

جامعة مولود معمري - تيزي وزو
كلية الحقوق والعلوم السياسية

النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري

أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم
تخصص قانون

إشراف الأستاذ الدكتور

كاشير عبد القادر

إعداد الطالب

بهلولي فاتح

لجنة المناقشة:

- د/ اقلولي محمد، أستاذ، جامعة تيزي وزو، رئيسًا،
د/ كاشير عبد القادر، أستاذ، جامعة تيزي وزو، مشرفا ومقررا،
د/ إرزيل الكهينة، أستاذة محاضرة "أ"، جامعة تيزي وزو ممتحنة،
د/ قبائلي طيب، أستاذ محاضر "أ"، جامعة بجاية ممتحنا،
د/ حمودي ناصر، أستاذ محاضر "أ"، جامعة البويرة ممتحنا،
د/ حساين سامية، أستاذ محاضرة "أ"، جامعة بومرداس ممتحنة.

تاريخ المناقشة

2017/05/24

كلمة شكر

أتقدم بجزيل الشكر وخالص الامتنان إلى الأستاذ

الدكتور: كاشير عبد القادر

على قبوله الإشراف على هذه الرسالة، وعلى كل ما

قدمه لي من عون ونصائح وإرشادات قيمة التي على

خونها سررت في إتمام هذا العمل.

إهداء

إلى والدي الكريمين عرفانا بجميليهما والتماسا لرضاها

وتقدرا لتضحياتهما

إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد عرفانا منا بكل

ما قدموه من عون

إلى أسرتي الصغيرة والكبيرة

إلى كل طالب علم

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل

قائمة أهم المختصرات

أولا - باللغة العربية:

ص ص	من صفحة إلى صفحة
ق.ت.ج	قانون تجاري جزائري
ق.م.ج	قانون مدني جزائري
	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ق.م.ف:	قانون مدني فرنسي
ق.م.م:	قانون مدني مصري
د.ت.ن:	دون تاريخ النشر
د.د.ن:	دون دار النشر
ص	صفحة

ثانيا - باللغة الفرنسية:

ADR	Alternative Dispute Resolution
Al	Alinéa
Art	Article
C	Code
CCE	La commission de Communautés Européennes
CCI	Chambre du Commerce International
Civ	Civil
Com	Commerce
EDI	Echange de Données Informatisées

Éd	Édition
Fr	Français
Ibid	Ibidem
J.C.P	Juris Classeur périodique ; la semaine juridique
L	Loi
LCEN	Loi pour la Confiance dans l'Economie Numérique
L.G.D.J	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
Litec	Librairies Technique
N°	Numéro
ODR	Online Dispute Resolution
OECD	L'organisation de Coopération et de Développement Economique
OMC	Organisation Mondiale du commerce
OMPI	Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle
OOO	Office Ombuds Online
Op cit	Opere Citato ; Référence Précédemment Cité
P	Page
p.p	pages en pages
PIN	Personal Identification Nombre
PUF	Presses universitaires de France
S	suite
UNCITRAL	The United Nations Commission on International Trade Law
VMP	Virtual Magistrate Project
WIPO	World Intellectual Property Organization

مقدمة

شهدت البشرية ثورتين عبر القرون الماضية غيرتا وجه التاريخ، وهما الثورة الزراعية والثورة الصناعية، ويعيش العالم الآن الثورة الثالثة، وهي ثورة تكنولوجيا المعلومات التي أفرزت نوعا جديدا من الاقتصاد، هو الاقتصاد الرقمي الذي تجسد في ظهور التجارة الإلكترونية والتي ظهرت مع ظهور شبكة الإنترنت، التي دفعت العالم لتقدم نوعي جديد يضعه في القرن الحادي والعشرين، ومع التطور التكنولوجي الهائل في قطاع المعلومات والاتصالات انتشرت تلك التجارة⁽¹⁾ بشكل متزايد ومستمر في أنحاء العالم.

ترتبط التجارة الإلكترونية بمستوى متطور من التقنيات الخاصة بالحاسب الآلي وملحقاته، ويقدر تقدم الدول في المجال التقني يكون دورها في هذه التجارة بوصفها منتجا أو بائعا، ولهذا ترتبط التجارة الإلكترونية بالتقدم العلمي ارتباطا وثيقا، وتحتاج إلى قواعد قانونية خاصة لحماية كافة معاملاتها، وضمان تطورها وازدهارها على المستويات الدولية والإقليمية والوطنية.

بتطور التقنيات المستخدمة في الحاسب الآلي وظهور شبكة المعلومات العالمية (الإنترنت)، تكرست تلك النقلة في جل مجالات الحياة، حيث أدى هذا التطور غير المسبوق إلى إنشاء بيئة افتراضية، تحاكي الواقع في أغلب مظاهره وصالحه لاستيعاب معظم الأنشطة الممارسة فيه عن بعد، وهذه الخاصية الأخيرة كانت دافعا أساسيا للاستفادة من شبكة الإنترنت في كافة المجالات التي تتطلبها، وانعكست أثارها على أبعاد مختلفة، ونحن الآن نرى ما بات يعرف بالعمل عن بعد، والتعليم عن بعد، والعلاج الطبي عن بعد، والاستشارة القانونية عن بعد، والقضاء عن بعد، والجامعة الافتراضية، والشركة الافتراضية.

(1) لأغراض دراستنا فإننا نرى أن كلمة التجارة تعني النشاط الذي يتضمن عمليات البيع والشراء وتبادل السلع والخدمات، وليس كل المعاملات التي تتم عبر الإنترنت هي أنشطة تجارية بالمفهوم التقليدي الضيق، فالبيع عبر الإنترنت يسمى أيضا بالبيع الإلكتروني ولكنه ليس دائما تجارة إلكترونية، وإن القاسم المشترك بينهما هو أن كليهما يستعملان وسيلة أو وسيط إلكتروني غالبا هو جهاز الكمبيوتر الموصول بالشبكة العنكبوتية.

لعل أكثر المجالات تأثراً بظهور شبكة الإنترنت، تلك المتعلقة بالتعاملات بين الأشخاص في إطار التجارة الإلكترونية، من خلال إبرام العقود بمختلف أنواعها، وأضحت عالماً أزلت فيه تقنية الاتصال الحدود بين الدول وسادت فيه ثقافة العولمة⁽²⁾ في مجالات عديدة للأنشطة الاقتصادية، وخلقت بيئة جديدة أتاحت للمتعاملين وسائل متطورة للإعلان عن السلع والخدمات ومن ثم التعاقد عليها، وتنفيذها أحياناً عبر النقل الآلي للبيانات المجسدة للأداءات محل الالتزام.

ذلك كله دون حاجة للتواجد المادي أو الشخصي في موقع الحدث، وعلى أثر ذلك فقد غير الإنترنت عالم التجارة وما شملته من تعاقدات، ولم يقتصر دوره على تبادل المعلومات والبيانات، بل أصبح سوقاً تجارياً كبيراً لتبادل جميع المنتجات والخدمات على اختلاف أنواعها وأشكالها.

كما أنها أعطت للتجار المبتدئين ولصغار رجال الأعمال الفرصة الذهبية للبروز وتحقيق طموحاتهم، حيث لم تعد ممارسة بعض أوجه النشاطات التجارية حكراً على الشركات الكبيرة، فالأمر لا يستدعي سوى وجود شبكة الحاسوب⁽³⁾، ومن ثم تنظيم موقع افتراضي عليه وتسويقه ومن ثم عرض المنتجات أو الخدمات واستقبال المتعاملين، الأمر الذي نستطيع فيه القول بأنه لم يكن للمعلوماتية أثرها في تغيير محل التجارة فقط، بل أيضاً على وسائل تحقيق هذه التجارة وأضحى إبرام الصفقات من خلال شبكة الإنترنت أمراً شائعاً بل حقيقة واقعية.

⁽²⁾ « L'internet et la mondialisation » : deux phénomènes d'une actualité évidente et...d'une ampleur redoutable ; deux phénomènes, également, qui sont susceptibles de s'entretenir. Cité par : PIRONON Valérie, « L'internet et mondialisation », Gazette du palais, n° 307, 03 novembre 2007, p.11.

⁽³⁾ شبكة الحاسوب هي مجموعة من الحواسيب (على الأقل اثنين) ربطت مع بعضها البعض لتمكين مستخدميها من التراسل فيما بينهم، من أجل تبادل المعلومات والمشاركة في البيانات والمصادر المتوفرة لدى البعض من مستخدمي هذه الشبكة والتي لا تتوفر لدى البعض الآخر، بالإضافة إلى الاستفادة من المشاركة في حلقات النقاش والمرسلات الرسمية المختلفة.

شهد النصف الثاني من القرن العشرين ثورة في الاتصالات، باختراع أجهزة متقدمة مثل التلكس والفاكس وجهاز الكمبيوتر (الحاسوب)⁽⁴⁾، التي أسقطت الحواجز المكانية والزمنية بين مناطق العالم المختلفة، ومنها بدأت التجارة الإلكترونية ترى النور وهذا عكس ما يراه البعض بأن التجارة الإلكترونية حديثة النشأة.

ففي أواخر الخمسينات سخرت الشركات الكبرى الحواسيب لإيجاد نوع من التكامل نصف الآلي بينها وبين الموردين الرئيسيين لها، وذلك عن طريق تركيب نهايات طرفية للحاسوب الرئيسي للشركة الكبيرة عند الموردين الأساسيين، بحيث يتاح للمورد الاطلاع على مستوى المخزون المتوفر لدى الشركة من الأصناف التي يقوم بتوريدها، ثم يقوم ببناء على ذلك بتلبية متطلبات الشركة من هذه المواد وتغذية الحاسوب بالبيانات مباشرة، وسميت هذه المرحلة بالارتباط بين الشركات الكبيرة والموردين الرئيسيين لها⁽⁵⁾.

في مرحلة الستينات تفتنت الشركات الكبرى إلى إمكانية الاستفادة من التقدم التكنولوجي في مجال الحواسيب، وبدأت بإنشاء نظام التبادل الإلكتروني للبيانات (EDI)⁽⁶⁾ وذلك لأداء أعمالها أو بعض مراحل منها، وكانت هذه الأعمال تتم بين دوائر الأعمال بعضها البعض سواء كانت الشركات متقلة أو فروع لشركة واحدة⁽⁷⁾، حيث تقوم هذه الشركات بعملية تبادل للمعلومات والبيانات مع غيرها من الشركات المماثلة، وذلك عبر إنشاء شبكات داخلية أو من خلال الاكسترانت تساعد في مشاركة غيرها المعرفة والمعلومة، فظهرت عملية تبادل البيانات بين الشركات والتي تعمل على تسهيل عمليات

(4) تتعدد مسميات هذا الجهاز، فيطلق عليه باللغة العربية "الحاسب الآلي"، كما يطلق عليه مسمى "الكمبيوتر"، وهذه التسمية إنجليزية الأصل (Computer) ومشتقة من الفعل (computer) بمعنى "يحسب"، ويقابل هذه التسمية بالفرنسية (Ordinateur).

(5) محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2009، ص 51.

(6) (EDI): Echange de Données Informatisées ; (Les données sont directement transférées d'un ordinateur à l'autre sans intervention humaine).

(7) EL BADAWI Lamia, les mutations du droit sous l'influence du commerce électronique, thèse pour le doctorat, paris 2007, p 20.

التوريد بين الشركات وتقليل الإنفاق وتوفير الجهد والوقت، كما توفر للشركة التي تستخدمها قاعدة المتعاملين سواء كمستهلكين أو موردين أكبر من ذي قبل⁽⁸⁾.

شهدت مرحلة السبعينات انتقالا حقيقيا في ميدان استخدام الحاسوب وتقاربها بأنظمة الاتصالات ومعرفة هذه المرحلة بناء الحواسيب الشخصية، وشهدت اتساعا تجاريا حقيقيا في استخدام الحواسيب، والتي تقوم أساسا على صناعة المعلومات أو تقنية المعلومات (Information Technology) فهي التي أنشأت الوجود الفعلي والحقيقي للتجارة الإلكترونية باعتبارها تعتمد على الحاسبات، ووسائل الاتصال الحديثة، وأتمتة إدارة النشاط التجاري⁽⁹⁾.

على الرغم من ظهور التجارة الإلكترونية في مرحلة السبعينات إلا أنها لم تعرف الرواج والازدهار إلا في مرحلة التسعينات، وذلك بانتشار شبكة الإنترنت ودخولها الخدمة العامة وبظهور شبكة الويب، وتطور النظم التفاعلية⁽¹⁰⁾ (Interactivité) في النصف الثاني من التسعينات والتي تساعد على نمو وانتشار التجارة الإلكترونية، التي أصبحت الوريثة لفكرة إنشاء الأسواق الموحدة⁽¹¹⁾، خاصة أمام المنتجات والخدمات القابلة للنقل إلكترونيا حيث بدأت الشركات تستخدم البريد الإلكتروني، مع خدمات استعراض وإنشاء مواقع الويب لعرض أنشطتها ومنتجاتها ووسائل الاتصال بها وبينها.

⁽⁸⁾ محمد عبد حسين الطائي، التجارة الإلكترونية المستقبل الواعد للأجيال القادمة، دار الثقافة، عمان الأردن، 2010، ص15.
⁽⁹⁾ محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 26.

⁽¹⁰⁾ Interactivité: type de relation avec une machine qui implique une réciprocité des échanges. Un film classique induit une relation passive, alors qu'un programme sur CD-Rom ou un logiciel sur ordinateur est interactif. Voir : CEDRO Jean-Michel, le multimédia, éd Milan, 1998, p.62.

⁽¹¹⁾ Comme l'a dit le commissaire européen Mario MONTI lors de la conférence de Bonn en juillet 1997, « la mise en œuvre du marché unique a facilité l'accélération du commerce électronique contribuera à la réalisation du marché unique. Le Marché unique offre un cadre prodigieux au commerce électronique, puisque tant pour les consommateurs que pour les entreprises, la construction du Marché semble offrir un environnement dans lequel le commerce électronique peut être utilisé sans crainte et sans incertitude. D'emblée, l'entrée en vigueur de l'Union monétaire modèle davantage l'accès au commerce électronique, et contribuera ainsi au perfectionnement des conditions d'utilisation du modèle de commerce électronique ». Cité par: NARUTO Michio, « Le marche unique et le commerce électronique vus dans le cadre de la coopération industrielle Euro-Japonaise », Les petites affiches, n° 52, 1 mai 1998, p.28.

كما كان لظهور المتاجر الافتراضية ومراكز التسويق الافتراضية التي أفرزتها التجارة الإلكترونية إذ أن هذه المتاجر ليس لها وجود إلا في فضاء شبكات الإنترنت، ويمكن من خلالها لأي شخص من الجمهور (العميل) الذي يتصل بموقع الشركة لدراسة العرض المقدم من هذا الأخير، وطلب المعلومات التي يرغبها بل ويمكنه التجربة في بعض الأحيان، فتعرض بعض المواقع على سبيل المثال ملابس للبيع وتسمح بتجربتها على مانكانات افتراضية (Mannequins virtuelles)، وكذلك يتم تسديد أثمانها من جانب طالبها بشكل إلكتروني وفوري أحيانا، من خلال التحويل الإلكتروني للأموال أو البطاقات الإلكترونية، وغيرها من وسائل الدفع الإلكترونية⁽¹²⁾.

يعد مصطلح التجارة الإلكترونية من بين المصطلحات الحديثة التي دخلت في الحياة المعاصرة للإنسانية بشكل واسع، وأصبحت شائعة الاستخدام لتعبر عن العديد من المعاملات التي تتم بين الأفراد المرتبطة بثورة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات. وعلى الرغم من وجود العديد من التعريفات، التي تناولت هذا المصطلح إلا أنه لا يعدو هذا الأخير أن يكون مجرد تكامل بين ثلاثة عناصر تميزها وهي: النشاط التجاري، والدعائم الإلكترونية، والعولمة⁽¹³⁾.

يمثل النشاط التجاري الركيزة الأساسية للتجارة الإلكترونية، ويتمثل في الحرفة التي يمارسها التاجر في البيع والشراء، حيث تتيح تداول وترويج المواد الزراعية والصناعية والمعلوماتية والخدمات بكافة أشكالها، مما يساهم بصورة فعلية في تنشيط حركة الأسواق وتعميرها وتكوين الثروات بما يكفل أمن المجتمعات واستقرارها، وهذا ما ذهب إليه أعضاء لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري، عندما اقترحوا ضرورة تفسير مصطلح "الأنشطة

⁽¹²⁾ هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية "دراسة مقارنة"، دار الكتب القانونية، مصر 2009، ص 55.

⁽¹³⁾ محمد السيد عرفة، التجارة الدولية الإلكترونية عبر الأنترنت، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر و الإنترنت، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، خلال الفترة من 1 إلى 3 مايو 2000، ص 2.

التجارية " تفسيراً واسعاً⁽¹⁴⁾، على أن تشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطابع التجاري سواء أكانت تعاقدية أم لم تكن، هكذا فإن التجارة الإلكترونية تضم طائفة واسعة من الأنشطة، وتشمل ليس فقط أداء التجارة على أساس مغلق ومع أطراف تجاريين معروفين، ولكنها أداء لنشاط تجاري في بيئة مفتوحة مثل الإنترنت، وكما أنها ليست قاصرة على استخدام الإنترنت فهناك أنواع أخرى من الوسائل كالفاكس والتلكس.

أما الدعامة الإلكترونية فتعتمد عليها التجارة الإلكترونية أساساً، وبالتالي فإن النشاط التجاري يتم باستخدام الوسائل الإلكترونية⁽¹⁵⁾ عبر شبكة الإنترنت، وهذا ما يؤدي إلى اختفاء الدعائم الورقية في هذا النوع من التجارة.

فيما يخص فكرة التداول أو العولمة فهي مرتبطة بالتجارة الإلكترونية لكونها مقترنة بالتكنولوجية المتقدمة، وهذا ما يدل على أن العلاقات القانونية الناشئة عن هذه التجارة لا تقتصر على منطقة أو بلد معين، بل هي عابرة لكل الحدود وتتساب عبر الدول، فمثلاً قد يكون البائع في فرنسا والمشتري في الهند والمنتج قد يكون في ألمانيا والمستهلك في الجزائر، وكل هذه المعاملات التجارية يعود السبب فيها إلى التقدم العلمي والمتمثل أساساً في شبكة الإنترنت.

باجتماع هذه العناصر الثلاثة، يمكن القول أن التجارة الإلكترونية وسيلة غير مسبقة للوصول إلى أسواق العالم، في أسرع وقت ممكن بدون التقيد بمكان ما أو بأشخاص معينين، حيث استطاع التطور التكنولوجي الجديد استخدام القنوات الإلكترونية في انجاز المعاملات

(14) الدليل التشريعي للقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الإلكترونية، ص 17، المصدر:

<http://www.glosbe.com/...Enactment%20of%20the%20UNCITRAL%20Model>

(15) « Par la terminologie désormais courante de « commerce électronique », on veut souligner que ce type d'activité commerciale se caractérise par sa modalité technique : ce commerce est électronique parce qu'il utilise des moyens informatisés de traitement de l'information pour mettre en relation vendeurs et acheteurs et pour conclure l'opération commerciale. » Cité par : WARUSFEL Bertrand, « Aspects juridiques de la dématérialisation des échanges dans le commerce électronique », Les petites affiches, n° 27, 06 février 2004, p.17.

التجارية في بيئة غير ورقية، وإزالة جميع القيود والحدود الجغرافية والسياسية القائمة بين الدول أمام الصفقات التجارية والتي كانت تعوقها إلى وقت قريب، ورغم هذا التميز فإن أمام هذا القطاع أيضا تحديات ومعوقات تهدد النشاط التجاري الذي يتم عبر شبكات الاتصال الحديثة، وكل هذه المستجدات لا يمكن أن يقف القانون إزاءها موقف المتفرج دون أن يتدخل لضبط تأثيرها في الحقوق والحريات في التعامل، مما يقتضي بناء تقنية تؤمن وتحمي بيانات التجارة الإلكترونية وأموالها، عبر أطر تشريعية تكفل تحقيق الحماية لهذه التجارة.

تتمثل أهمية البحث في موضوع النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، في كون أن النظام القانوني بحد ذاته موضوع حيوي، يعكس ميول المجتمع واتجاهاته واحتياجاته ونزعاته للتنظيم ولحماية الحقوق الفردية والجماعية، من خلال التشريعات المختلفة ومن الطبيعي أن تتأثر علاقات ذلك النظام وقواعد التشريع ومركزاته فيه، بما أحدثته التقنية العالية من آثار وما خلفته من أنماط جديدة للعلاقات القانونية.

أما التجارة الإلكترونية بحد ذاتها فهي تعتبر من الموضوعات المهمة التي فرضها الواقع والمستقبل، ولها أهمية بالغة من الناحيتين النظرية والعملية على حد سواء⁽¹⁶⁾، فمن الناحية النظرية يعالج موضوع التجارة الإلكترونية، من حيث مواقعها وأموالها وبياناتها وأطرافها وحقوق الملكية الفكرية، التي قد يهدد الاعتداء عليها الثقة في هذا النوع من التجارة، لذا يجب البحث عن الأطر القانونية الملائمة لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية بالشكل الذي يحقق الأمان القانوني، للأطراف المتعاقدة عبر الإنترنت وطرح الحلول المناسبة لاجتياز العقبات التي تقف أمام توسع استخدام شبكة الإنترنت في التعاقد.

⁽¹⁶⁾ يبلغ حجم التجارة الإلكترونية أكثر من 32 مليار دولار في عام 1998 وفقا لإحصائيات (International Data Corporation) ويتوقع أن تنمو التجارة الإلكترونية خلال الخمس سنوات المقبلة، بمعدل نمو سنوي 30% لتصل إلى نحو 300 مليار دولار في عام 3000، وتشير الإحصائيات إلى أن حوالي 64% من حجم الصفقات في الولايات المتحدة يتم من خلال التجارة الإلكترونية، ويتوقع أن تزيد هذه النسبة في الفترة المقبلة، حيث يوجد أكثر من 50 ألف شركة قطاع خاص في الولايات المتحدة الأمريكية تستخدم التجارة الإلكترونية.

من الناحية العملية التطبيقية فالواقع يؤكد تزايد حركة التجارة الإلكترونية في العالم بأسره، فمستخدمو هذا النوع من التجارة يزدادون بصورة مطردة يوماً بعد آخر، إذ أصبحت هذه الزيادة واقعا ملموسا على الصعيد الدولي، وقد تضاعفت مع استخدام شبكة الإنترنت والبريد الإلكتروني، كما أن العقود التي تبرم تحت لوائها تتميز بقيمتها المادية الضخمة التي أصبحت في السنوات الأخيرة، تتجاوز المليارات بكثير وما يتبع ذلك من تأثير في الحياة الاقتصادية للدول والشركات بل وحتى الأفراد.

إذا كان ظهور وانتشار المعاملات عبر شبكة الإنترنت قد أدى إلى خدمة البشرية وذلك بتسهيل وسرعة الاتصال، بين الشعوب في الدول المختلفة دون تكبد الكثير من المشقات أو النفقات، فإن هذا التطور الهائل وغير المنقطع قد أحدث في المقابل العديد من التحديات والمشكلات القانونية، التي تتطلب قوانين جديدة تعالج تلك الجوانب التي لم تتعرض لها القوانين النافذة، أو تتطلب إعادة النظر في القوانين القائمة لغرض مواكبة الطبيعة الخاصة للتجارة الإلكترونية.

تواجه التجارة الإلكترونية صعوبات من حيث اعتراف القوانين التقليدية بقانون إبرام العقد بالوسائل الإلكترونية، حتى وإن كان هذا العقد ليس استثناء من أحكام النظرية العامة للعقد وقواعدها، فهو يتم بالاتفاق والتراضي بين طرفيه (الموجب والقابل).

وبالتالي فهو لا يخرج بناؤه ومضمونه عن الإطار العام لأحكام نظرية العقد، إلا أنه يتميز كونه عقدا يبرم بين غائبين عن بعد، ويتم باستخدام وسائط إلكترونية من أجهزة وبرامج معلوماتية، وغيرها من الوسائل التقنية الحديثة التي تثير مشكلات متعلقة بمسألة الإيجاب والقبول الإلكتروني بين الأطراف المتعاقدة، ووقت انعقاد العقد وطريقة التعبير عن الإرادة وما يرتبط بذلك من مسائل تتعلق بزمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني، وتنفيذ المتعاقدين لالتزاماتهما كون أن البائع أو مورد الخدمة ملزم بتسليم المبيع أو تقديم الخدمة، الذي يثير

في بعض الأحيان مشكلات التخلف عن التسليم أو تأخره أو تسليم محل تتخلف فيه مواصفات الاتفاق، والعميل ملزم بالوفاء بالثمن، وهو يثير إشكالية وسائل الدفع الإلكترونية كالدفع بموجب بطاقات الائتمان أو الشيكات الإلكترونية.

هذا من جانب ومن جانب آخر فإن انتشار المعاملات الإلكترونية يتوقف على اطمئنان الأشخاص لها، ولن يأتي هذا الشعور إلا إذا تم تنظيمها وتنظيمها قانونيا يكفل حماية الأطراف المتعاقدة من أي تعدي غير مشروع، ليس هذا فحسب، بل يجب أيضا حماية المستهلك الإلكتروني الذي يمكن أن يتعرض لمجموعة من المخاطر، نظرا لطبيعة هذا التعاقد الذي يتم عن بعد، دون رؤية كل طرف للآخر والذين قد يفصلهما بينهما آلاف الأميال، كما لا يرى المستهلك السلعة محل التعاقد إلا بالتسليم بعد تمام التعاقد، هذا فضلا عن استخدام التجار الدعاية والإعلان عبر شبكة الإنترنت لترويج منتجاتهم، وذلك بشكل في الغالب تكون معه تلك الإعلانات خادعة أو مضللة للمستهلك.

تعد مشكلة إثبات المحرر الإلكتروني وما يحويه من بيانات وتوقيع إلكتروني من أهم الصعوبات التي تقف عائقا أمام انتشار الثقة في التجارة الإلكترونية، حيث أثارت وسائل الاتصالات الحديثة التساؤل حول مدى صحة العقود المبرمة على شبكة الإنترنت وما يتصل بها من حجية المحرر الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني وذلك في ظل حادثة أو غياب المعايير والأنظمة القانونية، التي تبين طبيعة المحرر الإلكتروني وتجيز قبوله كأداة لإثبات التصرفات القانونية والوقائع المادية.

كما أن التجارة الإلكترونية ووسائلها قد سهلت التعامل عبر حدود الدول كما فعلت ذلك داخل حدود الدولة الواحدة، مما خلق نوعا من التداخل بين ما تعرف بالتجارة الداخلية والدولية، فكما يستطيع الشخص سواء كان تاجرا أو مستهلكا، أن يتعامل على سلعة ما عبر شبكة المعلومات داخل حدود الدولة الواحدة، فإنه يستطيع أن يفعل ذلك مع طرف في دولة

أخرى عبر تلك الشبكة، ولا شك أن امتناع أحد الطرفين عن تنفيذ التزاماته، عادة ما يدفع الطرف المتضرر للقضاء لتعويضه عما لحقه من ضرر، وهذا يقودنا إلى إيضاح الحالات التي تظهر فيها المنازعات بصفة عامة وتتأثر بمشكلة "اختيار القانون"، وتتجسد هذه الحالات في القضايا التي تكون عناصرها مرتبطة بسلطات قضائية مختلفة، والقضايا التي تتضمن قوانين سنها مشرعون مختلفون في نطاق اختصاص تشريعي إقليمي، وتستلزم من قاضي الموضوع تفضيل قانون أو أكثر - من جملة قوانين - لحكم الواقعة محل التنازع.

أمام ازدهار وزيادة حجم التجارة الإلكترونية أصبح القضاء الوطني ووسائل حسم المنازعات الحالية لا تتلاءم مع طبيعة، مثل هذا النوع من التجارة التي تحتاج إلى نماذج جديدة لتسوية منازعاتها وتتسم بأنها ذات طبيعة إلكترونية أيضا، حيث تمارس مهامها عبر شبكة الإنترنت الدولية، وإن أفضل هذه النماذج هو نموذج التحكيم الإلكتروني.

كان لتطور مجال تكنولوجيا المعلومات وقطاع الاتصالات الذي يمر به العالم في الوقت الراهن، أثره البالغ والواضح على المبادئ الراسخة في الفكر القانوني، وبدأ الاهتمام بهذا الموضوع على الصعيد الدولي، من خلال لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال)⁽¹⁷⁾ التي أصدرت، القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية في عام 1996، وهذا القانون يحتوي على 17 مادة تناولت كافة الجوانب القانونية، لتلك المعاملات بدءا من تحديد المصطلحات، ومرورا بشروط وضوابط الاستخدام، وانتهاء بنموذج للتطبيقات في بعض المجالات، ويهدف هذا القانون إلى إيجاد مجموعة من القواعد الموحدة المقبولة دوليا، تكون مرشدا للدول عند إصدار قوانينها أو إعادة النظر في تشريعاتها بغية تذليل

⁽¹⁷⁾ تسمى هذه اللجنة بالإنكليزية (The united nations commission on international trade law) وتعرف اختصارا (UNCITRAL)، وقد تكونت في عام 1966 من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار (2205) (د-21) في 1966/12/17، وأسندت لها ولاية تشجيع وتعزيز التنسيق والتوحيد للقانون التجاري الدولي.

العقبات القانونية الداخلية، التي تحول دون استعمال وسائل الاتصالات الإلكترونية في التجارة الدولية⁽¹⁸⁾.

الأمر الذي أدى إلى ظهور العديد من التشريعات الوطنية في عدة دول تنظم عمليات التجارة الإلكترونية، وكانت على رأسها الولايات المتحدة الأمريكية فأصدرت أول قانون يعترف بالتوقيع الإلكتروني، وكان ذلك في ولاية يوتا الأمريكية عام 1996 ثم بعد ذلك أصدرت قانون المعاملات التجارية الإلكترونية في 14 فبراير عام 2001، وفرنسا التي نظمت التعاقد الإلكتروني بالمرسوم رقم 741 لسنة 2001⁽¹⁹⁾، على ضوء التوجيه الأوروبي⁽²⁰⁾ في هذا الشأن رقم 7 لسنة 1997، وسار على ذلك أيضا المشرع الإيطالي الذي أصدر قانون التجارة الإلكترونية عام 1999، ثم لوكسمبورج التي أصدرت قانون التجارة الإلكترونية في 12 يوليو عام 2000. وعلى المستوى العربي وبمناسبة سن

(18) لمزيد من التفاصيل راجع موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عبر الموقع التالي:

<http://www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-ecomm-f.htm>

(19) Ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation, J O, 25 août 2001.

(20) أصدر الاتحاد الأوروبي عدة توجيهات بشأن التجارة الإلكترونية منها:

- Directive 2000/31/CE du parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridique des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (dite directive sur le commerce électronique), J O des Communautés européennes n° L 178 du 17 juillet 2000 p0001- 0016 ; Directive européenne du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électronique, J O L 13 du 19/01/2000, p 12 ; Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (dit directive vie privée et communications électroniques), Journal officiel des Communautés européennes du 31 juillet 2002, L 201/47 ; Directive 2000/46/CE du parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, JOCE L. 275 du 27/10/2000 ; Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, Journal Officiel des Communautés Européennes, n° L 144 du 04/06/1997, pp 19- 27. Voir : GHAZOUANI Chiheb, Le contrat de commerce électronique international, thèse de doctorat en droit, université paris II Panthéon-assas, 2008, p.36.

التشريعات العربية في هذا الشأن، فقد ظهرت مدرستان متميزتان، الأولى - وهي التي تغلبت عند سن التشريع المصري - ترى أن المعاملات الإلكترونية لا تحتاج إلى تنظيم تشريعي خاص إلا فيما يخص الإثبات الإلكتروني، أما التعاقد عبر الإنترنت فهو يخضع للقواعد العامة في نظرية العقد، والتي تعد كافية لاستيعاب هذه الوسيلة الحديثة للتعاقد، أما المدرسة الثانية وهي التي تتادي بوجوب وضع نظام تشريعي للمعاملات الإلكترونية، سواء فيما يخص التعاقد عبر الإنترنت أو الإثبات الإلكتروني، ويرى أنصار هذه المدرسة أن نظرية العقد بصفة عامة قد لا تكفي في هذا الشأن، ولو من باب إيجاد بعض الحلول التشريعية المبتكرة لبعض المشكلات التي أظهرها الواقع العملي، بخصوص هذه الوسيلة التكنولوجية الحديثة للتعاقد، والتي لم تكن مطروحة بأي حال في ذهن واضعي التقنيات المدنية الحالية وقد صدرت عدة تشريعات في هذا الشأن، كان انطلاقها مع التشريع التونسي رقم 83 لسنة 2000 بقانون المبادلات والتجارة الإلكترونية⁽²¹⁾، ثم التشريع الأردني رقم 85 لسنة 2001⁽²²⁾، وكذلك تشريع إمارة دبي - بدولة الإمارات المتحدة - رقم 2 لسنة 2002 للمعاملات والتجارة الإلكترونية⁽²³⁾.

أما عن المشرع الجزائري - الذي تأثر بالمدرسة الأولى - فقد اكتفى بإدخال تعديلات على مجموعة من القوانين بغرض تنظيم التجارة الإلكترونية، وقد كان القانون رقم 03-15 المتضمن الموافقة على الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض⁽²⁴⁾ أول قانون جزائري يتضمن التعامل الإلكتروني الحديث في القطاع المصرفي، ويتضح ذلك من خلال المادة 69

⁽²¹⁾ قانون عدد 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أكتوبر 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي. متاح على الموقع التالي: www.justice-lawhome.com

⁽²²⁾ قانون رقم 85/2001 مؤرخ في 31 ديسمبر 2001 يتعلق بقانون المعاملات الإلكترونية الأردني، جريدة رسمية رقم 4524، متاح على الموقع التالي: www.aauopil.org/2012/03/blog-post_4858.html

⁽²³⁾ تشريع إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية، متاح على الموقع التالي:

www.lawyersegy.com/vb/showthread.php?t=2600

⁽²⁴⁾ أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، معدل ومتمم بموجب الأمر رقم 10-04 المؤرخ في 26 أوت 2010، جريدة رسمية عدد 52، صادر بتاريخ 27 أوت 2003.

التي جاء فيها "تعتبر وسائل الدفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل".

بصدور الأمر رقم 05-06 المؤرخ بتاريخ 23 أوت 2005 المتعلق بمكافحة التهريب⁽²⁵⁾ استعمل في المادة الثالثة منه صراحة مصطلح "وسائل الدفع الإلكتروني"، ويكون بذلك المشرع قد استعمل مصطلح أكثر دقة، للتعبير صراحة على إمكانية التعامل بوسائل الدفع الإلكتروني، وهذا على عكس ما جاء في نص المادة 69 المذكورة أعلاه التي ورد فيها عبارة " مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل" دون تحديد الوسيلة والأسلوب التقني الذي يستعمل في الوفاء.

كما أضاف المشرع بموجب القانون 05-02 المؤرخ في 6 فيفري 2005 باب رابع إلى الكتاب الرابع من القانون التجاري⁽²⁶⁾ المعنون بالسندات التجارية، ويتضمن الفصل الثالث منه بطاقات السحب والدفع ويتضح من ذلك أن المشرع الجزائري قد استحدث نظام الدفع الإلكتروني في المعاملات التجارية.

لعل أكبر خطوة قام بها المشرع لتنظيم المعاملات الإلكترونية هو اعترافه - ولأول مرة كذلك - بالكتابة الإلكترونية، بصدور الأمر 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني⁽²⁷⁾ أين قدم تعريفا للكتابة الإلكترونية في المادة 323 مكرر على الشكل التالي "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".

⁽²⁵⁾ أمر رقم 05-06 مؤرخ في 23 غشت 2005، المتعلق بمكافحة التهريب، جريدة رسمية عدد 59، صادر بتاريخ 28 أوت 2005.

⁽²⁶⁾ قانون رقم 05-02 مؤرخ في 6 فيفري 2005 معدل ومتمم للأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، جريدة رسمية عدد 11 صادر في 9 فيفري 2005.

⁽²⁷⁾ قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005 معدل ومتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 44 صادر بتاريخ 26 جوان 2005.

قصد إضفاء الحجية على المحررات الإلكترونية فإن المادة 323 مكرر 1 ق م ج⁽²⁸⁾ قد أقرت بمبدأ التعادل الوظيفي⁽²⁹⁾ بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق ولا تعد الكتابة سواء كانت إلكترونية، أو ورقية دليلا كاملا في الإثبات إلا إذا كانت تحمل توقيعاً، لذا نص المشرع في المادة 2/327 ق م ج على أنه "... يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفقا للشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1". وبذلك يكون المشرع قد اعترف صراحة بالتوقيع الإلكتروني، استكمالا لاعترافه بحجية الكتابة في الشكل الإلكتروني، ومن أجل تحقيق الثقة والأمان في التوقيع الإلكتروني قام بتنظيم نشاط مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني وعرف التوقيع الإلكتروني في المادة 3 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 الصادر في 30 ماي 2007⁽³⁰⁾، كما قام المشرع مؤخرا بإصدار قانون رقم 15-04 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين⁽³¹⁾ الذي يهدف، إلى وضع إطار قانوني يسمح بخلق جو من الثقة والأمان لتعميم وتطوير المبادلات الإلكترونية.

تتمثل أهمية التجارة الإلكترونية في عصرنا الحاضر في أنها تشكل 20% من مجمل التجارة العالمية، وتشير الدراسات المتخصصة في هذا المجال والصادرة من مجلس الوحدة الاقتصادية، التابعة لجامعة الدول العربية أن معدل نمو التجارة الإلكترونية العربية يتم بنسبة 15% مقابل نسبة 30% كمعدل للنمو العالمي، وهو أمر يتطلب ضرورة أن تسعى الجزائر باعتبارها عضو في جامعة الدول العربية، جاهدة نحو صياغة جديدة لتشريعاتها، أو

(28) تنص المادة 323 مكرر 1 ق م ج على ما يلي: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".
(29) يقوم القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (الأونسترال) على مبدأ النظر الوظيفي أو المعادل الوظيفي (L'équivalence fonctionnelle)، ويقصد به المساواة بين المحرر الإلكتروني والمحرر الورقي من حيث وظيفة الدليل في الإثبات وبالتالي اتخاذ وظيفة ودور الدليل معيارا للقبول بالمحرر الإلكتروني وتحديد حجته، وقد أخذت عدة تشريعات بهذا المبدأ، منها القانون المدني الجزائري في نص المادة 323 مكرر 1، القانون المدني الفرنسي في نص المادة 1316-3، وقانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 في نص المادة 15.

(30) مرسوم تنفيذي رقم 07-162 مؤرخ في 30 مايو 2007 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 9 مايو سنة 2001 والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، جريدة رسمية عدد 37 صادر بتاريخ 7 يونيو 2007.

(31) قانون رقم 15-04 مؤرخ في 01 فيفري 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، جريدة رسمية عدد 6 صادر بتاريخ 10 فيفري 2015.

بالأحرى سن قوانين جديدة كي تنظم هذه النوعية المتنامية من التجارة وتحول دون تعرض بياناتها وأموالها للقرصنة أو الإضرار المعلوماتي لاسيما وأن الجزائر تتمتع بفرص هائلة، في مجال صناعة البرمجيات ونظم المعلومات وابتكار البرامج وتطورها، مما يستدعى إيجاد أساليب لحمايتها، وكان من الطبيعي أن ينشغل رجال القانون في فروعته المختلفة بالنظر فيما يتعين عمله إزاء كل جديد للاطمئنان، إلا أن هناك ما يواجه هذا التطور ومن هذا المنطلق، كان البحث في موضوع النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري، كمحاولة للإسهام في وضع لبنة في البناء القانوني للتجارة الإلكترونية التي فرضت نفسها بقوة والتي لا مفر منها، إلا باللجوء إليها واقتحام عالمها وإيضاح نقاطها بصورة جلية غير مثيرة للشك، وبالتالي ستكون إشكالية الموضوع كالتالي:

هل التعديلات التي أجراها المشرع الجزائري في مجموعة من القوانين، هو الشكل الأنسب والملائم لتنظيم وحماية التجارة الإلكترونية في الجزائر؟

للإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا في دراستنا على مجموعة من المناهج وهي المنهج الوصفي، و المنهج التحليلي، والمنهج المقارن، ويعود السبب في ذلك أن التجارة الإلكترونية أثارت جدلا كبيرا لدى رجال القانون، وانعكس سلبا على مفهوم هذا التعبير لدى التجار والمستهلكين، لذا كان لازما وضع إطار قانوني مبني على أسس قوية من أجل تنظيمها (الباب الأول)، وباعتبار أن التنظيم القانوني لهذه التجارة لم يصل إلى مرحلة النضج الكامل، ولم يصل إلى المستوى المطلوب، فإن مسألة الحماية القانونية للتجارة الإلكترونية يجب أن تحظى باهتمام كبير من الباحثين والقانونيين (الباب الثاني).

الباب الأول

الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية

سن القوانين ما هو إلا لتنظيم العلاقات بين الأفراد الذين لهم دور كبير في النشاط الاقتصادي، وكان للوسائل الحديثة في كل عصر سبب لتغيير القوانين، وسن قوانين جديدة تتماشى مع تلك الوسائل لهذا العصر، والتجارة الإلكترونية لم تظهر فجأة بل كانت وليدة المراحل المختلفة التي مرت بها ثورة الاتصالات والمعلومات، ونمو طبيعياً لاستخدام الشبكات وتكنولوجيا المعلومات والاتصالات العالمية المتوفرة في العالم، خصوصاً شبكة الإنترنت التي تمثل أهم خصوصيات التجارة الإلكترونية، وكان لها أثر واضح على القواعد المنظمة لها، لذلك فإن أية محاولة للبحث عن قواعدها القانونية تتطلب كخطوة أولى، تحديد مفهوم هذه التجارة الإلكترونية بشكل واضح ودقيق، ولا يستقيم ذلك بغير الوقوف على مفهوم العقود الإلكترونية، وتميزه عن غيره من العقود وذلك لاستحالة قيام القانون بتأثيره الفاعل في تنظيم أية ظاهرة اجتماعية ما لم تكن محددة وواضحة بدقة.

تتم التجارة الإلكترونية بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس واحد للعقد، وقد يكونان في دولة واحدة أو في دولتين مختلفتين، ويمر عبر شبكة الإنترنت يومياً الآلاف من العقود التي تبرمها الأطراف المتعاقدة، من بيع وشراء واستئجار لمختلف السلع والخدمات، الأمر الذي يدعونا إلى تحليل هذه العقود، وإمعان النظر في طبيعتها وتصنيفها كعقود رضائية، تخضع لمبدأ سلطان الإرادة والتراضي بين الأطراف المتعاقدة، أو عقود إذعان لا يكون لأحد الأطراف فيها حرية الإرادة التي تمكنه من التفاوض حول شروط العقد، ولا يكون له إلا الاستجابة للشروط الموضوعية من الطرف الآخر، دون أن يملك مناقشتها أو التعديل فيها أو الاعتراض عليها (الفصل الأول).

يعد العقد أول مصادر الالتزام وأهمها، حيث يحظى بتنظيم تشريعي في مختلف البلدان، والعقد الإلكتروني مرتبط بالتجارة الإلكترونية وهو عقد كغيره، من العقود التقليدية ولا يختلف عنها إلا من حيث الوسيلة التي يتم إبرامه، وذلك بالاعتماد على شبكة الإنترنت

مشكلا بذلك أحد الصور الجديدة للتعاقد، والتي كان لها تأثير بالغ في نظرية العقد، الأمر الذي أثار التساؤل حول مدى قدرة القواعد العامة التي تنظم العقد، على استيعاب هذه الصورة الجديدة، أم أن الأمر يحتاج إلى تدخل المشرع في الدول المختلفة لوضع قواعد جديدة تنظم هذه الصورة من التعاقد، خاصة أن التعبير عن الإرادة في التعاقد عبر شبكة الإنترنت لا يتم إلا من خلال الرسائل الإلكترونية، المتبادلة بين المتعاقدين عبر البريد الإلكتروني أو شبكة الويب، ولا وجود للعناصر المادية التقليدية المستخدمة في التعبير عن الإرادة، ولهذا فإن بعضا من أحكام الرضا الإلكتروني في التعاقد عبر شبكة الإنترنت، وكذا فيما يتعلق بتنفيذ آثار والتزامات هذه العقود، فقد تتم بالطرق التقليدية أو بالطرق والأساليب الإلكترونية، سواء بخصوص تسليم السلع والخدمات أو بخصوص دفع الثمن، وهذا كله يعبر عن خصوصية قانونية تكاد تشكل بذاتها نمطا قانونيا مستقلا ومميزا، عن الأحكام الثابتة في نظرية العقد (الفصل الثاني).

الفصل الأول

الطبيعة القانونية للتجارة الإلكترونية

لم يعد الحديث عن التجارة الإلكترونية على أنها ظاهرة حديثة العهد يجب مسايرتها بل أنها أصبحت إحدى أساسيات الاقتصاد الوطني، اللازمة لقيام التبادل التجاري في جميع دول العالم، وينطوي مفهوم التجارة الإلكترونية على أي نوع من أشكال التعاملات التجارية التي تتم إلكترونياً عبر وسائل الاتصال الحديثة، وتتم هذه التعاملات بين الشركات بعضها البعض أو بين الشركات وعملائها، أو بين الشركات والحكومات.

تتيح التجارة الإلكترونية العديد من المزايا التي تساهم بفعالية في تغيير أداء التجارة الداخلية والخارجية على حد سواء، من خلال التأثير في كل من مرحلة الإنتاج ومرحلة تبادل السلع والخدمات، ومن الطبيعي أن يكون لذلك التأثير في نمط التجارة بعض المخاطر التي تكون نتيجة لعدم تهيئة البيئة القانونية، بشكل يتناسب مع المعاملات الإلكترونية ويحفظ الحقوق للبائع والمشتري، كما أن انتشار شبكة الإنترنت عبر العالم أدى إلى تغييرات وتحديات مختلفة، كان لها صدى كبير على النظام القانوني المحلي والدولي، وذلك لما لتلك الشبكة من تأثير فعال في حياة الأفراد والجماعات، فلم يعد دورها مقصوراً على تبادل المعلومات والحصول عليها من شتى بقاع العالم فحسب، وإنما امتد ليشمل العلاقات القانونية أيضاً، إذ أنه بواسطتها يستطيع الأفراد التعبير عن الإرادة، وإتمام التعاقد بين طرفي العقد بصورة فورية ومباشرة دون وجودهما في مجلس واحد (المبحث الأول).

سبق القول أن التجارة الإلكترونية هي تلك المعاملات التي تتم عبر الإنترنت، وهي لا تختلف كثيراً عن التجارة التقليدية⁽³²⁾، إلا من حيث وسيلة مباشرتها وبصفة خاصة الطريقة التي تتعقد بها العقود وطريقة تنفيذها، ولما كان العقد الإلكتروني - رغم ما فيه من خصوصية - لا يخرج عن كونه عقد من العقود، ومن ثم وجب تعريفه وتمييزه عما قد يختلط به من عقود أو من أنظمة قانونية أخرى (المبحث الثاني).

(32) نقول تقليدية بالنظر إلى الوسائل التي تم ابتدعها حديثاً لتبادل المعلومات وإبرام العقود والتصرفات القانونية المختلفة وذلك عبر شبكة الانترنت.

المبحث الأول

ماهية التجارة الإلكترونية

يرتكز تحديد ماهية التجارة الإلكترونية على تحديد الفئة القانونية المطبقة عليها أو بالبحث عن طبيعتها، وتحديد مفهومها لإدخالها في فئة سبق تطبيق قواعدها على علاقات قانونية معينة، وهو في الوقت نفسه ربط تلك العلاقة وإدماجها في فئة وضع لها نظام قانوني (المطلب الأول)، ولاشك أن التجارة الإلكترونية وبكافة أشكالها قد أصبحت وسيلة عالمية، تذوب فيها الفوارق بين الأفراد والشعوب والدول وأن تشعبها يفترض ضرورة تنظيمها محليا ودوليا، وذلك يتطلب تضافر الجهود بين عدة أطراف وتعاونها سواء كان محليا أو دوليا، من أجل سن قوانين جديدة تعالج تلك الجوانب التي لم تتعرض لها القوانين القائمة أو تتطلب إعادة تقييم للقواعد القانونية القائمة للتوائم مع طبيعة التجارة الإلكترونية، لذا يجب الوقوف على الجهود التي بذلتها المؤسسات الدولية والإقليمية والوطنية في تنظيم التجارة الإلكترونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم التجارة الإلكترونية

إن تحديد مفهوم التجارة الإلكترونية أصبح في الآونة الأخيرة من المواضيع ذات الأولوية، لاسيما لو أخذنا في الاعتبار تعدد أنواع التقنيات المستخدمة في هذا النوع من التجارة والطبيعة الحديثة للتجارة الإلكترونية، وهذا ما جعل العديد من الهيئات الدولية المعنية، وغالبية المشرعين في العالم وفقهاء القانون يترصدون لموضوع هذه التجارة ويفردون لها العديد من التعريفات (الفرع الأول)، ولم تحظى التجارة الإلكترونية باهتمام رجال القانون فحسب بل أصبحت المشروعات التجارية، وكذلك المستهلكين يترصدون لها لانتسامها بالعديد من المزايا الواقعية، وتعدد أشكال المعاملات الخاصة بها والتي تساهم في سرعة تدفق السلع

والخدمات والمعلومات عبر الحدود الوطنية للدول (الفرع الثاني)، مع العلم أن مثل هذه التجارة محفوفة بالعديد من المخاطر، وذلك بالنظر إلى الطبيعة الخاصة لشبكة الإنترنت التي هي البنية الأساسية التي تقوم عليها التجارة الإلكترونية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف التجارة الإلكترونية

تعد مسألة إيراد تعريف مانع جامع لمصطلح التجارة الإلكترونية، أمراً معقداً لا بسبب قلة من وضع مثل هذه التعريفات، بل على العكس تماماً لكثرتها وتباينها بحكم اختلاف زاوية النظر إليه⁽³³⁾، خاصة لو أخذنا في الاعتبار تعدد أنواع التقنيات المستخدمة لممارستها، ولذلك سنتعرض إلى التعريف المقدم من قبل المنظمات الدولية والإقليمية للتجارة الإلكترونية (أولاً)، وكذا التعريف الوارد في بعض القوانين الأوروبية والعربية (ثانياً)، ثم نتعرض للمحاولات الفقهية التي وضعت تعريفاً للتجارة الإلكترونية (ثالثاً).

أولاً: تعريف التجارة الإلكترونية في المنظمات الدولية والإقليمية

نظراً للاهتمام العالمي والدولي سواء على مستوى الأفراد أو الشركات أو المنظمات الدولية بهذا النوع الجديد من التجارة عمدت اللجنة المنبثقة عن الأمم المتحدة والمتخصصة في القانون التجاري الدولي المعروفة باسم (UNICTRAL) إلى وضع تعريف للتجارة الإلكترونية في قانون الأنستراي النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية⁽³⁴⁾ الصادرة في 16 ديسمبر 1996، حيث نص في المادة 2/أ منه على أنه " يراد بمصطلح تبادل البيانات نقل

⁽³³⁾ LE Professeur CACHARD, considère que « la définition du commerce électronique n'est pas le fruit d'une volonté délibérée de nommer, mais plutôt le produit de circonstances. » Cité par : SEIDOWSKY Oswald, Le fons de commerce numerique, Thèse pour le doctorat en droit privé, Université Panthéon-Assas, Paris II, 2006, p.207.

⁽³⁴⁾ قانون الأنستراي النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع الدليل التشريعي 1996، ومع المادة 5 مكرر الإضافية بصيغتها النهائية المنعقد في 1998، الأمم المتحدة، نيويورك 2000.

المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي". وعرفت في الفقرة "ب" المقصود بمصطلح "تبادل البيانات الإلكترونية" بأنه "نقل المعلومات إلكترونياً من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات".

يرى أغلب الفقه أن القانون الموحد للتجارة الإلكترونية الصادر عن لجنة القانون التجاري الدولي للأمم المتحدة، لم يعرف في حقيقة الأمر التجارة الإلكترونية، لكنه اكتفى بتعريف الوسائل المستخدمة في إبرام عقود التجارة الإلكترونية، كما أن هذا القانون توسع في ذكر وسائل إبرام عقود التجارة الإلكترونية، فبالإضافة إلى شبكة الإنترنت هناك وسيلة الفاكس والتلكس⁽³⁵⁾.

هذا المفهوم - المشار إليه أعلاه - هو ما ذهبت إليه منظمة التجارة العالمية (OMC) عند تعريفها للتجارة الإلكترونية، بأنها "تجارة تغطي الإنتاج، الترويج، البيع والتوزيع للمنتجات من خلال شبكة الاتصال وأدواتها مثل التلفون، الفاكس، تلفزيون والتبادل الإلكتروني للمعلومات والبريد الإلكتروني وشبكة الإنترنت"⁽³⁶⁾. واعتبرت منظمة التجارة العالمية التجارة الإلكترونية - من خلال هذا التعريف - أنها مجموعة متكاملة من العمليات تشمل الروابط التجارية وعقد الصفقات، وتوزيع وتسويق وبيع المنتجات عبر وسائل إلكترونية⁽³⁷⁾.

(35) عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 27، مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 11.

(36) محمد عبيد الكعبي، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 141.

(37) هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 6.

في هذا الإطار قد حاولت بعض الهيئات والمنظمات الدولية وضع تعريف للتجارة الإلكترونية ومنها التعريف الذي قدمته منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OCDE)⁽³⁸⁾ حيث جاء في تعريفها "أن التجارة الإلكترونية تشير عموماً إلى جميع أشكال المعاملات المتعلقة بالنشاطات التجارية المنظمة والفردية التي تتم بالاستناد على تبادل ونقل البيانات الرقمية بما فيها النصوص والأصوات والصور الضوئية."⁽³⁹⁾ يلاحظ من هذا التعريف أنه جاء شاملاً يحتوى الأنشطة التجارية، وغير التجارية التي تتم عبر وسائل الاتصال الحديثة بالاعتماد على الوسائط المتعددة، وذلك بسيطرة التجارة الإلكترونية على كافة الأنشطة التجارية، مثل المفاوضات والعقود التجارية وغير التجارية كما في حالة الإعلان وتقديم المعلومات عن السلع والخدمات، وقد تكون صفقات تجارية كما في حالة العقود التجارية على السلع والخدمات.

حاول التوجيه الأوروبي رقم 97/7/CE الصادر في 20 مايو 1997 بشأن حماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد، وضع تعريف للتجارة الإلكترونية وذلك "بتعريف العقد عن بعد" في المادة الثانية بأنه "كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات يبرم بين المورد والمستهلك وفقاً لنظام الساري وفي سبيل وصول المورد لذلك يستخدم أكثر من تقنيات للاتصال عن بعد مع المستهلك بمعنى أن يستخدم كل وسيلة تقنية تمكنه من الاتصال مع المستهلك وإتمام البيع."⁽⁴⁰⁾

⁽³⁸⁾ « Selon l'Organisation pour la coopération et le développement économiques (OCDE), le commerce électronique peut être défini comme "toutes formes de transactions liées aux activités commerciales, associant tant les particuliers que les organisations, et reposant sur le traitement et la transmission de données numérisées, notamment texte, son et image. Il désigne aussi les effets que l'échange électronique d'informations commerciales peut avoir sur les institutions et le processus qui facilitent et encadrent les activités commerciales", et dont l'OCDE précise qu'ils sont un vecteur majeur de croissance économique ». Cité par, KLUWER Wolters, « Le commerce électronique: des EDI au commerce en ligne », Lamy droit de l'informatique et des réseaux, 2001, p.742.

⁽³⁹⁾ نقلاً عن: هادي مسلم يونس الشكاني، مرجع سابق، ص 30.

⁽⁴⁰⁾ Article 2, 1), directive 97/7/CE: « Tout contrat concernant des biens ou services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou prestation de services à distance organisé par le fournisseur, qui pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs=

كما عرف التوجيه - المشار إليه - تقنية الاتصال عن بعد (Technique de communication à distance) بأنها "كل وسيلة - دون وجود مادي ولحظي لمورد ومستهلك - يمكن أن تستخدم لإبرام العقد بين طرفين"⁽⁴¹⁾.

ثم صدر توجيه آخر عن البرلمان الأوروبي تحت رقم 31/2000 في 8 يونيو المتعلق ببعض الجوانب القانونية لخدمات شركة المعلومات 2000⁽⁴²⁾، وبصفة خاصة التجارة الإلكترونية في السوق المحلي، وقد عرف في المادة الثانية⁽⁴³⁾ الاتصال التجاري بأنه "كل شكل من أشكال الاتصال يستهدف تسويق بضائع أو خدمات بصورة مباشرة أو غير مباشرة سواء تعلق ذلك بمشروع أم منظمة أم شخص يباشر نشاطا تجاريا أو صناعيا أو حرفيا أو يقوم بمهنة منظمة"⁽⁴⁴⁾.

نلاحظ في هذا التعريف أنه عام حيث يشمل كافة الأنشطة التجارية والثقافية والإدارية والاجتماعية، إذ أن استخدام هذه الأجهزة الإلكترونية في نقل المعلومات ليس قاصرا على مجالات التجارة المختلفة، بل تستخدمه الأجهزة الإدارية والأمنية وكذلك الأفراد في علاقاتهم الخاصة، ومن ثم يبدو من الصعب قصر عمليات نقل المعلومات إلكترونيا على الجوانب التجارية وحدها.

techniques de communication a distance jusqu'a la conclusion du contrat y compris la conclusion du contrat elle-même. »

⁽⁴¹⁾ Article 2, 4), directive 97/7/CE : « tout moyen qui, sans présence physique et simultanée du fournisseur et du consommateur, peut être utilisé pour la conclusion du contrat entre ces parties. »

⁽⁴²⁾ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridique des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (dite directive sur le commerce électronique), journal officiel des communautés européennes n° L 178 du 17 juillet 2000.

⁽⁴³⁾ Article 2, f, directive 2000/31/CE : « Toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, artisanale ou exerçant une profession réglementée. »

⁽⁴⁴⁾ نقلا عن: مدحت عبد الحليم رمضان، مرجع سابق، ص 15.

ثانياً: تعريف التجارة الإلكترونية في القانون المقارن

سنحاول تقديم مجموعة من التعريفات للتجارة الإلكترونية مما توصلت إليه التشريعات التي نظمت هذه التجارة، بدأ بالدول الأجنبية ثم نقوم بعرض ما ورد في التشريعات العربية.

1- في القوانين الأجنبية

لقد كان لفظ التجارة الإلكترونية يدل على التجارة التي تتم بواسطة التقنيات الإلكترونية، والتي يلعب فيها جهاز الحاسوب الدور الرئيسي، وهو ما قننه المشرع الأمريكي حين قام القانون الأمريكي الخاص بالتخصيص المالي للدفاع عام 1998 بتعريف التجارة الإلكترونية بأنها "تلك التقنية التي تسهل الصفقات التجارية عن طريق الحاسوب"⁽⁴⁵⁾. ونجد أن هذا التعريف لم يحدد مفهوم "التقنية" الوارد في منته التعريف باعتبار أن التقنيات المستعملة، في مجال التجارة الإلكترونية متعددة ومختلفة، حيث يمكن أن تشمل في بعض الحالات التلفون والفاكس والتلكس، ولهذا نرى أنه من الأجدر بيان هذه التقنية التي تستعمل في مجال التعاقد عبر الحاسوب.

أصدر المشرع الأمريكي في عام 2000 القانون الفدرالي الأمريكي المتعلق بالتوقيعات الإلكترونية في التجارة العالمية والمحلية، حيث حددت المادة 3 من الجزء 106 مصطلح وسيط إلكتروني بأنه "يعني برامج كمبيوتر أو أية وسيلة إلكترونية أو أية وسيلة أوتوماتيكية أخرى، تستخدم على نحو مستقل من أجل بدء عمل معين أو استجابة معينة لمستندات إلكترونية أو أداء لكل أو في جزء منه دون مراجعة أو تدخل من الشخص في وقت أداء هذا العمل"⁽⁴⁶⁾. وقد أصدر قبل ذلك القانون التجاري الموحد (Uniform

⁽⁴⁵⁾ نقلا عن: عامر محمود الكسواني، التجارة عبر الحاسوب، ماهيتها، إثباتها، وسائل حمايتها، القانون الواجب التطبيق عليها في كل من الأردن ومصر وإمارة دبي "دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 47.

⁽⁴⁶⁾ نقلا عن: إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، 2009، ص 30.

(UCC) (Commercial Code) والذي نص في المادة الرابعة منه، على تحويل الأموال إلكترونيا سواء بين البنوك أو سداد المدفوعات والالتزامات بطريقة إلكترونية⁽⁴⁷⁾.

في فرنسا أصدر المشرع عدة قوانين ومراسيم تنظم التجارة الإلكترونية، والمتمثلة أساسا في التشريع الفرنسي الصادر في 06 يناير 1978 الخاص بالمعلوماتية والحريات والقانون رقم 2000/230 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني، والمرسوم رقم 2001/741 المتعلق بحماية المستهلك في التعاقد عن بعد، والقانون رقم 2001/1062 المتعلق بالسلامة اليومية، كما أصدر في 21 يوليو 2004 قانونا يتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي⁽⁴⁸⁾، والذي عرف التجارة الإلكترونية في المادة 14 الفقرة الأولى أنها " النشاط الاقتصادي الذي يقوم شخص بموجبه بعرض السلع والخدمات عن بعد بوسيلة إلكترونية"⁽⁴⁹⁾.

تبنى هذا النص مفهوما موسعا جدا للتجارة الإلكترونية، بحيث يشمل التبادلات الإلكترونية المتصلة بالأنشطة التجارية والثقافية والصناعية والبنكية، باعتبارها تساهم في إبرام المعاملات التجارية عن طريق أنظمة الدفع الإلكتروني⁽⁵⁰⁾، وكما أعطى مفهوما واسعا لأطراف التجارة الإلكترونية، معتبرا أن أي عملية عرض للسلع والخدمات تدخل ضمن التجارة الإلكترونية، سواء كان من يمارس هذه التجارة تجار مقيدين في السجل التجاري أو المهنيين أم أشخاص عاديين⁽⁵¹⁾، وكما يشمل التعريف بعض معاملات غير التعاقدية مثل

⁽⁴⁷⁾ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني "دراسة مقارنة"، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص 50.

⁽⁴⁸⁾ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JORF du 22 juin 2004, p.11168.

⁽⁴⁹⁾ Article 14 LCEN : « Le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services ».

⁽⁵⁰⁾ A.CAPRIOL Eric et AGOSTI Pascal, «La confiance dans l'économie numérique (commentaires de certains aspects de la loi pour la confiance dans l'économie numérique) », Les petites affiches, n°110, 3 juin 2005, P.17.

⁽⁵¹⁾ RAYNOUARD Arnaud, « La loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique... ou comment disqualifier le consensualisme dans un élan d'harmonisation du droit des contrats européen sans le dire! », Revue des contrats, n° 2, 1 avril 2005, P.565.

تبادل المعلومات عبر الشبكة حتى وإن كانت بدون مقابل، ولم يحدد المقصود بالنشاط الاقتصادي. قد استبعدت المادة 16 من القانون رقم 575 لسنة 2004⁽⁵²⁾ ألعاب القمار واليانصيب المسموح بها قانوناً في بعض البلدان، وكذلك خدمات المحاماة والتوثيق من نطاق التجارة الإلكترونية⁽⁵³⁾.

