازعين في اختيار القواعد القانونية الملائمة لفض النزاع[7].

---

1 - أسعد فاضل منديل، "النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني"، **مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية**، جامعة القادسية، العراق، لمجلد: الرابع، العدد: الثاني، 2011، ص 186.

2 - عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق، ص 37.

3 - أسعد فاضل منديل، المرجع السابق، ص 186.

4 - أميرة حسن الرافعي، المرجع السابق، ص 449.

5 - لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، المرجع السابق، ص 38.

6 - حسن علي كاظم، المرجع السابق، ص 100.

7 - محمد ابراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 59.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وتتجلى أهمية هذه الميزة في مجال عقود التجارة الدولية المبرمة عبر شبكة الأنترنت بشكل واضح، نظراً للعالم الافتراضي غير الملموس الذي لا يعترف بالحدود الجغرافية، وما سبَّبهُ ذلك من تنازع القوانين على حكم النزاع المطروح، ولا شك في أن ترك اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع للإرادة الحرة لطرفي النزاع، أمر يساهم في تنمية وتطوير التجارة الإلكترونية الدولية[1].

-**الحياد والعدالة:** تميز التحكيم بعدم خضوعه لأي جهة رسمية ولأي قانون غير القانون الذي اختاره أطراف النزاع[2]، وهو ما يساعد المحكم في الوصول إلى حل عادل وحاسم للنزاع بالطريقة التي يختارها، مادام أنه غير مقيد بنظام قانوني شكلي محدد[3]، وهذا بعكس القضاء؛ إذ يلتزم فيه القضاة بمراعاة نصوص القانون، لأن أحكامهم المخالفة للقانون تكون بعيدة، وواجبة النقض، حتى وإن كانت تناسب ظروف الدعوى مصلحة الخصوم[4].

2- عيوب التحكيم الإلكتروني

بالرغم من المزايا التي وفرتها شبكة الأنترنت للتحكيم الإلكتروني، إلا أن هذا الأخير اعترته العديد من العيوب، نتناولها فيما يلي:

- **عدم مواكبة النظم القانونية الحالية للتطور السريع الحاصل في مجال التجارة الإلكترونية:** الملاحظ أن غالبية النظم القانونية لا تشرع هذه المعاملات والتجارة الالكترونية في قوانينها، إضافة إلى جمود القواعد القانونية الموجودة في كثير من دول العالم المتعلقة بإجراءات التحكيم بوسائل إلكترونية[5]، مما أثار التساؤل حول مدى صحة إجراءات التسوية بالوسائل الإلكترونية، فمدى الاعتراف بالحكم التحكيمي من المسائل الهامة التي تتعلق بتحديد مكان التحكيم، والذي يترتب عليه آثار كثيرة ومهمة[6]، ولا شك أن هذا المسائل تتطلب تدخلاً تشريعياً من جانب الدولة، إضافة إلى الاتفاقيات الدولية، التي لابد وأن تقر الاعتراف بالتحكيم الإلكتروني، كأحد أهم الوسائل التي فرضها التقدم التكنولوجي في وسائل الاتصالات وتقنية المعلومات[7].

1 - عبد الباسط جاسم محمد، **تنازع الاختصاص القضائي الدولي في المعاملات التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 411.
2 - حسن علي كاظم، المرجع السابق، ص 101.
3 - عبد الباسط جاسم محمد، **تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية**، المرجع السابق، ص ص 409 -410.
4 - حسن علي كاظم، المرجع السابق، ص 101.
5 - عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق، ص ص 41 - 42.
6 - خالد ممدوح ابراهيم، **التحكيم الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 255.
7 - عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق، ص 42.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

– **عدم تطبيق المحكم للقواعد الآمرة:** قد لا يلجأ الأطراف وخاصة الطرف الضعيف في العقد إلى التحكيم بصفة عامة، والتحكيم الإلكتروني بصفة خاصة، وذلك بسبب الخشية من عدم تطبيق القواعد الآمرة والحمائية المنصوص عليها في القانون الوطني له، لا سيما إن كان هذا الطرف مستهلكاً، مما يترتب عليه بطلان حكم التحكيم، وعدم إمكانية تطبيقه وتنفيذه على أرض الواقع[1].

وكذلك عند اختيار القانون الواجب التطبيق غير قانون المستهلك الوطني ليحكم النزاع، فإن المحكم لن يطبق هذه القواعد الحمائية المنصوص عليها في قانون المستهلك الوطني، لأنه لا يطبق إلا القانون المختار[2]، وذلك لأنه ليس قاضياً، فلا يلتزم بتطبيق القواعد الآمرة، حتى في الدولة التي يوجد فيها مقر محكمة التحكيم، ولذا عارض كثيرون اللجوء للتحكيم[3]، لأن حماية الطرف الضعيف تكون دائماً من خلال القواعد الآمرة التي يضعها مشرعو الدولة لحماية طائفة خاصة أو مصالح جماعية، فلا يهتم المحكم إلا بحل النزاع دون النظر إلى مصالح السياسة التشريعية العليا للدولة[4].

– **خطر إنكار العدالة:** وأساس هذا الخطر هو الخشية والخوف من أن يؤدي اتفاق الأطراف على خضوع جميع المنازعات التي تحدث بينهم إلى التحكيم إلى إنكار العدالة[5]، وذلك خاصة وأنه يتم حرمان الشخص أو الطرف الآخر من الاتفاق في اللجوء إلى القضاء الوطني دون ضمان أن يتم حل النزاع من خلال الطرق غير القضائية[6]

– **الإخلال بحقوق الدفاع:** يقوم هذا الخطر على سند أن التقاضي أو التحكيم الإلكتروني 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، كما تلغي حقه في الاستفادة من المشاعر الإنسانية، التي يطبعها التسامح والظروف المخففة[7].

– **عدم قبول المستخدم لشرط التحكيم قبولاً واضحاً:** يمس هذا الخطر المستهلك، حيث يخشى من أن يكون قبول المستهلك لشرط التحكيم ناتجاً عن عدم خبرة وجهل بحقوقه، لاسيما إذا كان اختيار هذا الشرط قبل حدوث النزاع، لأنه يؤدي

1 – عصام عبد الفتاح مطر، **التحكيم الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 60.
2 – أميرة حسن الرافعي، المرجع السابق، ص 452.
3 – هشام بشير وابراهيم عبد ربه ابراهيم ، المرجع السابق، ص 53.
4 – للتفصيل أكثر أنظر: أميرة حسن الرافعي، المرجع السابق، ص 452.
5 – شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 439.
6 – عصام عبد الفتاح مطر، **التحكيم الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 61.
7 – عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق، ص 44.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إلى حرمان المستهلك من اللجوء إلى القاضي الوطني قبل نشأة النزاع[1]، ويرجع ذلك إلى أن المستهلك لا يمكنه التفاوض على هذه الشروط، حيث يقوم المورد بعرض شروطه على موقع الويب، ويمكن لكل من يرغب الوصول إليها[2].

فضلاً عن أن سرعة وتعدد العقود التي تبرم في هذا المجال، لا تعطي الفرصة لحدوث تفاوض حول هذه الشروط، كما أنه لا يمكن تعديل الشروط العامة الموجودة بشكل إلكتروني لحظة إبرام العقد، علاوة على أنه من الصعوبة بما كان البحث عن بديل آخر بسبب انتشار العقود النموذجية بشكل واسع على الأنترنت[3].

- **الخشية من عدم المساواة الحقيقية بين الأطراف والنزاهة النسبية للمحكمين:** يعود ذلك إلى وجود علاقات مالية تجمع بين المهنيين ومؤسسات التحكيم، تجعل المحكمين يميلون لصالح المهنيين مراعاة لحجم الأعمال، التي يخضعها هؤلاء المهنيون لمراكز التحكيم، أما العملاء فيكون أول تعامل لهم أمام مركز التحكيم وقد يكون الأخير، فلا توجد علاقة سابقة مع مركز التحكيم[4].

ثانيا: صور التحكيم الإلكتروني

تختلف أنواع التحكيم باختلاف الزاوية التي ينظر إليها منها، فيمكن تقسيمه من حيث هيئة التحكيم إلى تحكيم فردي[5]، وتحكيم مؤسسي (منظم)[6]، ومن حيث الإرادة إلى تحكيم اختياري[7]، وتحكيم إجباري[8]، ومن حيث التقيد

1 - شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 438.

2 - أميرة حسن الرافعي، المرجع السابق، ص 454.

3 - عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق، ص ص 42 -43.

4 - شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 438.

5 - التحكيم الفردي (الحر) هو ذلك التحكيم الذي يختار فيه الخصوم المحكم أو المحكمين، وتحديد الاجراءات والقواعد التي تطبق بشأنه، قد تحيل الأطراف من أجل تحديد هذا النظام إلى قواعد تحكيم وضعت أصلاً لهذا الغرض، وهو الأكثر تلبية لمتطلبات سرية عملية التحكيم، كما أنه يعد ملائماً لفض النزاعات، التي تكون الدولة أحد أطرافها، وغالباً ما يكون أقل تكلفة وأكثر مرونة وسرعة. أنظر: عماد الدين المحمد، "طبيعة وأنماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الأنترنت"، **المؤتمر السنوي السادس عشر – التحكيم التجاري الدولي" أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية**، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة -أبو ظبي، المنعقد في الفترة من 28 -30 أفريل 2008، المجلد الثالث، ص 1029.

6 - التحكيم المؤسسي هو ذلك التحكيم الذي تتولاه هيئات ومؤسسات وطنية، أو دولية دائمة مختصة بالتحكيم، استناداً إلى قواعد واجراءات معينة تحددها الاتفاقيات الدولية، أو القرارات المنشئة لهذه الهيئات، وأهم ما يميزه تكلفته العالية مقارنة بالتحكيم الحر، وكذلك تطبيق القواعد والاجراءات المحددة في نظام المركز نفسه دون اختيار القانون الأقرب للأطراف مثلاً، أو لموضوع النزاع. أنظر: لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، المرجع السابق، ص ص 31 -32.

7 - التحكيم الاختياري هو الذي يتم بناء على اتفاق بين طرفي النزاع وبمحض إرادتهما الحرة، فلهما اللجوء باختيارهما إلى التحكيم لفض النزاع القائم بينهما واختيار المحكمين والإجراءات والقواعد التي تطبق على التحكيم. أنظر: سيف الدين إلياس حمدتو، "التحكيم الإلكتروني"، **مجلة العلوم القانونية والادارية**، المركز الجامعي بالوادي ، العدد: 3، جوان 2011، ص 66.

8 - التحكيم الاجباري هو الذي يكون مفروضا على الخصوم بنص قانون، وهو لا يعد بهذه المثابة تحكيما بالمعنى الفني الدقيق، وفي ذلك يذهب البعض إلى تصنيف التحكيم الاجباري إلى نوعين، إذ قد يكتفي المشرع بفرض التحكيم ويترك للخصوم جرية اختيار المحكم وتعيين إجراءات التحكيم، وقد يعمد لوضع=

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بالإجراءات القضائية يقسم إلى تحكيم بالقضاء[1]، وتحكيم بالصلح[2]، ومن حيث النطاق: تحكيم وطني[3] وتحكيم دولي[4].

وفي مجال التجارة الدولية تقليدية كانت أو إلكترونية الأصل أنه تحكيم يقوم على تراضي طرفا النزاع في جميع هذه الأنواع على اختلافها، إما أن يكون في صورة شرط تحكيم، وإما أن يكون في صورة مشارطة تحكيم، وفيما يلي بيان ذلك.

أ- شرط التحكيم

هو الاتفاق على التحكيم، ويرد في العقد بإحالة المنازعات المستقبلية حول ذلك العقد إلى التحكيم[5]، إذ بمقتضى هذا الشرط يتفق أطراف العلاقة الأصلية قبل نشوب النزاع على حسم ما قد يدور بينهم من منازعات بواسطة التحكيم[6]، وفي هذه الصورة لا ينتظر أطراف العلاقة القانونية نشوب النزاع بينهما لتحديد الوسيلة التي يعتمدانها لحله، بل يتخذان القرار بشكل مسبق، فيتفقان على إخضاع النزاع الذي قد ينشأ بينهما مستقبلاً بسبب تلك العلاقة إلى التحكيم[7].

= تنظيم إلزامي مفصل لإجراءات التحكيم، بحيث لا يكون لإرادة الخصوم أي دور للتحكيم، ويترتب على هذا التمييز أن النوع الأول يعد تحكيما بالمعنى الفني للكلمة، أما الثاني فلا يعد كذلك. أنظر: عماد الدين المحمد، المرجع السابق، ص 1031، وأيضاً: مولاي حفيظ علوي قاديري، **طرق فض المنازعات في التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 141.

1 - التحكيم بالقانون هو الذي يلتزم فيه المحكم بالتطبيق الحرفي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق، ويقصد بهذا القانون بالمعنى الواسع الذي يشمل جميع القواعد القانونية سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة مثل: المبادئ القانونية العامة والعرف. أنظر كل من: محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 40، وكذا: خالد ممدوح ابراهيم، **التحكيم الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 32.

2 - التحكيم بالصلح هو الذي يعفي المحكم فيه من التقيد بأحكام القانون، ويفصل في النزاع وقتا لما يراه محققا للعدالة، وصولا إلى حكم يحفظ التوازن بين مصالح المحتكمين حتى ولو كان هذا الحكم مخالف لأحكام القانون الذي يحكم وقائع النزاع، الذي يلتزم القاضي بتطبيقه فيما لو عرض النزاع عليه، إلا أنه مقيد في ذلك بالالتزام بالمبادئ الأساسية في التقاضي وأهمها احترام حقوق الدفاع ليتمتع حكمه بقوة إلزامية في مواجهة المحتكمين. أنظر: لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، المرجع السابق، ص ص 30 -31.

3 - **التحكيم الوطني**: ويتعلق بعلاقة وطنية بحتة من حيث الأطراف وموضوع العلاقة ومكان التحكيم، مما لا يثير أي مشكلة من حيث تكييفه أو تحديد القانون الذي يسري عليه. أنظر: محمود مختار أحمد بريري، **التحكيم التجاري الدولي**، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص 23.

4 - **التحكيم الدولي**: ثمة تعريفان للتحكيم الدولي، أولهما يعطي معنى ضيقا للتحكيم الدولي بأنه التحكيم الذي تكون الأطراف فيه من جنسيات مختلفة، أما التعريف الواسع فيذهب إلى أن التحكيم الدولي هو التحكيم الذي يكون له صلة بالتجارة الدولية. أنظر: عماد الدين المحمد، المرجع السابق، ص 1033.

5 - لزهر بن سعيد، **النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 249.

6 - هشام بشير وابراهيم عبد ربه ابراهيم، المرجع السابق، ص 58.

7 - آلاء يعقوب النعيمي، "الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني"، **المؤتمر السنوي السادس عشر – التحكيم التجاري الدولي" أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية**، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة -أبو ظبي، المنعقد في الفترة من 28 -30 أفريل 2008، المجلد الثالث، ص 991.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي إطار عقود التجارة الإلكترونية، غالباً ما يتم الاتفاق على التحكيم، فيتم إدراجه كشرط من الشروط العامة الواردة في عقود التجارة الإلكترونية، وتتم الموافقة عليها عن طريق الوسائل الإلكترونية المتمثلة في شبكة الأنترنت، فيتفق الأطراف على إخضاع النزاع الذي ينشأ بينهما بسبب تلك العلاقة إلى التحكيم[1].

ولشرط التحكيم صورتين:

- الصورة الأولى: أن يدرج في صلب العقد الأصلي، ويكون شرطاً ضمن باقي شروط أو بنود العقد، وهنا قد يكون مادة إذا صيغ العقد في صورة مواد، وقد يكون بنداً إذا صيغ العقد في صورة بنود، وعادة ما يرد هذا الشرط أو البند في مؤخرة المحرر أو الورقة المدون بها أحكام العقد[2].

- الصورة الثانية: أن يتفق عليه الأطراف لاحقاً على العقد الأصلي، فيأتي اتفاق التحكيم مستقلاً عن العقد[3]، فالمعيار في هذه الصور من صور اتفاق التحكيم، هي أن يتم الاتفاق على التحكيم قبل قيام النزاع، وفيما عدا ذلك يستوي أن يأتي اتفاق التحكيم كبند في العقد نفسه، أو يأتي مستقلاً عنه[4].

وقد أشار قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لاتفاق التحكيم، وذلك في المادة 7 الفقرة الأولى منه حيث نصت على أنه: " اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على أن يُحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل".

كما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث نص على أنه: " شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006[5]، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم"، وبمقتضى هذه المادة يتبين أن المشرع الجزائري قد عرف هو الآخر شرط التحكيم بأنه اتفاق بين طرفي العقد على عرض منازعاتهم المستقبلية على التحكيم، ويكون ذلك في العقد ذاته وفي عقد مستقل عن العقد الأصلي.

---

1 - شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 473.

2 - لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، المرجع السابق، ص 53.

3 - عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 179.

4 - آلاء يعقوب النعيمي، "الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني"، المرجع السابق، ص 992.

5 - تنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.
ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم. ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ب- مشارطة التحكيم

تكون بين الأطراف المحتكمين والذين نشأ بالفعل نزاعاً بينهم لحظة إبرام اتفاق التحكيم بالفصل فيه بواسطة هيئة تحكيم، تتشكل من أشخاص عاديين، أو هيئات غير قضائية دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه، والفصل في موضوعه[1]، وتعرف أيضاً على أنها الاتفاق الذي يبرمه طرفا العقد الأصلي، بعد وقوع النزاع الخاص بذلك العقد، ويحال بموجبه نزاعهما إلى التحكيم[2].

يتضح من ذلك أنه بموجب مشارطة التحكيم يمكن للأطراف الانتظار، فإذا ما شجر نزاع بينهم، قاموا بإبرام اتفاق على إحالته على التحكيم، وبالتالي فمشارطة التحكيم هي اتفاق لاحق لقيام النزاع[3].

ولما كانت مشارطة التحكيم تأتي بعد نشوء النزاع، ولهذا فإنها تتضمن تحديد الموضوعات التي تطرح على التحكيم بدقة[4]، ويظهر هنا الفرق بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم، في أن الأول يتعلق بنزاع مستقبلي غير محدد، في حين تتعلق مشارطة التحكيم بنزاع أكيد ووقع فعلا[5]، ويفترض في الحالة الأخيرة أن يتضمن الاتفاق ماهية النزاع الذي سيعرض على هيئة التحكيم، ومن الناحية العملية تبدأ مشارطة التحكيم بحثيات تتعلق بالنزاع وطبيعته، ومن ثم الإشارة إلى اتفاق الطرفين على إحالته للتحكيم مع بيان أسماء المحكمين[6].

وتبرز أهمية التفرقة ما بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم بشكل خاص في أن بعض القوانين الوطنية تتطلب في مشارطة التحكيم تحديد طبيعة النزاع الذي وقع فعلا تحت طائلة بطلان الاتفاق، بخلاف شرط التحكيم مادام أنه يتعلق بنزاع مستقبلي[7].

ثالثا: مبادئ التحكيم الإلكتروني

لا يتطلب التحكيم الإلكتروني انتقال أطراف النزاع لحضور جلسات التحكيم التي تعهدها هيئة التحكيم، الأمر الذي يمكنهم من المشاركة في إجراءات التحكيم عن بعد، وكل في بلده، نظراً لما توفره شبكة الأنترنت من خدمات اتصال، وتبادل للوثائق بالوسائل الإلكترونية، ولما كان التحكيم الإلكتروني يقوم على مبادئ أساسية كمبدأ

1 - محمود السيد عمر التحيوي، **الطبيعة القانونية لنظام التحكيم**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 60.
2 - عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 181.
3 - محمود مختار أحمد بربري، المرجع السابق، ص 06.
4 - سيف الدين إلياس حمدتو، المرجع السابق، ص 71.
5 - خالد ممدوح ابراهيم، **التحكيم الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 276.
6 - عمر سعد الله، المرجع السابق، ص ص 278 -279.
7 - خالد ممدوح ابراهيم، **التحكيم الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 276.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

احترام حقوق الدفاع، ومبدأ المواجهة، وكذا مبدأ المساواة، فإنه التساؤل عن مدى احترام هذه المبادئ في ظل إجراءات التحكيم في الشكل الإلكتروني؟، والإجابة على ذلك فيما يلي:

أ- مبدأ كفالة حقوق الدفاع

ليس من السهل وضع تعريف محدد ودقيق لمفهوم حقوق الدفاع، ولكن المفهوم التقليدي لها ينصرف إلى حق الخصم في أن يسمع القاضي أو المحكم وجهة نظره، بحيث إذا صدر الحكم دون سماعه كان الحكم مشوباً بالإخلال بحق الدفاع[1]، ولا شك أن مفهوم حق الدفاع تطور وصار يعني حق الخصم في مناقشة خصمه فيما يقدمه من وسائل دفاع وأدلة أثناء سير الخصومة[2].

حرصت التشريعات والاتفاقيات الدولية وأنظمة المؤسسات الدائمة للتحكيم على النص على وجوب احترام هذا المبدأ، ومن ثم يجب على هيئة التحكيم احتراما لهذا المبدأ إتاحة فرصة الدفاع كاملة أمام الأطراف، أما استخدام الأطراف لهذه الوسائل فهو أمر رهين بإرادتهم[3].

ب- مبدأ المواجهة

يعد هذا المبدأ جوهرياً، ويتعين على المحكمة احترامه باعتباره ضمانة أولية للوصول إلى حكم عادل، وفي ضوء المرونة التي يتمتع بها التحكيم الإلكتروني، فإن للأطراف الحرية في اختيار الشكل الذي يرونه مناسباً لتوجيه الدعوة والتكليف بالحضور[4].

وتحقيق هذا المبدأ لا يكون فقط بين الخصوم بعضهم البعض أثناء سير الخصومة التحكيمية، وإنما يتعين على المحكم أيضا الالتزام به، ومن ثم لا يسوغ لهيئة التحكيم أن تستند في حكمها إلى وقائع، وأدلة إثبات، ومذكرات، ومستندات قدمها أحد الأطراف[5]، ولم تكن محلاً للاطلاع، والحوار، والمناقشة من الطرف الآخر، فإذا خالفت هيئة التحكيم مبدأ المواجهة كان حكمها باطلاً لمخالفته للنظام العام الإجرائي[6].

---

1 - شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 415.

2 - عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق، ص 66.

3 -أنظر كلا من:

- شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 415.

-أميرة حسن الرافعي، المرجع السابق، ص ص 193 -494.

4 - لزهر بن سعيد، **النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص ص 244 -245.

5 - عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق، ص 67.

6 - شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 416.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ج- مبـــدأ المســاواة

يعتبر مبدأ المساواة في المعاملة بين الأطراف في خصومة التحكيم من الركائز الأساسية لضمان العدالة، وترسيخ ثقة هؤلاء في قضاة التحكيم، ويكون المحكم قد أخل بهذا المبدأ إذا أَذِن لأحد الخصوم بالحضور أمامه في غيبة الخصم الآخر، أو أجرى مع أحدهما اتصالات شخصية في ظروف يمكن أن يظن معها أنها تتم بشأن موضوع النزاع في غيبة الطرف الآخر[1].

وفيما يتعلق باحترام التحكيم الإلكتروني لهذه المبادئ الأساسية للتحكيم، فقد أشير إلى أنه بشأن إدارة الجلسات في الشكل الإلكتروني أن الوسائل الفنية متاحة في هذا المجال، حيث ظهرت من خلال الأنترنت وسائل حديثة للاتصال، تسمح بتبادل الأصوات والصور والنصوص بشكل شبه متزامن بين الأطراف، كما أن البريد الإلكتروني يسمح بنقل النصوص وكذلك المستندات المسموعة والمرئية المقدمة من طرفي الخصومة[2]، هذا فضلاً عن المؤتمرات الافتراضية المرئية التي تسمح بنقل الصوت والصورة بطريقة فورية، ويكفي لاستخدامها أن يكون الكمبيوتر مزوداً بميكرفون، وكاميرا فيديو، وقد استخدمت تلك التقنية في الولايات المتحدة الأمريكية في إطار الخصومات القضائية[3].