يجب الإشارة - من جهتنا - إلى أن التعريف الذي أتت به المادة 14 من القانون رقم 575 لسنة 2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي واسعاً وغير دقيق، لأنه من غير المعقول أن يكون كل عرض عن بعد بوسيلة إلكترونية، خاضع لقوانين التجارة الإلكترونية فليس كل من يملك موقع عبر الشبكة، ويعرض فيها سلعه أو خدماته دون قصد بيعها يجب أن تطبق عليه القواعد المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، وكما اعتبر هذا القانون أن محركات (معدات) البحث، وكذا الدخول إليها تدخل ضمن معاملات التجارة الإلكترونية، حتى وإن لم يتم إبرام أي عقد بين المتصفح للموقع وصاحب الموقع، كما أنه ليس كل التصرفات التعاقدية التي تتم عبر الإنترنت تبدأ في الشكل الإلكتروني وتنتهي بنفس الطريقة، إذ يمكن من الناحية العملية أن يقوم أحد الأشخاص، بشراء سلع أو التمتع بخدمات ويتم إصدار طلب الشراء إلكترونياً، من قبل المشتري ويتم الوفاء بواسطة أحد أدوات الدفع الإلكتروني، ولكن التسليم يكون مادي والعقد رغم ذلك يبقى ذو طبيعة إلكترونية.

نقول في الأخير أن وصف مفهوم التجارة الإلكترونية بالأنشطة الاقتصادية التي تتم عبر وسيط إلكتروني من طرف المشرع الفرنسي، لا يتصف بالدقة ولا يعبر عن محتواه الفعلي.

⁽⁵²⁾Article 16 LCEN: « 1. L'activité définie à l'article 14 s'exerce librement sur le territoire national à l'exclusion des domaines suivants:

2. Les jeux d'argent, y compris sous forme de paris et de loteries, légalement autorisés;

3. Les activités de représentation et d'assistance en justice;

4. Les activités exercées par les notariés en application des dispositions de l'article 1^{er} de l'ordonnance n°45-2590 du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat ».

⁽⁵³⁾ A.CAPRIOL Eric et AGOSTI Pascal, op cit, p.17.

في إيطاليا سار المشرع الإيطالي مسار التوجيه الأوروبي رقم 7/97/CE فيما يتعلق بحماية المستهلكين في مجال العقود المبرمة عن بعد، وذلك بإصدار القرار المتعلق بالتجارة الإلكترونية لسنة 1999⁽⁵⁴⁾، ويكون المشرع الإيطالي بذلك قد خالف الرأي الغالب في الفقه الإيطالي، الذي يرى أن التجارة الإلكترونية تختلف عن البيع عن بعد، كون أن المستهلك الإلكتروني يلعب دور إيجابيا في عقود التجارة الإلكترونية، حيث يقوم هو بحد ذاته بالبحث عن السلع والخدمات عبر الخط مباشرة، ويساهم مباشرة في إعداد العقد عكس ما هو الحال عليه في العقود التي تتم عن بعد التي يقف فيها المستهلك موقفا سلبيا⁽⁵⁵⁾.

يمكن القول - من جهتنا - أنه لا يوجد في حقيقة الأمر، اختلاف كبير بين التجارة الإلكترونية والعقود عن بعد، خاصة إذا أخذنا في الاعتبار أن المشتري لا يطلع مباشرة على السلع والخدمات التي يرغب في التعاقد بشأنها في كليهما.

عرف مشروع قانون التجارة الإلكترونية لدوقية لوكسمبورج في المادة الأولى منه التجارة الإلكترونية بأنها "كل استعمال لوسيلة من وسائل الاتصال الإلكترونية لتجارة السلع والخدمات باستثناء العقود المبرمة بطريق اتصال تليفوني شفهي أو باستخدام التصوير". وهذا المشروع أتى بتعريف مبسط للتجارة الإلكترونية ليتضمن تجارة السلع والخدمات وكما استثنى التعريف، العقود التي يستخدم في إبرامها المكالمات الهاتفية الشفوية، وكذا التي يستخدم فيها التصوير⁽⁵⁶⁾، وربما يعود السبب في ذلك إلى رغبة المشرع في حماية الأطراف المتعاقدة، خاصة في ظل غياب أدلة تثبت قيام مثل هذه العقود، وبعد صدور القانون النهائي بتاريخ 12 جويلية 2000 لم يتضمن في نصوصه أي مادة تعرف التجارة الإلكترونية.

⁽⁵⁴⁾ عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 38.

⁽⁵⁵⁾ المرجع نفسه، ص 36، أنظر كذلك: مدحت عبد الحليم رمضان، مرجع سابق، ص 15، خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 50.

⁽⁵⁶⁾ نقلا عن: خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 51.

2- في القوانين العربية

تعد تونس أول دولة عربية التي أصدرت قانون خاص بالتجارة الإلكترونية، وهو القانون رقم 83 الصادر في 9 أوت لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية⁽⁵⁷⁾، وقد أورد في الفصل الأول من الباب الأول تعريفا للمبادلات الإلكترونية والتجارة الإلكترونية، وذلك في المادة الثانية التي تنص على أنه "يقصد بالمصطلحات الآتية في مفهوم القانون ما يلي:

المبادلات الإلكترونية: المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية.

التجارة الإلكترونية: العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية".

بالنظر إلى هذا التعريف نجد أن المشرع التونسي ركز على نقطتين في تعريفه وتتمثل النقطة الأولى في تعريف التجارة الإلكترونية، بأنها أي عملية تجارية تشمل كل النشاطات التجارية، مهما كان موضوعها سواء تعلق بسلع أو خدمات أو أداء عمل، والتي تتم عبر المبادلات التجارية، مع العلم أن كل عملية تجارية هي مبادلة ما بين سلعة وثنمها أو خدمة وقيمتها أو أداء عمل بمقابل تتم عبر الوسائل الإلكترونية، دون أن يحدد في ذلك نوع هذه الوسائل التي يتم من خلالها التعاقد عن بعد⁽⁵⁸⁾، والنقطة الثانية تتمثل في وضع شرط قيام هذه المبادلات التي تتم بوسائل إلكترونية في الوثائق الإلكترونية⁽⁵⁹⁾، وذلك رغبة من المشرع التونسي، في حماية الأطراف المتعاقدة من خلال إفراغ التعاقد في وثائق إلكترونية التي يتم إعدادها مقدما قبل حدوث النزاع.

⁽⁵⁷⁾ القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، رقم (83 لسنة 2000)، الصادر في 9 مايو 2000، ونشر في جريدة الرائد الرسمي للجمهورية التونسية في 11 أغسطس 2000.

⁽⁵⁸⁾ محمد عبيد الكعبي، مرجع سابق، ص 153.

⁽⁵⁹⁾ هذا ما نستشفه من الفقرة الأولى من المادة الثانية من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي الصادر سنة 2000 وذلك عندما عرفت المبادلات التجارية بأنها "المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية".

أما بالنسبة لدولة الإمارات العربية المتحدة، فقد أصدر حاكم إمارة دبي القانون رقم 2 الصادر في 12 فبراير لسنة 2002 المتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية⁽⁶⁰⁾، وأشار في الفصل الأول المخصص للتعريفات وفي المادة 2 منه إلى ما يلي:

- "المراسلة الإلكترونية: إرسال واستلام الرسائل الإلكترونية.
- الرسالة الإلكترونية: معلومات إلكترونية ترسل أو تستلم بوسائل إلكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه.
- التجارة الإلكترونية: المعاملات التجارية التي تباشر بواسطة المراسلات الإلكترونية.
- المعاملات الإلكترونية: أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية".

يلاحظ أن هذه المادة، جاءت بمجموعة من المفاهيم أتت على شكل عبارات تتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، التي تتم بوسائل الاتصال الحديثة وتكون مثبتة في قالب شكلي خاص، وذلك بأن يكون في شكل رسائل إلكترونية يتم إرسالها واستقبالها بوسيلة إلكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه، ولعل السبب الذي دفع المشرع لإمارة دبي لتفصيل جميع مفردات ومقومات التجارة الإلكترونية في عبارات مختصرة إلى صعوبة وضع تعريف جامع ومانع للتجارة الإلكترونية.

أما قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 فقد عرف المعاملات الإلكترونية بدلا من تعريف التجارة الإلكترونية⁽⁶¹⁾ في المادة 2 فقرة 2 بأنها "المعاملات التي

⁽⁶⁰⁾ صدر هذا القانون في إمارة دبي في 12 فبراير 2002، وقد شمل هذا القانون (39) مادة مقسمة إلى ثمانية فصول تناولت متطلبات المعاملات الإلكترونية والعقود الإلكترونية وصحتها والتوقيعات الإلكترونية وخدمات التصديق، وقبل صدور هذا القانون صدر القانون رقم (1) لسنة 2000 في شأن منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا والتجارة والإعلام، وكان الهدف من ذلك القانون هو تهيئة البيئة المناسبة لتطبيق قانون التجارة الإلكترونية عند صدوره، المصدر: <http://www.arablaw.org/Arab%20ecommerce.htm>

⁽⁶¹⁾ يميز بعض الفقه بين المعاملات الإلكترونية والتجارة الإلكترونية، باعتبار أن الأول أعم وأشمل من الثاني الذي يقتضي أن يكون محله عملا تجاريا بحتا وفقا للقانون التجاري، أنظر في هذا المعنى: هدى حامد قشقوق، مرجع سابق، ص 6.

تتخذ إلكترونياً⁽⁶²⁾. وهذا التعريف جاء عاما ليشمل كل مراحل العقد بما فيها الإجراءات التمهيدية السابقة على إتمام العملية التجارية التي تتم عبر الحاسوب، دون أن يأخذ بعين الاعتبار إتمام وتنفيذ العقد النهائي، ويعتبر ذلك أمر غير منطقي لو أخذنا بهذا التعريف لأنه لا يمكن اعتبار، مرحلة التفاوض ومناقشة بنود العقد تدخل في نطاق التجارة الإلكترونية، التي يدخل في نطاقها فقط العمليات التجارية التي تم إنجازها بالفعل فالحديث عن التجارة الإلكترونية، لا يكون باستخدام الحاسوب ووسائل الاتصال الحديثة في العملية العقدية، بل لابد وأن ينتج عن هذا الاستخدام عملية تجارية كاملة ومتكاملة حتى نتمكن من القول أن هناك تجارة إلكترونية.

بالنسبة لجمهورية مصر العربية عرف مشروع قانون التجارة الإلكترونية في مادته الأولى الخاصة بالتعريفات التجارة الإلكترونية بأنها " تبادل السلع والخدمات عن طريق وسيط إلكتروني أي كل معاملة تجارية تتم عن بعد باستخدام وسيلة إلكترونية". ويلاحظ على هذا التعريف أنه لم يحدد وسائل التجارة الإلكترونية، وبالتالي لم يحصرها في شبكة الإنترنت⁽⁶³⁾، ويرى غالبية الفقه المصري في ذلك أن المشرع حسنا فعل لأن له نظرة مستقبلية يسمح فيها لهذا التعريف احتواء ما قد تكتشفه العلوم من الوسائل التكنولوجية التي تمكن من إجراء المعاملات التجارية⁽⁶⁴⁾.

نحن نرى العكس من ذلك حيث كان من الأجدر على المشرع المصري أن يذكر البعض من الوسائل الإلكترونية التي تستخدم في إجراء التعاقد، وذلك على سبيل المثال وليس الحصر حتى يكون تعريفه أكثر دقة.

(62) أبو العلا علي أبو العلا النمر، المشكلات العملية والقانونية في التجارة الإلكترونية، (د د ن)، (د س ن)، ص 245.

(63) خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 54.

(64) أنظر في هذا المعنى: هالة جمال الدين محمد محمود، أحكام الإثبات في عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 42.

الأمر المحير أن التشريع الجزائري من بين الدول العربية التي لم تصدر أي قانون يتعلق بالتجارة الإلكترونية، حتى بعد صدور القانون رقم 15-04 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، فلم يتضمن في نصوصه أي تعريف للتجارة الإلكترونية، التي تعتبر التوقيع الإلكتروني أحد الأذرع الحامية لهذه التجارة، التي لم تحظى بالاهتمام اللازم بالنظر إلى أهميتها الاقتصادية والاجتماعية، ولمواجهة التأخر الذي يعرفه التشريع الجزائري، اكتفى المشرع بتعديل بعض النصوص في مجموعة من القوانين التي سنتعرض إليها في أوانها.

ثالثا : التعريف الفقهي للتجارة الإلكترونية

وضعت الكثير من التعريفات من قبل الفقه للتجارة الإلكترونية، وجاء البعض منها مركزا على عملية البيع والشراء التي تتم من خلال وسائل الاتصال الحديثة، ويكون بذلك هذا الاتجاه قد ضيق مفهوم التجارة الإلكترونية إلى هذا الحد، وهناك اتجاه آخر من الفقه وسع في مفهوم التجارة الإلكترونية، ليشمل جميع التعاملات التي تتم من خلال وسائل الاتصال الحديثة، بدون إصباغ الصفة التجارية لتلك المعاملات، ومنه سنتعرض لمختلف هذه التعريفات من خلال الاتجاهات المختلفة التي تناولت تعريف التجارة الإلكترونية.

1- التعريف الضيق للتجارة الإلكترونية

قدم الكثير من التعريفات التي أتى بها أصحاب هذا الاتجاه من الفقه، تنحصر كلها في إطار ضيق، وقد جاء في تقرير صادر عن الجمعية الفرنسية لمجموعة التقنيات والخدمات التي تجمع الوسائل المعلوماتية والوسائط المتعددة (AFTEL)⁽⁶⁵⁾ سنة 1998، تعريفا ضيقا للتجارة الإلكترونية على الشكل التالي: "مجموعة المعاملات التجارية التي يتم الشراء فيها عن طريق وسائل الاتصال، وبالتالي فهي تشمل عملية تلقي الطلب وكذلك

⁽⁶⁵⁾ L'Association française de la télématique multimédia (AFTEL).

الشراء مع الدفع سواء كانت المشتريات أموالاً أو خدمات، وفي نفس الوقت يتم الحصول عليها مباشرة على الإنترنت (en ligne) مثل خدمات المعلومات، الألعاب الإلكترونية...". كما قدمت جمعية (AFTEL) تعريفاً موسعاً نوعاً ما جاء فيه " (التجارة الإلكترونية) مجموعة الاستعمالات التجارية للشبكات، ويدخل في تلك الاستعمالات الشركة التي لا تقدم سوى عرض لمنتجاتها، أما التسليم فيتم خارج الخط (hors ligne)"⁽⁶⁶⁾.

بينما ينظر إليها البعض الآخر من الفقه على أنها "عبارة عن إبرام الصفقات التجارية أو الأنشطة الخاصة بالأعمال التجارية، وذلك من خلال الوسائل الإلكترونية وعلى ذلك، فإنها يمكن أن تشمل على تبادل البضائع أو الخدمات أو الشؤون المالية أو غيرها بين شخصين أو أكثر أو كيانين تجاريين يستخدمان الوسائل الإلكترونية"⁽⁶⁷⁾.

كما عرفها البعض الآخر بأنها "العملية التي تتم بين طرفين - بائع ومشتري أو أكثر - عن طريق استخدام الكمبيوتر عبر شبكة الإنترنت"⁽⁶⁸⁾.

عرفتها المجلة العالمية للتجارة الإلكترونية كما يلي: "هي ببساطة مصطلح يقصد به عمليات بيع وشراء تسليم السلع وطلبها من منتجها أو بائعها ليس بالطريقة العادية وإنما إلكترونياً، وعادة ما تتم هذه العمليات عن طريق شبكة الإنترنت"⁽⁶⁹⁾.

من التعريفات الضيقة ما أشار إليه الأستاذ أبو الحسن مجاهد أنها "تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري و آخر، أو بين مشروع تجاري ومستهلك وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات"⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁶⁾ BENSOUSSAN Alain, Le commerce électronique "aspects juridique", éd Hermes, Paris, 1998, p.13.

⁽⁶⁷⁾ محمد أحمد محمد نور جستنبة، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2005، ص 17.

⁽⁶⁸⁾ هدى حامد قشقوش، مرجع سابق، ص 5.

⁽⁶⁹⁾ نقلاً عن: محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 34.

مما سبق، تجتمع وتتفق كل التعريفات التي قدمها أنصار الاتجاه الضيق إلى حصر التجارة الإلكترونية، ووضعها في رواق العمليات التي لا تتعدى البيع والشراء باستخدام وسائل الاتصال الحديثة، والمتمثلة في الغالب في شبكة الإنترنت، وبالتالي تم نقد هذا الاتجاه الذي جانب الصواب، عند تعريفه للتجارة الإلكترونية في عدة نقاط التي يمكن حصرها في ما يلي:

- كون أن هذا الاتجاه يعتبر أن التجارة الإلكترونية لا تعدو أن تكون إلا مجرد نوع جديد من أنواع الدعاية التجارية للسلع والخدمات، التي أفرزتها التكنولوجيا المتطورة، والحقيقة أن التجارة الإلكترونية تمتد لتشمل أعمال الدعاية، وما يتبع ذلك من المعاملات التي قد تجذبها هذه الدعاية.

- إن أنصار هذا الاتجاه أغفلوا جوانب كثيرة للتجارة الإلكترونية حيث يعتبرون أنها بيعا وشراء عبر شبكة الإنترنت، وهذا يتنافى مع واقع التجارة الإلكترونية الذي تتنوع الأعمال التجارية التي تتم في محيطها، ومنها مثلا الإعلان عن السلع والخدمات، وإنشاء المواقع والمتاجر الافتراضية، تقديم خدمات الاتصال والدفع الإلكتروني والتعاملات المصرفية.

- التجارة الإلكترونية لا تتم فقط عبر شبكة الإنترنت مثل ما ذهب إليه الاتجاه الضيق في تعريفه، وإنما يمكن أن تتم عقود التجارة الإلكترونية، عن طريق وسائل الاتصال الأخرى كالمينيتال (Minitel)⁽⁷¹⁾ في فرنسا أو (Viditel) في هولندا أو (Prestel) في إنجلترا، التي يمكن أن تشكل سوقا لانعقاد عقود التجارة الإلكترونية.

(70) أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 36، وقد أشار الأستاذ أسامة أبو الحسن مجاهد إلى ورود هذا التعريف في التقرير الصادر عن لجنة التجارة الإلكترونية بمركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار برئاسة مجلس الوزراء بجمهورية مصر العربية بعنوان "مقترح المبادرة المصرية للتجارة الإلكترونية".
(71) Le minitel est un terminal passif « vidéotex » qui a été utilisé en France depuis 1982 avant d'être supplanté par l'internet, il a été arrêté définitivement le 30 juin 2012.

2- التعرف الموسع للتجارة الإلكترونية

ذهب جانب آخر من الفقه إلى تقديم تعريف واسع للتجارة الإلكترونية، وذلك نظرا للاستناد في تعريفهم إلى تمديد المعاملات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، لتشمل كافة الأنشطة مهما كانت طبيعتها تجارية أم لا، والتي تتم باستخدام الوسائل الإلكترونية.

نبدأ بذكر التعرف المقدم من طرف مجموعة العمل التي أشرف عليها (M^{er} LORENTZ) لوزير الاقتصاد الفرنسي في يناير 1998⁽⁷²⁾، والخاص بالتجارة الإلكترونية حيث عرفها بأنها "تشمل مجموعة المبادلات الرقمية المتصلة بالأنشطة التجارية بين المشروعات ببعضها البعض وبين المشروعات والأفراد وبين المشروعات والإدارة".⁽⁷³⁾ هذا التعريف يعد تعريفا موسعا للتجارة الإلكترونية، ذلك أنه يعتبر المعاملات الرقمية ذات الصلة بالأنشطة التجارية، تحتوي على كل الوظائف والأعمال المرتبطة بالغايات التجارية التي تشمل، على الاتصالات مع الزبائن والموردين من مشروعات أخرى ومستهلكين والشركاء التجاريين، كالمقاولين من الباطن والموزعين، وفروع الشركات والإدارات الحكومية والمصارف، وبذلك فهي تنتمي إلى فروع القانون العام والقانون الخاص على حد سواء.

ومن أنصار هذا الاتجاه من عرفوها بأنها "جميع المعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت حتى ولو لم تتمتع بالصفة التجارية، وإن كان الغالب أن تتمتع بهذه الصفة من جانب مقدم السلعة أو الخدمة على الأقل، والذي غالبا ما يكون تاجرا"⁽⁷⁴⁾. ومنهم كذلك من عرفها بأنها "عبارة عن تبادل المعلومات بطريقة آلية ترتكز على التكنولوجيا الحديثة البريد الإلكتروني، من خلال أو بدون الاستعانة بالإنترنت، و النقل أو التحويل الإلكتروني للأموال

⁽⁷²⁾ VIVANT Michel, « Le contrat plongé dans (l'économie numérique) », Revue des Contrats, n° 2, 1 avril 2005, p.533.

⁽⁷³⁾ Le Rapport « LORENTZ » sur la nouvelle donne du commerce électronique : « Le terme commerce électronique fait référence à l'ensemble des échanges électroniques liés aux activités commerciales » ; Cité par : VIVANT Michel, op cit, p.533 ; BENSOUSSAN Alain, op cit, p.12.

⁽⁷⁴⁾ أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص 35.

لدى البنوك والنقود الرقمية والبطاقات الذكية والبريد الإلكتروني، واستخدام التلكس والفاكس في العمليات التجارية المختلفة⁽⁷⁵⁾.

في نفس الإطار قدم تعريف آخر للتجارة الإلكترونية جاء بالشكل التالي "التجارة التي تشتمل على أنواع ثلاثة مختلفة من الصفقات هي تقديم خدمات شبكة الإنترنت والتسليم الإلكتروني للخدمات، أي تسليم صفقات المنتجات الخدمية للمستهلك في شكل معلومات رقمية، واستخدام شبكة الإنترنت كقناة لتوزيع الخدمات، وعن طريقها يتم شراء السلع عبر الشبكة، ولكن يتم تسليمها بعد ذلك للمستهلك في شكل غير إلكتروني"⁽⁷⁶⁾.

بالنظر إلى هذه التعريفات نجد أنها تمثل توسعا غير مبرر لمفهوم التجارة الإلكترونية حيث اعتبروها عملا تجاريا، وبالرجوع إلى تعريف العمل التجاري نجد أنه يقوم على أربعة معايير تسمح بضبطه وتعريفه وتتمثل في المضاربة، وقصد الربح، والتداول أو المقابلة، وكذا الاحتراف، والتعريفات المقدمة أعلاه تجاوزت هذه المعايير وذلك بإدخال أي نشاط تجاري كان أو غير تجاري، ضمن التجارة الإلكترونية التي أصبحت تستغرق كل ما يتعلق بالدعاية والإعلان عن السلع والخدمات، إنشاء وتسجيل المواقع الإلكترونية، تبادل البيانات الإلكترونية، والتفاوض على الصفقات التجارية بالوسائل الإلكترونية وإبرام العقد، والتوزيع للسلع والخدمات، والوفاء بطرق الدفع الحديثة وكل ذلك عبر الخط مباشرة.

في تعريف آخر الذي جاء كما يلي: "شكل من أشكال الصفقات التجارية التي يتصل أطرافها (البائع والمشتري) ببعضهم البعض عبر شبكة المعلومات الدولية "الإنترنت" سواء على المستوى المحلي أو الدولي"⁽⁷⁷⁾. فهذا التعريف قد جانبه الصواب ذلك لأن تعبير

⁽⁷⁵⁾ إيمان مأمون أحمد سليمان، الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2006، ص 22.

⁽⁷⁶⁾ سليمان أحمد محمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2011، ص 12.

⁽⁷⁷⁾ إيهاب الدسوقي، "الأبعاد الاقتصادية والمالية للتجارة الإلكترونية مع التطبيق على مصر"، مجلة مصر المعاصرة، العدد 467-468، السنة الثالثة وتسعون، جامعة القاهرة، أكتوبر 2002، ص 51.

الأعمال الإلكترونية، أشمل مما قد يتم من عمليات تجارية من خلال التجارة الإلكترونية فتدخل في دائرته الأعمال التجارية، وغيرها من الأعمال كالصحة والتعليم والإدارة، إذن يجب قدر الإمكان تجنب إصباغ صفة الأعمال المنجزة، على وسائط متعددة إلكترونية⁽⁷⁸⁾ على التجارة الإلكترونية لأن ذلك يبتعد عن الصحيح.

الفرع الثاني

أشكال التجارة الإلكترونية

يقع الكثيرون في خطأ، عند استخدامهم اصطلاح التجارة الإلكترونية مرادف لمصطلح الأعمال الإلكترونية، فهذه الأخيرة أوسع نطاقا وأشمل من الأولى، وتقوم الأعمال الإلكترونية، على فكرة أتمتة الأداء في العلاقة بين إطارين من العمل، وتمتد لسائر الأنشطة الإدارية والإنتاجية والمالية والخدماتية، ولا تتعلق فقط بعلاقة البائع أو المورد بالزبون إذ تمتد لعلاقة المنشأة بوكلائها وموظفيها وعملائها⁽⁷⁹⁾، كما تمتد إلى أنماط أداء العمل وتقييمه والرقابة عليه، وضمن مفهوم الأعمال الإلكترونية يوجد المصنع الإلكتروني المؤتمت، والبنك الإلكتروني، وشركة التأمين الإلكترونية، والخدمات الحكومية المؤتمتة والتي تتطور مفاهيمها في الوقت الحاضر، نحو مفهوم أكثر شمولاً هو الحكومة الإلكترونية، التي تتنوع معاملاتها باختلاف الأطراف التي تستفيد من خدماتها، في حين أن التجارة الإلكترونية نشاط تجاري، وبشكل خاص تعاقدات البيع والشراء وطلب الخدمة وتلقيها بآليات تقنية وضمن بيئة تقنية⁽⁸⁰⁾.

يمكن تقسيم نشاطات التجارة الإلكترونية إلى أربعة أقسام أساسية وهي:

(78) عرفت الوسائط المتعددة بأنها "تقنية الإتصال تستعمل نصوص، صور، أصوات والتفاعلية (interactivities) محليا أو عن بعد"، لمزيد من التفصيل راجع: بهلولي فاتح، النظام القانوني للمصنفات المتعددة الوسائط، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص ملكية فكرية، جامعة الجزائر، 2005، ص 8 وما يليها.

(79) عامر محمود الكسواني، مرجع سابق، ص 115.

(80) محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 51.

أولاً- التجارة الإلكترونية بين وحدة أعمال ووحدة أعمال (B2B)

في هذا الشكل المسمى أعمال إلى أعمال أي (Business to Business) تختصر لتكون (B2B)، ويكون التعامل الإلكتروني بين الأنواع المختلفة للشركات والأعمال التجارية وبعضها البعض، والتجارة الإلكترونية بدأت أساساً بين قطاعات الأعمال منذ سنوات، خاصة بين المؤسسات المالية الكبرى بخصوص التحويلات المالية⁽⁸¹⁾، ثم امتدت لتغطي المشروعات الصناعية لشراء المواد الأولية، من الموردين وتنسيق قنوات توزيع المنتجات والخدمات، والاتصالات والتنسيق مع جهات النقل والشحن وغيرها باستخدام التكنولوجيا الرقمية⁽⁸²⁾. ويشكل هذا النوع من التجارة الإلكترونية أغلب معاملات التجارة الإلكترونية، حيث يستحوذ على ما يقارب (80%) من إجمالي حجم التجارة الإلكترونية في العالم⁽⁸³⁾، فعلى سبيل المثال يتم في هذا الشكل، إبرام صفقات تجارية بين شركتين منفصلتين أو أكثر وهو ما يشبه إلى حد كبير الشراء ذات الحجم الكبير، من حيث ضخامة حجم الصفقات وانخفاض هوامش الربح، حيث يتم تبادل البيانات والمعلومات حتى يتم التوصل إلى اتفاق بينهما، وعندئذ يستطيع الطرفان إبرام عقد إلكتروني لتوريد السلع أو الخدمات، وتسلم الفواتير وتسديد الدفعات إلكترونياً أو مادياً حسب الاتفاق أو طبيعة السلع والخدمات.

ثانياً- التجارة الإلكترونية بين وحدة الأعمال والمستهلك

هذا الشكل يسمى (Business to Consumer) أي أعمال إلى مستهلكين تختصر لتكون (B2C)، وقد عرف انتشاراً بشكل واسع مع ظهور المراكز التجارية الافتراضية

⁽⁸¹⁾ PIRONON Valérie, op cit, p.11.

أنظر أيضاً: السيد أحمد عبد الخالق، "الأهمية الاقتصادية للتجارة الإلكترونية"، مجلة الأمن والقانون، السنة التاسعة، العدد الأول، كلية شرطة دبي، يناير 2001، ص 363.

⁽⁸²⁾ كاترين ل، مان سوا، إيكيرت ساره كلياند نايت، التجارة الإلكترونية العالمية، ترجمة: الشحات منصور، مركز الأهرام للترجمة والنشر، القاهرة، 2003، ص 23.

⁽⁸³⁾ نقلاً عن: محمد عبد حسين الطائي، التجارة الإلكترونية المستقبل الواعد للأجيال القادمة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 30.

والأسواق الإلكترونية على شبكة الإنترنت⁽⁸⁴⁾، وتتكون هذه المراكز التجارية من عنصرين أساسيين، هما تكنولوجيا المعلومات والمعلومات ذاتها، حيث تؤدي تكنولوجيا المعلومات إلى تسهيل وخفض تكلفة تجميع المعلومات وتجهيزها، ويؤدي ترابط الشبكة إلى انخفاض التكلفة في الوصول إلى تلك المعلومات، التي تم تحميلها بالفعل من المتاجر الافتراضية التي تتضمنها المراكز التجارية الإلكترونية⁽⁸⁵⁾.

يوجد على شبكة الإنترنت العالمية مواقع لمراكز تجارية متعددة⁽⁸⁶⁾، يستطيع المستهلك ومؤسسة الأعمال عن طريقها إتمام عمليات البيع والشراء، فيما بينهما إلكترونياً وتقوم هذه المواقع بتقديم كافة أنواع السلع والخدمات⁽⁸⁷⁾، كما تقوم هذه المواقع باستعراض كافة السلع والخدمات المتاحة، وتنفيذ إجراءات البيع والشراء، كما يتم استخدام بطاقات الائتمان من أجل إتمام عمليات البيع والشراء، حيث يعتبر استخدام بطاقات الائتمان في عملية الدفع أكثر شيوعاً واستخداماً بين المستهلك ومؤسسة الأعمال، إضافة إلى إيجاد وسائل دفع إلكترونية أخرى مطبقة بشكل واسع⁽⁸⁸⁾، مثل الشيكات الإلكترونية ودفع الثمن عند التسليم، أو أي طريقة أخرى يتم الاتفاق عليها من قبل أصحاب العلاقة.

ثالثاً - التجارة الإلكترونية بين مستهلك ومستهلك آخر

في هذا الشكل المسمى، (consumer to consumer) أي من مستهلك إلى مستهلك تختصر لتكون (C2C)، الذي ظهر بعد انتشار استخدام الإنترنت، وظهور التقنيات الحديثة الخاصة بشبكة الإنترنت، وتأقلم المستهلكين معها حيث يقومون بإقامة التعاملات

⁽⁸⁴⁾ KLUWER Wolter, op cit, p.758.

⁽⁸⁵⁾ محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 42.

⁽⁸⁶⁾ من أكبر المواقع على شبكة الإنترنت التي تستخدم هذه الطريقة موقع شركة (AMAZON)، وهذا الموقع

(www.amazon.com)، متخصص في بيع الكتب ويعتبر من أكبر محلات بيع الكتب العالمية، وهي مكتبة تخيلية

(virtuelle)، أي ليس لها مقر أو مبنى وإنما تمارس نشاطها التجاري من خلال شبكة الإنترنت فقط.

⁽⁸⁷⁾ كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 70.

⁽⁸⁸⁾ راجع الصفحة 218 وما يليها من هذه الرسالة.

الإلكترونية بينهم، بصورة مباشرة وبدون الحاجة إلى وجود أي تدخل من منظمة أو جهة، كما توفر بعض المواقع التي يستخدم فيها هذا النوع من التجارة تسهيلات كبيرة تريح المستهلكين في تعاملاتهم، ويكون التعامل بين الأفراد المستهلكين أنفسهم⁽⁸⁹⁾، وفيه تكون عملية البيع والشراء بين مستهلك ومستهلك آخر، من خلال وضع إعلانات على المواقع الشخصية أو على مواقع إلكترونية⁽⁹⁰⁾، يلتقي فيها المستهلكون بهدف بيع الأغراض الشخصية أو بيع الخبرات إلى الآخرين، ويشمل ذلك المزادات الإلكترونية التي تتم فيها المعاملات التجارية بين الأفراد، والنوع الرئيسي لهذا الشكل هو المعاملات بين الأفراد عن طريق الرف الإلكتروني⁽⁹¹⁾ (Electronic Bay)، وذلك يتم بقيام شخص ما ببيع منزل أو سيارة أو أي منتج آخر، عن طريق المزاد ويستطيع الأفراد الآخرون المزايدة على الثمن.

رابعاً - التجارة الإلكترونية بين وحدة أعمال والحكومة

هذا الشكل يعد من أشكال التجارة الإلكترونية التي تتم بين منظمات الأعمال والجهات الحكومية (Business to Government)، يختصر ليكون (B2G)، وذلك في إطار تنفيذ التعاقدات الموقعة بين الطرفين، والتي بموجبها تتجزر هذه المنظمات بنود هذه التعاقدات للوفاء بالتزاماتها تجاه تلك الجهات⁽⁹²⁾ وعلى سبيل المثال، يتم في الولايات المتحدة الإعلان عن المشتريات الحكومية من خلال شبكة الإنترنت، ويمكن للشركات أن تتبادل الردود معها إلكترونياً⁽⁹³⁾، من أجل توريد احتياجات الحكومة من الأجهزة والمعدات والمستلزمات.

(89) محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 43.

(90) كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 70.

(91) DEMOULIN Marie, Les pratiques du commerce électronique, éd CRID, 2007, p.30 et s.

(92) محمد عبد حسين الطائي، التجارة الإلكترونية المستقبل الواعد للأجيال القادمة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 32.

(93) سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 37.

الفرع الثالث

البنية التحتية للتجارة الإلكترونية

تعد شبكة الإنترنت الحدث العالمي الأبرز في أواخر القرن العشرين، واقتحمت حياتنا بصورة دراماتيكية وشاركتنا في معظم الأشياء، وأحدثت تغيرا جوهريا في نقل وتبادل المعلومات، واختصرت الزمان والمكان وأضحى العالم بفضلها قرية صغيرة⁽⁹⁴⁾، يتداولها الأفراد بمفاهيم نسبية من حيث الاستعمال والاستفادة، من إمكاناتها الهائلة في مختلف المجالات الاقتصادية والعلمية والثقافية، وغيرها من أنماط الحياة في كثير من جوانبها الحساسة⁽⁹⁵⁾.

تستلزم التجارة الإلكترونية تهيئة بنية تحتية - شبكة الإنترنت - سليمة تمكن القائمين عليها وكذلك المتخصصين والخبراء والمهنيين، وغيرهم من الجهات ذات العلاقة من ممارسة مثل هذا النوع من التجارة، إذ يجمع المتخصصون في التجارة الإلكترونية أن انتشارها في أي دولة يكون مرتبط إلى حد بعيد بانتشار الإنترنت فيها، إلى جانب انتشار أجهزة الحاسوب والهواتف في المؤسسات والمنازل والمنشآت⁽⁹⁶⁾.

سنحاول في هذا الفرع، إلقاء نظرة شاملة على هذه الشبكة من حيث مفهومها والخدمات التي تقدمها، مع الوقوف على مكانة الجزائر من هذه الوسيلة التي أصبحت العمود الفقري لاقتصاديات الكثير من الدول.

(94) جليل الساعدي، مشكلات التعاقد عبر شبكة الإنترنت، مكتبة السنهوري، بغداد، 2011، ص 7.

(95) عايد رجا الخلايلة، المسؤولية التقصيرية الإلكترونية " المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب والإنترنت"، "دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 46.

(96) كاثرين ل؛ مان سوا؛ إيكيرت ساره كلياند نايت؛ ترجمة، الشحات منصور، مرجع سابق، ص 47 وما يليها.

أولاً: مفهوم شبكة الإنترنت

ظهرت فكرة شبكة الإنترنت في نهاية الخمسينيات من القرن الماضي وسرعان ما تطورت هذه الشبكة، حتى أصبحت أكبر موسوعة للحضارة البشرية على مر التاريخ وهي الآن تضم عدد هائل من أجهزة الحواسيب، المتصلة فيما بينها بواسطة خطوط الاتصال الدولية عبر العالم، سواء كانت مسموعة أو مرئية، وهي شبكة دولية تعمل بفضل البنية التحتية للاتصالات عن بعد، وأتاحت إنجاز الخدمات التجارية من خلال مواقع الويب (web)⁽⁹⁷⁾، وسنتعرض بالدراسة في هذه النقطة إلى تعريف شبكة الإنترنت، ثم نعرض لإلقاء نظرة على نشأتها.

1- تعريف شبكة الإنترنت

جاءت كلمة (Internet) - الإنترنت - اختصاراً للتعبير عن (International network)، وهي كلمة إنجليزية الأصل نشأت من خلال الربط بين كلمتين هما: كلمة (Inter) وتعني البينية أو الاتصال، وكلمة (net) وتعني الشبكة⁽⁹⁸⁾، فإذا ما جمعنا الكلمتين معاً فإن المعنى الكامل المتحصل هو الشبكة المتصلة أو البينية، فالإنترنت إذن تعني ترابطاً بين شبكات الحاسب الآلي المترابطة والمتناثرة في أنحاء العالم، ويحكم ترابط تلك الأجهزة وتحديثها بروتوكول موحد⁽⁹⁹⁾، يسمى بروتوكول ترانسل الإنترنت (TCP/IP)⁽¹⁰⁰⁾، وعلى ذلك فإن شبكة الإنترنت في حقيقتها ما هي إلا مجموعة من أجهزة الحاسب الآلي، التي تتحاور مع بعضها البعض من خلال اتصالها معاً عبر كوابل الألياف الضوئية والخطوط

(97) DUKAY Bernadett, Les enjeux des nouvelles relations contractuelles dans le commerce électronique entre professionnels, Thèse pour le doctorat en droit privé, université pantheon-assas paris II, 2009, p.25.

(98) عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع على الإنترنت، "دراسة تحليلية"، دار الحامد، عمان، 2007، ص 36.

(99) مندى عبد الله محمود حجازي، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني وفقاً لقواعد الفقه الإسلامي والقانون المدني "دراسة مقارنة"، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، ص 4.

(100) وهو اختصار ل (Transmission Control Protocol/Internet Protocol)

الهاتفية والأقمار الصناعية، وغيرها من وسائل الاتصال الشبكي⁽¹⁰¹⁾، وهذا ما جعل البعض يعبر عنها بالطرق السريعة للاتصالات⁽¹⁰²⁾، ومن ثم فإنه يمكن تعريف الإنترنت على أنها مجموعة شبكات وأجهزة الحاسب الإلكتروني، التي تتواجد في مختلف دول العالم، والتي تتصل ببعضها ويجمع بينها أنظمة الاتصالات الإلكترونية التي تستخدم لنقل البيانات (TCP/IP)، أي نظام نقل المعلومات. وأبسط طرق الاتصال بالإنترنت وأكثرها شيوعاً⁽¹⁰³⁾، وهي خدمة الاتصال عبر المودم (Modem) وخطوط الهاتف ولكي يتمكن أي شخص من استخدام الإنترنت وفقاً لهذه الطريقة، فيجب أن يكون لديه جهاز كمبيوتر شخصي مزود بجهاز المودم، ولديه اشتراك لدى أحد مقدمي خدمة الإنترنت وخط الهاتف⁽¹⁰⁴⁾.

عرفت كذلك بأنها "نظام المعلومات العالمي المتصل ببعضه اتصالاً منطقياً، من خلال مساحة عنوانية متفردة عالمية وتستطيع العمل مع أنظمة الاتصالات، عن طريق بروتوكول الإنترنت فيوفر للمتعاملين عليه خدمة راقية من الاتصالات"⁽¹⁰⁵⁾.

كما عرفت أيضاً أنها "شبكة الاتصالات العالمية التي تربط الملايين من الحواسيب بعضها ببعض، إما عن طريق خطوط الهواتف أو عن طريق الأقمار الصناعية، التي يستخدمها مستخدمو الحواسيب حالياً على مدار الساعة في معظم أنحاء العالم، وبخاصة في الجامعات ومعاهد البحث العلمي والشركات الكبرى والبنوك والمؤسسات الحكومية"⁽¹⁰⁶⁾.

(101) مندى عبد الله محمود حجازي، مرجع سابق، ص 4.

(102) Pour le philosophe LÉVY Pierre « Les réseaux ressemblent à des route et à des rues, les ordinateurs et les logiciels de navigation sont les équivalents de la voiture individuelle, les sites web sont comme des boutiques, des bureaux et des maisons ». Cité par : EL BADAWI Lamia, Les mutations du droit sous l'influence du commerce électronique, thèse de doctorat, paris I- Panthéon-Sorbonne, 2007, p.18.

(103) يوجد عدة طرق للاتصال بالإنترنت نذكر منها:

- اتصال (ISDN) : أي الاتصال عبر شبكة رقمية للخدمات المتكاملة.

- الاتصال عبر مودم الكابل (Cable modem) : وهو مودم يتيح نقل البيانات عبر كوابل النقل التلفزيوني.

(104) خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 22.

(105) إيهاب السنباطي، موسوعة الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 78.

(106) رامي محمد علوان، "التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني"، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة السادسة والعشرين، جامعة الكويت، ديسمبر 2002، ص 229.

في حين اكتفى البعض بالقول أنها "شبكة هائلة من أجهزة الكمبيوتر المتصلة فيما بينها بواسطة خطوط الاتصال عبر العالم"⁽¹⁰⁷⁾. الملاحظ على هذه التعريفات أنها جميعا لا تخلو من النقد، فمعظمها ركز على الوصول للمعلومة من الإنترنت عبر الحاسوب، ناسيا أنه يمكن الوصول إلى المعلومة بطريق آخر، وأن الاختراعات الحديثة ستكشف لنا عن وسائل كثيرة، يتم من خلالها الوصول إلى الشبكة المعلومات، أما بعض هذه التعريفات فلا تعدو أن تكون وصفا خارجيا لما يجري على أرض الواقع دون أن تقدم لنا شيئا حقيقيا.

لذا يصعب علينا اختيار أي من هذه التعريفات كتعريف قانوني، يمكن الركون إليه وتقنيته بقواعد قانونية تتسم بالعمومية والتجريد، وبالتالي نقترح تعريف الشبكة المعلوماتية (الإنترنت) على النحو التالي: "هي كم هائل من المعلومات مجمع في بيئة إلكترونية طوعتها وسائل التكنولوجيا حيث يمكن الوصول إليها وتصفحها والاستفادة منها بالإضافة إليها إذا لم يكن ثمة موانع قانونية أو تقنية تحول دون ذلك".

2- نشأة شبكة الإنترنت ومراحل تطورها

بدأت فكرة إنشاء شبكة الإنترنت من قبل وزارة الدفاع الأمريكية، التي كونت بتاريخ 1969/1/2 فرقة بحث من العلماء أطلق عليها أربا (ARPA)⁽¹⁰⁸⁾، كانت تهدف إلى تشبيك الحواسيب لخدمة عمليات التأهب السريع للقوات المسلحة الأمريكية خوفا من هجوم نووي مباغت⁽¹⁰⁹⁾، فتم إنشاء شبكة مكونة من أربعة أجهزة أطلق عليها أربانت (ARPANET)، وفي عام 1971 تم توسيع الشبكة السابقة لتصبح عشرين موقعا، ثم في

(107) بشار طلال مومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت "دراسة مقارنة"، عالم الكتب الحديث، الأردن، 2004، ص 10.
(108) يقصد باختصار: (ARPA) (Advanced Research Agency)، وهو مركز أبحاث عسكرية يتبع لوزارة الدفاع الأمريكية، قام بتصميم أول شبكة إلكترونية في العالم، وقد ألغيت هذه الشبكة عام 1990 وحلت محلها شبكة (DND)، التابعة لوزارة الدفاع.

(109) محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص 25، محمود محمد زيدان محمد، المشكلات القانونية التي تواجه التجارة الإلكترونية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2012، ص 18، مندى عبد الله محمود حجازي، مرجع سابق، ص 5.

Voir aussi : EL BADAWI Lamia, op cit, p.25.

عام 1972 ظهرت خدمة البريد الإلكتروني (E-MAIL) التي ابتكرتها شركة (BBN) وفي عام 1973، بدأت الاتصالات الدولية بشبكة (ARPANET) من إنجلترا إلى النرويج، ويمكن القول أن البداية الحقيقية للإنترنت كانت في هذا العام.

ازدادت شبكة الإنترنت اتساعاً حتى انفصلت الشبكة العسكرية عن الشبكة الأم، وقد تم نقل تشغيل (ARPANET)، من إدارة وزارة الدفاع إلى شبكة مؤسسة العلوم الوطنية في عام 1986، ثم تطور مشروع (ARPANET)، تدريجياً حتى تحقق لهذه الشبكة الانطلاق والتوسع، عندما تبنتها شبكة مؤسسة العلوم الوطنية (National Science Foundation) وذلك بهدف السماح باطلاع المجتمع العلمي على كافة المعلومات المخزنة على الشبكة، وأصبح اسمها المختصر (NSFNET). واستمرت شبكة الإنترنت بالتوسع والتطور إذ تم في عام 1991 ابتكار نظام الويب في سويسرا، (World Wide Web) ويعبر عنها اختصاراً (WWW)، وترتكز على فكرة تخزين المعلومات إلى جانب القدرة على إقامة صلات وعلاقة ترابطية مباشرة فيما بينها، وأعتمد هذا النظام بعد ذلك من خلال برامج التصفح التي كان أولها برنامج (Mosaic) عام 1993، ومن ثم برنامج (Netscape) في عام 1994 وفي عام 1995 أصدرت شركة (Microsoft) برنامج متصفح الإنترنت (Internet Explorer) فظهرت شبكة الإنترنت بوجهها الحالي⁽¹¹⁰⁾.

3- خدمات شبكة الإنترنت

تكمن أهمية شبكة الإنترنت في اتساع نطاق خدماتها باعتبارها شبكة معلومات واتصالات عن بعد، وبالتالي فإن خدماتها ليست محصورة بل هي متغيرة ومتجددة وتتطور مع تطور الشبكة نفسها، ولا يسعنا المقام أن نستعرض كل هذه الخدمات، إنما يهمننا منها ما يستخدم في عقود التجارة الإلكترونية.

⁽¹¹⁰⁾ منير محمد الجنبهي وممدوح محمد الجنبهي، جرائم الإنترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2004، ص 7.

أ- الشبكة العنكبوتية العالمية

تعد الشبكة العنكبوتية العالمية (WWW) أو اختصاراً (شبكة الواب) أكثر التقنيات التي عرفها الإنترنت إبداعاً، وقد عرفت بأنها "عبارة عن كم هائل من المستخدمات المحفوظة في شبكة الحاسوب، التي تتيح لأي شخص أو لأية جهة الاطلاع على معلومات تخص جهات أخرى أو أشخاصاً آخرين قاموا بوضعها على هذه الخدمة عن طريق أسلوب تكنولوجي يعلق عليه النص المحوري (Hypertexte) الذي يقوم بتنظيم البيانات والمعلومات واستعادتها"⁽¹¹¹⁾.

قدم المشرع الجزائري تعريفاً لخدمة الواب (Web) الواسعة النطاق في المادة 2 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 98-257 يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الإنترنت واستغلالها⁽¹¹²⁾ على أنها "خدمة تفاعلية للإطلاع أو احتواء صفحات متعددة الوسائط "Multimedia" (نصوص، رسوم بيانية، صوت أو صورة) موصولة بينها عن طريق صلات تسمى نصوص متعددة Hypertexte".

أنشئت هذه الشبكة في أوائل التسعينيات بمبادرة المركز الأوروبي لبحوث الطاقة النووية في سويسرا (NREC)، وتعتمد في طريقة عملها على بروتوكول نقل النصوص المترابطة، ولغة عالمية (HTML) (Hypertext Markup Language) التي تستطيع برامج تصفح شبكة الويب قراءتها⁽¹¹³⁾، وهي من أكثر الخدمات التي يمكن من خلالها زيارة

⁽¹¹¹⁾ حسام الدين الأهواني، "حماية حقوق الملكية الفكرية في مجال الإنترنت"، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر العالمي الأول حول الملكية الفكرية، جامعة اليرموك، إربد، يومي 10-11 تموز 2000، ص 22.

⁽¹¹²⁾ مرسوم تنفيذي رقم 98-257 المؤرخ في 21 نوفمبر 1998 المتضمن شروط وكيفيات إقامة خدمات "أنترنت" واستغلالها، جريدة رسمية عدد 63، صادر بتاريخ 25 غشت 1998.

⁽¹¹³⁾ خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 29.

مختلف المواقع الإلكترونية، وتصفح ما بها من صفحات من أجل الوصول إلى معلومات معينة أو من أجل إبرام عقد مع أحد التجار الذي يعرض سلعه على الموقع⁽¹¹⁴⁾.

ب- خدمات البريد الإلكتروني

يعد البريد الإلكتروني وسيلة في غاية الأهمية يوفر للشركات وسائل اتصال بالمنتجين، وإعلام العملاء بالمنتجات المختلفة والعروض الجديدة، ولا يحتاج للقيام بالإرسال إلى الكثير من المتطلبات مقارنة بالبريد العادي، فهو يمتاز بالتكلفة القليلة مقارنة مع استخدام المراسلات التقليدية وسهولة استخدامه وسرعته.

عرف المشرع الجزائري البريد الإلكتروني في المادة 2 فقرة 3 من المرسوم التنفيذي المذكور أعلاه على أنه "خدمة تبادل رسائل إلكترونية بين المستعملين"⁽¹¹⁵⁾.

كما ورد أيضا في المادة الأولى من القانون الصادر في 21 يونيو 2004 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي بفرنسا تعريف البريد الإلكتروني بأنه "كل رسالة أيا كان شكلها نصية أو صوتية أو مصحوبة بصور وأصوات، يتم إرسالها عبر شبكة عامة للاتصالات ويتم تخزينها على أحد خوادم هذه الشبكة أو في المعدات الطرفية للمرسل إليه، حتى يتم الأخير من استعادتها"⁽¹¹⁶⁾.

يلاحظ أن البريد الإلكتروني يشبه إلى حد كبير البريد التقليدي⁽¹¹⁷⁾، وهو في الحقيقة تجسيد إلكتروني مجازي لذلك النظام، فالرسائل في البريد الإلكتروني هي وثائق إلكترونية مشفرة رقميا، يرتبط بكافة تحركات مستخدم شبكة الإنترنت في شتى أشكالها وصورها ويمكن

(114) أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص 7.

(115) جريدة رسمية عدد 63، صادر بتاريخ 25 أوت 1998.

(116) Article 1^{er}, LCEN : « On entend par communication au public en ligne toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'information entre l'émetteur et le récepteur. »

(117) هالة جمال الدين محمد محمود، مرجع سابق، ص 115.

لأي مستخدم، له عنوان خاص به أن يبرم عقود إلكترونية من خلال المواقع المتاحة⁽¹¹⁸⁾، وذلك بالتعبير عن إرادته بالكتابة أو الإشارات أو الرموز التي أصبحت متعارفا عليها عبر الشبكة.

ج- المجموعات الإخبارية

هي عبارة عن لوحة أخبار إلكترونية تضم الآلاف من المجموعات ذات الاهتمامات المشتركة، ويوجد حاليا ما يزيد على 30.000 مجموعة إخبارية، وتتم عملية المشاركة مع مجموعات الأخبار باستخدام برنامج يسمى قارئ الأخبار (Reader News) حيث أنه صمم خصيصا لهذا الغرض، وتصنف المجموعات الإخبارية عدة فئات نذكر منها ما يلي: الحاسوب ، العلوم ، موضوعات اجتماعية ، موضوعات تجارية⁽¹¹⁹⁾.

د- التخاطب

تتيح هذه الخدمة للمستخدم التعامل والتخاطب اللحظي مع شخص آخر، وفي الوقت نفسه يتم استقبال هذا الرد⁽¹²⁰⁾، فتكون الخدمة هنا مباشرة (en ligne) وغرفة المحادثة هي عبارة عن مساحات معروفة في الفضاء الإلكتروني (Cyber Space)، تتيح لمستخدميها الاشتراك في محادثات بين بعضهم بنقل الصوت والصورة، في تجسيم طبيعي عن طريق كاميرا خاصة توصل بجهاز الحاسوب⁽¹²¹⁾، أو بإرسال البريد الإلكتروني الذي يمكن قراءته من قبل أي شخص في غرفة المحادثة.

(118) أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص 8.

(119) عايد رجا الخلايلة، مرجع سابق، ص 52.

(120) عمرو عبد الفتاح علي يونس، جوانب قانونية للتعاقد الإلكتروني في إطار القانون المدني "دراسة مقارنة"، (د،د،ن)، ص 223.

(121) محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص 93.

هـ - الخدمات المصرفية عبر الإنترنت

أحدث دخول شبكة الإنترنت على العمل التجاري وبرز ظاهرة البنوك الإلكترونية تطورا كبيرا في مفهوم العمل المصرفي، حتى انتهى الأمر إلى وجود كامل للبنك على شبكة الإنترنت⁽¹²²⁾، وأهم ما توفره الطريقة الحديثة من الخدمات البنكية هو اختصار الوقت والجهد والمال بالنسبة للعميل، وخفض تكاليف العمل وزيادة الأرباح بالنسبة للبنك، مما جعل البنوك تستغني عن النظام الورقي، في مقابل استخدامها للنظام الإلكتروني للتعامل مع زبائنها ومحاولة ابتكار وسائل جديدة، للدفع تتلاءم مع التطور التكنولوجي، في مجال الأعمال التجارية التي لا تقتصر على مجرد إدارة العمليات المصرفية، بل إن دورها يمتد لتقديم الاستشارات بكافة صورها وكما أنها تعمل على فرص الاستثمار⁽¹²³⁾.

ثانيا: الإنترنت في الجزائر

يرتبط النمو في التجارة الإلكترونية بالتطور الهائل في البنية الأساسية المعلوماتية العالمية (شبكة الإنترنت)، حيث تتسع كل يوم نطاق تلك البنية، ليشمل كل مظاهر الحياة ومن ثم ينعكس هذا التطور على أشكال التجارة الإلكترونية، ليس فقط بل أن تطبيقات التطور التكنولوجي، تؤدي لتغيرات جذرية في كل النواحي سواء القانونية أو السياسية أو الاقتصادية.

لهذا سعت الجزائر إلى الاستفادة من خدمات الإنترنت، والتقنيات المرتبطة بها من خلال ارتباطها بشبكة الإنترنت في شهر مارس من عام 1994، عن طريق مركز البحث والإعلام العلمي والتقني (TCERIS)، الذي أنشئ في شهر أفريل من سنة 1986 من قبل

(122) بلال عبد المطلب بدوي، "البنوك الإلكترونية (ماهيتهـا- معاملتهـا- والمشاكل التي تثيرهـا)"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة السادسة والأربعون، جامعة عين الشمس، يناير 2004، ص 83.

(123) محمود محمد أبو فروة، الخدمات البنكية الإلكترونية عبر الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 25.

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي⁽¹²⁴⁾، وكانت مهمته الأساسية في ذلك الوقت العمل على إقامة شبكة وطنية وربطها بشبكة إقليمية ودولية. وقد تم فعلا ربط الاتصال بشبكة الإنترنت في شهر مارس سنة 1994 عن طريق نفس المركز، بخط هاتفي مخصص يربط الجزائر بإيطاليا تقدر طاقته آنذاك بـ 9600 بود⁽¹²⁵⁾، وذلك في إطار مشروع تعاون مع اليونسكو يقضي هذا المشروع بإقامة منظومة معلوماتية في إفريقيا، تكون فيها الجزائر عن طريق مركز البحث والإعلام العلمي والتقني، هي النقطة المحورية لشبكة الإنترنت على مستوى شمال إفريقيا.

في عام 1995 انتشر استعمال الإنترنت رغم العدد المحدود للمستعملين، ثم بالتعاون مع مصالح البريد والمواصلات، فإن الربط قد تدعم في سنة 1996 بخط مخصص بسرعة 64000 بود، وخط آخر بسرعة 256000 بود في شهر ديسمبر 1997، يمر الخط الأول بنقطة ربط بمدينة بيز بإيطاليا، أما الخط الثاني فيمر بمدينة باريس بفرنسا، ومنذ أن تحقق هذا الربط فإن مركز البحث في الإعلام العلمي والتقني، كان ولا يزال يبذل مجهودات معتبرة، وينشر استعمال شبكة الإنترنت في الأوساط العلمية والمهنية عامة⁽¹²⁶⁾. وفي عام 1998 تم ربط الاتصال بشبكة الإنترنت، عن طريق القمر الصناعي بطاقة 2.5 ميغابايت وتمت مضاعفة هذه الطاقة إلى 5 ميغابايت في الثانية في شهر جانفي من عام 2000⁽¹²⁷⁾.

قدر عدد الهيئات المشتركة في الإنترنت سنة 1996 أي بعد سنتين من دخول الإنترنت إلى الجزائر 130 هيئة، وفي سنة 1999 قدر عدد الهيئات المشتركة في الشبكة

(124) الأزرق بن عبد الله، أحمد عمران، "نظام المعلوماتية في القانون الجزائري: واقع وآفاق"، بحث مقدم إلى المؤتمر السادس لجمعية المكتبات والمعلومات السعودية حول البيئة المعلوماتية الأمانة: المفاهيم والتشريعات والتطبيقات، الرياض، السعودية، يومي 6-7 أبريل 2010، ص 8.

(125) بختي إبراهيم، "البنية التحتية للإنترنت والتجارة"، بحث مقدم إلى الملتقى الوطني حول "المؤسسة الاقتصادية الجزائرية وتحديات المناخ الاقتصادي الجديد"، يومي 22-23 أبريل 2003، ص 21.

(126) براهيم صباح، منظومة الإنترنت في المؤسسة الجامعية وعلاقتها بالأهداف التنظيمية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم الاجتماع، فرع تنظيم وعمل، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2005، ص 20.

(127) المرجع نفسه، ص 20.

ب800 هيئة، منها 100 في القطاع الجامعي، 50 في القطاع الطبي، 500 في القطاع الاقتصادي، 150 في القطاعات الأخرى، وفي نفس السنة وصل عدد المشتركين في مركز البحث في الإعلام العلمي والتقني حوالي 3500 مشترك⁽¹²⁸⁾. وحسب الإحصائيات الواردة سنة 2012 بلغ عدد مستخدمي شبكة الإنترنت 5 مليون و23000 مستخدم بنسبة تغل بلغت 14 بالمائة⁽¹²⁹⁾.

وبعد البدء بالعمل بتقنية الجيل الثالث للهاتف النقال تم تسجيل أزيد من 16 مليون مشترك في الهاتف النقال من الجيل الثالث في نهاية شهر 2015، وهو ما يمثل زيادة بنسبة 92 بالمائة مقارنة لسنة 2014، كما سارعت الحكومة الجزائرية في إعلان إنطلاق تقنية الجيل الرابع للهاتف النقال في بداية سنة 2016، التي تمكن من الإبحار في الإنترنت بسرعة تصل إلى 150 ميغابايت في الثانية، وتم تطوير هذه التقنية بهدف تقليل الوقت المستغرق في إستقبال البيانات ونقلها وإرسالها عبر الشبكة اللاسلكية.

الجزائر مثلها مثل بقية الدول التي في نفس أوضاعها⁽¹³⁰⁾، تحاول جهدها من أجل ضبط ما يطرحة استخدام الإنترنت، قصد تنظيمها قانونيا، وقد صدر أول قانون ينظم الإنترنت كنشاط اقتصادي مقنن بموجب المرسوم التنفيذي 98-257 المؤرخ في 25 أوت

⁽¹²⁸⁾ صراع كريمة، واقع وآفاق التجارة الإلكترونية، مذكر لنيل شهادة الماجستير في العلوم التجارية، تخصص إستراتيجية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية، جامعة وهران، 2014، ص 137.

⁽¹²⁹⁾ Voir: Internet World Stats Algerian, Internet Usage and Population :

<http://www.internetworldstats.com/af/dz.htm>

⁽¹³⁰⁾ على الرغم من أن مؤشرات استخدام الإنترنت في الجزائر واعدة وفي تحسن كل سنة إلا أنها لازالت تحتل مراتب متأخرة في هذا المجال، فحسب التقرير الذي أصدره المنتدى الاقتصادي الدولي فقد احتلت الجزائر المرتبة 113 خلال سنة (2010-2009) من بين 133 دولة في العالم، مشيرا إلى أن الجزائر تراجعت ب 6 مراتب كاملة في سنة واحدة حيث احتلت المركز 88 خلال سنة (2008-2007) والمرتبة 108 في سنة (2009-2008)، لتصل إلى المرتبة 118 سنة (2012-2011)، والمرتبة 131 خلال سنة (2013-2012)، وقد احتجت الجزائر على النتائج التي أسفر عنها المنتدى الاقتصادي سنة 2013، وهذا بسبب معايير التقييم التي اعتمدها المنتدى.

أما في مجال الإنترنت فقد احتلت الجزائر المرتبة 88 سنة 2012 في مجال الربط بالشبكات العالمية بدرجة 8.9 بفارق شاسع جدا عن هونكونغ المتصدرة بأكثر من 10 آلاف درجة، وفيما يخص أمان الخوادم الخاصة بالشبكة العنكبوتية فتعتبر الجزائر من بين الأسوأ عالميا بمرتبة 128 عالميا، فيما حلت بالمرتبة 137 في مجال إمكانية الدخول إلى المحتوى الرقمي. هذه الدراسة متاحة على الموقع التالي:

<http://www.elbilad.net/archives/93852>

1998 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الإنترنت واستغلالها⁽¹³¹⁾ المعدل بموجب مرسوم تنفيذي رقم 307-2000 المؤرخ في 14 أكتوبر سنة 2000⁽¹³²⁾.

قد وضع في هذا القانون مجموعة من الشروط الموضوعية والشكلية للدخول لنشاط استغلال خدمات الإنترنت، وتتمثل الشروط الموضوعية في تحديد الأشخاص الذين لهم حق إقامة واستغلال خدمات الإنترنت، ويتضح ذلك في نص المادة 4 من المرسوم التنفيذي 257-98 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الإنترنت التي تنص "لا يرخّص بالدخول لنشاط الإنترنت إلا للأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون الجزائري، المدعويين: مقدم الخدمات ورأس مال يملكه فقط أشخاص طبيعيون من جنسية جزائرية".

يتضح من هذه المادة أن كل شخص معنوي خاضع للقانون الجزائري يمكنه الدخول لممارسة هذا النشاط، سواء كان هذا الشخص عام أو خاص، ويشمل ذلك الأجانب الذين يقبلون الخضوع للقانون الجزائري، الذين يمكنهم الدخول لممارسة هذا النشاط غير أن المشرع الجزائري، يشترط أن يكون رأس مال هذا الشخص المعنوي، مملوك لأشخاص معنويين خاضعون للقانون العام و/أو أشخاص من جنسية جزائرية، وبالتالي فإن المشرع يقصي الأجانب من الاستثمار في نشاط الإنترنت، ويعتبر ذلك مساس بأحد أهم المبادئ التي جاء بها قانون المنافسة، وهو مبدأ عدم التمييز والفرقة بين مقيم ومستثمر غير مقيم، بين الوطنيين والأجانب⁽¹³³⁾.

بعد التعديل الذي أحدثه المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي 307-2000 -المذكور أعلاه- تدارك الأمر حيث فتح باب الاستثمار أمام الأشخاص المعنويين

⁽¹³¹⁾ جريدة رسمية عدد 63 الصادر بتاريخ 25 أوت 1998.