البند الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم الإلكتروني

تعددت الآراء الفقهية حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، على نحو أدى بالبعض إلى تغليب الطبيعة التعاقدية، بينما اتجه البعض إلى ترجيح الطبيعة القضائية، وبين هذين الرأيين انبثق رأي ثالث تبنى رأي توفيقي مؤداه اعتبار التحكيم ذو طبيعة مختلطة، في حين ذلك يرى اتجاه رابع بأن التحكيم ذو طبيعة مستقلة، وبيان ذلك فيما يلي:

أولا: نظرية الطبيعة التعاقدية للتحكيم الإلكتروني

يرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية بحتة، تأسيسا على أن الأساس في التحكيم هو اتفاق أو إرادة أطراف الخصومة، فباتفاقهم يتخلون عن بعض الضمانات القانونية التي يحققها النظام القضائي[4]، كما أن مصدر قرارات التحكيم هو اتفاق أطراف النزاع، وأن هذه القرارات لا تجد مصدرها إلا في هذا الاتفاق، ومن ثم تنسحب

1 - عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق، ص 65.
2 - شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 416.
3 -أنظر كلا من:
- عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق، ص 65.
- أميرة حسن الرافعي، المرجع السابق، ص 495.
4 - أميرة حسن الرافعي، المرجع السابق، ص 440.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

طبيعة التحكيم التعاقدية على هذه القرارات[1]، فيمثلان كلا واحدا لا يمكن فصلهما، بحيث يكونان هرما قاعدته الاتفاق على التحكيم (شرط أو مشارطة)، وقمته حكم التحكيم الصادر عن هيئة التحكيم في النزاع، كما أن حجية قرارات التحكيم فيما قضي به، بعدم الطعن فيها أساسها توافقها مع إرادة الأطراف، كما عبروا عنها بالالتجاء إلى التحكيم[2].

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن كل مراحل التحكيم تدل بوضوح على أنه ذو طبيعة تعاقدية، ويتضح ذلك من خلال ما يلي:

1. أن الغاية أو الهدف من التحكيم هو رغبة الأطراف في حل نزاعهم بطريقة ودية، عن طريق إخراج النزاع من سلطة القضاء، وإسناده إلى محكم خاص، وقبول الطرفين بالقرار الذي يصدره المحكم، لكونهما ارتضيا بالمحكم وقبل إصداره لحكم التحكيم[3].
2. أن التحكيم يهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة للأطراف المحكمين، وذلك عكس القضاء الذي يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة[4].
3. أن مصدر سلطة المحكم في حل النزاع بين الطرفين هو اتفاق التحكيم ورضاء الخصوم بالقرار الذي يصدره، وعلى ذلك فالمحكم يستمد سلطته من إرادة الأطراف، وبالتالي لا يمكن أن تكون هذه السلطة قضائية[5].
4. أن المحكم يمكن أن يكون وطنيا أو أجنبيا عكس القاضي، الذي لا بد أن يكون وطنيا، بالإضافة إلى أن المحكم إذا لم يقم بواجبه فلا تطبق عليه قواعد إنكار العدالة، وإذا أخطأ فلا يخضع لقواعد المخاصمة، ولا يلزم أن تتوافر في المحكم الشروط الواجب توفرها في القاضي[6].
5. أن عمل المحكم لا يمكن اعتباره عملاً قضائياً؛ سواء من الناحية الشكلية أو من الناحية المادية، فمن الناحية الشكلية لا يلزم المحكمون باتباع الإجراءات التي يتطلبها القانون إذا ما أعفاهم الخصوم من التقيد بها[7]، ومن الناحية المادية ليس للمحكم سلطة الأمر التي يتمتع بها القاضي، فهو لا يستطيع مثلا إلزام شاهد بالحضور أمامه،

1 - هشام بشير وابراهيم عبد ربه ابراهيم، المرجع السابق، ص 27.
2 - محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 264.
3 - عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق، ص 69.
4 - محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 273.
5 - أميرة حسن الرافعي، المرجع السابق، ص ص 441 -442.
6 - عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 105.
7 - شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 446.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وتوقيع غرامة عليه في حالة عدم حضوره، ولا يستطيع إلزام الغير بتقديم مستند تحت يده ليكون منتجا في الدعوى[1].

وعلى الرغم من التأييد الذي لاقته هذه النظرية، إلا أنها لم تسلم من سهام النقد، التي وجهت إليها و تمثلت فيما يلي:

1. أنها منحت الدور الرئيسي والأساسي لإرادة الأطراف وحدها، والتي تتمثل في اتفاق التحكيم، فالأطراف في التحكيم لا يطلبون من المحكم الكشف عن إرادتهم، وإنما يطلبون منه الكشف عن إرادة القانون، وفي الحالة المعنية فالمحكم وهو يقوم بالفصل في النزاع مطبقا إرادة القانون، ولا يلقي بالا إلى ما قد تكون إرادة الأطراف قد اتجهت إليه، ومن ناحية أخرى فإنه ليس صحيحا أن التحكيم وفقا للعدالة هو الأصل[2].
2. بالغ أنصار النظرية قد في اعتبار أن للخصوم الدور الرئيسي ومركز الثقل في نظام التحكيم، في حين أن جوهر التحكيم يرتبط بطبيعة المهمة التي عهد بها الخصوم إلى المحكمين، والتي أقرتها التشريعات، ومنحت المحكمين من سلطات لإداء هذه المهمة، وإعمالاً لذلك يملك المحكمون تحديد إجراءات التحكيم التي يرونها مناسبة، واتخاذ ما يلزم من إجراءات الإثبات، وتقدير ما يقدم إليهم من أدلة ومستندات حسبما يتراءى لهم بوصفهم قضاة[3].

ثانيا: الطبيعة القضائية للتحكيم الإلكتروني

يرى أيضا هذا الاتجاه إسباغ الطابع القضائي على التحكيم، وذلك على اعتبار أن التحكيم هو قضاء إجباري إلزامي حتى ولو اتفقوا عليه، وأنه يحل محل قضاء الدولة الإجباري، وأن المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها، مما يجعل الصفة القضائية هي التي تغلب على التحكيم[4]، كما أن حكم المحكم هو عمل قضائي بحت شأنه شأن العمل القضائي الصادر من السلطة القضائية في الدولة، هذا بالإضافة إلى أن كل من المحكم والقاضي يحل النزاع بحكم يحوز حجية الأمر المقضي فيه[5].

وقد ذهب البعض في سبيل إظهار أوجه الشبه بين نظام التحكيم ونظام القضاء إلى الموازنة بين دور الإرادة المشتركة للخصوم في التحكيم ودورها في القضاء، فإذا كان اختيار التحكيم وسيلة لحسم النزاع يتم بعمل إرادي من

1 - عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق، ص 70.
2 - محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص ص 300 -301.
3 - شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص ص 447 -448.
4 - عصام عبد الفتاح مطر، **التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية الأجنبية**، المرجع السابق، ص 363.
5 - عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق، ص 71.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

طرفيه، فإن الالتجاء إلى القضاء يتم بعمل إرادي من جانب أحدهما[1]، ومتى تم هذا العمل تعلق به حق الطرف الآخر، بحيث لا يجوز لرافع الدعوى النزول عنه إلا بموافقة خصمه، وقد يتفق أطراف النزاع على رفعه إلى محكمة غير المحكمة المختصة به أصلاً، أو إلى محاكم دولة غير الدولة التي يثبت الاختصاص لمحاكمها[2].

وقد يتفق أطراف الخصومة على النزول عنها بعد رفعها، وهذا كله دليل واضح على أن ما تؤديه إرادة الخصوم من دور في طرح النزاع على التحكيم بدلا من القضاء[3]، لا يؤثر على أصل وظيفة المحكم من كونها وظيفة قضائية، كما لا يغير من طبيعتها[4].

وقد استند أنصار هذا الاتجاه في تقرير الصفة القضائية للتحكيم إلى المبررات الآتية:

1. أن وظيفة المحكم لا تعدو أن تكون وظيفة قضائية، وأن ما يصدر عنه من أحكام تعد أعمالا قضائية، سواء كانت صادرة طبقا لقواعد القانون، أو وفقاً لقواعد العدالة، فضلاً على أن المحكم يملك تصحيح أحكامه من الأخطاء المادية التي تشوبها وإن كان ذلك مقيد بشرطين[5]:

الأول: ألا يكون ميعاد التحكيم قد انقضى، لأنه بفوات هذا الميعاد تزول سلطته.

الثاني: ألا يكون قد تم إيداع حكم التحكيم أمانة ضبط المحكمة، ولو تم هذا الإيداع قبل انقضاء ميعاد التحكيم.

2. إجراءات خصومة التحكيم، والأعمال الصادرة فيها تكون من طبيعة قضائية، ذلك أنه وبالنظر إلى طبيعة الإجراءات المتبعة أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم، تكون بمثابة خصومة قضائية، فتعد إجراءاتها إجراءات قضائية، ويكون حكم التحكيم الصادر في النزاع بمثابة حكم قضائي من حيث الشكل أو من حيث الموضوع[6].

3. أن حكم التحكيم يعتبر قد صدر من تاريخ كتابته والتوقيع عليه، والأمر الصادر بتنفيذه لا يتدخل في مضمون الحكم، وإنما هو مجرد إجراء شكلي، الغرض منه التأكد من عدم وجود ما يمنع من تنفيذ حكم التحكيم، فالأمر الصادر من القاضي لتنفيذ حكم التحكيم يتماثل مع الأمر الصادر منه لتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية[7].

---

1 - أميرة حسن الرافعي، المرجع السابق، ص 444.

2 - عصام عبد الفتاح مطر، **التحكيم الإلكتروني**، المرجع السابق، ص ص 48 -49.

3 - شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 449.

4 - نبيل اسماعيل عمر، **التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية الدولية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 39.

5 - عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص ص 110 - 111.

6 - محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص ص 350 -351.

7 - أميرة حسن الرافعي، المرجع السابق، ص 445.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

على الرغم من الأسانيد التي استند إليها أنصار هذه النظرية في تبرير وجهة نظرهم، إلا أنهم لم يسلموا من الانتقادات، والتي نبرزها فيما يلي[1]:

1. تختلف طبيعة التحكيم الإلكتروني كل الاختلاف عن طبيعة القضاء، لأن القضاء الوطني يهدف إلى تطبيق حكم القانون بشكل مجرد، أما التحكيم الإلكتروني فيهدف إلى تحقيق عدالة تتسم بكثير من المرونة، كما أن أعضاء هيئة التحكيم لا يلتزمون بالقوانين الوطنية المطبقة في القضاء الوطني.
2. يقوم القضاة بوظيفة عامة في الدولة، ولهم الحصانة الكاملة، فضلاً عن الاختلاف بين الأحكام الصادرة عن هيئة التحكيم وتلك الصادرة عن القضاء الوطني، فلا يجوز التشبيه بينهما وإصباغ الصبغة القضائية على نظام التحكيم.

ثالثاً: نظرية الطبيعة المختلطة للتحكيم الإلكتروني

يري هذا الاتجاه أن التحكيم ليس إلا قالباً قانوني يحتوي على عملين، الأول اتفاق التحكيم ويفعله المتنازعون، والثانية هي قضاء التحكيم ويفعله المحكم[2]، فاتفاق التحكيم وإن كان عقداً له كل الخصائص العامة للعقود، إلا أنه يتميز عنها بهدفه وموضوعه في آن واحد، فهدفه ليس إقامة علاقة قانونية مالية أو شخصية، وإنما تسوية الآثار الناشئة عن علاقة سابقة قائمة بالفعل[3].

وأما موضوعه فهو ليس التراضي على تسوية نهائية محددة بذاتها للنزاع، وإنما إقامة كيان عضوي يرفع إليه ادعاء الطرفين، ويتولى الفصل فيها استقلالا عنهما[4].

أما عمل المحكم فهو حسم المنازعة، و يتولى هذا العمل وفقاً للضوابط العامة التي يضعها النظام القانوني لحسم المنازعات، فالتحكيم في حقيقته لا يُعد من طبيعة تعاقدية محضة، ولا من طبيعة قضائية خالصة، وإنما هو نظام ذو طبيعة مختلطة، يبدأ باتفاق، ثم يصير إجراء، ثم ينتهي بقضاء؛ هو قرار التحكيم، وبناءً على ذلك تتناوب على طبيعة التحكيم التأثيرات المختلفة لفكرة العقود وفكرة القضاء معاً، وأن القواعد التي تحكم هذا النظام ما هي إلا تطبيق توزيعي لقواعد العقد ولقواعد الحكم القضائي[5].

1 - شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 452.
2 - نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 41.
3 - أميرة حسن الرافعي، المرجع السابق، ص ص 445 -446.
4 - عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق، ص 73.
5 - شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 454.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

رابعا: نظرية استقلال التحكيم الإلكتروني

تؤكد النظرية أن للتحكيم طابع مستقل عن الطبيعة العقدية و القضائية، فقد يبدأ التحكيم باتفاق الأطراف، وقد لا يوجد اتفاق، لأن الاتفاق ليس جوهر التحكيم، بدليل أن القانون الوضعي قد يستبعد بعض الحالات من القضاء، ويفرض على المتنازعين الالتجاء إلى نظام التحكيم لحل منازعتهم، وهو ما يعرف بالتحكيم الإجباري[1].

وإذا كان التحكيم يتسم بالطابع القضائي، فذلك لا يعني ذلك أنه أصبح عملاً قضائياً، فالتحكيم بديل للقضاء وليس فرعاً منه، والهدف الحقيقي للقضاء هو تطبيق واحترام القانون، أما التحكيم فهو ينهي منازعات بين أطراف لا تخضع بصفة آمرة للنصوص القانونية، وتتسم بالطابع الاقتصادي والمالي، وتحتاج إلى سرعة الفصل وإعمال قواعد العدالة والأعراف السائدة، والالتزام بتطبيق قانون معين، فيتضح أن طبيعة التحكيم هي طبيعة خاصة مستقلة، والتي أدت إلى ثباته واستمراره وتطوره المستمر في حل المنازعات[2].

أيضاً فإن التحكيم الإلكتروني يختص بتطبيق قوانين خاصة على المنازعات المعروضة عليه؛ سواء القوانين الوطنية أو الدولية أو الاتفاقيات أو المعاهدات، واللوائح المقررة لدى مراكز التحكيم الإلكترونية الدائمة، بل أن القائمين على التحكيم الإلكتروني يحاولون وضع قواعد ولوائح موضوعية لتطبيقها على التحكيم الإلكتروني لتتناسب مع طبيعته الخاصة، وهذا ما يؤكد استقلالية التحكيم الإلكتروني[3].

ويمكن الاستناد في نظرية الطبيعة المستقلة للتحكيم الإلكتروني على عدة أسباب:

1. أن القضاء سلطة عامة يباشرها القاضي بهدف تحقيق سيادة القانون على المصالح المتنازعة في العلاقات بين الأفراد والمجتمع، أما التحكيم فيهدف إلى تحقيق وظيفة اجتماعية، واقتصادية، وهي التعايش السلمي بين أطراف النزاع مستقبلاً، فضلاً عن إقامة العدالة[4].
2. أن التحكيم يختلف عن القضاء في بنائه الداخلي، حيث يقوم القانون بتنظيم القضاء موضوعياً وإجرائياً بصورة عامة ومجردة، في حين يكون التحكيم منظما تنظيما خاصا بمعرفة الخصوم أو مراكز التحكيم أو المحكمين[5].

---

1 - محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 612.

2 - شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 457.

3 - المرجع نفسه، ص ص 457 - 458.

4 - محمد سامي الشوا، "التحكيم التجاري الدولي - أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية"، **المؤتمر السنوي السادس عشر – التحكيم التجاري الدولي" أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية**، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة -أبو ظبي، المنعقد في الفترة من 28 -30 أفريل 2008، المجلد الأول، ص 28.

5 - محمود عمر سيد التحيوي، المرجع السابق، ص 626.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

3. خضوع المحكم لنظام قانوني مغاير لذلك الذي يخضع له القاضي ؛ من حيث صلاحياته ومسؤوليته وسلطاته، فلا يشترط ما يشترط في توليه القضاء وعزلهم وصلاحيتهم، ولا يخضع لقواعد المخاصمة إذا أخطأ، ولا يعتبر منكرا للعدالة في حال امتناعه، ولا يملك سلطة الجبر التي يملكها القاضي[1].
4. تختلف حجية أحكام المحكمين في شروطها ومداها عن حجية الحكم القضائي، وكذلك تختلف القوة التنفيذية لكلاهما في شروط إعمالها[2].

وقد تعرضت هذه النظرية لعدة انتقادات، وذلك على النحو التالي :

1. أن النظرية ربطت بين مرفق القضاء باعتباره أحد سلطات الدولة، وبين فكرة القضاء في معناها المجرد، وهو الفصل بين المتنازعين طبقا لأحكام القانون عن طريق شخص محايد، وهذا الربط في غير محله[3]، ذلك أن مهمة القضاء في معناها السابق قد يتم ممارستها من خلال سلطة القضاء الرسمي للدولة، أو عن طريق أشخاص عاديين بعيدا عن مرفق القضاء[4].
2. ربطت هذه النظرية ربطاً خاطئاً بين القضاء وبين تطبيق القانون من جهة، وبين التحكيم وبين تطبيق الأعراف وقواعد العدالة من جهة أخرى، فالنصوص القانونية ليست سوى مصدر واحد من مصادر التشريع، ويطبق القاضي في حالة عدم وجود نص العرف أو قواعد العدالة الطبيعية، وهو ذات الدور الذي يقوم به المحكم[5].
3. أن اختلاف الوضع القانوني للمحكم عن الوضع القانوني للقاضي لا يؤكد استقلال التحكيم، وإنما كون التحكيم يتمتع بخصوصيته[6].

من خلال عرض هذه النظريات، يتبين أن تحديد طبيعة التحكيم يقتضي بحث جميع العناصر المكونة للتحكيم، وبالنظر إلى نظام التحكيم تقليدياً كان أو إلكترونياً نجده يبدأ باتفاق الأطراف باللجوء إليه قصد تسوية النزاع، مما يضفي عليه الطبيعة التعاقدية، ثم تكون مرحلة الإجراءات القضائية، والتي تستمر إلى غاية صدور الحكم المنهي للنزاع، وهذا ما يضفي على نظام التحكيم الطابع القضائي، وبذلك تتداخل العناصر التعاقدية مع العناصر القضائية مشكلة نظام التحكيم كطريق لفض المنازعات التعاقدية، وهو ما يدفع إلى القول بأن نظام التحكيم يتمتع بطبيعة مختلطة.

1 - شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 458.
2 - نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 42.
3 - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 29.
4 - شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 460.
5 - محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 644.
6 - شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 460.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الثالث: إجراءات التحكيم الإلكتروني

إن السير في إجراءات التحكيم يعني بدء الإجراءات الخاصة بعملية التحكيم، من طلب التحكيم لحين إصدار القرار، وهذا يعني أيضاً قيام المحكمين بالممارسة الفعلية للمهمة التي تم اختيارهم لإنجازها، وهذا يقتضي دعوة الخصوم لإيداع دعواتهم، ودفوعهم، وتقديم مستنداتهم، وأدلتهم الثبوتية، ومن الضروري التأكد من أن المحكمون مختصون في نظر النزاع، وأن موضوع النزاع يجب أن يكون من المواضيع التي يمكن حسمها بالتحكيم، وإن كانت هذه الإجراءات في مجموعها هي ذاتها في كل من التحكيم التقليدي والإلكتروني، فإن ما يميزها في هذا الأخير أنها تتم عبر شبكة الأنترنت، وبيان ذلك فيما يلي:

أولا: تقديم طلب التحكيم الإلكتروني

على الطرف الذي يرغب بتحريك إجراءات التحكيم؛ سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً أن يتقدم بطلب إلى هيئات التحكيم[1]، إذ يسمح هذا الطلب بافتتاح إجراءات التحكيم، وفي شأن طلب التحكيم يتعين على المحتكم تعبئة نموذج التحكيم المعد مسبقاً على الموقع الإلكتروني لهيئات التحكيم[2]، والذي يجب أن يتضمن ما يلي[3]:

- أسماء طرفي النزاع بالكامل (عناوينهم، الهاتف، الفاكس، البريد الإلكتروني، أو أية وسيلة اتصال أخرى ذات صلة بطرفي النزاع أو بمن يمثل الطرف مقدم طلب التحكيم).
- إيجاز عن طبيعة وظروف النزاع والحلول التي يرتضيها مقدم الطلب.
- ذكر أسماء ممثلي مقدم الطلب، ووكلائه مع توضيح العناوين ووسائل الاتصال بهم.
- تحديد عدد أعضاء هيئة التحكيم (1،3)، وبإغفال ذلك يعتبر مقدم الطلب أنه قد اختار محكما وحيدا لنظر النزاع.
- تحديد إجراءات نظر النزاع، وفي حال إغفال ذلك سيعد راضيا بالإجراءات التي يعتمدها المحكم .
- إرسال نسخة من اتفاق التحكيم إلى هيئة التحكيم.

وبعد ذلك يقوم المحتكم بإرسال طلب التحكيم إلى المركز وللمحتكم ضده، وهنا للمتحكم الخيار في أن يترك للمركز إخطار المحتكم ضده بطلب التحكيم، أو أن يخطره هو بطلب التحكيم[4].

1 - فوزي محمد سامي، **التحكيم التجاري الدولي**، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 259.

2 - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 259.

3 - محمد ابراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص ص 71 -72.

4 - عصام عبد الفتاح مطر، **التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية**، المرجع السابق، ص 375.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويتعين عليه دفع الرسوم الإدارية المحددة من قبل مراكز التحكيم، على أنه يجوز للمحتكم أن يرسل مع طلب التحكيم إلى مركز التحكيم لائحة تتضمن وصف شامل للوقائع والحقائق والدفوع القانونية وأدلة الإثبات التي تؤيد ادعاءه[1].

وعند استلام المركز لطلب التحكيم وقبول نظر النزاع، يقوم بإخطار المحتكم والمحتكم ضده بواقعة الاستلام، وبالتاريخ المحدد لبدء إجراءات التحكيم[2]، ويعد تاريخ استلام الطلب هو تاريخ بدأ تاريخ نظر النزاع، ويقوم المركز بإخطار المحتكم ضده بالادعاء ليتمكن من إبداء دفاعه[3]، وعلى المحتكم ضده خلال مدة معينة أن يرسل إلى المحتكم وهيئة التحكيم مذكرة مكتوبة بدفاعه، وله أن يُضّمنها أية طلبات متصلة بموضوع النزاع، أو أن يتمسك بحق ناشئ له، ولو في مرحلة لاحقة من الإجراءات، إذا رأت هيئة التحكيم أن الظروف تبرر التأخير، مع دفع الرسوم المحددة في نظام دفع الرسوم المعمول به وقت استلام المركز لطلب التحكيم المنشور على الموقع الإلكتروني التابع لمراكز التحكيم[4].

ويعد اختيار المحكمين من الأمور الهامة في عملية التحكيم، حيث يوضع الأمر بعد هذا الاختيار في يد المحكم أو المحكمين المعينين، ويفصل هؤلاء في كل ما يتعلق بموضوع النزاع[5]، ووفقاً للقواعد العامة يقوم الأطراف باختيار أعضاء هيئة التحكيم وفقا لإرادتهم[6]، إلا أن اختيار الأطراف لهيئة التحكيم قد لا يتحقق في كل الفروض، فقد لا يتفق هؤلاء في تعيين المحكم، لا سيما إذا كان فردا أو كان محكما مرجحا في الفرض الذي يناط بهم اختياره، أو قد يتقاعس أحد الطرفين في تعيين محكمه، ففي كل تلك الفروض يلزم تدبير سلطة محددة يناط بها مهمة تعيين هيئة التحكيم أو أحد أعضائها[7]، وهنا يعهد بتشكيل هيئة التحكيم إلى محكمين معينين خصيصا لنظر النزاع، أو إلى منظمة دائمة تتولى إدارته وفقا للوائحها[8].

وفي كلا الفرضين قد تتشكل هيئة التحكيم من محكم واحد أو من عدة محكمين تبعا لما يتفق عليه الخصوم، أو ما تقضي به لوائح المنظمة التي تتولى التحكيم، والملاحظ كلما كان النزاع مُهِماً ومعقداً كلما كان الخصوم أميل إلى

1 - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 260.

2 - محمد ابراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص ص 72 -73.

3 - توجان فيصل الشريدة، "ماهية واجراءات التحكيم الإلكتروني"، **المؤتمر السنوي السادس عشر – التحكيم التجاري الدولي" أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية**، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة -أبو ظبي، المنعقد في الفترة من 28 -30 أفريل 2008، المجلد الثالث، ص 1098. ومصطفى ناطق صالح مطلوب، المرجع السابق، ص 163.

4 - محمد أمين الرومي، **النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 122.

5 - فادي عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص 226.

6 - المرجع نفسه، ص 226.

7 - صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص 385.

8 - محمد أمين الرومي، **التحكيم الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 118.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تعدد المحكمين، لأن التعدد يوزع المسؤولية بينهم فتطمئن أنفسهم، كما أن تعقد النزاع يتطلب خبرات مختلفة لا يمكن توفيرها إلا إذا تعدد المحكمون[1].

ويمكن أن تتكون هيئة التحكيم من شخص واحد أو عدة أشخاص، إلا أن التشريعات المختلفة تدخلت وألزمت أن يكون العدد وتراً[2]، فإذا ما اتفق الأطراف على تعدد المحكمين دون تحديد كان العدد ثلاثة، وإذا حددوا عددا أكبر لزم أن يكون وتراً[3]، ويرجع السبب في استلزام العدد الوتري هي إمكان الحصول على أغلبية إذا انقسم الرأي[4]، أما عن كيفية تشكيل هيئة التحكيم عند تعدد المحكمين فالأسلوب الغالب في التحكيم التجاري الدولي، أن تشكل الهيئة من ثلاث محكمين، يعين كل خصم واحدا منهم، وأما الثالث فيختار بطرق مختلفة، فقد يترك اختياره باتفاق الخصمين، وقد يعهد بالاختيار إلى المحكمين الآخرين، وقد تتولاه هيئة مستقلة مكلفة بالتحكيم، حيث تطلب من الخصوم اقتراح عدد من الأسماء وتقوم المنظمة باختيار واحد أو عدة أسماء بينهم، أو قد تشترط بنفسها تفويضا كاملا في اختيار جميع المحكمين أو الاكتفاء فقط باختيار المحكم الثالث[5].

أما بالنسبة لتشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني وفقا لما تقرره مراكز التحكيم الدائمة[6]، فتتشكل مثلاً هيئة التحكيم الإلكتروني وفقا لما قررته المنظمة العالمية للملكية الفكرية من محكم واحد أو ثلاث وفقا لتقدير الأمانة العامة ما

---

1 - صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص ص 385 - 386.

2 - المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري تنص على: " أن تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي" .

3 - محمود مختار أحمد بربري، المرجع السابق، ص 73.

4 - للتفصيل أكثر أنظر:

- فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 141 وما بعدها.

- محمود مختار أحمد بربري، المرجع السابق، ص76 وما بعدها.

5 - مولاي حفيظ علوي قاديري، **طرق فض المنازعات في التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 171.

6 - مراكز التحكيم الإلكتروني الدائمة:

- القاضي الافتراضي: نشأ هذا المشروع في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1996، باشتراك كلا من مركز فيلانوفا للمعلومات في القانون والسياسة، ومعهد القانون الخاص بحل النزاعات، وبتعاون من الجمعية الأمريكية للمحكمين الإلكترونية، ويهدف إلى إعطاء حلول سريعة للمنازعات المتعلقة بالأنترنت عن طريق وسيط معتمد من المركز، ويقوم هذا القاضي بالتحاور مع أطراف النزاع الذين طلبوا الخضوع لأحكام هذا النظام عن طريق البريد الإلكتروني، على أن يفصل في النزاع خلال 72 ساعة، والقرار الذي يصدره القاضي ليست له قيمة القانونية إلا إذا قبله الأطراف. أنظر: : نسيمة درار، "تسوية المنازعات الإلكترونية بمعية التحكيم الرقمي"، **مجلة الحقوق والعلوم السياسية**، جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي، العدد: 2، جانفي 2016، ص ص 100 -101.

-المحكمة الإلكترونية: نشأت في كلية الحقوق بجامعة مونتريال بكندا سنة 1996، تحت رعاية مركز أبحاث القانون العام، حيث قدم هذا المشروع خدمات التحكيم الإلكتروني باستخدام تطبيقات البرمجيات، وتقنيات التشفير التي حققت الأمان والسرية في تنفيذ الإجراءات، إذ تم اعتماد القواعد الإجرائية المعمول بها من قواعد التحكيم التجاري الدولي، وغرفة التجارة الدولية، مع إدخال بعض التعديلات اللازمة، ويتمثل عملها في تقديم خدمات الوساطة وإجراء التحكيم الإلكتروني، وسعيا منها لبث الثقة في نظامها التحكيمي، أصدرت شهادات مصادقة على المواقع الإلكترونية التي تتعامل بهذه التجارة، والتي تستوفي شروط المحكمة المطلوبة، وذلك تعبيراً عن التزام هذه المواقع والقائمين عليها على تسوية النزاعات وفقا لنظام المحكمة الإلكترونية. أنظر: تومي هجيرة، المرجع السابق، ص 87. وأيضاً: هشام بشير وابراهيم عبد ربه ابراهيم، المرجع السابق، ص 76 وما بعدها =

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لم يتفق الأطراف صراحة على العدد[1]، ويجب أن يراعى في اختيار المحكمين بعض الاعتبارات مثل جنسيتهم ومكان إقامتهم، وما إذا كانت هناك أية صلة أو رابطة بين المحكمين وبين أطراف النزاع[2]، وفي حالة تعدد المحكمين يتولى هؤلاء أمر تعيين رئيس هيئة التحكيم، فإذا كانوا غير قادرين على هذا التحديد تولت الأمانة هذا الأمر، وإذا اعترض أحد الأطراف على أحد المحكمين قامت الأمانة بتعيين بديل له[3].

كما تجيز مراكز التحكيم الحق لطرفي النزاع في طلب رد المحكم[4]، الذي اختاره الفريق الآخر أو الهيئة أو الذي اختاره هو[5]، وذلك بإخطار المركز خلال مدة معينة، تبدأ من إخطار المحتكمين ببيانات المحكم الخاصة إن تم اختياره من

= - المنظمة العالمية للملكية الفكرية: ترجع بدايتها إلى عام 1883، ونشأت عام 1967 في مدينة استكهولم، وأصبحت إحدى وكالات هيئة الأمم المتحدة المتخصصة في 1974/12/17، والجهة الدولية التي تدير سائر اتفاقيات الملكية الفكرية، وقد تبنت هذه المنظمة نظام التحكيم الإلكتروني بموجب قواعد خاصة أعدت لهذا الغرض، إذ يمكن تسلم المستندات والوثائق إلكترونياً، والاستماع لأطراف النزاع والشهود باستخدام أحدث وسائل نقل الصوت والصورة عبر الأنترنت، وتبنت هذه المنظمة كذلك نظام التبليغات الآلية من خلال قاعدة بيانات خاصة لذلك، مع وضع أرشيف لكل ما يرسل منها وما يصل إليها، وساهمت المنظمة في تفعيل نظام التحكيم بشكل كبير في المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، لا سيما المتعلقة منها بالملكية الفكرية وأسماء الدومين والعلامات التجارية.

أنظر كلا من:

-خالد ممدوح ابراهيم، **التحكيم الإلكتروني**، المرجع السابق، ص ص 260 -261.

-مصطفى ناطق صالح مطلوب، المرجع السابق، ص ص 150 -151.

- **منظمة الإيكان**: وتعرف باختصار (ICANN)، وتعرف باللغة العربية باسم هيئة الأنترنت للأسماء والأرقام المخصصة، وهي منظمة غير ربحية تم تأسيسها دوليا لتتولى مسؤولية توزيع مجالات العناوين في بروتوكول الأنترنت، وإدارة نظام سجلات المواقع العامة العالية المستوى، وقد أنشئت بغرض تنظيم وإنشاء المواقع الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت وكل ما يتعلق بهذه المواقع، وحل المنازعات الناشئة عن استخدام عناوين أو مواقع إلكترونية بغير وجه حق، ومن أهم الإنجازات التي حققتها منظمة الإيكان، أنها قامت بحل أكثر من 5000 نزاع على حقوق أسماء المواقع من خلال آليات إلكترونية مثل البريد الإلكتروني. للتفصيل راجع:

-عبد الباسط جاسم محمد، **تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الالكترونية**، المرجع السابق، ص 422 وما بعدها،

- هشام بشير وابراهيم عبد ربه ابراهيم، المرجع السابق، ص ص 92 -93.

- **الاتحاد الأوروبي**: إزاء أهمية التحكيم الإلكتروني اهتمت الدول والمنظمات المختلفة بإصدار قوانين تتيح للأطراف اللجوء للتحكيم عبر الأنترنت، فنجد الاتحاد الأوروبي نص في المادة 17 من التوجيه رقم 2000/31 المسمى بتوجيه التجارة الإلكترونية ،على السماح للدول الأعضاء في حالة وجود نزاع بين مقدمي خدمة المعلومات والمتعاملين معهم بتسوية هذه الخلافات خارج المحاكم وباستخدام الوسائل الإلكترونية، كما أصدرت اللجنة الأوروبية المختصة بتسوية المنازعات باعتماد سلسلة من التوجيهات بخصوص حل المنازعات على الخط منها:

1 - تأسيس شبكة أوروبية لتسوية المنازعات على الخط ولحل كافة منازعات المستهلك الأوروبي خاصة في قطاع الخدمات.

2 - المبادئ الواجب مراعاتها من جانب الدول عند تسوية منازعاتهم عبر الانترنت.

أنظر: خالد ممدوح ابراهيم، **التحكيم الإلكتروني**، المرجع السابق، ص ص 259 -260.

1 - صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص 387.

2 - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 142.

3 - محمد أمين الرومي، **النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 119.

4 - أنظر: المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

5 - محمد ابراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 79.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قبل الفريق الآخر أو الهيئة، ومن تاريخ السبب الذي تم على أساسه طلب رد المحكم إن كان طالب الرد من اختاره، ليقرر بعد ذلك المركز قبول طلب رد المحكم أم لا، وذلك خلال خمسة عشرة يوما من تقديم الطلب[1].

كما نصت مراكز التحكيم على استبدال المحكم في حالة وفاة أحد المحكمين أو فقدانه أهليته، كمحاولة منها لاستيفاء استقرار عملية التحكيم، والسير فيها قدما دونما أية معوقات تعارضها، وخصوصا عنصر الزمن المفيد للهيئة في صدور القرار خلاله، وهذه الحالات هي (الوفاة، فقدان المحكم لأهليته، إصابة المحكم بعجز يمنعه من الاستمرار في نظر النزاع، رد المحكم)، وهذا الأمر الذي لا يتمتع بخصوصية في التحكيم الإلكتروني عنها في التحكيم التقليدي[2].

ثانيا : سير جلسات التحكيم الإلكتروني

تدار الجلسات في التحكيم العادي بالالتقاء المادي لسماع الأطراف، والمترافعين، والشهود، والخبراء، أما في التحكيم الإلكتروني فيتم حضور الجلسات من قبل المحتكمين أو ممثليهم وتقديم البينات الخطية، وسماع الشهود وإجراء الخبرة الفنية، من خلال الوسائل الإلكترونية المتاحة في هذا المجال[3]، حيث ظهرت وسائل حديثة للاتصال تسمح بتبادل الأصوات، والصور، والنصوص معاً، بشكل شبه متزامن، مثل البريد الإلكتروني، والذي يمكن أن يكون أكثر الوسائل استعمالاً في تقديم الأدلة للمرافعة والجلسات في الحدود التي لا يكون فيها تبادلا فوريا[4]، بالإضافة إلى ذلك فإن المؤتمرات المرئية عن بعد تعتبر إجراء يتعلق بالجلسة، حيث يتواجد الأطراف بطريقة افتراضية، وبذلك تقترب المؤتمرات الافتراضية إلى حد كبير من تلك التي تحصل عادة بدعوة الأطراف بماديتهم لحضور الجلسات[5].

وفي إطار التحكيم الإلكتروني يظل مبدأ سرية الجلسات هو الأصل، والبيانات المنشورة على موقع القضية تعتبر سرية، ولا يمكن مراجعتها إلا من خلال الأمانة العامة، ومحكمة التحكيم، والأطراف وممثليهم[6].

كما أنه وفقاً لإجراءات التحكيم أمام المحكمة الخاصة بنظام القاضي الافتراضي، فإنه تتم إجراءات التحكيم بإنشاء موقع خاص على شبكة الأنترنت يخصص لنظر كل قضية معروضة، ولا يتاح الدخول إلى هذا الموقع إلا لأطراف القضية وهيئة التحكيم فقط، من خلال مفتاح شفري خاص بهم[7].

1 - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 263.
2 - صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص ص 398 -399.
3 - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 268.
4 - عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق، ص 126.
5 - لزهر بن سعيد، **النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 271.
6 - شادي مضان إبراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 523.
7 - المرجع نفسه، ص ص 523 -524.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويتمام الإجراءات السابقة، وتمام بيانات وبينات الأطراف، يعين مركز التحكيم تاريخ صدور قرار هيئة التحكيم، ويكون ذلك في العادة خلال 30 يوما من استلام الجواب، ما لم تطرأ ظروف استثنائية تحول دون صدور القرار في التاريخ المحدد، وللمركز أن يؤخر إصداره إذا وجد نقص في البينات، أو إذا ارتأى تزويده بأية مستندات ضرورية، أو اللجوء للخبرة من جديد[1]، كما قررت لوائح مختلف مراكز التحكيم حق طرفي النزاع في طلب إنهاء النزاع، إذا ما توصلا إلى تسوية ودية لحل الخلاف، بشرط أن يكون ذلك قبل صدور قرار التحكيم، ويتم تقديم طلب التسوية لمركز التحكيم على النموذج المعد لذلك[2].

ثالثا: صدور قرار التحكيم الإلكتروني وتنفيذه

بعد عرض النزاع على المحكم أو هيئة التحكيم الإلكتروني، تبدأ مرحلة الاستماع إلى دفوع الأطراف المتنازعة وسماع الشهود وآراء الخبراء، وكذا الاطلاع على البيانات عبر وسائل الاتصال الإلكتروني، يأتي دور هيئة التحكيم لإصدار قرارها بعد المداولات اللازمة بين أعضائها، وبمجرد صدور القرار التحكيمي تلزم هيئة التحكيم بإعلام المحتكمين به قصد تنفيذه، والتفصيل في ذلك فيما يلي:

أ- قرار التحكيم الإلكتروني

حتى تنتهي هيئة التحكيم تقليدياً كان أو إلكترونياً من مهمتها في الفصل في النزاع المعروض عليه لابد لها من إصدار قرار التحكيم، هذا الأخير الذي يمثل المبتغى الذي يسعى له طرفا النزاع قصد حل منازعاتهم، واستناداً لذلك نتطرق لبيان تعريف قرار التحكيم الإلكتروني، وبيان كيفية صدوره، إضافة لمضمونه.

1- تعريف قرار التحكيم الإلكتروني

تعددت التعريفات بشأن حكم التحكيم، حيث انقسم الفقه إلى اتجاهين؛ أحدهما موسع والآخر ضيق.

-الاتجاه الموسع: ويمثله الأستاذ E.Gaillard ويعرف حكم التحكيم بأنه: " القرار الصادر عن المحكم، والذي يفصل بشكل قطعي على نحو كلي، أو جزئي في المنازعة، أو بمسألة تتصل بالإجراءات أدت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة"[3].

1 - حمودي محمد ناصر، **العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت**، المرجع السابق، ص 542.
2 - محمد ابراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 86 .
3 - هشام بشير وابراهيم عبد ربه ابراهيم، المرجع السابق، ص 101.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

-الاتجاه الضيق: ويمثله الفقه السويسري ممثلا في كل من (Lalive- Peymand) والذي يعرف حكم التحكيم بأنه: " القرار الذي ينهي بشكل كلي أو جزئي منازعة التحكيم، حتى تلك التي تتصل بموضوع النزاع، ولا تفصل في طلب محدد، بحيث لا يمكن وفقا لهذا الفقه أن تكون الأحكام محلا للطعن عليها بالبطلان استقلالا عن الحكم التحكيمي الذي سوف يصدر"[1].

ويعرف أيضاً بأنه: " كل حكم قطعي يفصل في جميع المسائل المعروضة على هيئة التحكيم، أو كل قرار نهائي يفصل في مسألة تتعلق بالموضوع أيا كانت طبيعتها، أو يفصل في مسألة الاختصاص أو أي مسألة إجرائية"[2].

أما حكم التحكيم الإلكتروني فيعرف على أنه: " ذلك القرار الذي ينظر إليه على أنه يشمل كافة القرارات الصادرة بوسائل إلكترونية عن المحكم، والتي تفصل بشكل قطعي في منازعات عقود التجارة الإلكترونية المعروضة عليه بشكل إلكتروني عن طريق شاشة الحاسوب؛ سواء كانت تلك القرارات كلية تفصل في موضوع المنازعة ككل، أم قرارات جزئية تفصل في شق منها، وسواء تعلقت هذه القرارات بموضوع المنازعة ذاتها، أو بالاختصاص، أو بمسألة تتعلق بالإجراءات، طالما أدت بالمحكم إلى إنهاء الخصومة بوسائل إلكترونية"[3].

من خلال ما سبق يمكن القول أن قرار التحكيم الإلكتروني أو حكم التحكيم الإلكتروني هو الصادر من المحكم أو من هيئة التحكيم بالوسائل الإلكترونية، والذي يفصل في النزاع إما كلياً أو جزئياً؛ سواء تعلق قرار التحكيم بموضوع النزاع أو بالاختصاص أو بالإجراءات.

2- كيفية صدور قرار التحكيم الإلكتروني

يصدر حكم التحكيم في مدة قصيرة لا تتعدى في غالب الأحيان 30 يوماً من بدء عملية التحكيم[4]، وهذه المدة تختلف من مركز لآخر، وبعد فض المحاكمة، وإنهاء الإجراءات؛ ما لم تطرأ ظروف استثنائية تحول دون ذلك مع توضيحها للأفراد إن وجدت[5]، لابد من إجراء المداولة بين المحكمين قبل إصدار الحكم، وليس هناك أية شكليات

1 - عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق، ص 134.

2 - نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 281.

3 - إبراهيم اسماعيل إبراهيم، "فعالية قرار التحكيم الالكتروني"، **مجلة جامعة بابل**، كلية العلوم الانسانية، جامعة العراق، المجلد: 21، العدد: 2، 2013، ص ص 358 -359.

4 - حمودي محمد ناصر، **العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت**، المرجع السابق، ص 542.

5 - شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 525.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

خاصة بمداولة المحكمين، فهي تستمد من اتفاق الأطراف ومن قواعد التحكيم[1]، ويشترط أن يصدر حكم التحكيم كتابة، وهو الشكل المطلوب[2].

وتمثل الكتابة دليل وجود الحكم لا لإثباته، فإن غابت الكتابة بأن صدر الحكم شفاهة غاب معها وصف حكم التحكيم، كما يلزم تذييل حكم التحكيم بتوقيع المحكم، أو المحكمين الذين أصدروه، وفي هذا الصدد اشترطت التشريعات الدولية والوطنية ضرورة كتابة حكم التحكيم وتوقيعه، إلا أنها لم تشترط شكلاً خاصاً لصياغتها أو طريقة تدوينها، إذ قد تكون بخط اليد أو بالوسائل الإلكترونية[3]، وقد نصت المادة 31 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.على ضرورة أن يصدر حكم التحكيم كتابة ووجوب توقيعه من المحكم أو المحكمين، ونظرا لكون التوقيع التقليدي لا يتماشى مع طبيعة التحكيم الإلكتروني فإنه يتم توقيعه إلكترونياً.

وهو ذات الأمر الذي أكد عليه المشرع الجزائري[4]، وكذا مراكز التحكيم الدائمة كالمنظمة العالمية للملكية الفكرية، ونظام القاضي الافتراضي، وكذا المحكمة الإلكترونية[5].

3- مضمون حكم التحكيم الإلكتروني

يتشابه القرار التحكيمي مع الحكم القضائي من حيث الأمور التي يتضمنها، فلابد أن يتوفر على بيانات موضوعية وبيانات شكلية، ذلك أن تخلفها يؤثر في صحته ويعرضه للبطلان.

تتعلق البيانات الموضوعية بصلب النزاع المعروض على التحكيم، ويتم التعرف من خلالها على كيفية قيام هيئة التحكيم الإلكتروني بالفصل في النزاع. ونتطرق إليها كالتالي:

-طلبات الخصوم وملخص أقوالهم ومستنداتهم: يجب أن يشتمل حكم التحكيم الإلكتروني على طلبات الخصوم، وعرض موجز لوقائع النزاع، وأقوالهم، ودفوعهم، والمستندات التي استندوا إليها[6]، والهدف من ذلك هو أن يستطيع

1 - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 301.

2 - نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 290.

3 - عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق، ص 135.

4 - المادة 1052 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجزائري.

5 - للتفصيل أكثر أنظر:

-عبد الباسط جاسم محمد، **تنازع الاختصاص القضاء الدولي في التعاملات التجارية الدولية**، المرجع السابق، ص 421 وما بعدها.

- عصام عبد الفتاح مطر، **التحكيم الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 481.

6 - بوقرة أحمد، "البيانات الواجب توافرها في حكم التحكيم الإلكتروني"، **مجلة الدراسات القانونية**، مخبر السيادة والعولمة، جامعة المدية، العدد: الأول، 2018، ص 256.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأطراف المحتكمون التأكد من أن هيئة التحكيم الإلكتروني قد قامت بفحص ودراسة طلباتهم ودفوعهم، ومن خلال ذلك يمكن معرفة مدى احترام حقوق الدفاع، وكذا مدى توافر مبدأ الاستقلال والحيادية لدى هيئة التحكيم[1].

-أسباب حكم التحكيم: إن حكم التحكيم الإلكتروني شأنه شأن حكم التحكيم التقليدي، أو الحكم الصادر عن القضاء الوطني، فلابد له من أساس قوي يقوم عليه حتى لا يتعرض للانهيار، ويستمد الحكم تأسيسه من الأسباب التي بني عليها، فتسبيب حكم التحكيم الإلكتروني يعتبر من أحد الضمانات الأساسية للتقاضي[2]، ويقصد بأسباب الحكم عموما حيثياته، والسند الذي قام عليه سواء من حيث الوقائع أو القانون، وكذا الرد على طلبات الخصوم ودفوعاتهم، وبذلك يكون التسبيب أهم عناصر الحكم بل أساسه[3].