⁽¹³²⁾ جريدة رسمية عدد 60 الصادر بتاريخ 15 أكتوبر 2000.

⁽¹³³⁾ قانون رقم 12-08 مؤرخ في 25 يونيو 2008، يعدل ويتم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 والمتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 36 صادر بتاريخ 20 يوليو 2008.

الخاضعين للقانون الجزائري⁽¹³⁴⁾، وهذا ما جاء في المادة 2 منه التي جاء فيها "الخضوع للقانون الجزائري لا يعني التمتع بالجنسية الجزائرية، ولا يشترط المشرع تمتع الشخص المعنوي بالجنسية". مما يسمح للمستثمر الأجنبي الدخول في هذا النشاط إذا أراد الخضوع لأحكام القانون الجزائري.

وفيما يخص الشروط الشكلية التي وضعها المشرع الجزائري، فتتمثل في الحصول على ترخيص لإقامة خدمات الإنترنت واستغلالها⁽¹³⁵⁾، الذي هو بمثابة تصرف قانوني في صورة قرار إداري إنفرادي منشئ للحق وليس كاشف له، تسمح بموجبه السلطة الإدارية لمستفيد بممارسة نشاط أو التمتع بحق ممارسته، وهو يسمح كذلك للإدارة بممارسة رقابتها على الأنشطة الاقتصادية.

يجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري كان يشترط بموجب المادة 5 من المرسوم التنفيذي 98-257 لإقامة خدمات الإنترنت واستغلالها، الحصول على رخصة (Licence)، غير أنه عند الرجوع إلى النص باللغة الفرنسية نجد أنه يستعمل لفظ (Autorisation)، وهنا يكون قد خلط بين نظام الرخصة، ونظام الترخيص⁽¹³⁶⁾، وهما نظامان مختلفان بطبيعة الحال، وقد تدارك المشرع الأمر وتخلّى عن لفظ الرخصة، بنص صريح في المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 2000-307 وجاء فيها "يعوض لفض (رخصة) المستعمل في صلب المرسوم التنفيذي 98-257 بلفظ (الترخيص)".

وفقا للمادة 5 من المرسوم التنفيذي 2000-307 يشترط للحصول على ترخيص لإقامة خدمات الإنترنت واستغلالها، أن يقوم الطالب بتوجيه طلبه إلى الوزير المكلف

⁽¹³⁴⁾ ناجي الزهراء، التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الإلكترونية المدنية والتجارية، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول حول المعلوماتية والقانون، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا، في الفترة من 28-29 أكتوبر 2009، ص 5.

⁽¹³⁵⁾ أنظر المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 98-257، المتضمن شروط وكيفيات إقامة خدمات "أنترنت" واستغلالها، مرجع سابق.

⁽¹³⁶⁾ ناجي الزهراء، مرجع سابق، ص 6.

بالاتصال، مع إرفاق الطلب بملف يتكون من مجموعة من الوثائق، ويتم إيداع ملف طلب الترخيص لدى المصالح المختصة في وزارة الاتصالات مقابل وصل استلام، ولا يسلم الترخيص بالاستغلال إلا بعد تحقيق تأهيلي يأمر به وزير الاتصالات، وكذلك بناء على موافقة اللجنة المختصة، ويسلم الترخيص لمدة غير محددة ولا يمكن التنازل عنه، وعند حصول الطالب على الترخيص يجب عليه أن يقوم بممارسة نشاطه، وذلك بتركيب التجهيزات والبرامج المعلوماتية الضرورية، لإقامة خدمات الإنترنت واستغلالها في أجل أقصاه سنة يبدأ حسابها من تاريخ تبليغ الترخيص.

المطلب الثاني

دور المؤسسات الدولية والإقليمية في تنظيم التجارة الإلكترونية

تحتاج التجارة الإلكترونية إلى قدر من الأمان القانوني خاصة أن المجتمع يتكون من متعاملين دوليين، لذا كان من اللازم وضع قواعد وأنظمة، من خلال التدخل التشريعي لتحرير هذه المعاملات، من أي عوائق قانونية تعترض طريقها⁽¹³⁷⁾، لذا كان من اللازم وضع تنظيم قانوني متعلق بجوانب التجارة الإلكترونية، وذلك من خلال سن نماذج نمطية موحدة، يجرى التعامل بها في إطار نظم التبادل الإلكتروني، للبيانات التجارية والتنسيق بين التنظيمات القانونية للتجارة الإلكترونية⁽¹³⁸⁾، وشكل التبادل الإلكتروني للبيانات بين أطراف التعامل في مختلف الدول⁽¹³⁹⁾.

على ضوء ذلك تعددت الجهود الدولية الرامية إلى تنظيم التجارة الإلكترونية بقواعد اتفاقية، إلا أن أهم هذه الجهود كانت من لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم

(137) أسامة سيد محمد علي، التنظيم التشريعي والتعاقدي للتجارة الإلكترونية وآثارها على الخدمات المصرفية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، قسم القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2011، ص 25.

(138) أمين أعزان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية "دراسة مقارنة"، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، القاهرة، 2003، ص 46.

(139) يقصد بذلك تكوين الرسالة الإلكترونية، وأنماط تبادل البيانات، وإشعار استلامها، وتسجيل وتخزين البيانات ووسائل حمايتها.

المتحدة (UNICTRAL)، التي أعدت قانونا نموذجيا للتجارة الإلكترونية استهدفت به تقديم مجموعة من القواعد المقبولة دوليا⁽¹⁴⁰⁾، كما لا يستهان بالمجهودات المبذولة من طرف منظمات الأعمال والتكتلات الاقتصادية الأخرى، التي تؤكد على أن التنظيم القانوني للظواهر الاقتصادية الذي ينفرد أصحاب المصلحة بوضعه، في شكل قواعد للسلوك ويكتسب قوتها الإلزامية من سريان العمل به، يعد وسيلة طبيعية لضبط التعامل الداخلي لأرباب الصناعة أو التجارة فيما بينهم وبين من يتعاملون معهم.

نظرا لأن استخدام الوسائل الإلكترونية في إنجاز الأعمال التجارية، قد يمس مصالح عليا للدولة فإن ذلك يقتضي تنظيمه بقواعد تتعلق بالنظام العام، كتلك المتعلقة بحماية المستهلك، وحماية حقوق الملكية الفكرية، لهذا فمن الضروري أن تتولى الدولة وضع القواعد المتعلقة بقطاع التجارة الإلكترونية.

مما تقدم سوف نتعرض بالدراسة للتجارب التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية التي قامت بها المؤسسات الدولية (الفرع الأول)، ثم نتطرق للجوانب المتعددة للمؤسسات الإقليمية في تنظيم التجارة الإلكترونية (الفرع الثاني)، وأخيرا التجارب التشريعية الوطنية المنظمة للتجارة الإلكترونية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

المصادر الدولية لقوانين التجارة الإلكترونية

اهتم المجتمع الدولي عبر المنظمات الدولية بالتجارة الإلكترونية وإزالة العقبات القانونية لنموها، عن طريق تهيئة البيئة القانونية الملائمة والأكثر أمانا لحماية الحقوق الناشئة عنها، لذلك عمدت عدة جهات مثل منظمة التجارة العالمية والمنظمة العالمية للملكية

⁽¹⁴⁰⁾ DREYNIS Bernard, « La « LCEN » : une loi nécessaire ! », Revue des contrats, n° 2, 01 avril 2005, p.559.

الفكرية، كما لا يستهان خصوصاً بالدور الذي لعبته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (الأونسترال) في إعداد مجموعة من المبادئ القانونية، التي تحكم التبادل التجاري باستخدام الوسائل الإلكترونية، فيما يتعلق بتكوين العقود وإثباتها، وأوصت اللجنة حكومات الدول بإعادة النظر في المتطلبات الرأهنة فيما يتعلق باشتراط الكتابة والتوقيع الخطي.

أولاً: لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية

اهتمت منظمة الأمم المتحدة ممثلة في لجنة القانون التجاري الدولي (الأنسيترال) بوضع مشروع قانون التجارة الإلكترونية، وقد تم ذلك في 12 يونيو 1996 واعتمد من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة، في الجلسة رقم 162/15 المؤرخة بتاريخ 16 ديسمبر 1996 وهو ما عرف بالقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية.⁽¹⁴¹⁾

كان الهدف من هذا القانون هو تقديم قواعد قانونية خاصة بالتجارة الإلكترونية، تكون مقبولة دولياً للأخذ بها من قبل الأطراف، وكذا الاسترشاد بها من قبل التشريعات الوطنية من أجل وضع بيئة قانونية آمنة لتيسير استعمال وسائل الاتصال الحديثة بين الأطراف المتعاملة في مجال التجارة الإلكترونية⁽¹⁴²⁾، ومن أجل إزالة ما يعيق تلك التجارة من صعوبات وعقبات تعترض طريقها، وهذا يستدعي تعديل الأنظمة القانونية القائمة بغية تذليل العقبات القانونية الداخلية، التي تحول دون استعمال وسائل الاتصالات الإلكترونية في التجارة الدولية⁽¹⁴³⁾، ومن أجل ذلك حددت نصوص القانون النموذجي الشروط التي ينبغي أن تعنى بها رسائل البيانات، لكي يمكن اعتبارها مستوفية لمتطلبات الكتابة والتوقيع والأصل، وقد وضعت أحكام القانون النموذجي في هذا الشأن، انطلاقاً من مبدأ التكافؤ الوظيفي بين

⁽¹⁴¹⁾ راجع: الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الحادي والأربعون الملحق 17(A/51/7)، وللمزيد من التفصيل حول خلفيات هذا القانون ومراحل صياغته انظر سجل تطورات القانون النموذجي، الفقرات 123-150، ص ص 59-71.

⁽¹⁴²⁾ REYNIS Bernard, op cit, paragraphe 3, p.560.

⁽¹⁴³⁾ أحمد شرف الدين، قواعد تكوين العقود الإلكترونية (وينود التحكيم) "دراسة في القوانين النموذجية والاتفاقيات الدولية والقوانين المحلية"، الطبعة الثانية، (د د ن)، 2013، ص 60.

رسائل البيانات الإلكترونية والمحركات الورقية، ما يعطي الأولى نفس الحجية في الإثبات التي كانت للمحرر الورقي إذا استوفت رسائل البيانات شروط حجية المحركات الورقية⁽¹⁴⁴⁾.

ولا يعتبر هذا القانون ملزماً للدول ما لم تضمنه تشريعاتها الوطنية، وعلى هذا فإن إنفاذ القانون النموذجي بوصفه قانوناً إطارياً، يتطلب احتوائه في النظام القانوني لكل دولة وفقاً للأدوات التشريعية الخاصة بها، فقد كان القصد من إصدار القانون النموذجي في شكله النهائي، تقديم مساعدة للدول في تطوير تشريعاتها، في قطاعات التجارة الإلكترونية التي تتناولها هذا القانون أملاً في توحيد تطبيقه، وأيضاً توفير قواعد نمطية يستعين بها أطراف التبادل التجاري في صياغة علاقاتهم، ولهذا فقد شيد القانون النموذجي قواعده فيما يتعلق بتكوين العقود وصحتها على أساس مبدأ سلطان الإرادة⁽¹⁴⁵⁾، مما من شأنه أن ييسر السبل أمام استخدام التجارة الإلكترونية، ويكون مقبولا لدى الدول ذات الأنظمة القانونية والاجتماعية والاقتصادية المختلفة، ويمكن أن يساهم على نحو مهم في تنمية علاقات اقتصادية دولية منسجمة⁽¹⁴⁶⁾.

امتداد للقانون الموحد، أصدرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي القانون النموذجي في شأن التوقيعات الإلكترونية عام 2001، يهدف هذا القانون إلى تيسير استخدام التوقيعات الإلكترونية في معاملات التجارة الدولية، وتشجيع استخدامها بطريقة محايدة إزاء التكنولوجيا وتعزيز توحيد القانون ودعم الممارسات التجارية⁽¹⁴⁷⁾، كما يهدف كذلك إلى وضع ضوابط أو معايير التعويل على تقنيات التوقيع الإلكتروني في المعاملات تستهدف مساعدة الدول، على إقامة إطار تشريعي عصري ومنسق للتعامل مع مسائل

⁽¹⁴⁴⁾ POILLOT-PERUZZETTO Sylvaine, « Les méthodes de la C.N.U.D.I., le choix de l'instrument », Les petites affiches, n° 252, 18 décembre 2003, p.44.

⁽¹⁴⁵⁾ أسامة سيد محمد علي، مرجع سابق، ص 38.

⁽¹⁴⁶⁾ راجع دليل تشريع قانون الأنسيترال النموذجي لسنة 1996، الفقرات 2-6، مرجع سابق.

⁽¹⁴⁷⁾ CACHARD Olivier, La régulation internationale du marché électronique, Thèse de Doctorat en droit, Université Panthéon-Assas, Paris II, 2001, p.165.

التوقعات الإلكترونية كما أنه يراعي أن تكون صياغته النهائية تشجع الدول على إدراجه في التشريعات الداخلية.

عقب صدور قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، سارعت العديد من دول العالم إلى إصدار قوانين، تنظم المعاملات الإلكترونية مسترشدة في ذلك بأحكام هذا القانون وكانت سنغافورة أول دولة في العالم، طبقت القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية حيث أصدرت قانون المعاملات الإلكترونية سنة 1998، ثم تلتها بعد ذلك عدة دول ومنها الولايات المتحدة الأمريكية وإيطاليا سنة 1999، ثم فرنسا وتونس والصين سنة 2000 وأيرلندا سنة 2001، ثم إمارة دبي ومملكة البحرين سنة 2002⁽¹⁴⁸⁾.

ثانيا: المنظمة العالمية للتجارة

أنشأت المنظمة العالمية للتجارة (OMC)⁽¹⁴⁹⁾ بموجب اتفاقية مراكش التي تم التوقيع عليها في 15 أبريل 1994، وذلك من قبل ممثلي 118 دولة في مدينة مراكش المغربية، وتم إنهاء إجراءات التصديق على إنشائها ودخلت إلى حيز الوجود في أوائل سنة 1995.

تقوم منظمة التجارة العالمية بالعديد من المهام وتتضمن الإشراف على تنفيذ اتفاقات التجارة العالمية، وإيجاد منتدى للتشاور بين الدول الأعضاء حول المشكلات التي تواجه التجارة العالمية وآليات لفض المنازعات التي تنشأ بينهم، إضافة إلى تقديم بعض المساعدات الفنية والمالية للدول الأعضاء بها⁽¹⁵⁰⁾، وعلى المنظمة العمل من أجل تحقيق تناسق أكبر

⁽¹⁴⁸⁾ صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، هامش رقم 1، ص ص 26-27.

⁽¹⁴⁹⁾ نشأت هذه المنظمة فعليا في 1995/5/1 بناء على القرار المتخذ في جولة الأوروغواي في عام 1993، والتي اعتمدت نتائجها في مؤتمر مراكش عام 1994.

⁽¹⁵⁰⁾ MAS-FOVEAU Séverine et BENACHOUR-VERSTREPEN Malika, le commerce électronique en toute confiance « diagnostic des pratiques et environnement juridique », éd Litec, 2001, p.101.

في مجال السياسة الاقتصادية العالمية بالتعاون مع صندوق النقد الدولي، والبنك الدولي للإنشاء والتعمير والوكالات الملحقة به⁽¹⁵¹⁾.

بخصوص التجارة الإلكترونية قامت منظمة التجارة العالمية بتوقيع اتفاقيات عديدة وأصدرت العديد من الدراسات، ومنها الدراسة التي صدرت في مارس 1998، وقد حددت المنظمة موقفها الرسمي من التجارة الإلكترونية، في مؤتمر التعاون الاقتصادي والتنمية المنعقد في أوتاوا في شهر أكتوبر 1998، حيث اتضح من دور المنظمة أنها لا تسعى لوضع قواعد جديدة خاصة بالتجارة الإلكترونية، وإنما تسعى لاستخدام التنظيم القانوني القائم والمحدد ضمن اتفاقية الجات، الخاصة بالتجارة واتفاقية التريس والاتفاق الخاص بخدمات الاتصال⁽¹⁵²⁾، ومنذ ذلك الوقت واصلت المنظمة إعداد الدراسات وبرامج العمل بخصوص التجارة الإلكترونية⁽¹⁵³⁾، وقد كان هذا الموضوع واحدا من موضوعات برامج العمل العديدة المتعين التعامل معها، أو على الأقل اقتراح التعامل معه في المؤتمر الوزاري الثالث المنعقد في سياتل (11/30 - 1999/12/3)، الذي لم يكتب له النجاح في إطلاق جولة جديدة من المفاوضات التجارية الدولية بسبب عوامل كثيرة⁽¹⁵⁴⁾، أبرزها الخلافات الداخلية بين الدول الأعضاء، وتمسك التكتلات الدولية بمصالحها الخاصة، إلى جانب التأثير الحاد والفاعل للجهات والأفراد المناوئين للإفرازات السلبية للعولمة وسياسات تحرير التجارة¹⁵⁵.

(151) محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 88.

(152) هدى حامد قشقوش، مرجع سابق، ص 6.

(153) محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 88.

(154) BRASIER Audrey, Le commerce électronique: une opportunité pour l'Afrique, mémoire présenté en vue de l'obtention du DESS, Gestion européenne et internationale, université panthéon- Sorbonne, paris, 2003, pp 61-62.

(155) يونس عرب، "الدراسة الشاملة حول التجارة الإلكترونية"، مجلة البنوك، العدد 8، الجزء الأول، المجلد 18، جمعية البنوك الأردنية، تشرين أول وتشرين ثاني 1999، ص 22.

يرى بعض الفقه أن المنظمة العالمية للتجارة لم تعط التجارة الإلكترونية من الأهمية التي تتناسب مع ازدياد التعامل بها في مجال التجارة الدولية، رغم أن الهدف الرئيسي للمنظمة هو التغلب على العوائق التي تقف حجر عثرة في طريق التجارة الدولية، وتحريرها وتكوين نظام للتجارة الحرة بين الدول⁽¹⁵⁶⁾.

نرى - من جانبنا - أن دور منظمة التجارة العالمية، هو رعاية بيئة موصلة للصفقات الإلكترونية الدولية، ويتجسد ذلك بتسهيل الخدمات الداعمة للتجارة الإلكترونية بشكل أساسي من خلال تحرير قطاعات الاتصال وتقنية المعلومات، مما يقلل من تكلفة البنية الأساسية للتجارة الإلكترونية، فضلا عن الدعوة إلى الحماية والإدارة الفعالة لحقوق الملكية الفكرية في مجال التجارة الإلكترونية، كما دعت المنظمة دول الأعضاء إلى عدم فرض الرسوم الجمركية على الصفقات الإلكترونية.

ثالثا: المنظمة العالمية للملكية الفكرية

أنشأت المنظمة العالمية للملكية الفكرية (OMPI) باللغة الفرنسية أو (WIPO)⁽¹⁵⁷⁾ باللغة الإنجليزية، بموجب الاتفاقية الموقعة في استوكهولم بتاريخ 14 يوليو سنة 1967 واعتمدت مقرها في جنيف، وفي 17 ديسمبر 1974 أصبحت المنظمة وكالة متخصصة للأمم المتحدة، وتتولى هذه المنظمة مهمة الإشراف على الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية الملكية الفكرية.⁽¹⁵⁸⁾

(156) محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 91.

(157) تعتبر منظمة الويبو منظمة دولية حكومية، وهي إحدى الوكالات التابعة لمنظمة الأمم المتحدة ومقرها جنيف وقد تأسست بموجب اتفاقية استكهولم التي أبرمت عام 1967، وسميت هذه الاتفاقية باتفاقية إنشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية ودخلت حيز التنفيذ عام 1970، وقد صادقت عليها الجزائر بموجب: أمر رقم 02-75 مكرر مؤرخ في 9 يناير 1975 متضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية إنشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية الموقعة باستكهولم في 14 يوليو 1967، جريدة رسمية عدد 13 صادر بتاريخ 14 فبراير 1975.

(158) فائق حسين حوى، المواقع الإلكترونية وحقوق الملكية الفكرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 140.

لقد اهتمت منظمة الوايبو بالجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، لكنها اهتمت بشكل أكبر بموضوع حماية الملكية الفكرية المرتبطة باستخدام تقنيات المعلومات، خصوصا في مجال العلامات التجارية وبرامج الحاسوب وقواعد البيانات⁽¹⁵⁹⁾، وقامت الوايبو بوضع نظام لتسوية طائفة من منازعات التجارة الإلكترونية، أهمها تلك المتصلة بأسماء المواقع⁽¹⁶⁰⁾، وفي هذا الإطار قام مركز التحكيم التابع لهذه المنظمة بتطوير نظام لتسوية المنازعات، مباشرة من خلال شبكات الاتصال دون الحاجة للتواجد المادي للأشخاص أو الأشياء⁽¹⁶¹⁾.

انعكس الاهتمام المتزايد للمنظمة بجوانب حقوق الملكية الفكرية المرتبط بالتجارة الإلكترونية خصوصا فيما يتعلق بحماية هذه الحقوق من المخاطر التي تتعرض لها عند طرح المصنفات الأدبية والفنية على شبكة الإنترنت، نظرا لما تحققه هذه الأخيرة من توسع ملحوظ متزايد، وازدادت قدرتها على نشر المعلومات والمعرفة⁽¹⁶²⁾.

بدأت المنظمة العالمية للملكية الفكرية جدول أعمال أنشطة البرنامج الرقمي للوايبو والتي تعكس وتستجيب، لتأثير شبكة الإنترنت والتكنولوجيات الرقمية وأثرها على نظام الملكية الفكرية⁽¹⁶³⁾، وفي الفترة القادمة ولمدة سنوات ستكون المنظمة ملتزمة بصياغة مناسبة، تهدف إلى تشجيع ونشر واستغلال الأعمال الإبداعية والمعارف على شبكة الإنترنت⁽¹⁶⁴⁾، كذلك حماية حقوق المبدعين تماشيا مع التطور المستمر في البيئة الرقمية وتطبيق قانون الملكية الفكرية في المعاملات عبر شبكة الإنترنت⁽¹⁶⁵⁾، وتأثير شبكة

⁽¹⁵⁹⁾ يمكن الإطلاع على هذا النظام من خلال شبكة الإنترنت على الموقع الآتي: www.aribiterwipo.int
⁽¹⁶⁰⁾ BRASIER Audrey, op cit, p.66.

⁽¹⁶¹⁾ أمين أعزان، مرجع سابق، ص 52.
⁽¹⁶²⁾ محمد السعيد رشدي، الإنترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 103.
⁽¹⁶³⁾ جدول أعمال أنشطة البرنامج الرقمي للوايبو متاح على الموقع الآتي:

www.arabitr.wipo.int
⁽¹⁶⁴⁾ رغم اهتمام المنظمة العالمية للملكية الفكرية بتسوية منازعات أسماء النطاق والعلامات التجارية على وجه الخصوص، إلا أن الخصائص التي تميزه من حيث السرعة وقلة التكاليف تجعله صالحا لتسوية منازعات أخرى مرتبطة بالتجارة الإلكترونية.
⁽¹⁶⁵⁾ أعلن المدير العام للمنظمة العالمية للملكية الفكرية "كاميل إدريس" في سبتمبر عام 1999 عن الأجندة الرقمية في المؤتمر الدولي المتعلق بالتجارة الإلكترونية والملكية الفكرية، وقد لاقت الأجندة الرقمية للمنظمة العالمية للملكية=

الإنترنت والتكنولوجيا الرقمية على مجالات حق المؤلف والحقوق المجاورة، والعلامات التجارية وأسماء المواقع، وبراءات الاختراع، فضلا عن تسوية المنازعات⁽¹⁶⁶⁾.

الفرع الثاني

دور المؤسسات الإقليمية في تنظيم التجارة الإلكترونية

تعددت الهيئات الإقليمية المتخصصة والمتعددة الأطراف بتعدد أهدافها التي تؤدي إلى تذليل العقبات أمام التجارة الإلكترونية، وذلك بإصدار عدة قوانين تشكل أحد المصادر الأساسية للقانون الموضوعي الإلكتروني، إذ تتسم هذه القواعد بتوفير الأمان لأطراف العلاقة التعاقدية الإلكترونية، وتضمن وجود الحلول للمشاكل الفنية والقانونية التي تظهر نتيجة للطبيعة الإلكترونية لوسائل إبرام العقود. سنتعرض بالدراسة إلى بعض من هذه الهيئات على النحو التالي:

أولاً: منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية

قامت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD)⁽¹⁶⁷⁾، بعدة دراسات تناولت الجوانب الاقتصادية والاجتماعية للتجارة الإلكترونية، استعرضت فيها أثرها على الأسواق والأعمال، ودعت إلى الاستفادة من مزاياها، وقد دعت المنظمة إلى انعقاد المؤتمر العالمي للتجارة الإلكترونية، بعنوان (عالم بلا حدود "تحقيق إمكانيات التجارة الإلكترونية العالمية") في الفترة الممتدة ما بين 7-9 أكتوبر سنة 1998 في مدينة أوتاوا، وذلك بالتعاون مع

الفكرية الموافقة من الدول الأعضاء بالمنظمة في الجمعية العامة، وتضع هذه الأجندة سلسلة من الإرشادات والأهداف بالنسبة ل (wipo) سعياً لتطوير حلول عملية للتحديات التي نشأت من تأثير التجارة الإلكترونية على حقوق الملكية الفكرية.⁽¹⁶⁶⁾ صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 153.

⁽¹⁶⁷⁾ (OECD) هي اختصار ل: L'Organisation de Coopération et de Développement Economique

الحكومة الكندية، ويعد هذا المؤتمر الوزاري من أوسع المؤتمرات التي تعرضت للجوانب القانونية المختلفة للتجارة الإلكترونية⁽¹⁶⁸⁾.

تناول المؤتمر على مدى يومين⁽¹⁶⁹⁾، المسائل التي من شأنها أن تجعل التجارة الإلكترونية عبر تنظيمها القانون المحكم، مشابهة تماما للتجارة التقليدية وما تركز ضمنها من قواعد كلفت قبولها، وبناء الثقة لدى الزبائن والمستخدمين، ومسائل حماية المستهلك وتحديد قواعد الاختصاص القضائي، وحل المنازعات وحقوق الإعلان على الإنترنت، والحماية من الأنشطة غير القانونية، وتحديد معايير وقواعد حماية الخصوصية والبيانات الشخصية، المخزنة في النظم المتبادلة بين شبكات المعلومات، ومسائل أمن المعلومات التجارية على الخط، وسياسات التشفير لمعلومات وبيانات القطاعين العام والخاص. كما تناول المؤتمر مسائل الدفع النقدي والتحويلات المالية عبر شبكة الإنترنت، وحماية وسائل الدفع الإلكتروني ومسائل العقود الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، وتوقف المشاركون في المؤتمر على مسائل تعدد منافع التجارة الإلكترونية، وتجاوز مشكلاتها عبر الإستراتيجيات الوطنية الشاملة لحماية المعلومات، وضمان سلامة وأمن الأنشطة التجارية والتنظيم القانوني لمشكلات التسليم المادي للبضائع والتنفيذ المادي للخدمات غير التقنية⁽¹⁷⁰⁾.

وقد خلص المؤتمر إلى إقرار عدد من الآليات وتحديد مناطق الاهتمام القانوني الرئيسية، وشملت التوصيات تكليف المنظمة نفسها بوضع خطط العمل، وتكليف المنظمات غير الحكومية والحكومية الدولية لإجراء الدراسات ووضع التصورات، وذلك لجهة إنفاذ الإعلانات الصادرة عن المؤتمر، بشأن حماية الخصوصية وأمن الشبكات وحماية المستهلك

⁽¹⁶⁸⁾ أمين أگران، مرجع سابق، ص 50.

⁽¹⁶⁹⁾ يمكن الإطلاع على التقرير المتعلق بهذا المؤتمر على العنوان التالي:

<http://www.oecd.org/dsti/sti/it/ec/act/paris-ec/paris-ec/about.htm>

⁽¹⁷⁰⁾ BRASIER Audrey, op cit, pp 67-68.

والثقة في التجارة الإلكترونية، وإتباع السياسات الضريبية التي تمنع أية قيود أو أعباء على النشاط التجاري الإلكتروني.

في عام 1999 عقد مؤتمر آخر في باريس⁽¹⁷¹⁾، عالج فيه الوزراء المشاركون الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، حيث طالبوا بإلغاء أي تمييز ضد التوثيق الإلكتروني وتطوير القوانين التي تعيق إزدهار التجارة الإلكترونية، وقد إستخلص من هذا المؤتمر أن التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية يجب أن يكون واضحاً ومتماسكاً، وأن يساهم في إيجاد بيئة منافسة تشجع معاملات التجارة الإلكترونية، وأشارت النتائج الصادرة عن المؤتمر إلى ضرورة حماية المستهلكين، وكذا حماية كل أشكال الخصوصية خلال معاملات التجارة الإلكترونية وضرورة توثيق هذه المعاملات.

ثانياً: الإتحاد الأوروبي

إيماناً من لجنة الاتحادات الأوروبية بأهمية التجارة الإلكترونية، مما دفعها إلى أن تلعب دوراً هاماً في إرساء قواعد تنظم هذه التجارة، ولتشجيع دول الإتحاد بالإستعانة بها للقيام بكافة معاملاتهم، ومن أجل إنجاح ذلك أصدر الإتحاد الأوروبي العديد من التوصيات والتوجيهات التي تعمل على إزالة الحواجز التي تقف في طريق تقدم وتطور التجارة الإلكترونية⁽¹⁷²⁾.

ومن بين أهم تلك التوصيات والتوجيهات، نذكر التوصية التي أصدرها المجلس الأوروبي في عام 1981، موجهة إلى دول الأعضاء تتعلق بضرورة التنسيق بين تشريعاتها في مجال الإثبات الإلكتروني، ودعت إلى إعتماد النسخ والتسجيلات المعلوماتية في الإثبات ولم تكثف التوصية بالإيعاز للدول الأوروبية للاهتمام بهذه الآلية المستخدمة، بل قامت

⁽¹⁷¹⁾ للمزيد من المعلومات عن هذا المؤتمر أنظر:

<http://www.oecd.org/dsti/sti/it/ec/act/paris-ec/about.htm>

⁽¹⁷²⁾ هادي مسلم يونس البشكاني، مرجع سابق، ص 86.

بوضع بعض التفاصيل الموضوعية، كضرورة مراجعة المعلومات المسجلة إلكترونياً كل خمسة سنوات على الأقل، بالإضافة إلى ضرورة الحفظ الإلزامي لهذه المعلومات لمدة عشرة سنوات على الأقل⁽¹⁷³⁾.

كذلك فقد تولت لجنة الاتحادات الأوروبية (CCE)⁽¹⁷⁴⁾ إعداد اتفاق أوروبي نموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات⁽¹⁷⁵⁾، حيث أصدرت توصيتها بتاريخ 19 أكتوبر 1994 بشأن الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، وأوصت اللجنة المتعاملين بالتجارة الإلكترونية إلى استخدام نموذج العقد الذي أصدرته، وذلك لعدم وجود تشريع ينظم العلاقة بين الأطراف المختلفة للتبادل الإلكتروني للبيانات.

كما صدر التوجيه الأوروبي في شأن حماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد رقم 97/7/CE الصادر عن البرلمان الأوروبي في 20 مايو 1997، بالإضافة إلى ذلك إقترحت اللجنة الأوروبية توجيهات إرشادية، بخصوص الإطار العام للتوقيعات الإلكترونية وشددت على أهمية وضع إطار تنظيمي جديد، يلبي احتياجات الأعمال التجارية والمستهلكين، ولتحقيق ذلك قامت بتقديم مشروع للإتحاد الأوروبي في 18 نوفمبر 1998، وهذا المشروع خاص بوضع تنظيم قانوني يتعلق بالتجارة الإلكترونية⁽¹⁷⁶⁾.

أصدرت اللجنة الأوروبية أيضاً في نوفمبر عام 1998، اقتراحاً بشأن توجيه أوروبي صادر عن المجلس الأوروبي، والذي يتضمن جوانب قانونية معينة عن التجارة الإلكترونية في الأسواق الداخلية، وكذا التوجيه الأوروبي الذي أقره الإتحاد الأوروبي في 13 ديسمبر

⁽¹⁷³⁾ محمد السيد عرفة، "التجارة الدولية الإلكترونية عبر الأنترنت"، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، الفترة 1-3 مايو 2000، ص 14، إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 41.

⁽¹⁷⁴⁾ La Commission des Communautés Européennes.

⁽¹⁷⁵⁾ أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 44.

⁽¹⁷⁶⁾ BARESCH Denis et SION Claire, « La directive européenne pour les signatures électroniques », Les petites affiches, n° 38, 21 février 2002, p.p. 21-22.

1999، بشأن التوقيعات الإلكترونية⁽¹⁷⁷⁾، والذي يشمل ثمانين وعشرين حيثية وخمسة عشرة مادة، متبوعة بملاحق أربعة تتضمن أمورا أساسية تحدد الإجراءات والشروط اللازمة لتوفير الأمان التقني للتوقيع الإلكتروني، ويتعلق الملحق الأول بمتطلبات شهادات التوقيع المعتمدة، أما الملحق الثاني فيحدد الشروط الخاصة بمقدمي خدمات التوثيق الذين يقومون بإصدار الشهادات المعتمدة، ويتناول الملحق الثالث الشروط الواجب توافرها في إجراءات إنشاء التوقيع، والملحق الرابع فيحدد التوصيات الخاصة بفحص التوقيع الإلكتروني⁽¹⁷⁸⁾.

أصدر البرلمان والمجلس الأوروبي توجيهها أوروبا في 8 يونيو عام 2000 يتعلق بالمظاهر القانونية، لخدمة مجتمع المعلومات وخصوصا التجارة الإلكترونية، حيث أشار بحديثه الخامسة إلى العقوبات القانونية التي تواجه التجارة الإلكترونية، وتناول بالحيثية السابعة مسألة الأمن القانوني وضرورة توفير الثقة بالنسبة للمستهلكين⁽¹⁷⁹⁾.

يتوجب على الدول الأعضاء، اتخاذ الإجراءات اللازمة لإدماج أحكام الاتحاد الأوروبي في قوانينها الداخلية، في خلال فترة تتراوح بين 6 أشهر إلى ثلاثة سنوات من تاريخ إقرارها⁽¹⁸⁰⁾.

وهكذا فإن الهدف من التوصيات والتوجيهات هو تطوير قوانين الدول الأعضاء وأنظمتها الداخلية فيما يتعلق بالتجارة الإلكترونية، وإزالة العقوبات القانونية التي تعترض طريقها، وتعزيز تبادل المعلومات والمناقشات حول التجارة الإلكترونية، حتى تتوافر الثقة الكاملة للمتعاملين بها، كما أنه عن طريق هذه التوصيات والتوجيهات سألغة البيان يكون

⁽¹⁷⁷⁾ CAPRIOLI Éric, « La directive européenne n° 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques », Gazette de palais, n° 305, 31 octobre 2000, p.5.

⁽¹⁷⁸⁾ Ibid , p.6 et s.

⁽¹⁷⁹⁾ Position commune (C.E.) n° 22/2000, arrêtée par le Conseil le 28 février 2000 « en vue de l'adoption de la directive 2000/.../C.E. du Parlement européen et du Conseil du ... relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique») », Gazette du Palais, n° 176, 24 juin 2000, P.34.

⁽¹⁸⁰⁾ هادي مسلم يونس البشكاني، مرجع سابق، ص 89.

الاتحاد الأوروبي، قد ساهم بدور ملموس في تيسير التعامل في مجال التجارة الإلكترونية بين أعضائها، ووضع قواعد قانونية يهتدي بها هؤلاء الأعضاء وغيرهم من الدول الأخرى، وتعد مصدرا يستمد منه القانون الموضوعي الإلكتروني قواعده وأسس.

ثالثا: المؤسسات الإقليمية المتعددة الأطراف

تعتبر التجارة الإلكترونية الوافد الجديد إلى التجارة الدولية، لذلك فقد اجتهدت مختلف الهيئات والمنظمات الدولية المعنية بتحديد معالمها وبيان أهميتها، في التبادل التجاري الدولي وما تتميز به من خصائص تكنولوجية متطورة، ساهمت في استغلال تقنيات المعلومات والاتصالات، لتفعيل عملية التبادل التجاري بين المنتجين والمستهلكين عبر وسائل الاتصال الحديثة، بما يسهل إبرام الصفقات التجارية الإلكترونية بسرعة أكبر وكفاءة أعلى، وبصرف النظر عن مكان تواجد الأطراف، ومن ضمن هذه الهيئات الإقليمية التي اهتمت بالتجارة الإلكترونية نذكر:

1- اللجنة الاقتصادية لأوروبا التابعة للأمم المتحدة

ساهمت هذه اللجنة⁽¹⁸¹⁾، في وضع مجموعة من القواعد المتعلقة بتبادل البيانات إلكترونيا، بهدف توحيد لغة التبادل بين أطراف التعامل في الدول المختلفة، وجرت صياغتها تحت اسم الرسائل النمطية للأمم المتحدة.

قامت اللجنة بإعداد نموذج لعقد تبادل البيانات إلكترونيا في عام 1995، لأغراض الاستخدام التجاري الدولي، وفي إطار جهود هذه اللجنة تم تكليف مجموعة عمل قانونية لإعداد نموذج لذلك العقد، بما يسمح للاستخدام العام في عملية التجارة الإلكترونية، وتوحيد

⁽¹⁸¹⁾ تغير اسم هذه اللجنة عام 1997 وسميت مركز تسيير إجراءات وأعمال الإدارة والتجارة والنقل (CEFACT).

لغة التبادل الإلكتروني للبيانات، بين أطراف المعاملات في مختلف الدول ومعالجة كل أشكال المراسلات الإلكترونية المتاحة لإبرام العقود التجارية الإلكترونية⁽¹⁸²⁾.

تقدمت المجموعة العاملة ضمن اللجنة الاقتصادية لأوروبا في دورتها الخمسين بتاريخ 15 مارس 1999، بتوصية إلى لجنة الأونسيتال بإدخال تغييرات على الاتفاقيات التجارية الدولية، والتي من أهمها (اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع سنة 1985)، وتضمنت أيضا إمكانية وضع اتفاقية دولية تشمل القضايا القانونية للتجارة الإلكترونية⁽¹⁸³⁾.

2- الغرفة التجارية الدولية

تأسست غرفة التجارة الدولية بباريس (CCI) في سنة 1919 بهدف تنشيط التجارة ونمو الاقتصاد بين الدول الأعضاء، وقد قامت منذ عام 1990 ببحث الجوانب القانونية والتجارية لتبادل المعطيات المعلوماتية⁽¹⁸⁴⁾، كما اقترحت الغرفة نموذجين للعقود النموذجية للتجارة في المعطيات المعلوماتية، الأول على المستوى الأوروبي، والثاني على المستوى العالمي⁽¹⁸⁵⁾، لم يقف دور الغرفة عند ذلك بل قامت بإعداد، ما يسمى المشروع الإلكتروني من أجل استحداث بديل إلكتروني للمعاملات التجارية، القائمة على الورق ويضم هذا المشروع ثلاث فرق، يتعلق الأول بالممارسات التجارية الإلكترونية الذي وضع مجموعة من القواعد الأساسية، لتنظيم جوانب من التجارة الإلكترونية وتسوية منازعاتها، أما الثاني فيهدف إلى تأمين المعلومات، من خلال وضع قواعد موحدة حول الواقع العملي في مجال التوثيق

(182) أمين أگران، مرجع سابق، ص 46.

(183) محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 107.

(184) LINANT DE BELLEFONDS Xavier, Le droit du commerce électronique, éd Que sais-je? 2005, p.9.

(185) إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 42.

والشهادات الإلكترونية، أما الفريق الثالث فهو معني بالمصطلحات التجارية الإلكترونية التي تستخدم في مجال التجارة الإلكترونية⁽¹⁸⁶⁾.

وتعتبر الغرفة رائدة في مبادرات التنظيم الذاتي لأعمال التجارة الإلكترونية والدفاع عن التجارة الحرة واقتصاد السوق، والتنظيم الذاتي لمؤسسات الأعمال، ومن أبرز أعمالها في هذا المجال أنها قامت بإنشاء محكمة تحكيم دولية منبثقة عنها، ووضعت قواعد لهذه المحكمة والتي أصبحت نافذة في يناير عام 1998، ويلاحظ على هذه القواعد أنه يمكن تطبيقها على منازعات التجارة الإلكترونية، من قبل هيئات التحكيم ويعزى ذلك إلى أن هذه القواعد تشتمل على نصوص تسير التطور المتلاحق في عالم الاتصالات والمعلومات⁽¹⁸⁷⁾.

قامت هذه المنظمة أيضا بوضع قواعد قانونية لتيسير التعامل في مجال التجارة الإلكترونية، في سبتمبر سنة 2003 ولمساعدة الشركات على التفاوض إلكترونيا بشأن العقود، وبناء الثقة في مجال هذه التجارة حتى يؤدي ذلك إلى نموها وتطويرها وتشجيع الأطراف على التعامل من خلالها⁽¹⁸⁸⁾.

هكذا فإن هذه القواعد التي وضعتها غرفة التجارة الدولية سواء المتعلقة بالتجارة الإلكترونية أو التحكيم، تعد مصدرا مهما يستطيع أن يستمد منه القانون الموضوعي بعض أحكامه.

3- منظمة الأسماء والأرقام (الآيكان)

تتولى الآيكان (ICANN) مسؤولية تنسيق إدارة العناصر الفنية في نظام أسماء الموقع من خلال توزيع مجالات العناوين في بروتوكول الإنترنت لتخصيص معرفات

⁽¹⁸⁶⁾ محمد السيد عرفة، مرجع سابق، ص 19، أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص ص 47-48.

⁽¹⁸⁷⁾ يونس عرب، مرجع سابق، ص 25.

⁽¹⁸⁸⁾ لمزيد من المعلومات عن غرفة التجارة الدولية أنظر: <http://www.iccarab.org/autopage.asp?pgid=about>

البروتوكول وإدارة نظام سجلات الموقع العامة عالية المستوى، وسجلات المواقع عالية المستوى لرمز الدولة⁽¹⁸⁹⁾، أي يقوم الآيكان بهذا عن طريق تخصيص أسماء المواقع العليا (ومثال ذلك: .org, .net, .com, .info)، وذلك لضمان تيسير تدفق المعلومات على نطاق العالم، بحيث يتسنى لجميع مستخدمي شبكة الإنترنت إيجاد العناوين الصحيحة.

يساعد نظام أسماء المواقع مستخدمي الإنترنت على الوصول إلى ما يبحثون عنه في رحاب الإنترنت، كما يقدم العديد من الخدمات للتجارة الإلكترونية، ويجعل من شبكة الإنترنت مصدراً عالمياً للمساعدة، ومن دون هذه الميزة قد يتطابق اسم الموقع ذاته مع مواقع كثيرة على الشبكة تحت ظروف مختلفة، مما يؤدي إلى وقوع ارتباك في تبادل المعلومات بين أطراف التجارة الإلكترونية على مستوى العالم.

تعمل الحكومات والمنظمات الدولية المتعاهدة ضمن هيكل الآيكان في شراكة مع مؤسسات الأعمال والمنظمات وأفراد ذوي مهارات عالية، ممن لهم دور في بناء شبكة الإنترنت العالمية والمحافظة عليها⁽¹⁹⁰⁾، ويعالج المشاركون في الآيكان أية أمور تؤثر بشكل مباشر في مهمة الآيكان الخاصة بالتنسيق الفني، والعمل على الالتزام بمبدأ الحد الأقصى من التنظيم الذاتي في الاقتصاد ذي التقنية العالية لمجتمع شبكة الإنترنت.

يعمل مجلس إدارة الآيكان⁽¹⁹¹⁾ والذي يضم جنسيات مختلفة⁽¹⁹²⁾ على الإشراف على عملية وضع السياسات، حتى تستطيع أن تؤدي التزامها التشغيلي تجاه مجتمع شبكة الإنترنت، حيث إنها مصممة للاستجابة لحاجات التقنيات والاقتصاديات المتغيرة، وتعمل

(189) فاتن حسين حوى، مرجع سابق، ص ص 154-155.

(190) محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 109.

(191) أنظر الموقع الإلكتروني للآيكان: www.icann.org

(192) يضم مجلس الآيكان مواطنين من أستراليا، البرازيل، بلغاريا، كندا، الصين، فرنسا، ألمانيا، غانا، اليابان، كينيا، كوبا، المكسيك، هولندا، البرتغال، السنغال، إسبانيا، المملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية.

أكثر من ثمانين حكومة على توفير المشورة لمجلس الإدارة، حتى يمكن توفير الاستقرار والتكامل في شبكة الإنترنت⁽¹⁹³⁾.

الفرع الثالث

التشريعات الوطنية المنظمة للتجارة الإلكترونية

نظرا لأهمية التجارة الإلكترونية على المستوى الدولي والمحلي، فقد اهتمت كثير من دول العالم بإصدار التشريعات المنظمة لها، وبيان أحكام المعاملات التي تتم من خلالها لاسيما وأن القواعد التقليدية، لا تلبي هذا الأمر بشكل دقيق ولا يكفي لخلق بيئة آمنة، يشعر المتعاملون فيها بالأمن القانوني والاطمئنان على معاملاتهم الإلكترونية ومصالحهم، وعليه سنحاول تسليط الضوء على تجارب بعض الدول التي سبقت غيرها في هذا المجال، ومنها الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا (أولا)، ثم نتعرض إلى التدابير المتخذة من طرف تشريعات بعض الدول العربية (ثانيا).

أولا: الآليات التشريعية في الولايات المتحدة الأمريكية

تعد الولايات المتحدة الأمريكية من أوائل الدول في العالم التي شجعت على استخدام التجارة الإلكترونية، عبر شبكة الإنترنت في إبرام عقود التجارة الإلكترونية، وقد ترتب على الطابع الفدرالي للاتحاد القائم بين الولايات المتحدة، وجود تشريعات متعددة على مستوى الولايات تعالج بعض جوانب التجارة الإلكترونية⁽¹⁹⁴⁾، في نفس الوقت الذي توجد فيه تشريعات على المستوى الاتحادي (قوانين فدرالية)⁽¹⁹⁵⁾، تعالج معاملات تلك التجارة فيما بين أطراف مقيمة في ولايات مختلفة، أو فيما بينهم وبين أطراف مقيمة في دول أجنبية، ومن

(193) فاتن حسين حوى، مرجع سابق، 159.

(194) محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 122 وما بعدها.

(195) تجدر الإشارة إلى أنه يوجد فرق بين القانون الموحد والقانون الفدرالي في النظام القانوني الأمريكي، فالأول يتناول موضوعات هي في الأصل من اختصاص الولايات، لذلك فإن القانون الموحد هو عبارة عن نموذج قانون أو قانون نموذجي ويكون للولايات أن تأخذ به أو ترفضه، أما القانون الفدرالي يسري بشكل ملزم على جميع الولايات.

بين هذه القوانين نجد قانون جرائم الكمبيوتر الفدرالي، وقانون الاتصالات الصادر في فبراير 1996، وقانون خصوصية الاتصالات عام 1998، وقانون اعتماد التوقيع والسجلات الإلكترونية الصادر في 20 مارس 1997⁽¹⁹⁶⁾.

أطلق الرئيس الأمريكي بيل كلينتون في عام 1997 خطة العمل الخاصة بالتجارة الإلكترونية⁽¹⁹⁷⁾، وتضمنت الخطة المبادئ الرئيسية التالية:

- إسناد قيادة التجارة الإلكترونية للقطاع الخاص.
- تجنب الحكومة وضع القيود أمام الاستثمار والأنشطة الإبداعية في ميدان التجارة الإلكترونية.
- كفالة وحماية الملكية الفكرية والخصوصية وأمن الشبكات والمعلومات والشفافية والسرعة في حل المنازعات.
- على الحكومة أن تلعب دور في البناء الفاعل للوسائل التقنية ووسائل الاتصال.
- الإنترنت بيئة عالمية وإطارها القانوني يتعين أن يكون عالميا وتحديدا بالنسبة للاختصاص القضائي.

تحقيقا لهذه المبادئ تضمنت الخطة تسع توصيات رئيسية متصلة بالجوانب القانونية والتنظيمية للتجارة الإلكترونية، وتتمثل هذه التوصيات في عدم فرض أية ضرائب أو تعريفات على أنشطة التجارة الإلكترونية، وإيجاد نظام قانوني من للدفع النقدي يراعي سرعة التطور التقني لوسائل الدفع، وتعديل القواعد القانونية التجارية بالنسبة للعقود التجارية والتوقيع الإلكتروني وقواعد الدفع والتبادل المالي، وحماية الملكية الفكرية وضمان حقوق المعلنين والمستثمرين المعنوية فيما ينشر إلكترونيا، وحماية الخصوصية بحظر جمع البيانات الخاصة إلا وفق القواعد التي تكفل حماية أصحابها، وصحة البيانات والحق في تعديل ومعرفة أوجه

⁽¹⁹⁶⁾ لمزيد من التفاصيل راجع: محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 124 وما يليها.

⁽¹⁹⁷⁾ إيهاب السنباطي، مرجع سابق، ص 125.

استخدامها ومعالجتها، وحماية أمن المعلومات وأمن الشبكات وخلق معايير تشفير مقبولة، وإزالة كافة القيود أمام صناعة التقنية والاتصالات، وتشجيع التنظيم الخاص من قبل القطاعات الصناعية التقنية بشأن القيود المفروضة على المحتوى المنشور ضمن القطاعات العاملة على الإنترنت، وأخيراً إيجاد معايير تقنية لأعمال الإنترنت مستندة للسوق وليس إلى معايير حكومية مفروضة⁽¹⁹⁸⁾.

تستهدف هذه الجهود تبني الولايات المتحدة الأمريكية مناخاً يؤدي إلى تعزيز الابتكار والتقدم التكنولوجي، وتطوير شبكة الإنترنت ودفع التجارة الإلكترونية، حيث أن النهج الجريء والمبتكر الذي اعتمدته المؤسسات الأمريكية، في تطوير استخدامات الإنترنت في التجارة الإلكترونية، أدى إلى جعل الإنترنت ثروة قومية، مما يستدعي رسم سياسة ناجحة، واستصدار التشريعات الملائمة لضمان نمو التجارة الإلكترونية محلياً وعالمياً.

ثانياً: الآليات التشريعية في فرنسا

لتسهيل عملية التعاقد الإلكتروني في فرنسا تمت صياغة نوعين من العقود، هذه العقود تتعلق بالتجارة الإلكترونية ومتصلة بها بغرض تسهيل التعاملات، الأول هو العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية بين التجار والمستهلكين، ويهدف إلى حماية المستهلكين من التعسف، والثاني هو العقود الخاصة بالمراكز التجارية الافتراضية⁽¹⁹⁹⁾.

كما أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم 2000/230 وهو يعتبر بمثابة تعديل للنصوص المنظمة للإثبات في القانون المدني الفرنسي⁽²⁰⁰⁾، وعدد مواد هذا التعديل ستة مواد، أدرجت كلها في مادة واحدة وهي المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي، ولم يكتف

⁽¹⁹⁸⁾ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008، ص 42، يونس عرب، مرجع سابق، ص 24، هادي مسلم يونس البشكاني، مرجع سابق، ص 93، أمين أگران، مرجع سابق، ص 61.

⁽¹⁹⁹⁾ أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص 28 وما بعدها.

⁽²⁰⁰⁾ RUET Laurent, « La réforme du droit de la preuve opérée par la loi du 13 mars 2000 et les transactions financières », Bulletin Joly Bourse, n° 3, 1 mai 2000, p. 219.

المشرع الفرنسي بإصدار هذا القانون فقط، ولكن تدخل بمقتضى المرسوم رقم 2001/741 الذي حاول من خلاله وضع تنظيم شامل للتعاقد الإلكتروني في ضوء التوجيه الأوروبي رقم 97/7/CE بشأن حماية المستهلك في التعاقد عن بعد⁽²⁰¹⁾، وكذلك بالقانون رقم 2001/1062 المتعلق بالسلامة اليومية⁽²⁰²⁾.

عند صدور التوجيه الأوروبي في 8 يونيو 2000 تناول هذا الأخير التجارة الإلكترونية⁽²⁰³⁾، ونظم العلاقة بين مقدم الخدمة ومتلقي الخدمة، (وهو كل شخص طبيعي أو اعتباري الذي يستخدم خدمة معلوماتية لأغراض مهنية أو لغير ذلك)، ونتيجة لهذا التوجيه الأوروبي قام البرلمان الفرنسي، بإصدار قانون لإدخال قواعد التوجيه الأوروبي للتشريع الفرنسي وذلك من خلال القانون 2004/575 الصادر في 21 يونيو 2004 والمسمى بقانون الثقة في الاقتصاد الرقمي⁽²⁰⁴⁾.

ثالثاً: الآليات التشريعية العربية

رغم التأخر الذي سجلته الدول العربية في وضع قوانين تنظم التجارة الإلكترونية إلا أنه ارتأت البعض منها إلى سن مشروعات قوانين للتجارة الإلكترونية، كما أن البعض الآخر منها تجرأت وأصدرت قوانين خاصة بالمعاملات التجارية الإلكترونية.

⁽²⁰¹⁾ GRANIER Thierry, « La commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs: une rencontre entre droit de la consommation et droit financier », Bulletin Joly Bourse, n° 1, 01 janvier 2006, p 8.

⁽²⁰²⁾ Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative a la sécurité quotidienne, J O n° 266, du 16 novembre 2001.

⁽²⁰³⁾ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du conseil du 8 juin 2000, op cit.

⁽²⁰⁴⁾ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 33.

1- التشريع التونسي

كانت الجمهورية التونسية من أوائل الدول العربية التي سارعت بإصدار قانون خاص بالتجارة الإلكترونية في الوطن العربي⁽²⁰⁵⁾، وهو القانون رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية⁽²⁰⁶⁾، ويتكون هذا القانون من 53 مادة مقسمة إلى سبعة أبواب، وقد تضمنت إلى جانب الأحكام العامة والتعريفات الخاصة بالعبارات الواردة فيه، نصوصاً تتعلق بالوثيقة الإلكترونية والإمضاء الإلكتروني، وكذلك نصوصاً لتنظيم عمليات التصديق (المصادقة) على الوثائق والمستندات والإمضاءات الإلكترونية، وإصدار شهادات تصديق تستجيب لمقتضيات السلامة والوثوق بها، لأغراض المبادلات والتجارة الإلكترونية كما تضمن نصوصاً لتنظيم عقود التجارة الإلكترونية، وخاصة ما يتعلق بفرض واجبات على المورد تجاه المستهلكين في هذه العقود، وكذلك نصوصاً تتعلق بحماية المعلومات الشخصية فضلاً عن الأحكام الخاصة بالمخالفات والعقوبات⁽²⁰⁷⁾.

حاول المشرع التونسي معالجة المسائل الخاصة بالتجارة الإلكترونية، بشكل ميسر حتى لا يضطر إلى الدخول في الخلافات الفقهية العديدة، التي تثار عند بحث وتأصيل عملية انعقاد العقود الإلكترونية التي تتجاوز حدود الإقليم، أي التي تتجاوز حدود إقليم الدولة ونطاقها⁽²⁰⁸⁾.

(205) لطفي بن كريم، "التجربة التونسية في مجال تنظيم المعاملات المدنية والتجارية الإلكترونية"، بحث مقدم إلى المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا، في الفترة من 27-30 أكتوبر 2009، ص 13.

(206) وافق مجلس النواب التونسي على هذا القانون في 27 يوليو 2000 وصدر في 9 أغسطس 2000، ونشر في جريدة الرائد الرسمي للجمهورية التونسية في 11 أغسطس 2000.

(207) لطفي بن كريم، مرجع سابق، ص 14 وما يليها.

(208) عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، "النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، الكتاب الأول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 290.

2- التشريع المصري

باشر المشرع المصري بوضع مشروع حكومي لقانون التجارة الإلكترونية، وذلك بمعرفة لجنة خبراء مصغرة بمركز المعلومات، ودعم اتخاذ القرار برئاسة مجلس الوزراء في مارس 2001، ويتكون هذا المشروع من اثني عشر فصلاً⁽²⁰⁹⁾، تهدف إلى تنظيم بعض جوانب التجارة الإلكترونية كالعقود والتوقيعات الإلكترونية، ومسائل الإثبات، وحماية المستهلك في مثل هذه العقود، فضلاً عن المسائل المتعلقة بالمعاملة الضريبية والجمركية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، وكذلك تضمن أحكاماً لمعاقبة حالات الاعتداء على التوقيع الإلكتروني أو حالات الاعتداء على البيانات الشخصية أو المصرفية من خلال شبكة المعلومات وغيرها⁽²¹⁰⁾.

من أجل دعم وتنمية التجارة والمعاملات الإلكترونية والحكومة الإلكترونية، تم إعداد مشروع قانون مصري لتنظيم التوقيع الإلكتروني، بمعرفة لجنة شكلتها وزارة الاتصال والمعلومات، مكونة من خبراء في تكنولوجيا الحاسبات والاتصال وخبراء في المجال القانوني⁽²¹¹⁾، وبالفعل تم اعتماد هذا المشروع فصدر القانون رقم 15 لسنة 2004 بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني⁽²¹²⁾، وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات في جمهورية مصر العربية.

نجد أن المشرع المصري - حتى الآن - لم يبادر إلى وضع تشريع خاص بتنظيم التجارة الإلكترونية، مكتفياً بما تضمنته المذكرة الإيضاحية لقانون التوقيع الإلكتروني، والتي تعد من قبيل الأعمال التحضيرية التي يلجأ إليها قاضي النزاع، لتفسير نص غامض أو

(209) هادي مسلم يونس البشكاني، مرجع سابق، ص 103-104.

(210) إيهاب السنباطي، مرجع سابق، ص 214 وما بعدها.

(211) هاله جمال الدين محمد محمود، مرجع سابق، ص 59.

(212) قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15، المؤرخ في 21 أبريل 2004، جريدة رسمية العدد 17، الصادر في 22 أبريل 2004.

مبهم، الأمر الذي يستلزم مناشدة المشرع المصري بالإسراع في إصدار قانون مستقل للتجارة الإلكترونية، يمكن الاهتداء به في خضم اتجاهات المنطقة العربية نحو إصدار تشريعات عملية، تساهم في حل المنازعات التي تثار بين كل من يتعامل بهذه التجارة سواء في ذلك الشركات أو الأفراد أو الهيئات الحكومية⁽²¹³⁾.

3- التشريع الجزائري

يشكل التشريع والقوانين المتعلقة بتنظيم التجارة الإلكترونية أحد أهم البنى التحتية لقيام ونمو التجارة الإلكترونية، وتواجه الجزائر تحديا حقيقيا في وضع التشريعات والضوابط القانونية التي تتلاءم وأنماط العمليات التجارية الإلكترونية الحديثة، سيما في ظل حداثة ظاهرة التجارة الإلكترونية، وتباين أطر الأنظمة التشريعية المحلية لدول العالم.

حاول المشرع الجزائري الاستجابة للتطورات الحاصلة في النظم القانونية المقارنة وقام بتعديل، القانون المدني في سنة 2005 وذلك بالأمر رقم 05-10⁽²¹⁴⁾، مضيفا قواعد خاصة بالإثبات الإلكتروني، وانتقل بذلك من النظام الورقي في الإثبات إلى النظام الإلكتروني وأصبح للكتابة في الشكل الإلكتروني، مكانا ضمن قواعد الإثبات في القانون المدني الجزائري، وورد لها تعريف في نص المادة 323 مكرر، كما تم الاعتراف كذلك بحجية هذه الكتابة في المادة 323 مكرر 1 ق م ج، وقد أقر المشرع من خلال هذا النص بمبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الدعامة الورقية، ومع ذلك لا يزال هذا الاعتراف مشروطا باجتماع مجموعة من المعايير والشروط، لاسيما تلك

⁽²¹³⁾ أحمد عبد التواب محمد بهجت، إبرام العقد الإلكتروني "دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 9.

⁽²¹⁴⁾ جريدة رسمية عدد 44 صادر بتاريخ 26 جوان 2005.

المتصلة بتحديد هوية الشخص المصدر للكتابة الإلكترونية، وضمان سلامة الوثائق الإلكترونية بحيث تكون مضمونة عند إنشائها وأثناء حفظها⁽²¹⁵⁾.

انطلاقاً من هذا المبدأ، صدر قانون رقم 04-15 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين⁽²¹⁶⁾، الذي يهدف إلى وضع إطار قانوني يمكن له أن يتكفل بالمتطلبات القانونية التنظيمية والتقنيات، التي تسمح بخلق جو من الثقة المواتية لتعميم وتطوير المبادلات الإلكترونية، كما يهدف كذلك بالسماح للجزائر بتبني خطة عمل القمة العالمية حول مجتمع المعلومات المنعقد في جنيف من 10 إلى 12 ديسمبر 2003⁽²¹⁷⁾، الذي تناول موضوع تشجيع تطور التشريع الوطني⁽²¹⁸⁾، بهدف تخطي عقبة الاستعمال الفعال للوثائق والمبادلات الإلكترونية بما فيها التصديق الإلكتروني.

(215) أنظر المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري.

(216) جريدة رسمية عدد 6 صادر بتاريخ 10 فيفري 2015.

(217) حضر القمة العالمية حول مجتمع المعلومات المنعقد بجنيف في مرحلتها الأولى وفد من 178 بلد يشمل رئيس ونائب رئيس 50 دولة وحكومة، وشارك أكثر من 11000 شخص في القمة العالمية، واعتمد زعماء العالم المجتمعون في جنيف إعلان مبادئ القمة وعنوانه "بناء مجتمع المعلومات: تحد عالمي في الألفية الجديدة". وهذا الإعلان يضع أسس مجتمع المعلومات الناشئ، ويضع خطة عمل القمة التي أيدتها قمة جنيف أهدافاً مرتبطة بمواعيد زمنية لترجمة مجتمع المعلومات الجامع والمنصف من رؤية إلى واقع عملي. وقد تمت المرحلة الثانية في تونس في الفترة من 16-18 نوفمبر 2005، وتعد هذه القمة العالمية لمجتمع المعلومات تأكيداً جديداً ودعماً لإعلان المبادئ وخطة العمل المعتمدين في المرحلة الأولى من القمة العالمية لمجتمع المعلومات في جنيف في سبتمبر 2003؛ للإطلاع على جدول أعمال القمة العالمية حول مجتمع المعلومات، راجع الموقع التالي:

www.itu.int/wsis/indexar.html

(218) من أجل تحضير مؤتمر القمة العالمية لمجتمع المعلومات اجتمع ممثلو الحكومات العربية في المؤتمر العربي بمدينة القاهرة في الفترة الممتدة من 16-18 يونيو 2003، وحضر المؤتمر 19 دولة عربية - من بينها الجزائر - كما حضر 9 دول إفريقية كمرقب، واتخذوا عدداً من القرارات المهمة، نذكر البعض منها و الخاصة بالتجارة الإلكترونية حيث قرروا:

- توفير البيئة المناسبة لنشر التجارة الإلكترونية بإصدار السياسات والتشريعات اللازمة وتعزيز الآليات الإقليمية لزيادة التبادل التجاري إلكترونياً بين البلدان العربية، وإزالة العوائق التي تعوق تدفق التعاملات التجارية.
- إقامة مؤسسات إقليمية مخولة بسلطة توثيق التوقيع الإلكتروني كأساس للتجارة الإلكترونية.
- توازن العمل في نشر التجارة الإلكترونية مع تحسين خدمات النقل والشحن وغيره لتسهيل حركة البضائع ما بين البلدان العربية.