كما أن تسبيب حكم التحكيم الإلكتروني والاطلاع عليه، يوضح للأطراف المحتكمين مدى معرفة هيئة التحكيم الإلكتروني بالنزاع موضوع الاتفاق على التحكيم، وكذا معرفتها بالقوانين والقواعد التي طبقتها على عملية التحكيم من حيث الإجراءات والموضوع[4]، وتظهر هذه الأسباب مدى احترام هيئة التحكيم لحقوق الدفاع، مما يؤكد استقلالها وحيادها وعدم انحيازها لأي طرف، وإذا كان الأصل هو تسبيب أحكام التحكيم الإلكترونية، إلا أنه قد يتفق الأطراف على عدم تسبيب الحكم[5].

ويشترط في أسباب حكم التحكيم الإلكتروني ما يلي[6]:

- ضرورة الرد على جميع الطلبات الخاصة بالخصوم، فلا يكفي ذكر أسباب بعض الطلبات دون البعض الآخر.
- أن تكون الأسباب في حكم التحكيم الإلكتروني مرتبطة به، وشارحة لمضمونه، بمعنى أن تكون خالية من أي تناقضات فيما بينها، لأن ذلك يؤدي إلى التشكيك فيه.
- عدم التناقض بين أسباب الحكم الإلكتروني ومنطوقه.
- أن تكون الأسباب واضحة ولا غموض فيها.

1 - شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 525.
2 - بوقرة أحمد، المرجع السابق، ص 257.
3 - المرجع نفسه، ص 257.
4 - شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 526.
5 - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 324، وأيضا بوقرة أحمد، المرجع السابق، ص 258.
6 - شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 529.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

– منطوق حكم التحكيم الإلكتروني: وهو النتيجة النهائية التي انتهت إليها الهيئة، والتي تمثل رأيها النهائي في كيفية حسم النزاع بالفصل في طلبات الخصوم[1]، ويعد منطوق حكم التحكيم الإلكتروني من أهم البيانات الموضوعية، التي يجب أن تتوافر فيه، ومن دونه فليس لحكم التحكيم أي فائدة أو قيمة، لأن هذا المنطوق هو الذي سوف يتم تنفيذه، وبدونه لا يستطيع الطرف الصادر لمصلحته أن يقوم بتنفيذه[2]، مما يؤدي إلى انهيار حكم التحكيم، وبالتالي انهيار العملية التحكيمية بأكملها، لعدم قدرتها على تحقيق الغاية التي أنشئت من أجلها، وهي الفصل في النزاع القائم بين الأطراف المحتكمين وإقامة العدالة بينهم[3].

بالنسبة للبيانات الشكلية فتتعلق لحكم التحكيم الإلكتروني بالبيانات الخاصة بأطراف الخصومة، والبيانات الخاصة بأعضاء هيئة التحكيم، وتاريخ ومكان صدور حكم التحكيم الإلكتروني، إضافة لتوقيعه، وهذا ما سيتم توضيحه فيما يلي:

–أسماء أطراف النزاع: يجب أن يشتمل حكم التحكيم على أسماء الخصوم وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم[4]، ويشار إلى طالب التحكيم بالمدعي أو المحتكم، أما الشخص المطلوب للحكم ضده فيسمى المدعى عليه أو المحتكم ضده، وقد يكون الخصم شخصا طبيعيا أو معنويا، فبالنسبة للشخص المعنوي فيذكر اسم الشخص المعنوي ومركز أعماله، أما بالنسبة للشخص الطبيعي فيذكر اسم كل واحد مع كافة البيانات المتعلقة به[5]، ويتمثل الهدف من ذلك في التأكد من صفة الأطراف عند تنفيذ الحكم التحكيمي[6].

– البيانات الخاصة بأعضاء هيئة التحكيم: لابد أن يتضمن حكم التحكيم الإلكتروني البيانات الخاصة بأعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني، حيث جرت العادة في التحكيم التجاري الدولي على ذكر أسماء أعضاء هيئة التحكيم وصفاتهم وعناوينهم وجنسياتهم، والطرف الذي قام بتعيين كل منهم[7]، وكيفية اختيار الرئيس، وعدد المحكمين للتأكد من توفر

1 – لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، المرجع السابق، ص 348.
2 – شادي ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 531.
3 – شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 531.
4 – محمد شعبان إمام سيد، المرجع السابق، ص 162، وأيضا نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 293.
5 – فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 318.
6 – بوقرة أحمد، المرجع السابق، ص 254.
7 – فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 318.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

شروط القانون بهذا الشأن، والمطلوب ذكر أسماء المحكمين الذين أصدروا الحكم، فلو تم استبدال محكم من قبل صدور الحكم فلا يرد ذكره في الحكم[1].

- تاريخ صدور حكم التحكيم الإلكتروني: تاريخ صدور حكم التحكيم من البيانات الضرورية التي يجب أن يتضمنها حكم التحكيم بصفة عامة، والتحكيم الإلكتروني بصفة خاصة، وهو ما أقرته التشريعات والقواعد التحكيمية[2]، إلا أن تاريخ حكم التحكيم الإلكتروني يثير إشكالية كبيرة مرجعها أن حكم التحكيم الإلكتروني يصدر بطريقة إلكترونية دون الحضور المادي لهيئة التحكيم التي أصدرته، مما يؤدي إلى صعوبة تحديد وقت صدوره، ويترتب على إغفال ذكر تاريخ صدور حكم التحكيم الإلكتروني عدم معرفة التاريخ الذي صدر فيه ذلك الحكم مما يؤدي إلى بطلانه[3].

- مكان صدور حكم التحكيم الإلكتروني: لتحديد مكان التحكيم في مجال التجارة الدولية ؛ تقليدية أو إلكترونية أهمية بالغة، إذ يسمح بتحديد القانون الواجب التطبيق على بعض مسائل التحكيم، وتحديد جنسية الحكم ؛ كونه وطني أو دولي، وعند طلب تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يتفق الطرفان على مكان التحكيم كان للمحكمين اختياره[4].

- الإشارة إلى اتفاق التحكيم الإلكتروني: يرى أغلب الفقه ضرورة الإشارة إلى اتفاق التحكيم الإلكتروني في حكم التحكيم، وأن يشمل الحكم صورة من ذلك الاتفاق، سواء كان شرط تحكيم أو مشارطة تحكيم، والهدف من الإشارة إلى اتفاق التحكيم التحقق من التزام هيئة التحكيم بالفصل في جميع المسائل التي اتفق الأطراف على حلها من قبل هيئة التحكيم الإلكتروني، والتأكد من عدم فصل تلك الهيئة في مسائل لم يتفق الأطراف على تفويضها والفصل فيها، وكذلك مدى التزام الأطراف وهيئة التحكيم بما تضمنه اتفاق التحكيم من تحديد للإجراءات[5].

- توقيع الحكم الإلكتروني: يتعين على جميع المحكمين توقيع الحكم، فإذا رفضت الأقلية التوقيع في حال صدور الحكم بالأغلبية، وجب إثبات ذلك، وفي ذلك تواترت الوثائق الدولية والوطنية التي تستلزم وجوب التوقيع على الحكم، ومنها المادة (1/31) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي التي تنص على: "يصدر الحكم كتابة ويوقعه المحكم أو المحكمون"، وهذا هو المعمول به في التحكيم العادي، حيث يقوم المحكمون بتوقيع الحكم بخط اليد،

1 - بوقرة أحمد، المرجع السابق، ص 253.
2 - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 331.
3 - بوقرة أحمد، المرجع السابق، ص 245.
4 - المرجع نفسه، ص 250.
5 - المرجع نفسه، ص 255.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إلا أن ذلك لا يتماشى مع طبيعة العقود والتحكيم الإلكتروني، وهو ما يقتضي توقيعه إلكترونيا وهذا ما أقرته المنظمة العالمية للملكية الفكرية، التي نصت على أن : "يوقع الحكم إلكترونيا من أعضاء اللجنة"[1].

يتبين مما سبق أن مضمون حكم التحكيم الإلكتروني لا يختلف عن مضمون حكم القضاء؛ سواء فيما تعلق بالبيانات الشكلية أو الموضوعية، وبذلك يتعين على هيئة التحكيم عند إصدار حكمها مراعاة ذكر البيانات اللازمة لصحة الحكم التحكيمي، وإلا عرضت حكمها للبطلان والطعن أمام القضاء العادي، ومتى صدر حكم التحكيم وكان مستوفيا لشروطه، فإنه يكون واجب التنفيذ.

ب- تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني

الثمرة الحقيقية للتحكيم هي الحكم الذي يصل إليه المحكمون، وهذا الحكم لن يكون له من قيمة قانونية أو عملية إذا ظل عبارات مكتوبة غير قابلة للتنفيذ[2]، بل إن تنفيذه يعد من أدق المراحل في المنازعات التحكيمية، إذ أن ما يصبو له كل طرف هو سرعة تنفيذ الحكم، اقتضاءً لحقه المقضي به من قبل هيئة التحكيم[3]، كما أن تنفيذ حكم التحكيم يمثل أساس ومحور نظام التحكيم نفسه، وتتحدد به مدى فاعليته كأسلوب لفض وتسوية المنازعات[4].

وفي إطار التحكيم الإلكتروني يرى البعض أن الجهات الرسمية المنوط بها التنفيذ، والتي تبدأ بالمحكمة المختصة بإصدار الصيغة التنفيذية للحكم، وكذلك رجال التنفيذ من محضرين لن يقبلوا بسهولة مسؤولية تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني، إلا في حالة وجود قانون وطني أو اتفاقية دولية تلزم السلطات الوطنية بقبول تنفيذ الأحكام الإلكترونية[5]، ويذهب اتجاه ثانٍ إلى أنه إذا كان طالب تنفيذ حكم التحكيم التقليدي، يلزم بأن يقدم أصل ذلك الحكم أو نسخة رسمية من هذا الحكم، وإذا كان ذلك المقتضى لا يثير أية مشكلات في مجال التحكيم العادي، فالأمر على خلاف ذلك في مجال التحكيم الإلكتروني، وذلك لسببين[6]: **الأول:** ويرجع إلى نظام المعلوماتية التي لا تميز بين الأصل والصورة. **والثاني** يرجع إلى الصعوبات التي تثيرها رسمية المستند الإلكتروني.

ويمكن أن تماثل الوثيقة الإلكترونية الأصل، ويتم التنفيذ بمقتضاها إذا توافر شرطان، أولهما يتعين وجود ضمان إمكانية التشغيل فيما يخص كمال المعلومة، وثانيهما أن تكون المعلومة يمكن الكشف عنها للشخص المقدمة

1 - فادي عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص 237.
2 - أميرة حسن الرافعي، المرجع السابق، ص 497.
3 - هشام بشير و ابراهيم عبد ربه ابراهيم، المرجع السابق، ص 121.
4 - عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق، ص 142.
5 - المرجع نفسه، ص ص 142 -143.
6 - شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 544.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إليه، كما يقرر أن اقتضاء المعلومة يتم استيفاؤه بمجرد بقاء المعلومة كاملة دون إتلاف أو تشويه، وأن مستوى إمكانية التشغيل يتم تقديره بالنظر إلى موضوع المعلومة[1].

ويرى اتجاه ثالث أن التنفيذ الطوعي لأحكام التحكيم الإلكتروني أمر مرغوب فيه، إذا أن أهم أهداف التحكيم الإلكتروني هو تعزيز الثقة في التجارة الإلكترونية[2]، وبالأخص ثقة المستهلك، فالطرف القوي الذي يصدر الحكم ضده ولصالح المستهلك قد يقوم بتنفيذ الحكم على الرغم من عدم رضائه، وذلك لأنه يسعى لأن يبقى شخصاً موثوقاً به في سوق التجارة الإلكترونية[3]، ولكن في حالة عدم التنفيذ الطوعي يتعين على التنظيم الذاتي للتحكيم الإلكتروني أن يوفر للمحكمين آلية إجبار المحكم ضده على التنفيذ وتقوم مقام سلطات التنفيذ في الدولة[4].

نؤيد الرأي الثالث، وهو التنفيذ الطوعي لأحكام التحكيم الإلكتروني، كونه يحقق مصلحة المستهلك باعتباره طرفا ضعيفاً في المعاملة، كما يحقق مصلحة الطرف القوي في المحافظة على سمعته، وزيادة الثقة في التعامل معه، إضافة إلى عدم فقدانه إلى المنافع الاقتصادية التي يتحصل عليها من تواجده في السوق الإلكترونية.

وفي ذلك توجد عدة آليات لتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني، والتي يمكن للمتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية اتخاذها لتنفيذ هذه الأحكام، وتتمثل فيما يلي:

1- خدمات التعهد بالتنفيذ

تفترض وجود عقد بين طرفي العقد الإلكتروني، وهما البائع والمشتري، وبين متعهد التنفيذ قبل إبرام عقد البيع، ويجب أن يتضمن هذا العقد شرط تنفيذ التحكيم الإلكتروني تحت مظلة أحد مراكز التحكيم الإلكتروني[5].

2- صندوق تمويل الأحكام

ومن خلال هذه الآلية يتم إنشاء صندوق لتمويل الأحكام يساهم فيه تجار السوق الإلكتروني، ويتولى الإشراف عليه وإدارته مركز تحكيم معتمد من قبلهم[6]، ويضمن هذا الصندوق للمستهلكين حصولهم على أموالهم، التي يقضي بها المحكم مباشرة، ذلك لأن المركز يملك تنفيذ الحكم الصادر عنه من خلال الأموال المودعة في الصندوق[1].

1 - أميرة حسن الرافعي، المرجع السابق، ص 498.
2 - هشام بشير و ابراهيم عبد ربه ابراهيم، المرجع السابق، ص 125.
3 - شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 545.
4 - عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق، ص ص 143 -144.
5 - أميرة حسن الرافعي، المرجع السابق، ص 499.
6 - عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق، ص 147.
1 - أميرة حسن الرافعي، المرجع السابق، ص 499.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

3- ربط مراكز التحكيم الإلكتروني بمصدر بطاقات الائتمان

وفيه يتفق أطراف النزاع مع مركز التحكيم الإلكتروني، على أن يكون لهذا الأخير سلطة التحفظ على بطاقة الائتمان[1]، ويتم منح التحكيم هذا الحق بمقتضى شرط تعاقدي يوضع في العقود المبرمة بين أطراف النزاع والمركز من جهة، ومن الشركة مصدرة البطاقة والمركز من جهة أخرى[2]، حيث إذا ما توصل المركز إلى إصدار حكم تحكيم صادر لمصلحة المشتري، وكان محل الحكم مبلغ من المال، فيجوز له أن يعيد المبالغ المستحقة إلى حساب المشتري في بطاقة الائتمان مباشرة دون الرجوع إلى البائع[3].

رابعا: دفع رسوم التحكيم الإلكتروني

أوضحت لائحة مركز تحكيم وساطة الويبو التي يلتزم بها المحتكمون رسوم التحكيم، والتي تتنوع بين رسوم التسجيل، والرسوم الإدارية، ورسوم المحكمين، فما يتعلق مثلاً برسوم التسجيل يتم تقديرها بحسب المبلغ المتنازع عليه، فإذا لم يكن المبلغ محدد يتعين دفع 1000 دولار مع طلب التحكيم، ويتم دفع نفس المبلغ إذا كان موضوع النزاع ليس ماليا[4]، وفيما يتعلق بالرسوم الإدارية فيلتزم بها المدعي، وتُستحق خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إرسال طلب التحكيم، وتحتسب وفق جدول الرسوم المطبق وقت بدء التحكيم، وفي حالة التأخير عن أدائها يمنح من تأخر عن أدائها مدة معينة من تاريخ الاخطار الكتابي لأدائها، وإلا اعتبر راجعاً عن ادعائه، وفيما يتعلق برسوم المحكمين يقوم المركز بتقدير رسوم هيئة التحكيم[5].

1 - صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص 490.
2 - شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 546.
3 - صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص 490.
4 - أميرة حسن الرافعي، المرجع السابق، ص 500.
5 - شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص ص 546 -547.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

خلاصة الباب الثاني:

من خلال هذا الباب تم التعرض لإثبات التراضي تسوية منازعاته، حيث كان من نتاج التطور في مجال تكنولوجيا الاتصالات أن أصبحت العقود تبرم عبر شبكة الأنترنت، ما أدى إلى ظهور الحاجة إلى البحث عن آليات جديدة تمكن من إثبات التراضي، وتسوية منازعاته، خاصة وأن الوسائل التقليدية لم تعد تلائم طبيعة هذا النوع من المعاملات، ويرجع السبب في ذلك بالدرجة الأولى للطابع اللامادي والافتراضي للشبكة العالمية.

وقد اقتضت الدراسة تقسيم هذا الباب إلى فصلين، عرضنا في الفصل الأول إثبات التراضي في التعاقد الإلكتروني، حيث ظهر نوع جديد من الكتابة والتوقيع يستخدمان في إثباته، ويتميز كل منهما بالطابع الإلكتروني، نسبة لطبيعة المعاملات الإلكترونية، وقد تناولتهما مختلف التشريعات، حيث فصلت بين الكتابة ودعامتها، واعتبرت الكتابة دليلا للإثبات مهما كانت الدعامة التي تحملها ورقية أو إلكترونية أو غير ذلك، ما يعني أنها لا تتطلب ضرورة الارتباط القانوني واللغوي بين الكتابة والوسيط المدونة عليه، إلا أنه وللاعتداد بالكتابة الإلكترونية في الإثبات وجب أن تكون مقروءة، ومستمرة، وغير قابلة للتعديل، إذ باستيفائها لهذه الشروط اكتسبت ذات الحجية المقررة للكتابة التقليدية، وذلك وفقاً لمبدأ التعادل الوظيفي الذي تبنته عديد التشريعات، الذي ترتب عليه إشكالية التنازع بين الأدلة الكتابية، الأمر الذي أدى إلى تحديد ضوابط إعمال سلطة القاضي التقديرية في تقدير الدليل الأقوى في إثبات التصرف.

كما تم عرض مسألة التوقيع الإلكتروني باعتباره آلية إثبات التعاقد، خاصة وأن الكتابة غير الموقعة لا يمكن اعتبارها دليلاً كاملاً في الإثبات، وفي ذلك تم التطرق لبيان وظائف التوقيع لاسيما دوره في إثبات هوية المتعاقدين، وكذا دوره في إثبات التعبير عن الإرادة، والذي يمثل جوهر التراضي في التعاقد تقليدياً كان أو إلكترونياً، وقد اعترفت مختلف التشريعات للتوقيع الإلكتروني بحجية مساوية لحجية التوقيع التقليدي، وذلك متى استجمع جميع الشروط المتطلبة.

إلا أنه وقصد ضمان الأمان والموثوقية في التوقيع والكتابة الإلكترونيين ظهرت جهات التصديق الإلكتروني، وهي عبارة عن طرف ثالث محايد يؤكد على صحة صدور التوقيع المعبر عن إرادة صاحبه، وصحة بياناته، وفي ذلك عرضنا بالدراسة لتنظيم هذه الجهات ببيان السلطات القائمة على خدمة التصديق، وتحديد ضوابط ممارستها وذلك وفقاً للتشريع الجزائري.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما عرض هذا الفصل مختلف الالتزامات المترتبة على جهة التصديق الإلكتروني التي بمجرد الإخلال بها قامت مسؤوليتها العقدية تجاه الموقع، ومسؤوليتها التقصيرية تجاه الغير المعول على شهادة التصديق الإلكتروني التي أصدرتها.

أما الفصل الثاني فقد تناول تسوية منازعات التراضي في التعاقد الإلكتروني بتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المنازعات، من خلال عرض النظرية التقليدية في تحديده، وذلك بالتطرق لقانون الإرادة الذي باختياره صراحة أو ضمناً يحل مشكل التنازع بين القوانين، وفي حال غياب الاتفاق في تحديد القانون الواجب يسند النزاع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين، أو قانون الجنسية المشتركة، أو قانون مكان إبرام أو تنفيذ العقد، وهو ما يعرف بالإسناد الجامد، كما يمكن الاستناد للضوابط المرنة في تحديد القانون الواجب التطبيق، التي تعتمد على الأداء الفعال في العلاقة العقدية.

كما تم عرض النظرية المستحدثة في تحديده، والتي تقوم على إيجاد قانون موضوعي دولي إلكتروني موحد، يسري على جميع المنازعات التي تنشأ بصدد التجارة الإلكترونية، يمثل في مجمله مجموع القواعد التي تضع تنظيماً موحداً لجميع الروابط التي تنشأ عبر الأنترنت، والذي يستمد من المعاهدات والاتفاقيات الدولية، العادات والتقاليد، العقود النموذجية .

وتناول هذا الفصل أيضاً طرق فض منازعات التراضي في التعاقد الإلكتروني، وذلك من خلال بيان الجهة القضائية المختصة بالفصل فيها، والتي يمكن أن تكون محكمة موطن المدعى عليه، أو محكمة الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، أو محكمة محل إبرام أو تنفيذ العقد، إلا انه ونتيجة لعيوب الجهات القضائية في طول إجراءاتها وتعقيدها وكثرة تكاليفها، ظهرت طرق أخرى بديلة عنها تسعى إلى التسوية الودية لهذه المنازعات، ويعد للوساطة والتحكيم الإلكترونيين أهم هذه الوسائل.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الخاتمة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الخـاتمـة

في ختام بحثنا هذا ؛ و المتعلق بموضوع : التراضي في العقود الإلكترونية ، لا يسعنا إلا التأكيد مجدداً على أهمية هذا الموضوع ، لا سيما في ظل التطور التكنولوجي الهائل لوسائل الاتصال الحديثة ، والذي أدى إلى انتشار هذا النوع من العقود ، فبعد أن كانت العقود تبرم في بيئة تقليدية ؛ وتقوم على التواجد المادي لطرفي العلاقة العقدية ، صارت تتم عبر شبكة عالمية إفتراضية "شبكة الأنترنت" ، والتي اختصرت الزمان والمكان معاً ، وقيام عديد الدول بوضع تقنين لهذا النوع من المعاملات ، فالمسائل المتعلقة بأحكامها أضحت من المسائل الهامة التي تشغل فكر القانونيين ، ومحل نقاش لعدد من المؤتمرات القانونية المحلية والدولية.

ومع تزايد انتشار المعاملات التي تتم عبر شبكة الأنترنت غدت العقود الالكترونية طريقاً مألوفاً للتعاقد ، باعتبار المزايا الكثيرة التي أضحت توفرها للمتعاقدين ، مما أثار العديد من الإشكاليات القانونية على المستويين الوطني والدولي ؛ أهمها تلك المتعلقة بوجود التراضي على هذه العقود ، خاصة وأن التراضي يُعد ركناً أساسياً لتكوين العقد بصفة عامة ، ومنها بطبيعة الحال العقود الإلكترونية ، مما دفع بعد ذلك عديد المشرعين إلى تعديل قوانينهم التقليدية ؛ حتى تستوعب هذا النوع من المعاملات ، أو استحداث قوانين خاصة بهذه المعاملات.

لقد سبق وأن عرضنا في هذه الدراسة بعضاً من النتائج ، غير أننا نود في هذه الخاتمة أن يكون التقييم مجملاً ، بتقديم واستخلاص أهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها ، وذلك في قسمين أساسيين :

أ- النتـــائج:

من خلال دراستنا لهذا الموضوع أمكن الوصول إلى مجموعة من النتائج نجملها فيما يلي :

1 -إن أهم ما يميز العقود الإلكترونية عن غيرها من العقود التي تبرم بالطرق التقليدية هو الطابع اللامادي لشبكة الأنترنت ، إذ يتم التعبير عن الإرادة في إبرامها باستخدام وسائط إلكترونية ، مما ينتج عن ذلك إنعدام التواجد المادي لطرفي العقد في مجلس عقد حقيقي.

2 -الإرادة مسألة نفسية داخلية لا يمكن التعرف عليها إلا بالتعبير عنها بمظهر خارجي يدل عليها ، بأن يخرجها من عالم المشاعر والأفكار إلى حيز الوجود وذلك بأي وسيلة كاللفظ ، الإشارة ، الكتابة ...

3 -إجازة التشريعات الحديثة والقواعد العامة في القانون المدني التعبير الإلكتروني عن الإرادة ، وذلك بأن يتبادل أطراف العقد إرادتهما باستخدام الطرق والوسائل الإلكترونية ، فيكون الواحد منهما بعيدا عن الآخر ، بحيث قد ينتمي

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كل منها إلى دولة واحدة، كما قد ينتمي كل منهما لدولة غير الدولة التي ينتمي إليها الطرف الآخر، وهو ما يضفي صفة الدولية على هذا النوع من العقود.

4 -تطور موقف المشرع الجزائري بخصوص مسألة التعبير الإلكتروني عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني، من إجازته الضمنية ضمن أحكام القانون المدني، إلى إجازته صراحة من خلال القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

5 -تعد كل من رسالة البيانات والوكيل الإلكتروني الوسيلتين الشائعتين للتعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني.

6 -تصدر رسالة البيانات عن منشئها سواء أرسلها بنفسه، أو أرسلها شخص له صلاحية إرسالها كالوكيل.

7 -الوكيل الإلكتروني برنامج حاسوبي يقوم بإبرام العقود الإلكترونية بمجرد الاتصال به عبر الشبكة، من قبل وكيل إلكتروني أو من قبل أي شخص دونما حاجة لتدخل صاحب البرنامج.

8 -التعبير عن الإرادة في التعاقد إلكترونيا كان أو تقليديا إما يكون صريحا باللفظ أو الإشارة أو الكتابة، وإما أن يكون ضمنيا وذلك باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في الدلالة عن الإرادة، وفي مجال التعاقد الإلكتروني تعدد صور التعبير عن الإرادة بين نقل الكتابة كالبريد الإلكتروني والمواقع الإلكترونية، وبين نقل الصوت كالمحادثة ونقل الصوت والصورة كالمحادثة والمشاهدة.

9 -لا يتطلب التعبير عن الإرادة في إبرام العقد الإلكتروني أهلية خاصة عن تلك المطلوبة لإبرام العقد التقليدي، إلا أن الإشكال الذي يثور في هذا المجال هو كيفية التحقق من أهلية المتعاقدين باعتبارها مسألة فنية ودقيقة، وهو ما دفع إلى البحث عن وسائل للتحقق من أهلية التعاقد، ومن هذه الوسائل بطاقات الائتمان والجدار الناري إضافة إلى التوقيع الإلكتروني.

10 -لا يلحق الإرادة في التعاقد الإلكتروني جميع العيوب (غلط، إكراه، تدليس واستغلال)، وإنما يقتصر أثر بعضها دون الأخرى على هذه الإرادة، وذلك نظرا لصعوبة تطبيقها في مجال التعاقد الإلكتروني.

11 -تعد المفاوضات مرحلة ضرورية للوصول إلى التراضي على العقد، إلا أن هذه الأخيرة لم تحظى بالتنظيم في مختلف التشريعات، وتماشيا مع طبيعة التعاقد الإلكتروني فإنها تتم عبر الوسائط الإلكتروني وباستخدام ذات الوسائل التي يتم بهما الإيجاب والقبول، ويترتب على الدخول في المفاوضات إمكانية الوصول إلى إيجاب نهائي أو إيجاب معلق على شرط أو انتهائها دون أي نتيجة، وفيها يلتزم الأطراف بالاستمرار فيها حتى نهايتها، وإلا قامت المسؤولية التقصيرية لمن قطعها وذلك متى ثبت أنه قصد الإضرار بالطرف الآخر.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

12 -يتم التعبير عن الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني عن طريق شبكة الأنترنت، وفي ذلك يجب أن يكون الإيجاب واضحا بأن يتضمن كل البيانات المتعلقة بالعقد وبالسلعة أو الخدمة محل العقد وكذا طريقة إبرام العقد وفسخه، وان يكون باتا جازما ومحددا، أما بالنسبة للقبول فهو الآخر وجب أن يكون واضحا ومطابقا للإيجاب، وأن يصدر والإيجاب مازال قائما حتى ينعقد العقد.

13 -وجوب أن يكون الإيجاب بلغة المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في المعاملات، الذي في كثير من الأحيان لا يتسنى له فهم محتوى العرض، نظرا لكونه يصدر بلغة أجنبية عنه، وهو ما يستوجب ترجمة العروض إلى عدة لغات من بينها لغة المستهلك.

14 -إستنادا للقاعدة الفقهية لا ينسب لساكت قول، وإن كانت القواعد العامة تعتبر السكوت قبولا إذا لابسته ظروف معينة، فإنه لابد من معاملة السكوت ودوره في التعبير عن القبول الإلكتروني بحذر، ذلك أنه لا يمكن استنتاج القبول من مجرد سكوت العميل، إلا إذا اقترن بظرف آخر، يرجع دلالة السكوت على قبول العميل.

15 -يتيح التعاقد الإلكتروني إمكانية الخروج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، إذ يمكن للقابل أن يرجع عن قبوله، مما يؤدي إرجاع السلعة محل التعاقد، واسترداد الثمن، وذلك حماية للطرف القابل باعتباره الطرف الأضعف في المعاملة لنقص معرفته بمحل العقد، مقارنة بالموجب الذي يكون في الغالب الأعم محترفا.

16 -يعبر مجلس العقد الإلكتروني عن وحدة المكان والزمان، الأمر الذي يسمح للمتعاقدين تبادل الإيجاب والقبول بوضوح، لكونه يسمح لكل طرف أن يسمع ويرى الطرف الآخر.

17 -يقوم مجلس العقد على عنصرين، مادي يتمثل في الإطار المكاني للمجلس، والذي يمكن المتعاقدان من الالتقاء لتبادل التعبير عن الإرادة في التعاقد، وعنصر معنوي يتمثل في الإطار الزماني الذي يمنح للمتعاقدين وقت للتفكير والتروي قصد إبرام العقد.

18 -يعد عنصر الزمان والمكان المعيار الفاصل في تحديد مجلس العقد فيما إذا كان حقيقا أو حكميا، فيكون حقيقيا إذا تم التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان والمكان، ويكون حكميا إذا تم التعاقد بين غائبين.

19 -تتحدد طبيعة مجلس العقد في التعاقد الإلكتروني فيما إذا كان مجلس عقد حقيقي، أو حكمي حسب طبيعة الوسائط المستخدمة في إبرام العقد، فإذا تم استخدام البريد الإلكتروني، قد يكون تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان، متى تم التبادل الفوري للرسائل، وقد يكون تعاقد بين غائبين من حيث الزمان والمكان متى

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كان هناك فاصل في الرد على الرسالة، أما إذا كان التعاقد عن طريق الضغط على زر الموافقة، أو غرف المحادثة، أو مواقع الويب، كان تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان.

20 -يثبت التراضي عن طريق الكتابة والتوقيع الإلكترونيين، وهو ما يتماشى مع طبيعة التعاقد الإلكتروني، وفي ذلك أعطت مختلف التشريعات بما فيها المشرع الجزائري للكتابة والوقيع في الشكل الإلكتروني حجية مساوية لتلك التي يتمتع بها كل من التوقيع والكتابة التقليديين، وهو ما يعرف بمبدأ التعادل الوظيفي.

21 -إذا حدث تنازع بين السند الإلكتروني والسند الورقي كانت السلطة التقديرية للقاضي في إعطاء الأفضلية لأحدهما على الآخر .

22 -إن اللجوء إلى الكتابة والتوقيع الإلكترونيين في إثبات التراضي محفوف بالكثير من المخاطر كالقرصنة، الأمر الذي دفع إلى الاحتكام إلى طرف ثالث موثوق به، يوثق المعاملات بين طرفيها، وهو ما يتم عن طريق جهة التصديق الإلكتروني، التي تلعب دورا هاما في إثبات التصرفات، ويقوم نشاطها على وجود شخص طبيعي أو معنوي، تتوافر له إمكانيات فنية وتقنية ومالية، وترتكز مهمته في ضمان سلامة التصرف بوصول التعبير عن الإرادة دون تعديل أو تغيير من الطرف الآخر.

23 -ينشأ عن التراضي في التعاقد الإلكتروني عدة منازعات منها ما يتعلق بعيوب الإرادة، ومنها ما يتعلق بأهلية التعاقد، مما يثير مسألة في غاية الصعوبة وهي إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المنازعات، لا سيما وأن العقد الإلكتروني يتسم بالطابع الدولي، وفي ذلك يتحدد هذا القانون باختيار الطرفين صراحة، أوضمنا أين يتعين على القاضي البحث عن هذه الإرادة الضمنية، وذلك من خلال قرائن وعلامات متعددة لها صلة إما بالمتعاقدين أو العقد ذاته، ومنها مكان إبرام العقد، أو تنفيذه، أو الموطن المشترك للمتعاقدين، أو جنسيتهما المشتركة.

24 -إذا لم يتفق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق، وتعذر استخلاص إرادتهم، فإن تحديده يتم بإسناد الرابطة لضوابط جامدة معلومة لدى المتعاقدين (مكان إبرام العقد، أو تنفيذه، أو الموطن المشترك للمتعاقدين، أو جنسيتهما المشتركة)، أو بإسنادها إلى ضوابط مرنه كضابط الأداء المميز.

25 -يترتب على إعمال منهج تنازع القوانين على عقود التجارة الإلكترونية العديد من الصعوبات، والتي من بينها صعوبة التركيز المكاني، إضافة إلى صعوبة التحقق من هوية وإرادة المتعاقدين، وهو ما أدى إلى ظهور القانون الموضوعي الإلكتروني.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

26 -يطبق القانون الموضوعي الإلكتروني على منازعات العقود الإلكترونية التي تعد إشكالات التراضي واحدة منها، وتستقى قواعده من الممارسات التعاقدية والاتفاقيات الدولية وتقنيات السلوك والعقود النموذجية، إلا أن نقص قواعده وقصورها جعل هذه المنازعات بحاجة ماسة لقواعد الإسناد التقليدية برغم الصعوبات التي تحفها.

27 -يتحدد الاختصاص القضائي بالاستناد إلى عدة ضوابط بعضها شخصي كموطن وجنسية المدعى عليه، وبعضها الآخر ضوابط إقليمية تتمثل في مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه.

28 -تعتبر الوسائل الإلكترونية البديلة لحل المنازعات من أكثر الوسائل فعالية في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، لما تؤديه من استمرار للعلاقات بين الأفراد، وتجاوز ما يعترضهم بسرعة وتكلفة أقل.

29 -لا تختلف الوسائل الإلكترونية البديلة لحل المنازعات عن الوسائل البديلة التقليدية لفضها، سوى أنها تتم باستخدام وسائل الاتصال الحديثة.

30 -تمثل كل من الوساطة والتحكيم الإلكترونيين من الوسائل البديلة لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية، وفي ذلك تنتهي الوساطة باقتراح لتقريب وجهات نظر الخصوم، ولا يكون للمحضر الذي يحرره الوسيط حجية الأحكام القضائية، أما التحكيم الإلكتروني فهو تنظيم قضائي، ينتهي بحكم له آثار أو حجية الأحكام القضائية، وتتم الوساطة والتحكيم الإلكترونيين عن طريق مراكز متخصصة، مهمتها الأساسية تسوية المنازعات بين المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية.

ب- التوصيات:

بعد عرض هذه النتائج المتوصل لها، ارتأينا أن نورد بعض التوصيات المقترحات علها تسهم في تنظيم أحكام التراضي في التعاقد الإلكتروني، وذلك على النحو التالي:

1 -على المشرع الجزائري إعادة النظر في أحكام القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكتروني الذي اعتراه النقص، وذلك بتضمينه مختلف الجوانب المتعلقة بإبرام العقد الإلكتروني، خاصة منها القواعد المتعلقة بالإيجاب والقبول، وأهلية التعاقد وعيوب الإرادة، بل ليتسع أيضا آثاره.

2 -على المشرع الجزائري أن ينظم ويبين طرق وصور التعبير عن الإرادة، وذلك في قانون التجارة الإلكترونية، أو تعديل وتطويع أحكام النظرية العامة للعقد لتستوعب ذلك.

3 -ينبغي على المشرع الجزائري تحديد ما إذا كانت جميع التصرفات يجوز فيها التعبير إلكترونيا عن الإرادة، أم أن هناك تصرفات مستثناة كما فعلت التشريعات الأخرى.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

4 -ضرورة تعديل القانون المدني، وذلك بدراج أحكام قانونية تنظم مرحلة المفاوضات باعتبارها مرحلة مهمة في كافة العقود، ولما لها من الأهمية في تسهيل إبرام المعاملات لا سيما الدولية منها.

5 -تعديل قانون حماية المستهلك وقمع الغش بإضافة مواد قانونية تكفل حماية المستهلك الإلكتروني، وذلك من خلال الاعتراف له بحق الرجوع عن العقد الذي سبق وأن أبرمه.

6 -يجب على المشرع أن يعدل قواعد الاسناد من خلال إضافة نصوص قانونية تحدد وبشكل دقيق القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني.

7 -على المشرع الجزائري تفعيل سلطات التصديق الإلكتروني التي نص عليها في القانون 04/15 المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، وتمكينها من آداء مهامها خاصة في ظل التزايد والانتشار الواسع للمعاملات الإلكترونية.

8 -ينبغي على المشرع الجزائري أن يقوم بتعديل أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية ليستوعب طرق التسوية الودية لمنازعات عقود التجارة الإلكترونية خاصة منها التحكيم والوساطة الإلكترونيين.

9 -ضرورة تكوين رجال القضاء والمحامون حتى يكون كل منهم مواكبا للتطورات الحاصلة، بما يكفل آداء مهامهم بسهولة في حل منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

10 -تشجيع أفراد المجتمع توعيتهم بضرورة استخدام الوسائط الإلكترونية الحديثة في مختلف تعاملاتهم اليومية، لمال لها من المزايا التي توفر علهم الجهد والوقت وقلة التكاليف إضافة إلى ديمومة الاتصال.

ويخضع في تنظيمه لذات القواعد العامة لنظرية العقد، إلا أن هذه الأخيرة ونظرا لخصوصية العقد الإلكتروني بصفة عامة والتراضي بصفة خاصة تبقى عاجزة عن حكم بعض المسائل المتعلقة به، وذلك راجع إلى نقص أحكامها.

في الختام **أحمد الله سبحانه وتعالى** أولاً وأخراً على فضله وتوفيقه لي في إعداد هذا الدراسة، وإن كنت أقدمها وأنا كلي شفقة على نفسي من خطأ لم أقصده. **وآخر دعوانا أن الحمد لله تعالى رب العالمين.**

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قائمة المصادر والمراجع

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قائمة المصادر والمراجع

أولا– القرآن الكريم.

ثانيا–النصوص القانونية:

أ– النصوص القانونية الوطنية:

1 -الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: العدد 78، بتاريخ 24 رمضان 1395 الموافق 30 سبتمبر 1975). المُعدل والمتمم بالقانونين:

-القانون رقم 10/05 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 الموافق 20 يونيو 2005، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: العدد 44، بتاريخ 19 جمادى الأولى 1426 الموافق 26 يونيو 2005).

-القانون رقم 05/07 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق 13 ماي 2007، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: العدد31، بتاريخ 25 ربيع الثاني 1428 الموافق 13 مايو 2007).

2 -الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: العدد 101، بتاريخ 16 ذي الحجة 1395 الموافق 19 ديسمبر 1975). المُعدل والمتمم بموجب القانون رقم 02/05 المؤرخ في 27 ذي الحجة 1425 الموافق 2005/02/06، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: العدد 11، بتاريخ 30 ذي الحجة 1425 الموافق 2005/02/09).

3 - القانون رقم 84 -11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 -02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فيفري 2005، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: العدد 24، بتاريخ 12 رمضان 1404 الموافق 12 جوان 1984).

4 - القانون رقم 03/2000 المؤرخ في 5 جمادى الأولى لعام 1421 الموافق لـ5 أوت 2000 المحدد للقواعد المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: العدد 48، بتاريخ 8 جمادى الأولى 1421 الموافق 6 أوت 2000).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

5 - الأمر 06/03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424 الموافق 19 جويلية 2003 المتعلق بالعلامات التجارية، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: العدد 43، بتاريخ 23 جمادى الأولى 1424 الموافق 23 جويلية 2003).

6 - القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فيفري 2008م المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية: العدد 21، المؤرخة في 17 ربيع الثاني 1429 الموافق 23 أفريل 2008).

7 - القانون رقم 03/09 المؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: العدد 15، بتاريخ 11 ربيع الأول 1430 الموافق 8 مارس 2009).

8 - القانون رقم 04/15 المؤرخ في 11 ربيع الثاني 1436 الموافق 1 فيفري 2015 المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: العدد 06، بتاريخ 20 ربيع الثاني 1436 الموافق 10 فيفري 2015).

9 - القانون رقم 05/18 المؤرخ في 24 شعبان 1439 الموافق 10 مايو 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: العدد 28، بتاريخ 30 شعبان 1439 الموافق16 مايو 2018).

10 - المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المؤرخ في 3 رجب 1410 الموافق 30 يناير 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية: العدد 05، بتاريخ 4 رجب 1410 الموافق 31 يناير 1990).

11 - المرسوم التنفيذي رقم 90 - 266 المؤرخ في 25 صفر 1411 الموافق 15 سبتمبر1990 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات ، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: العدد 40، بتاريخ29 صفر 1411 الموافق 19 سبتمبر 1990).

12 -المرسوم التنفيذي رقم 100/09 المؤرخ في 13 ربيع الأول 1430 الموافق 10 مارس2009 الذي يحدد كيفيات تعيين الوسيط القضائي، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية: العدد 16، بتاريخ 18 ربيع الأول 1430 الموافق 15 مارس 2009)،

13 -المرسوم التنفيذي رقم 162/07 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1428 الموافق 30 مايو 2007 المُعدل والمتمم للمرسوم 123/01 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد: 37، المؤرخة في 21 جمادى الأولى 1428 الموافق 7 جوان 2007).

14 -المرسوم التنفيذي رقم 134/16 المؤرخ في 17 رجب 1437 الموافق لـ 25 أفريل 2016 المتعلق بتنظيم المصالح التقنية والادارية للسلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني وسيرها مهامها، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: العدد 26، بتاريخ 20 رجب 1437 الموافق 28 أفريل 2016).

15 - المرسوم التنفيذي رقم 135/16 المؤرخ في 17 رجب 1437 الموافق 25 أفريل 2016 المتعلق بتحديد طبيعة سلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني وتشكيلها وتنظيمها وسيرها، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 26، بتاريخ 20 رجب 1437 الموافق 28 افريل 2016).

ب- نصوص قانونية دولية:

1 - قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (بصيغته التي اعتمدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 21 جوان 1985، مع التعديلات المعتمدة في 7 جويلية سنة 2006، منشورات الأمم المتحدة، فيينا، 2008، الموقع الإلكتروني: **www. uncitral.un.org**

2 -قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع 1996، ومع المادة الإضافية 5 مكرر بصيغتها المعتمدة في عام 1998، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، 2000، الموقع الإلكتروني: **www. uncitral.un.org**

- قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لسنة 2002، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، 2004، الموقع الإلكتروني: **www. uncitral.un.org**

ج- النصوص القانونية الأجنبية :

1 -القانون رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي (جريدة الرائد الرسمي للجمهورية التونسية: العدد 64، بتاريخ 11 أوت 2000).

2 - القانون رقم 85 لسنة 2001. المتعلق بالمعاملات الإلكترونية، (الجريدة الرسمية للملكة الأردنية الهاشمية: العدد 4542، بتاريخ 31 ديسمبر 2001).

3 - القانون رقم 02 لسنة 2002 المتعلق بقانون التجارة الإلكترونية، (الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة، حكومة دبي: عدد خاص رقم 277، السنة السادسة والثلاثون، بتاريخ 16 فيفري 2002).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

4 - المرسوم السلطاني رقم 2008/69 المتضمن قانون المعاملات الإلكترونية، (الجريدة الرسمية لسلطنة عُمان: العدد 864، بتاريخ 17 مايو 2008).

ثالثا-المؤلفات:

أ-باللغة العربية:

1 -أحمد السعيد الزقرد، **أصول قانون التجارة الدولية البيع الدولي للبضائع**، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، 2007.

2 -أحمد خالد العجلوني، **التعاقد عن طريق الأنترنت – دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002.

3 -أحمد سي علي، **مدخل للعلوم القانونية -دروس في النظرية العامة للحق**، الطبعة الأولى، دار الأكاديمية، الجزائر، 2011/ 2012.

4 -أحمد عزمي الحروب، **السندات الرسمية الإلكترونية**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.

5 -أسامة أبو الحسن مجاهد، **التعاقد عبر الانترنت**، دار الكتب القانونية، مصر، 2002.

6 -أسامة أحمد بدر، **حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005.

7 -أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، الجزء الأول، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

8 -إلياس ناصيف، **العقود الدولية (العقد الالكتروني في القانون المقارن)**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.

9 -آمانج رحيم أحمد، **التـراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنيت**، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006.

10 -أمير طالب الشيخ التميمي، **الإطار القانوني لعقود بنك المعلومات** – دراسة قانونية مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

11 - أنور سلطان، **مصادر الالتزام في القانون المدني – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2015.

12 -إياد أحمد سعيد الساري، **النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016.

13 -أيسر صبري ابراهيم، **إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2015.

14 -باسم محمد سرحان ابراهيم، **مجلس عقد البيع بين النظرية والتطبيق**، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.

15 -بسام أحمد الطراونة وباسم محمد ملحم، **مبادئ القانون التجاري**، الطبعة الثانية، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، 2012.

16 -بسمان نواف الراشدي، **عقود التجارة الإلكترونية وقواعد إبرامها**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2015.

17 -بشار دودين، **الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006.

18 -بشار طلال مومني، **مشكلات التعاقد عبر الانترنت -دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، علم الكتب الحديث، إربد، الأردن، 2004.

19 -بلال عدنان بدر، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية -دراسة مقارنة**، مكتبة بدران الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2017.

20 -بوضياف عادل، **الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، الجزء: 2، إصدار كليك للنشر، الطبعة الأولى، الجزائر، 2012.

21 -ثروت عبد الحميد، **التوقيع الإلكتروني**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.

22 -جعفر ذيب المعاني، **التحكيم الإلكتروني ودور القضاء الوطني في تفعيله**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

23 -جلال عايد الشورى، **وسائل الدفع الإلكتروني**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.

24 -حسن الهداوي، **القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) المبادئ العامة وتحليل الوضعية في القانون الأردني**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997.

25 -حسن عبد الباسط جميعي، **إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الأنترنت**، دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر، 2000.

26 -حمودي محمد ناصر، **العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.

27 -خالد عمر زريقات، **عقد البيع عبر الإنترنت**، دراسة تحليلية، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.

28 -خالد ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.

29 -ـــــــــــــ، **التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008.

30 -دربال عبد الرزاق، **الوجيز في النظرية العامة للالتزام -مصادر الالتزام**، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، دون تاريخ.

31 -دريد محمود علي، **النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام – دراسة تحليلية**، القسم الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.

32 -رحيمة الصغير ساعد نمديلي، **العقد الإداري الإلكتروني – دراسة تحليلية مقارنة**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.

33 -رمضان أبو السعود، **مصادر الالتزام**، الطبعة الثالثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003.

34 -رنا سمير اللحام، **السلطات الإدارية المستقلة**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2015.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

35 -زياد خليف العنزي، **المشكلات القانونية لعقود التجارة الإلكترونية**، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.

36 - ــــــــــــــ ، **المعاملات الإلكترونية والقانون الدولي الخاص**، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.