- تبني تشريعات موحدة لحماية حقوق المستهلكين والمنتجين وإرساء آليات فض المنازعات، للمزيد من المعلومات يمكن الإطلاع على: إعلان القاهرة، الوثيقة العربية، نحو مجتمع معلومات عربي، خطة العمل المشترك، القاهرة في 18 يونيو "حزيران" 2003. وهو متاح على الموقع التالي:

www.itu.int/wsis/docs/cairo/dec/aration-ar.doc

كما سيسمح هذا القانون، بترسيخ المبادئ العامة المتعلقة بنشاط التوقيع والتصديق الإلكترونيين في الجزائر، وسيشكل العنصر القانوني الذي سيتم فيما بعد بعناصر أخرى لازمة للإدارة الإلكترونية والتجارة الإلكترونية والبنوك الإلكترونية، كل هذا من أجل تسهيل الحياة اليومية للمواطن ونشاط المؤسسات، وكذا جميع المتدخلين في المجالات الاجتماعية والاقتصادية.

ويشمل القانون 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين على 82 مادة، مقسم إلى أربعة أبواب على الشكل التالي:

- الباب الأول من القانون خاص بالأحكام العامة، يتضمن تحديد الموضوع، والتعريفات الخاصة بالمصطلحات المستعملة والمبادئ العامة التي تسيّر نشاط التوقيع والتصديق الإلكتروني، ويلتزم بموجب أحكام هذا الباب كل المتدخلين بضرورة تخزين المعطيات المتعلقة بالتصديق الإلكتروني داخل التراب الوطني.

- الباب الثاني من القانون رقم 04-15 فقد خصص للتوقيع الإلكتروني الذي يتضمن سلامة المعطيات، وهوية الأطراف ووظيفته ومعايير تطابقه مع الإمضاء الخطي، كما يتضمن كذلك المتطلبات التي يجب توفرها في أجهزة الإنشاء والتحقق، من التوقيع الإلكتروني لضمان أمن هذه الأخيرة.

- الباب الثالث من القانون قد خصص للتصديق الإلكتروني، الذي يبدأ بتحديد المتطلبات الواجب توفرها في المصادقة الإلكترونية، المسماة -المؤهلة- ويصف التنظيم المعتمد المتمثل في إحداث سلطة وطنية للتصديق الإلكتروني تأطر سلطتين فرعيتين حكومية واقتصادية.

- أما الباب الرابع من القانون فيحدد العقوبات المالية والإدارية، التي تطبق في حالة إخلال المؤدي بالتزاماته، وكذا العقوبات الجزائية في حالة الإخلال بأحكام هذا النص.
- في حين يتضمن الباب الخامس من هذا القانون أحكام انتقالية، ضرورية للتكفل بالكيانات العاملة حالياً في هذا المجال، ودمجها تدريجياً في النظام الجديد كالضمان الاجتماعي والبنوك.

المبحث الثاني

عقود التجارة الإلكترونية

تتم عقود التجارة الإلكترونية عبر وسائل الاتصال الحديثة وبالأخص شبكة الإنترنت⁽²¹⁹⁾، وهي لا تختلف كثيراً عن التجارة التقليدية، إلا من حيث وسيلة مباشرتها وبصفة خاصة الطريقة التي تتعقد بها العقود وطريقة تنفيذها، وبالتالي فإن عقود التجارة الإلكترونية في حقيقتها ما هي إلا عقود عادية، اكتسبت الطابع الإلكتروني من الطريقة التي تتعقد بها أو الوسيلة التي يتم إبرامها من خلالها والتي هي في الغالب شبكة الإنترنت.

تحتاج عقود التجارة الإلكترونية أن تحكم بالقوانين الجديدة للتجارة الإلكترونية التي طورت، كمفهوم التعاقد ليشمل النشاطات التجارية الجديدة التي تنشأ في البيئة الإلكترونية⁽²²⁰⁾، ولكن هذا لا يعني أن القوانين التقليدية لم تعد قادرة للتصدي لمثل هذا النوع

⁽²¹⁹⁾ يعتبر العقد الإلكتروني الشريان الحيوي للتجارة الإلكترونية يتم من خلال عملية ترويج وتبادل السلع والخدمات وإبرام العقود من خلال تلك الوسائط الإلكترونية، فالعقود الإلكترونية هي العقود التي تتم عبر الوسائل والآلات التي تعمل عن طريق الإلكترون، ومن آخرها وأهمها التعاقد بطريق الإنترنت، راجع في ذلك: عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص 133، أحمد عبد الكريم سلامة، "حماية المستهلك في العقود الدولية الإلكترونية (وفق مناهج القانون الدولي الخاص)"، بحث منشور على الموقع التالي:

www.arablawninfo.com

⁽²²⁰⁾ ROCHFELD Judith, « Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation », Revue des contrats, n° 4, 01 octobre 2004, p.915.

من العقود، التي تخضع في تنظيمها للأحكام الواردة في النظرية العامة للعقد⁽²²¹⁾، وهي من العقود غير المسماة بحكم أن المشرع الجزائري لم يضع لها تنظيماً خاصاً.

ولدراسة هذا النوع الجديد من العقود التي تتم على الشبكة، لابد من تعريفها وتحديد خصائصها وتمييزها عن غيرها من العقود الأخرى.

المطلب الأول

مفهوم عقود التجارة الإلكترونية

يتطلب العقد الإلكتروني لانعقاده ما يتطلبه أي عقد آخر من حيث توافر الإيجاب والقبول، والمحل والسبب والتمن وجميع شروط تحديد المسؤولية المتعلقة بالمتعاقدين⁽²²²⁾، غير أنه بالنظر إلى أن هذا العقد يتم وفقاً لتقنيات الاتصال الحديثة، وخاصة لذلك مما يتطلب الثقة والاتفاق بين الأطراف بحيث يتلاقى فيه الإيجاب والقبول، عبر إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها⁽²²³⁾، ويتم كل ذلك عن طريق إبرام العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، بالدخول مثلاً إلى موقع الويب من قبل المستخدم أو عبر تقنية البريد الإلكتروني أو غرف المحادثة، وهذا يعني أن أنواع العقود الإلكترونية تتعدد بتعدد أطرافها وتعدد وسائل الاتصال وتطورها، ولا يمكن حصر العقود الإلكترونية بأنواع محددة وجامدة، غير أن التعامل المتطور وأولويات المستخدمين فرضت أنواعاً ومجموعات من العقود الإلكترونية. وهذا ما يستدعي الوقوف عند تعريف عقود التجارة الإلكترونية، وبيان خصائصها وصورها.

(221) أحمد راتب عبد الدائم، "منصور عبد السلام الصرايرة، التعاقد بطريق الحاسوب: دراسة في التشريع السوري والأردني"، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، العدد 5، المجلد 23، جامعة مؤتة، عمان، 2008، ص 57.

(222) رضا متولي وهادان، "النظام القانوني للعقد الإلكتروني"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد الثاني والأربعون، جامعة عين الشمس، القاهرة، أكتوبر 2007، ص 44.

(223) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد "مصادر الالتزام" الطبعة الثالثة، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 232.

الفرع الأول

تعريف عقود التجارة الإلكترونية

وضع الفقه القانوني وبعض التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية عدة تعريفات لعقود التجارة الإلكترونية، وذلك من خلال تحليل التجربة العملية للتجارة الإلكترونية مع التركيز في ذلك على الخصوصية الفريدة، لهذه العقود والتي تتمثل بصفة أساسية في الوسيلة التي تتعقد بها، لذا سنستعرض بعض التعريفات الفقهية لعقود التجارة الإلكترونية ثم نتعرض لبعض التشريعات التي قدمت تعريفاً لمثل هذه العقود.

أولاً: تعريف العقود الإلكترونية وفقاً للفقه

يرى بعض الفقه أن عقود التجارة الإلكترونية عبارة عن إبرام الصفقات التجارية أو الأنشطة الخاصة بالأعمال التجارية، وذلك من خلال الوسائل الإلكترونية، وعلى ذلك فإنها يمكن أن تشمل على تبادل البضائع أو الخدمات أو المعاملات المصرفية أو غيرها⁽²²⁴⁾، بين شخصين أو أكثر أو كيانين تجاريين، يستخدمان الوسائل الإلكترونية أو هي العقود التي يتم إبرامها وتنفيذها - إذا كان محل العقد يسمح بذلك - باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات⁽²²⁵⁾.

فقد عرفها جانب من الفقه بأنها "الاتفاق الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل"⁽²²⁶⁾. ويؤخذ على هذا التعريف أنه جاء منقوصاً إذ أنه لم يبين النتيجة المترتبة على النقاء القبول بالإيجاب، وهي إحداث أثر قانوني وإنشاء التزامات تعاقدية، وكما

⁽²²⁴⁾ HALLOUIN Jean-Claude et CAUSSE Hervé, « Le contrat électronique au coeur du commerce électronique, le droit de la distribution, droit commun ou droit special? », Collection de la faculté de droit et de science sociale, université de Poitiers, 2005, p.34.

⁽²²⁵⁾ LE TOURNEAU Philippe, « La notion de contrat électronique, les deuxièmes journées internationales du droit du commerce électronique », Colloque de nice des 6 et 7 novembre 2003, p.6.

⁽²²⁶⁾ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر للإنترنت، مرجع سابق، ص 39.

أن عقود التجارة الإلكترونية هي عبارة عن عقود مبرمة بشكل غير شخصي عبر شبكة الإنترنت، وعلى الرغم من أن إبرام هذا العقد يتم بشكل ميكانيكي، إلا أنه يظل من الضروري الحفاظ على الشكليات التي يتطلبها القانون.

في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريف عقود التجارة الإلكترونية بالاعتماد على معيار الصفة الدولية، وذلك بوصفه ذات طابع دولي وجاء التعريف كما يلي "العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات التي يعبر عنها بالوسائط التكنولوجية المتعددة، خصوصاً شبكة المعلومات الدولية الإنترنت، من جانب أشخاص متواجدين في دولة أو دول مختلفة بقبول يمكن التعبير عنه من خلال ذات الوسائط من أشخاص في دول أخرى، وذلك بالتفاعل بينهم من أجل إشباع حاجاتهم المتبادلة بإتمام العقد"⁽²²⁷⁾.

يعرف كذلك بعض الفقه عقود التجارة الإلكترونية بأنها "مجموع المبادلات الرقمية المرتبطة بالأنشطة التجارية بين المشروعات، أو بين المشروعات والأفراد أو بين المشروعات والإدارة ويتميز بإلغاء المسافات الجغرافية واختصار الوقت"⁽²²⁸⁾. وقد استند الفقه في هذا التعريف إلى صفة أطراف العلاقة القانونية، لكن العقد الإلكتروني الذي يقع في مجال التجارة من حيث الموضوع والأطراف، يشمل أيضاً صور الاتفاقات المتداولة الآن في أواسط التجارة الإلكترونية، كاتفاقية التبادل الإلكتروني للبيانات⁽²²⁹⁾.

اتجه البعض الآخر من الفقه إلى تعريف عقود التجارة الإلكترونية بأنها "توافق إرادتين، فإن هذا التوافق أو التلاقي يتم عبر الشبكة الدولية للاتصالات عن بعد بوسيلة مسموعة ومرئية"⁽²³⁰⁾. واضح من هذا التعريف أن العقد يتم بين أطراف متباعدين لا

(227) أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 68.

(228) عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص 139.

(229) هادي مسلم يونس البشكاني، مرجع سابق، ص 146.

(230) محمد المرسى زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية "العقد الإلكتروني - الإثبات الإلكتروني - المستهلك الإلكتروني"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 29.

يجمعهم مجلس واحد، كما في العقد التقليدي، فإنهم متباعدون مكانا متقاربون زمانا لا يتوافر لهم الالتقاء المادي المحسوس⁽²³¹⁾، وتشمل عملية التعاقد الإلكتروني بخلاف الإيجاب والقبول الإلكتروني، على العديد من المعاملات الإلكترونية، مثل العروض والإعلان عن السلع والخدمات، وطلبات الشراء الإلكترونية، والفواتير الإلكترونية، وأوامر الدفع الإلكترونية⁽²³²⁾.

يبقى العقد في اصطلاح فقهاء القانون مصدر للالتزام، ويعني توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، أيا كان هذا الأثر القانوني، وذلك بسبب انتشار التعاقدات التجارية الإلكترونية وما يترتب عليها من إلغاء الحدود والحواجز بين الدول.

ثانيا: تعريف العقود الإلكترونية وفقا للقوانين المقارنة

توجد بعض التشريعات المقارنة التي تعرضت لتعريف عقود التجارة الإلكترونية بصفة غير مباشر وصريحة، فهي تبين أن هذه العقود ما هي إلا رسالة بيانات أو سجل أو وثيقة، يتم إبرامها بين الأطراف من خلال وسيلة إلكترونية أقرها القانون.

عرف العقد الإلكتروني في المادة 1/2 من التوجيه الأوروبي⁽²³³⁾ رقم 97/7/CE الصادر في 1997/5/20 والمتعلق بحماية المستهلك في مجال العقود المبرمة عن بعد، على أنه " كل عقد يتعلق بسلع وخدمات ينشأ بين المورد ومستهلك في إطار بيع أو تقديم خدمات عن بعد موضوع من قبل المورد الذي يستعمل تحديدا تقنية اتصال عن بعد أو أكثر لغاية إبرام العقد بما في ذلك إنشاء العقد في حد ذاته".

⁽²³¹⁾ محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 30.

⁽²³²⁾ خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 74.

⁽²³³⁾ Article 2,1) directive 97/7/CE : « Tout contrat concernant des biens ou services conclu entre un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseur, qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs technique de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même. »

يلاحظ أن هذه المادة لم تقدم تعريف عقود التجارة الإلكترونية، وإنما أشارت لتعريف العقد عن بعد، ومن المعلوم أن عقود الشبكة تنتمي لطائفة العقود التي تبرم عن بعد، كما أنها تحصر عقود التجارة الإلكترونية بعقود الاستهلاك، وهي العقود التي يكون أحد أطرافها مستهلكا، وبالتالي فإن هذا التعريف لا يعطي تصورا عاما عن عقود التجارة الإلكترونية.

جاء في المادة L.121-16 من قانون الاستهلاك الفرنسي تعريف للعقود المبرمة عن بعد بأنها "تلك العقود التي يتم إبرامها عن بعد، أي من خلال تقنية تسمح للمستهلك بطلب منتج أو خدمة وذلك في الأماكن المعتادة لاستقبال المستهلكين أو العملاء"⁽²³⁴⁾.

أما قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي⁽²³⁵⁾، فقد عرف المعاملات الإلكترونية بأنها "أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي عن طريق إرسال واستلام الرسائل الإلكترونية". يتضح من هذا التعريف أن المشرع الإماراتي لم يعرف العقد عبر شبكة الإنترنت وإنما عرف المبادلات الإلكترونية، التي اعتبرها تشمل العقد واتفاقية التعامل الذي يتم إبرام أي منهم أو تنفيذه بشكل كلي أو جزئي عن طريق إرسال الرسائل الإلكترونية واستلامها⁽²³⁶⁾.

عرفه المشرع الأردني، في المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2000 بأنه "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً"⁽²³⁷⁾. ويمكن القول أن هذا التعريف جاء جامعاً لكل التصرفات التي يمكن أن تبرم بالوسائل الإلكترونية، ولم

⁽²³⁴⁾Article L. 121-16, code de la consommation : « Toute vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue, sans la présence physique simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance ».

⁽²³⁵⁾ قانون رقم 2 لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، صادر في دبي بتاريخ 12 فبراير/شباط 2002، دولة الإمارات العربية المتحدة.

⁽²³⁶⁾ صفوان حمزة إبراهيم عيسى، الأحكام القانونية للتجارة الإلكترونية "دراسة مقارنة" دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 28.

⁽²³⁷⁾ شحاته غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 32.

يحصّر العقد الإلكتروني بنوع من العقود كعقد البيع أو الإيجار أو غيرها من العقود، ولم يحدّد هذا التعريف كذلك الوسائل المستخدمة في إبرام العقود الإلكترونية، بل تركها دون تحديد لتشمل كافة الوسائل الإلكترونية والتي من بينها شبكة الإنترنت⁽²³⁸⁾، ولم يشترط في التعريف أن تتم مراحل العقود الإلكترونية إلكترونياً، وإنما يكفي أن يتم الإيجاب فقط أو القبول فقط بوسائل إلكترونية لاعتبار هذا التصرف عقد إلكتروني.

لم يرد في التشريع الجزائري أي تعريف لعقود التجارة الإلكترونية، بل أورد ضمن أحكام القانون المدني النص على حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات، والمقصود بالكتابة في هذا المقام ليس أية كتابة بل المقصود منها أن تكون كتابة ينصب مضمونها على محتوى الاتفاق الذي تم بين أطراف العقد.

سنحاول الوصول إلى تعريف محدد للعقد الإلكتروني منطلقين من تعريف العقد بشكل عام، وبالرجوع إلى التعريف العادي للعقد الوارد في المادة 54 ق م ج الذي نص على أن "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما". وحسب تقسيم العقود بشكل عام في النظرية العامة للعقود، إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة⁽²³⁹⁾، فالعقود المسماة هي التي ورد لها اسم في القانون المدني أو قانون العمل أو غيرها من القوانين، وكان لها تنظيم خاص في هذه القوانين كعقد البيع و الإيجار وغيرها، في حين أن العقود غير المسماة هي التي لم يرد لها ذكر في القانون المدني أو غيره ولم يكن لها تنظيم خاص بها⁽²⁴⁰⁾، وعليه فإن العقد الإلكتروني يعتبر عقد غير مسمي.

⁽²³⁸⁾ مصطفى موسى العجاردة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص 60.

⁽²³⁹⁾ سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، (د. س. ن)، ص 5.

⁽²⁴⁰⁾ LE TOURNEAU Philippe, op cit, p.5.

في حقيقة الأمر أن المشرع عندما يضع تنظيمًا لعقد ما فهو يضع الجوانب الموضوعية لهذا العقد بالذات، والذي يختلف عن غيره من العقود من النواحي الموضوعية، أما طريقة إ فراغ هذا العقد أو كيفية التقاء الإيجاب الصادر، من أحد المتعاقدين وقبول المتعاقد الآخر له، على وجه يثبت أثره على المعقود عليه فقد يتم في عدة أشكال، فقد يتم التراضي شفاهة، وقد يتم التراضي كتابة، وقد يتم بالإشارة، أو غيرها من طرق التعبير عن الإرادة⁽²⁴¹⁾.

من هنا فإن العقد الإلكتروني هو شكل من أشكال التعبير عن الإرادة تتم لا بالكتابة التقليدية أو بالإشارة المتداولة عرفاً، وإنما هو عقد يتم إبرامه بوسائل إلكترونية، لذلك فإن تنظيم المشرع للعقد الإلكتروني لا يعني أنه أصبح عقداً مسمى، لأن العقد الإلكتروني قد يكون عقد بيع، أو عقد مقاوله، أو عقد إيجار، أو غير ذلك⁽²⁴²⁾. إلا أنه في حالة تنظيم المشرع له ووضع قواعد خاصة به يعني أننا علينا الأخذ بهذه القواعد الخاصة⁽²⁴³⁾، وربطها بالقواعد الأخرى للعقود المسماة⁽²⁴⁴⁾، بمعنى آخر فإذا ما كان هناك عقد بيع إلكتروني فإننا سنطبق القواعد الواردة في العقد الإلكتروني، والقواعد الواردة في عقد البيع، إلا إذا تعارضت القواعد الواردة في العقد الإلكتروني مع القواعد الواردة في عقد البيع، فإنه سيتم تطبيق القواعد الخاصة بالعقد الإلكتروني ذلك أن هذا التنظيم خاص والخاص يقيد العام.

مما تقدم يمكن أن نعرف من جانبنا عقود التجارة الإلكترونية بأنها " العقود التي يتلاقى فيها الإيجاب بالقبول وتبادل البيانات بطريقة إلكترونية، بين الأطراف المتعاقدين بصفة كلية أو جزئية بقصد إنشاء التزامات تعاقدية".

⁽²⁴¹⁾ تنص المادة 60 ق م ج على مايلي: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك على مقصود صاحبه."

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً."

⁽²⁴²⁾ CASTETS-RENARD Céline, « Le formalisme du contrat électronique ou la confiance décrétee », Répertoire du notariat déférions, n° 20, 30 octobre 2006, p.1529.

⁽²⁴³⁾ HALLOUIN Jean-Claude et CAUSSE Hervé, op cit, p.916.

⁽²⁴⁴⁾ محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 26.

الفرع الثاني

خصائص عقود التجارة الإلكترونية

يتميز العقد الإلكتروني بعدة خصائص يمكن الكشف عنها بالنظر إلى الطبيعة الخاصة لوسيلة انعقاده، ومن أهم هذه الخصائص نذكر ما يلي:

أولاً: العقد الإلكتروني من العقود المبرمة عن بعد

هذا النوع من العقود يتم إبرامه بين طرفين لا يلتقيان وجها لوجه في لحظة التقاء إرادتيهما، إذ بفعل شبكة الإنترنت يمكن لأطراف العقد أن يجتمعا، في مجلس عقد حكمي حتى وإن كان أحدهما في نقطة جغرافية على الكرة الأرضية، والآخر في نقطة أخرى يحتاج الوصول إليها ساعات أو أيام⁽²⁴⁵⁾.

تنتمي العقود التي تبرم دون الحضور المادي المتعاصر للمتعاقدين - والتي تسمى كذلك بالتعاقد بين الغائبين - إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد، من ثم وجب أن يحترم القواعد الخاصة بها⁽²⁴⁶⁾، حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول الإلكتروني عبر الإنترنت فيجمعهم بذلك مجلس عقد حكمي افتراضي، ولذلك فهو عقد فوري متعاصر، في بعض الأحيان وليس بصفة مطلقة، حيث يمكن أن يكون العقد الإلكتروني غير متعاصر أي أن الإيجاب غير معاصر للقبول⁽²⁴⁷⁾.

يشترك العقد الإلكتروني في صفة الإبرام عن بعد مع بعض العقود مثل التعاقد بالتليفون أو التليفزيون، لكنه يتميز عن تلك العقود بتلاقي الأطراف - في بعض الأحيان - بصورة مسموعة مرئية عبر شبكة الإنترنت. والواقع أن التعاقد عن بعد لم يعد قاصرا على

(245) عمر خالد الزريقات، مرجع سابق، ص 67.

(246) GEOFFRAY Brunaux, Le contrat à distance au xxie siècle, éd Lex tenso, 2010, p 227.

(247) محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص 59.

بيوع المسافات بحيث يعتبر ضمن صور التعاقد عن بعد، البيع بالمراسلة بمعناه الضيق وصولاً إلى البيع عبر الإنترنت، فالعقد الأخير صورة من صور التعاقد عن بعد، والذي يسمح بإضافة هذا الوصف على هذا النوع من التعامل، وذلك بصرف النظر عما إذا كان يتم عن بعد كذلك أم لا (248).

ثانياً: تصور حدوث مجلس افتراضي متعاصر في بعض الفروض

يتم ذلك بصدور الإيجاب واقتران العرض به بطريق سمعي بصري عبر شبكة الإنترنت، وبالتفاعل بين طرفين لا يجمعهما مجلس واحد حكمي افتراضي، وهنا يدخل العقد الإلكتروني في دائرة العقود التي تتم بين حاضرين في الزمان.

يقصد بالاتصال المرئي المسموع كل اتصال عن بعد يضع تحت تصرف الجمهور علامات أو إشارات أو كتابة أو صور أو أصوات أو رسائل، ليس لها صفة الرسالة الخاصة حيث تثبت لهذه الطريقة صفة الاتصال العام، أي أنه موجه للجمهور وتسمح هذه السمة بتمييز عقود التجارة الإلكترونية عن التعاقد بالتليفون، والذي له صفة الرسالة الخاصة، فهذا المجلس الافتراضي يتم من خلال التفاعل فيما بين المتعاقدين (249).

والمقصود بالتفاعل هو إمكانية التبادل بين مستعمل نظام المعلومات، والآلة بواسطة نهاية طرفية متصلة بشاشة للرؤية، وتسمح صفة التفاعلية بتسليم بعض الأشياء وأداء بعض الخدمات فوراً على الشبكة، مثل الحصول على معلومات معينة أو برامج الحاسب، كما تسمح من ناحية أخرى بالوفاء على الخط أو الشبكة الذي يمكن أن يكون فوراً أيضاً (250).

(248) DUKAY Bernadett, op cit, p.p.77-78.

(249) أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 38.

(250) MAS Florence, La conclusion des contrats du commerce électronique, éd L.G.D.J, 2005, p 69.

ثالثاً: عقود التجارة الإلكترونية عقود دولية

يرى بعض الفقه أن تحديد معيار العقد الدولي، يعتبر دولياً لمجرد أن أحد أطرافه يتمتع بجنسية دولة أجنبية أو يتوطن في الخارج، أو لأنه أبرم في دولة أجنبية أو كان من المقرر أن ينشئ بعض الالتزامات في الخارج⁽²⁵¹⁾، حيث استقر الفقه على أن العلاقات التعاقدية شأنها شأن سائر العلاقات، تعتبر ذات طابع دولي بمجرد تطرق الصفة الأجنبية إلى أي من عناصرها⁽²⁵²⁾، وبالتالي يعتبر عقداً دولياً كل عقد يتصل بعملية اقتصادية⁽²⁵³⁾ تتضمن حركة للأموال والخدمات أو بمدفوعات، عبر الشبكة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، ذلك لأن الطابع العالمي لشبكة الإنترنت وما يترتب من جعل معظم دول العالم⁽²⁵⁴⁾، في حالة اتصال دائم على الخط (en ligne)، يسهل العقد بين طرف في دولة والطرف الآخر في دولة أخرى⁽²⁵⁵⁾.

يمكن القول أن العقد الإلكتروني قد أصبح اليوم عقد يتعدى الحدود السياسية والجغرافية للدول، إلى إقليم وقانون دولة أخرى وذلك راجع إلى أنه يتم على شبكات الإنترنت الدولية، تربط كل متعاقد بآخر ولو كان خارج إقليم دولة كل منهما. إن مثل هذا الأسلوب التعاقدية وما يثيره من إشكالات قانونية مختلفة، لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد أي لحظة تحقق التلاقي بين إرادتي المتعاقدين، وذلك بالنظر لما يتوقف على هذا التحديد من أعمال الكثير من القواعد القانونية⁽²⁵⁶⁾.

(251) عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص 70-71.

(252) أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري "تنازع القوانين"، دار هوم، الجزائر، 2002، ص 302.

(253) أحمد الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد الرابع، في الفترة من 10-12 مايو 2003، ص 1646.

(254) MAYER Pierre, « Actualité du contrat international », Les petites affiches, n° 90, 5 mai 2000, p.59.

(255) BOCHURBERG Lionel, Internet et commerce électronique, 2^{ème} édition, éd Delmas, 2001, p.131.

(256) GEOFFRAY Brunaux, op cit, p.234.

تعتبر عقود التجارة الإلكترونية عقوداً دولية لارتباطها بمصالح التجارة الدولية وبالتالي فإن العقد الإلكتروني، يؤدي إلى تحريك للأموال عبر الحدود أو تعدي نطاق الاقتصاد الوطني، إلا أنه قد يتم إبرام عقد إلكتروني غير دولي، بين أشخاص يحملون جنسية نفس الدولة، ومقيمين داخل نفس الدولة أو أن هذا العقد أبرم ونفذ في نفس الدولة، وعليه يغلب على هذه العقود الإلكترونية أنها لها الصفة الدولية المتعدية حدود الدولة، إلا أن ذلك ليس شأن كل عقد إلكتروني الذي قد ينظم علاقة دولية ذات عنصر أجنبي، وقد ينظم علاقة وطنية ينتفي فيها كل عنصر أجنبي⁽²⁵⁷⁾.

يتضح لنا مما سبق أن العقد الإلكتروني له بعض السمات، وخاصة معاصرة الإيجاب للقبول من الناحية الزمنية وهو نوع جديد من العقود، له خصوصيته كونه يتم عقده من خلال شبكة الإنترنت.

رابعاً: عقود التجارة الإلكترونية الدولية تتسم بالطابع التجاري

لاشك أن الطابع التجاري للعقود الإلكترونية يعتبر واسع النطاق في تسيير الأعمال والمشروعات، لكل من المستهلكين وموردي المنتجات والخدمات، لذا يطلق عليها عقود التجارة الإلكترونية⁽²⁵⁸⁾، والتي تتمثل في ممارسة الأعمال التجارية بوسيلة إلكترونية على سبيل الاعتياد أو الاستعمال الأمثل لكافة أنواع تكنولوجيا الاتصالات المتاحة من أجل تنمية النشاط التجاري للمشروعات⁽²⁵⁹⁾.

غالباً ما تتم تلك العقود بين التجار حيث يستأثر البيع التجاري بالجانب الأكبر من مجمل هذه العقود، ويمكن أن نصف العقود التي يبرمها المستهلكون بالصفة التجارية من

(257) أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 45، مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص 102.
(258) إلياس ناصف، العقود الدولية العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 43.

(259) عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الإنترنت، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 56.

جهة مقدم السلعة أو الخدمة على الأقل، والذي غالبا ما يكون تاجرا، ومنه يمكن أن تعتبر العقود الإلكترونية من قبيل عقود الاستهلاك⁽²⁶⁰⁾، والتي في حقيقتها عبارة عن عقود عادية يبرمها الأشخاص العاديون مع التجار، ويهدف إلى إشباع حاجاتهم الشخصية، ولكن نظرا لأن المستهلك في العقد الإلكتروني ليس لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة السلعة ومعرفة أوصافها، خاصة مع سبل الدعاية والإعلان الخادعة، والمفروضة في الكثير من الأحيان ويشترط على المدعي -المستهلك الإلكتروني- أن يثبت أن الاعتماد على المعلومات المتصلة بالعقد كان أساسيا، فإنه يجب أن يتمتع المستهلك الإلكتروني بحق العدول والرجوع عنه⁽²⁶¹⁾.

يجب الإشارة إلى أن عقود التجارة الإلكترونية لا تقتصر في حقيقتها على عقود معينة دون الأخرى، فلا تقتصر على المعاملات المدنية أو التجارية أو انتقال السلع والخدمات، وإنما يمكن تصور عقود عديدة يمكن إفراغها وإبرامها إلكترونيا⁽²⁶²⁾.

نستطيع القول بالنظر إلى الخصائص السابقة أن الخاصية الأساسية لعقود التجارة الإلكترونية، هي من العقود التي تبرم عن بعد، بوسائل إلكترونية وأنها تستوعب كافة أنواع العقود.

الفرع الثالث

صور عقود التجارة الإلكترونية وتمييزها عن بعض العقود الأخرى

سنحاول أن نستعرض بعض صور التعاقد الإلكتروني التي تتم من خلال بعض الأجهزة الحديثة، لتكون عوناً لنا في تمييز العقد الإلكتروني عن العقود المحيطة به في البيئة

⁽²⁶⁰⁾ عادل حسن علي، "الإطار القانوني لعقود المعاملات الإلكترونية"، مجلة مركز بحوث الشرطة، العدد الثاني والثلاثون، الجزء الأول، أكاديمية الشرطة، القاهرة، يوليو 2007، ص 333.

⁽²⁶¹⁾ FENOUILLET Dominique, « Commerce électronique et droit de la consommation : une rencontre incertaine », Revue des contrats, n° 4, 01 octobre 2004, pp.957-958.

⁽²⁶²⁾ عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص 79، عبد الباسط جاسم محمد، مرجع سابق، ص ص 54-55.

الإلكترونية، التي يمكن أن تظهر للبعض بأنها عقود إلكترونية في حين أنها ليست كذلك، وسوف نقوم بإلقاء الضوء على بعض هذه العقود في محاولة للتمييز بينها وبين عقود التجارة الإلكترونية.

أولاً: صور عقود التجارة الإلكترونية

يمكن تصور التعاقد الإلكتروني بعدة صور ومن خلال عدة وسائل اتصال، التي يمكن تقسيمها إلى وسائل تقليدية ظهرت منذ عدة سنين وأخرى أكثر حداثة.

1- وسائل الاتصال التقليدية المستخدمة في إبرام عقود التجارة الإلكترونية

ظهرت هذه الوسائل منذ عشرات السنين، واستخدمت في التجارة الدولية على نطاق واسع من جانب التجار والأفراد على حد سواء، وقد أصبحت هذه الوسائل شبه تقليدية بالمقارنة بالوسائل التي ظهرت حديثاً.

أ- التلكس

يعتبر التلكس وسيلة تكنولوجية لنقل المعلومات وخاصة في التجارة الدولية، وهو عبارة عن استعمال آلتين كاتبتين متصلتين عبر جهاز اتصال عام، يقوم بإرسال رسالة إلكترونية عبر تلك الأجهزة المرتبطة ببعضها ببعض⁽²⁶³⁾، فعملية الاتصال به تتم من خلال جهازين مرتبطين بوحدة تحكم دولي، ينقل كل واحد منها إلى الآخر المعلومات المكتوبة على شبكة خاصة مراقبة من مركز رئيسي للاتصالات، وسيط ومحاييد يحدد هوية المتراسلين⁽²⁶⁴⁾، فترسل الرسالة الإلكترونية من نهاية طرفية لمبرقة أو طابعة (Terminal Teleprinter) وتسلم إلى أخرى، فتقوم هذه الآلة الملتقطة بطباعة الرسالة المستلمة على

⁽²⁶³⁾ عادل حسن علي، "حجية رسائل البيانات الإلكترونية في المواد المدنية"، (الجزء الثاني)، العدد الثلاثون، مجلة مركز بحوث الشرطة، الشارقة، يوليو 2006، ص 280.

⁽²⁶⁴⁾ إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 82.

الورقة، ويدون في آخر رسالة التلكس بيانات خاصة برقم الكود الخاص بالتلكس المرسل وكذلك يوم الإصدار وساعته، وتفيد هذه البيانات في بيان مصدر هذه الرسالة⁽²⁶⁵⁾. ويمكن للمشارك الاتصال بجميع أنحاء العالم، وهو جالس في مكتبه من خلال جهاز التلكس المرتبط بوحدة تحكم خاصة به، دون حاجة إلى الانتقال إلى مكان آخر، ودون وجود احتمال تسرب المعلومات فضلا عن قدرته على اختصار الوقت وتحقيق قدر من السرعة.

ب- الفاكس

هو جهاز استتساخ بالهاتف، ويمكن به نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبوعة بكامل محتوياتها كأصلها، وتسلمها عن طريق شبكة الهاتف المركزي أو عن طريق الأقمار الصناعية⁽²⁶⁶⁾، ويمكن استخدامه داخل المدينة أو خارجها أو بين دول العالم، ويتم إرسال المستندات وتسلمها، عن طريق استخدام رقم هاتف المستلم المرسل إليه (المحلي أو الدولي)، الذي لديه حيازة الجهاز نفسه ويتم تسليم الرسائل والمستندات، بنسخة أو صورة كأصلها بسرعة قياسية لا تزيد عن بضعة ثواني⁽²⁶⁷⁾.

يلاحظ قلة استخدام الفاكس في إبرام العقود من قبل الأفراد وانحصر استخدامه بين التجار فقط، وذلك بسبب ارتفاع تكاليف إبرام العقود عند استعمال هذه الوسيلة.

ج- التلفزيون

من المتصور أن يتم التعاقد عن طريق التلفزيون أو الراديو، ذلك إذا كان هناك إيجاب موجه عن طريق التلفزيون⁽²⁶⁸⁾، غير أن جانب من الفقه يرى أن العروض التي تقدم عن طريق التلفزيون هي مجرد دعوة إلى التعاقد، في حين يذهب جانب آخر من الفقه إلى

(265) هالة جمال الدين محمد محمود، مرجع سابق، ص 107.

(266) محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص 15.

(267) عادل حسن علي، "حجية رسائل البيانات الإلكترونية في المواد المدنية"، مرجع سابق، ص 281.

(268) إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 85.

أنه في حال عرض شخص من خلال التلفزيون والراديو، عرضا خاصا لبيع شيء معين أو إيجاره، وبين الشروط الخاصة به، والمواصفات الموضحة والمبينة له بشكل واضح يزيل الجهالة عنه، فإن هذا الإيجاب يكون صحيحا، ويبقى قائما إلى أن يتقدم شخص آخر فيقبل المبيع وحينئذ يتم العقد⁽²⁶⁹⁾.

تقوم في العادة القنوات التلفزيونية التجارية بعرض السلع ومميزاتها وأثمانها ويستلزم هنا إبرام العقد، الاتصال بالأرقام الموجودة على الشاشة أو البريد الإلكتروني الظاهر، ويلاحظ أن هذا النوع من العروض على التلفزيون يرفع من تكلفة السلع، لأن تكاليف الدعاية تكون مرتفعة في القنوات التلفزيونية.

2- وسائل الاتصال الحديثة المستخدمة في إبرام عقود التجارة الإلكترونية

يعد الإنترنت من أحدث الصور في التعاقد عبر وسائل الاتصالات الحديثة، فقد صار ينظر للإنترنت على نحو واسع، بأنه أسرع ظاهرة اتصالية متنامية بين كل الوسائل في كل العصور، ويمكن تصور حدوث عدة صور للتعاقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت على النحو التالي:

أ- إبرام العقد الإلكتروني عن طريق البريد الإلكتروني

قد يتم إنشاء العقد عن طريق البريد الإلكتروني، وهو وسيلة للتفاوض والاتفاق على شروط العقد وإرسال البيانات والاتفاق على العقد، ومن أمثلة الشركات التي تقدم خدمة البريد الإلكتروني شركة (Hotmail)، وشركة (Yahoo)⁽²⁷⁰⁾، ويقوم البريد الإلكتروني بالعمل نفسه الذي يقوم به البريد العادي، كل ما هنالك أن جهاز الخادم لدى مقدم الخدمة يحل

⁽²⁶⁹⁾ GHAZOUANI Chiheb, op cit, p.142.

⁽²⁷⁰⁾ REBOUL PERRE et XARDEL Dominique, Le commerce électronique « Technique et enjeux », éd Eyrolles, Paris, 1997, p.91.

محل مكتب البريد، ويقوم حساب البريد الإلكتروني وهو عبارة عن مساحة على جهاز الخادم الإلكتروني، مقام صندوق البريد العادي وتتولى الإشارات الإلكترونية دور ساعي البريد في نقل الرسائل بين الخوادم المختلفة عبر الشبكة⁽²⁷¹⁾.

يعمل البريد الإلكتروني وفقا لبروتوكولات خاصة بالنقل والتوصيل وتبادل المعلومات منها: بروتوكول يسمى مزود إرسال البريد الإلكتروني، وهو مسؤول عن تنظيم عملية إرسال الرسائل ونقلها من حساب المرسل إلى الآخرين، وبروتوكول ثان يسمى مزود استقبال البريد الإلكتروني، وهو المسؤول عن تنظيم استقبال الرسائل من الآخرين، إلى البريد الشخصي وكذلك بروتوكول آخر يضمن وضوح وسهولة، قراءة الرسالة الإلكترونية والملفات الملحقة بها وتحتوى برامج البريد الإلكتروني اليوم هذه الوظائف مجتمعة⁽²⁷²⁾.

أما الرسالة الإلكترونية فتشبه الرسالة التقليدية في أن لها جزأين أساسيين: يتمثل الجزء الأول في مقدمة الرسالة، وتحتوي على اسم المرسل وعنوانه، واسم المرسل إليه أو المرسل إليهم وعناوينهم، وموضوع الرسالة وتاريخ الإرسال وساعة إرساله، أما الجزء الثاني فيتمثل في صلب الرسالة، ويحتوي على مضمون الرسالة ذاتها وفي النهاية قد تذيّل بتوقيع إلكتروني.

ويعد البريد الإلكتروني من أهم ما جاء به الإنترنت، فهو يتيح نقل الرسائل والملفات إلى شخص محدد يملك عنوانا افتراضيا على شبكة الإنترنت، ويستخدم بين التجار أو الأفراد، لوصول الرسالة بعد ثوان من إرسالها ويكون ذلك بدون أية تكلفة⁽²⁷³⁾.

تعددت التعريفات الفقهية والتشريعية للبريد الإلكتروني، فعرفه البعض من الفقه بأنه "مكنة التبادل غير المتزامن للرسائل بين أجهزة الحاسب الآلي". بينما ذهب البعض الآخر

(271) محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص 91.

(272) هالة جمال الدين محمد محمود، مرجع سابق، ص 115.

(273) GHAZOUANI Chiheb, op cit, p.139.

إلى تعريفه بأنه "طريقة تسمح بتبادل الرسائل المكتوبة بين الأجهزة المتصلة بشبكة الإنترنت"⁽²⁷⁴⁾.

من الجانب التشريعي، قد عرف المشرع الجزائري البريد الإلكتروني في المادة 2 فقرة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 98-257 يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الإنترنت وإستغلالها على أنه "خدمة تبادل رسائل إلكترونية بين المستعملين"⁽²⁷⁵⁾. كما عرفت المادة الأولى من القانون الفرنسي الصادر في 22 يونيو 2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي البريد الإلكتروني بأنه "كل رسالة، أيا كان شكلها نصية أو صوتية أو مصحوبة بصورة أو أصوات يتم إرسالها عبر شبكة عامة للاتصالات، ويتم تخزينها على أحد خوادم هذه الشبكة أو في المعدات الطرفية أو النهائية للمرسل إليه حتى يتمكن هذا الأخير من استعمالها."⁽²⁷⁶⁾ وفقا لهذين التعريفين المتقدمين، فإن البريد الإلكتروني يقوم بعملية نقل الرسائل والوثائق، من حاسب آلي إلى حاسب آلي عبر الإنترنت، وكذلك أيضا مجموعة الرسائل المتبادلة ذاتها أيا كان نوعها، سواء رسائل مكتوبة أو صور أو غيرها من الملفات التي يتم إرسالها مع الرسالة في صورة ملحقات.

الجدير بالذكر أن الكثير من التشريعات قد أقرت باستخدام البريد الإلكتروني للتعبير عن إرادة الأطراف، عند إبرامهم لعقود التجارة الإلكترونية حيث أرست مبدأ مساواة البريد الإلكتروني بالبريد التقليدي، إذا ما تم تعيين شخص المرسل والمرسل إليه وتم تأكيد استلام الرسالة الإلكترونية⁽²⁷⁷⁾.

⁽²⁷⁴⁾ عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص 219.

⁽²⁷⁵⁾ جريدة رسمية عدد 63، صادر بتاريخ 25 غشت 1998.

⁽²⁷⁶⁾ Article 1^{er} LCEN « On entend par courrier électronique tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère. »

⁽²⁷⁷⁾ GHAZOUANI Chiheb, op cit, p.139.

ب- إبرام العقد الإلكتروني عن طريق شبكة مواقع الويب (web)

يعرف الويب⁽²⁷⁸⁾ بأنه "عبارة عن كم هائل من المستندات المحفوظة في شبكة الإنترنت، والتي تتيح لأي شخص أو جهة الإطلاع على معلومات تخص جهات أخرى أو أشخاص آخرين، قاموا بوضعها بشكل متاح للعامة عن طريق أسلوب تكنولوجي تعلق عليه بالنص المحوري (Hypertexte)، والذي يقوم بتنظيم البيانات والمعلومات واستعادتها"⁽²⁷⁹⁾.

كما عرفة المشرع الجزائري في المادة 2 ققرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 98-257 مذكور أعلاه على أنه "خدمة تفاعلية للإطلاع أو احتواء صفحات متعددة الوسائط "Multimedia" (نصوص، رسوم بيانية، صوت أو صورة) موصولة بينها عن طريق صلات تسمى نصوص متعددة Hypertexte"⁽²⁸⁰⁾.

يمكن لكل شخص طبيعي أو معنوي أن يضع لنفسه موقع ويب دائما على شبكة الإنترنت، من خلاله يستطيع عرض الإعلان عن أي شيء يود تقديمه كمعلومة أو كعرض لإيجاب معين، حيث تقوم بعض خوادم الويب بعرض منتجات وتقديم خدمات، لجمهور كبير من المستعملين للإنترنت وصفحات الويب، اعتمادا على تقنية الوسائط المتعددة (Multimedia)، في هذه الحالة تكون عبارة عن شاشات عرض للمنتجات⁽²⁸¹⁾، يستطيع المستهلك أن يتعاقد معها طبقا لإجراء محدد هو توريد بعض المعلومات، مثل الاسم وعنوان البريد الإلكتروني، فإذا كان عرض البائع للسلع أو الخدمات على صفحة الويب يمثل إيجابا،

⁽²⁷⁸⁾ «Le site web est le type même de l'œuvre multimédia qu'il ne faut pas confondre avec l'œuvre audiovisuelle : l'interactivité de l'œuvre multimédia diffère du caractère linéaire de l'œuvre audiovisuelle. De ce fait le site ne peut être considéré a priori comme une œuvre de collaboration garantissant les droits de toutes les personnes qui ont contribué à sa réalisation. Il s'agit, la plupart du temps, d'une œuvre collective dont la titularité revient au maître du site marchand.» Cité par : LINANT DE BELLEFONDS Xavier, op cit, p.74.

⁽²⁷⁹⁾ عمر خالد محمد الزريقات، مرجع سابق، ص 46. أنظر أيضا:

REBOUL PPERRE et XARDEL Dominique, op cit, p.98.

⁽²⁸⁰⁾ جريدة رسمية عدد 63، صادر بتاريخ 25 غشت 1998.

⁽²⁸¹⁾ BENSOUSSAN Alain, op cit, p.60.

فإن العقد ينعقد بإرسال المستهلك البيانات المطلوبة منه أو بإرسال القبول بواسطة البريد الإلكتروني⁽²⁸²⁾.

يتم تصميم هذه المواقع من قبل أشخاص أو شركات مختصة في هذا المجال وتسمح هذه المواقع، بعرض أي معلومات أو بيانات مصورة أو على شكل أفلام أو أي شكل يراه صاحب الموقع مناسباً، لعرض سلعا وخدمات متنوعة، حيث تعمل هذه المواقع على تجميع أكبر عدد ممكن من السلع والخدمات في نفس الموقع، مع إمكانية الوصول إليها بسهولة وبسرعة رغم الحجم الضخم للبيانات التي يحتويها الموقع الإلكتروني.

يمكن للمعاملات الإلكترونية من خلال مواقع الويب أن تتسع على مستوى العالم من خلال تحديد البضائع والخدمات، التي يمكن أن تقدمها والأسعار أو الرسوم حيث أنها توفر خدمات عديدة لمستخدمي الإنترنت، من بث مرئي ومسموع واتصال بالصوت والصورة بالإضافة إلى المحلات الافتراضية، ولكن هناك العديد من المشاكل القانونية التي يمكن أن تنشأ بسبب هذا النظام، والتي تتمحور أساساً على مدى قانونية الوصول إلى المعلومات التي توفرها.

ج- التعاقد عن طريق غرف المحادثة (Chatting)

يكون في هذه الحالة الاتصال عن طريق المجلس الافتراضي الذي يجمع المتعاقدين بحيث يشاهد كل من الطرفين الآخر، ويتكلم معه مباشرة عن طريق غرفة المحادثة وهي إحدى الخدمات المتاحة على شبكة الإنترنت، والتي يمكن من خلالها التخاطب الفوري والمباشر بين مستخدميها⁽²⁸³⁾، حيث تتيح هذه الخدمة للأشخاص أن يتبادلوا الحديث فيما

(282) FERAL-SCHUHL Christiane, Cyberdroit : Le droit à l'épreuve de l'internet, 6^{eme} édition, Dalloz, 2010, p.285.

(283) عمر خالد الزريقات، مرجع سابق، ص 49، إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص ص 88-89، خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 171، عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص 223، صفوان حمزة إبراهيم عيسى، مرجع سابق، ص 62، مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص 79.

بينهم بصورة متزامنة كلمة بكلمة وجملة بجملة مثل أي حديث شخصي معتاد، والتي تمكن الأطراف من الاتصال فيما بينهم عن طريق نقل الجمل المكتوبة، كما يمكن أن تكون غرفة المحادثة في صورة تخاطب صوتي عن طريق بعض برامج المكالمات المعروفة مثل برنامج (فوكس وير)، أو برنامج (ويب فون Phone Web)، ويمكن في الأخير أن تكون كذلك في شكل التخاطب الصوتي المرئي، حيث يتم التخاطب وتبادل الحديث على الهواء بالصوت والصورة الحية، وذلك إذا تم تزويد الحاسب الآلي لدى الطرفين بكاميرا رقمية وميكروفون بما يمكن كل من الطرفين من رؤية الآخر، وهو يتبادل معه الحديث فتبدو المحادثة بينهما كما لو كانا في مواجهة بعضهما البعض في مكان واحد، وذلك مثل برنامج (سكيب Skip).

ثانيا- تمييز عقود التجارة الإلكترونية عن العقود المحيطة بها في البيئة الإلكترونية
أهم ما يميز عقود التجارة الإلكترونية عن الكثير من العقود هي الوسيلة التي تتعد بها فهي تتعد بوسائل إلكترونية، ولعل هذه السمة تعتبر من أكثر خصوصيات هذه العقود وتعتبر أيضا معيارا أساسيا لتمييزها عن غيرها من العقود، ولكن يمكن أن يكون من شأن هذا المعيار، أن يثير اللبس والخلط بين عقود التجارة الإلكترونية، وبعض العقود الأخرى المحيطة بها في البيئة الإلكترونية، لذا كان من المفيد التمييز بينها.

1- عقد الدخول إلى الشبكة

يطلق على هذا العقد أيضا عقد الاشتراك في الإنترنت، وهو الذي يحقق الدخول إلى شبكة الإنترنت من الناحية الفنية، وبمقتضى هذا العقد يتيح مقدم خدمة الدخول إلى الإنترنت، للعميل الوسائل التي تمكنه من الدخول إلى الشبكة وأهمها برنامج الاتصال الذي يحقق الاتصال بين جهاز الحاسب الآلي والشبكة⁽²⁸⁴⁾.

(284) أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 55.

واضح من تعريف عقد الدخول إلى الشبكة أن هذا العقد لا ينطبق عليه تعريف العقد الإلكتروني بالشكل الذي حددناه⁽²⁸⁵⁾، فهو عقد وإن كان متعلقا بالإنترنت أو البيئة الإلكترونية، إلا أنه عقد عادي لا تنطبق عليه الأحكام التي تنطبق على عقود التجارة الإلكترونية، أضف إلى ذلك أن هذا العقد لا تنطبق عليه صفة الدولية، وهذا العقد ملزم لجانبين، فيقع الالتزام الرئيسي لمتعهد خدمة الدخول هو إتاحة الاتصال بشبكة الإنترنت، وتقوم المسؤولية العقدية لمقدم الخدمة، وذلك في حالة عدم تنفيذ التزامه بتمكين العميل من الدخول للشبكة⁽²⁸⁶⁾، ولكن لا يعد مسؤولا عن محتوى المعلومات لعدم امتلاكه للوسائل الفنية التي تمكنه من مراقبة صحة هذه المعلومات، وذلك في مقابل التزام العميل بسداد رسوم الاشتراك المقررة، ويحق لمقدم الخدمة إنهاء العقد في حالة عدم سداد العميل للمقابل المادي، ويكون ذلك بمنع العميل من الدخول إلى الشبكة.

2- خدمة الموقع الإلكتروني

تسمى كذلك عقد الإيجار المعلوماتي أو عقد الإيواء، وهي العقود التي تبرم بين مقدم المادة المراد إدخالها وتحميلها على شبكة الإنترنت، وبين مقدم خدمة الموقع الذي سبب تلك المادة عليه، ويلتزم مقدم خدمة الموقع بتوفير الوسائل الفنية اللازمة لتنقية المواد المحملة على شبكة الإنترنت، وقد أرسى الممارسات التعاقدية بعض الحقوق لمقدمي خدمة الموقع، ومن ذلك الحق في فحص وتصحيح مضمون الوثائق التي تبث على الشبكة⁽²⁸⁷⁾.

يجب على كل عميل يرغب في الظهور على الإنترنت، بغرض الحصول على موقع أو عنوان على الشبكة أن يتبع نظام عقد الإيجار المعلوماتي⁽²⁸⁸⁾، ونفس الشيء يقال بالنسبة إلى هذا العقد فإذا تم إبرامه بوسائل إلكترونية، ثبتت له أحكام العقد الإلكتروني، أما

(285) راجع الصفحة 84 و85 من هذه الرسالة.

(286) محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص 75.

(287) أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 56.

(288) محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص ص 27-28.

إذا تم إبرامه بوسائل غير إلكترونية فلا ينطبق عليه مفهوم العقد الإلكتروني، وهذا العقد غير المسمى يمكن في بعض الفروض تصور أن يكون عقدا إلكترونيا، ومن ذلك أن تبرم شركة جزائرية عقدا مع شركة فرنسية تقدم المواقع، ويكون ذلك عن طريق اتفاق يتم عن طريق الإنترنت، أو الفاكس، ويتفق الطرفان على أن تقوم الشركة الفرنسية بتقديم موقع للشركة الجزائرية، فإن هذا العقد ينطبق عليه مفهوم العقد الإلكتروني.

من الأمثلة التي تضرب على ذلك أيضا عقود المراكز التجارية الافتراضية حيث يكون هناك تجمع لمتاجر في مركز تجاري افتراضي، ضمن شروط خاصة في المركز الافتراضي وكل تاجر على حده، هذا العقد بين التاجر والمركز الافتراضي إذا تم بوسائل التعاقد العادية، عن طريق البريد العادي مثلا فإن هذا لا يدخل في مفهوم العقد الإلكتروني وإنما تطبق عليه الأحكام الخاصة بالعقود العادية التقليدية.⁽²⁸⁹⁾

3- عقود توريد برامج الحاسوب

هي العقود التي تبرم بين منتج أو مورد لبرامج وبين طرف آخر يرغب في شراء أو حيازة أو استعمال أو اقتناء البرامج، وتأخذ عقود التوريد عدة أشكال بدءا من أبسطها وهو شراء البرنامج من محلات بيع، كسلع عادية أو التعاقد مع شخص ليقوم بتصميم أو تطوير برنامج لحساب شخص أو جهة أخرى، وأخيرا العقود التي يكون موضوعها برامج حاسوب مملوكة لشركات كبيرة ومثالها برامج التشغيل.⁽²⁹⁰⁾

إلى جانب عقود توريد برامج الحاسوب توجد عقود ترخيص البرامج، وهي التي توقع من صاحب حق الملكية على البرنامج وبين مستعمل البرامج، والتي تضع حدودا أو ضوابط وشروط استعمال البرنامج من قبل المستخدم، ومفاد الترخيص أن استعمال البرنامج وبدون

(289) أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 27 وما بعدها.

(290) عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص 95 وما بعدها.

هذا الترخيص أو بالمخالفة لشروطه، يعد مخالفا لعقد من العقود الملزمة يستوجب المسؤولية العقدية⁽²⁹¹⁾، فضلا عما يمثله في الغالب من اعتداء على حقوق صاحب الترخيص وفقا لقواعد حق المؤلف⁽²⁹²⁾.

لا ينطبق على عقد توريد البرامج وصف العقد الإلكتروني إلا إذا تم الاتفاق على هذا العقد عن طريق الإنترنت، وتم إنزال البرنامج عن طريق الإنترنت مثلا أما التعاقد مع شركة أو شخص، ليقوم بتطوير برنامج لحساب شخص آخر كما قلنا سابقا، فمن المتصور أن يكون عقدا إلكترونيا في حالة إن تم الاتفاق عليه عن طريق الإنترنت، وكذلك الأمر بالنسبة لعقود ترخيص البرنامج.

يجب الإشارة إلى أنه إذ ما تعلق الأمر بعقد بيع برنامج حاسوب فإن الملكية لا تنتقل إلا بالنسبة للوسيط المادي، ويكون للمشتري حق الاستعمال الشخصي، وليس له أن يجري نسخا من ذلك البرنامج أو يستغله تجاريا دون إذن من صاحب حق المؤلف.

وباعتبار أن غالبية الفقه⁽²⁹³⁾ يرى أن برامج الحاسوب من المبتكرات الذهنية التي يتم حمايتها عن طريق تشريعات حقوق المؤلف، أيدت غالبية التشريعات⁽²⁹⁴⁾ هذا الرأي ومن

(291) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ص 36-37.

(292) نزيه محمد الصادق الهادي، "الحماية المدنية لبرامج الكمبيوتر في القوانين الوضعية"، بحث مقدم إلى بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، الطبعة الثالثة، المجلد الثاني، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، في الفترة من 1-3 مايو 2000، ص 530.

(293) أسامة فرج الله محمود الصباغ، الحماية الجنائية للمصنفات الإلكترونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، قسم القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 2011، ص 28.

(294) قد أيدت غالبية التشريعات هذا الرأي منها، الأمريكي والياباني والإنجليزي والفرنسي والإيطالي والألماني والكندي والهندي، والجزائري في المادة 4/أ من الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، والقانون المصري في المادة 2 من القانون رقم 38 لسنة 1992 والمعدل بالقانون رقم 29 لسنة 1994م، والأردني في المادة 8/3 من قانون حماية المؤلف رقم 22 لسنة 1992م، والتونسي في المادة 1 من قانون الملكية الأدبية والفنية رقم 36 لسنة 1994م، والسعودي في المادة 10/3 من نظام حماية حقوق المؤلف، والقطري في المادة 10/2 من قانون حماية المصنفات الفكرية وحقوق المؤلف، رقم 25 لسنة 1995م، البحريني في المادة 2/ي من قانون حماية حقوق المؤلف رقم 10 لسنة 1993م.

بينها التشريع الجزائري الذي أقر صراحة اعتبار برامج الحاسوب من بين المصنفات الأدبية المحمية⁽²⁹⁵⁾.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لعقود التجارة الإلكترونية

سبق الذكر، أن أهم ما يميز عقود التجارة الإلكترونية عن الكثير من العقود هي الوسيلة التي ينعقد بها فهو ينعقد بوسائل إلكترونية، ولعل هذه السمة تعتبر من أكثر خصوصيات هذا العقد، وتعتبر أيضا معيارا أساسيا لتمييزه عن غيره من العقود، فالعقد عبر شبكة الإنترنت ينشأ كغيره من العقود نتيجة تلاقي الإيجاب والقبول - كما سنرى لاحقا - فهو عقد عادي، إلا أنه يكتسب الطابع الإلكتروني من الوسيلة التي يتم إبرامه من خلالها وبالتالي، فإن تسمية هذا النوع من العقود بالعقد الإلكتروني أو عقد التجارة الإلكترونية جاءت نتيجة استخدام الوسائل الإلكترونية في إبرام هذه العقود.

بناء على ما تقدم، فإن البحث عن الطبيعة القانونية للتجارة الإلكترونية يتطلب بيان موقع هذه العقود، من تقسيم العقود من حيث الانعقاد إلى عقود رضائية وشكلية وعينية، ومن بيان مدى اعتبار عقود التجارة الإلكترونية من قبيل عقود الإذعان، وكذلك البحث عن موقع عقود التجارة الإلكترونية، مما يطلق عليه بالتعاقد عن بعد أي علاقة عقود التجارة الإلكترونية والعقود التقليدية، كما يستلزم الأمر التطرق إلى مدى جواز التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية في عقود التجارة الإلكترونية.

⁽²⁹⁵⁾ أنظر المادة 4 (أ) من أمر رقم 05-03 مؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، جريدة رسمية عدد 44 صادر بتاريخ 23 يوليو 2003.

الفرع الأول

مكانة عقود التجارة الإلكترونية من تقسيم العقود من حيث الانعقاد

تنقسم العقود من حيث تكوينها أو انعقادها إلى ثلاثة أنواع : العقود الرضائية والعقود الشكلية والعقود العينية، وهذا التقسيم ينطبق كذلك على عقود التجارة الإلكترونية، فيما عدا العقود العينية التي تكاد تتلاشى في البيئة الإلكترونية إلا في بعض الفرضيات النظرية القليلة⁽²⁹⁶⁾.

الأصل في العقود - سواء كانت تقليدية أو إلكترونية - هو الرضائية، والعقود الرضائية هي التي تتعد بمجرد حصول اتفاق بين طرفين، بأية كيفية كانت ودون إتباع شكل أو صيغة معينة، وإن مبدأ الرضائية الذي يتمخض عن مبدأ سلطان الإرادة يترجم حرية المتعاقدين فيما يخص كيفية التعبير عن إرادتهما، فالعقد الرضائي ينشأ بمجرد تلاقي إرادتين، سواء كان التعبير عنهما شفهيًا أو حركيًا أو كتابيًا، فالعبرة بالاتفاق ذاته لا بالطريقة التي تم بها.

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا المبدأ في نص المادة 59 ق م ج التي تنص على أن "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية". نرى أن المشرع أخذ بالرضائية كمبدأ عام، إذ لا تخضع العقود في تكوينها لأية شكلية أو إجراء، وتؤكد المادة 60 ق م ج هذا المبدأ حيث تسمح للمتعاقدتين بالتعبير عن إرادتهما بمختلف الوسائل (الكتابة، اللفظ، الإشارة، اتخاذ موقف... الخ) وبطريق صريحة أو ضمنية، دون أن يولي المشرع أفضلية أو أولوية لأي كيفية من الكيفيات المذكورة.

⁽²⁹⁶⁾ محمود عبد الرحيم الشريقات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت "دراسة مقارنة"، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 56.

على ذلك فإن جميع صور عقود التجارة الإلكترونية - فيما عدا تلك التي يصدر بشأنها نص خاص يشترط لها قالب معين - تعد من قبيل العقود الرضائية⁽²⁹⁷⁾، فالعقود الإلكترونية بمختلف أنواعها سواء منها ما يكون محله سلع أو خدمات أو عقود المعلوماتية أو غيرها، كلها عقود رضائية يكفي لانعقادها تطابق القبول مع الإيجاب، دون حاجة لإفراغها في شكل خاص⁽²⁹⁸⁾، ورغم ذلك فإن هناك بعض العقود التي تبرم من خلال الوسائط الإلكترونية، يغلب عليها الطابع الشكلي من ذلك التعاقد عبر البريد الإلكتروني حيث أنه لا ينعقد من الناحية الواقعية إلا من خلال الكتابة الإلكترونية⁽²⁹⁹⁾.

العقود الشكلية هي التي يشترط لانعقادها - إضافة إلى ركن التراضي - احترام شكلية معينة، وتعد هذه الشكلية ركنا من أركان العقد بحيث يمنع إغفالها قيام العقد⁽³⁰⁰⁾، وهذا ما قرره المشرع الجزائري مثلا في المادة 418 ق م ج التي تنص على أنه " يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا....". وكذلك المادة 883 ق م ج التي جاء فيها أنه "لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي...".

قد يطالب المتعاقدين أحيانا بالشكلية لكونها الوسيلة القانونية الوحيدة التي يسمح بها إثبات التصرف القانوني⁽³⁰¹⁾، حيث تنص المادة 333 ق م ج على أنه " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك." وتتميز الشكلية كركن في العقد عن شكلية الإثبات، ويترتب على إغفال ركن الشكلية بطلان التصرف القانوني بطلانا مطلقا، أما إغفال شكلية الإثبات بالنسبة للعقود الرضائية

(297) عبد الباسط جاسم محمد، مرجع سابق، ص 111.

(298) CASTETS-RENARD Céline, op cit, p.1530.

(299) BARBRY Eric, « Les contrats souscrits sous forme électronique : de nouvelle condition de (validité) », Gazette du palais, n° 286, 12 octobre 2004, P.25.

(300) علي فيلاي، الالتزامات "النظرية العامة للعقد"، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 1997، ص 232.

(301) MAKKI Mustapha, « La gestion contractuelle du risque de la preuve », 2^{eme} partie, Revue des contrats, n° 2, 01 avril 2009, p.453.

التي تفوق قيمتها 100.000 دج، فلا تؤثر في صحة العقد إذ ينشأ صحيحاً، ولكن عند إنكار أحد المتعاقدين يتعذر على المتعاقد الآخر إثبات وجود العقد.

تتم عقود التجارة الإلكترونية من خلال أساليب إلكترونية، تتمثل في تبادل رسائل البيانات إلكترونياً بين الأطراف عن طريق نظم معالجة المعلومات، ومن خلال شبكة المعلومات سواء أكانت هذه العقود في الأساس رضائية أم شكلية، وسواء أكانت هذه الشكلية مطلوبة لصحة إبرام العقد أم نفاذه أم للإثبات⁽³⁰²⁾، وقد نصت على ذلك المادة 1/11 من قانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996 التي جاء فيها "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".

كما نصت المادة 6 من نفس القانون على أنه "1. عندما يشترط القانون أن تكون المعاملات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط.....". 2. وتسري أحكام الفقرة (1) سواء اتخذ الشرط المنصوص عليه فيها شكل التزام أو اكتفى في القانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب إذا لم تكن المعلومات مكتوبة"⁽³⁰³⁾.

يتضح من هذه المواد أن عقود التجارة الإلكترونية تتعقد بمجرد التبادل الإلكتروني لرسائل البيانات، والمتضمنة للإيجاب والقبول المتبادلين بين الأطراف متى كانت متطابقة، وذلك يسري على العقود الرضائية والشكلية⁽³⁰⁴⁾، على حد سواء - كما هو منصوص عليها

(302) محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 62.

(303) أنظر قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996، مرجع سابق.

(304) لم تنشأ بعض التشريعات التي أقرت مبدأ الشكلية الإلكترونية أن تجعل من هذا المبدأ قاعدة مطلقة، إنما على العكس أوردت العديد من الاستثناءات عليه، من ذلك ما أورده المادة 1108-2 من القانون المدني الفرنسي والتي أدخلت فيه بمقتضى قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي بعض الاستثناءات على مبدأ إجازة الشكلية الإلكترونية، وكذلك ما نصت عليه المادة الثانية من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي، من عدم كفاية الكتابة الإلكترونية لاستيفاء الشكل المطلوب في عقود الزواج والطلاق والوصايا وعقود البيع الواردة على الأموال غير المنقول، وبصفة عامة الحقوق العينية الواردة على العقار، والتي تخضع لإجراءات التصديق أمام الموثق، وما نصت عليه أيضاً المادة الرابعة من قانون=

في القواعد العامة للقانون المدني - لأن التمييز بين العقود الرضائية والشكلية في البيئة الإلكترونية قد أخذ بعدا تقنيا أكثر مما هو قانوني⁽³⁰⁵⁾، لأنه إذا كان العقدان الرضائي والشكلي ينعقدان بأسلوب التبادل الإلكتروني لرسائل البيانات، ويعتبر هذا الأسلوب صحيحا وناظرا قانونا⁽³⁰⁶⁾، إلا أنه إذا كان العقد رضائيا فإنه ينعقد بمجرد أن يتم تبادل رسائل البيانات، المتضمنة للإيجاب والقبول بين الأطراف ومن دون أن يشترط توافر ضوابط تقنية معينة في تلك الرسائل، أو في نظم معالجة المعلومات التي يتم إرسال واستلام الرسائل من خلالها ودون اشتراط التوقيع عليها.

أما إذا كان العقد شكليا فإنه لا يكفي لانعقاد العقد وصحته أو نفاذه أو إثباته مجرد تبادل رسائل البيانات إلكترونيا⁽³⁰⁷⁾، وإنما يشترط توافر ضوابط معينة في تلك الرسائل، وفي أجهزة نظم معالجة المعلومات المستخدمة من قبل الأطراف بحيث تضمن تحقيق ما يلي⁽³⁰⁸⁾:

- أ- إمكانية إرسال واستلام وحفظ رسائل البيانات كما هي وبالشكل الذي أرسلت واستلمت به.
- ب- إمكانية الرجوع إليها لاحقا.
- ج- دلالة المعلومات الواردة فيها على من أنشأها ومن تسلمها وتاريخ ووقت ذلك.

أقر المشرع الجزائري بذلك في نص المادة 323 مكرر 1 ق م ج التي تنص على أنه "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية

المعاملات الإلكترونية الأردني، من استبعاد العقود والمستندات والوثائق التي تنظم وفقا لتشريعات خاصة بشكل معين أو تتم بإجراءات محددة في إطار الشكلية الإلكترونية.

⁽³⁰⁵⁾ CHARBONNEAU Cyrille et PANSIERq Frédéric-Jérôme, « La nouvelle étape du consentement dématérialisé », Les petites affiches, n° 126, 25 juin 2002, p.4.

⁽³⁰⁶⁾ BRAHMI Adel, op cit, p.6.

⁽³⁰⁷⁾ حمدي أحمد سعد أحمد، "الشكلية في العقود الإلكترونية (دراسة مقارنة بين قوانين المعاملات الإلكترونية والفقه الإسلامي)"، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد الرابع والعشرون، الجزء الثاني، 2009، ص 721.

⁽³⁰⁸⁾ راجع في ذلك: هادي مسلم يونس البشكاني، مرجع سابق، ص 434.

التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

يتضح مما تقدم، أن الفرق في مجال عقود التجارة الإلكترونية بين العقد الرضائي والعقد الشكلي، ليس في إجراءات التعاقد بحد ذاتها، وإنما في التقنيات المستخدمة في إنشاء وتبادل وحفظ رسائل البيانات، المتضمنة للعروض الإرادية المتبادلة بين الأطراف، وما دامت الجهود التقنية مستمرة لتطوير نظم معالجة هذه الرسائل، بما يتيح لها تأمين إمكانية التبادل الأمين لهذه الرسائل، وإمكانية حفظها مع بقائها بالشكل الذي أنشئت أو أرسلت أو استلمت به، فإنه قد يكون من المتصور تلاشي الاختلاف بين، العقود الرضائية والعقود الشكلية المقترنة بالكتابة - حسب المفاهيم التقليدية - وأن تسود في البيئة الإلكترونية، بدلا عنها الشكلية الإلكترونية والتقنية⁽³⁰⁹⁾، إلا أنها ليست شكلية مقيدة للإرادة أو تشكل عبئا على المتعاقدين، بقدر ما هي في الواقع طريقة مثلى وآمنة للتعبير عن الإرادة، وبالتالي إبرام العقد طالما أن ذلك يتم من خلال نظم معالجة المعلومات، والتي تحاكي بعضها فنيا وتقنيا بهذه الطريقة عبر شبكة المعلومات التي تربطها ببعضها.

(309) Selon la thèse de M.Gautrais, le contrat électronique : « du fait de ses caractéristique reliées au support informatique, est un contrat formel (...). Il est formel dans la mesure où il ne repose pas sur une matérialité d'un support physique au même titre que le papier et, en conséquence, la seule façon de contrer ce « handicap » est de le soumettre à un formalisme approprié », et il en déduit que : « le principe du consensualisme est nettement remis en cause par la pratique moderne des contrats et, particulièrement ceux qui sont érigés par l'entremise de l'électronique. De plus en plus formels, les contrats utilisent les fonctions de protection et de connaissance qui sont autorisés par de telles formalités. Mais le droit, parce qu'il doit défendre un certain nombre d'impératifs liés à l'efficacité, la sécurité, va devoir prendre du recul par rapport à ces données brutes érigeant la volonté en dogme tout puissant. La volonté n'est donc plus en matière juridique, à partir de la deuxième moitié de XIX^{ème} siècle, l'intention véritable de ce que la partie a voulu dire, mais ce qui peut être directement déduit des manifestations qu'elle a témoignées, selon une interprétation raisonnable des faits ». Cité par : EL BADAWI Lamia, op cit, p.p.108-109.

تعد الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية أمر نادر الوقوع⁽³¹⁰⁾، هذا بالإضافة إلى أنها أخذت أشكالاً لم تكن قائمة من قبل من حيث نوعيتها⁽³¹¹⁾، فقد وجدت في الوقت الحالي أنماط للشكلية تختلف عما كانت عليه في الماضي، فقد كانت الشكلية تركز في الأوراق سواء كانت رسمية أو عرفية، وظهرت في الوقت الحالي فكرة الشكلية في اتجاه واحد يتطلب المشرع من خلالها حماية أحد طرفي العقد ضد الطرف الآخر⁽³¹²⁾، بحيث إذا تخلفت جاز للطرف المحمي أن يقيم الدليل على وجود العقد بجميع طرق الإثبات، مع حرمان الطرف الآخر من الإثبات أو التمسك بشروط التعاقد بسبب عدم كتابة العقد.

الفرع الثاني

عقود التجارة الإلكترونية والعقود التقليدية

تنشأ عقود التجارة الإلكترونية في بيئة إلكترونية غير مادية، تعتمد على الأرقام وعلى تكنولوجيا الاتصالات المتقدمة، بينما ينشأ العقد التقليدي في بيئة ورقية، سواء تم بين حاضرين أو بين غائبين، وهذه البيئة المادية تحتاج إلى إجراءات يلزم توافرها حتى يتم العقد ويكتمل، ومنها صدور الإيجاب والقبول بطريقة معينة وبحضور أطراف التعاقد أو استلزام الحضور أمام موظف عام مختص، في بعض العقود وغيرها من الشروط التي قد تضيف عدم المرونة بل والتعقيد، ورغم ذلك فإن هذه العقود قد تكون لازمة في عصر لا يعرف الإنترنت وتكنولوجيا المعلومات، أما في عصرنا هذا فكان لابد أن يتم تغيير الفكر التقليدي لكي يتناسب مع السرعة، في التنقل بين الدول المختلفة بمجرد كبسة زر ودون التحرك المادي بفضل الإنترنت.

⁽³¹⁰⁾ من بين عقود التجارة الإلكترونية التي يشترط فيها لانعقادها إتباع شكل معين، نجد عقد نقل التكنولوجيا، وعقد الاشتراك في قواعد المعلومات.

⁽³¹¹⁾ عابد فايد عبد الفتاح فايد، الكتابة الإلكترونية في القانون المدني "الفكرة والوظائف"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 166 وما بعدها.

⁽³¹²⁾ رامي محمد علوان، مرجع سابق، ص 267.

إذا نظرنا إلى العقود التقليدية فإننا نرى أن الغالبية العظمى منها عقود رضائية، تنتج من خلال تبادل الأفراد للإيجاب والقبول، تبادلًا حراً دون ضغط أو تأثير من الموجب للقابل، وينتج بعد مفاوضات قد تطول أو تقصر، دون أن يملّي أحد شروطه على الآخر، وإن كان يوجد بعض الاستثناءات التي تجعل التوازن العقدي غير موجود، لقوة طرف عن الآخر فيملي الموجب بنود العقد على القابل دون أن يسمح بمناقشة هذه البنود، وأن دور القابل في هذه الحالة هو دور سلبي، بأن يقوم بالموافقة على الشروط والبنود التي وضعها الموجب فقط دون إبداء أي اعتراض من جانبه، ويطلق على هذا النوع من العقود بعقود الإذعان.⁽³¹³⁾

والأصل في عملية التعاقد في العقود التقليدية هو حضور الأطراف المتعاقدة في مكان وزمان واحد، أي في مجلس عقد واحد، إلا أن ذلك لا يمنع من التعاقد بين الغائبين أو ما يسمى بالتعاقد عن بعد، بمعنى أن تبرم العقود دون الحضور المادي المتعاصر لأطراف العقد.

يثور التساؤل عند دراسة علاقة عقود التجارة الإلكترونية بالعقود التقليدية حول مدى اعتبار عقود التجارة الإلكترونية عقود إذعان، وهل هو تعاقد بين حاضرين أو تعاقد بين غائبين؟

للإجابة على هذه التساؤلات سنتعرض بالدراسة إلى مدى توافر صفة الإذعان في العقد الإلكتروني، وكذلك مدى اعتبار العقد الإلكتروني عقد مبرم عن بعد.

أولاً: مدى توافر صفة الإذعان في عقود التجارة الإلكترونية

عقد الإذعان هو عقد يملّي فيه المتعاقد شروطه على المتعاقد الآخر الذي ليس له إلا رفض العقد أو قبوله، ويتميز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر

⁽³¹³⁾ محمد صيري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري "النظرية العامة للالتزامات"، الجزء الأول، الطبعة الثانية، الجزائر، 2004، ص 130.

فيفرض عليه شروطه، ولا يقبل مناقشتها وترجع هذه السيطرة عادة إلى احتكار فعلي أو قانوني للسلع أو الخدمات من طرف المتعاقد القوي⁽³¹⁴⁾.

يثور التساؤل عما إذا كانت عقود التجارة الإلكترونية تعد عقود خاضعة لمبدأ سلطان الإرادة والتراضي بين أطرافه، أم أنها تعد من عقود الإذعان التي يكون فيها أحد طرفي العقد في مركز قانوني أقوى من المركز القانوني للطرف الآخر، نتيجة تمتع الأول بقدرات اقتصادية وخبرة مهنية أكبر تجعله الطرف الأقوى في العلاقة العقدية، وتمكنه من فرض شروطه على الطرف الآخر، الأمر المؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي حيث لا يكون أمام الطرف الثاني، سوى الموافقة على شروط العقد دون مناقشتها أو التعديل فيها، فالإيجاب في عقد الإذعان يصدر للكافة بشروط عامة موحدة مقررة في معظمها لمصلحة الموجب.

سبق القول أن وسيلة التعاقد فيما يتعلق بالعقد الإلكتروني هي شبكة الإنترنت، أي أن العقود التي تتم بين الأطراف تكون عن طريق الدخول على شبكة الإنترنت، وطريقة التعاقد ستكون إما عن طريق المراسلة أي إرسال الرسائل الإلكترونية، عن طريق البريد الإلكتروني وإما عن طريق الدخول مباشرة إلى موقع معين لإتمام التعاقد.

يرى جانب من الفقه أن العقد الإلكتروني هو عقد إذعان⁽³¹⁵⁾، لأن من وجه إليه الإيجاب لا يملك إلا أن يضغط على عدد من الخانات المفتوحة أمامه في موقع الموجب على شبكة الإنترنت، دون أن يستطيع مناقشة العقد أو تعديله أو المفاوضة عليه مع المتعاقد الآخر، وكل ما له هو قبول العقد برمته أو رفضه كلية⁽³¹⁶⁾.

(314) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، مرجع السابق، ص 244.

(315) عنادل عبد الحميد المطر، التراضي في العقد الإلكتروني، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، قسم القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2009، ص 50، أنظر أيضاً: إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 45، صفوان حمزة إبراهيم عيسى، مرجع سابق، ص 45.

(316) خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 86.

يؤخذ على هذا الرأي، أنه في التعاقد عبر البريد الإلكتروني أو المحادثات المباشرة فإن باستطاعة المتعاقدين مناقشة شروط وبنود العقد، كما أن عقد الإذعان ليس قاصرا على حالة أن الطرف الضعيف - وهو المستهلك في العادة - ليس أمامه سوى القبول دون مناقشة، لكن يجب أن تتوافر في العقد خصائص معينة كي يوصف بأنه عقد إذعان، فيجب أن يكون هناك احتكار لسلعة معينة، وأن تكون هذه السلعة ضرورية، وأن يوجه الإيجاب إلى الجمهور أي إلى الكافة⁽³¹⁷⁾.

يذهب جانب آخر من الفقه إلى أن العقد الإلكتروني يعد عقدا رضائيا حيث مازال بالإمكان، إجراء المساومة التي تسود هذا العقد على اختلاف أنواعه، وأن من وجه إليه الإيجاب لا يقتصر دوره على مجرد الموافقة على الشروط المعدة سلفا، بل له مطلق الحرية في التعاقد مع أي مورد خدمات أو سلع غير المورد الأول، حيث يستطيع التنقل بين المواقع واختيار ما يناسبه من العروض⁽³¹⁸⁾.

قد ينصب التعاقد على حصول الطرف الضعيف - المستهلك - على خدمة ضرورية كالماء والكهرباء والهاتف، وخدمات الاشتراك في شبكة الإنترنت، فالتعاقد يعد في هذه الحالة من عقود الإذعان، ولكن ليس بالضرورة حتما أن تكون العقود الإلكترونية من عقود الإذعان دائما على الرغم من أنها تكون معدة مسبقا للموقع الإلكتروني للتاجر، على الشبكة طالما أنها لم تتعلق بخدمة أو سلعة ضرورية، ولم يتم احتكار هذه السلعة أو الخدمة احتكارا فعليا أو قانونيا⁽³¹⁹⁾.

فالرأي السائد في الفقه يميل إلى عدم التشدد في فكرة عقود الإذعان، ولا يشترط تعلق العقد بسلع أو خدمات ضرورية، أو أن تكون هذه السلعة أو الخدمة محل احتكار فعلي أو

(317) سيد حسن عبد الله، "المنظور الإسلامي لوسائل حماية المستهلك الإلكتروني"، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة دبي، في الفترة من 10-12 مايو 2003، ص 823.

(318) صفوان حمزة إبراهيم، مرجع سابق، ص 47.

(319) عنادل عبد الحميد المطر، مرجع سابق، ص 53.

قانوني، بل لابد من توفر شروط عقد الإذعان مجتمعة⁽³²⁰⁾، ويتحقق ذلك عندما يكون العقد قد تم تجهيزه مسبقا بواسطة الموجب، بحيث لا يقبل أي مناقشة للشروط الواردة به وأن يوجد أحد طرفي العقد، في مركز يتفوق فيه على الطرف الآخر من حيث المقدرة الاقتصادية أو الخبرة المهنية.

الحقيقة أن العقود الإلكترونية قد تكون من عقود الإذعان، إذا ما تم التعاقد عن طريق مواقع الواب، التي غالبا ما تستخدم عقودا نموذجية، لا يكون للمتعاقد معها سوى التسليم بشروط هذا العقد دون تعديل أو مناقشة⁽³²¹⁾، وقد يكون العقد الإلكتروني عقدا رضائيا إذا ما تم عن طريق البريد الإلكتروني، أو رسائل البيانات أو المحادثات الهاتفية أو أي وسيلة أخرى تمكن طرفي العقد من التفاوض والتفاوض حول شروط العقد وبنوده⁽³²²⁾، فالوسيلة التي يتم بها إبرام العقد الإلكتروني هي التي تحدد ما إذا كان العقد الإلكتروني عقد إذعان من عدمه⁽³²³⁾.

حسب وجهة نظرنا لا نستطيع تكييف العقود الإلكترونية بأنها عقود إذعان في كل الأحوال، حيث أن تبادل الرسائل الإلكترونية تتيح الفرصة للمناقشة والحوار إلى أن يتم الوصول إلى صيغة معينة للعقد، وبالتالي لا يمكننا القول بأن العقد في هذه الحالة هو عقد إذعان، أما في حالة الدخول إلى موقع معين وقيام الطرف المتعاقد بالتسليم بكل الشروط الموجودة على الموقع دون المناقشة، فهنا نكون إزاء عقد إذعان وكذلك في حالة العقود المتعلقة باستخدام برامج الحاسب الآلي، فإن الشركة صاحبة البرنامج تضع نصا على الغلاف الخارجي، مفاده أن فتح الغلاف يعني القبول والموافقة على نصوص العقد الموجود

(320) إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 46، خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 85.

(321) عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص 82.

(322) مصطفى أحمد إبراهيم نصر، التراضي في العقود الإلكترونية "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة،

2010، ص 49.

(323) هالة جمال الدين محمد محمود، مرجع سابق، ص ص 99-100.

ضمن محتوى قرص البرنامج، وعليه فإن مثل هذه العقود تعد عقود إذعان حيث يوافق المستخدم على شروط مجحفة تلزمه قبل أن يطلع عليها.

عند الحديث عن عقود الإذعان لابد من ذكر مسألة هامة، وهي دور القاضي في عقود الإذعان، حيث تنص المادة 110 من ق م ج على أنه "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك". يلاحظ أن هذه المادة تعطي للقاضي دورا كبيرا لحماية الطرف الضعيف بالعقد من شروط الطرف القوي، فللقاضي أن يعدل أو يلغي أي شرط يراه تعسفيا بما يتماشى مع ما تقضي به العدالة، وقد جعل المشرع هذه الحماية من القواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، إذا وقع مثل هذا الاتفاق فإنه يكون باطلا لمخالفته النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على مخالفته.

وكذلك تنص المادة 112 من ق م ج على أنه "يؤول الشك في مصلحة المدين. غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن". فالأصل أن يفسر الشك لصالح المدين، إلا أن المشرع استثنى صراحة حالة عقود الإذعان فيفسر بها الشك لمصلحة الطرف المذعن، سواء أكان دائما أم مدينا فإذا كان أي بند من بنود العقد غامضا أو يحتاج إلى تفسير، فإن تفسيره يكون لصالح الطرف المذعن في العقد، والطرف الآخر في العقد يفترض فيه القوة، وتتوافر له الوسائل التي تمكنه من فرض شروطه على الطرف المذعن عند التعاقد.

ثانياً: عقد التجارة الإلكترونية أحد العقود التي تبرم عن بعد

تعتمد عقود التجارة الإلكترونية على مفاهيم البعد وعدم تواجد أطراف العقد معا وقت نشأته، فهي عقود تبرم من خلال وسيط إلكتروني على شبكة الإنترنت⁽³²⁴⁾، فيفترض وجود مسافة مكانية كبيرة بين مكان وجود الموجب ومكان وجود القابل⁽³²⁵⁾، ولا يجمع بينهما مجلس عقد واحد، إلا أن تبادل التراضي يكون من خلال مجلس عقد حكمي افتراضي - وهو شبكة الإنترنت - وهذا ما يجعلهم متقاربين زمنياً⁽³²⁶⁾.

أطراف العقد من الناحية المادية غائبون فلا يوجد حضور مادي للأطراف فهؤلاء موجودون على الموقع، لكن غير موجودين في نفس المكان، فالتعاقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت يعتبر بين غائبين من حيث المكان، وبين حاضرين من حيث الزمان⁽³²⁷⁾، وبعبارة أخرى فإن التعاقد عن بعد، يفترض عدم اجتماع المتعاقدين بشخصيهما في مكان واحد.

فالتواصل المكاني، بين المتعاقدين منعدم - وتلك مسألة لا لبس فيها - أما التواصل الزمني بين المتعاقدين عن بعد فقد يوجد وقد لا يوجد⁽³²⁸⁾، وذلك وفقاً لنوع التقنية المستعملة أو الوسيط الذي يحمل إلى كل من الطرفين تعبير الطرف الآخر على شبكة الإنترنت⁽³²⁹⁾.

وترتيباً على ذلك إن كان الوسيط يتمثل في وسيلة ليس من شأنها إحداث التواصل الفوري بين المتعاقدين، كما هو الحال في التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني، فهنا يأخذ حكم التعاقد بواسطة رسول أو بواسطة البريد أو البرق أو التلكس⁽³³⁰⁾، وبذلك فإن التواصل الزمني

⁽³²⁴⁾ تختلف صور العقد الإلكتروني من حيث مدى صورته أو طبيعتها الإلكترونية، فقد يكون إلكترونياً إبراماً وتنفيذاً، كما هو الحال في عقود الحصول على المعلومات والبرامج والكتب والموسيقى، وقد يكون إلكترونياً من حيث الانعقاد دون التنفيذ الذي يتم خارج الشبكة الدولية شأنه في ذلك شأن أي عقد عادي، كما هو الحال في عقود بيع المنتجات المادية التي يتم تسليمها بالطرق العادية.

⁽³²⁵⁾ عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص 67.

⁽³²⁶⁾ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 171.

⁽³²⁷⁾ MAS Florence, op cit, p.90.

⁽³²⁸⁾ GEOFFRAY Brunaux, op cit, p.279.

⁽³²⁹⁾ هادي مسلم يونس البشكاني، مرجع سابق، ص 183.

⁽³³⁰⁾ EL BADAWI Lamia, op cit, p.110.

الفوري ينتفي بين المتعاقدين، وهذا ما يجعل تعاقدتهما تعاقدًا بين غائبين⁽³³¹⁾، وتطبق عليه الأحكام التي وردت في المادة 67 من ق م ج، والتي جاء فيها "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول". طبقا لهذه المادة يعتبر العقد تاما في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بقبول القابل، ويعتبر وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه بالقبول حتى يثبت العكس.

أما إذا كان الوسيط الذي يتم تبادل الإيجاب والقبول من خلاله من شأنه أن يحدث التواصل الزمني الفوري بين المتعاقدين، كما هو الحال في التعاقد عن طريق غرف المحادثة أو عن طريق التليفون، فالأصل أن يصدر القبول فوراً بعد الإيجاب مادام الموجب لم يحدد أجلاً للقبول، فإذا لم يصدر القبول فوراً فإن للموجب أن يرجع في إيجابه.

قد ورد النص على ذلك في المادة 64 من ق م ج التي تنص على أنه "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل للقبول فإن الموجب يتحمل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل. غير أن العقد يتم، ولو لم يصدر القبول فوراً، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن ينفض مجلس العقد".

وفقاً لهذه المادة يكون التعاقد دون شك تعاقدًا بين حاضرين، شريطة أن يصادف الإيجاب المعروض عبر الهاتف قبولاً أو يلتقي طرفي العقد في غرفة المحادثة، وهذا ما يمكن فهمه من العبارة الواردة في المادة (بأي طريقة مماثلة)، ونكون حينئذ بصدد مجلس عقد حكمي ويتطابق بالتالي الإيجاب مع القبول فوراً.

(331) فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 174.

بالنظر إلى طبيعة عقود التجارة الإلكترونية التي تبرم عن بعد (عقود المسافة)، جعلت لهذه الأخيرة أحكاما تختلف عن أحكام العقود المبرمة بين حاضرين، والتي يكون الحضور المادي للأطراف فيها مساعدا على تذليل كثير من الصعوبات⁽³³²⁾، التي تتمثل في تحقق كل منهم من الشخصية القانونية للآخر، والتثبت من تلقيه التعبير الإرادي الصادر عن المتعاقد الآخر، وضبط تاريخ العقد ومكانه، وسلامة الوثائق المتعلقة به، فضلا عن كثير من المسائل القانونية التي يضمنها الحضور المادي للأطراف في التعاقد بين حاضرين عموما.

لعل السبب الرئيسي الذي يستدعي وضع قواعد خاصة بالعقود المبرمة عن بعد هو حماية المستهلك⁽³³³⁾، في هذا النوع من العقود التي لا يكون بوسع المستهلك أن يحكم في ظلها بدقة على السلعة أو الخدمة التي تعاقد عليها، وذلك مهما كانت درجة دقة وصف مقدمها، وهذا ما يبرر على الخصوص الاعتراف للمستهلك بحق العدول عن العقد الذي أقدم عليه خلال مدة معينة⁽³³⁴⁾، وهو الحكم الذي أقر به المشرع الفرنسي⁽³³⁵⁾ في المادة 1-20-121 L. من قانون الاستهلاك الفرنسي المضافة بالمرسوم رقم 741-2001 الصادر في 23 أوت 2001 التي تنص على أنه "يجوز للمشتري في كل عمليات البيع عن بعد أن يعيد المنتج إلى البائع من أجل استبداله أو استرداد ثمنه في مدة سبعة أيام كاملة تحسب من تاريخ تسليم طلبه، وذلك دون أية مسؤولية عليه باستثناء نفقات إرجاع المنتج فإذا صادف أن كان اليوم الأخير من المدة المشار إليها، السبت أو الأحد أو يوم عطلة أو إضرابا عن العمل، فإنها تمتد إلى أول يوم يليه"⁽³³⁶⁾.

(332) إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص ص 42-43.

(333) أوسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 41.

(334) المرجع نفسه، ص 43.

(335) EL BADAWI Lamia, op cit, p.111.

(336) Article L.121-20 code de la consommation (inséré par Ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001): « Le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités, à l'exception, le cas échéant, des=

كما أخذ التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلك في العقود التي تبرم عن بعد في المادة السادسة، بحكم مماثل من حيث اعتراف بحق المستهلك في العدول عن العقد، كما فرض هذا التوجيه - كما سنراه لاحقاً - على المورد في العقود التي تبرم عن بعد التزاماً بالإعلام المسبق للمستهلك، ببعض المعلومات الجوهرية في التعاقد، كما فرض أيضاً بعض القواعد الخاصة المتعلقة بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن هذا النوع من التعاقد.

رغم انتماء عقود التجارة الإلكترونية إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد، إلا أنها تتميز ببعض الخصائص والسمات التي لا تتوفر في غيره من العقود الأخرى، التي تبرم عن بعد مما يجعله يختص ببعض القواعد المغايرة، لتلك التي تحكم طائفة العقود التي تبرم عن بعد⁽³³⁷⁾.

فالعقود التي تبرم عن بعد بصفة عامة تقضي ألا يكون هناك حضور مادي متعاصر (Présence physique simultanées) بين المتعاقدين، فوصف التعاقد عن بعد يعني عدم وجود طرفي العقد في مكان واحد وزمان واحد، وعلى العكس من ذلك بالنسبة للعقود التي تبرم عبر شبكة الإنترنت، فصفة التفاعلية في هذه الشبكة تسمح بحضور افتراضي متعاصر (virtuelle présence simultanées) بين المتعاقدين⁽³³⁸⁾، كما تسمح بتنفيذ التزامات عقدية عبر الشبكة ذاتها، ومن ثم يمكن أن نلاحظ أن فكرة البعد تتضمن دائماً تصوراً زمنياً (une temporelle notion)، فهناك دائماً التصرف المرجئ (une action différée)، وبصفة خاصة الفارق الزمني بين الإيجاب والقبول، فهناك فكرة الحدين (Binôme) أي الحدين الزمنيين، والتي يمكن التخلي عنها في التعاقد عبر شبكة الإنترنت،

frais de retour.
Le délai mentionné à l'alinéa précédent court à compter de la réception pour les biens ou de l'acceptation de l'offre pour les prestations de services.
Lorsque le délai de sept jours expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. »

(337) خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 75.

(338) مصطفى أحمد إبراهيم نصر، مرجع سابق، ص 87.

وأن تحل محلها فكرة المعاصرة (Temp réel) وهي سمة خاصة بهذه الشبكة، إلا أن البعد المكاني بين المتعاقدين في التعاقد عبر شبكة الإنترنت، يظل واقعا مؤثرا لا يمكن إنكاره لاسيما فيما يتعلق بمسألة التحقق، من أهلية المتعاقد وصفته في التعاقد وكذلك رؤية المستهلك للسلعة أو الخدمة التي تعاقد عليها.

مما تقدم يمكن القول أن عقود التجارة الإلكترونية هي عقود تبرم عن بعد، ومن ثم فلا بد من توافر جميع أركان العقد، خاصة القصد المشترك للمتعاقدین الذي يتكون من إيجاب يتطابق مع القبول، ويتم ذلك التطابق من خلال استخدام مفتاح معين في الحاسوب يتم الضغط عليه من القابل.

المقصود بذلك أن يتواجد كل من المتعاقدين حال إبرام العقد في مكان بعيد عن الآخر، ففكرة المجلس الحقيقي للعقد يفترض عدم وجودها في حالة التعاقد عن بعد، ونكون حينئذ بصدد تعاقد بين حاضرين حكما، وتلك هي فكرة المجلس الحكمي للعقد.

بالتالي تخضع عقود التجارة الإلكترونية لأحكام طائفة العقود التي تبرم عن بعد، بالإضافة إلى بعض الأحكام التي نتجت من خاصية التفاعلية، التي تسمح بوجود افتراضي للأطراف، وإجراء حوار شامل حول بنود العقد وتنفيذه في ذات الوقت، وينتج عن ذلك عدم وجود فارق زمني بين الإيجاب والقبول على الشبكة.

الفرع الثالث

ضرورة التعبير الإلكتروني عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية

التراضي هو قوام العقد وأساسه، ولكي يتوافر التراضي بالعقد لابد أن توجد الإرادة في كلا من طرفيه أي بتوافق إرادتين متطابقتين بقصد إحداث أثر قانوني معين⁽³³⁹⁾، ولما كانت

⁽³³⁹⁾ تنص المادة 59 ق م ج على أنه "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية."

الإرادة حقيقة نسبية غير قابلة للتقدير الموضوعي القانوني، فيجب التعبير عنها بإظهارها إلى الواقع الخارجي لكي يعتد بها القانون⁽³⁴⁰⁾، ومن هنا تأتي الأهمية البالغة للتعبير عن الإرادة كمفترض ضروري لإبرام العقد، ويجب أن يأتي هذا التعبير دقيقاً في دلالاته على الإرادة التي ينقلها بحيث تكون الإرادة والتعبير عنها متطابقين.

القاعدة أن للشخص المتعاقد الحرية في أن يعبر عن إرادته بالطريقة التي تحلو له صريحة أو ضمنياً⁽³⁴¹⁾، إذ أن القانون لا يستلزم أن يكون التعبير بوسيلة معينة، وهذا تطبيقاً لمبدأ رضائية العقود الذي كرسه، اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع والصادر عام 1980 حيث نصت صراحة على عدم اشتراط الكتابة أو أي شكلية أخرى، سواء لانعقاد العقد أو لإثباته، فقد نصت المادة 11 من الاتفاقية على أنه "لا يشترط أن يتم انعقاد عقد البيع أو إثباته كتابة، ولا يخضع لأي شكلية، ويجوز إثباته بأي وسيلة بما في ذلك الإثبات بالبينة"⁽³⁴²⁾.

بالتالي يكون التعبير عن الإرادة وفقاً لهذا النص بأي طريقة دون اشتراط شكل معين، ولا يستثنى من ذلك إلا الحالات التي يستلزم فيها القانون شكلاً خاصاً لقيام العقد وهو ما يعرف بالعقود الشكلية، التي لا يكفي لإبرامها مجرد التراضي، وإنما يشترط فيها القانون مراعاة شكل خاص، وإذا تخلف هذا الشكل يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً. وعليه يمكن التعبير عن الإرادة في عقد البيع الدولي باستخدام أي من خدمات شبكة الإنترنت، كالبريد

⁽³⁴⁰⁾ علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 32.

⁽³⁴¹⁾ المادة 60 ق م ج على أنه "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً."

⁽³⁴²⁾ أنظر نصوص اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع، متاحة على الموقع التالي:

[www1.umn.edu/...anrts/arabic/vienna Law Treaty CONV.html](http://www1.umn.edu/...anrts/arabic/vienna%20Law%20Treaty%20CONV.html)

الإلكتروني أو عقود الويب أو غرف المحادثة أو غيرها طالما أنها قادرة على إيصال إرادة كل من المتعاقدين إلى الآخر، وبالتالي تطابق هاتين الإرادتين وانعقاد العقد⁽³⁴³⁾.

تجدر الإشارة، إلى أن هذه الاتفاقية تتعلق فقط بتنظيم عقد البيع دون باقي العقود وتخص عقد البيع الدولي فقط دون عقود البيع الوطنية، لذلك بقيت المخاوف من استخدام الوسائل التقنية للتعبير عن الإرادة موجودة⁽³⁴⁴⁾.

مما لا شك فيه، أن العقد الإلكتروني يتم مثله مثل أي عقد يتبادل الطرفان المتعاقدان التعبير عن إرادتين متطابقتين، وقد كان ذلك نتيجة لما أفرزه التطور الحاصل في الوسائل العلمية الحديثة للاتصال، ونقل المعلومات والبيانات الإلكترونية عن طرق أخرى لإبرام التصرفات القانونية⁽³⁴⁵⁾، ولاسيما العقود واتفاقيات التبادل الإلكتروني للبيانات التجارية، وهذا ما جعل العديد من مشرعي الدول والمنظمات الإقليمية والدولية بالتدخل لإقرار الواقع الذي فرضه التعاقد الإلكتروني، ومن ثم إجازة التعبير عن الإرادة العقدية عبر وسائل إلكترونية⁽³⁴⁶⁾.

لهذا بادرت بعض الدول بوضع مجموعة من القوانين للاعتراف بالوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة، والتي حذت حذو قانون الأونسترال النموذجي لسنة 1996 الذي أقر صراحة، تبادل التعبير عن الإرادة من خلال تبادل البيانات إلكترونيا في المعاملات التجارية، وذلك في نص المادة 11 منه التي تنص على أنه " في سياق تكوين العقود وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول

(343) مندى عبد الله محمود حجازي، مرجع سابق، ص 154.

(344) محمود عبد الرحيم الشريقات، مرجع سابق، ص 46.

(345) ZOIA Michel, « La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique », 1^{er} partie, Gazette du palais, n° 198, 17 juillet 2001, p.16.

(346) بشار طلال مومني، مرجع سابق، ص ص 30-31.

العرض، وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد، لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض."

وقد أكدت أيضا المادة 12 من نفس القانون على ذلك حيث نصت في الفقر الأولى منها على أنه "في العلاقة بين منشئ رسالة البيانات والمرسل إليه لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غيره من أوجه التعبير مفعوله القانوني أو صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه على شكل رسالة بيانات"⁽³⁴⁷⁾.

ويبدو جليا من هاتين المادتين أن عقود التجارة الإلكترونية تتعقد قانونا بمجرد التبادل الإلكتروني لرسائل البيانات، والمتضمنة لإرادة الأطراف على إحداث آثار قانوني، وهذا الأسلوب يصلح لانعقاد هذه العقود، وبذلك يمكن القول أن التعبير الإلكتروني عن الإرادة قد حل بديلا عن أساليب التعاقدية التقليدية.

أجاز قانون التجارة الأمريكي الموحد (UCC) انعقاد عقد بيع البضائع بأي وسيلة ما دامت تظهر تراضي طرفيه، بما في ذلك سلوكهما الذي يدل على إقرارهما وجود العقد. كما اعترف قانون المعاملات الإلكترونية الموحد الصادر عام 1999، صراحة بإمكان التعاقد إلكترونيا عندما قرر أن التسجيل الإلكتروني، يعادل المستند المكتوب خطيا حيث أخذ بمبدأ المعاملة المتساوية أو النظير الوظيفي بين السجلات المكتوبة خطيا والسجلات الإلكترونية⁽³⁴⁸⁾.

كما أجاز التوجيه الأوروبي الخاص بالتجارة الإلكترونية التعبير عن الإرادة باستخدام الوسائل الإلكترونية، وذلك في المادة 9 فقرة 1 حيث ألزمت دول الأعضاء في الاتحاد

⁽³⁴⁷⁾ راجع: دليل تشريع قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الدولية مع دليل التشريع عام 1996 ومع المادة 5 مكرر الإضافية بصيغتها الجديدة المعتمدة في عام 1998، منشورات الأمم المتحدة رقم 99.V.4، الأمم المتحدة، نيويورك، 2000، ص 8.

⁽³⁴⁸⁾ نقلا عن: خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 166.

الأوروبي، بأن تدخل في تشريعاتها ما يسمح بإجراء العقود، بالوسائل الإلكترونية بحيث لا تفقد هذه العقود صحتها أو قابليتها للتنفيذ، لمجرد أنها تمت بوسائل إلكترونية، وبالتالي فقد أقر التوجيه الأوروبي جواز التعبير عن الإرادة، وإنشاء العقود بأي وسيلة ولو كانت إلكترونية⁽³⁴⁹⁾.

من الدول العربية التي اعترفت في قوانينها بالوسائل الإلكترونية كطريقة من طرق التعبير عن الإرادة، نجد قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 الذي أجاز صراحة، التعبير عن الإرادة إلكترونياً وهو ما جاء في المادة 13 التي نصت على أنه "تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي".

يلاحظ أن التشريعات العربية الأخرى والخاصة بتنظيم التجارة الإلكترونية، أتت بنصوص غير بعيدة عن نص المادة 13 الموجود في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني⁽³⁵⁰⁾، من حيث الصياغة أو المضمون، ويرجع ذلك إلى وحدة المصدر الذي استقت منه هذه التشريعات أحكامها وهو قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية.

ترى لجنة الأمم المتحدة أن وضع قانون نموذجي يسائر استخدام التجارة الإلكترونية سوف يساعد، جميع الدول على تعزيز تشريعاتها في استخدام الوسائل المستحدثة، في التعاقد كبديل عن الورق، لذا حثت اللجنة المذكورة أعلاه، جميع الدول على الأخذ بعين الاعتبار والنظرة الإيجابية، إلى قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، عندما تقوم بسن قوانينها أو تنقيحها، للعمل على توحيد القوانين الواجبة التطبيق على البدائل عن الأشكال الورقية للتعاقد.

(349) شحاته غريب شلقامي، مرجع سابق، ص 98.

(350) يقابلها المادة 7 الفقرة 1 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي رقم 2 لسنة 2002، الفصل الأول من الباب الأول من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية، المادة 8 من مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي، والمادة 10 من قانون البحرين الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية.

وعليه يجب على المشرع الجزائري الأخذ بعين الاعتبار توصية لجنة الأمم المتحدة بالاستناد إلى قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية في حالة وضع قوانين جديدة خاصة بالتجارة الإلكترونية أو تعديل القوانين السارية المفعول من أجل مسايرة هذا الزخم الهائل الذي يشهده العالم في مجال التجارة الإلكترونية.

قد أورد المشرع الجزائري نصوص قانونية عامة تدل على حرية التعبير عن الإرادة وطرق هذا التعبير، حيث تنص المادة 59 من ق م ج على أنه " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية." كذلك تنص المادة 60 من نفس القانون على طرق التعبير عن الإرادة كما يلي: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه." وفيما يخص التعاقد بين حاضرين نصت المادة 64 من القانون المدني على ما يلي "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحمل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا، وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل" (351).

نفهم من هذه النصوص مجتمعة أن المشرع الجزائري قد أجاز في القواعد العامة التعبير عن الإرادة، بأي طريقة أو موقف أو وسيلة تدل على التراضي، وكما نفهم كذلك من العبارتين الواردتين في النصوص المذكورة أعلاه "... كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه"، وعبارة "... بطريق الهاتف أو أي طريق مماثل"، أنه يجوز التعبير عن الإرادة إلكترونيا إذا كانت هذه الإرادة سليمة، وتوافرت الشروط المطلوبة لصحتها ولا يشوبها عيب من عيوب التراضي، وذلك مهما كانت الطريقة المستخدمة في التعبير عنها، سواء باستخدام اللفظ سواء كانت الألفاظ صادرة مباشرة عن اللسان أو يؤديها

(351) تقابلها المادة 93 من القانون المدني المصري، والمادة 102 من القانون المدني الأردني، والمادة 143 من القانون المدني الإماراتي، والمادة 95 من القانون المدني السوري.

اللسان بالواسطة كالمخاطبة الهاتفية، وقد يكون التعبير عن الإرادة بواسطة الكتابة في أي شكل من أشكالها رسمية كانت أو عرفية، وسواء كانت مكتوبة باليد أو بالآلة الكاتبة أو بالآلة الطابعة أو بالحاسوب، وقد يتم التعبير عن الإرادة بالإشارة المتداولة عرفاً.

لما كانت شبكة الإنترنت تقوم على الجمع بين تقنيات النص (وذلك بالكتابة كالبريد الإلكتروني، وغرف المحادثة، ومجموعة الأخبار) والصوت مثل (غرف المحادثة وهاتف الإنترنت ومجموعة الأخبار والصورة)، بل وإن هذه الشبكة قادرة على دمج هذه التقنيات (النص والصوت والصورة) بصورة أفضل من أية وسيلة اتصال أخرى، وبالتالي فإن هذا يتيح أماناً تطبيق نص المادة 60 من ق م ج السابقة الذكر للتعبير عن الإرادة، بأي من خدمات شبكة الإنترنت التي أشرنا إليها سابقاً. فقيام المشرع بذكر وسائل التعبير عن الإرادة على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، يهدف إلى إفراح المجال أمام أية وسيلة إلكترونية أو غيرها يتم اكتشافها مستقبلاً وتكون قادرة على التعبير عن الإرادة، بصورة لا تثير الشك على رضا المتعاقد بالتصرف لاعتبارها، من الوسائل المقبولة قانوناً للتعاقد والتعبير عن الإرادة، ويعد إجازة التعبير عن الإرادة إلكترونياً أمراً ضرورياً وذلك لرفع أي لبس أو غموض وللتمكن من إبرام العقود بشكل سليم بالوسائل الإلكترونية.

نستنتج مما سبق، أن القواعد العامة الواردة في القانون المدني والقواعد الخاصة التي جاءت بها القوانين المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية ومشروعاتها، أجازت التعبير عن الإرادة وإبرام العقود عبر الوسائل الإلكترونية، إذا ما تحققت شروط صحة الإرادة والتعبير عنها، كما أن عقود التجارة الإلكترونية أصبحت واقعا ملموسا وأمرام مسلماً به، وهو ما تجلى في تنظيمه تشريعياً على المستوى الدولي والإقليمي والوطني.

الفصل الثاني

تحويلات القواعد القانونية المتعلقة بالعقود تحت تأثير

التجارة الإلكترونية

أحدث التطور التكنولوجي الكائن في عالم الاتصالات، آثارا واسعة على العلاقات والتصرفات القانونية، ولا سيما في مجال الأنشطة التجارية، فبرزت الحاجة إلى تنظيم وتحديث القواعد القانونية المتصلة بها، واستحداث قواعد خاصة تتناسب مع التقنيات الحديثة والوسائل الإلكترونية في التعاقد، وبالتالي تكييف ذلك مع الوسائل المستحدثة.

تتعدد عقود التجارة الإلكترونية بالإتفاق بين طرفين تفصل بينهما مسافة بعيدة، وقد لا يعرف أحدهما الآخر، فكيف يتم التحقق من رضى الأطراف أو من أهليتهم، وخاصة أنه لا يجمعهم مجلس عقد واحد، مع العلم أنه يتطلب لإنعقاد العقد - كسائر العقود - أن يصدر الإيجاب عن أحد طرفي العقد، يقابله ويتطابق معه قبول الطرف الآخر. ويتم التعبير عن إرادة التعاقد إيجابا وقبولا عن بعد، عبر تقنيات الاتصال الحديثة التي تعتمد في استخدامها على شبكة الإنترنت، إضافة إلى ذلك يجب أن يكون العقد صحيحا، ويتحقق ذلك إذا لم تشوب إرادة المتعاقدين عيب من عيوب التراضي.

ومن أهم المشاكل القانونية التي تثيرها عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الإنترنت، زمان ومكان انعقاد العقد، لأنه تعاقد بين غائبين وفقا للقواعد العامة، لكنه تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، حيث لا يوجد فارق زمني ملموس بين الإيجاب والقبول فالتعاقد عبر الإنترنت، رغم أنه يتم عن بعد إلا أنه يتحقق الوجود الافتراضي بين أطرافه (المبحث الأول).

بعد قيام العقد بتوافر أركانه وشروط صحته، ينتج عن ذلك عدة آثار تشمل أساسا التزامات كل طرف في تنفيذ ما يقع على عاتقه من إلزام، حيث يلتزم البائع بنقل محل العقد للمشتري، سواء عن طريق تسليمها مباشرة عن طريق الإنترنت، بأن يتلقاها المشتري على برنامجه الإلكتروني بالموقع الخاص به، أو يتم هذا التسليم ماديا خارج عن الموقع الإلكتروني، أما بالنسبة للمشتري فيقع عليه إلزام دفع الثمن طبقا لما هو متفق عليه في العقد، وعملت التجارة الإلكترونية على تطوير عمليات الدفع أو الوفاء بالثمن، فبعد أن كان الوفاء يتم من خلال الطرق التقليدية، كالنقد العادي والشيكات، أصبح الوفاء يتم بالطرق الإلكترونية كالدفع بالبطاقات البلاستيكية أو النقود الإلكترونية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

تكوين العقد الإلكتروني

الرضا بوجه عام هو اتجاه الإرادة المشتركة لأطراف العقد إلى إحداث أثر قانوني بتوافق إرادتي المتعاقدين، على الإلتزام المقصود من العقد، وهذا التوافق يتحقق وجوده بتطابق الإيجاب مع القبول، وفي عقود التجارة الإلكترونية تتطور العلاقة بين الطرفين وصولاً إلى مرحلة التعاقد عن طريق الإتصال الإلكتروني، بمعنى أن الإيجاب والقبول يكون عن طريق الإنترنت (المطلب الأول).

يثير تلاقي إرادة أطراف العقد عبر شبكة الإنترنت العديد من المشاكل التي تتعلق بصحة التراضي، حيث يشترط لصحة الإرادة الصادرة من الأطراف أن تكون صحيحة ويعتد بها القانون، ويتحقق ذلك بصدورها عن كامل الأهلية، وأن تكون الإرادة سليمة وخالية من عيوب الرضا، بالإضافة إلى المشاكل المتعلقة بصحة التراضي، تثير مسألة تحديد زمان ومكان إبرام العقود الإلكترونية الكثير من الأسئلة القانونية والإشكاليات، من بينها تحديد زمان ومكان تلاقي الإيجاب مع القبول (المطلب الثاني).

المطلب الأول

عناصر الرضا في العقد الإلكتروني

تخضع عقود التجارة الإلكترونية كغيرها من العقود، لمبدأ سلطان الإرادة، وتتجلى إرادة المتعاقدين عن طريق عرض أو إيجاب يصدر عن الطرف الأول (الفرع الأول)، يلاقيه قبول يصدر عن الطرف الثاني (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الإيجاب الإلكتروني

الإيجاب هو التعبير الأول الصادر عن إرادة أحد طرفي العقد، ويكون موجها لطرف آخر يدعوه لإبرام عقد ما، ويتعين أن يتضمن الإيجاب العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه بحيث يتم العقد بمجرد أن يقترن به قبول مطابق، لذا يجب أن يكون الإيجاب جازما وكاملا وباتا يعبر عن إرادة واضحة تهدف إلى إبرام العقد⁽³⁵²⁾.

وقد بينت نصوص القانون المدني الجزائري كيف يصدر الإيجاب ومتى يكون ملزما، وإلى أي وقت، وكيف يقترن به القبول، سواء كان المتعاقدان حاضرين في مجلس العقد أو كان غير موجودين في مجلس واحد، هذا بالنسبة للإيجاب بشكله التقليدي، ولكن هل يمكن تطبيق هذه النصوص على الإيجاب بشكله الإلكتروني؟

عرف بعض الفقه الإيجاب بأنه "عرض جازم وكامل للتعاقد وفقا لشروط محددة يوجهه شخص إلى آخر أو إلى أشخاص معينين أو إلى الكافة"⁽³⁵³⁾ كما عرفه البعض الآخر بأنه "العرض الذي يتقدم به الشخص ليعبر به -على وجه الجزم- عن إرادته في إبرام عقد معين، فينعقد هذا العقد بمجرد صدور القبول"⁽³⁵⁴⁾.

قامت محكمة النقض المصرية بتعريف الإيجاب على أنه "عرض يعبر به الشخص على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد". وعرفته محكمة النقض الفرنسية بأنه "عرض يعبر به الشخص عن إرادته في إبرام عقد معين، يكون ملتزما به في حالة قبوله من المتعاقد الآخر"⁽³⁵⁵⁾.

(352) محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 108.

(353) أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 68.

(354) علي فيلاي، مرجع سابق، ص 88.

(355) نقلا عن: عنادل عبد الحميد المطر، مرجع سابق، ص 175.

كما قامت اتفاقية فيينا لعام 1980 بشأن النقل الدولي للبضائع بوضع معايير لتحديد الإيجاب⁽³⁵⁶⁾، وذلك في المادة 1/14 التي نصت على ما يلي "يعتبر إيجاباً أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجهاً إلى شخص أو عدة أشخاص معينين، وكان محدداً بشكل كاف وتبين منه اتجاه إرادة الموجب إلى الالتزام به في حالة القبول، ويكون العرض محدداً بشكل كاف، إذا عين البضائع، وتضمن صراحة أو ضمناً، تحديد للكمية والتمن، أو بيانات يمكن بموجبها تحديدها"⁽³⁵⁷⁾.

وفقاً للقواعد العامة ينبغي أن يكون الإيجاب بمفهومه التقليدي، جازماً بمعنى أن يعبر عن إرادة مصممة وعازمة نهائياً على إبرام العقد، كما يجب أن يكون محدداً وكاملاً وباتاً ولكي يعتبر العرض إيجاباً على هذا النحو، يجب أن يتضمن طبيعة العقد المراد إبرامه معناه هل العقد بيع أو إيجار أو شركة، وكما يجب أن يشمل العناصر الأساسية التي لا بد من توافرها لإبرام العقد.

الخوض في دراسة مسألة الإيجاب لا يقتضي بحثه بمعناه التقليدي بشكل مفصل، فقد سبقتنا في ذلك كتابات عديدة، لذا سنركز على دراسة الإيجاب في مجال البيئة الإلكترونية خاصة أمام طبيعة التجارة الإلكترونية، التي تقوم على التبادل الإلكتروني للبيانات والمعلومات، وما ارتبط بها من تكنولوجيا الاتصالات المتطورة، التي تعطي صورة مغايرة لمحل العقد مما قد يؤدي إلى تغليب المستهلك الإلكتروني، باعتباره الطرف الضعيف في مثل هذه العقود.

⁽³⁵⁶⁾ نقلاً عن: خالد حمدي عبد الرحمن، التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 49.

⁽³⁵⁷⁾ أنظر إتفاقية فيينا لعام 1980 بشأن النقل الدولي للبضائع، مرجع سابق.

أولاً: مفهوم الإيجاب الإلكتروني

لا يختلف الإيجاب الإلكتروني عن الإيجاب التقليدي، إلا من حيث الوسيلة في التعبير عن الإرادة إلكترونياً مع بقاء الجوهر نفسه، فالإيجاب الإلكتروني هو تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، ويتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد بحيث يستطيع من وجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويتم إرسال الإيجاب عن طريق الاتصالات الإلكترونية، بواسطة البريد الإلكتروني أو موقع إلكتروني على الشبكة أو غرف المحادثة الفورية⁽³⁵⁸⁾.

نظراً لأن العقد الذي ينعقد في إطار التجارة الإلكترونية، يندرج ضمن طائفة العقود التي تبرم عن بعد - كما سبق بيانه - أو ما يعرف بالتعاقد بين غائبين، فإنه ينبغي تعريف الإيجاب الإلكتروني طبقاً لهذه العقود، وعلى هذا الأساس عرف بعض الفقه الإيجاب الإلكتروني بأنه "تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية، ويتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد، بحيث يستطيع من يوجه إليه الإيجاب أن يقبل التعاقد مباشرة"⁽³⁵⁹⁾.

كما عرف التوجيه الأوروبي رقم 66 لسنة 1997 الخاص بحماية المستهلكين في العقود التي تتم عن بعد الإيجاب بأنه "كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه، أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان"⁽³⁶⁰⁾.

⁽³⁵⁸⁾ MAS Florence, op cit, p.67.

⁽³⁵⁹⁾ مصطفى أحمد إبراهيم نصر، مرجع سابق، ص 120.

⁽³⁶⁰⁾ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 69.

وتعرف الغرفة التجارية والصناعية لباريس عرض التعاقد أو الإيجاب الإلكتروني على النحو التالي " كل اتصال عن بعد، يحتوي على كل العناصر اللازمة التي تمكن المرسل إليه من الموافقة مباشرة على الدخول في عقد"⁽³⁶¹⁾.

يتضح مما تقدم أن خصوصية الإيجاب تكمن في التعبير عنه من خلال شبكة اتصال عالمية عن بعد، تسمح فيه للموجب باستعمال هذه الوسيلة، لتحديد نوع العقد المراد إبرامه بصفة جازمة ومحددة وباتة⁽³⁶²⁾، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن التعريفين المتقدمين يشوبهما بعض الغموض والنقص، حيث أنهما لم يحددان نوع وسائل الاتصال عن بعد وهي كثيرة، كما أنهما لا يحتويان على خصائص الإيجاب الإلكتروني التي تسمح بتمييزه عن الإيجاب التقليدي.

قد ورد في الملحق المرفق بالتوجيه الأوروبي رقم 97/7/CE، وكذا التقرير المقدم إلى رئيس الجمهورية الفرنسي، بشأن المرسوم رقم 2001/741 ذكر على سبيل المثال لا الحصر وسائل الاتصال عن بعد ومنها، المطبوعات الصحفية مع طلب الشراء، الكتالوجات، التليفون مع إظهار الصورة، التلفزيون، الإنترنت⁽³⁶³⁾.

مما سبق يمكن بدورنا تعريف الإيجاب الإلكتروني على أنه "كل ما يصدر أولاً من أحد المتعاقدين سواء قول أو فعل أو كتابة أو غيره، عن طريق استخدام أحد وسائل الاتصال الحديثة، متضمناً كافة العناصر الأساسية للعقد، بما يدل على انصراف إرادته إلى إنشاء وانعقاد العقد بمجرد القبول".

(361) نقلاً عن: صفوان حمزة إبراهيم عيسى، مرجع سابق، ص 81.

(362) بشار طلال مومني، مرجع سابق، ص 58.

(363) محمد حسن قاسم، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 19، خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 317، عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص 249.

1- شروط الإيجاب الإلكتروني

يتضح من النصوص القانونية وأحكام القضاء، والتعريفات الفقهية السابق الإشارة إليها، أنه يشترط في الإيجاب الإلكتروني كما في الإيجاب التقليدي، مجموعة من العناصر لكي يكون ملزم قانوناً، وفي الحقيقة هناك ثلاثة عناصر ضرورية للعرض ليكون إيجاباً قانونياً فعالاً وهي⁽³⁶⁴⁾:

1- أن يكون جازماً، ويقصد بذلك أن يكون صادراً عن نية باتة في التعاقد، فإذا كان من وجه العرض لم يعقد عزمه نهائياً على التعاقد، فإننا لا نكون بصدد إيجاب بل تجاه مجرد دعوة إلى التفاوض بشأن العقد، وينطبق ذلك على الإيجاب الإلكتروني من خلال عبارات الإيجاب أو صيغته.

2- يجب أن ينطوي الإيجاب على عرض بات، غير معلق على شرط ومحدداً بوضوح وقاطعاً لا يحتمل التأويل أو الغموض، فالإيجاب إذن هو العرض الذي يعبر به الشخص على وجه جازم، عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا اقترن به قبول مطابق له انعقد به العقد، وينطبق ذلك على جميع العقود سواء تمت من خلال الوسائل التقليدية أو الإلكترونية.

3- اتصال الإيجاب بعلم من وجه إليه، إذ أن التعبير عن الإرادة طبقاً للقواعد العامة لا ينتج أثره بمجرد صدوره، وإنما باتصاله بعلم من وجه إليه، فأما قبل اتصال الإيجاب بعلم من وجه إليه فإننا نكون بصدد إيجاب واقعي، أما الإيجاب القانوني فلا يقوم إلا باتصاله بعلم من وجه إليه.

(364) بشار طلال مومني، مرجع سابق، ص 58، مندى عبد الله محمود حجازي، مرجع سابق، ص 274 وما بعدها، مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص 274، محمود عبد الرحيم الشريقات، مرجع سابق، ص 131-132، أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، الفقرة 109، ص 139، ورامي محمد علوان، مرجع سابق، ص 247-248، هالة جمال الدين محمد محمود، مرجع سابق، ص 132.

الواقع أنه في مجال التجارة الإلكترونية، لا يوجه الإيجاب إلى شخص معين بالذات وإنما يهدف إلى إقامة علاقة عقدية، مع أي شخص بصرف النظر عن جنسيته ومكان وجوده، حيث يمكن أن يكون العرض موجها للجمهور ويكون إيجابا صحيحا ينطوي على نية التعاقد مع أي شخص يبدي إرادته في قبوله⁽³⁶⁵⁾.

يتبين من ذلك أن الإيجاب الإلكتروني ينقسم إلى نوعين، فيمكن أن يكون موجها إلى مجموعة من أشخاص غير معينين، ويسمى بالإيجاب العام، وكما يمكن أن يكون موجها إلى شخص معين، ويسمى بالإيجاب الخاص.

فالإيجاب العام الإلكتروني، هو ذلك العرض الموجه إلى جميع زائري الموقع عبر صفحات الويب (web) التجارية، المنتشرة على شبكة الإنترنت التي تكون في أغلب الأحوال مفتوحة للجمهور عامة، ويكون عادة غير محدد بفترة زمنية، ولا تكون شخصية القابل ذات اعتبار شخصي بالنسبة للموجب، وإذا ما صادف الإيجاب قبول صادر من أي شخص من الجمهور، فينتهي مفعول هذا الإيجاب بالنسبة للأشخاص الآخرين⁽³⁶⁶⁾.

أما الإيجاب الخاص، فهو الذي يتم عادة من خلال البريد الإلكتروني أو من خلال المحادثة المباشرة عن طريق كاميرا خاصة توصل بجهاز الحاسوب لدى الطرفين⁽³⁶⁷⁾، ومنه فإنه لا يمكن أن يكون إلا موجها إلى شخص محدد، أو أشخاص معينين دون غيرهم وهو يكون في العادة محددًا بفترة زمنية، وبالتالي يسقط هذا الإيجاب بمجرد انتهاء تلك الفترة⁽³⁶⁸⁾.

⁽³⁶⁵⁾ LE TOURNEAU Philippe, op cit, p.9.

⁽³⁶⁶⁾ FÉRAL-SCHUL Christiane, op cit, p.292.

⁽³⁶⁷⁾ GHAZOUANI Chiheb, op cit, p.139.

⁽³⁶⁸⁾ ذهبت إحدى المحاكم باستراليا في قضية توماس وسميث اللذين قاما بإبرام عقد إلكتروني بينهما، وتتلخص وقائع تلك القضية "في قيام توماس بعرض طائفة للبيع على موقع ebay.com مع تحديده لمدة العرض بعشرة أيام بسعر أدنى 150 ألف دولار أسترالي، تقدم سميث لشراء تلك الطائفة بالمبلغ المعروف " 150 ألف دولار " وذلك خلال المدة المحددة للعرض، إلا أن توماس امتنع عن تنفيذ هذا العقد لرغبته في البيع بمبلغ أكبر، ودفع توماس أمام المحكمة بعدم وجود علاقة =

2- خصائص الإيجاب الإلكتروني

يتميز الإيجاب الإلكتروني ببعض الخصوصيات التي تتعلق بطبيعته، حتى وإن كان يخضع لنفس القواعد العامة التي تنظم الإيجاب التقليدي، إلا أنه يختص بعدة خصائص أهمها أن التعبير عن الإيجاب، يتم من خلال شبكة عالمية للاتصالات عن بعد، وذلك باستعمال وسيط إلكتروني الذي يسمح له بتخطي حدود الدول، ويكون بذلك في الغالب ذو طابع دولي.

أ- الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد

الإيجاب المرسل عبر شبكة الإنترنت يمكن الموجب من عرض إيجابه، بكل سهولة عبر صفحات الويب أو البريد الإلكتروني أو بالتداول المباشر من خلال غرف المحادثة، فالتعاقد عبر الإنترنت يكون بين غائبين لا يجمع بينهما مكان واحد، حيث يكون الشخص الموجه إليه الإيجاب في مكان بعيد.

لذا يجب أن يتضمن الإيجاب الإلكتروني بيانا تفصيليا⁽³⁶⁹⁾، ودقيقا للسلعة أو الخدمة محل التعاقد⁽³⁷⁰⁾، مع إعلام الموجب له بالبيانات الشخصية للموجب، كموقعه الإلكتروني وعنوانه الحقيقي، ومركز أعماله الرئيسي واسمه وعمره... الخ، وكذا بيان وسائل

مباشرة بينه وبين سميث، وأن علاقته تنحصر فقط مع موقع ebay.com، وأن عرضه على هذا الموقع هو مجرد دعوة للتعاقد فقط، إلا أن المحكمة الأسترالية رفضت تلك الدفوع وقضت بانعقاد هذا العقد وتنفيذه". رجع: عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، الهامش رقم 1، ص 261.