37 -سعيد سعد عبد السلام، **المدخل في نظرية القانون**، الطبعة الأولى، مطابع الولاء الحديثة، المنوفية، مصر، 2003/2002.

38 -سلطان عبد الله الجواري، **عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق -دراسة قانونية مقارنة**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.

39 -سليم سعداوي، **عقود التجارة الإلكترونية – دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

40 - سمير حامد عبد العزيز الجمال، **التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة -دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.

41 -سمير عبد السميع الأودن، **العقد الإلكتروني**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005.

42 -شحاتة غريب شلقامي، **إشكالات اتفاق التحكيم – دراسة مقارنة**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015.

43 - شريف محمد غانم، **الوكيل الإلكتروني في التجارة الإلكترونية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012.

44 -شيراز عزيز سليمان، **حسن النية في إبرام العقود**، الطبعة الأولى، منشورات دار دجلة، عمان، الأردن، 2008.

45 -صفاء فتوح جمعة فتوح، **منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء و التحكيم –آليات فض المنازعات**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013.

46 -صالح المنزلاوي، **القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الإلكترونية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

47 -طارق كاظم عجيل، **ثورة المعلومات وانعكاساتها على القانون المدني – دراسات وبحوث**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.

48 -طالب حسن موسى، **قانون التجارة الدولية**، الطبعة السابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.

49 -طلال ياسين العيسى وسهى يحيى الصباحين، **العقد الإلكتروني**، دار البيروني للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.

50 -عابد فايد عبد الفتاح فايد، **الكتابة الإلكترونية في القانون المدني بين التطور القانوني والأمن التقني – دراسة في الفكرة القانونية للكتابة الإلكترونية ووظائفها في القانون المدني**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2014.

51 -عادل رمضان الأبيوكي، **التوقيع الإلكتروني في التشريعات الخليجية**، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2009.

52 -عباس العبودي، **تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان. 2010.

53 - ــــــــــــ ، **شرح أحكام قانون الإثبات المدني**، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.

54 -عبد الباسط جاسم محمد، **إبرام العقد عبر الأنترنت**، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010،

55 - ــــــــــــ ، **تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية – دراسة مقارنة** ، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2014.

56 -عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام،(مصادر الالتزام)**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون تاريخ.

57 -عبد الصبور عبد القوي علي مصري، **التنظيم القانوني للتحكيم الالكتروني**، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، السعودية، 2013.

58 -عبد الله نوار شعت، **الإثبات والالتزامات في العقود الإلكترونية**، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2017.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

59 - عبد الفتاح بيومي حجازي، **النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2002،

60 - ـــــــــــــ ، **مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية**، المجلد الأول، قانون التجارة الإلكترونية والمبادلات التونسي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2004.

61 -عبد القادر الفار، **مصادر الالتزام**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.

62 -عجة الجيلالي، **مدخل للعلوم القانونية – نظرية القانون**، الجزء الأول، برتي للنشر، الجزائر، 2009.

63 - ـــــــــــــ ، **مدخل للعلوم القانونية**، الجزء الثاني، نظرية الحق، برتي للنشر، الجزائر، 2009.

64 -علاء الدين عشي، **مدخل للقانون الإداري، الجزء الأول، التنظيم الإداري**، دار الهدى للنشر والطباعة والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2008.

65 -عدنان بن صالح العمر وحسني صالح عمارين، **الأصول القانونية للتجارة الدولية**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2017.

66 -عصام أحمد البهجي، **التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2017.

67 - عصام عبد الفتاح مطر، **التحكيم الإلكتروني**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009.

68 - ـــــــــــــ ، **التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015.

69 -علاء أبا ريان، **الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية – دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.

70 -علاء الدين عشي، **مدخل للقانون الإداري، الجزء الأول، التنظيم الإداري**، دار الهدى للنشر والطباعة والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2008.

71 -علاء محمد الفواعير، **العقود الإلكترونية - التراضي التعبير عن الإرادة**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014.

72 -علاء محمد عبد نصيرات، **حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

73 -علي أحمد صالح، **المفاوضات في العقود التجارية الدولية**، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

74- علي فيلالي، **الالتزامات - النظرية العامة للعقد**، الطبعة الثانية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

75 - علي كحلون، **النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزامات، أحكام الالتزامات**، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015.

76 -عليوش قربوع كمال، **التحكيم التجاري الدولي في الجزائر**، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

77 -عمار بوضياف، **النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري**، الطبعة الأولى، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

78 - ــــــــــــ ، **المدخل للعلوم القانونية – النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري**، الطبعة الرابعة، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.

79 -عمر سعد الله، **قانون التجارة الدولية – النظرية المعاصرة**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

80 -عيسى غسان ربضي، **القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني**، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.

81 -فاتن حسين حوى، **الوجيز في قانون حماية المستهلك**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.

82 -فادي محمد عماد الدين توكل، **عقد التجارة الالكترونية**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.

83 -فتحي عبد الرحيم عبد الله، **شرح النظرية العامة للالتزام**، الكتاب الأول: مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001.

84 -فخري أبو صفية، **الإكراه في الشريعة الإسلامية**، شركة الشهاب للنشر والتوزيع، الجزائر، 1982.

85 - فوزي محمد سامي، **التحكيم التجاري الدولي**، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

86 - كميت طالب البغدادي، **الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان – المسؤولية الجزائية والمدنية**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن، 2008.

87 -كوثر سعيد عدنان خالد، **حماية المستهلك الإلكتروني**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012.

88 -لزهر بن سعيد، **النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ،دون تاريخ.

89 -لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.

90 -لورنس محمد عبيدات، **إثبات المحرر الإلكتروني**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.

91 - لينا إبراهيم يوسف حسان، **التوثيق الإلكتروني ومسؤولية الجهات المختصة به**، الطبعة الأولى، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.

92 -ماجد محمد سليمان أبا الخيل، **العقد الإلكتروني**، الطبعة الأولى ، مكتبة المرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية ،2009.

93 -محمد ابراهيم أبو الهيجاء، **التحكيم الالكتروني**، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.

94 -محمد أحمد علي المحاسنة، **تنازع القوانين في العقود الإلكترونية** -دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2013.

95 -محمد أمين الرومي، **التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت**، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2004.

96 - ـــــــــــ ، **النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.

97 - ـــــــــــ ، **النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني**، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.

98 - محمد تقية، **الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984.

99 -محمد حسين منصور، **المسؤولية الإلكترونية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003.

100 - ـــــــــــ ، **الإثبات التقليدي والإلكتروني** ،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

101 -محمد سعيد جعفور، **تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني والفقه الإسلامي**، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.

102 - ـــــــــــــ ، **نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.

103 -محمد شعبان إمام سيد، **التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية**، الطبعة الأولى، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014.

104 - محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني -النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام: العقد والإرادة المنفردة – دراسة مقارنة في القوانين العربية**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، دون تاريخ.

105 - ـــــــــــــ ، **شرح القانون المدني الجزائري: مصادر الالتزام -الواقعة القانونية**، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004.

106 - ـــــــــــــ ، **الواضح في شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزامات - أحكام الالتزام – دراسة مقارنة في القوانين العربية**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، عين مليلة، الجزائر، 2010.

107 -محمد عبد الرحيم الشريفات، **التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت -دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.

108 -محمد فواز محمد المطالقة، **الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006، .

109 -محمد محمد سادات، **حجية المحررات الموقعة إلكترونيا في الإثبات -دراسة مقارنة**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015.

110 -محمد نصر محمد، **الوافي في عقود التجارة الدولية**، دار الراية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2013.

111 -محمود علي الرشدان، **الغبن في القانون المدني – دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

112 -محمود السيد عمر التحيوي، **الطبيعة القانونية لنظام التحكيم**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2003.

113 -محمود مختار أحمد بريري، **التحكيم التجاري الدولي**، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.

114 -مصطفى أحمد أبو عمرو، **مجلس العقد الإلكتروني – دراسة مقارنة –** ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.

115 -مناني فرح، **العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2009.

116 -مولاي حفيظ علوي قاديري، **إشكالات التعاقد في التجارة الإلكترونية**، الطبعة الأولى، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، المغرب، 2013.

117 - ــــــــــــــ ، **طرق فض المنازعات في التجارة الالكترونية والوسائل البديلة لها -دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، الدار البيضاء، المغرب، 2013،

118 -نادية ياس البياتي، **التوقيع الإلكتروني عبر الأنترنت ومدى حجيته في الاثبات**، الطبعة الأولى، دار البداية، الأردن، 2014.

119 -ناهد فتحي الحموري، **الأوراق التجارية الإلكترونية -دراسة تحليلية مقارنة**، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2010.

120 -نبيل اسماعيل عمر، **التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية الدولية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.

121 -نسرين شريقي، **حقوق الملكية الفكرية**، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2014.

122 -نضال سليم برهم، **أحكام عقود التجارة الإلكترونية**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.

123 - هادي مسلم يونس البشكاني، **التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية - دراسة مقارنة**، دار الكتب القانونية و دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

124 -هشام بشير وابراهيم عبد ربه ابراهيم، **التحكيم الإلكتروني**، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2012.

125 -وائل حمدي أحمد، **الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية**، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2015.

126 - وليد صلاح مرسي رمضان، **القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الاسلامي والقانون المدني**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009.

127 -يوسف أحمد النوافلة، **الإثبات الإلكتروني في المواد المدنية والمصرفية**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.

128 -يوسف حسن يوسف، **العقود التجارية الإلكترونية الدولية**، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2012.

ب-باللغات الأجنبية:

1-Chiheb Ghazouani**, Le contrat de commerce électronique international,** Latrach édition**,** Tunis, 2011.

2-Patrick Canin**, Droit civil – les obligations,** 3eme édition**,** Hachette livre**,** Paris**,** 2002.

3-Vincent Heuzé**,** Traité des contrats – **La vente internationale de marchandises, droit uniforme ,** édition DELTA, Beyrouth, Liban, 2000.

رابعا-المقالات:

أ- باللغة العربية:

1 -إبراهيم اسماعيل إبراهيم، "فعالية قرار التحكيم الالكتروني"، **مجلة جامعة بابل**، كلية العلوم الانسانية، جامعة العراق، المجلد: 21، العدد: 2، 2013.

2 -أحمد رباحي،" المبادئ العامة لحق العدول عن العقد وفق التوجيه الأوروبي رقم 83 -2011 المتعلق بحقوق المستهلكين وقانون الاستهلاك الفرنسي"، **مجلة الدراسات القانونية والسياسية**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي بالأغواط، العدد: 3، جانفي 2016.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

3 - أسامة بن غانم العبيدي، "التصديق الإلكتروني وتطبيقاته في النظام السعودي"، **مجلة القضائية**، السعودية، العدد 4، رجب 1433هـ.

4 - ـــــــــــــ ، "حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات"، **المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب**، جامعة نابف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، المجلد :28، العدد: 56، 2012.

5 -أسعد فاضل منديل، "النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني"، **مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية**، جامعة القادسية، العراق، لمجلد: الرابع، العدد: الثاني، 2011،

6 -أقدس صفاء الدين رشيد البياني، "إعفاء مزود خدمة التصديق الإلكتروني من المسؤولية المدنية"، **مجلة الحقوق**، جامعة المستنصرية، العراق، المجلد: 5، العدد: 20، 2013.

7 - ـــــــــــــ ، " التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني - دراسة قانونية مقارنة"، **المجلة الأكاديمية للبحث القانوني**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، المجلد: 13، العدد: 1، 2016.

8 -ألاء يعقوب النعيمي، "الوكيل الإلكتروني - مفهومه وطبيعته القانونية"، **مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية**، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، المجلد: 7، العدد: 2، يونيو 2010.

9 - ـــــــــــــ ، "التصديق على التوقيع الإلكتروني: مفهومه والعلاقات الناشئة عنه، **مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية**، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، العدد: الأول، 2011.

10 -آلاء يعقوب يوسف، "الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية"، **مجلة كلية الحقوق**، جامعة النهرين، العراق، المجلد: 14، العدد :الثامن، 2005.

11 -الطيب زيروتي، "مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية"، **المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية**، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزء: 36، العدد: 3، 1988.

12 -أمال عبد الجبار حسوني، "التعاقد عبر البريد الإلكتروني وإثباته"، **مجلة الحقوق**، جامعة المستنصرية، العراق، المجلد :5، الإصدار: 20، سنة 2013.

13 -أم كلثوم صبيح محمد، "المفاوضات الممهدة للتعاقد – ماهيتها وأحكامها"، **مجلة كلية الحقوق**، جامعة النهرين، العراق، المجلد: 16، العدد: 3، 2014.

14 -أيمن خالد مساعدة، "التوقيع الرقمي وشهادة التوثيق – المفهوم والآثار القانوني"، **مجلة المنارة**، المجلد: 11، العدد: 4، سنة 2005.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

15 -إيناس مكي عبد نصار، "التفاوض الإلكتروني دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة"، **مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية**، بابل، العراق، المجلد: 21، العدد: 3، 2013.

16 -إيناس هاشم رشيد، "التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية"، **مجلة رسالة الحقوق**، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، العدد: 2، 2009.

17 -باخويا إدريس، "الاختصاص والقانون الواجب التطبيق في منازعات التجارة الإلكترونية"، **مجلة القانون والمجتمع**، جامعة أدرار، العدد: 1، جوان 2013.

18 -بخالد عجالي، "حق المستهلك الإلكتروني في التراجع عن العقد وأثره على النظرية العامة للعقد في ظل نظريات القانون الاقتصادي"، **مجلة الحقوق والحريات**، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد: الرابع، أفريل 2017.

19 - براهمي حنان، "المحررات الالكترونية كدليل إثبات"، **مجلة المفكر**، جامعة محمد خيضر - بسكرة، العدد: 9، 2013.

20 -بلاق محمد، "ضوابط الإسناد ومدى فاعليتها اتجاه منازعات عقود التجارة الإلكترونية"، **مجلة المعيار**، المركز الجامعي تيسمسيلت، المجلد: 5، العدد: 10، 2014.

21 - ــــــــــــ ، "ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات العقود الإلكترونية بين الاتجاهين التقليدي والحديث"، **مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية**، جامعة ابن خلدون - تيارت، المجلد: 2، العدد: 4، 2016.

22 -بوشليف نور الدين، "التراضي عبر البريد الإلكتروني e-mail وأثره على صحة عقد الزواج"، **مجلة أبحاث قانونية وسياسية**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي -جيجل، العدد: 2، 2018.

23 -بن جديد فتحي، "مدى حجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين في إثبات العقد المبرم عبر الأنترنت"، **مجلة دراسات قانونية**، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات و الخدمات التعليمية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، العدد: 16، جانفي 2013.

24 -بوقرة أحمد، "البيانات الواجب توافرها في حكم التحكيم الإلكتروني"، **مجلة الدراسات القانونية**، مخبر السيادة والعولمة، جامعة المدية، العدد: الأول، 2018.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

25 -تومي هجيرة، "التحكيم الإلكتروني كتجربة لتطوير آليات التحكيم"، **مجلة صوت القانون**، مخبر نظام الحالة المدنية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، العدد: السابع، الجزء الثاني، 2017، . النزاع وأثرها على التجارة الدولية"، **مجلة رسالة الحقوق**، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، العدد الخاص بالمؤتمر العاشر، 2013.

26 -حسين بن محمد المهدي، القوة الثبوتية للمعاملات الإلكترونية، **مجلة البحوث القضائية**، المحكمة العليا، الجمهورية اليمنية، العدد: 7، 2007.

27 -حسين محمد عبد الظاهر، " الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد"، **مجلة الحقوق**، مجلس النشر العلمي -جامعة الكويت، الكويت، العدد :2، 1998.

28 -حمودي محمد ناصر، "نزاعات العقود الإلكترونية -أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل"، **مجلة معارف**، جامعة أكلي محند أولحاج -البويرة، السنة: الثالثة، العدد: 5، 2008.

29 -حوالف عبد الصمد، "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية"، **مجلة الحقيقة**، جامعة أحمد دراية -أدرار، العدد: 31، 2014.

30 -خلفي عبد الرحمان،" حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري – دراسة مقارنة"، **مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)**، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، المجلد: 27، العدد: الأول، 2013.

31 -خليفي سمير، "القواعد الموضوعية لتنظيم عقود التجارة الإلكترونية"، **المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية**، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، المجلد: 2، العدد: 2، 2016.

32 -رامي محمد علوان، "التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني"، **مجلة الحقوق**، مجلس النشر العلمي -جامعة الكويت، الكويت، العدد: 4، السنة: 26، 2002.

33 -رغد فوزي عبد، "الشكلية في العقد الإلكتروني(شرط للانعقاد أم للإثبات"، **مجلة الكلية الإسلامية الجامعة**، الكلية الإسلامية الجامعة، النجف الأشرف، العراق، العدد: 33، 2015.

34 -رنا سلام أمانة، "مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة في عقد البيع في القانون المدني العراقي"، **مجلة الحقوق**، جامعة النهرين، العراق، المجلد: 14، الإصدار: 2، 2012، ص 199.

35 -رؤى عبد الستار صالح، "الإيجاب في العقود الإلكترونية"، **مجلة الحقوق**، جامعة المستنصرية، العراق، المجلد: 4، العدد: 13 -14، 2011 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

36 -زروق يوسف، "مكانة الكتابة الإلكترونية في الإثبات -دراسة مقارنة، **مجلة المعيار**، المركز الجامعي - تيسمسيلت، العدد: 06، ديسمبر 2012.

37 -زعبي عمار، "الحق في العدول عن التعاقد ودوره في حماية المستهلك"، **مجلة المفكر**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد: التاسع، 2013.

38 -زهرة كيسي، "النظام القانوني لجهات التوثيق التصديق الإلكتروني"، **مجلة دفاتر السياسة والقانون**، جامعة قاصدي مرباح -ورقلة، العدد: 7، 2012.

39 -زياد طارق جاسم الراوي، "التراضي الالكتروني -دراسة مقارنة"، **مجلة جامعة كربلاء العلمية**، جامعة كربلاء، العراق، المجلد: 7، العدد: 1، إنساني، 2009.

40 -زياد محمد فالح بشابشة وأحمد الحراكي وعماد قطان، "دور إرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون واجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية وفقاً للقانون الأردني -دراسة مقارنة"، **مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات**، فلسطين، الجزء: 1، العدد: الثلاثون، 2013.

41 -زيد حمزة مقدم، "النظام القانوني للتوثيق الإلكتروني -دراسة مقارنة"، **مجلة الشريعة والقانون والدراسات الاسلامية**، كلية الشريعة والقانون، جامعة افريقيا العالمية، السودان، السنة :12، العدد :24، أغسطس 2014، ص 135.

42 -سعد حسين عبد ملحم، " التفاوض بالعقود عبر شبكة الأنترنت"، **مجلة كلية الحقوق**، جامعة النهرين، العراق، المجلد: 12، العدد: 8، 2005،

43 -سعدي الربيع، "موقف الشريعة من الإثبات بالكتابة الإلكترونية"، **مجلة دراسات و أبحاث**، جامعة زيان عاشور -الجلفة، العدد: 25 ، السنة: الثامنة، ديسمبر2016.

44 -سليمان براك دايح، "الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك"، **مجلة كلية الحقوق**، جامعة النهرين، العراق، المجلد: 14، الإصدار: 8، 2005.

45 -سيار عز الدين، "تأثير البيئة الإلكترونية على صحة رضا المستهلك"، **المجلة الجزائرية للحقوق**، المركز الجامعي أحمد يحي الونشريسي، تيسمسيلت، العدد: 3، جوان 2017.

46 -سيف الدين إلياس حمدتو، "التحكيم الإلكتروني"، **مجلة العلوم القانونية والادارية**، المركز الجامعي بالوادي ، العدد: 3، جوان 2011.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

47 -سي يوسف زاهية حورية، "حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني"، **مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية**، المركز الجامعي لتامنغست، المجلد: 7، العدد: 2، سنة 2018.

48 -صدام فيصل المحمدي، " التفاوض على العقد بين الحرية والتقييد"، دراسة مقارنة، **مجلة كلية الحقوق**، جامعة النهرين، العراق، المجلد: 1، الإصدار: 1، 2009.

49 -طارق كاظم عجيل، "أحكام الأهلية في المعاملات الإلكترونية"، **مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين**، العراق، المجلد: 1، العدد: 1، 2009.

50 - عبد الرسول عبد الرضا الأسدي وعلي عبد الستار أبو كطيفة، "الضوابط العامة للاختصاص القضائي الدولي في منازعات التجارة الدولية – دراسة مقارنة"، **مجلة العلوم الإنسانية**، كلية التربية للعلوم الإنسانية، جامعة بابل، العراق، المجلد: 22، العدد: الرابع، ديسمبر 2015.

51 -عقيل فاضل محمد الدهان، "الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني"، **مجلة كلية الحقوق** ، جامعة النهرين، العراق، المجلد: 18، الإصدار: 10، سنة 2007.

52 -عقيل فاضل محمد الدهان ومنقذ عبد الرضا الفردان، "الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني"، **مجلة أهل البيت**، جامعة أهل البيت، العراق، المجلد: الأول، العدد: 8 ، 2009.

53 -علي أبو مارية، "التوقيع الإلكتروني ومدى قوته في الإثبات"، **مجلة جامعة الخليل للبحوث**، جامعة الخليل، فلسطين، المجلد :15، العدد: 2، 2010.

54 -عيسى الصمادي، "الإثبات في عقد التكنولوجيا الإلكتروني عبر شبكة الأنترنت"، **مجلة دراسات قانونية**، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات و الخدمات التعليمية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ، العدد 6، 2010.

55 -غني ريسان جادر الساعدي، "النظام القانوني للوكيل الإلكتروني"، **مجلة أهل البيت**، جامعة أهل البيت، العراق، العدد: الخامس، 2007.

56 -فراس بحر محمود، "التعبير الإلكتروني عن الإرادة"، **مجلة كلية الحقوق** ، جامعة النهرين، العراق، العدد: 3، المجلد: 16، 2014.

57 -فراس كريم شيعان وهند فائز أحمد، "الوساطة في المنازعات الإلكترونية"، **مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية و السياسية**، جامعة بابل، العراق، السنة: السادسة، العدد: الثالث، 2014.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

58 -فلاح سفيان وفرفاق معمر،" الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني"، **مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية**، جامعة إبن خلدون تيارت، المجلد: 3، العدد: 2، 2018.

59 -فهد بن عبد العزيز الداود، "الاختصاص القضائي في عقد التجارة الإلكترونية"، **مجلة العدل**، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، العدد: 60، السنة: 15، شوال 1434 هـ.

60 -فيصل الشوابكة،" النظام القانوني للعقد الإداري الإلكتروني"، **مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية**، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، المجلد: 21، العدد: 2، سنة 2013.

61 -قارة مولود، "التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية"، **مجلة دراسات للمعلومات**، جمعية المكتبات و المعلومات، السعودية، العدد: الثالث، 2008.

62 - كراش ليلى، "حماية رضا المستهلك في ظل قواعد حماية المستهلك"، **حوليات جامعة الجزائر 1**، العدد: 31، الجزء: الرابع، 2017.

63 -كريم مزعل شبي وثامر داوود عبود خضير الشافعي، "النظرية الشخصية المحددة لدور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق"، **مجلة العلوم القانونية**، كلية الحقوق، جامعة بغداد، العراق، المجلد: 32، العدد: الثاني، 2017.

64 -كوثر مجدوب، "حدود الإرادة في تحديد القانون الواجب تطبيقه على العقد الإلكتروني الاستهلاكي"، **مجلة تاريخ العلوم**، تصدر بجامعة الجلفة بالتنسيق العلمي مع مخبر الدراسات التاريخية المتوسطة بجامعة المدية، الجزء: 2، العدد: 2، جوان 2017.