⁽³⁶⁹⁾ نظرا لأن العقود الإلكترونية تنتمي إلى طائفة العقود عن بعد، فمن المنطقي أن يكون الإيجاب الإلكتروني إيجابا عن بعد، وبالتالي فهو يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، والتي تفرض على المهني أو المورد مجموعة من القيود والالتزامات التي يلتزم بها تجاه المستهلك الإلكتروني ونذكر منها، تزويد المستهلك بمعلومات حول شخصية التاجر عنوانه والمركز الرئيسي له، وعنوان البريد الإلكتروني، والخصائص الأساسية للمنتجات والخدمات المعروضة، وأوصافها، وأثمانها، ووسائل الدفع، والتسليم.

⁽³⁷⁰⁾ هالة جمال الدين محمد محمود، مرجع سابق، ص 139.

الوفاء الإلكتروني بالمقابل العقدي، وترك الخيار للمستهلك بين استبدال السلعة أو الرجوع في التعاقد والتمتع بالضمان ما بعد البيع⁽³⁷¹⁾.

ب- الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني

يعتمد الإيجاب الإلكتروني ليكون له وجود على وسيط إلكتروني، وهو مقدم الخدمة الإلكترونية الذي بدوره لا يمكن أن يعبر عن هذا الإيجاب، حيث يتم العرض الذي يتضمن إيجاب من خلال الشبكة، وباستخدام تقنية الوسائط المتعددة (Multimédia) التي تقوم بعرض المنتجات والخدمات بكل دقة.

بما أن الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، فإن المتعاقدين لا يتعرفان على بعضهما البعض إلا عبر هذه التقنيات، وبالتالي فإن مشكلة تحديد هوية الشخص المتعاقد، تعد من أهم المعوقات التي تواجه الشخص الراغب في التعاقد عبر شبكة الإنترنت، لذا يجب على كل عارض لسلعة أو خدمة على الإنترنت أن يضمن عرضه بالبيانات التي تسمح بتحديد هوية الموجب أو مقدم الخدمة الإلكترونية، عنوانه البريدي أو عنوان بريده الإلكتروني، رقم هاتفه، رقم تسجيله في السجل التجاري، مقره الاجتماعي.....الخ، وكل بيان آخر يدل على هوية الموجب.

نجد أن هذه البيانات قد ذكرها التوجيه الأوروبي رقم 97/7/CE الصادر في 20 ماي 1997 بشأن حماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، في المادة 1/04 التي تنص على أنه "ينبغي على المهني، قبل إبرام العقد أن يقوم بإعلام المستهلك بقائمة من البيانات الإلزامية، التي تضمن تحديد ذاتية مقدم المنتج أو الخدمة..."⁽³⁷²⁾

⁽³⁷¹⁾ أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 139، مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص 288.

⁽³⁷²⁾ Article 4-1 de directive sur la vente à distance prévoit la fourniture, préalablement à la conclusion de tout contrat avec un consommateur, des informations suivantes :

- l'identité du fournisseur et le cas échéant, lorsqu'il y a un paiement anticipé, son adresse ;=

كما أن التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 الصادر في 8 جوان 2000 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ينص في المادة 05 على الالتزامات التي تقع على مقدم السلع أو الخدمات على شبكة الإنترنت، ومن بينها أنه "يجب أن يوضح البائع لعميله: اسم شركته، عنوانه الجغرافي، وعناصر تحديد هويته..."⁽³⁷³⁾.

تبني المشرع الفرنسي نص هذه المادة في القانون رقم 04/575 لسنة 2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي في المادة 19 منه⁽³⁷⁴⁾، وفي حقيقة الأمر أن هذه المادة قد أخذت بنفس القواعد المنصوص عليها في نص المادة 18-121 L. من قانون الاستهلاك الفرنسي التي تنص على أنه "في كل إيجاب لبيع أموال منقولة أو تقديم خدمات عن بعد يلتزم المهني بأن يوضح للمستهلك: اسم مشروعه، وأرقام هواتفه، وعنوان مركز إدارته، إذا كان مختلفا عن المؤسسة المسؤولة عن الإيجاب..."⁽³⁷⁵⁾.

من بين التشريعات العربية التي نصت على إلزامية تحديد هوية المتعاقد، عبر الخط نجد القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، حيث ورد بالفصل الخامس أنه يجب على البائع في المعاملات التجارية والإلكترونية أن يوفر

-
- les caractéristiques essentielles des biens ou service,
 - prix des biens ou services toutes taxes comprises,
 - les frais de livraison,
 - les modalités de paiement, de livraison, d'exécution ;
 - le cout de l'utilisation de la technique de communication à distance lorsqu'il est calculé sur une base autre que le tarif de base ;
 - la durée de validité de l'offre ou du prix ;
 - la durée du contrat pour la fourniture durable ou périodique d'un bien ou d'un service ;
 - le rappel de l'existence du droit de rétractation dans le cas ou celui-ci s'applique.

⁽³⁷³⁾ BUSSEUIL Guillaume, Sous la direction de ROCHFELD Judith, op cit, p.p.74-75.

⁽³⁷⁴⁾ GRYNBAUM Luc, « Loi économie numérique : le sacre des égalités formelle », Revue des contrats, n° 2, 01 avril 2005, p.282. ; A.CAPRIOLI Eric et AGOSTI Pascal, op cit, p.14.

⁽³⁷⁵⁾ Article L121-18-1 du code de la consommation Modifié par LOI n°2010-853 du 23 juillet 2010 - art. 35 « Sans préjudice des informations prévues par les articles L. 111-1, L. 111-2 et L. 113-3 ainsi que de celles prévues pour l'application de l'article L. 214-1, l'offre de contrat doit comporter les informations suivantes : 1° Le nom du vendeur du produit ou du prestataire de service, des coordonnées téléphoniques permettant d'entrer effectivement en contact avec lui, son adresse ou, s'il s'agit d'une personne morale, son siège social et, si elle est différente, l'adresse de l'établissement responsable de l'offre ».

للمستهلك، بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد المعلومات الآتية : هوية البائع، وعنوانه، وهاتف البائع، أو مسدي الخدمة⁽³⁷⁶⁾.

ج- الإيجاب الإلكتروني في الغالب إيجابا دوليا

يتم الإيجاب الإلكتروني باستخدام وسائط إلكترونية عبر شبكة دولية للاتصالات والمعلومات، لذلك فهو لا يتقيد بحدود الدولة السياسية والجغرافية، ويكون الإيجاب الإلكتروني تبعا لذلك إيجابا دوليا نظرا لما تتسم به شبكة الإنترنت من الانفتاح والعالمية.

رغم ذلك يرى البعض، أنه لا يوجد ما يحول من قصر الإيجاب الإلكتروني على منطقة جغرافية محددة⁽³⁷⁷⁾، بحيث يكون له نطاق جغرافي ومكاني معين، فقد يقصر الموجب عرض المنتجات والخدمات على منطقة جغرافية معينة، مثل ذلك ما نلاحظه في بعض مواقع الويب الفرنسية المنتشرة على الإنترنت، وكذا ما أشار إليه البند الرابع من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية، التي تحدد المنطقة الجغرافية التي يغطيها الإيجاب⁽³⁷⁸⁾، وأيضا ما تقرره الولايات المتحدة الأمريكية من حظر توجيه الإيجاب للدول الموقع عليها عقوبات اقتصادية، مثل كوبا وكوريا الشمالية⁽³⁷⁹⁾.

يتبين من ذلك أن الإيجاب الإلكتروني قد يكون إقليميا أو دوليا، ومن ثم فإن الموجب لن يلتزم بإبرام عقود أو تسليم منتجات خارج النطاق الإقليمي الذي حدده سلفا.

⁽³⁷⁶⁾ عمرو عبد الفتاح علي بونس، مرجع سابق، ص 252.

⁽³⁷⁷⁾ محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية (أركانها-إثباتها-حمايتها-التوقيع الإلكتروني-القانون الواجب التطبيق) "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 63.

⁽³⁷⁸⁾ أوسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 77.

⁽³⁷⁹⁾ خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 323.

ثانياً: تمييز الإيجاب عن غيره من طرق إعلان الرغبة في التعاقد

حتى نتمكن من تحديد ما إذا كانت الدعوة المعروضة على الإنترنت يعد إيجاباً أو دعوة للتعاقد، أو يعتبر ذلك من أعمال الدعاية والإعلان، فإنه يتعين علينا وضع الفارق بينهما.

1- تمييز الإيجاب عن الدعوة إلى التعاقد

يقصد بالدعوة إلى التعاقد، العرض الذي يتقدم به شخص للتعاقد دون أن يحدد عناصره وشروطه، فهي لا تعدو أن تكون طرحاً لفكرة إبرام العقد على الطرف الآخر، أما الإيجاب - مثل ما سبق بيانه - فهو التعبير عن إرادة باتة، ويتضمن جميع عناصر العقد الأساسية⁽³⁸⁰⁾.

تبدو أهمية التفرقة بين الإيجاب الإلكتروني والدعوة إلى التعاقد، في كون الدعوة لإبرام عقد ما يدل على أن العرض مازال في مرحلة التفاوض، على العقد الذي لم يحدد له كافة عناصره وشروطه الأساسية، ومن ثم فإن الأطراف غير ملزمة بإبرام العقد، أما الإيجاب فإنه يدل على الخروج من دائرة التفاوض والدخول في مرحلة إبرام العقد⁽³⁸¹⁾.

يظهر من ذلك، أن كلا من الدعوة للتفاوض والإيجاب تعبير عن الإرادة، والفارق بينهما فارق وظيفي، فالدعوة إلى التفاوض وظيفتها مجرد الإعلان من صاحبها عن رغبة مجردة في التعاقد، بقصد اكتشاف من تكون لديه رغبة مقابلة، وأما الإيجاب فوظيفته صياغة مشروع محدد المعالم قابل للتحويل إلى اتفاق، بمجرد إعلان قبوله ممن وجه إليه⁽³⁸²⁾.

(380) عنادل عبد الحميد المطر، مرجع سابق، ص 208.

(381) ZOIA Michel, op cit, p.14.

(382) صفوان حمزة إبراهيم عيسى، مرجع سابق، ص 91.

لما كان العقد لا ينعقد إلا بصدور إيجاب يتبعه قبول، فهل يعد عرض البضائع والخدمات على شبكة الإنترنت، إيجابا يحتاج لقبول انعقاد العقد أم أنه مجرد دعوة إلى التفاوض؟

ذهب بعض الفقه إلى وجوب وصف الإيجاب، بأنه مجرد دعوة للتفاوض أو للتعاقد وأنه لا يستقر التعاقد على الوجه النهائي، إلا بعد مفاوضات ومباحثات، يجرى خلالها قبول عرض الإيجاب بعد أن يتم تحديد كافة العناصر الجوهرية به⁽³⁸³⁾.

في حين يرى جانب آخر من الفقه - وهو الرأي الذي نؤيده - إلى أن الفرق بينهما هو النية الجازمة في التعاقد⁽³⁸⁴⁾، فالإيجاب يجب أن يتوافر فيه الجزم والبت، بنية أكيدة وإرادة نهائية في التعاقد، بينهما الدعوة إلى التعاقد مجرد عرض يتضمن إرادة أولية ترغب في التعاقد، ويستخلص قاضي الموضوع هذه النية من عبارات الإيجاب والظروف المتعلقة بالدعوى المعروضة عليه.

بناء على ذلك، فإنه إذا تضمن عرض السلع والخدمات عبر شبكة الإنترنت تعيين المبيع وتحديد الثمن، فإن هذا العرض يعد إيجابا قياسا على عرض السلع، في واجهات المحلات التجارية - التقليدية - مع بيان أثمانها، إذ أنه في كلتا الحالتين يمكن للمستهلك أن يأخذ تصورا أو فكرة ولو عامة، عن العرض سواء كان بالحضور المادي أو عن طريق شبكة الإنترنت، أما إذا عرض صاحب الموقع الإلكتروني لسلعه وخدماته مع بيان أوصافها، وتحديدها تحديدا تاما من دون ذكر سعرها، تاركا ذلك ليكون موضوعا للمناقشة والمساومة

(383) عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص 126.

(384) بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري "دراسة مقارنة"، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 18.

أو احتفظ لنفسه بإمكانية تعديل العرض أو حقه في رفض البيع لاحقاً، دون إبداء الأسباب فإن ذلك يعد دعوة للتعاقد وليس إيجاباً⁽³⁸⁵⁾.

نرى أنه من الضروري صياغة الإعلان عبر الإنترنت بدقة ووضوح، لكي لا يختلط الإيجاب بالدعوة للتعاقد، نظراً لما يترتب على ذلك من مسؤولية في حال الإخلال بالعقد عند النقاء القبول مع الإيجاب، ومن ثم فإنه لا بد من وضع شروط محددة مسبقاً، بموجب عقد نموذجي للدعوة إلى التفاوض، يمهد لإبرام عقد مستقبلي بين الطرفين بشكل واضح يفيد أن العرض عبر الإنترنت، إنما هو مجرد دعوة للتفاوض ولا يترتب التزاماً قانونياً على الجهة المعلننة عن السلعة أو الخدمة.

فالإعلان عن العرض عبر شبكة الإنترنت من خلال موقع إلكتروني أو بريد إلكتروني، لا يعد إيجاباً باتاً بل دعوة إلى التعاقد من أحد الطرفين يحتاج لقبول الدعوة حتى يقال بأنه إيجاب حقيقي، وينعقد العقد إذا وافق ذلك الإيجاب الحقيقي قبولاً من الطرف الثاني.

2- تمييز الإيجاب عن أعمال الدعاية والإعلان

يقصد بأعمال الدعاية والإعلان⁽³⁸⁶⁾، كل عمل من شأنه التعريف بالسلعة أو الخدمة وإبراز سماتها ومزاياها وطريقة استخدامها، وذلك بغية ترويج السلعة أو الخدمة وحث المستهلك على شرائها، ومنه فإن الدعاية والإعلان هما عمليتي تعريف بالسلعة ووصف لها ثم إغراء المستهلك على شرائها⁽³⁸⁷⁾، وهما بذلك يختلفان اختلافاً كلياً عن الإيجاب، لكونهما

⁽³⁸⁵⁾ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 18.

⁽³⁸⁶⁾ عرفت القواعد الأوروبية المتعلقة بالتلفاز العابر للحدود الصادر سنة 1997 الإعلان بأنه "مجموعة الرسائل التي يبثها شخص عام أو خاص في إطار نشاطاته التجارية الصناعية أو المهنية التي يهدف من خلالها إلى الترويج لمنتجاته أو خدماته". مشار إليه لدى: نضال سليم إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 60، أنظر كذلك: جليل الساعدي، مرجع سابق، ص 63.

⁽³⁸⁷⁾ SEIDOWSKY Oswald, op cit, p.188.

لا يتضمنان عرضاً للتعاقد، بل كل ما يعلّنه هو وصف السلعة أو الخدمة بشكل ترويجي يهدف إلى جلب أو لفت انتباه المستهلكين، دون تقديم العناصر اللازمة لإبرام العقد⁽³⁸⁸⁾.

يثور التساؤل، حول مدى اعتبار الإعلان الذي يبيث عن السلعة أو الخدمة عبر وسائل الاتصال الحديثة، إيجاباً أو مجرد دعوة إلى التعاقد؟

للإجابة على هذا التساؤل نستعرض مختلف الآراء الفقهية التي اختلفت حول اعتبار هذا الإعلان إيجاباً بالتعاقد، أو مجرد دعوة من المنتج أو صاحب المتجر الافتراضي إلى الدخول معه في مفاوضات ينتهي بها إلى إبرام العقد.

فقد ذهب الاتجاه الأول من الفقه إلى اعتبار الإعلان الذي يتم عبر وسائل الاتصال عن بعد إيجاباً تاماً إذا تضمن العناصر الأساسية للعقد ومن ضمنها تحديد الثمن⁽³⁸⁹⁾.

في هذا الشأن، المشرع الجزائري لا يستلزم لقيام الإيجاب سوى أن يتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، وهذا ما جاء في المادة 65 ق م ج التي تنص على أنه "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظ بالمسائل التفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطاً أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد مبرماً وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة".

يقصد بالعناصر الجوهرية للعقد تلك المسائل التي هي قوام العقد وأركانه الأساسية وأن هذه الأخيرة تختلف باختلاف العقد، فإذا كان عقد بيع مثلاً فالعناصر الأساسية تتمثل في المبيع والثمن، وفي عقد الإيجار تتمثل في الأجرة والمدة والشئ المؤجر، وعلى هذا الأساس إذا تضمن العرض جميع العناصر الأساسية، التي تجعله جازماً وكافياً للتعبير عن

(388) عنادل عبد الحميد المطر، مرجع سابق، ص 213.

(389) مصطفى أحمد إبراهيم نصر، مرجع سابق، ص 158.

الأسس الجوهرية للتعاقد، فإنه يعتبر إيجابا صالحا لأن يقتصر به قبول، أما المسائل التفصيلية فلا يشترط أن يتضمنها ويلزم مع ذلك ألا يقوم بشأنها خلاف.

ولا يؤثر في الإيجاب إذا تم تعليقه على شرط "عدم نفاذ الكمية" أو "أن هذا العرض يظل ساريا حتى نفاذ الكمية" أو "أن التخفيض على الأسعار ساريا حتى نفاذ الكمية"، فكل هذه العبارات لا تؤثر في كون هذا الإعلان والعرض إيجابا، وليس دعوة إلى التعاقد وعلى ذلك يعتبر التاجر في حالة إيجاب دائم⁽³⁹⁰⁾.

يتبين مما سبق، أن هذا الرأي اعتبر الإعلان إيجابا إذا توافر فيه شروطه الأساسية من تحديد للمبيع والتمن، أما إذا تخلف أحدهما فإنه يعتبر مجرد دعوة إلى التعاقد أو الدخول في مفاوضات وليس إيجابا، وأنه في حالة ما إذا احتفظ المنتج لنفسه بإمكانية تعديل العرض بإرادته المنفردة، أو إذا احتفظ بحقه في رفض البيع دون تحديد الأسباب، فإن ذلك يعتبر كذلك دعوة إلى التعاقد وليس إيجابا⁽³⁹¹⁾.

ذهب رأي ثاني - وهو الرأي الذي نؤيده - إلى عدم اعتبار الإعلان إيجابا، بل هو مجرد دعوة إلى التعاقد والتفاوض⁽³⁹²⁾، ببثها المنتجات إلى المستهلكين عبر شبكة الإنترنت، تحت المستهلك إلى الدخول في مفاوضات ينتهي بها المقام إلى إبرام العقد، فما يبث عبر الإنترنت خال من العزم، فهو يعتبر عرضا للسلع التي ينتجها المنتج فقط، دون التزام عليه وقد يحدث في بعض الأحيان، أن يرد فيما يبث عبر الإنترنت من عبارات تفيد، أن المنتج غير ملتزم "دون التزام" أو "بعد التأكيد" أو "أن هذا العرض هو مجرد دعوة إلى التفاوض"⁽³⁹³⁾.

⁽³⁹⁰⁾ GHZOUANI Chiheb, op cit, p.137.

⁽³⁹¹⁾ إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 110.

⁽³⁹²⁾ عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص 129.

⁽³⁹³⁾ أوسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر شبكة الإنترنت، مرجع سابق، ص 73.

لذلك لا يكفي مجرد عرض البضائع وأوصافها على الإنترنت، للتعبير عن الرغبة النهائية والجازمة للتعاقد، وإنما لابد أن يتوافر في هذا العرض كل العناصر التي تبين وتؤكد على الرغبة الباتة لدى الموجب في التعاقد، والتي نرى أنها غالبا وفي الأعم لا تتوافر على هذه العناصر⁽³⁹⁴⁾.

من الحجج التي يستند إليها هذا الرأي، ما ورد في اتفاقية الأمم المتحدة الموقعة في فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع سنة 1980، التي تعتبر أن العرض الذي يوجه إلى شخص أو أشخاص غير معينين، لا يعد سوى دعوة للتعاقد ما لم يكن المنتج قد أظهر بوضوح عن اتجاه قصده إلى غير ذلك⁽³⁹⁵⁾.

كما حسمت الأونسترال هذه المسألة في مشروعها للعقد النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، بالنص في البند الخاص في تعريف الإيجاب في المادة 1-2-3 على أنه "تمثل الرسالة إيجابا إذا تضمنت إيجابا لإبرام عقد مرسل إلى شخص واحد أو أشخاص محددين ما داموا معروفين على نحو كاف وكانت تشير إلى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول ولا يعتبر إيجابا الرسالة المتاحة إلكترونيا بوجه عام ما لم يشر إلى غير ذلك"⁽³⁹⁶⁾.

نرى من جهتنا أن هذا الرأي الأخير جدير بالأخذ به، وذلك لأن هذا النوع من الإعلانات والعروض، قد يثير خلافا في مدى اعتباره إيجابا من عدمه في حين أنه لا يتعدى كونه مجرد عرض لمنتج أو خدمة معينة عبر الإنترنت، وإن كان يتضمن وصفا لعناصر ذلك المنتج أو الخدمة، لأن المستخدم عندما يقوم بالتصفح عبر الإنترنت لمواقع تقوم بالإعلان والدعاية للسلع والخدمات، وعند قيامه بالضغط على الأيقونة المخصصة للطلب أو

⁽³⁹⁴⁾ محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص 139.

⁽³⁹⁵⁾ La convention de vienne en son article 14-2 précise qu' « une proposition adressée à des personnes indéterminées est considérée seulement comme une invitation à l'offre, à moins que la personne qui a fait la proposition n'ait clairement indiqué le contraire ».

⁽³⁹⁶⁾ أنظر قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996، مرجع سابق.

الشراء مع استكمال له للبيانات، اللازمة للطلب ينقلب ذات العرض إلى إيجاب صادر من العميل وموجه للبائع.

ثالثا: بعض المسائل القانونية المتعلقة بالإيجاب الإلكتروني

يثير الإيجاب الإلكتروني في التعاقد عبر شبكة الإنترنت عدة صعوبات، لا نظير لها في الإيجاب الذي يعبر عنه عبر وسائل تقليدية، وأساس ذلك هو التباعد بين طرفي العقد فالالتقاء بينهما لا يتم إلا من خلال شبكة الإنترنت، التي تعد بيئة غير مادية حيث يتم تبادل التعبير عن الإرادة من خلال الرسائل الإلكترونية، ولهذا فإن تحديد النطاق المكاني للإيجاب الإلكتروني أصبح ضرورة ملحة، مع ما حققته شبكة الإنترنت من كسر الحواجز المكانية واختراق الحدود، وفرضها لكثير من المفاهيم الجديدة المشتركة، ورغم ذلك لم تستطع أن توحد اللغات المختلفة للشعوب عالميا أو إقليميا أو حتى محليا.

1- النطاق المكاني للإيجاب الإلكتروني

يعتبر الإيجاب الصادر من الموجب عبر وسائل الاتصال الحديثة إيجابا ليس له نطاق مكاني محدد، فالإنترنت مثلا تعد وسيلة إلكترونية حديثة غير محددة النطاق، تنقل كل ما يبث عليها من مواقع وأسواق افتراضية، دون التقيد بحدود دولة معينة أو إقليم معين⁽³⁹⁷⁾.

وعليه فإن الإيجاب الإلكتروني وخاصة عبر شبكة الإنترنت، يعتبر إيجابا عاما موجها لجميع سكان المعمورة، وهذا بحسب الأصل، إلا أن الموجب في بعض الأحيان يضع شرطا لإيجابه، الصادر عبر هذه الوسائل ويحدد له نطاقا جغرافيا معيناً⁽³⁹⁸⁾، بحيث إن هذا الإيجاب إذا صادفه قبول من خارج نطاقه المحدد، فإن العقد لا ينعقد ولا يكون الإيجاب

⁽³⁹⁷⁾ MAS Florence, op cit, p.p.71-72.

⁽³⁹⁸⁾ GHZOUANI Chiheb, op cit, p.133.

ملزما لصاحبه، فمثلا يقرر المورد لسلعة معينة أن عرضه لبيع هذه السلعة لا يكون إلا في حدود دولة أو إقليم معين فقط⁽³⁹⁹⁾.

تظهر أهمية تحديد النطاق المكاني للإيجاب بالنسبة لمورد السلعة، في حالة نفاذ الكمية أو نشوب نزاع حول تنفيذ العقد، إذ يكون المورد في مأمن من التشريعات الوطنية لبلد المستهلك، الذي يقع موطنه خارج نطاق الإيجاب المحدد.

وكمثال على تحديد النطاق المكاني للإيجاب الموجه عبر شبكة الإنترنت، وهو ما نلاحظه في بعض مواقع الويب الفرنسية التي تقصر الإيجاب فقط على الدول الفرنكفونية الناطقة بالفرنسية، ومثال ذلك ما نص عليه المركز التجاري (Infonie) من أن "العروض ليست صالحة إلا في الإقليم الفرنسي"⁽⁴⁰⁰⁾، وكذلك ما نصت عليه شروط المركز التجاري (Apple store) من أن هذا المركز "يبيع المنتجات في الولايات المتحدة الأمريكية وألاسكا وهاواي فقط"⁽⁴⁰¹⁾.

2- لغة الإيجاب

تثير عالمية شبكة الإنترنت، من حيث إمكانية الاتصال بها من أي شخص والانتفاع بما تقدمه من خدمات من أي مكان، مشكلة اللغة المستعملة في توجيه الإيجاب، خاصة إذا كانت اللغة التي يستخدمها كل طرف في التعبير عن إرادته مختلفة، وهذا الاختلاف قد يترتب عليه اختلاف التعبير عن القصد.

بالرجوع لقانون الاستهلاك الفرنسي رقم 21 لسنة 1988 نجد أنه يتطلب في الإيجاب أن يكون باللغة الفرنسية، وكما ورد في التشريع الفرنسي الصادر في 1994/8/4 المسمى

⁽³⁹⁹⁾ محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الإنترنت، دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني رقم (15) لسنة 2004، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص ص 75-76.

⁽⁴⁰⁰⁾ أنظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 77، محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 42.

⁽⁴⁰¹⁾ راجع: عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، هامش رقم 1، ص 268.

بقانون (Toubon)⁽⁴⁰²⁾، في المادة 2 منه وجوب استعمال اللغة الفرنسية أو على الأقل ترجمة للتعبير عن الإيجاب، بذات اللغة في جميع أنواع التجارة، بما فيها التجارة الإلكترونية وتشمل هذه الترجمة على وجه الخصوص، في وصف المنتج أو الخدمة وتعيين نطاق الإيجاب، كذلك طرق التشغيل أو الاستعمال وفي الفواتير والإيصالات⁽⁴⁰³⁾.

نرى أنه إذا كان بعض التشريع الفرنسي، يستوجب استعمال اللغة الوطنية في التعبير عن الإيجاب تحت طائلة المتابعة الجزائية⁽⁴⁰⁴⁾، فإن عالمية الشبكة ودولية العرض ليس من شأنها الاستجابة للمتطلبات المحلية، وفي كل دولة من دول العالم وليس من الضروري أن تسعى كل دولة، وفي سبيل حمايتها لرعاياها أن تشترط استخدام لغتها الوطنية في التعبير عن الإيجاب⁽⁴⁰⁵⁾.

نشير إلى ما ورد في التوجيه الأوروبي بشأن حماية المستهلك الصادر عام 1992 بقوله "إذا استجاب مستهلك فرنسي للإعلان في صحيفة ناطقة بالانجليزية أو برنامج دعائي تلفزيوني بالألمانية، فلا يجوز له أن يتوقع تلقي جميع المعلومات بلغته الوطنية، فإذا كانت وسيلة الدعاية توزع خارج منطقتها اللغوية، وقرر المستهلك أن يتعاقد فلا ينبغي أن تكون القواعد الخاصة باللغة عائقاً أمام هذا العقد العابر للحدود"⁽⁴⁰⁶⁾.

⁽⁴⁰²⁾ la loi n° 94-665 du 4 aout 1994 relative à l'emploi de la langue française, J O, du 5 aout 1994.

⁽⁴⁰³⁾ Article 2 al 1^{er} de la loi Toubon sur l'emploi de la langue française « Dans la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emploi ou d'utilisation, la description de l'étendue et des conditions de garantie d'un bien, d'un produit ou d'un service, ainsi que dans les factures et quittances, l'emploi de la langue française est obligatoire ». voir : www.legifrance.gouv.fr/...xte.do?cidText=LEGITEXT

⁽⁴⁰⁴⁾ La decision du tribunal de police de paris en date du 9 juin 1997et relative à des pages web en anglais mise en ligne sur le site d'une association dépendant d'une université américaine ayant une antenne en France, n'a malheureusement pas abordé le débat de fond. En effet, les prévenus ont soulevé avec succès des nullités de procédure pour s'opposer à la citation directe devant le tribunal de police, initialisée par des associations de défense de la langue française. Cité par : BENSOUSSAN Alain, op cit, p.30.

⁽⁴⁰⁵⁾ EL BADAWI Lamia, op cit, p.229.

⁽⁴⁰⁶⁾ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 75.

ولكي لا تكون اللغة عائقاً أمام عالمية الشبكة، بوصف أن عقود التجارة الإلكترونية هي عقود دولية، تتم بواسطة شبكة اتصال عالمية فقد أصدر رئيس الوزراء الفرنسي منشوراً، في 19/6/1996 بشأن تطبيق نصوص القانون الصادر في 4/8/1994 يجيز فيه أن تصاحب اللغة الفرنسية، في الكتابة على الشاشات ترجمة بالإنجليزية أو بأية لغة أخرى⁽⁴⁰⁷⁾.

نجد الآن معظم المواقع العالمية تحاول أن تبرز صفحاتها بلغات متعددة، وتوفر ترجمة فورية وكاملة لكل محتويات الموقع، وبالتالي فهي تسهل للزائرين الدخول لمواقعها وتجذبهم بذلك ويتم تبادل الإيجاب والقبول بلغاتهم الوطنية.

رابعاً - أساس القوة الملزمة للإيجاب الإلكتروني

الإيجاب كقاعدة عامة، غير ملزم للموجب حيث يكون له حق العدول عنه قبل أن يتصل هذا الإيجاب بعلم من وجه إليه، إلا أن إطلاق القول بذلك لا يحقق استقرار التعامل لأن الموجب، إذا لم يلتزم بالبقاء على إيجابه مدة من الزمن، يؤدي إلى إلحاق الضرر بالموجب له، فالإيجاب يلزم صاحبه إذا كان حدد لمن وجه إليه ميعاد لقبوله طوال هذا الميعاد⁽⁴⁰⁸⁾.

هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 63 ق م ج⁽⁴⁰⁹⁾ "إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل، وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو طبيعة المعاملة".

وبناء على ذلك، لو افترضنا أن شخصاً قدم عرضاً على شبكة الإنترنت لعقد صفقة بيع لبضاعة ما وحدد الثمن، فإن في هذه الفرضية يجب التمييز بين الأصل والاستثناء، فما

⁽⁴⁰⁷⁾ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 76.

⁽⁴⁰⁸⁾ بشار طلال مومني، مرجع سابق، ص 62.

⁽⁴⁰⁹⁾ تقابلها المادة 93 قانون مدني مصري، المادة 179 قانون موجبات وعقود اللبناني، المادة 94 مدني سوري، المادة 139 مدني إماراتي، المادة 41 مدني كويتي.

دام الموجب لم يحدد مدة الإيجاب عندها فهو غير ملزم به، ويستطيع الرجوع عنه ما لم يقترن به القبول، أما إذا حدد الموجب ميعادا لصدور القبول، اعتبر الإيجاب ملزم ولا يحق للموجب الرجوع عنه قبل انقضاء المدة المعينة، وإذا صدر قبول في المهلة المحددة انعقد العقد حتى لو تراجع الموجب عن إيجابه.

يرى بعض الفقه⁽⁴¹⁰⁾، أنه يجب الخروج عن القاعدة العامة في كون أن الإيجاب لا يكون ملزماً، إلا إذا اقترن بأجل صريح أو ضمني، فيما يخص الإيجاب الإلكتروني الذي يجب أن يكون دائماً مقترناً بمدة محددة، يقوم الموجب بتحديد بدقه ويعلم الموجب له بهذه المدة.

أكد المشرع الفرنسي في قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي الصادر في 21 يونيو 2004، أنه نظراً لخصوصية التعاقد عبر شبكة الإنترنت وسرعة التعامل من خلالها، يجب على موجه الإيجاب أن يلتزم به، طالما أنه مازال متاحاً عبر الشبكة أو عبر الوسائل الإلكترونية⁽⁴¹¹⁾، هذا القانون يهدف إلى حماية المستهلك بالدرجة الأولى، واستقرار المعاملات الإلكترونية وتوفير الثقة في التعامل، مما يتطلب اعتبار الموجب ملزماً بإيجابه طالما أنه مازال متاحاً عبر شبكة الإنترنت.

يجب الإشارة، إلى أن التزام الموجب بالبقاء على إيجابه لتمكين الموجب له من قبوله يختلف بحسب ما إذا كان الإيجاب موجهاً، إلى شخص حاضر أمام الموجب أو كان موجهاً إلى شخص غائب، فإذا كان الإيجاب موجهاً لشخص يتمكن من القبول فور صدوره، حيث يتبادل الطرفان التعبير عن الإرادة في غرف المحادثة، كما لو كانا في مجلس عقد واحد ففي هذه الحالة يكون الإيجاب غير ملزم، ومن ثم فإنه يجوز للموجب أن يعدل عن إيجابه ولا

⁽⁴¹⁰⁾ ZOIA Michel, po cit, p.15.

⁽⁴¹¹⁾ MAGGIAR Antoine-Audoin, « La conclusion de contrats par voie électronique », Gazette du palais, n° 321, 17 novembre 2005, p.7.

يترتب عليه أي أثر، ما لم يصدر قبول من الموجه إليه ذلك الإيجاب، أما إذا كان الإيجاب موجهاً لشخص لا يتلقاه مباشرة، كما لو أرسل هذا الإيجاب من خلال البريد الإلكتروني، وتم حفظه بصورة تلقائية في صندوق الرسائل لحين الاطلاع عليه فيما بعد، فهنا يمكن للموجب أن يعدل عن إيجابه، ولكن بشرط أن يصل هذا العدول إلى صندوق الرسائل الإلكترونية الخاص بالموجب له قبل أن يعلم الأخير بالإيجاب⁽⁴¹²⁾.

الفرع الثاني

القبول الإلكتروني

القبول هو التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب، ولكي ينعقد العقد - بما في ذلك العقد الإلكتروني - يجب أن يتطابق القبول مع الإيجاب في كل جوانبه، وإلا فإن العقد لا ينعقد.

يعرف الفقه القبول عموماً، بأنه "تعبير بات يصدر ممن وجه إليه الإيجاب ويترتب عليه إذا تطابق مع الإيجاب أن ينعقد العقد."⁽⁴¹³⁾ وقد عرف كذلك بأنه "تعبير عن إرادة حقيقية وأكيدة ويمثل موافقة تامة لإيجاب سابق بمقتضاه يكتمل العقد."⁽⁴¹⁴⁾ ويرى البعض الآخر القبول بأنه "التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب بارتضاءه العرض الذي تقدم به الموجب."⁽⁴¹⁵⁾

باستقراء هذه التعريفات نجد أن القبول، هو التصرف الذي بمقتضاه يعلن الموجب له عن إرادته، في التعاقد بصفة صريحة أو ضمنية، على أن تكون تلك الإرادة جازمة وأكيدة لا تحتتمل التأويل أو الغموض، تعبر عن إرادة نهائية وواضحة الدلالة على قبول التعاقد مادام

⁽⁴¹²⁾ مصطفى أحمد إبراهيم نصر، مرجع سابق، ص 174-175.

⁽⁴¹³⁾ عنادل عبد الحميد المطر، مرجع سابق، ص 254.

⁽⁴¹⁴⁾ مصطفى أحمد إبراهيم نصر، مرجع سابق، ص 180.

⁽⁴¹⁵⁾ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 114.

القبول صادرا في وقت مازال الإيجاب فيه قائما لم يزول أو يسقط أثره، وإذا ما حدث ذلك بأن زال أو سقط الإيجاب، برجع الموجب فيه أو بانقضاء مدته مثلا، يصبح القبول لا معنى له ولا جدوى منه، وإذا كان الإيجاب مازال قائما فيجب أن يأتي القبول موافقا لجميع عناصره الأساسية، بدون أي زيادة أو تقييد أو تعديل على الإيجاب، وبذلك يتحقق تطابق الإيجاب مع القبول.

لا يختلف القبول الإلكتروني عن مفهوم القبول التقليدي، سوى أنه يتم عبر وسائط إلكترونية من خلال شبكة الإنترنت، فهو قبول عن بعد باعتباره ركن في عقود التجارة الإلكترونية، التي يتم التعاقد في ظلها عن بعد، وبالتالي فهو يخضع للقواعد العامة التي تنظم القبول التقليدي⁽⁴¹⁶⁾، ولكن وجه الخصوصية التي يتميز بها القبول الإلكتروني باعتباره يتم باستخدام وسائل اتصال تقنية في التعبير عنه، وكون أن القبول ذو طبيعة إلكترونية يثير جملة من التساؤلات، التي سنحاول الإجابة عليها من خلال تحليل مفهوم القبول الإلكتروني، وكذا بيان طرق التعبير عن القبول الإلكتروني، وتحديد شروط القبول الإلكتروني، وبحث مسألة حق العدول في القبول الإلكتروني.

أولا: مفهوم القبول الإلكتروني

القبول الإلكتروني لا يختلف من حيث التعريف عن القبول التقليدي، إلا بالنظر إلى الخاصية المميزة للأول حيث يتم التعبير عنه بطرق حديثة للاتصالات الإلكترونية غير معروفة من قبل، أما الثاني فيتم عبر الوسائل التقليدية المعروفة، إذن لابد من الأخذ بعين الاعتبار عند تعريف القبول الإلكتروني الطابع الخاص به⁽⁴¹⁷⁾.

⁽⁴¹⁶⁾ شحاته غريب شلقامي، مرجع سابق، ص 96.

⁽⁴¹⁷⁾ يعتبر تعريف القبول الإلكتروني تكرار لما ورد من تعريف للقبول التقليدي مع إضافة العامل الإلكتروني الذي يختص به القبول الإلكتروني، وإذا ما أضفنا هذه الخاصية إلى أي من التعريفات التقليدية للقبول نحصل على التعريف التالي: "التعبير البات بالوسائل الإلكترونية عن إرادة حقيقية وأكيدة، ويمثل موافقة تامة لإيجاب سابق صادر بنفس الوسائل، بمقتضاه يكتمل العقد".

يجب أن نشير إلى أن المشرع الجزائري أغفل عن وضع تعريف للقبول، حيث اكتفى فقط بذكر الوسائل التي يتم بها التعبير عن الإرادة في نص المادة 60 ق م ج.⁽⁴¹⁸⁾

لا يشترط أن يصدر القبول الإلكتروني - ولا حتى في الإيجاب الإلكتروني - في شكل خاص أو وضع معين⁽⁴¹⁹⁾، بالتالي يمكن أن يكون التعبير عنه صراحة أو ضمناً، بالكتابة عبر الوسائل التقليدية أو الحديثة، كالكتابة بالبريد الإلكتروني أو بالتفاعل الآني عبر المواقع التجارية بالضغط على إيقونة القبول، وقد يكون باللفظ في مجلس عقد حقيقي أو عبر المحادثة بوسائل الاتصال الفورية، أو بأي وسيلة حديثة التي تتناسب طبيعة الإيجاب المعروض طالما أنه إلكتروني⁽⁴²⁰⁾.

بالاستناد إلى مبدأ سلطان الإرادة، فإنه لا يمكن إجبار المتعاقد على التعبير عن إرادته بشكل معين، كأن يكون بالكتابة أو باللفظ، على الطريقة التقليدية أو الحديثة، وإنما يستطيع المتعاقد التعبير عن القبول - ومن قبله الإيجاب - بأي وسيلة لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على موافقة من وجه الإيجاب إليه على ما ورد في ذلك الإيجاب، إلا إذا اشترط الموجب صدور القبول في شكل معين⁽⁴²¹⁾.

ويعتبر ذلك جائزاً بالنسبة للدول التي نصت تشريعاتها على ذلك، مثل القانون التجاري الأمريكي الموحد (UCC) حيث ينص في المادة 3/206 على أن "التعبير عن الإرادة في القبول يتم بالطريقة ذاتها لعرض الإيجاب، وبالتالي إذا أرسل الإيجاب عن طريق

⁽⁴¹⁸⁾ جريدة رسمية عدد 44 صادر بتاريخ 26 جوان 2005.

⁽⁴¹⁹⁾ أحمد شرف الدين، قواعد تكوين العقود الإلكترونية (وبنود التحكيم) "دراسة في القوانين النموذجية والاتفاقيات الدولية والقوانين المحلية"، مرجع سابق، ص 50.

⁽⁴²⁰⁾ بشار طلال مومني، مرجع سابق، ص 66.

⁽⁴²¹⁾ عبد الباسط جاسم محمد، مرجع سابق، ص 176.

البريد الإلكتروني أو عبر موقع الويب، فيجب على القابل، إن قبل التعاقد أن يعبر عن القبول بذات الطريقة⁽⁴²²⁾.

عند صدور القبول الإلكتروني عبر وسائل إلكترونية معينة، ليس من شأنه المساس بمبدأ الرضائية، مهما كانت التقنية المستعملة ما دام أن التعبير عن الإرادة ورد بصفة صحيحة، ولم يكن الموجب قد اشترط أن يكون القبول وفق وسيلة معينة⁽⁴²³⁾، مثل البريد الإلكتروني، أو عن طريق اللفظ عبر غرفة المحادثة، أو عن طريق ملاء استمارة موجودة على موقع الموجب وبالضغط على إيقونة القبول، فيجب على القابل في هذه الحدود أن يتبع الوسيلة المبينة من الموجب للتعبير عن إرادته إذا ما أراد التعاقد⁽⁴²⁴⁾.

ثانيا: طرق التعبير عن القبول الإلكتروني

تتعدد أشكال وطرق التعبير عن القبول الإلكتروني كما هو الحال عليه في القبول التقليدي، ويكون بذلك للقبول الإلكتروني مفهوما خاصا جديدا ليس في جوهره وأساسه، إنما بشكله وصور التعبير عنه، والتي تتم عن بعد فهو يشترك مع القبول التقليدي من حيث خضوعه للقواعد العامة، ولكنه يتميز ببعض القواعد الخاصة به والتي ترجع إلى طبيعته الإلكترونية⁽⁴²⁵⁾.

بالرجوع إلى القوانين الوضعية، نجد أن معظمها لم يحدد طريقة معينة للتعبير عن القبول الذي يمكن أن يكون صريحا أو ضمنيا، ويتحقق ذلك بأي وسيلة لا تدع مجالا للشك في كونه تعبير عن إرادة، من وجه إليه الإيجاب بقبوله للتعاقد وفق الشروط الواردة في الإيجاب، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 60 من ق م ج التي جاء

⁽⁴²²⁾ نقلا عن: محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 88.

⁽⁴²³⁾ عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص 140.

⁽⁴²⁴⁾ نزيه محمد الصادق المهدي، مرجع سابق، ص 229.

⁽⁴²⁵⁾ LE TOURNEAU Philippe, op cit, p.12.

نصها كما يلي: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".

الأصل العام، يصدر القبول الإلكتروني في الغالب بصفة صريحة كون أن غالبية الفقه يشكك، في إمكانية صدور قبول إلكتروني بصفة ضمنية، بحجة أن الطبيعة الإلكترونية لمثل هذا القبول التي تستعين بالأجهزة الإلكترونية، بصفاتها كآلات صماء لا تستطيع الفهم والتفكير، وبالتالي التعبير عن نيتها في التعاقد⁽⁴²⁶⁾، فالأمر لا يتعدى في كون أنها وسيلة يستعملها صاحبها كما استعمل القلم في ما سبق للتعبير عن إرادته، وهذا ما يؤدي بالنتيجة إلى القول بعدم إمكانية وجود قبول إلكتروني إلا إذا جاء بصفة صريحة⁽⁴²⁷⁾.

الحقيقة - حسب وجهة نظرنا - أن هذا التفكير سطحي، لا يتحرى المضمون لأنه لا يخفى على أحد أن هذه الأجهزة التي تستعمل، في نقل التعبير عن الإرادة والتي تكون في الغالب جهاز الحاسب الآلي، المتصل بشبكة الإنترنت تقوم فقط بنقل إرادة القابل إلى الموجب وليس هي بحد ذاتها التي تستخلص إرادة المتعاقد معه، هذا ما يؤكد قدرة الشخص للتعبير عن إرادته بقبول إلكتروني.

فالقبول الإلكتروني يمكن أن يكون عن طريق البريد الإلكتروني، وذلك بأن يحرر الموجب له رسالة إلكترونية بقبوله، ويقوم بإرسالها على العنوان البريدي الإلكتروني للموجب⁽⁴²⁸⁾، وقد يتم القبول الإلكتروني ضمناً بالتحميل عن بعد وذلك بنقل بعض البرامج أو المعلومات الإلكترونية، إلى جهاز الحاسوب الخاص بالموجب له عبر شبكة الإنترنت، بحيث يحصل هذا الأخير على البرامج أو المعلومات الإلكترونية، من دون الحاجة إلى

(426) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني "في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن"، ص 23،

المصدر: www.arablwinf.com

(427) أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 161.

(428) BENSOUSSAN Alain, op cit, p.121 et s.

استعمال الوسيلة العادية، لوضع البرامج على جهاز الحاسوب عن طريق القرص المرن أو اسطوانة الليزر، فيكون القبول قد صدر ضمناً بالتنفيذ الفعلي للعقد الإلكتروني، على الخط مباشرة ذلك بأن يقوم القابل بالضغط على إيقونة القبول⁽⁴²⁹⁾.

يعتبر القبول باستخدام التوقيع الإلكتروني، من أهم وسائل التعبير عن الإرادة بصفة ضمنية حيث يقوم الموجب مباشرة بالوفاء الإلكتروني، من دون التعبير الصريح عن قبوله فيقدم إلى الموجب الرقم السري لبطاقة الائتمان الخاصة به، لدفع ثمن السلع أو الخدمة التي اقتناها على موقع الموجب الإلكتروني، وقد يتم التعبير عن القبول كذلك عن طريق غرفة المحادثة ويجتمع فيه الصوت والصورة، وكذا عن طريق الكتابة الإلكترونية لمن يريد أن يحتفظ له بدليل يثبت فيه تمام تبادل الرضا.

لما كان التعبير عن القبول الإلكتروني يمكن أن يتم بأية وسيلة أو طريقة ما دامت تعتبر كافية للإفصاح عن القبول، إلا أنه يوجد مجموعة من المسائل يجب الوقوف عندها لإزالة الغموض الذي يكتنفها، وهذه المسائل تتعلق أساساً في مدى اعتبار السكوت تعبير عن القبول بصفة إلكترونية، وكذا حالة الضغط على إيقونة القبول مرة واحدة أو يجب التأكيد بضغطين، وتثير مشكلة التأكد من أهلية الشخص الذي يصدر القبول صعوبات كثيرة فيما يتعلق بإمكانية التأكد منها عند التعاقد.

1- مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة

السكوت بحد ذاته لا يعتبر قبولا، وذلك بالاستناد إلى القاعدة أنه لا ينسب لساكت قول، وهي قاعدة مأخوذة من الفقه الإسلامي وأخذت بها جل التشريعات الوضعية⁽⁴³⁰⁾، وقد صاغ المشرع الجزائري تلك القاعدة في نص المادة 68 ق م ج التي جاء نصها كالآتي "إذا

⁽⁴²⁹⁾ محمود عبد الرحيم الشريقات، مرجع سابق، ص 144، عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص ص، 147-148، محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص 68، صفوان حمزة إبراهيم عيسى، مرجع سابق، ص 111.
⁽⁴³⁰⁾ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص ص 30-31.

كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، 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 في الرد قبولاً، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه."

فالسكوت في حد ذاته مجرد من أي ظرف ملابس، لا يكون تعبيراً عن إرادة القبول لأن الإرادة عمل إيجابي والسكوت شيء سلبي، فليس السكوت إذن إرادة ضمنية كون أن هذه الأخيرة تستخلص من وقائع وظروف إيجابية، انطلاقاً من ذلك، فالسكوت لا يصلح قبولاً ينعقد به العقد، إلا أن المشرع الجزائري استثنى في عجز المادة 68 المذكورة أعلاه ثلاث حالات، إذا توافرت أحدهما يعتبر السكوت قبولاً ينعقد به العقد وهي:

- 1- إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من ظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول.
- 2- إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين.
- 3- إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه.

لكن هذه الحالات من القبول الضمني والتي هي استثناء على الأصل العام، يجب التعامل معها بحذر في القبول الإلكتروني، حتى أنه لا يوجد في التشريعات التي تولت تنظيم المعاملات الإلكترونية، أي نص يشير إلى اعتبار السكوت وسيلة معترف بها للتعبير عن إرادة القبول الإلكتروني⁽⁴³¹⁾.

اختلف الفقه بشأن اعتبار القبول الإلكتروني إن يكون صالحاً لينعقد به العقد في التجارة الإلكترونية، وهذا الاختلاف جاء كنتيجة للخاصية المميزة للقبول الإلكتروني الذي يتم

⁽⁴³¹⁾ محمد مرسي زهرة، مرجع سابق، ص 44، أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 82، عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص 303، عنادل عبد الحميد المطر، مرجع سابق، ص 267.

عبر وسائل الاتصال الحديثة، ما يجعله يختلف عن القبول التقليدي، وسنتطرق إلى مختلف هذه الآراء الفقهية مع محاولة الخروج برأي راجح يساعد على ضبط قواعد القبول الإلكتروني.

أ- الرأي المعارض

ينفي مطلقا جانب من الفقه إمكانية اعتبار السكوت قبولا في إبرام العقد الإلكتروني حتى ولو كان الموجه إليه الإيجاب، قد تلقى إيجابا إلكترونيا يتضمن في حالة عدم الرد عليه خلال مدة معينة من العلم بالإيجاب قبولا⁽⁴³²⁾، وإن كان ذلك يناسب في بعض الحالات التعاقد التقليدي، فهو لا يناسب تماما اعتباره كذلك في العقود الإلكترونية، أين يكون المتعاقدان على اتصال افتراضي من خلال شبكة الإنترنت، ويكون لمن وجه إليه الإيجاب الحرية في الرد أو عدم الرد، ولا يجب الأخذ بعدم الرد على أنه قبول أو سكوت ملابس مكون للقبول، في كل الحالات وخاصة إذا كان عدم الرد لا يرجع لإرادة القابل، ولكن ينتج ذلك عن خطأ أو لوجود عطل فني مفاجئ، أصاب شبكة الإنترنت أو جهاز الحاسب الآلي الخاص لأحد المتعاقدين⁽⁴³³⁾.

أما بالنسبة للعرف الجاري لا يمكن التسلم بأنه يلعب دورا فعليا ولا يمكن أن ينطبق على القبول الإلكتروني، وذلك بالنظر إلى الحداثة النسبية لهذا النوع من أشكال التعاقد وعدم تكوين عرف له حتى الآن⁽⁴³⁴⁾.

(432) إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 104.

(433) مصطفى أحمد إبراهيم نصر، مرجع سابق، ص 238.

(434) إبراهيم عبيد علي آل علي، العقد الإلكتروني "دراسة مقارنة"، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر، 2010، ص 176.

فيما يخص حالة صدور الإيجاب لمصلحة من وجه إليه فهي تمثل حالة من حالات التبرع، حيث لا يوجد التزام مقابل يقع على عاتق الموجه إليه الإيجاب، وهذا الأمر نادر وغير مألوف عبر شبكة الانترنت⁽⁴³⁵⁾.

ب- الرأي المؤيد

يرى هذا الجانب من الفقه أنه من الممكن اعتبار السكوت في التعاقد الإلكتروني قبولاً إلكترونياً يرد بصفة ضمنية، فعلى الرغم من استعمال وسائل وأجهزة إلكترونية لإتمام مثل هذا النوع من العقود، إلا أنه لا يجب التذرع بذلك للخروج على حكم القواعد العامة في التعاقد، لاسيما دلالة السكوت باعتباره قبول في التعاقدات التقليدية⁽⁴³⁶⁾، كما أن هذه الوسائل الحديثة لا تؤثر على الدور، الذي يلعبه العرف في إبرام العقود التقليدية والإلكترونية، على حدا سواء إذ العبرة بطبيعة المعاملة بين المتعاقدين، التي تعطي للسكوت طابع القبول ويحكمها العرف الجاري، وليس العبرة بالوسيلة المستعملة في إبرام العقد حتى وإن كانت هذه الوسيلة شبكة الانترنت⁽⁴³⁷⁾.

ج- الرأي الراجح

يرى هذا الاتجاه من الفقه، أن عدم الاعتداد بالسكوت في التعاقد الإلكتروني لا يجب أخذه على إطلاقه، كون أنه توجد حالة وحيدة وهي الحالة الخاصة بوجود تعامل سابق بين المتعاقدين، تعد أكثر الحالات التي يمكن من خلالها اعتبار السكوت تعبيراً عن الإرادة بوصفها قبولاً في التعاقد الإلكتروني⁽⁴³⁸⁾، ويتم ذلك عادة بأن يقوم من وجه إليه الإيجاب بشراء ما يحلو له من سلع وخدمات عبر الإنترنت، من المتاجر الافتراضية سواء كان من

(435) أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 83؛ عنادل عبد الحميد المطر، مرجع سابق، ص 268.

(436) إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 103.

(437) محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص 67.

(438) إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 103.

خلال الموقع الإلكتروني أو بالبريد الإلكتروني وقيامه بدفع الثمن مباشرة عن طريق بطاقة دفع إلكترونية⁽⁴³⁹⁾.

مهما يكن من أمر، فظرف التعامل السابق لا يكفي في التعاقد عبر شبكة الإنترنت لكي يعد هذا التعامل قبولاً إلكترونياً، بل يجب أن يقترن التعامل السابق بظروف أو قرائن أخرى ترجح دلالة السكوت على قبول الموجه إليه الإيجاب للتعاقد⁽⁴⁴⁰⁾.

2- التأكيد اللاحق في القبول الإلكتروني

الرضا هو قوام العقد وأساسه بما في ذلك العقد الإلكتروني، والذي يستلزم لانعقاده قبول صادر من الموجه إليه الإيجاب، يبدي فيه استعداداً للتعاقد في مجال التجارة الإلكترونية، وقد يكون ذلك بالضغط على إيقونة القبول لمرة واحدة حتى ينعقد العقد ويصبح ملزماً ومنتجاً لآثاره القانونية⁽⁴⁴¹⁾.

أكد ذلك القضاء الأمريكي في القرار الصادر من محكمة النقض بتاريخ 2 جويلية 1999 حيث اعتبر الضغط على إيقونة القبول، تحت بند "قبلت" بمثابة الإعلان عن إرادة القبول ما يؤدي إلى قيام عقد ملزم ومنتج لكل آثاره⁽⁴⁴²⁾.

من الناحية العملية القبول بالضغط على زر الفأرة المتصلة بجهاز الحاسوب الخاص بالقابل سهل، ولا يمثل أي صعوبة تقنية، ومن الناحية النظرية لا يوجد مانع في القانون لإعلان القبول بمجرد الضغط البسيط على إيقونة القبول، إلا أن هذه العملية لا تقدم دليلاً كافياً وحاسماً⁽⁴⁴³⁾، بالنظر إلى صعوبة التأكد من هوية الشخص الذي قام بهذه العملية

(439) أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 172.

(440) أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 219.

(441) ZOIA Michel, op cit, p.16.

(442) عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص 299، إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 222.

Voir aussi : GHAZOUANI Chiheb, op cit, p.153.

(443) هادي مسلم يونس البشكاني، مرجع سابق، ص 204.

المادية، مما يسمح بدخول الشك وعدم الطمأنينة في نفسية المتعاقدين بالإضافة إلى ذلك إمكانية الإدعاء، بأن الضغط على إيقونة القبول كان نتيجة أخطاء عفوية صدرت من يد القابل، أثناء العمل على جهاز الحاسوب ولا يقصد منها ترتيب آثار قانونية⁽⁴⁴⁴⁾.

بغرض التأكد من صحة إجراء القبول يجب أن يتم الضغط على إيقونة القبول مرتين متتاليتين، للتعبير عنه وعدم الاكتفاء بالضغط مرة واحدة، لأن ذلك لا يقوم دليلاً على حصول القبول فعلاً⁽⁴⁴⁵⁾. هذا ما جاء في تقرير مجلس الدولة الفرنسي الخاص بالإنترنت والشبكات الرقمية لسنة 1998، الذي يلزم أن يكون الضغط على مفتاحين منفصلين الأولى على إيقونة " قبلت العرض " تأتي في شكل صفحة شروط التعاقد، والثانية من أجل تأكيد القبول ويكون ذلك على صفحة القبول النهائي⁽⁴⁴⁶⁾.

تأكيد القبول عن طريق الضغط مرتين منفصلتين على إيقونة القبول يعود بعدة فوائد يسمح بتجنب الأخطاء، التي قد تتجم عن الضغط لمرة واحدة، كما يجعل القبول نهائياً وحاسماً لا يمكن للقابل، الإدعاء بعد ذلك بأن الضغط كان نتيجة، سهو أو صدفة أو أن شخصاً آخر هو الذي قام بالضغط بدلاً عنه، بعدما كان قد أدخل بياناته الشخصية في الضغط الأولى⁽⁴⁴⁷⁾.

كما أن التوجيه الأوروبي الصادر في 8 جوان 2000 المتعلقة بالتجارة الإلكترونية نص في المادة 10 على أنه يجب، تبيان بوضوح كافة المراحل التي يتبعها القابل للإعلان عن قبوله، ويكون على علم ووعي بما هو ملتزم به⁽⁴⁴⁸⁾، ويكون ذلك مثلاً في شكل استمارة الكترونية معروضة على الموقع الإلكتروني للموجب، تتضمن بيانات أو أسئلة يلزم القابل

(444) إبراهيم عبيد علي آل علي، مرجع سابق، ص 177.

(445) BARBBRY Eric, op cit, p.25.

(446) MAS Florence, op cit, p.163.

(447) EL BADAWI Lamia, op cit, p.244.

(448) GHAZOUANI Chiheb, op cit, p.155.

بالإجابة عليها كاسمه وعنوانه ورقم بطاقة الائتمان ومكان وزمان التسليم، وتكون الاستمارة مذيلة بخانة للقبول ويطلق عليها (وثيقة الأمر بالشراء)⁽⁴⁴⁹⁾، كما يلزم التوجيه الأوروبي لكي يكون القبول صحيحا، ومنتجا لآثاره أن يتبع إعلان القبول الصادر من القابل إرسال رسالة مع إشعار بالوصول من طرف الموجب⁽⁴⁵⁰⁾.

هذا ما ذهب إليه كذلك المشرع الفرنسي، في نص المادة 2-1369 من القانون المدني المعدل بقانون المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي⁽⁴⁵¹⁾، أين أوجب أن يتضمن موافقة الموجه إليه الإيجاب إمكانية التأكد من بعض العناصر الرئيسية للعقد، لاسيما محل العقد والثلث⁽⁴⁵²⁾.

وربما يعود الهدف من الإشارة إلى هذه العناصر ضمان تطابق الإيجاب مع القبول، والتي لا ينعقد بها العقد إذا لم يتم الاتفاق عليها، كما أوجب في نفس المادة على الموجب أن يرسل رسالة مع إشعار بالوصول، عن طريق البريد الإلكتروني على العنوان الإلكتروني للقابل، يعلمه فيه بإطلاعه على قبوله ويتم هذا الإقرار الإلكتروني، خلال مدة معقولة يقدرها الفقه بعدة دقائق وغير متأخرة عن المدة اللازمة لتنفيذ العقد⁽⁴⁵³⁾.

عدم تأكيد القبول بإرسال الموجب رسالة إلكترونية عبر البريد الإلكتروني للقابل، لا ينتج عنه عدم انعقاد العقد كون العقد ينعقد بمجرد علم الموجب للقبول وتطابقه معه، وهذا

⁽⁴⁴⁹⁾ MAS Florence, op cit, p.162.

⁽⁴⁵⁰⁾ Article 11-1 directive 2000/31 « Passation d'une commande

1. Les États membres veillent, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, à ce que, dans les cas où un destinataire du service passe sa commande par des moyens technologiques, les principes suivants s'appliquent:

- le prestataire doit accuser réception de la commande du destinataire sans délai injustifié et par voie électronique. »

⁽⁴⁵¹⁾ l'article 1369-2 du Code civil précise que « Le destinataire de l'offre doit avoir la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de conformer celle-ci pour exprimer son acceptation.»

⁽⁴⁵²⁾ GHAZOUANI Chiheb, op cit, p.157.

⁽⁴⁵³⁾ BUSSEUIL Guillaume, op cit, p.111.

ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 61 من القانون المدني " 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". ولا يوجد مبرر للقول بعدم انطباق هذه القاعدة العامة في التعاقد على العقد الإلكتروني، حتى وإن كان التأكيد بإرسال الإقرار بالبريد الإلكتروني، يعد أفضل وسيلة إثبات إلكتروني موقعة من الموجب بتوقيعه الإلكتروني، يثبت مضمون العقد والإقرار بتمام إبرامه.

فالأصل أنه بمجرد الضغط على إيقونة القبول يعد قبولاً صالحاً وكافياً قانوناً لانعقاد العقد الإلكتروني، إلا أنه يرى بعض المتخصصين أن هذا الضغط لمرة واحدة قد يحدث نتيجة خطأ أو سهو من جانب الموجه إليه الإيجاب، لذا يجب التأكيد من القبول الصادر من القابل، ويتم ذلك عادة بالضغط المزدوج على إيقونة القبول أو ملئ استمارة (وثيقة الأمر بالشراء)، أو من خلال الإقرار الإلكتروني المرسل عبر البريد الإلكتروني.

يجب الإشارة في الأخير، أن الدفع بعدم انعقاد العقد الإلكتروني لتخلف التأكيد لن يكون صحيحاً بدون اتفاق صريح بذلك بين المتعاقدين أو بالنص في القانون.

3- أهلية التعاقد الإلكتروني

سبق الإشارة، إلى أن عقود التجارة الإلكترونية تتم عن بعد باستعمال وسائل الاتصال الحديثة، ومن شأن ذلك أن يجعل التأكد من أهلية المتعاقد في غاية من الصعوبة نظراً للفاصل الزمني والمكاني بينهما، حيث لا يتمكن الموجب من رؤية القابل وما عليه إلا أن يحتكم إلى ضمير هذا الأخير عند التصريح بأهليته.

هذه الصعوبات التي يعرفها التعاقد عن بعد كانت تذلل بسهولة في التعاقد التقليدي أين يوجد المتعاقدون، في مجلس عقد حقيقي يسمح برؤية المتعاقدين لبعضهما، وبالتالي

يظهر الشخص البالغ من الشخص القاصر بسهولة، وكما يمكن أن نستشف بعض القرائن كسيمات الصوت في حالة التعاقد عبر الهاتف، أو بالنظر إلى الكتابة في حالة التعاقد بالمراسلة⁽⁴⁵⁴⁾.

الأمر يتعد في عقود التجارة الإلكترونية التي تكون بين غائبين عبر شبكة الإنترنت، ويتعذر بعدئذ التأكد من هوية الطرف الآخر في العقد⁽⁴⁵⁵⁾، كما أن الواقع العملي أثبت أن عددا كبيرا من المراهقين وصغار السن، يترددون على المواقع التجارية، وقد يبرم العقد أحد من هؤلاء أو شخص آخر مجنون أو معتوه أو سفيه أو ذو الغفلة، دون علم وليه أو ممثله القانوني حسب الحال مع الموجب حسن النية⁽⁴⁵⁶⁾.

يجب الإشارة، أن التأكد من أهلية المتعاقد لا يشكل شرط لصحة العقد، ولكن يسمح باطمئنان الموجب من توافر شرط الأهلية، في شخص القابل حتى يكون العقد صحيحا ولاشك الحكم بإبطال العقد لانعدام الأهلية أو نقصانها، سيلحق أضرارا تمس القاصر وكذا الشخص الحسن النية المتعاقد معه، لذا يجب على رجال القانون التفكير في إيجاد حلول لحماية طرفي العقد، سواء القاصر من جهة، الذي يمكن أن يقع في غبن أو تدليس أو عدم رعونته التي تعود لصغر سنه، أو الشخص الحسن النية من جهة أخرى، المتعاقد مع القاصر حتى لا تفاجأ في المستقبل ببطلان العقد، الذي أبرمه فيما سبق والذي يمكن أن يحدث له أضرار.

يرى بعض الفقه أنه يجب اعتماد بعض الوسائل التقنية التي تساعد على التأكد من أهلية المتعاقد، وبالتالي حماية ناقصي الأهلية، ومن أجل هذا فإن بعض المواقع تحاول إحباط، محاولة المراهقين الدخول إليها، وذلك بإرسال رسائل تحذيرية تعلمهم بأن الموقع

⁽⁴⁵⁴⁾ GEOFFRAY Brunaux, op cit, p.258.

⁽⁴⁵⁵⁾ فادى محمد عماد الدين أبو السعود توكل، عقد التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، قسم القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008، ص 95.

⁽⁴⁵⁶⁾ سمير عبد السميع الأودن، مرجع سابق، ص 31.

مخصص للبالغين سن الرشد، أو باستعمال مفتاح التشفير يمنع القصر من الحصول عليه كما يمكن التغلب على صعوبة، التأكد من هوية المتعاقد باستعمال بطاقة الائتمان، حيث يلتزم القابل بتسجيل بيانات معينة تكشف عن هويته، مثل اسم المستخدم والرقم السري لبطاقة الائتمان الخاصة به⁽⁴⁵⁷⁾، لكن هذه الحلول التقنية المقترحة ظهر بعد تجربتها أن لها عدة ثغرات أمنية وأصبح من السهل اختراق تلك المواقع.

اعتمد المشرع الأمريكي على جهة التصديق الإلكتروني التي تعتبر طرف ثالثاً محايد في العملية التعاقدية، حيث يسند إليها مهمة ضمان صحة التعاقد عن طريق تحديد هوية الأطراف المسجلة لديه، وتوثيق أهليتهما القانونية من خلال إصدار شهادة موثقة⁽⁴⁵⁸⁾، هذه الوسيلة حتى وإن كانت تظهر فعالة إلا أنها ترفع من تكلفة العقد، وهذا ما ينقل كاهل المتعاقد، وهذا ما دفع برجال الفقه وأحكام القضاء إلى البحث عن حلول أخرى لمشكلة العقود التي يبرمها القصر عبر شبكة الإنترنت.

يرى جانب من هذا الفقه، بأنه يجب الاستناد إلى طبيعة العقد الذي يكون القاصر طرفاً فيه، حيث أن هذه العقود تعتبر من عقود الحياة اليومية⁽⁴⁵⁹⁾، ولا تدخل في العقود الناقلة للملكية التي يتمكن من خلالها القاصر، من إبرام عقود استهلاكية التي يحتاجها يوميا كإبرام الكتب أو الألعاب التي يتحصل عليها عبر الإنترنت⁽⁴⁶⁰⁾. هذا الرأي يميل إلى حماية القاصر من جراء المعاملات اليومية التي يجريها مع المتعاقد الآخر، الذي يمكن أن يترصد له ولهذا فإن هذا الرأي لم يسلم من النقد، كون أن اعتبار هذه العقود من قبيل عقود الحياة اليومية، يمكن أن تكون كذلك من أعمال التصرف، لأن اقتناء كتاب يعتبر من عقود الحياة اليومية وكما يعتبر كذلك من عقود التصرف، التي يجب أن يتوفر فيها أهلية التصرف وهي

⁽⁴⁵⁷⁾ GEOFFRAY Brunaux, op cit, p.259.

⁽⁴⁵⁸⁾ إبراهيم عبيد علي آل علي، مرجع سابق، ص 229.

⁽⁴⁵⁹⁾ DEMOULIN Marie, op cit, p.59.

⁽⁴⁶⁰⁾ مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 74.

الأهلية الكاملة، كما أن عقود الحياة اليومية يصعب تعريفها، ولهذا ترك أمر تقديرها إلى سلطة قضاة الموضوع⁽⁴⁶¹⁾.

بينما يرى جانب آخر من الفقه أن عقود الحياة اليومية ليس معيارا لتحديد العقود التي يمكن للقصر إبرامها، ولكن يجب النظر إلى قيمة الصفقة محل العقد، فإذا كان ثمن الصفقة منخفضا يكون العقد صحيحا، أما إذا كان ثمن الصفقة مرتفعا فيكون العقد باطلا أو قابلا للإبطال حسب الحال⁽⁴⁶²⁾، والتسليم بهذا الرأي يمكن أن يكون على صواب في عقود المراسلة التي تمت معالجتها، من طرف الفقه وكذا القانون فيما سبق، والتي يكون دائما مبلغ الصفقة فيها منخفضا، أما عقود الشبكة فلا يمكن تحديد الثمن في المعاملات التي تجرى من خلالها والتي يمكن أن تكون باهظة الثمن.

يرى جانب آخر من الفقه، أن بعض العقود التي يبرمها القصر يمكن أن تكون صحيحة بالنظر إلى وجود وكالة ضمنية⁽⁴⁶³⁾، باعتبار أن القاصر مفوض من طرف والديه، ويتم ذلك عندما يقوم القاصر بملا مثلاً طلب الشراء دون علم والديه، على الشبكة ويقوم بالتوقيع إلكترونياً - باستعمال بطاقة الدفع - على ذلك الطلب، دون رضا الوالدين ومنه لا يمكن للأصيل التوصل من المسؤولية العقدية، بعد ذلك حيث سيتحمل آثار العقد حتى وإن كان قاصر مميز يمكن ترشيده من طرف وليه، تطبيقاً لنص المادة 5 ق ت ج⁽⁴⁶⁴⁾، للقيام بالتصرفات القانونية ومن بينها عقد الوكالة.

⁽⁴⁶¹⁾ GEOFFRAY Brunaux, op cit, p.260. ; Voir aussi: DEMOULIN Marie, op cit, p.62.

⁽⁴⁶²⁾ أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، فقرة 61، ص 86.

⁽⁴⁶³⁾ DEMOULIN Marie, op cit, p.p.62-63.

⁽⁴⁶⁴⁾ تنص المادة 5 ق ت ج على مايلي: "لا يجوز للقاصر المرشد، ذكراً أم أنثى، البالغ من العمر ثمانية عشرة سنة كاملة والذي يريد مزاوله التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية:

- إذا لم يكن قد حصل مسبقاً على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة، فيما إذا كان والده متوفياً أو غائباً أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حال انعدام الأب أو الأم.

- ويجب أن يقدم هذا الإذن الكتابي دعماً لطلب التسجيل في السجل التجاري."

يجب لفت النظر إلى أن عقد الوكالة لا يكون إلا برضا الأصيل⁽⁴⁶⁵⁾، وبالتالي فالقول بأن العقود التي يبرمها القصر في إطار الوكالة الضمنية صحيحة، قد جانبها الصواب ذلك أن عقود الوكالة يكون الهدف منها حماية مصالح الأصيل، الذي أوكل شخص بدلا عنه وبرضاه للقيام ببعض أعماله، ولكن القاصر باعتباره كوكيل لوليّه يقوم بالتعاقد لمصلحته الشخصية، بغض النظر عن مصلحة الأصيل مما قد يضر بمصلحة البائع حسن النية، من جراء تصرف القاصر الذي ظهر بمظهر كامل الأهلية.

أيد المجلس القضائي الفرنسي ذلك في قراره الصادر بتاريخ 21 يونيو 1977 بأن الوالدين غير ملزمين بالالتزامات التعاقدية التي يبرمها أبناءهم القصر حتى في إطار عقود الحياة اليومية⁽⁴⁶⁶⁾.

أمام هذه الصعوبة في إيجاد حلول لصحة العقود التي يبرمها القصر، فقد دعا بعض الفقه إلى تطبيق نظرية الوضع الظاهر⁽⁴⁶⁷⁾، التي تظهر على أنها أكثر فعالية ويقوم هذا الرأي الراجح حججه، على المسؤولية التقصيرية للأولياء عن العقود التي يبرمها أبناءهم القصر عبر الإنترنت، إعمالا لاحترام الوضع الظاهر واستقرار المعاملات ومنه حماية الغير الحسن النية الذي يتعاقد مع القاصر على شبكة الإنترنت⁽⁴⁶⁸⁾.

ثالثا: الحق في العدول عن القبول الإلكتروني

استنادا إلى القوة الملزمة للعقد، فإن كل متعاقد يلتزم بالقيام بالالتزامات التي يرتبها العقد في ذمته، ولا يمكن لأطراف العقد العدول عنه متى انعقد العقد صحيحا⁽⁴⁶⁹⁾، وقد تبنى

⁽⁴⁶⁵⁾ تنص المادة 571 ق م ج على ما يلي "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه".

⁽⁴⁶⁶⁾ Cass. 1^{re} civ, 21 juin 1977, n° 75-11.152, Bull. civ.I, n° 285, p.225.

⁽⁴⁶⁷⁾ DEMOULIN Marie, op cit, p.64.

⁽⁴⁶⁸⁾ عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص 314.

⁽⁴⁶⁹⁾ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 313.

المشرع الجزائري هذا المبدأ في نص المادة 106 ق م ج التي تنص "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون".

جاء مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" كنتيجة لمبدأ سلطان الإرادة الذي يقوم على أساسين، الأول أساس خلقي مرتبط بالعهد الذي يقطعه الإنسان ووجوب احترامه، أما الثاني فأساس اقتصادي يقوم على ضرورة توفير استقرار المعاملات بين الأفراد.

نظرا لخصوصية عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عن بعد عبر وسائل الاتصال الحديثة، مما يجعل الشخص غير قادر على المعاينة الفعلية للسلع والتأكد من توافر المواصفات في الخدمة، وذلك قبل إبرام العقد، وبالتالي لا يمكن أخذ مبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه في مثل هذه العقود، مما يستلزم تمكين المقتني لتلك السلعة أو الخدمة من استعمال حقه في العدول⁽⁴⁷⁰⁾.

هناك من يعرف الحق في العدول بأنه "سلطة القابل في الرجوع عن قبوله، والذي انعقد به العقد ولو كان العقد قد تم تنفيذه بشكل كامل"⁽⁴⁷¹⁾. وحق العدول هو استثناء عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، ولقد قامت العديد من التشريعات بتقنين هذا الاستثناء، ومن بين هذه التشريعات نجد المشرع الفرنسي الذي نظم حق العدول في المادة 20-121 L من قانون الاستهلاك الفرنسي المضافة بالمرسوم رقم 741-2001 الصادر في 23 أوت 2001⁽⁴⁷²⁾ التي تنص على ما يلي " يحق للمشتري في كل عملية بيع عن بعد إعادة المنتج خلال مدة

⁽⁴⁷⁰⁾ MAS Florence, op cit, p 176.

⁽⁴⁷¹⁾ عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية "في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت"، مرجع سابق، ص 222.

⁽⁴⁷²⁾ Article L.121-20 ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation : « Le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités, à l'exception, le cas échéant, des frais de retour. » Voir le site : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000590436> .

سبعة أيام كاملة، تبدأ من تاريخ تسليمه سواء لاستبداله أو لاسترداد ثمنه دون مسؤولية أو نفقات فيما عدا تكاليف الرد.

نلاحظ في هذا النص، أنه يمكن للمشتري في البيع عن بعد أن يمارس حقه في العدول بالنسبة للمنتجات دون الخدمات، سواء بطلب استبدال المنتج المشتري بمنتج آخر، أو يقوم برد المبيع إلى البائع واسترداد الثمن، ويجب أن يتم ذلك خلال المدة المحددة بسبعة أيام.

كما نظم التوجيه الأوروبي الصادر في 20 مايو 1997 رقم 97/7/CE الحق في العدول⁽⁴⁷³⁾، وذلك في نص المادة 1/6 التي تنص على أن "كل عقد عن بعد يجب أن ينص فيه على أحقية المستهلك في العدول خلال مدة لا تقل عن سبعة أيام، تبدأ من تاريخ إبرام العقد أو من تاريخ كتابة المورد للإقرار الخطي، وتصل هذه المدة إلى ثلاثة أشهر إذا تخلف المورد، عن القيام بالتزامه بإرسال إقرار مكتوب يتضمن العناصر الرئيسية للعقد".

نلاحظ أن التوجيه الأوروبي المتعلق بالبيع عن بعد كان أحسن تنظيمًا لمسألة حق العدول، حيث جاء هذا الحق شاملاً لكل من السلع والخدمات، عكس ما هو عليه الحال في نص المادة L.121-20 من قانون الاستهلاك الفرنسي، كما يلزم التوجيه الأوروبي لكي يكون القبول صحيحاً ومنتجاً لآثاره، أن يتبع إعلان القبول الصادر من القابل إرسال رسالة مع إشعار بالوصول من طرف الموجب، بينما قانون الاستهلاك الفرنسي ينص فقط على حق العدول بالنسبة للسلع دون الخدمات، حتى وإن كانا يتفقان من حيث مدة العدول وهي سبعة أيام، إلا أن التوجيه الأوروبي يمدد هذه المدة إلى ثلاث أشهر إذا لم يقر الموجب بإرسال إقرار إلكتروني عبر البريد الإلكتروني للقابل يتضمن العناصر الرئيسية للعقد.

⁽⁴⁷³⁾ Art 6 directive 97/7 « Pour tout contrat à distance, le consommateur dispose d'un délai d'au moins sept jour souvrables pour se rétracter sans pénalités et sans indication du motif. Les seuls frais qui peuvent être imputés au consommateur en raison de l'exercice de son droit de rétractation sont les frais directs de renvoi des marchandises. »

لهذا نجد أن العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية أوجب في البند الثامن - بعنوان التأكيد من جانب التاجر بواسطة البريد الإلكتروني - أن يتلقى المستهلك كتابة أو بأية وسيلة أخرى، تكون تحت تصرفه ويمكنه الوصول إليها، تأكيدا يتضمن مجموع العناصر الرئيسية التي يتكون منها العقد، وهذا التأكيد يكون بالبريد الإلكتروني باعتبار أنه أفضل الوسائل التي تتوافق مع التجارة الإلكترونية⁽⁴⁷⁴⁾.

بالرجوع إلى التشريعات العربية نجد أن المشرع التونسي قام بدوره بمنح حق العدول، للقابل حتى يتمكن من العدول عن قبوله، وذلك في قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية⁽⁴⁷⁵⁾، رقم 73 لسنة 2000 فنص الفصل الثلاثون منه على ما يلي: "مع مراعاة مقتضيات الفصل الخامس والعشرون من هذا القانون يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل تحسب :

- بالنسبة إلى البضائع بداية من تاريخ تسليمها من قبل المستهلك.
- بالنسبة إلى الخدمات من تاريخ إبرام العقد".

لكي لا يتعسف القابل في استعمال حقه في العدول عن القبول، تم تقييد هذا الحق في بعض التشريعات، فهناك من قرر سقوط هذا الحق بمجرد أن يقوم القابل بفك الأختام ونزع الغلاف إذا ما تم إرسال السلع عن طريق البريد العادي⁽⁴⁷⁶⁾، أو دخول السلعة في ذاكرة الحاسب الآلي الخاص بالقابل إذا كان التسليم على الخط مباشرة⁽⁴⁷⁷⁾، كتسليم برامج الحاسوب مثلا التي يدعي القابل عدم ملاؤمتها للغرض، المبتغى منها كسبب لاستعمال حقه في العدول، وبالتالي يقع عليه عبء إثبات ذلك حتى يقبل منه هذا الدفع.

(474) أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصيات التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص ص 89-90.

(475) محمد إبراهيم أبو الهيجاء، مرجع سابق، هامش رقم 2، ص 92.

(476) مصطفى موسى العجاردة، مرجع سابق، 303.

(477) PASSA Jérôme, « Les règles générales du commerce électronique et leur application dans les rapports avec les consommateurs », Les petites affiches, n° 27, 06 février 2004, p.39.

كما قام المشرع التونسي بذكر حالات العدول على سبيل الحصر، في الفصل الثاني والثلاثون وتتمثل هذه الحالات فيما يلي:

- عندما يطلب المستهلك توفير خدمة قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء ويوفر البائع ذلك.
- إذا تم تزويد المستهلك بمنتجات حسب متطلبات شخصية أو تزويده بمنتجات لا يمكن إعادة إرسالها أو تكون قابلة للتلف أو الفساد لانتهاء مدة صلاحيتها.
- عند قيام المستهلك بنزع الأختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات والمعطيات الإعلامية المسلمة أو نقلها آليا.
- شراء الصحف والمجلات⁽⁴⁷⁸⁾.

يجب الإشارة إلى أن الحق في العدول عن القبول، لا يترتب أي تبعات في ذمة القابل ما دام هذا الأخير يستعمل حقا له مكرس في القانون⁽⁴⁷⁹⁾.

يوجد الكثير من الفقه الذي يشبه حق العدول عن القبول الذي يجد له تطبيق في عقود التجارة الإلكترونية بالبيع بشرط التجربة⁽⁴⁸⁰⁾، التي تمكن المشتري من إمكانية تجربة المبيع قبل شرائه، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 355 من القانون المدني التي جاء فيها: " في البيع على شرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه وعلى البائع أن يمكنه من التجربة فإذا رفض المشتري المبيع يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا".

⁽⁴⁷⁸⁾ القانون التونسي رقم 73 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، مرجع سابق.

⁽⁴⁷⁹⁾ VERBIEST Thibault, Commerce électronique le nouveau cadre juridique, éd LARCIER, 2004, paragraphe 198, p.116.

⁽⁴⁸⁰⁾ أيمن مساعد وعلاء خصاونة، "خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيوع المساقاة"، مجلة الشريعة والقانون، العدد السادس والأربعون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، أبريل 2011، ص 164.

يلجأ المشتري أحيانا إلى تجربة المبيع إذا ما كان المبيع يناسبه شخصيا، وأحيانا أخرى ليتأكد ما إذا كان المبيع يحتوي على خصائص معينة، يقصد المشتري توافرها في ذلك المبيع، كما قد يلجأ إلى التجربة للتأكد من أن المبيع صالحا لأداء الغرض الذي أعد من أجله، وهذا ما يجيز للمشتري قبول أو رفض المبيع الذي يكون في المدة المتفق عليها فإذا انقضت هذه المدة، وسكت المشتري بعدما قام بتجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا، والبيع بشرط التجربة يكون بيعا معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع، إلا أنه قد يتبين من قصد المتعاقدين أو من ظروف التعاقد أن هذا البيع معلق على شرط فاسخ⁽⁴⁸¹⁾.

إن إصباغ أحكام البيع بالتجربة على حق العدول عن القبول في مجال التجارة الإلكترونية، يجب أن نأخذه بحذر، ذلك أن استعمال حق العدول ليس له تأثير على عملية البيع التي تتم مباشرة بعد قبول الإيجاب، وبالتالي فإن ملكية المبيع تنتقل مباشرة من البائع إلى المشتري، ويكون ذلك قبل انتهاء مدة العدول ومنه فإن حق العدول، لا يؤثر على العقد الناتج من لحظة تطابق الإيجاب مع القبول، ويبقى الحق للمشتري في طلب فسخ العقد بعد إبرامه خلال مدة محددة، تبدأ من تاريخ التسليم بالنسبة للسلع ومن تاريخ إبرام العقد بالنسبة للخدمات⁽⁴⁸²⁾.

بينما إذا كان البيع بالتجربة معلقا على شرط واقف، تكون أحكامه مغيرة تماما مع أحكام الحق في العدول ذلك أن البيع المعلق على شرط واقف، فإنه قبل تحقق الشرط يبقى البائع مالكا للشيء المبيع، ولا تنتقل الملكية إلى المشتري ونفهم من ذلك أن العقد لم ينعقد بعد.

إذا كان البيع معلقا على شرط فاسخ، يعني أن هذا العقد انعقد ويرتب كل آثاره بما في ذلك نقل الملكية، إذ يصبح المشتري مالكا للمبيع أثناء التجربة ولكن مصير هذا العقد

(481) سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص ص 88-89.

(482) هادي مسلم يونس البشكاني، مرجع سابق، ص 342.

متوقف على تحقق أو عدم تحقق الشرط الفاسخ، ففي حالة عدم تحقق الشرط الفاسخ يستقر العقد نهائياً، أما إذا تحقق الشرط الفاسخ فإن العقد يزول بأثر رجعي كأن لم ينعقد، من هنا يمكن القول أن الحق في العدول عن القبول، في التعاقد عن بعد يقترب من أحكام البيع بالتجربة المعلق على شرط فاسخ.

المطلب الثاني

صحة التراضي

لا يكفي لانعقاد عقود التجارة الإلكترونية تطابق الإيجاب مع القبول ووجود الأهلية للمتعاقدين، ولكن فوق ذلك يجب أن تكون تلك العقود صحيحة، وهي تكون كذلك إذا لم تشوب إرادة المتعاقدين عيب من عيوب الرضا.

ومما لاشك فيه أن تحديد لحظة إنعقاد العقود الإلكترونية تحظى بأهمية كبيرة، وذلك لأن شروط صحة العقد يجب أن تتوفر في لحظة إنعقاده، كما أن هذه اللحظة هي التي يكون فيها العقد ملزماً لا يجوز الرجوع فيه ومن هذه اللحظة تترتب آثار العقد المختلفة.

الفرع الأول

سلامة الإرادة و خلوها من العيوب

يشترط لصحة التراضي أن تكون الإرادة خالية من العيوب، ويتوفر ذلك بوجود إرادتين سليمتين وخاليتين من أي عيب من عيوب الإرادة، وهي كما هو وارد في القانون المدني الجزائري الغلط، التدليس، الإكراه، والاستغلال⁽⁴⁸³⁾.

عقود التجارة الإلكترونية، كغيرها من العقود الأخرى قد يشوبها مبدئياً عيب من عيوب الإرادة، ولكن ذلك لم يسلم به بعض الفقه الذي يرى أنه لا مناص لتطبيق نظرية

(483) محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 165، علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 56.

عيوب الإرادة، على عقود التجارة الإلكترونية باعتبار أن هذه العقود تبرم عن بعد، فلا يوجد إمكانية حدوث أي عيب من عيوب الإرادة، لبعد المسافة بين المتعاقدين⁽⁴⁸⁴⁾، كما أن بعض التشريعات التي نظمت المعاملات الإلكترونية، قد أعطت الحق للمتعاقد الطرف الضعيف - المستهلك - في العلاقة العقدية، حق العدول عن العقد خلال مدة محددة حتى يتمكن من التنصل من العقد والآثار التي تترتب عنه، دون مشقة اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإبطال العقد بسبب عيب من عيوب الإرادة.

يرى جانب آخر من الفقه، أن عقود التجارة الإلكترونية كغيرها من العقود الأخرى يخضع لنظرية عيوب الإرادة⁽⁴⁸⁵⁾، وأنه على عكس ما يراه الاتجاه الأول، فمن الأفضل للمتعاقد اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإبطال العقد، لعيب قد شاب إرادته وهذا ما يوفر حماية أكبر من التمسك بحق العدول، الذي يرتبط بمدة محددة لطلب العدول عن العقد والتي تكون قصيرة، بالمقارنة بمدة طلب البطلان لسبب عيوب الإرادة، وأن من شأن التمسك بحق العدول أو الرجوع تحمل المتمسك به مصاريف النقل للسلع، التي يقوم بإرجاعها للمتعاقد الآخر دون أن يكون من حقه طلب التعويض، بينما يمكن للطرف الذي أعيب إرادته أن يرجع على المتعاقد الآخر بالتعويض.

من الناحية العملية، لا يوجد مانع من تطبيق نظرية عيوب الإرادة التي يعرفها الفقه التقليدي، وتضمنتها كافة التشريعات الوضعية على عقود التجارة الإلكترونية، حتى وإن كانت تجرى عبر وسائل الاتصال الحديثة، وأدى ذلك إلى توسيع نظرية عيوب الإرادة لتشمل العقود التي تبرم عن بعد بين غائبين⁽⁴⁸⁶⁾، ويكونان في الغالب غير متكافئين حيث يكون طرف متعاقد، أكثر خبرة ودراية فنية في التعاقد عبر الإنترنت من الطرف الآخر الأقل

(484) أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، ص 275.

(485) عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص 159.

(486) محمد حسني منصور، مرجع سابق، ص 61.

تحكما في هذه الوسائل، مما يزيد من احتمال وقوع الطرف المتعاقد غير الخبير، في الغلط أو تحت تأثير التدليس أو تحت ضغط الإكراه والاستغلال، وهذا ما سنتعرض له فيما يلي:

أولاً: عيب الغلط

الغلط يقصد به حالة نفسية تحمل على توهم غير الواقع يقوم في ذهن المتعاقد فيتصور له الأمر، على غير حقيقته ويؤدي إلى بطلان العقد الذي ما كان للمتعاقد أن يبرمه لو أنه أدرك الحقيقة.

وفقا للنظرية الحديثة في الغلط التي أخذ بها المشرع الجزائري، والتي تعترف بالغلط الدافع إلى التعاقد، الذي لا يؤثر في وجود الإرادة وإنما يعيبها فقط، ومنه فإنها تستبعد فكرة الغلط المانع الذي تتعدم معه الإرادة، والمانع المادي هو غلط غير مؤثر ويبقى العقد صحيحاً⁽⁴⁸⁷⁾.

يترتب على الغلط، أن يكون العقد قابلاً للإبطال لمصلحة المتعاقد الذي وقع في الغلط، ما لم يظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ العقد كما لو لم يقع المتعاقد في الغلط وذلك إذا توافر الشرطان اللزمان، لطلب الإبطال حسب نص المادتين 81 و 82 من القانون المدني الجزائري وهما:

- أن يكون الغلط جوهري: وذلك متى بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد، لو لم يقع في هذا الغلط، ويكون الغلط جوهرياً إذا وقع في جوهر الشيء أو وقع على شخص المتعاقد أو في طبيعة المعاملة.

لا يختلف عيب الغلط في العقد كعيب من عيوب الإرادة عن عيب الغلط الذي يوجد في التعاقد الإلكتروني، سوى أن أغلب حالات بطلان عقود التجارة الإلكترونية تعود للصفة

(487) محمد صبري سعدي، مرجع سابق، ص 169.

الشخصية للمتعاقد، والمتمثلة في عدم احترافه أو عدم خبرته في مجال المعاملات الإلكترونية، الذي يؤدي إلى وجود الغلط الجوهري مما ينتج عنه قابلية العقد الذي يبرمه إلى الإبطال⁽⁴⁸⁸⁾.

قد يكون من الصعب إثبات الغلط الجوهري في العقد الإلكتروني نظرا لإمكانية إزالة العرض الإلكتروني، الذي يحمل على التعاقد عبر شبكة الإنترنت المتميزة بالتقنية المتطورة التي قد تؤدي، ببعض من المتعاملين خلالها ذو خبرة محدودة للتسرع في إبرام العقد، مما يسمح لهم بالتمسك بعدم خبرتهم أو كفاءتهم كسبب للمطالبة بإبطال العقد⁽⁴⁸⁹⁾.

لكن لا يجب المبالغة - حسب وجهة نظرنا - في الأخذ بصفة عدم الخبرة، وعدم الاحتراف في المعاملات الإلكترونية كعنصر جوهري، في قبول إدعاء المتعاقد الذي وقع في غلط، لأن ذلك يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات كون المتعاقد الذي يتعامل بعقود التجارة الإلكترونية، حتى وإن كان غير خبير فمن المفروض فيه أن يتحرى ويستشير أهل الخبرة، في مجال التقنية قبل إعلان رغبته في التعاقد، وهذا ما يقلل من إمكانية الوقوع في الغلط.

- أن يصل الغلط بالمتعاقد الآخر: إذا كان في صفة جوهريّة، ويتحقق ذلك إذا ما وقع المتعاقد الآخر بدوره، في ذات الغلط أو كان على علم بأن المتعاقد قد وقع فيه، أو على الأقل كان من السهل أن يتبين له ذلك.

تحقيقا لحماية المتعاقد غير الخبير في مجال عقود التجارة الإلكترونية ارتأت بعض التشريعات المنظمة، لمثل هذه التجارة إلى إلزام المتعاقد المحترف ببيان أوصاف المبيع وخصائصه، وتزويده بالمعلومات والنصائح اللازمة للطرف الآخر حتى ييسر إثبات اتصاله بالغلط الذي وقع فيه هذا الأخير⁽⁴⁹⁰⁾. وهذا ما ذهب إليه التوجيه الأوروبي رقم 31/2000

⁽⁴⁸⁸⁾ مندى عبد الله محمود حجازي، مرجع سابق، 197.

⁽⁴⁸⁹⁾ محمد حسين منصور، مرجع سابق، 61.

⁽⁴⁹⁰⁾ هالة جمال الدين محمد محمود، مرجع سابق، ص 193، عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص 31.

بشأن التجارة الإلكترونية في المادة 11 منه، حيث ألزم مقدمي الخدمات بأن يقوموا بعرض الخدمات على العميل بالتفصيل الدقيق، وأن يقوموا بإعلامه بذلك بوسائل مناسبة وفعالة وسهلة البلوغ، وعلى نحو يمكنه من فهم المعطيات الإلكترونية الأمر الذي يكفل عدم وقوع العميل في غلط (491)، وإذا أخل مقدم العرض على شبكة الإنترنت بهذه الالتزامات فينتج عن ذلك قرينة على علمه بغلط الطرف الآخر، أو كان من السهل عليه أن يتبين وقوع المتعاقد في الغلط، يكون في هذه الحالة على علم بأن الغلط هو الدافع إلى التعاقد، ولا يمكن له الاعتراض على طلب إبطال العقد، لأنه سيء النية ويكون بذلك مقصرا ويتحمل نتيجة هذا التقصير الذي يؤدي إلى بطلان العقد (492).

ثانيا - عيب التدليس

يمكن تعريف التدليس بأنه "حيل يلجأ إليها المتعاقد لإيقاع المتعاقد معه في غلط يدفعه للتعاقد" (493)، وقد نظم المشرع الجزائري أحكام التدليس في نص المادتين 86 و 87 من ق م ج، وهو يتضمن عنصرين نتعرض إليهما فيما يلي:

- **عنصر موضوعي:** يتمثل في استعمال طرق احتيالية ويستوي أن تصدر من أحد المتعاقدين، أو من الغير إذا كان المتعاقد المستفيد من التدليس عالما به، وتتلخص الطرق الاحتيالية التي تؤدي إلى تغليب المتعاقد، في الوسائل المختلفة التي تستعمل لتضليل المتعاقد ودفعه لإبرام العقد، وتتمثل هذه الوسائل حسب نص المادة 86 من ق م ج في الحيل المختلفة، والكذب، وكذلك بعض حالات السكوت العمدي .

التدليس إذن، يمكن أن يكون إيجابيا ويتمثل في القيام بوسائل احتيالية، بغرض إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه للتعاقد، كما يمكن أن يكون سلبيا، وهو السكوت عن ذكر بيانات

(491) لزهري بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 88.

(492) فادي محمد عماد الدين أبو السعود توكل، مرجع سابق، ص 100.

(493) علي فيلاي، مرجع سابق، ص 124.

معينة يحجم عن ذكرها أحد المتعاقدين، ويكون من شأن العلم بها امتناع المتعاقد الآخر عن إبرام العقد.

بتطبيق ذلك على عقود التجارة الإلكترونية، نجد أن الوسائل الاحتياطية لها معنى واسع في ظل هذه العقود، حيث تعرف تطبيقات جديدة قد تظهر في عرض المنتجات والخدمات، على شبكة الإنترنت باستخدام الحيل التكنولوجية قصد دفع المتعاقد إلى إبرام العقد، أو تعمد نشر بيانات أو معلومات غير صحيحة⁽⁴⁹⁴⁾.

كما أن الإعلانات والدعايات الإلكترونية الخادعة للمنتجات والخدمات عبر شبكة الإنترنت، تعتبر ضرب من ضروب الكذب، طالما تجاوز المؤلف وكان مؤثرا في إرادة المدلس عليه، لأن الأصل في الكذب بحد ذاته لا يكفي لتكوين عنصر الحيلة، في التدليس بل يجب أن يقتزن بأفعال مادية كافية للتضليل، ودفع المدلس عليه للتعاقد مما يسمح له بطلب إبطال العقد⁽⁴⁹⁵⁾.

حسب نص المادة 86 فقرة 02 ق م ج التي تنص " يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة". بالتالي فإن السكوت أو كتمان بيانات هامة عن المنتجات المعروضة على شبكة الإنترنت، تعد طريقة من طرق التدليس كقيام مثلا أحد الصيدليات الإلكترونية بإخفاء أو التستر، عن بعض البيانات الهامة الخاصة بالأدوية التي تعرضها عبر الشبكة كعدم ذكر موانع استعماله أو حجب أضراره أو مكان إنتاجه، ويكون بذلك الصيدلي قد أخفا بيانات هامة جدا لو كان المدلس عليه على علم بها لما أبرم العقد⁽⁴⁹⁶⁾.

(494) أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 199.

(495) فادي محمد عماد الدين أبو السعود توكل، مرجع سابق، ص 102.

(496) خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 181.

لعل من أهم طرق التدليس، إنشاء مواقع وهمية على شبكة الإنترنت وهي في الحقيقة لا وجود لها، كأن يعتمد مثلاً أحد البنوك الوهمية بمنح فوائد كبيرة قصد جلب العملاء لتوظيف مبالغ ضخمة، في هذا البنك المنشأ عبر الموقع الإلكتروني الوهمي، ثم يستولي على الأموال ويمحو أثره على شبكة الانترنت⁽⁴⁹⁷⁾.

لهذا يجب لقيام التدليس في عقود التجارة الإلكترونية استعمال طرق احتيالية عبر شبكة الإنترنت، في مواجهة المتعاقد قصد تضليله بغرض حمله على التعاقد، وهذه الطرق الاحتيالية هي العنصر الموضوعي أو المادي للتدليس في البيئة الإلكترونية.

- **العنصر المعنوي:** يفهم من العنصر المعنوي في التدليس، قصد التضليل للوصول إلى الغرض غير المشروع، ويقضي هذا العنصر أن يكون مؤثراً على نحو الذي اشترطه المشرع الجزائري حينما أشار، بأن تكون الحيل من الجسامة بحيث لولا هذه الحيل المستعملة، بكافة أنواعها لما خدع المدلس عليه ووقع في غلط يدفعه للتعاقد.

هذا ما دفع بالمشرع الفرنسي⁽⁴⁹⁸⁾ والتونسي⁽⁴⁹⁹⁾ إلى وضع على عاتق البائع الذي يعرض، منتجاته وخدماته على شبكة الإنترنت مسؤولية توفير للمستهلك بعض المعلومات

⁽⁴⁹⁷⁾ محمود محمد أبو فروة، مرجع سابق، ص 202.

⁽⁴⁹⁸⁾ Article L.111-1 code consommation: « Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes :

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

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

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

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

⁽⁴⁹⁹⁾ أنظر الفصل 25 الباب الخامس من قانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية، مرجع سابق.

والبيانات، بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد، وهذا الإجراء من شأنه أن يحد من استعمال الطرق الاحتيالية للإيقاع بالمستهلكين في تدليس، والهدف من وضع الالتزام بالإعلام والنصيحة والتحذير، على عاتق المتعاقد الخبير هو حماية الطرف الأقل خبرة كي يتمتع بحرية الاختيار والرضاء الوعي المستتير في إبرام العقد.

قد تكمن الصعوبة في عقود التجارة الإلكترونية، في إثبات العنصر المعنوي خاصة حين يعتمد 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⁽⁵⁰⁰⁾. وهنا يمكن أن يظهر دور جهات التوثيق الإلكتروني أو مقدمي خدمات التوثيق في تخفي آثار المحتالين والمدلسين، لأن دورها لا يقتصر فقط على مجرد التأكد من صحة ونسبة صدور الإرادة التعاقدية لمنشئها، بل التأكد من صحة هذه الإرادة وبعدها عن وسائل الغش والخداع والتدليس⁽⁵⁰¹⁾.

ثالثاً - عيب الإكراه

الإكراه هو ضغط غير مشروع يقع على أحد المتعاقدين، فيولد في نفسه رهبة أو خوفاً تدفعه إلى التعاقد⁽⁵⁰²⁾، وهذا الخوف أو الرهبة الذي يقوم في نفس المتعاقد المكروه هو الذي يعيب رضاه، بغض النظر عن وسائل الإكراه، وهذا ما يستخلص من نص المادة 88 من ق م ج التي تقضي ببطالان العقد تحت سلطان رهبة بينة، يبعثها المتعاقد في نفس المتعاقد الآخر دون وجه حق.

(500) مرزوق نور الهدى، مرجع سابق، ص 87.

(501) عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص 328.

(502) محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 191.

قد ثار جدال فقهي، حول إمكانية تصور وجود الإكراه المعيب للإرادة في إبرام عقود التجارة الإلكترونية.

فهناك من الفقه من يرى عدم تصور عيب الإكراه في العقد الإلكتروني، لأن مثل هذه العقود تتم عن بعد، بين طرفين تفصل بينهما مسافة متباعدة⁽⁵⁰³⁾، حيث يكون الاتصال على شبكة الإنترنت في مجلس عقد حكومي وليس حقيقي، ويتعذر بعد ذلك ممارسة الضغط أو الرهبة من أحد المتعاقدين على الآخر، قصد إرغامه على إبرام العقد، كما أن التعاقد في ظل العقد الإلكتروني، يتحقق بدخول المتعاقد إلى أحد المتاجر الافتراضية، أو بالأحرى يكون بفتحه لجهاز الحاسب الآلي المتصل بشبكة الإنترنت، ولا يتحقق بفعل الخوف أو الرهبة التي تزرع في نفس المتعاقد، الذي إذا ما واجه مثل هذه الأفعال ما عليه إلا أن ينصرف إلى أحد المواقع الأخرى الأكثر أماناً أو يقوم بغلق جهاز الحاسب الآلي.

يرى الرأي الراجح من الفقه، أنه حتى وإن كان لا يمكن تصور ممارسة أحد طرفي العقد للإكراه المادي، إلا أنه يمكن أن يحدث الإكراه المعنوي من خلال ما يعرف بالإكراه الاقتصادي، الذي يجبر المتعاقد على اللجوء إلى من يحتكر منتوجاً عند الحاجة إلى الصيانة أو خدمات ما بعد البيع، فيفرض المتعاقد الآخر شروطه المجحفة على المتعاقد المكره إكراهاً اقتصادياً⁽⁵⁰⁴⁾.

رابعاً - عيب الاستغلال

المقصود بالاستغلال هو أن يستغل شخص طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، في شخص آخر لكي يبرم تصرفاً يؤدي إلى غبن فادح به، وقد عرفه المشرع الجزائري في نص المادة 90 من ق م ج، التي تعتد بالطيش البين والهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد بغرض دفعه،

(503) هالة جمال الدين محمد محمود، مرجع سابق، ص 200، محمد حسني منصور، مرجع سابق، ص 75.

(504) أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 202، خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 190، هالة جمال الدين محمد محمود، مرجع سابق، ص 201، محمد حسني منصور، مرجع سابق، ص 75.

إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه، التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو من غير عوض، وهو في هذه الحدود لا يكون إلا في عقود المعوضات ويقوم على مجرد عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة، فحكم عيب الاستغلال إذن في القواعد العامة من الاستثناء والاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره.

في الحقيقة من الصعب تصور حدوث عيب الاستغلال في عقود التجارة الإلكترونية ولكن من الناحية العملية، فإن الواقع يشير بوضوح إلى انتشار العقود المبرمة على شبكة الإنترنت، مما يحتمل وقوع المتعاقد ضحية طيشه أو هواه الجامح الذي يبرم عقد مع طرف آخر، يكون أكثر خبرة منه في مجال التقنية الإلكترونية، ويستغل ذلك الطيش البين والهوى الجامح قصد حمله على التعاقد⁽⁵⁰⁵⁾.

قد يؤدي تباعد المتعاقدين وانتشار الإعلانات الخادعة المفترضة على الإنترنت وتباين الخبرات التقنية الإلكترونية، إلى توسع إمكانية وقوع المتعاقدين، الأقل خبرة والمندفعين في استغلال من طرف العابثين والمحاليين.

في هذا السياق، تقطن المشرع التونسي إلى ذلك حيث وضع مبدأ عاما يجعل العقود الإلكترونية، قابلة للإبطال نتيجة للاستغلال في الفصل 50 من قانون المعاملات الإلكترونية⁽⁵⁰⁶⁾، حيث رتب جزاء جنائيا على الطرف الذي يستخدم طرقا احتيالية، أثناء التعاقد الإلكتروني لدفع المتعاقد الآخر الذي فقد القدرة على التمييز، بين التزاماته المتقابلة بصدد شرائه لسلعة افتراضية على شبكة الإنترنت⁽⁵⁰⁷⁾.

(505) عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص 205.

(506) ينص الفصل 50 من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية على أنه " يعاقب كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الإلكتروني بدفعه للالتزام حاضرا أو أجلا بأي شكل من الأشكال، بخطية تتراوح بين 1000، 20000 دينار، وذلك إذا أثبت من ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته، أو كشف الحيل أو الخدع المعتمدة بالالتزام أو ثبت أنه كان تحت الضغط مع مراعاة أحكام المجلة الجنائية".

(507) خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 188، عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص 330.

الفرع الثاني

زمان ومكان انعقاد عقود التجارة الإلكترونية

مما لا شك فيه أن لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني آثارا ونتائج قانونية مهمة، والذي يبقى خاضعا رغم خصوصيته للقواعد العامة بشأن العقد، فيما يخص تحديد زمان ومكان انعقاده، إلا أن هذا المبدأ قد يواجه بعض الصعوبات في مجال عقود التجارة الإلكترونية، أين يتم التعاقد عن بعد، ويكون الطرفان غير حاضرين ماديا في مكان واحد وقد يتعدى ذلك العقد حدود الدول، مما يجعله يأخذ طابعا دوليا وعادة لا يعرف المتعاقد الطرف الآخر في عملية التعاقد، حتى وإن كان من الممكن أن يجمعهم في بعض الحالات مجلس عقد حكومي، وذلك بفضل ما تتسم به شبكة الإنترنت بصفة التفاعلية، التي تسمح بحضور افتراضي معاصر للمتعاقدين، مما قد ينتج عنه معاصرة الإيجاب للقبول من الناحية الزمنية، رغم بقاء البعد المكاني قائما بين المتعاقدين.

تتجلى أهمية تحديد زمان إبرام العقد في معرفة وقت انعقاد العقد، وبالتالي تنتج آثار هذا العقد منذ ذلك الوقت، كما أن تحديد مكان إبرام العقد ضروري لتحديد القانون الواجب التطبيق عليه، والمحكمة المختصة بما قد يثور حوله من منازعات.

أولا: زمان إبرام العقد الإلكتروني

المقصود بزمان العقد هو فترة أو مدة الانشغال بالتعاقد، لوجود فاصل زمني بين النقاء الإيجاب والقبول، لاعتبار التعاقد يتم بين غائبين، ومن المعروف أن العقد ينعقد في اللحظة التي يقترن فيها، قبول أحد الطرفين بالإيجاب المعروض عليه من الطرف الآخر⁽⁵⁰⁸⁾. وهذه القاعدة تسري بالنسبة لجميع صور التعاقد، سواء كان ذلك بين حاضرين أم بين غائبين، غير أنه في العقود بين حاضرين اللذين يجمعهما مجلس واحد، لا يثير

(508) عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص 135.

إشكالات كون أن لحظة تعبير القابل عن إرادته بالقبول، هي ذاتها لحظة تلقها من الموجب وينعقد بعد ذلك العقد⁽⁵⁰⁹⁾، فالصعوبة كيف ما كانت تظهر في التعاقد بين غائبين أين لا يجمعهما مجلس عقد واحد تفترق بذلك لحظة التعبير عن الإرادة عن لحظة تلقيها⁽⁵¹⁰⁾. ولما كانت عقود التجارة الإلكترونية، تنتمي إلى طائفة العقود التي تتم عن بعد- التعاقد بين غائبين- فقد أعاد من جديد لهذه المسألة أهميتها في نظرية العقد، خصوصا أن هذه العقود تعتمد على وسائل الاتصال الحديثة لإبرام العقود، وبالتالي يكون هناك فاصل زمني في تعبير طرفي العقد، عن إرادتيهما مما ينتج عنه صعوبة تحديد زمان وصول الإيجاب والقبول.

تكمن صعوبة تحديد زمان إبرام عقود التجارة الإلكترونية في نتيجة صعوبة تحديد وقت تطابق الإيجاب بالقبول، الذي يمكن أن يكون عند دخول الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول، نظام الحاسوب الخاص بالمرسل للإيجاب، كما يمكن أن يكون عندما يصل القبول نظام الحاسوب الخاص بالموجب وسجلها الحاسوب، وفي الأخير قد يكون عندما يصل القبول، لنظام المعلومات الخاص بالموجب ويقوم بالإطلاع عليها ومعالجتها وتفسيرها⁽⁵¹¹⁾.

من هنا تثار أهمية تحديد زمان انعقاد عقود التجارة الإلكترونية على ضوء النظريات التي قيلت بهذا الشأن، وكذا موقف التشريعات التي نظمت التجارة الإلكترونية من هذه النظريات.

1- نظريات تحديد زمان إبرام العقد الإلكتروني

لدراسة زمان انعقاد العقد فيما يتعلق بالتعاقد بالمراسلة أو التعاقد بين غائبين، سنتعرض للنظريات الأربعة، التي ظهرت في هذا الشأن من زاوية الخصوصية التي تتمتع

(509) عنادل عبد الحميد المطر، مرجع سابق، ص 284.

(510) أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 185.

(511) لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص 96.

بها عقود التجارة الإلكترونية لمعرفة لحظة الانعقاد، كما سنتعرض إلى نظرية خامسة حديثة ظهرت مع ظهور عقود التجارة الإلكترونية.

أ- نظرية إعلان القبول

وفقا لأصحاب هذه النظرية تنعقد عقود التجارة الإلكترونية، في اللحظة التي يعلن فيها الموجه إليه الإيجاب عن قبوله، حيث تتوافق الإرادتان وبه يتحقق وجود العقد وبغض النظر عن علم الموجب بالقبول، أو عدم علمه ويمتنع على الموجب من وقت إعلان القبول أن يعدل عن إيجابه⁽⁵¹²⁾.

يميز بعض الفقه، بين ما إذا كان إعلان القبول الإلكتروني من خلال البريد الإلكتروني، حيث ينعقد العقد بمجرد تحرير القابل للرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول دون قيامه، بالضغط على زر الإرسال أو في الوقت الذي يعلن فيه القبول على شاشة حاسوبه، سواء بكتابة عبارة معينة تدل على القبول، أو بالنقر على الإيقونة المخصصة للقبول على هذه الشاشة، ويحتفظ بها في جهاز الحاسوب الخاص به دون تصديرها، وذلك بالنقر على زر التوقف الموجود أعلى صفحة البريد الإلكتروني⁽⁵¹³⁾.

وعلى رغم ما تحضى به هذه النظرية من محاسن في مجال إبرام العقود التي تتم بصفة سريعة، وهو ما يتفق مع عقود التجارة الإلكترونية التي تقوم على السرعة، في المعاملات تلبية لمتطلبات الحياة التجارية، يعاتب عليها في أنها تتناقض ومنطق التوافق بين الإرادتين الذي هو قوام العقد⁽⁵¹⁴⁾، فالتعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا علم به من وجه إليه، وبالتالي لا يكون للقبول أثر قانوني إلا من لحظة اتصاله بعلم الموجب⁽⁵¹⁵⁾، ويضاف

⁽⁵¹²⁾ LE TOURNEAU Philippe, op cit, p.13.

⁽⁵¹³⁾ هادي مسلم يونس البشكاني، مرجع سابق، ص 240.

⁽⁵¹⁴⁾ ZOIA Michel, op cit, p.25.

⁽⁵¹⁵⁾ GEOFFRAY Brunaux, op cit, paragraphe 410, p.238.

إلى ذلك صعوبة إثبات صدور القبول من القابل ، إذا ما قام بإنكاره دون أن يتمكن الموجب من الحصول على دليل لإثبات ذلك القبول الموجود بين يدي القابل⁽⁵¹⁶⁾.

أخذت بعض التشريعات المدنية الحديثة بهذه النظرية، كالقانون المدني التونسي في المادة 28، والقانون المدني السوري في المادة 98، أما القوانين الخاصة بتنظيم التجارة الإلكترونية والاتفاقيات الدولية، لم تأخذ بهذه النظرية ولم تشر إليها وذلك لما بهذه النظرية من عيوب واضحة تجعلها غير صالحة لتعالج مسألة تحديد زمان انعقاد عقود التجارة الإلكترونية⁽⁵¹⁷⁾.

ب- نظرية تصدير القبول

لا تكتفي هذه النظرية بإعلان القبول، بل تشترط أن يكون القبول نهائياً لا رجوع فيه بخروجه فعلاً، من حوزة القابل الذي يتعذر عليه استرداده⁽⁵¹⁸⁾، وهي اللحظة التي يرسل فيها القابل قبوله سواء عن طريق إرسال رسالته الإلكترونية المتضمنة قبوله، عن طريق البريد الإلكتروني أو عن طريق إرسال موافقته، سواء بكتابة عبارة القبول أو بالضغط على إيقونة القبول، وبعد ذلك لا يستطيع القابل استرجاعها ودخولها في سيطرة الوسيط الإلكتروني لمقدم خدمة الإنترنت، ولا يشترط وصول الرسالة إلى صندوق البريد الإلكتروني الموجود في موقع الموجب على شبكة الإنترنت⁽⁵¹⁹⁾.

لا تختلف هذه النظرية عن سابقتها - إعلان القبول - سوى أنها تضيف واقعة مادية وهي واقعة تصدير القبول، الذي يمكن اعتباره دليلاً على أن القبول قد صار نهائياً لا رجعة

(516) محمد سعد خليفة، "البيع عبر الإنترنت وحماية المستهلك (في ضوء قانون المعاملات الإلكترونية البحريني)"، مجلة الحقوق، المجلد الخامس، جامعة البحرين، كلية الحقوق، ص 42.

(517) طارق كاظم عجيل، "مجلس العقد"، بحث مقدم إلى مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية - الحكومة الإلكترونية)، جامعة الإمارات، مركز الإمارات للبحوث والدراسات الإستراتيجية، في الفترة من 19-25 مايو 2009، ص 323.

(518) رامي محمد علوان، مرجع سابق، ص 255.

(519) محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 213.

فيه، لكن القول بذلك يجب عدم أخذه على إطلاقه، لأن هذه النظرية لا تزيد أي مفعول قانوني جديد للقبول، في عقود التجارة الإلكترونية طالما أن للقابل إمكانية استرداد رسالته التي تتضمن قبوله قبل أن تصل إلى الموجب⁽⁵²⁰⁾.

كما أن عملية إرسال القبول قد لا تصل إلى الموجب بسبب ضياعها أو وجود عطل فني في جهازه أو في شبكة الإنترنت، مما يؤدي إلى عدم وصول القبول إلى الموجب الذي لا يكون على علم بالقبول الذي تم إرساله⁽⁵²¹⁾، ومن ثم فإن تصدير القبول دون اشتراط علم الموجب به، لا يكفي وحده للتعويل عليه في تحقيق اقتران الإرادتين ونشوء عقود التجارة الإلكترونية.

قد أخذ بهذه النظرية قانون الالتزامات السويسري في المادة 10، كما أخذ بها القانون الإنجليزي والكندي، وهي ما يطلق عليه في القانونين الأخيرين قاعدة صندوق البريد (Mail box rule)، أو قاعدة البريد (Postal rule)⁽⁵²²⁾.

ج- نظرية وصول القبول

وفقا لهذه النظرية يكون القبول نهائيا في الوقت الذي تم فيه وصوله إلى الموجب بغض النظر، عن العلم الحقيقي للموجب بالقبول أو عدم علمه، على أن وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به⁽⁵²³⁾، وبموجب هذه النظرية ينعقد عقد التجارة الإلكترونية في لحظة دخول رسالة البيانات المتضمنة للقبول، إلى صندوق البريد الإلكتروني للموجب حتى وإن لم يطلع عليها ولم يعلم بها بعد.

⁽⁵²⁰⁾ نزيه الصادق المهدي، مرجع سابق، ص 238.

⁽⁵²¹⁾ LE TOURNEAU Philippe, op cit, p.14.

⁽⁵²²⁾ طارق كاظم عجيل، مرجع سابق، ص 325.

⁽⁵²³⁾ علي هادي العبيدي، "زمان انعقاد العقد الإلكتروني في التشريع الإماراتي"، بحث مقدم إلى مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية - الحكومة الإلكترونية)، جامعة الإمارات، مركز الإمارات للبحوث والدراسات الاستراتيجية، في الفترة من 19-25 مايو 2009، ص 369.

لم تسلم هذه النظرية كذلك من نقد الشراح الذين يعتبرون أن وصول القبول مثل تصديره، ولا يعد إلا واقعة مادية ليس لها أية دلالة قانونية في إثبات علم الموجب بالقبول، فوصول القبول إلى الموجب لا يزيد على ذلك شيئاً مادام الموجب لم يعلم بالقبول⁽⁵²⁴⁾.

يجب الإشارة إلى أن مسألة العلم بالقبول في عقود التجارة الإلكترونية، لم تعد لها أهمية كبيرة في بعض الحالات التي تستخدم فيها المواقع التجارية، وسائط إلكترونية مؤتمتة تكون مبرمجة من طرف الموجب، للتعامل مع رسائل القبول ومعالجتها بمجرد دخولها صندوق البريد الإلكتروني الخاص به، ويكون في هذه الحدود على علم بالقبول مباشرة⁽⁵²⁵⁾.

كما يمكن القول أن في عقود التجارة الإلكترونية، لا يوجد تقريبا أي فرق بين لحظة تصدير القبول ووصوله إلى الموجب، كون أن عملية تصدير القبول ووصولها إلى صندوق البريد الإلكتروني، للموجب عبر شبكة الإنترنت يتم في جزء من الثانية، فلحظة تصدير القبول في هذه العقود، هي ذاتها اللحظة التي يضغط فيها القابل على زر الإرسال لغرض إرسال القبول للموجب عندما يتم التعاقد عبر البريد الإلكتروني⁽⁵²⁶⁾.

ورغم ما تمتاز به هذه النظرية، من معالجة مشكلة إثبات العلم بالقبول في عقود التجارة الإلكترونية، أين يكون وصول القبول فوراً بالنسبة للموجب ومن المفروض أن يكون على علم به، ولكن المشكل الحقيقي لا يتمثل في العلم بالقبول، وإنما في عدم وصول القبول إلى علم الموجب أصلاً، فور تصديره لوجود عيب تقني في شبكة الاتصال أو لوجود عطل في جهاز الحاسوب الخاص بالموجب، الأمر الذي يترتب عليه عدم إمكانية علم الموجب بالقبول وبقائه في سيطرة مقدم خدمة الإنترنت⁽⁵²⁷⁾.

(524) محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص 168.

(525) علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص 370.

(526) طارق كاظم عجيل، مرجع سابق، ص 329.

(527) عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص 349.

كما أن هذه النظرية لم تأت بحل لمسألة الغش والتحايل، من طرف الموجب الذي يبقى قادرا على أن يحول دون وصول القبول إليه فيمنع بالتالي انعقاد العقد.

أخذ بهذه النظرية كل من التوجيه الأوروبي النموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات والقانون الأمريكي للمعاملات الإلكترونية (UETA)، في المادة 15 منه، وكما أخذ القانون الأردني للمعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001 بنظرية استلام القبول في المادة 17 منه⁽⁵²⁸⁾.

لم يهتموا واضعو القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية بمسألة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد، واستعاضوا عن ذلك بتنظيم مسألة زمان ومكان إرسال رسائل البيانات واستلامها، على أن الهدف من عدم إدراج أي قاعدة محددة بالنسبة لزمان ومكان تكوين العقود، في الحالات التي يجرى التعبير فيها عن عرض أو قبول العرض، بواسطة رسالة البيانات يكمن في عدم المساس بالقانون الوطني للدول.

أخذ قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية بنظرية استلام القبول ويتحقق، ذلك بدخول رسالة البيانات نظام معلومات لم يقم المرسل إليه بتعيينه لاستلام الرسائل الإلكترونية⁽⁵²⁹⁾، وهذا ما يستشف في المادة 1/15 التي جاء فيها " 1- ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك، يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو سيطرة الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابة عن المنشئ"⁽⁵³⁰⁾. فيما يتعلق إذن بالزمان بينت المادة 1/15 أن وقت إرسال رسالة البيانات يتحدد عند دخول الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ.

⁽⁵²⁸⁾ طارق كاظم عجيل، مرجع سابق، ص ص 330-331.

⁽⁵²⁹⁾ عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص ص 163-164.

⁽⁵³⁰⁾ أنظر قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996، مرجع سابق.

كما يتحدد وقت تسلم رسالة البيانات طبقا لنص المادة 2/15- (أ) بوقت دخول الرسالة نظام المعلومات، أو بوقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات، إذا أرسلت إلى نظام معلومات يخضع لسيطرة المرسل إليه، وبالتالي فإن العقد الإلكتروني يبرم في الوقت الذي تدخل فيه الرسالة الإلكترونية، نظام المعلومات المعين أو وقت استخراج المرسل إليه للرسالة الإلكترونية، والاطلاع عليها إذا أرسلت إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه ولكنه ليس هو الذي قام بتعيين ذلك النظام⁽⁵³¹⁾.

فيما يتعلق بالمكان فإن المادة 4/15 قررت أن رسالة البيانات تعد قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه.

نفهم من ذلك أنه يحق للمتعاقدين أن يتفقا على تحديد مكان العقد وزمانه، فإذا لم يتفقا يعد العقد قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيه الموجب بالقبول، ويفترض علم الموجب بهذا القبول في الزمان والمكان اللذين وصل فيهما هذا القبول، حتى ولو لم يطلع عليه ولم يفتح بريده الإلكتروني.

د - نظرية العلم بالقبول

يرى أصحاب هذه النظرية أن العقد ينقذ في اللحظة التي يعلم فيها الموجب بالقبول فعلا، ويتحقق ذلك في عقود التجارة الإلكترونية، باسترجاع الموجب للمعلومات الموجودة في رسالة البيانات، التي أرسلها القابل إليه، حيث يقوم بفتح بريده الإلكتروني والإطلاع على رسالة القابل⁽⁵³²⁾، كون أن الأمر يتعلق بالتعبير عن الإرادة التي لا ينتج أثرها إلا إذا اتصل القبول بعلم من وجه إليه. ولما كان العلم الفعلي بالقبول من جانب الموجب، واقعة مادية محضة يصعب معها في الغالب إثباتها، وبالتالي يعتبر وصول رسالة القبول إلى البريد

(531) خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 386.

(532) مناني فراح، العقد الإلكتروني "وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري"، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص

الإلكتروني الخاص بالموجب قرينة على علمه بالقبول، ولكنها قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس بكافة طرق الإثبات المتاحة في القانون.

يقول بعض الفقه، بشأن هذه النظرية أنها تتيح للموجب التلاعب بالإثبات عند جعل وصول القبول قرينة على العلم، إذ يكفي للموجب لدحض هذه القرينة أن يدفع بالإنكار أي يدعي أنه لا يعلم بالقبول، بسبب أي ظرف خاص حال دون علمه بالقبول أصلاً أو علمه به وقت وصوله، وبالتالي فهي نظرية يصعب الأخذ بها في مجال عقود التجارة الإلكترونية⁽⁵³³⁾.

أخذ المشرع الجزائري بنظرية العلم بالقبول في المادة 67 من القانون المدني التي جاء فيها "يعتبر التعاقد ما 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". وكما أخذ بهذه النظرية القانون المدني المصري في المادة 97 والقانون المدني الألماني في المادة 1/110.

على صعيد القانون الدولي أخذت مبادئ (UNIDROIT)⁽⁵³⁴⁾ التي تم إعدادها من قبل المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، بمبدأ العلم الفعلي فأشارت إلى "أن القبول لا ينتج أثره القانوني إلا بعد اتصاله بعلم الموجه إليه"⁽⁵³⁵⁾.

هـ - نظرية تأكيد وصول القبول

بالإضافة إلى النظريات الأربعة سابق ذكرها، فإن هناك نظرية خامسة ظهرت مع ظهور نظام التعاقد الإلكتروني، وهي نظرية تأكيد وصول القبول، فبموجب هذه النظرية فإن

⁽⁵³³⁾ صفوان حمزة إبراهيم عيسى، مرجع سابق، 125.

⁽⁵³⁴⁾ (UNIDROIT) مجموعة من المبادئ الموحدة للعقد الدولي التي قام بإعدادها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (بروما) ويمكن مراجعتها عبر الإنترنت على الموقع التالي: WWW.UNIDROIT.ORG

⁽⁵³⁵⁾ نقلا عن: عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص 163.

لحظة انعقاد العقد الإلكتروني هي لحظة تأكيد القبول، من قبل من وجه إليه الإيجاب بعد تمكنه من مراجعة قبوله، وعرض الموجب وتصحيح الأخطاء المحتملة، وإذا كان القبول مجردا من تأكيد الواجب تصديره لصاحب العرض، فإنه لا يترتب عليه أثر بشأن انعقاد العقد⁽⁵³⁶⁾.

أخذ التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 بشأن التجارة الإلكترونية بنظرية تأكيد القبول في المادة 11 التي حددت وقت إبرام العقد، بأنه وقت استلام الموجب تأكيد من مقدم خدمة الإنترنت مرسل من القابل بصحة القبول⁽⁵³⁷⁾.

كما سار المشرع الفرنسي في نفس اتجاه التوجيه الأوروبي⁽⁵³⁸⁾ - مسترشدا بنص المادة 11 من التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 - أين أضاف مادة جديدة إلى القانون المدني الفرنسي، وهي المادة 1369-5 فقرة 1 و 2 التي تقتضي بأن العقد الإلكتروني لا ينعقد إلا بتأكيد القبول من قبل الموجه إليه الإيجاب، وذلك بعد تمكنه من مراجعة طلبه والتمن كاملا وتصحيح الأخطاء المحتملة⁽⁵³⁹⁾.

بعد تطبيق هذه النظريات المختلفة على عقود التجارة الإلكترونية، وما قيل بشأنها من مزايا وعيوب، تجعل في الحقيقة من الصعوبة بمكان ترجيح نظرية على الأخرى، وهذا ما

⁽⁵³⁶⁾ GEOFFRAY Brunaux, op cit, paragraphe 417, p 245 ; Voir aussi : ZOIA Michel op cit, p. 26 ; PASSA Jérôme, op cit, p.40.

⁽⁵³⁷⁾ Article 11 de la directive n° 2000/31 « 1. Les États membres veillent, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, à ce que, dans les cas où un destinataire du service passe sa commande par des moyens technologiques, les principes suivants s'appliquent :
- le prestataire doit accuser réception de la commande du destinataire sans délai injustifié et par voie électronique,

- la commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles il sont adressés peuvent y avoir accès.