65 -محمد حسن قاسم، "التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي"، **مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية**، جامعة الإسكندرية، العدد :الثاني، سنة 2003، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر.

66 -محمد فاروق صالح البدري، " أشكال التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني بين الشريعة والقانون"، **مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية**، جامعة الأنبار، العراق، المجلد: 4، العدد: 13، 2012.

67 -مراد محمود المواجدة، "المسؤولية المدنية لجهة التوثيق الإلكتروني في التشريع الأردني"، **مجلة الجامعة الخليجية**، قسم القانون، المجلد: 3، العدد: 2، 2011.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

68 -مصطفى ناطق صالح مطلوب، "التحكيم التجاري الإلكتروني"، **مجلة الرافدين للحقوق**، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، المجلد: 11، العدد: 39، 2009.

69 -مكيد نعيمة، "مبدأ الثبوت بالكتابة في ظل الوسائل التقنية الحديثة"، **مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2 – لونيسي علي، العدد: الثامن، 2011.

70 -منصور حاتم محسن و إسراء خضير مظلوم، "العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني -دراسة مقارنة" ، **مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية**، جامعة بابل، المجلد: 4، الإصدار: 2، سنة 2012.

71 -نبيل اسماعيل الشبلاق،" الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد (دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا)"، **مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية**، سوريا، المجلد: 29، العدد: الثاني، 2013.

72 -نبيل محمد أحمد صبيح، " حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية -دراسة مقارنة"، **مجلة الحقوق**، مجلس النشر العلمي -جامعة الكويت، الكويت، العدد :2، السنة: 32، 2008.

73 -نسيمة درار، "تسوية المنازعات الإلكترونية بمعية التحكيم الرقمي"، **مجلة الحقوق والعلوم السياسية**، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، العدد: 2، جانفي 2016.

74 -نورا كاظم الزاملي، "ميعاد إبرام العقد الإلكتروني"، **مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية**، جامعة القادسية، العراق، المجلد: 2، العدد: 2، 2009.

75 -هشام البخفاوي، " الوسائل البديلة التقليدية والمستحدثة لحل النزاعات التجارية"، **مجلة صوت القانون**، مخبر نظام الحالة المدنية، جامعة الجيلالي بو نعامة - خميس مليانة، العدد: الثامن، 2017.

76 -هلا الحسن، " تصديق التوقيع الإلكتروني"، **مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية**، جامعة دمشق، سوريا، المجلد: 26، العدد: الأول، 2010.

77 -وعود كاتب عبد عباس، " أحكام الإيجاب الإلكتروني"، **مجلة رسالة الحقوق**، جامعة كربلاء، العراق، العدد الخاص ببحوث المؤتمر القانوني الوطني، 2012.

78 -يزيد أنيس نصير، " الإيجاب والقبول في القانون المدني الأردني المقارن"، **مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون**، عمادة البحث العلمي وضمان الجودة، الجامعة الأردنية، الأردن، المجلد: 30، العدد: 1، 2003.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

79 - ـــــــــــــــ ، "عدالة التعاقد: الغلط والتدليس"، **مجلة الحقوق**، مجلس النشر العلمي -جامعة الكويت، الكويت، السنة: 36، العدد: 2، يونيو 2012.

80 -يوسفي نور الدين وبروك إلياس، "تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الإلكترونية"، **مجلة الفكر**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد: 13، 2016.

ب-باللغات الأجنبية:

- Michael Abels, Le commerce sur internet, moyens de paiement et risque afférent, **Revue de droit des affaires internationales,** n° 3, 1998.

خامساً-الرسائل العلمية:

أ- باللغة العربية:

1 - بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، **أطروحة دكتوراه**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر - باتنة، 2014 -2015.

2 -بهلولي فاتح، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري، **أطروحة دكتوراه**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017.

3 -بن جبارة عباس، تكوين العقد الالكتروني في ظل نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، **أطروحة دكتور اه**، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة جيلالي الياس -سيدي بلعباس، 2013 -2014.

4 -بن خضرة زهيرة، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، **أطروحة دكتوراه**، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015 -2016.

5 -بوطبالة معمر، الإطار القانون لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، **أطروحة دكتوراه**، كلية الحقوق ، جامعة الإخوة منتوري – قسنطينة -2016/2017.

6 -حابت آمال، التجارة الإلكترونية في الجزائر، **أطروحة دكتوراه**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2015.

7 -حوحو يمينة، عقد البيع الإلكتروني – دراسة مقارنة، **أطروحة دكتوراه** ، كلية الحقوق – بن عكنون، جامعة الجزائر، 2011 -2012.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

8 -زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات الحديثة ،**أطروحة دكتوراه**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد -تلمسان، 2012 -2013.

9 -زوبة سميرة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، **أطروحة دكتوراه** ، جامعة مولود معمري – تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016.

10 -شبة سفيان ، عقد البيع الدولي، **أطروحة دكتوراه**، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011 -2012.

11 -شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، **أطروحة دكتوره**، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008 -2009.

12 -طمين سهيلة، الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية، **مذكرة ماجستير**، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2011/11/03.

13 - عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، **أطروحة دكتوراه**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد -تلمسان، 2011/2010، ص 212.

14 -عمران علي السائحي، التحكيم والقانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، **أطروحة دكتوراه**، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005 -2006.

15 -قارة مولود، خصوصية التعاقد الإلكتروني، **أطروحة دكتوراه**، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب - البليدة، 2012.

16 -كردي نبيلة، التعاقد عن طريق الوكيل الذكي في التجارة الإلكترونية والإشكالات الناشئة عنه، **مذكرة ماجستير** ، كلية الحقوق، جامعة اليرموك، الأردن، 2011.

17 -لما عبد الله صادق سلهب، **مجلس العقد الإلكتروني**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة النجاح، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2008.

18 -مخلوفي عبد الوهاب، التجارة عبر الأنترنت، **أطروحة دكتوراه**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر - باتنة، 2011 -2012.

19 -ميكائيل رشيد علي الزيباري، العقود الإلكترونية على شبكة الأنترنت بين الشريعة والقانون، **أطروحة دكتوراه**، كلية الشريعة، الجامعة العراقية، العراق، 2012.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

20 -يحيى يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، **مذكرة ماجستير**، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007.

ب-باللغات الأجنبية:

1-Joseph Richani, Les preuves dans l'arbitrage international, **Thèse pour du grade de docteur en droit,** université de CERGY-PONTOISE, 2013.

2-Mickael Botrous, le droit du commerce électronique (une approcha de la protection du cyber consommateur), **Thèse pour obtenir le grade de docteur,** Université de Grenoble, 2014.

3-Shattnawi Sinan, Les conditions générales de vente dans les contrats électroniques en droit compare Franco-Jordanien, **Thèse de doctorat ,** Ecole doctorale de droit, Université Reims Champagne-Ardenne, 27/06/2012.

4-Yousef Shandi , La formation du contrat à distance par vois électronique, **thèse de doctorat**; Université Robert Schuman -Strasbourg III , 2005.

سادساً-المؤتمرات، والندوات:

1 -إبراهيم أبو الليل الدسوقي، "توثيق التعاملات الإلكترونية ومسؤولية جهة التوثيق تجاه الغير"، **مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون**، 10 -12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الخامس.

2 -أشرف توفيق شمس الدين، " الحماية الجنائية للمستند الالكتروني"، **مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون**، 10 -12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني.

3 -أسامة أبو الحسن مجاهد، "خصوصية التعاقد عبر الأنترنت"، **بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والأنترنت**، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، من 1 -3 مايو 2000، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، 2004.

4 -أسامة روبي عبد العزيز الروبي، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات والادعاء مدنياً بتزويره، **مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية)**، جامعة الإمارات العربية المتحدة -أبو ظبي، خلال الفترة: 19 -2009/05/20.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

5 - نزيه محمد الصادق المهدي، " انعقاد العقد الإلكتروني"، **مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية)**، جامعة الإمارات العربية المتحدة - أبو ظبي، خلال الفترة: 19 -2009/05/20.

6 -آلاء يعقوب النعيمي، "الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني"، **المؤتمر السنوي السادس عشر – التحكيم التجاري الدولي" أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية**، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة -أبو ظبي، المنعقد في الفترة من 28 -30 أفريل 2008، المجلد الثالث.

7 -آلاء يعقوب النعيمي، "الوكيل الإلكتروني"، **مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية)**، جامعة الإمارات العربية المتحدة - أبو ظبي، خلال الفترة: 19 -2009/05/20.

8 -الصالحين محمد العيش، "دور الدليل الإلكتروني في إثبات المعاملات المصرفية"، **مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية)**، جامعة الإمارات العربية المتحدة -أبو ظبي، خلال الفترة: 19 - 2009/05/20.

9 -توجان فيصل الشريدة، "ماهية واجراءات التحكيم الإلكتروني"، **المؤتمر السنوي السادس عشر – التحكيم التجاري الدولي" أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية**، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة -أبو ظبي، المنعقد في الفترة من 28 -30 أفريل 2008، المجلد الثالث.

10 -طارق كاظم عجيل، "مجلس العقد الإلكتروني"، **مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية)**، جامعة الإمارات العربية المتحدة -أبو ظبي، خلال الفترة: 19 -2009/05/20.

11 -علي هادي العبيدي، " زمان انعقاد العقد الإلكتروني في التشريع الإماراتي"، **مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية)** ، جامعة الإمارات العربية المتحدة -أبو ظبي، خلال الفترة: 19 - 2009/05/20.

12 -عماد الدين المحمد، "طبيعة وأنماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الأنترنت"، **المؤتمر السنوي السادس عشر – التحكيم التجاري الدولي" أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية**، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة -أبو ظبي، المنعقد في الفترة من 28 -30 أفريل 2008، المجلد الثالث.

13 -محمد سامي الشوا، **التحكيم التجاري الدولي - أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية**، المؤتمر السنوي السادس عشر - التحكيم التجاري الدولي - المجلد الأول، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 28 -30 أفريل 2008.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

14 -ناصر عثمان محمد عثمان، "معايير دولية التحكيم الالكتروني"، **المؤتمر السنوي السادس عشر – التحكيم التجاري الدولي" أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية**، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة -أبو ظبي، المنعقد في الفترة من 28 -30 أفريل 2008، المجلد الأول.

15 -هدى حامد قشقوش، " الحماية الجنائية للتوقيع الإلكتروني"، **مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون**، 10 -12 مايو 2003، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني.

سابعاً-المواقع الإلكترونية:

1 -إكرام مختاري، "التراضي في العقود الإلكترونية - الحماية والقصور"، **المجلة الإلكترونية: الفقه والقانون**، المملكة المغربية، عنوان الموقع الأصلي: **sites.google.com/site/marocsitta/**، عدد خاص، أفريل 2014.

2 -قارة سليمان محمد خليد، " الحلول القانونية لمشكلة تنازع القوانين في ظل التعاقد الإلكتروني"، **المجلة الإلكترونية: الفقه والقانون**، المملكة المغربية، عنوان الموقع الأصلي:
sites.google.com/site/marocsitta/، العدد 18، 2014.

3 - محمد أطويف، انعقاد العقد التجاري الدولي الإلكتروني، (تاريخ الاطلاع: 28 يوليو 2011)، الموقع الإلكتروني: **www.marocdroit.com.**

4 -هشام بلخنفر، "الحق في الرجوع كآلية لحماية المستهلك المتعاقد عن بعد"، **مجلة القانون والأعمال**، جامعة الحسن الأول، المغرب، العدد: السابع، سنة 2016، الموقع: **www.droitentreprise.org**.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفـــهـرس

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفـــهرس

العنوان	الصفحة
شكر	
إهداء	
المقدمة	01
الباب الأول : تكوين التراضي في العقود الإلكترونية	09
الفصل الأول: التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني	12
المبحث الأول: وجود الإرادة في التعاقد الإلكتروني	12
المطلب الأول: تعريف التعبير عن الإرادة وقيمتها القانونية	13
الفرع الأول: تعريف التعبير عن الإرادة	13
الفرع الثاني: القيمة القانونية للتعبير الإلكتروني عن الإرادة	16
البند الأول: نظرية الإرادة الباطنة	17
البند الثاني: نظرية الإرادة الظاهرة	18
المطلب الثاني: مدى جواز التعبير الإلكتروني عن الإرادة والاستثناءات الواردة عليه	20
الفرع الأول: قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل	20
البند الأول: على المستوى الدولي	21
البند الثاني: موقف التشريعات العربية	23
البند الثالث: موقف المشرع الجزائري	25
الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على قاعدة جواز التعبير عن الإرادة	27
البند الأول: القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (الأونسيترال)	27
البند الثاني: قانون التجارة الإلكترونية المصري	28
البند الثالث: قانون المعاملات الإلكترونية العماني رقم 2008/69	28
البند الرابع: قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية المغربي رقم 53/05	29

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الخامس: قانون التجارة الإلكترونية الكويتي	29
البند السادس: قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المؤقت رقم 85 سنة 2001	30
المبحث الثاني: طرق وصور التعبير عن الإرادة إلكترونياً	31
المطلب الأول: طرق التعبير الإلكتروني عن الإرادة	32
الفرع الأول: التعبير عن الإرادة عن طريق رسائل البيانات	32
البند الأول: مفهوم رسائل البيانات	32
أولا: تعريف رسالة البيانات	33
ثانيا: أطراف رسالة البيانات	35
ثالثا: المجالات التي يغطيها التبادل الإلكتروني للبيانات	38
البند الثاني: تقييم نظام تبادل البيانات الإلكترونية وقيمته القانونية	39
أولا: مزايا عمليات نظام تبادل البيانات الإلكتروني	39
ثانيا: سلبيات عمليات نظام تبادل البيانات الإلكتروني	39
البند الثالث: إسناد رسالة البيانات والإقرار باستلامها	40
أولا: إسناد رسالة البيانات	40
ثانيا: الإقرار باستلام رسالة البيانات الإلكترونية	43
الفرع الثاني: التعبير عن الإرادة عن طريق الوسيط الإلكتروني(الوكيل)	47
البند الأول: مفهوم الوكيل الإلكتروني	47
أولا: تعريف الوكيل الإلكتروني	48
ثانيا: خصائص الوكيل الإلكتروني	49
ثالثا: مزايا الوكيل الإلكتروني ومساوئه	51
رابعا: الطبيعة القانونية للوكيل الإلكتروني	54
البند الثاني : كيفية إعداد الوكيل الإلكتروني وأنواع التعاقد بواسطته	58
أولا: إعداد الوكيل الإلكتروني	58
ثانيا: أنواع التعاقد بواسطة الوكيل الإلكتروني	59

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الثالث: مدى صلاحية الوسيط الإلكتروني للتعبير عن الإرادة	60
البند الرابع: مسؤولية الوكيل الإلكتروني	62
المطلب الثاني: صور التعبير الإلكتروني عن الإرادة	64
الفرع الأول: التعاقد عبر البريد الإلكتروني	64
البند الأول: مفهوم البريد الإلكتروني	64
البند الثاني: طريقة التعاقد عبر البريد الإلكتروني	66
الفرع الثاني: التعاقد عبر الموقع الإلكتروني	67
البند الأول: مفهوم خدمة الموقع الإلكتروني	67
البند الثاني: طريقة التعاقد عن طريق الموقع الإلكتروني	68
الفرع الثالث: التعبير عن الإرادة عن طريق المحادثة عبر الأنترنت	69
البند الأول: مفهوم خدمة المحادثة عبر الأنترنت(التخاطب)	69
البند الثاني: طريقة التعبير عن الإرادة عن طريق المحادثة والمشاهدة	70
الفرع الرابع: التعبير عن الإرادة عبر التنزيل عن بعد	70
المبحث الثالث: المشاكل التي يثيرها التعبير الإلكتروني عن الإرادة	71
المطلب الأول: إشكالية الأهلية في التعاقد الإلكتروني	71
الفرع الأول: مفهوم الأهلية في التعاقد الإلكتروني	71
البند الأول: تعريف الأهلية	72
أولا: عنصر مادي	72
ثانيا: عنصر معنوي	72
البند الثاني: أقسام الأهلية	73
أولا: أهلية الوجوب	73
ثانيا: أهلية الأداء	73
البند الثالث: مراحل الأهلية	73
أولا: مرحلة الصبي غير المميز	74

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا: مرحلة الصبي المميز	74
ثالثا: مرحلة بلوغ سن الرشد	75
الفرع الثاني: خصوصية الأهلية في التعاقد عبر الأنترنت	76
الفرع الثالث: وسائل التحقق من الأهلية في العقود الإلكترونية	80
البند الأول: البطاقات الإلكترونية	80
البند الثاني: الاستعانة بجهات التصديق الإلكتروني	81
البند الثالث: الوسائل التحذيرية	81
البند الرابع: الجدار الناري	82
المطلب الثاني: إشكالية عيوب الإرادة وأثرها في التعاقد الإلكتروني	83
الفرع الأول: عيب الغلط في التعاقد الإلكتروني	83
البند الأول: مفهوم الغلط في التعاقد الإلكتروني	83
أولا: تعريف الغلط	83
ثانيا: أنواع الغلط	84
البند الثاني: أهمية الغلط في العقود الإلكترونية	91
الفرع الثاني: عيب التدليس في التعاقد الإلكتروني	92
البند الأول: مفهوم التدليس	92
أولا: تعريف التدليس	92
ثانيا: شروط التدليس	93
البند الثاني: تطبيقات التدليس في العقود الإلكترونية	95
أولا: الدعايات والإعلانات الإلكترونية الكاذبة والمضللة للمنتجات عبر شبكة الأنترنت	95
ثانيا: الاحتيال	96
ثالثا: الكتمان أو السكوت	97
رابعا: الموقع الوهمي على الأنترنت	98
البند الثالث: أهمية عيب التدليس في مجال التعاقد الإلكتروني	98
الفرع الثالث: عيب الإكراه في التعاقد الإلكتروني	99

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الأول : مفهوم عيب الإكراه	99
أولا: تعريف الإكراه	99
ثانيا: شروط الإكراه	100
البند الثاني: تطبيقات الإكراه في العقود الإلكترونية	101
الفرع الرابع: عيب الاستغلال في التعاقد الإلكتروني	102
البند الأول: مفهوم الاستغلال	102
أولا: تعريف الاستغلال	102
ثانيا: آثار الاستغلال	103
البند الثاني: أهمية الاستغلال في العقود الإلكترونية	104
الفصل الثاني: خطوات إنشاء التراضي في التعاقد الإلكتروني	107
المبحث الأول: التفاوض لتكوين التراضي في التعاقد الإلكتروني	108
المطلب الأول: مفهوم المفاوضات الإلكترونية	108
الفرع الأول: تعريف التفاوض وخصائصه	109
البند الأول: تعريف التفاوض	109
البند الثاني :خصائص التفاوض الإلكتروني	111
أولا: التفاوض على العقد ثنائي الجانب	111
ثانيا: التفاوض ملزم للجانبين	111
ثالثا: التفاوض الإلكتروني تصرف إرادي	112
رابعا: التفاوض على العقد	112
خامسا: التفاوض يقوم على التبادل و الأخذ والعطاء	112
سادسا: التفاوض الإلكتروني عقد تمهيدي	113
سابعا: التفاوض على العقد ذو نتيجة احتمالية	113
ثامنا: التفاوض الإلكتروني يتم بوسائل إلكترونية	113
الفرع الثاني: عناصر التفاوض	114

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولا: تحديد الاحتياجات	114
ثانيا: وضع كراسة الشروط	114
ثالثا: تلقي العروض	115
رابعا: اختيار مقدم الخدمة	115
المطلب الثاني: أثار التفاوض الإلكتروني	115
الفرع الأول: الالتزامات المترتبة على التفاوض الإلكتروني	116
البند الأول: الالتزام بالدخول في المفاوضات	116
البند الثاني: الالتزام بالاستمرار بالمفاوضات	117
البند الثالث: الالتزام بالتعاون في التفاوض الإلكتروني	118
البند الرابع: الالتزام بالسرية في التفاوض الإلكتروني	118
أولا: الامتناع عن إفشاء المعلومات	119
ثانيا: الامتناع عن استغلال المعلومات السرية	119
البند الخامس: الالتزام بالإعلام في التفاوض الإلكتروني	120
البند السادس: الالتزام بالمواعيد المحددة للتفاوض وعدم التفاوض مع الغير أثناءه	122
الفرع الثاني: المسؤولية الناشئة عن مرحلة التفاوض الإلكتروني	123
البند الأول: طبيعة المسؤولية الناشئة عن مرحلة التفاوض الإلكتروني	123
أولا: نظرية المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض	124
ثانيا: نظرية المسؤولية التقصيرية في مرحلة التفاوض	124
البند الثاني: أركان المسؤولية في مرحلة التفاوض الإلكتروني	126
أولا: الخطأ	126
ثانيا: الضرر	128
ثالثا: العلاقة السببية	128
المبحث الثاني: الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني	129
المطلب الأول: الإيجاب في التعاقد الإلكتروني	130
الفرع الأول: مفهوم الإيجاب الإلكتروني	130

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الأول: تعريف الإيجاب الإلكتروني	130
أولا: التعريف الفقهي للإيجاب الإلكتروني	130
ثانيا: التعريف التشريعي للإيجاب الإلكتروني	131
البند الثاني: خصائص الإيجاب الإلكتروني	133
أولا- الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد	133
ثانيا: الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني	133
ثالثا: الإيجاب الإلكتروني إيجاب دولي	134
البند الثالث: تمييز الإيجاب الإلكتروني عن غيره من الأنظمة المشابهة	135
أولا: تمييز الإيجاب عن المفاوضات	135
ثانيا: تمييز الإيجاب عن الإعلان الموجه للجمهور	135
البند الرابع: أنواع الإيجاب	139
أولا: الإيجاب الخاص	139
ثانيا: الإيجاب العام	140
الفرع الثاني: شروط الإيجاب الإلكتروني ومضمونه	140
البند الأول: شروط الإيجاب الإلكتروني	141
أولا: أن يكون الإيجاب باتاً وجازماً	141
ثانيا: أن يكون الإيجاب الإلكتروني واضحاً ومحدداً تحديداً نافياً للجهالة	143
ثالثا: أن يكون الإيجاب الإلكتروني موجها إلى شخص أو إلى أشخاص معينين	144
رابعا: استخدام اللغة الوطنية في الإيجاب الإلكتروني	144
البند الثاني: مضمون الإيجاب الإلكتروني	146
أولا : تحديد هوية المتعاقدين	146
ثانيا: حماية المعطيات الشخصية	147
ثالثا: التعريف بطبيعة المنتوج	148
رابعا: المعلومات المتعلقة بطريقة التعاقد	149
خامسا: معلومات تتعلق بشروط تنفيذ العقد	149

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثالث: سقوط الإيجاب الإلكتروني	151
البند الأول: سقوط الإيجاب بعدول الموجب عنه	152
البند الثاني: سقوط الإيجاب لسبب خارج إرادة الموجب	153
أولا: عدم قبول الإيجاب	153
ثانيا: انقضاء المدة المحددة للإيجاب	154
ثالثا: انفضاض مجلس العقد	154
رابعا: وفاة الموجب أو فقده الأهلية	154
المطلب الثاني: القبول في العقد الإلكتروني	155
الفرع الأول: مفهوم القبول في العقد الإلكتروني	156
البند الأول: تعريف القبول الإلكتروني	156
البند الثاني: طرق التعبير عن القبول في التعاقد الإلكتروني	157
البند الثالث: شروط القبول الإلكتروني	159
أولا: أن يطابق القبول الإيجاب	159
ثانيا: أن يصدر القبول والإيجاب لازال قائماً	160
ثالثا: أن يكون القبول باتاً وجازماً	161
الفرع الثاني: السكوت ودوره في التعبير عن القبول في التعاقد الإلكتروني	161
البند الأول: تعريف السكوت وتحديد طبيعته القانونية	161
أولا: تعريف السكوت	161
ثانيا: طبيعة السكوت المعبر عن الإرادة	162
البند الثاني: أحكام السكوت في التعبير عن القبول في التعاقد الإلكتروني	163
الفرع الثالث: الرجوع عن القبول في التعاقد الإلكتروني	165
البند الأول: مفهوم الحق في العدول عن القبول في التعاقد الإلكتروني	166
أولا: تعريف العدول عن القبول في التعاقد الإلكتروني	166
ثانيا: الطبيعة القانونية للعدول عن القبول في التعاقد الإلكتروني	167
البند الثاني: الحق القانوني في العدول عن القبول الإلكتروني	169

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الثالث : نطاق الحق في العدول	171
أولا : عقود تزويد الخدمات التي بدأ تنفيذها بالاتفاق مع المستهلك قبل انتهاء المدة المقررة ممارسة الحق في العدول خلالها	171
ثانيا: عقود تزويد التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرامج المعلوماتية بعد نزع الأختام عليها بمعرفة المستهلك	172
ثالثا: عقود توريد السلع والخدمات التي تحدد أثمانها وفق ظروف السوق.	172
رابعا: عقود توريد السلع التي يتم تصنيعها وفقا لخصوصيات المستهلك بالمطابقة لشخصيته أو التي بحسب طبيعتها لا يمكن إعادتها للبائع أو التي يسرع إليها الهلاك أو التلف	172
خامسا: إذا طلب المستهلك توفير الخدمة له قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء	172
سادسا: عقود خدمات الرهان وأوراق اليانصيب المصرح بها	173
البند الرابع: كيفية ممارسة الحق في العدول عن القبول في التعاقد الإلكتروني وآثاره	173
أولا: إعمال الحق في العدول عن القبول في التعاقد الإلكتروني	173
ثانيا: آثار العدول عن القبول في التعاقد الإلكتروني	176
المبحث الثالث: مجلس العقد الإلكتروني	179
المطلب الأول: مفهوم مجلس العقد الإلكتروني	179
الفرع الأول: تعريف مجلس العقد الإلكتروني	180
البند الأول: تعريف المجلس لغة	180
البند الثاني: تعريف مجلس العقد اصطلاحاً	180
أولا: حماية مجلس العقد للمتعاقدين	181
ثانيا: حماية مجلس العقد للتعاقد ذاته	182
الفرع الثاني: عناصر مجلس العقد الإلكتروني	183
البند الأول: العنصر المادي	183
أولا: المقصود بالمكان كعنصر من مجلس العقد	183
ثانيا: مدى توافر العنصر المادي في مجلس العقد الإلكتروني	184
البند الثاني: العنصر المعنوي (الزماني)	185
الفرع الثالث: أنواع مجلس العقد الإلكتروني	186
البند الأول: مجلس العقد الحقيقي	186

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولا: تعريف مجلس العقد الحقيقي	186
ثانيا: شروط مجلس العقد الحقيقي	187
البند الثاني: مجلس العقد الحكمي	188
أولا: تعريف مجلس العقد الحكمي	188
ثانيا: شروط مجلس العقد الحكمي	189
المطلب الثاني: طبيعة مجلس التعاقد الإلكتروني	190
الفرع الأول: التكيف الفقهي لطبيعة مجلس التعاقد الإلكتروني	190
البند الأول: مجلس العقد الإلكتروني هو مجلس عقد حقيقي بين حاضرين	190
البند الثاني: مجلس العقد الإلكتروني هو مجلس عقد حكمي بين غائبين	191
البند الثالث: مجلس العقد الإلكتروني هو مجلس عقد مختلط	192
البند الرابع: مجلس العقد الإلكتروني مجلس عقد حكمي ذو طبيعة خاصة	193
البند الخامس: التعاقد الإلكتروني تعاقد وسط بين التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين	193
الفرع الثاني: تحديد طبيعة مجلس العقد الإلكتروني حسب وسائط التعاقد الإلكتروني	194
المطلب الثالث: زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني	195
الفرع الأول: زمان انعقاد العقد الإلكتروني	195
البند الأول: نظرية إعلان القبول	196
أولا: تطبيق هذه النظرية على العقد الإلكتروني	196
ثانيا: تقييم هذه النظرية	196
ثالثا: موقف التشريعات من نظرية إعلان القبول	197
البند الثاني: نظرية تصدير القبول	197
أولا: تطبيق هذه النظرية على العقد الإلكتروني	197
ثانيا: تقييم هذه النظرية	198
ثالثا: موقف التشريعات من نظرية تصدير القبول	199
البند الثالث: نظرية تسليم القبول	199
أولا: تطبيق النظرية في إطار العقد الإلكتروني	200

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا: تقييم النظرية	200
ثالثا: موقف التشريعات من نظرية تسليم القبول	201
البند الرابع: نظرية العلم بالقبول	203
أولا: تطبيق النظرية في مجال العقود الإلكترونية	203
ثانيا: تقييم نظرية العلم بالقبول	204
ثالثا: موقف التشريعات من نظرية العلم بالقبول	204
البند الخامس: نظرية تأكيد القبول	206
أولا: تقييم النظرية	206
ثانيا: موقف التشريعات من نظرية تأكيد القبول	207
الفرع الثاني: مكان إبرام العقد الإلكتروني	208
أولا: نظرية محل إقامة الموجب	208
ثانيا: نظرية إقامة القابل	209
خلاصة الباب الأول	210
الباب الثاني: إثبات التراضي في التعاقد الإلكتروني وتسوية منازعاته	213
الفصل الأول: إثبات التراضي في التعاقد الإلكتروني	216
المبحث الأول: الكتابة الإلكترونية لإثبات التراضي في التعاقد الإلكتروني	216
المطلب الأول: مفهوم الكتابة الإلكترونية	217
الفرع الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية	217
البند الأول: المفهوم الضيق أو التقليدي للكتابة	218
البند الثاني: المفهوم الحديث أو الواسع للكتابة	219
الفرع الثاني: الاعتراف القانوني للكتابة الإلكترونية	220
البند الأول: الاعتراف الدولي بالكتابة الإلكترونية	220
البند الثاني: اعتراف التشريعات العربية بالكتابة الإلكترونية	222
أولا: التشريع التونسي	222

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا: التشريع إمارة دبي	223
ثالثا: التشريع المصري	223
رابعا: التشريع الأردني	223
خامسا: التشريع الجزائري	224
البند الثاني: اعتراف التشريعات الغربية بالكتابة الالكترونية	225
أولا: التشريع الفرنسي	225
ثانيا: التشريع الإنجليزي	226
ثالثا: التشريع الأمريكي	227
الفرع الثالث: مراحل إنشاء الكتابة الإلكترونية	227
البند الأول: مرحلة تدوين الكتابة وحفظها	227
أولا: إدخال البيانات	227
ثانيا: معالجة البيانات	228
ثالثا: حفظ البيانات وتخزينه	228
البند الثاني: مرحلة إظهار الكتابة للاطلاع عليها	228
أولا: شاشة الحاسوب	228
ثانيا: طباعة الكتابة على ورق	228
ثالثا: مرحلة الإرسال والتبادل الإلكتروني للكتابة	228
المطلب الثاني: شروط الكتابة الإلكترونية	229
الفرع الأول: أن تكون الكتابة مقروءة	229
الفرع الثاني: استمرارية الكتابة ودوامها	230
الفرع الثالث: أن تكون الكتابة الإلكترونية ثابتة وغير قابلة للتعديل	233
المطلب الثالث: حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات	234
الفرع الأول: مبدأ التكافؤ الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية	235
الفرع الثاني: التنازع بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق	241
البند الأول: سلطة القاضي في الترجيح بين الأدلة والكتابة	241

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البند الثاني: ضوابط إعمال سلطة القاضي في الترجيح بين الأدلة الكتابية	242
المطلب الرابع: الإثبات بالكتابة الإلكترونية في ظل قواعد الإثبات التقليدية	243
الفرع الأول: قبول السند الإلكتروني بوصفه مبدأ ثبوت بالكتابة	244
البند الأول: شروط إعمال مبدأ الثبوت بالكتابة	245
أولا: وجود ورقة مكتوبة	245
ثانيا: أن تكون الكتابة صادرة عن الخصم أو من يمثله	245
ثالثا: أن تجعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال	246
البند الثاني: تطبيق مبدأ الثبوت بالكتابة في مجال المعاملات الإلكترونية	246
الفرع الثاني: قبول السند الكتابي في حالة وجود مانع من الحصول على دليل كتابي	248
البند الأول: المانع من الحصول على الدليل الكتابي	248
أولا: المانع المادي	248
ثانيا: المانع الأدبي (المعنوي)	249
البند الثاني: تطبيق المانع من الحصول على الدليل الكتابي في مجال المعاملات الإلكترونية	249
أولا: التفسير الضيق	249
ثانيا: التفسير الواسع	250
ثالثا: الرأي التوفيقي	250
الفرع الثالث: قبول السند الإلكتروني في حالة فقدان السند الكتابي	251
البند الأول: شروط جواز الإثبات بالشهادة في حالة فقدان السند الكتابي	251
أولا: سبق وجود سند كتابي	251
ثانيا: فقدان الدليل الكتابي لسبب أجنبي لا يد للدائن فيه	252
البند الثاني: تطبيق حالة فقد السند لسبب أجنبي في مجال المعاملات الإلكترونية	252
الفرع الرابع: قبول السند الإلكتروني في حالة وجود اتفاقية أو قانون يجيز الإثبات بغير الدليل الكتاب	253
البند الأول: نطاق اتفاقات الإثبات	253
أولا: تحديد الأدلة المقبولة في الإثبات	253
ثانيا: تحديد حجية أدلة الأثبات	253

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثالثا: تحديد عبء الإثبات	253
البند الثاني: مدى صلاحية اتفاقات الإثبات	254
المبحث الثاني: التوقيع الإلكتروني لإثبات التراضي في التعاقد الإلكتروني	256
المطلب الأول: مفهوم التوقيع الإلكتروني	256
الفرع الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني	256
البند الأول: التعريف الفقهي للتوقيع الإلكتروني	257
البند الثاني: التعريف القضائي للتوقيع الإلكتروني	258
البند الثالث: التعريف التشريعي للتوقيع الإلكتروني	259
الفرع الثاني: صور التوقيع الإلكتروني	261
البند الأول: التوقيع الرقمي	261
أولا: التشفير المتماثل	262
ثانيا: التشفير غير المتماثل	262
البند الثاني: التوقيع البيومتري	263
البند الثالث: التوقيع بالقلم الإلكتروني	264
البند الرابع: التوقيع بالرقم السري في البطاقات الممغنطة	265
الفرع الثالث: وظائف التوقيع الإلكتروني	266
البند الأول: الدلالة على هوية الموقع	266
البند الثاني: التعبير عن إرادة الموقع في الالتزام بالتصرف القانوني	267
البند الثالث: إثبات سلامة العقد	267
المطلب الثاني: شروط التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات	267
الفرع الأول: شروط التوقيع الإلكتروني	268
البند الأول: أن يكون التوقيع الإلكتروني شخصيا ومميزا لشخص صاحبه	268
البند الثاني: أن يكون التوقيع الإلكتروني مقروءً ومستمراً ومباشراً	268
البند الثالث: أن يكون التوقيع الإلكتروني مرتبطاً بالمحرر الإلكتروني ارتباطاً وثيقاً	269
البند الرابع: سيطرة الموقع على الوسيط الإلكتروني	269

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات	270
المبحث الثالث: التصديق الإلكتروني	273
المطلب الأول: تعريف التصديق الإلكتروني	273
الفرع الأول: التعريف القانوني لجهات التصديق الإلكتروني	274
الفرع الثاني: التعريف الفقهي لجهات التصديق الإلكتروني	276
المطلب الثاني: تنظيم سلطات التصديق الإلكتروني في التشريع الجزائري وضوابط ممارسة نشاطها	276
الفرع الأول: تنظيم سلطات التصديق الإلكتروني في التشريع الجزائري	277
البند الأول: السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني	277
البند الثاني: السلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني	278
البند الثالث: السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني	279
الفرع الثاني: ضوابط تقديم خدمات التصديق الإلكتروني	280
البند الأول: الترخيص بممارسة خدمة التصديق الإلكتروني	281
الفرع الثاني: التأهيل لمزاولة نشاط التصديق الإلكتروني	283
المطلب الثالث: التزامات مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني	284
الفرع الأول: الالتزامات المترتبة عن العلاقة بين مؤدي خدمة التصديق والموقع	285
البند الأول: التزامات مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني تجاه المُوقّع	285
أولا: الالتزام بتبصير المُوقّع	285
ثانيا: التزامات جهات التصديق الإلكتروني بإصدار شهادة التصديق الإلكتروني	286
ثالثا: الالتزام بالتحقق من صحة البيانات المقدمة	287
رابعا: الالتزام بالسرية	288
خامسا: الالتزام بإلغاء شهادة التصديق الإلكتروني	289
البند الثاني: التزامات المُوقّع تجاه جهة التصديق الإلكتروني	292
أولا: التزام المُوقّع بتقديم بياناته الشخصية الصحيحة إلى جهة التوثيق الإلكتروني	292
ثانيا: الالتزام بالمحافظة على أداة إنشاء التوقيع الإلكتروني	293

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثالثا: الالتزام بإعلام جهة التصديق الإلكتروني عن كافة البيانات الحديثة	294
الفرع الثاني: العلاقة بين مزود خدمة التصديق الإلكتروني والغير	294
البند الأول: التزامات مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني تجاه الغير	295
أولا: ضمان صحة وكفاية البيانات الواردة في شهادة المصادقة	295
ثانيا: الالتزام بتحديث البيانات الواردة في شهادة المصادقة الإلكترونية	296
البند الثاني: التزامات الغير تجاه مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني	296
الفرع الثالث: التزامات مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني المعلقة بتأدية النشاط	297
البند الأول: الالتزامات المرتبطة بالتوقف الإرادي عن نشاط التصديق الإلكتروني	297
أولا: إعلام السلطة المختصة بالتوقف الإرادي عن نشاط التصديق الإلكتروني	297
ثانيا: الالتزام ببذل العناية الكافية لنقل أنشطته إلى جهة توثيق أخرى لها نفس كفاءة الجهة التي أوقفت عمله	298
البند الثاني: الالتزامات المرتبطة بالتوقف غير الإرادي عن النشاط	298
المطلب الرابع: مسؤولية مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني	299
الفرع الأول: مسؤولية جهات التوثيق الإلكتروني وفقا للقواعد العامة	300
البند الأول: المسؤولية العقدية لمقدمي خدمات التصديق الإلكتروني	300
البند الثاني: المسؤولية التقصيرية لمقدمي خدمات التصديق الإلكتروني.	302
الفرع الثاني: مسؤولية جهات التصديق الإلكتروني وفقا لقانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين	303
البند الأول: حالات قيام المسؤولية المدنية لجهات التصديق الإلكتروني	303
البند الثاني: حالات انتفاء المسؤولية المدنية لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني	304
الفصل الثاني: تسوية منازعات التراضي في التعاقد الإلكتروني	306
المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على منازعات التراضي في التعاقد الإلكتروني	307
المطلب الأول: النظرية التقليدية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني	307
الفرع الأول: الإسناد الأصلي للعقد الإلكتروني (الإسناد الشخصي)	308
البند الأول: مفهوم قانون الإرادة	309
أولا: تعريف قانون الإرادة	309

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا: نشأة قانون الإرادة	311
البند الثاني: طرق اختيار قانون الإرادة في العقود الإلكترونية	313
أولا: الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية	313
ثانيا: الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية	318
البند الثالث: النتائج المترتبة على خضوع عقود التجارة الإلكترونية لقانون الإرادة	321
أولا: السماح للمتعاقدين باختيار أكثر من قانون ليحكم الجوانب الموضوعية في عقود التجارة الإلكترونية	321
ثانيا: رفض فكرة الإحالة في مجال العقود الإلكترونية	322
البند الرابع: القيود الواردة على إعمال قانون الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية	323
أولا: وجوب توافر صلة بين القانون المختار والعقد	323
ثانيا: النظام العام كقيد على مبدأ قانون الإرادة في العقود الإلكترونية	325
الفرع الثاني: الإسناد الاحتياطي للعقد الإلكتروني	329
البند الأول: الإسناد الجامد في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية	329
أولا: ضابط قانون مكان إبرام العقد	330
ثانيا: ضابط مجال تنفيذ العقد	331
ثالثا: ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين	331
رابعا: ضابط الجنسية المشتركة للمتعاقدين	332
البند الثاني: الإسناد المرن(الإسناد لقانون محل إقامة المدين بالأداء المميز)	332
أولا: مفهوم نظرية الأداء المميز	332
ثانيا: تطبيق نظرية الأداء المميز على عقود التجارة الإلكترونية	333
المطلب الثاني: النظرية المستحدثة في تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية	334
الفرع الأول: مفهوم القانون الموضوعي الإلكتروني	335
البند الأول: تعريف القانون الموضوعي الإلكتروني	335
البند الثاني: خصائص القانون الموضوعي الإلكتروني	336
أولا: قانون طائفي ونوعي	336

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا: قانون تلقائي النشأة	336
ثالثا: قانون دولي موضوعي	337
الفرع الثاني: مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني	337
البند الأول: الاتفاقيات الدولية	337
ثانيا: الممارسات التعاقدية	338
ثالثا: العقود النموذجية	339
رابعا: تقنينات السلوك	339
خامسا: الأعراف والعادات التجارية الدولية	340
الفرع الثالث: مدى تمتع قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني بصفة النظام القانوني	340
البند الأول: نفي صفة النظام القانوني عن قواعد القانون الموضوعي الالكتروني	341
البند الثاني: الاعتراف بصفة النظام القانوني لقواعد القانون الموضوعي الإلكتروني	342
المبحث الثاني: طرق تسوية منازعات التراضي في التعاقد الإلكتروني	343
المطلب الأول: القضاء المختص بالفصل في منازعات التراضي في التعاقد الإلكتروني	344
الفرع الأول: الضوابط التقليدية لتحديد الاختصاص القضائي في منازعات التراضي في التعاقد الإلكتروني	344
البند الأول: ضابط جنسية المدعى عليه	345
البند الثاني: ضابط موطن المدعى عليه أو محل إقامته	346
الفرع الثاني: الضوابط الحديثة لتحديد الاختصاص القضائي في منازعات التراضي في التعاقد الإلكتروني	348
البند الأول: ضابط محل إبرام العقد	348
البند الثاني: ضابط مكان تنفيذ العقد	349
المطلب الثاني: الطرق البديلة لتسوية منازعات التراضي في التعاقد الإلكتروني	350
الفرع الأول: الوساطة الإلكترونية	350
البند الأول: مفهوم الوساطة الإلكترونية	350
أولا: تعريف الوساطة الإلكترونية	351
ثانيا: تمييز الوساطة الإلكترونية عن غيرها من الأنظمة المشابهة	353

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثالثا: خصائص الوساطة الإلكترونية	355
البند الثاني: الشروط الواجب توفرها في شخص الوسيط	356
أولا :حسن السيرة والسلوك	356
ثانيا: الحيدة والنزاهة والاستقلال	356
ثالثا: الدراية والكفاءة	358
رابعا: خلو صحيفة السوابق القضائية من بعض الجرائم	358
البند الثالث: مراحل الوساطة الإلكترونية	358
أولا: تقديم الطلب إلى مركز الوساطة	358
ثانيا: استيفاء الرسوم عن عملية الوساطة	360
ثالثا: افتتاح الوساطة	361
رابعا: انتهاء عملية الوساطة	362
الفرع الثاني: التحكيم الإلكتروني	364
البند الأول: مفهوم التحكيم الإلكتروني	364
أولا: تعريف التحكيم الالكتروني وخصائصه	364
ثانيا: صور التحكيم الإلكتروني	373
ثالثا: مبادئ التحكيم الإلكتروني	376
البند الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم الإلكتروني	378
أولا: نظرية الطبيعة التعاقدية للتحكيم الإلكتروني	378
ثانيا: الطبيعة القضائية للتحكيم الإلكتروني	380
ثالثا: نظرية الطبيعة المختلطة للتحكيم الإلكتروني	382
رابعا: نظرية استقلال التحكيم الإلكتروني	383
البند الثالث: إجراءات التحكيم الإلكتروني	385
أولا: تقديم طلب التحكيم الإلكتروني	385
ثانيا : سير جلسات التحكيم الإلكتروني	389
ثالثا: صدور قرار التحكيم الإلكتروني وتنفيذه	390

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

رابعا: دفع رسوم التحكيم الإلكتروني	398
خلاصة الباب الثاني	399
الخاتمة	401
قائمة المصادر و المراجع	409
الفهرس	436

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الملخص:

شَكّلت العقود الإلكترونية تحولاً واضحاً في مجال قواعد التعاقد التقليدية، ما أثار العديد من الإشكالات القانونية، لعل أهمها تلك المتعلقة بمسألة وجود التراضي في هذه العقود، والذي يُعد ركناً أساسياً لتكوين العقد بصفة عامة، ـلا سيما في ظل تميز هذه العقود بالطابع الدولي؛ كونها تبرم عن بعد، وفي بيئة افتراضية؛ لامادية، والذي دفع عديد المشرعين إلى تعديل قوانينهم، حتى تستوعب هذا النوع الحديث من العقود، أو استحداث قوانين خاصة بها، ورغم تأخر المشرع الجزائري؛ إلا أنه أصدر قانوناً خاصاً بالتجارة الإلكترونية.

ومن أبرز إشكالات التراضي في التعاقد الإلكتروني: تحديد شخصية المتعاقد عبر شبكة الأنترنت، وتحديد أهليته للتعاقد، وبيان كيفية وصور التعبير الإلكتروني عن الإرادة في الإيجاب والقبول، وكذلك وقت ومكان إبرام العقد، وإثبات التراضي على هذه العقود، وتسوية منازعاتها.

وعليه تسعى الدراسة إلى عرض مختلف النصوص القانونية الخاصة بالتراضي في التعاقد الإلكتروني، فيما يتعلق بتكوينه، وإثباته، وحل منازعاته، وتحليلها، وتمحيصها؛ سواء ما تعلق منها بالقواعد العامة أو القوانين الخاصة بالمعاملات الإلكترونية، الوطنية أو الدولية، إضافة إلى بيان مختلف الآراء الفقهية في مناقشة الاشكاليات القانونية التي يثيرها الموضوع، وذلك لإيجاد حلول ملائمة.

الملخص باللغة الأجنبية:

Electronic contracts constituted a clear shift in the field of conventional contracting rules. This raised many legal problems. The most important is related to the issue of the existence of consensus in these contracts which is a cornerstone for the formation of the contract in general especially they are international in nature, for they are concluded in a virtual environment. This led many legislators to amend their laws so as to comply with this modern type of contracts, or launched new laws related to them. Despite the delay of the Algerian legislator, he issued a law on electronic commerce.

The most prominent problems of consensus in electronic contracting are: the identification of the contractor through the Internet, the determination of his eligibility to contract, the demonstration of the manner of electronic expression of the will in offer and acceptance as well as the time and place of the conclusion of the contract, proving the consensus in these contracts, and settling the disputes raised in them .

Thus , the study seeks to present the various laws related to consensus in electronic contracting in terms of its formation, proof, dispute resolution, analysis, and scrutiny; whether related to general rules or laws on electronic transactions, national or international, in addition to the statement of various jurisprudence views in discussing the legal problems raised in order to find appropriate solutions.

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com