2. Les États membres veillent, sauf si les parties qui sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, à ce que le prestataire mette à la disposition du destinataire du service des moyens techniques appropriés, efficaces et accessible lui permettant d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger, et ce avant la passation de la commande ».

⁽⁵³⁸⁾ GEOFFRAY Brunaux, op cit, paragraphe 430, p.256.

⁽⁵³⁹⁾ LE TOURNEAU Philippe, op cit, p.15.

أدى ببعض الفقه إلى القول، بأن الأمر يتعلق هنا بمشكلة يصعب إيجاد حل لها على المستوى النظري، ومن ثم فالحل لا يمكن أن يكون إلا عن طريق المشرع.

2 - موقف التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية من مسألة تحديد زمان انعقاد العقد

لا تثير مسألة الأخذ بإحدى النظريات المذكورة أعلاه مشكلة على صعيد القانون الوطني، بل المشكلة تثار عند التداخل بين عدة قوانين وطنية، كما هو الحال في التعاقد عبر الإنترنت، الذي يمارس على نطاق دولي واسع لاسيما في مجال التجارة الإلكترونية. وبعد أن وصلنا إلى نتيجة اعتبار العقد الإلكتروني عقدا دوليا، الأمر الذي يؤدي إلى إختلاف الحلول، المتعلقة بتحديد لحظة الانعقاد للعقود المبرمة عبر الإنترنت تبعا لاختلاف الدول في حل هذه المشكلة، فالتصرف القانوني الإلكتروني يمس دولا كثيرة تفصل بينها مسافات شاسعة وتتباين في الأيديولوجيات القانونية، ويكون واجبا تعيين القانون المختص فضلا عن القضاء المختص في حالة النزاع.

حدد التوجيه الأوروبي رقم 7/97/CE الصادر في 1997/5/20 في المادة 5⁽⁵⁴⁰⁾ منه الزمان الذي يتم فيه العقد الإلكتروني، حيث يتضح من قراءة مضمون هذه المادة بأن العقد يتم وقت أن استقبل المستهلك بالطريق الإلكتروني، إفادة بعلم وصول قبوله وتأكيده بوصول هذا القبول إلى مقدم الخدمة⁽⁵⁴¹⁾.

⁽⁵⁴⁰⁾ Article 5/1 de la directive 97/7/CE :

« 1. Le consommateur doit recevoir, par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition et auquel il a accès, confirmation des informations mentionnées à l'article 4 paragraphe 1 points a) à en temps utile lors de l'exécution du contrat et au plus tard au moment de la livraison en ce qui concerne les biens non destinés à la livraison à des tiers, à moins que ces informations n'aient déjà été fournies au consommateur préalablement à la conclusion du contrat par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition et auquel il a accès. »

⁽⁵⁴¹⁾ سليمان أحمد محمد فضل، مرجع سابق، ص 90.

كما سار في نفس الاتجاه، التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 بشأن التجارة الإلكترونية، وذلك بأخذه بنظرية تأكيد القبول⁽⁵⁴⁰⁾ في المادة 11 منه حيث تنص على أنه "يعد العقد قد أبرم في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقرارا إلكترونيا مؤكدا من القابل بقبوله".

أخذ كذلك القانون التجاري الأمريكي الموحد (UCC)، بهذه النظرية حيث نص في المادة 2 و1/201 منه على "التزام البائع بأن يقوم بإرسال تأكيد للمشتري بتمام العقد وذلك خلال مدة عشرة أيام على الأكثر من تاريخ إرسال القابل لقبوله"⁽⁵⁴¹⁾.

نرى أن الأخذ بنظرية العلم بالقبول في المادة 67 من القانون المدني الجزائري إن كان يتماشى، مع التعاقد بالمراسلة بالصيغ الفنية القديمة للرسائل العادية والبريد التقليدي فإن هذه النظرية، لا تتسجم مع الوسائل الحديثة للمراسلة ولا سيما في استعمالها للتعاقد، كما أنها لا تتماشى مع متطلبات التجارة الدولية الحديثة من سرعة التعامل ودقته. فعلى المشرع الجزائري إدخال تعديل على القانون المدني، أو إذا ما تم إعداد قانون ينظم التجارة الإلكترونية في الجزائر، أن يضمن نصا يشير إلى تبني نظرية تأكيد وصول القبول، نظرا لأنها المعتمدة على الصعيد الدولي، بسبب ما توفره من مزايا تتماشى مع سرعة التعامل في عقود التجارة الإلكترونية الدولية.

ثانيا: مكان إبرام العقد الإلكتروني

يحظى مكان إبرام عقود التجارة الإلكترونية، بأهمية خاصة نظرا لتعلق المسألة بطبيعة الوسيط الإلكتروني من جهة، وبالصفة الدولية الغالبة على التعاملات التجارية الإلكترونية من جهة أخرى، ولهذا فهو يثير عدة مشكلات قانونية ترجع إلى صعوبة تحديد

⁽⁵⁴²⁾ GEOFFRAY Brunaux, op cit, paragraphe 429, p.p.253-254.

⁽⁵⁴¹⁾ خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 384.

المكان الذي ترسل منه الرسائل الإلكترونية، وكذلك مكان استلامها، فكلاهما يتم في فضاء خارجي صعب التحديد⁽⁵⁴⁴⁾، ومن أجل احتواء هذه الصعوبات ظهرت نظريتان⁽⁵⁴⁵⁾ في تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني نتعرض إليهما فيما يلي:

1- نظرية محل إقامة الموجب

تقوم هذه النظرية على أن مكان انعقاد العقد الإلكتروني هو مكان علم الموجب بالقبول، لأنه هو المكان الذي ينعقد فيه العقد⁽⁵⁴⁶⁾، حيث تربط هذه النظرية بين زمان انعقاد العقد ومكانه، ونظرا لكون مجلس العقد الإلكتروني هو مجلس افتراضي⁽⁵⁴⁷⁾، فقد واجه أصحاب هذه النظرية عقبة في تحديد المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، هل هو مكان تسجيل موقع الواب؟ أو مكان تواجد مقدم خدمة الإنترنت؟ أو مكان إقامة الموجب؟

خلص أصحاب هذه النظرية إلى أن مكان إبرام العقد الإلكتروني، هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه- الموجب -⁽⁵⁴⁸⁾، وفي حالة وجود أكثر من مقر عمل للموجب، فالعبرة إما بالمركز الرئيسي للموجب أو بمقر العمل الأكثر اتصالا بمحل العقد وموضوعه، وفي حالة عدم وجود مقر عمل أصلا للموجب، فالعبرة بمحل إقامته العادي أو المعتاد⁽⁵⁴⁹⁾، هذا ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، حيث يجوز تحديد مكان آخر بالاتفاق بينهما على أنه مكان إبرام العقد الإلكتروني الذي ينعقد بينهما.

⁽⁵⁴⁴⁾ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 49.

⁽⁵⁴⁵⁾ إن النظريات الأربع التقليدية المتعلقة بتحديد زمان انعقاد العقد لا تفرد أحكاما خاصة بمكان الانعقاد لهذه العقود، ولذلك أطلق الفقه على هذه النظريات بالنظريات الأحادية. باعتبارها تقتض تلامزا بين زمان انعقاد العقد ومكان ذلك، تميزا لها عن النظريات الثنائية التي مفادها أنه لا يوجد تلامز بين زمان الانعقاد ومكانه، وهذه النظريات تتلخص في اثنتين تبناهما الفقيهان مالوري وشيفالييه. نقلا عن: هادي مسلم يونس البشكاني، مرجع سابق، ص 251.

⁽⁵⁴⁶⁾ محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص 46.

⁽⁵⁴⁷⁾ GEOFFRAY Brunaux, op cit, paragraphe 415, p.244.

⁽⁵⁴⁸⁾ صفوان حمزة إبراهيم عيسى، مرجع سابق، ص 131.

⁽⁵⁴⁹⁾ أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 193.

يعاب على هذه النظرية، لأنها تؤدي إلى حرمان المستهلك - وهو الطرف الضعيف في العقود الاستهلاكية الإلكترونية - من الحصول على حقوقه، لأنه إن أراد رفع دعوى فإن عليه أن يرفعها في محل إقامة المهني، وبالتالي لا يتمتع بالحماية القانونية التي يوفرها له قانونه الوطني الخاص بحماية المستهلكين.

كما أن مجرد استخدام الموجب لاسم موقع أو عنوان بريد إلكتروني يرتبط ببلد معين، أو تسجيله للموقع الإلكتروني لدى بلد معين، لا ينشئ قرينة على أن مكان عمله يوجد في ذلك البلد، حيث نجد أن بعض الشركات الدولية المتعددة الجنسيات، تعرض منتجاتها من خلال مواقع إقليمية مختلفة على الشبكة، تحمل أسماء موقع ترتبط ببلد لا يوجد فيها مقر عمل بالمعنى المعروف، كما أن السلع المعروضة قد تكون في بلد غير البلد المرتبط بأسماء الموقع.

أخذت بهذه النظرية العديد من التشريعات⁽⁵⁵⁰⁾ منها القانون الجزائري الذي وضع قاعدة عامة، في نص المادة 67 ق م ج مفادها أن مكان إبرام العقد الذي يبرم بين غائبين هو المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك أو نص القانون على غير ذلك.

كما نص الاتفاق الأوروبي النموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات على أنه "يعتبر العقد الذي تم باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، مبرما في الوقت والمكان اللذين تصل فيهما الرسالة التي تشكل قبولا لعرض بواسطة التبادل الإلكتروني للبيانات، إلى نظام حاسوب مقدم العرض".⁽⁵⁵¹⁾

(550) أخذت مجموعة من التشريعات التي نظمت التجارة الإلكترونية بهذه النظرية، ومن بينها قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 في المادة 18، وقانون دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002 في المادة 4/17، وقانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية في المادة 4/14.

(551) نقلا عن: طارق كاظم عجيل، مرجع سابق، ص 345.

كما نصت المادة 15 فقرة 4 من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية⁽⁵⁵²⁾، على أنه "ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك، يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه".

2- نظرية محل إقامة القابل

تقوم هذه النظرية على أن مكان إبرام العقد الإلكتروني، هو مكان إقامة القابل بغض النظر عن مكان الموجد⁽⁵⁵³⁾، وهذه النظرية ذات أهمية في التطبيق لما توفره من حماية للمستهلك، باعتباره طرفاً ضعيفاً في العلاقة العقدية، وقد سيطرت هذه النظرية على العديد من القوانين المدنية التي أخذت بها كقانون الالتزامات الكندي والسويسري والإنجليزي وكذا القانون المدني السوري والمغربي والتونسي.

تعرضت هذه النظرية للنقد على أساس أنها تخل بمبدأ المساواة بين طرفي العقد بمحابة المستهلك على حساب المورد، وما من شأنه تعرضه لمخاطر خضوعه لقانون غير قانون دولته، وملاحقته كمستهلك في دولة ومحكمة غير دولته ومحكمته الطبيعية.

رغم هذا الانتقاد، نرى من جانبنا أن هذه النظرية تتفق مع متطلبات التجارة الإلكترونية إذ أن أغلب العقود، التي تبرم عن طريق الإنترنت تتم بين طرفين أحدهما مورد، يتخذ في الغالب صورة شركات تجارية ضخمة، والثاني مستهلك - الطرف الضعيف - الذي يحتاج إلى حماية، فميزة هذه النظرية أنها تسمح للمستهلك أن يرفع الدعوى أمام محاكم الدولة التي يقيم فيها، كما أنها لا تحرم المستهلك من الحماية الاستثنائية التي توفرها له قوانين الدولة التي يقيم

(552) أنظر قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996، مرجع سابق.

(553) هادي مسلم يونس البشكاني، مرجع سابق، ص 252.

فيها، باعتبارها القوانين الواجبة التطبيق على العقد الإلكتروني، الذي يعتبر مكان إبرامه مكان إقامة القابل الذي يخضع لهذه القوانين من الناحية الإقليمية.

المبحث الثاني

تنفيذ عقود التجارة الإلكترونية

عقود التجارة الإلكترونية، من العقود الملزمة لجانبين بحيث يترتب التزامات متقابلة على عاتق كل من طرفيه، ويعتبر التزام كل من البائع بتسليم المبيع والمشتري بدفع الثمن من أهم الالتزامات التي تترتب على انعقاد العقد.

لا يختلف كثيرا تنفيذ عقود التجارة الإلكترونية المبرمة على شبكة الإنترنت عن تنفيذ العقود التقليدية⁽⁵⁵⁴⁾، حيث أن عقود الشبكة تثير بعض الصعوبات الناتجة عن الخصوصية التي تتميز بها هذه العقود، كونها تتم عن بعد باستعمال الوسائل الحديثة للاتصال، وبالتالي فإن تنفيذها كذلك قد يتم عن بعد باستعمال نفس الوسائل.

في الواقع، تنقسم عقود التجارة الإلكترونية من حيث كيفية تنفيذها إلى نوعين، منها ما يبرم عبر شبكة الإنترنت، ويتم تنفيذه خارجها حيث يشمل هذا النوع العقود التي يكون محلها الأشياء المادية، ولا يمكن تصور تسليمها على الشبكة وإنما يتم ذلك في بيئة مادية النوع الآخر، من هذه العقود ما يبرم وينفذ عبر شبكات الاتصال ذاتها، حيث يشمل العقود التي محلها الأشياء غير المادية وتقديم الخدمات، ومنها عقد تقديم خدمات متخصصة كخدمة الاستشارات القانونية أو الطبية أو عقد بيع برامج الحاسب الآلي، وكما يتم غالبا دفع مقابل السلع والخدمات من خلال شبكة الإنترنت كذلك.

(554) يتفق تنفيذ عقود التجارة الإلكترونية بصورة كبيرة، مع العقود التقليدية في خضوعها للقواعد العامة المتعلقة بتنفيذها، وذلك لضمان صحة وإمكانية تطبيق وتنفيذ العقود المبرمة إلكترونيا في هذا الشأن. راجع في هذا الصدد: عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص 365.

عند الإطلاع على التنظيمات التشريعية الخاصة بعقود التجارة الإلكترونية، نجد أنها لم تعالج بصفة كافية للجوانب المتعلقة بتنفيذ العقود المبرمة عن بعد⁽⁵⁵⁵⁾، رغم أهمية هذه المرحلة في حياة العقود بصفة عامة، وتلك المبرمة عن بعد بصفة خاصة. ولا شك أن مرحلة التنفيذ تعد أكثر المراحل تأثراً بطبيعة عقود التجارة الإلكترونية، والأصل أن يتم التنفيذ حسب اتفاق طرفي العقد بصفة ودية، ولكن من الممكن ألا يتم هذا التنفيذ - سواء بصفة كلية أو بصفة جزئية - لأي سبب من الأسباب، وهنا يكون للطرف الآخر إعمال قواعد القوة الملزمة للعقد لإكراه الطرف المتقاعس على تنفيذ التزاماته.

لكن إعمال القواعد التقليدية في تنفيذ العقد المبرم عن بعد يثير عدة تساؤلات تدور حول مدى إمكانية تطبيقها، على مثل هذا النوع من العقود، التي تعتمد أساساً لإبرامها على شبكة الانترنت. للإجابة على هذه التساؤلات نتعرض فيما يلي: لالتزام المورد (البائع) بالتسليم (المطلب الأول)، ثم نتبعه بدراسة وفاء العميل (المشتري) بالثمن (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التزام المورد بالتسليم

يعتبر التزام المورد بتسليم السلع أو الخدمات من أهم الالتزامات لدرجة أنه يعد محور كل العقود، بما فيها عقود التجارة الإلكترونية التي تدور حوله كافة الالتزامات وتختلف طريقة تسليم البائع، باختلاف نوع محل العقد الذي منه ما يمكن تسليمه على الخط مباشرة، ومنه ما لا يمكن تسليمه على الخط، وإنما يتم ذلك بصفة مادية، ومهما تكن طريقة تسليم المبيع فإذا تخلف المورد عن القيام بالتزامه بالتسليم فسيترتب عن ذلك جزاء، وبالتالي سنتعرض

⁽⁵⁵⁵⁾ عقد التجارة الإلكترونية يتميز عن باقي العقود بأنه عقد مبرم عن بعد، أي أن هناك مسافة بين كل من المتعاقدين وذلك راجع إلى استعمال الوسيط الإلكتروني، في التعاقد مما يجعل المتعاقدين لا يجمعهما مجلس عقد واحد حقيقي لوجود تباعد مكاني، بين البائع أو المنتج والمستهلك إلا أن هناك في الغالب اتحاد زمني بين الطرفين، وهذا ما يجعل العقد الإلكتروني يعد عقد بين حاضرين حكماً.

لأنواع التسليم في عقود التجارة الإلكترونية (الفرع الأول)، ثم لجزاء عدم قيام المورد بالتسليم (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أنواع التسليم في عقود التجارة الإلكترونية

يفترض تنفيذ عقود التجارة الإلكترونية وجود نوعين من التنفيذ في حالة إبرام العقد عبر الإنترنت، حيث يمكن أن يكون موضوعه إما سلع أو خدمات أو أشياء مادية أو معنوية، ومن ثم فالالتزام بالتسليم في العقد المبرم عن بعد يشمل، تسليم الأشياء المادية وكذا تسليم الأشياء المعنوية.

أولا - الالتزام بتسليم الأشياء المادية

قد يكون محل عقود التجارة الإلكترونية سلعة أو منتج له واقع مادي ملموس، فلا يتصور إمكانية تسليمها عن طريق الانترنت مباشرة، حيث يتم التسليم وفقا للقواعد العامة، ويكون ذلك في البيئة المادية خارج المواقع الإلكترونية⁽⁵⁵⁶⁾.

فالتسليم هو وضع المبيع تحت تصرف المشتري، بحيث يستطيع حيازته والانتفاع به بالكيفية المقصودة دون عائق⁽⁵⁵⁷⁾، ولا يستلزم ذلك أن تنتقل الحيازة المادية فعلا إلى المشتري وإنما يكفي أنه يمكن الحصول على هذه الحيازة، وهذا التفسير يتجاوب مع المادة 1/367 من ق م ج، التي تنص على ما يلي " يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسليما ماديا ما دام

(556) إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 156.

(557) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية البيع و المقايضة، الطبعة الثالثة، المجلد الرابع، منشورات حلي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 586.

البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع".

يفهم من هذا النص، أنه لكي يتم التسليم يجب على البائع وضع المبيع تحت تصرف المشتري، وقد يتحقق ذلك حتى لو لم تنتقل حيازة المبيع إلى المشتري، إذ العبرة بكون المبيع موضوعا تحت تصرف المشتري، وليس شرط أن يقترن التسليم على هذا النحو بالحيازة، إذ المقصود بالتسليم في مفهوم هذا النص أعم من التسليم المادي، فيتحقق بوضع المبيع تحت تصرف المشتري مع تمكنه من الانتفاع به بدون أي عائق.

إلى جانب وضع المبيع تحت تصرف المشتري إشتراط المشرع الجزائري وجوب علم المشتري، بأن المبيع موضوع تحت تصرفه حيث يخطره البائع بذلك، وليس لهذا الإخطار شكل خاص، حيث يمكن أن يكون مثلا عن طريق البريد الإلكتروني، ويقع على البائع عبء إثباته.

لأشك أن غياب الدعامة المادية لعقود التجارة الإلكترونية، قد يثير بعض الصعوبات في تحديد زمان ومكان التسليم.

فيما يخص زمان التسليم تقتضي القواعد العامة أن التسليم يجب أن يتم فور انشاء عقد البيع، فعلى المدين بالتسليم - وهو البائع - أن ينفذ التزامه فور نشوئه في ذمته، ولكن هذه القاعدة غير متعلقة بالنظام العام، وبالتالي يجوز الإتفاق على مخالفتها وذلك بإعمال الإتفاق الموجود بين البائع والمشتري والذي يحدد زمان التسليم⁽⁵⁵⁸⁾.

جاء في البند الحادي عشر من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية بأنه "يتم التسليم خلال ثلاثين يوما، وإلا جاز إنهاء العقد ورد المبالغ التي تم الوفاء بها"⁽⁵⁵⁹⁾. ومن

(558) مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص 367.

(559) نقلا عن: عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص 430.

هنا تظهر أهمية زمان التسليم، كون أن التأخر في التنفيذ قد يؤدي إلى فسخ العقد إذا كان موعد التسليم أمرا جوهريا في التعاقد⁽⁵⁶⁰⁾، كما أن بعض التشريعات المتعلقة بحماية المستهلك أين تجيز لهذا الأخير طلب فسخ العقد إذا تجاوز التأخير أجلا معيناً⁽⁵⁶¹⁾.

في ما يخص مكان التسليم فإن المادة 368 من ق م ج تنص على أنه " إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد إتفاق يخالف ذلك". يفهم من ذلك أنه إذا تم إرسال المبيع من مكان إلى آخر، فالتسليم لا يتم إلا في اللحظة التي يصل فيها المبيع للمشتري، وبالتالي لا يتم التسليم في عقود التجارة الإلكترونية إلا إذا وصل المبيع إلى مكان تواجد المشتري، وإلا إذا وجد اتفاق بين المتعاقدين على مكان معين فالعبرة تكون باتفاقهما، ويجب أن يتم التسليم في المكان المتفق عليه⁽⁵⁶²⁾، وهذا ما جاء في البند 12 من عقد (Infonie) على أنه " يتم تسليم السلع في موطنك أو في أي عنوان آخر تختاره في الإقليم الفرنسي و تذكره في طلبك، و لن تتحمل أية نفقات من أجل التسليم إلا نفقات التصدير المذكورة سابقاً"⁽⁵⁶³⁾.

وفقا لما تقدم فإن البائع هو الطرف المدين بالتسليم، وبالتالي تقع نفقات التسليم على عاتقه إلا إذا وجد إتفاق على انتقال تبعة تحمل نفقات التسليم للمشتري.

يجب الإشارة إلى أن الرسوم الجمركية والضرائب يتحملها غالبا المشتري في عقود التجارة الإلكترونية، ولكن يجب على البائع أن يبين للمشتري ثمن السلعة بشكل منفصل

(560) أنظر المادة 65 ق م ج.

(561) أنظر على سبيل المثال المادة L.114-1 من قانون الإستهلاك الفرنسي، والتي تعطي الحق في طلب الفسخ للمستهلك إذا تجاوز التأخر سبعة أيام و كانت قيمة التعاقد لا تقل عن 3000 فرنك، وقد أصبحت تلك القيمة بعد توحيد العملة في أوروبا 800 يورو؛ أنظر في هذا الصدد: EL BADAWI Lamia, op cit, p.265.

(562) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص 600.

(563) نضال سليم إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص 57.

ويبين له أيضا ما يترتب عليها من رسوم أو ضرائب وكذلك رسوم الشحن، وذلك كي لا يتفاجأ المشتري بالثمن المطلوب منه دفعه⁽⁵⁶⁴⁾.

ثانيا - الالتزام بتسليم الأشياء المعنوية

قد يتم تنفيذ العقد المبرم عن بعد بمجرد تسليم المنتج أو الخدمة عن طريق شبكة الإنترنت مباشرة، بأن يتلقاها المتعاقد الآخر على برنامجه الإلكتروني بالموقع الخاص به على شبكة الإنترنت، وذلك بوضعها تحت تصرفه بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يستول عليها إستلاء ماديا ما دام البائع أعلمه بذلك، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 367 فقرة 01 من ق م ج⁽⁵⁶⁵⁾.

يتم التنفيذ في هذه الحالة بصورة كاملة عبر الوسائط الإلكترونية، ومثال ذلك اللجوء إلى أحد المختصين لتصميم موقع (Site) على شبكة الإنترنت أو برامج الحاسب الآلي أو المعلومات، فإنه يتم تسليمها عبر الخط (on-ligne) وذلك من خلال تمكين المستخدم من الحصول على المعلومات بتنزيلها أو تحميلها أو نسخها من الموقع مباشرة⁽⁵⁶⁶⁾.

يجب الإشارة إلى أن الأشياء المعنوية التي يتم تسليمها عبر شبكة الإنترنت، يمكن أن يتم التسليم فيها ماديا خارج شبكة الإنترنت، وذلك بأن يتم تحميل تلك المعلومات أو البرامج على دعامة مادية مثل القرص الصلب، ذاكرة الحاسوب وغيرها من الحوامل الإلكترونية الأخرى⁽⁵⁶⁷⁾.

كما يمكن أن يتم تنفيذ العقد سواء بتسليم البضاعة أو دفع الثمن من خلال الهاتف النقال، وذلك بتحميل الأغاني أو الأخبار المهمة، ويرى بعض الفقهاء أنه يمكن استخدام

(564) محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص 123.

(565) جريدة رسمية عدد 44 صادر بتاريخ 26 جوان 2005.

(566) صابر عبد العزيز سلامة، مرجع سابق، ص 89.

(567) إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 157.

الرسائل القصيرة لتنفيذ العقد أو تعديله، على أن لا يكون هذا التعديل جذري في العقد وذلك بالنظر إلى طبيعة الرسائل القصيرة، التي لا تسمح بإجراء تعديل يمس المسائل الجوهرية في العقد⁽⁵⁶⁸⁾.

على كل فإن تنفيذ العقد من خلال الهاتف النقال، لا يمكن استعماله إلا في بعض العقود البسيطة كتحميل الأغاني مثلاً، أما بالنسبة إلى تقديم بعض الخدمات الأخرى كحجز تذاكر السفر أو غرف الفندق، نرى أنه يمكن أن تتم عبر الهاتف النقال لكن يستوجب الأمر هنا إرسال رسالة قصيرة، من مقدم الخدمة للتأكيد على أنه تم الحجز وفقاً للعرض المقدم، وهذا ما يسمح بإعداد الدليل مقدماً كون أن الرسائل القصيرة المرسلة من هاتف النقال وإليه كذلك، تسجل تلقائياً في ذاكرته وهذا ما يسمح بتقديمها كوسيلة لإثبات عدم تنفيذ الالتزام⁽⁵⁶⁹⁾.

الفرع الثاني

جزاء إخلال المورد بتنفيذ التزاماته

لم تضع التشريعات الخاصة بتنظيم العقود المبرمة عن بعد، إلا القليل من القواعد المتعلقة بتنفيذ هذه الفئة من العقود، وكذا الجزاء الذي يترتب على إخلال البائع بالتزامه بالتسليم⁽⁵⁷⁰⁾، وذلك كأن يرفض تسليم المبيع إلى المشتري أو أنه تأخر في تسليمه أو أنه سلمه في غير الحالة التي كان عليه وقت التعاقد أو لغير ذلك من الأسباب، ويمكن استخلاص هذا الجزاء من القواعد العامة، التي منحت للمشتري عدة وسائل يمكن إتباعها إذا لم يرقم البائع بتنفيذ التزامه بالتسليم، ويمكن أن نشير في هذا الصدد إلى إمكانية رجوع

(568) هالة جمال الدين محمد محمود، مرجع سابق، ص 217.

(569) VERBEST Thibault et WERY Etienne, Commerce électronique par téléphonie mobile (m-commerce) : un cadre juridique mal défini, Recueil Dalloz, n° 41, 2004, p 2 et s.

(570) ROCHFELD Judith, POILLOT Elise, L'acquis communautaire, l'exécution du contrat électronique, éd étude juridique, p.202.

المشتري على البائع الذي أخل بالتزامه بدعوى المسؤولية العقدية، وكذلك بدعوى ضمان العيوب الخفية في حالة اكتشاف المشتري للعيوب، الذي لحق بالمبيع بعد انقضاء الفترة التي يمكنه خلالها مباشرة حقه في العدول⁽⁵⁷¹⁾. ويجب الإشارة أن هذه الدعاوى، وغيرها مما نصت عليه القواعد العامة تفترض بطبيعة الحال توافر شروط ممارستها⁽⁵⁷²⁾.

من خلال تتبع نصوص التنظيم التشريعي الخاص بالتعاقد عن بعد، يمكن ملاحظة أن هذا التنظيم لم يتضمن إلا بعض الأحكام الخاصة بتنفيذ البائع للالتزامات الواقعة على عاتقه، ويمكن أن نذكر في هذا الصدد ما تضمنته المادة 3-20-121 L من قانون الاستهلاك الفرنسي التي تنص " في حالة عدم وجود اتفاق المخالف يجب على مورد تنفيذ الطلبية خلال ثلاثين يوما تحسب من اليوم التالي لذلك الذي نقل فيه المستهلك طلبه لمورد المنتج أو مؤدي الخدمة"⁽⁵⁷³⁾.

يلاحظ من هذا النص، أنه لم يتضمن أي جزاء خاص يمكن إعماله في حالة عدم إتمام التنفيذ خلال ثلاثين يوما، ولهذا وضع المشرع الفرنسي نص المادة 15 من القانون رقم 575 الصادر في 21 مارس 2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي، مسؤولية تنفيذ العقد على عاتق البائع بقوة القانون.

⁽⁵⁷¹⁾ ROUGÈ Lauriane - Viance, Responsabilité contractuelle: la faute dans l'exécution du contrat. Voir le site: www.avocats-picovschi.com

⁽⁵⁷²⁾ لإبراز أوجه النقص هذه وما تثيره من تساؤلات، نقصر في هذا الموضع من الرسالة، على تناول تلك الجوانب من مرحلة تنفيذ العقد المبرم عن بعد، دون تناول لتلك التي يخضع فيها هذا العقد للقواعد العامة، وإلا أصبح الأمر في هذه الحالة ترديدا لهذه الأخيرة دون فائدة حقيقية بصدد بحثه في مجال ما نحن نبحت فيه.

⁽⁵⁷³⁾ Article L 121-20/3, code de la consommation : « Sauf si les parties en sont convenues autrement, le fournisseur doit exécuter la commande dans le délai de trente jours à compter du jour suivant celui où le consommateur a transmis sa commande au fournisseur du produit ou du service. »

أدخل المشرع الفرنسي وفقا لنص المادة 15 من قانون الثقة في الإقتصاد الرقمي نظاما جديدا للمسؤولية المتعلقة بالإخلال في تنفيذ عقود التجارة الإلكترونية⁽⁵⁷⁴⁾، والتي جاء مضمونها على أنه "يقع على كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس النشاط المنصوص عليه في المادة 14 مسؤولية تنفيذ الالتزامات الواردة في العقد بقوة القانون، وذلك أيا كانت صفة البائع سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا تاجرا أو غير تاجر وأي كان من يجب عليه التنفيذ، سواء أكان الشخص نفسه أو مقدم خدمة فيكون مسؤولا، عن أعمال كل منهم في مواجهة المشتري مع حفظ حقه في الرجوع عليهم، ويكون الخطأ مفترضا في حالة عدم التنفيذ، في حين أن البائع لا يتحمل من كل المسؤولية أو جزء منها، إلا إذا أثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي أو فعل المشتري أو الغير أثناء تسليم الخدمات المتعلقة بالعقد أو بسبب القوة القاهرة"⁽⁵⁷⁵⁾.

جاء القانون رقم 575 الصادر في 21 جوان 2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي - المذكور أعلاه - لوضع نظام للمسؤولية، من أجل تعزيز تطوير التجارة الإلكترونية، وذلك بخلق الثقة في التعامل حيث جعل هذا القانون البائع عبر الخط مسؤولا عن عدم تنفيذ العقد، وهذا ما يشجع المتعاملين بشبكة الإنترنت في الإقدام على التعاقد.

بالنظر إلى طبيعة الالتزامات في عقود التجارة الإلكترونية، نجد أن معظمها يتسم بتحقيق نتيجة، وبالتالي يتعين على المدين بالتسليم تحقيق نتيجة معينة، وهي تنفيذ التزامه بالتسليم وفي غير ذلك تقوم مسؤوليته العقدية، ولا يستطيع التخلص منها إلا إذا أثبت أن

⁽⁵⁷⁴⁾ A . Capriol Eric . AGOSTI Pascal , « La confiance dans l'économie numérique », Les petites affiches, n° 110, 03 juin 2005, P.4.

⁽⁵⁷⁵⁾ Article 15, LCEN: « Toute personne physique ou moral exerçant l'activité définie au premier alinéa de l'article 14 est responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci. Toutefois, elle peut s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers étranger à la fourniture des prestations prévues au contrat, soit à un cas de force majeure. »

عدم التنفيذ راجع إلى خطأ الدائن نفسه أو خطأ الغير أو بسبب أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة⁽⁵⁷⁶⁾.

تعرضت المادة 15 من قانون رقم 575، للانتقاد من طرف التجار ومؤسسات البيع عن بعد، حيث اعتبرت جمعية مؤسسات البيع عن بعد (FEVAD)⁽⁵⁷⁷⁾، أن نظام مسؤولية بقوة القانون في تنفيذ العقد المبرم عن بعد، تثقل كاهل المؤسسات والتجار عبر الشبكة مقارنة بالتزامات المشتري، كما أن هذه الالتزامات الموضوعة على عاتقهم لا تتناسب مع تلك التي يتحملها محترفي التجارة التقليدية⁽⁵⁷⁸⁾.

تجدر الإشارة إلى أن عدم تنفيذ البائع لالتزاماته التعاقدية بمقتضى العقد المبرم عن بعد، لم تعالجه التنظيمات التشريعية الخاصة بهذا العقد إلا في أضيق الحدود، وعلى نحو لا يسمح بمواجهة كل ما قد يثار بشأن عدم التنفيذ بخصوص هذا العقد، وبالتالي اقتضى الأمر الرجوع للقواعد العامة لسد فراغ التنظيم التشريعي الخاص بشأن عدم التنفيذ، هذا مع ضرورة مراعاة ما قد تقتضيه العقود المبرمة عن بعد، عند اتصافها بالصفة الدولية من أعمال لقواعد القانون الدولي الخاص والاتفاقات الدولية المعمول بها⁽⁵⁷⁹⁾.

المطلب الثاني

التزام العميل بالوفاء بالثمن

تطورت وسائل دفع قيمة الحاجات على مر التاريخ والعصور بأشكال مختلفة، بدءاً من أسلوب المقايضة ثم استخدام النقود المعدنية مروراً بالنقود الورقية، ثم نشأت فكرة الشيكات كوسيلة للوفاء، غير أن الطابع المادي لهذه الوسائل لا يصلح لتسهيل التعامل الذي

⁽⁵⁷⁶⁾ محمد حسني منصور، مرجع سابق، ص 86.

⁽⁵⁷⁵⁾ (FEVAD), la fédération des entreprises de la vente à distance, www.fevad.com

⁽⁵⁷⁸⁾ GHAZOUANI Chihab, op cit, p.188.

⁽⁵⁷⁹⁾ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 121.

يتم في بيئة غير مادية كالعقود الإلكترونية، ولهذا شهدت السنوات الأخيرة تقدماً ملموساً وتغيراً سريعاً في أنماط الدفع ووسائل تنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الثمن، وقد شمل هذا التغيير معظم دول العالم، ولعل السبب في سهولة انتشار هذه الوسائل هو سرعة انتشار شبكة الإنترنت في كافة أنحاء المعمورة.

يرتبط الوفاء بالمقابل ارتباطاً وثيقاً بالتجارة الإلكترونية، والتي يمكن من خلالها إتمام عمليات شراء السلع والخدمات، في لحظة قليلة ومن أي مكان في العالم لذلك يمكن الجزم مقدماً، أنه لا بد من إتباع طرق ووسائل وفاء جديدة تتناسب مع هذا النوع من التجارة، ومن هنا كان ميلاد دفع الثمن في العقود الإلكترونية إلكترونياً، عبر شبكة الإنترنت وهو ما يسمى بالدفع أو الوفاء الإلكتروني، الذي أصبح أمراً مسلماً به خاصة على القطاع المصرفي والمالي، باعتباره الأكثر تأثراً بأنظمة الدفع الإلكتروني خاصة في المعاملات المالية المتداولة.

تعمل البنوك حالياً على قدم وساق، من أجل إعادة النظر في الدور التقليدي الذي كانت تقوم به في تعاملاتها، متطلعة إلى تقديم خدماتها وفقاً لنظام مصرفي متطور يستجيب لمتطلبات الأسواق التجارية الافتراضية التي تتم عبر شبكة الإنترنت⁽⁵⁸⁰⁾.

الواقع أن ما يجب التوقف عنده فيما يتعلق بتنفيذ المشتري للعقد المبرم عن بعد هو التزامه بالوفاء بالثمن، وفي حقيقة الأمر لا توجد كيفية معينة للدفع عبر شبكة الإنترنت التي يمكن أن تتم بأية وسيلة يقبلها البائع⁽⁵⁸¹⁾، من الوسائل التي كانت معروفة من قبل تم تطويرها، بما يتواءم مع تكنولوجيا المعلومات مثل بطاقات الائتمان، والأوراق التجارية الإلكترونية أو يتم وفق وسائل وطرق وفاء جديدة ومبتكرة مثل النقود الإلكترونية.

(580) بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 80.

(581) BENSOUSSAN Alain, op cit, p.70.

لاشك أن التطور الذي لحق التعاملات المالية الحديثة، وانتشارها على نحو واسع قد صاحبه عدد من المخاطر الفنية والقانونية، الناجمة عن التعامل بأنظمة الدفع الإلكتروني⁽⁵⁸²⁾، التي تعد العائق الأساسي في سبيل تطور التجارة الإلكترونية بصفة عامة، ولعل التغلب على هذه المخاطر ووضع حلول لها، لا يمكن أن يكون إلا من خلال وضع حلول تقنية، تكون هي الوسيلة لتأمين الوفاء الإلكتروني ووضع ضمانات تشريعية له⁽⁵⁸³⁾.

في ضوء ما تقدم سوف نتناول في هذا المطلب، دراسة ماهية الوفاء الإلكتروني (الفرع الأول)، ثم نتبعه بدراسة صور الوفاء الإلكتروني (الفرع الثاني).

الفرع الأول

ماهية الوفاء الإلكتروني

تتميز التجارة الإلكترونية بسرعة التعاملات ومواكبة المستجدات خاصة فيما يتعلق بالعمليات المصرفية عموماً، ومجالات استخدام وسائل الدفع الحديثة خصوصاً، والتي تقتضي أن نلقى الضوء على مفهوم هذه الوسائل (أولاً) وإبراز طبيعتها القانونية (ثانياً).

أولاً- مفهوم الوفاء الإلكتروني

تعد وسائل الوفاء الإلكتروني واحدة من الابتكارات التي أفرزها التقدم التكنولوجي وقد أثارت هذه الوسائل، بمختلف صورها عدداً من المسائل القانونية والتنظيمية التي يتعين الاهتمام بها وبذل الجهود من أجل بث الثقة والطمأنينة، لدى المتعاملين عبر شبكة الإنترنت من خلال تأمين طرق الوفاء الإلكتروني.

(582) محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 218.

(583) DJOUDI Jamel, « L'internet ou le défi au paiement sécurisé », Gazette du palais, n° 90, 31 mais 2005, p.4.

1- تعريف الوفاء الإلكتروني

عرف الوفاء الإلكتروني⁽⁵⁸⁴⁾ بأنه "تصرف قانوني يكون الهدف من ورائه تسوية دين في ذمة شخص ما لصالح شخص آخر، كنتيجة لوجود معاملة تجارية تجري بينهما عبر شبكة المعلومات الدولية الانترنت، وذلك إما باستخدام وسائل دفع موجودة أو معروفة من قبل، وتم تطويرها لتتوافق وحاجات التجارة الإلكترونية وإما بالرجوع إلى وسائل الدفع المستحدثة"⁽⁵⁸⁵⁾.

عرف المجلس الاقتصادي الفرنسي الدفع الإلكتروني أنه "مجموعة التقنيات الإعلامية، المغناطيسية أو الإلكترونية... الخ. تسمح بتحويل الأموال دون دعامة ورقية والتي ينتج عنها علاقة ثلاثية من بين البنك البائع والمستهلك"⁽⁵⁸⁶⁾.

وعلى الصعيد التشريعي فقد عرف المشرع الجزائري وسائل الدفع في المادة 69 من الأمر 11-03 المتعلق بالنقد والقرض⁽⁵⁸⁷⁾، على الشكل التالي "تعتبر وسائل دفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل الأموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل".

ووسائل الدفع وفقا لنص المادة 311-3 من قانون المالية والنقد الفرنسي⁽⁵⁸⁸⁾ هي كل الوسائل التي تتيح لأي شخص نقل الأموال أيا كانت الدعامة أو التقنية المستخدمة".

⁽⁵⁸⁴⁾ Pour le petit Larousse, un paiement électronique est « une transaction financière qui s'opère via internet. » Le petit LAROUSSE, Dictionnaire, édition 2005, p.773.

⁽⁵⁸⁵⁾ كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 551.

⁽⁵⁸⁶⁾ واقد يوسف، النظام القانوني للدفع الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 20.

⁽⁵⁸⁷⁾ جريدة رسمية عدد 52، صادر بتاريخ 27 أوت 2003.

⁽⁵⁸⁸⁾ L' article L. 311-3 du code monétaire et financier, « Sont considérés comme moyens de paiement tous les instrument qui permettent à toute personne de transférer des fonds, quel que soit le support ou le procédé technique utilisé ». Cité par : ACHACHE Valérie, L'approche juridique de la sécurité des paiements dans le commerce électronique, thèse pour le doctorat en droit, université de Nice- Sophia ANTIPOLIS, 2007, p.87.

أما قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي⁽⁵⁸⁹⁾، فقد عرف وسيلة الدفع الإلكتروني بأنها "الوسيلة التي تمكن صاحبها من القيام بعمليات الدفع المباشرة عن بعد عبر الشبكات العمومية للاتصالات".

يلاحظ من هذه التعريفات التشريعية المقدمة أعلاه أنها لم تذكر صور وسائل الدفع الإلكتروني المتعددة، بل ركزت على التقنية المستعملة في نقل الأموال، وربما يرجع سبب ذلك إلى فتح المجال ليشمل أية وسيلة أخرى تستحدث للوفاء الإلكتروني.

2- خصائص الوفاء الإلكتروني

يتمتع الوفاء الإلكتروني بعدة خصائص، التي تساعد على سرعة انتشار وسائله والاعتماد عليها في تنفيذ الالتزام بالدفع، وتتمثل هذه الخصائص أساسا في:

أ- وسيلة مستخدمة في الدفع مقبولة عالميا

يتسم الدفع الإلكتروني بالطبيعة الدولية، حيث يتم استخدامه لتسوية الحساب في المعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنت، بين المستخدمين في كل أنحاء العالم، ويكون ذلك بإعطاء أمر الدفع من خلال الشبكة الدولية، وفقا لمعطيات إلكترونية تسمح بالاتصال المباشر بين طرفي العقد، ويقوم ذلك مقام الدفع الحقيقي للنقود، مما يترتب عليه إبراء الذمة وانقضاء الدين، ولتحقيق ذلك يجب أن يكون نظام الدفع الإلكتروني، جاهزا ومفتوحا للاستخدام في كل وقت ودون انقطاع، وهذا ما توفره شبكة الانترنت العالمية آخذين بعين الاعتبار اختلاف التوقيت بين دول العالم⁽⁵⁹⁰⁾.

(589) أنظر الفصل الثاني من الباب الأول للقانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية، مرجع سابق.
(590) أنظر في الصدد: صفوان حمزة إبراهيم عيسى، مرجع سابق، ص 237، محمد حسني منصور، مرجع سابق، ص 120.

ب- وسيلة لتسوية المعاملات التي تتم عن بعد

نظرا لطبيعة المعاملات الإلكترونية التي تتم دون تقابل مادي بين أطراف التعاقد من خلال استخدام الوسائل الإلكترونية، أو التكنولوجيا المختلفة وفي مقدمتها شبكة الإنترنت فإذا ما رغب مستخدم شبكة الانترنت، في شراء ما يحلو له من سلع وخدمات عن طريق أحد المواقع الإلكترونية، كان لابد من توفير وسائل للوفاء عن بعد، لتتناسب وطبيعة تلك المعاملات يلتزم بها المشتري لصالح التاجر في التعاقد الإلكتروني، وأن نظام الدفع الإلكتروني كلما كان قريبا في سهولته وتكلفته ومرونته من وسائل الدفع العادية كلما كان حظه في النجاح كبيرا، ويحظى بقبول عام خصوصا مع توجه نحو عولمة التجارة والتبادل وظهور الوسائل الفنية التي تساعد على ذلك⁽⁵⁹¹⁾، ومن أهمها الشبكة العالمية للمعلومات مما يجعلها تتصف بالبساطة، وعدم التعقيد بحيث يمكن للجميع استخدامها بسهولة، كما تتميز كذلك بالمرونة وقدرتها على تلبية كافة الاحتياجات، دون أن تكون مرتبطة بموقع بذاته أو بنوع محدد من عمليات تسوية الديون النقدية.

ج- وسيلة تتضمن قدرا من الأمان عند إتمام عملية التسوية

لا شك في أنه عندما تتم عمليات الدفع والتحويل بوسائل إلكترونية من خلال شبكة الانترنت، تزيد مخاطر اختراق هذه الشبكة والإطلاع على معلومات تخص الآخرين وحتى التلاعب بحساباتهم⁽⁵⁹²⁾، ما يتحتم على المصارف والمؤسسات المالية، وجوب توفير الأمان والثقة لعملائها بغية تشجيعهم على التعاملات الإلكترونية، وأن هذه الثقة لا تكتمل إلا بتوفير بيئة تشريعية تقرر وتنظم أحكام الدفع الإلكتروني⁽⁵⁹³⁾.

⁽⁵⁹¹⁾ ACHACHE Valérie, op cit, p.89.

⁽⁵⁹²⁾ Ibid, p.88.

⁽⁵⁹³⁾ محمود محمد أبو فروة، مرجع سابق، ص 74 وما يليها.

تعتبر خاصية الأمان، أكثر خصائص الدفع الإلكتروني أهمية لكونها تساعد على سرعة انتشارها، وتشجيع قبولها من الجمهور، وذلك بما توفره لكل مستخدم لهذه الوسائل من توثيق كامل لحقيقة وجود الطرف الآخر (التاجر، العميل، المصرف، والوسيط إن وجد) كما تضمن أيضاً، وجود وصلاحيّة أداة الدفع، كما تعتمد أنظمة الدفع الإلكتروني على نظام تشفير البيانات، واستخدام الأرقام السرية لضمان سرية المعلومات البنكية التي تنتقل عبر شبكة الانترنت⁽⁵⁹⁴⁾.

ثانياً: الطبيعة القانونية للوفاء الإلكتروني

إن تحديد الطبيعة القانونية لنظام الدفع الإلكتروني يساعد على تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق، على هذا النظام وإلى أي النظم القانونية التي ينتمي إليها، كما أن تحديد الطبيعة القانونية للدفع الإلكتروني بالرجوع إلى الأصل القانوني، إنما يساعد على استكمال الأحكام القانونية التي تستجد، والتي تكتشف فيما يتعلق بالأحكام الخاصة بهذا النظام، وذلك بمحاولة إيجاد نظام قانوني متطور يمكن أن ينطبق عليه.

آثار الدفع الإلكتروني مناقشات حادة بين الأوساط القانونية نتيجة لتطوير وسائل الدفع الإلكتروني، ولتمييزها ببعض الخصائص - كما رأينا - التي تجعلها مستقلة عن وسائل الوفاء التقليدية، مما جعل الفقه والقضاء يهتمان بتحديد الطبيعة القانونية المتلائمة مع هذا النظام المستحدث.

إذا ما استعرضنا المحاولات الفقهية والقضائية لتحديد الطبيعة القانونية للدفع الإلكتروني، نجد أنها تنقسم إلى عدة اتجاهات حيث يرى الاتجاه الأول، أن الدفع الإلكتروني عبارة عن واقعة قانونية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات المتاحة في القانون، لكن أغلب

(594) عدنان إبراهيم سرحان، "الوفاء (الدفع) الإلكتروني"، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، المجلد الأول، إدارة المطبوعات، جامعة الإمارات، في الفترة من 10-12 مايو 2003، ص 294.

فقهاء القانون يؤيدون فكرة كون الدفع الإلكتروني يعد تصرف قانوني، وهو يقوم على توافر عنصرين، عنصر مادي يتمثل في واقعة تسليم مبلغ من النقود، والعنصر الثاني هو العنصر الإرادي المتمثل في تسليم مبلغ نقدي بقصد إبراء الذمة المالية⁽⁵⁹⁵⁾.

هناك اتجاه آخر فرق في بيان الطبيعة القانونية للدفع الإلكتروني وبين وسائل الدفع الإلكتروني، فإذا تم الوفاء عن طريق البطاقات اللدائنية، وجب التمييز بين الوفاء ببطاقة الدفع والوفاء ببطاقة الائتمان، فالوفاء الذي يتم ببطاقة الدفع يؤسس على عملية النقل المباشر للنقود بين الحسابات المصرفية⁽⁵⁹⁶⁾، فبتمرير البطاقة في الجهاز القارئ لها لدى التاجر وبالتوقيع الإلكتروني لحامل البطاقة، عن طريق الرقم السري أو بدونه، يعطي الإذن إلى البنك مصدر البطاقة بخضم ثمن السلعة أو الخدمة، من حساب العميل الموجود أصلاً في المصرف وإضافته إلى حساب التاجر، لدى المصرف نفسه أو في مصرف آخر، وهنا لا تعتبر عملية الوفاء قد تمت ولا تبرأ بذلك ذمة المدين إلا عند إضافة المبلغ المخصوم لحساب التاجر الدائن⁽⁵⁹⁷⁾.

أما بطاقة الائتمان فلها طبيعة خاصة مميزة كون أنها عملية مصرفية إلكترونية تتضمن، أداة دفع ووسيلة ائتمان في وقت واحد تركز وتوجد علاقة قانونية ثلاثية ناشئة بين ثلاث أشخاص، تربط بكل اثنين منهما عقداً مستقلاً، وأن هذا العقد مزيج من الوكالة والضمان والتعهد عن الغير والقرض، وأن جانب الضمان أو الكفالة هو الأغلب، لأن ذمة العميل حامل البطاقة تبرأ أمام التاجر بثمن المشتريات، بمجرد تقديم البطاقة بضمان وكفالة مصدر البطاقة الذي يقوم بالوفاء فيما بعد.

⁽⁵⁹⁵⁾ صفوان حمزة إبراهيم عيسى، مرجع سابق، ص 238.

⁽⁵⁹⁶⁾ ACHACHE Valérie, op cit, p 92.

⁽⁵⁹⁷⁾ عدنان إبراهيم سرحان، مرجع سابق، ص 290.

إذا كان الأمر يتعلق بالشيك الإلكتروني الذي يعد البديل الرقمي للشيك الورقي الذي يعد أحد مفردات نظام الدفع الإلكتروني⁽⁵⁹⁸⁾، فهذا النظام المتطور عن نظام الوفاء التقليدي والذي يتضمن بالإضافة، إلى الأوراق التجارية الإلكترونية - والتي يعتبر الشيك الإلكتروني أحد منها - وسائل أخرى للدفع الإلكتروني، وبمجرد استخدامه فإن قواعد الشيك الورقي هي التي تطبق⁽⁵⁹⁹⁾، وبالتالي فهو سند يستحق الأداء بمجرد الإطلاع وله مقابل وفاء، ومن ثم فهو أداة تقوم مقام النقود، مما أوجب أن يكون مستحق الوفاء لدى الإطلاع وهو ما عبرت عنه المادة 500 من القانون التجاري⁽⁶⁰⁰⁾.

أما الدفع الإلكتروني من خلال شبكة الإنترنت باستخدام النقود الإلكترونية سواء كانت بصيغة، النقود الرقمية (Digital cash) أو بصيغة المحفظة الإلكترونية (Le - porte monnaie électronique)، فتعتبر صيغة غير مادية للنقود الورقية، ذلك بأن إصدارها يتمثل في تحويل شكل النقود من الصيغة الورقية إلى الصيغة الإلكترونية، فهي إذن المكافئ الإلكتروني للنقود الورقية التي اعتدنا تداولها⁽⁶⁰¹⁾. وفي عملية التحويل يكون لدى مؤسسة الإصدار مساواة بين النقود الداخلة والخارجة، فتكون المدخلة هي النقود الورقية التي يحصل عليها المصدر من أجل شحن البطاقة بالنقود الإلكترونية، وتعد الأخيرة النقود المخرجة وأن هذه النقود الإلكترونية الصادرة عن المصدر، هي في ذاتها لا تمثل وديعة إلا أنها حق في تلقي الوديعة، لكونها عبارة عن نقود سائلة تتم إدارتها من قبل العميل نفسه عبر حاسبه الشخصي بموجب نظام الدفع النقدي الإلكتروني (Electronic Cash)⁽⁶⁰²⁾.

(598) ناهد فتحي الحموري، الأوراق التجارية الإلكترونية " دراسة تحليلية مقارنة"، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 49.

(599) أحمد سفر، أنظمة الدفع الإلكتروني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 23.

(600) تنص المادة 500 ق ت ج على ما يلي "إن الشيك واجب الوفاء لدى الإطلاع وكل شرط مخالف لذلك يعتبر كأن لم يكن.

إذا قدم الشيك للوفاء قبل اليوم المعين فيه كتاريخ لإصداره يكون واجب الوفاء في يوم تقديمه".

(601) أحمد سفر، مرجع سابق، ص 24.

(602) محمد إبراهيم محمود الشافعي، "النقود الإلكترونية (ماهيتها، مخاطرها وتنظيمها القانوني)"، مجلة الأمن والقانون، السنة الثانية عشر، العدد الأول، كلية شرطة دبي، يناير 2004، ص 166.

نرى في ضوء كافة المحاولات الفقهية والقضائية، التي حاولت وضع تنظيم قانوني للدفع الإلكتروني، على مختلف وسائله المتعددة التي تعتبر آليات مصرفية إلكترونية حديثة تتلاءم مع العمليات المصرفية المعاصرة، ولا يمكن لأي قالب من القوالب القانونية التقليدية أن تفسر جميع العلاقات المتشابكة الناشئة عنها، نظرا لارتباطها بالتطور الاقتصادي والتكنولوجي للمعاملات، التي أفرزتها التجارة الإلكترونية وإن كان الغالبية العظمى من الفقهاء تؤيد فكرة كون الدفع الإلكتروني يعد تصرفا قانونيا.

كما يجب الإشارة إلى أنه، على المشرع الجزائري عند قيامه بوضع تنظيم قانوني لوسائل الدفع الإلكتروني، أن لا يتجاهل الطبيعة المميزة لهذه الوسائل الحديثة التي تتميز بالتجديد والتطور التكنولوجي.

الفرع الثاني

صور الوفاء الإلكتروني

الدفع الإلكتروني لا يشكل في ذاته ثورة في مجال الوفاء أو آلياته، بل هو في حقيقته نتيجة إلزامية للتطور التكنولوجي المستمر⁽⁶⁰³⁾، والذي زادت وطيرته خلال السنوات الأخيرة إثر سرعة انتشار شبكة الانترنت في كافة أنحاء العالم، ما نتج عنه إيجاد وسائل حديثة أو مستحدثة للدفع الإلكتروني تتناسب مع متطلبات التجارة الإلكترونية.

تعددت وسائل الدفع الإلكتروني التي لاقت تطبيقا عمليا، فمنها وسائل للدفع كانت معروفة من قبل وتم تطويرها إلكترونيا، إلى جانب طائفة أخرى من الوسائل المبتكرة التي طورتها المؤسسات المالية والمصرفية بالتعاون مع المؤسسات التقنية.

⁽⁶⁰³⁾ « Quoi de plus naturel de payer en monnaie électronique une opération de commerce électronique. Dans le cyberspace la monnaie ne peut qu'être une (cybermonnaie). » Cité par : DJOUDI Jamel, op cit, p.8.

أولاً: وسائل الدفع الإلكترونية المطورة عن وسائل وفاء تقليدية

مع تطور تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، اتسع نطاق صناعة الخدمات المالية وتم معها تطوير العديد من الوسائل التقليدية، التي كانت تستخدم في تسوية المعاملات لتتماشي مع بيئة التجارة الإلكترونية، وهذه الوسائل تتمثل أساساً في الأوراق التجارية الإلكترونية والتحويل الإلكتروني.

1- الأوراق التجارية الإلكترونية

أصبح التعامل بالأوراق التجارية الإلكترونية يعد جزءاً مهماً بالنسبة للعلاقات والمعاملات القانونية، التي تتم في ظل التجارة الإلكترونية، ومن حيث المبدأ يمكن قبول إنشاء أوراق تجارية إلكترونية، تخضع للقوانين ذاتها التي تنظم الأوراق التجارية التقليدية ويتم تداولها إلكترونياً⁽⁶⁰⁴⁾.

كما أن تعريف الأوراق التجارية الإلكترونية لا يختلف عن مثيلاتها التقليدية سوى أنه يتم معالجتها إلكترونياً، وهناك من الفقه من يعرفها بأنها "أوراق تجارية معالجة إلكترونياً بصورة كلية أو جزئية، تمثل حقاً موضوعه مبلغ من النقود، وقابلة للتداول بالطرق التجارية، ومستحقة الدفع لدى الإطلاع، أو بعد أجل قصير، وتقوم مقام النقود في الوفاء"⁽⁶⁰⁵⁾. سوف نتعرض فيما يلي للأوراق التجارية الإلكترونية والمتمثلة في: الشيك الإلكتروني والسفتجة الإلكترونية.

(604) ناهد فتحي الحموري، مرجع سابق، ص 43.

(605) مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص 343.

أ- الشيك الإلكتروني

الشيكات الإلكترونية هي المكافئ الإلكتروني للشيكات الورقية التقليدية التي اعتدنا التعامل بها، كون أن فكرة الشيكات الإلكترونية تقوم على استخدام الوسائل الإلكترونية لتحويل الشيكات الورقية إلى شيكات رقمية.

ويعرف الشيك الإلكتروني بأنه "محرر ثلاثي الأطراف، معالج إلكتروني بشكل كلي أو جزئي، يتضمن أمرا من شخص يسمى الساحب إلى البنك المسحوب عليه، بأن يدفع مبلغا من النقود لإذن شخص ثالث يسمى المستفيد"⁽⁶⁰⁶⁾.

عرف كذلك على أنه "التزام قانوني بسداد مبلغ معين في تاريخ محدد لصالح شخص أو جهة معينة، ويتم تحريره بواسطة أداة الكترونية، ويتم تذييله بتوقيع الكتروني، ويتمتع بقوة الشيك الورقي في الدول التي تعترف بصحة التوقيع الإلكتروني"⁽⁶⁰⁷⁾.

يفهم من ذلك أن الشيك الإلكتروني وثيقة إلكترونية تحتوي على نفس البيانات التي يحتوي عليها الشيك التقليدي، لكنها تكتب بواسطة أداة إلكترونية مثل الحاسوب⁽⁶⁰⁸⁾، ومن هذه البيانات: رقم الشيك واسم الدافع ورقم حساب الدافع واسم البنك واسم المستفيد والقيمة التي ستدفع ووحدة العملة المستعملة والتوقيع الإلكتروني.

بالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أن مشرعنا لم يقدم تعريفا للشيك، بل اكتفى بالنص على بياناته في المادة 472 ق ت ج⁽⁶⁰⁹⁾، ولم يذكر ما إذا أمكن إصداره إلكترونيا إنما

(606) ناهد فتحي الحموري، مرجع سابق، ص 183.

(607) نبيل صلاح محمود العربي، "الشيك الإلكتروني والنقود الرقمية"، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، المجلد الأول، جامعة الإمارات، في الفترة من 10-12 مايو 2003، ص 67، محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 322.

(608) بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 97.

(609) تنص المادة 472 ق ت ج على أنه "يحتوي الشيك على البيانات الآتية:="

يظهر ذلك ضمناً في قانون رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، والتنظيم 97-03 المتعلق بغرف المقاصة في المادة 3 فقرة 2 من هذا الأخير⁽⁶¹⁰⁾، كما أشار بصفة صريحة في المادة 03 من الأمر 05-06 المتعلق بمكافحة التهريب⁽⁶¹¹⁾، إلى وسائل الدفع الإلكترونية ليشمل بذلك الشيك الإلكتروني الذي يعتبر من بين هذه الوسائل.

أ-1- آلية عمل الشيك الإلكتروني

في الواقع تعتمد الشيكات الإلكترونية على وجود وسيط بين المتعاملين يقوم بعملية التحقق والدفع الإلكتروني للشيك، والقيام بعملية المقاصة⁽⁶¹²⁾، ويطلق عليه جهة التخليص (House Clearing)، غالباً ما يكون هذا الوسيط أحد البنوك الإلكترونية التي تعمل من خلال شبكة الانترنت، الذي يشترك لديه البائع والمشتري من خلال فتح حساب جاري بالرصيد الخاص بهما، مع تحديد التوقيع الإلكتروني لكل منهما وتسجيله في قاعدة البيانات لدى البنك الإلكتروني⁽⁶¹³⁾.

أما عن كيفية الوفاء بالشيك الإلكتروني، الذي يعتبر رسالة إلكترونية موثقة ومؤمنة يرسلها العميل، الذي حصل على شيك إلكتروني افتراضي من البنك الذي لديه حساب جار فيه، بواسطة الموقع الإلكتروني للبنك، بإدخال رقم حسابه لدى البنك فيرسل له على الموقع نموذج إلكتروني، لهذا الشيك يحمل رقم سري وعند إجراء عملية الدفع يقوم العميل بتحرير

1- ذكر كلمة شيك مدرجة في نص السند نفسه باللغة التي كتب بها،

2- أمر غير معلق على شرط بدفع مبلغ معين،

3- إسم الشخص الذي يجب عليه الدفع (المسحوب عليه)،

4- بيان المكان الذي يجب فيه الدفع،

5- بيان تاريخ إنشاء الشيك ومكانه،

6- توقيع من أصدر الشيك (الساحب)."

⁽⁶¹⁰⁾ نظام رقم 03-97 مؤرخ في 17 نوفمبر 1997 يتعلق بغرفة المقاصة، جريدة رسمية عدد 17، صادر بتاريخ 25 مارس 1998.

⁽⁶¹¹⁾ جريدة رسمية عدد 59، صادر بتاريخ 28 أوت 2005.

⁽⁶¹²⁾ واقد يوسف، مرجع سابق، ص 63-64.

⁽⁶¹³⁾ محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص 145.

شيكاً إلكترونياً، للبائع أو التاجر ويوقع عليه إلكترونياً ويرسله على موقعه الإلكتروني - عنوانه الإلكتروني- وعند وصول الشيك إلى التاجر، يقوم بتوقيعه عن طريق التوقيع الإلكتروني المشفر والخاص به باعتباره المستفيد من الشيك، ثم يرسله للبنك الذي يتعامل معه العميل - المشتري - للتأكد من شخصية العميل محرر الشيك، بدلالة الرقم السري الذي يحمله، فيقبله البنك الذي يتولى مراجعته والتحقق من التوقعات وتوافر الرصيد، ثم يخطر كل من الطرفين بإتمام العملية، بعدما قام بخصم قيمته في الحساب الجاري للعميل لدى هذا البنك وإضافته لحساب البائع⁽⁶¹⁴⁾.

نستنتج من ذلك، أن الشيكات الإلكترونية تخضع لنفس طرق التدقيق المعتمدة بالنسبة للشيكات الورقية، ما عدا التي يمسه الطابع المادي الذي يعتبر جوهر الاختلاف في عمليات التداول، بين الشيكات الورقية والشيكات الإلكترونية التي تعتمد أساساً على شبكة الانترنت لإتمام العمليات التي تخضع لها الأوراق التجارية بصفة عامة.

أ-2- أنظمة الشيك الإلكتروني

يوجد نظامان مهمان للشيك الإلكتروني يمكن استخدامهما بأمان في عمليات البيع والشراء، التي تتم عبر الإنترنت من طرف التجار وغير التجار، سواء في المعاملات التجارية أو المدنية، وهما:

⁽⁶¹⁴⁾ مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص 426-427، محمد حسني منصور، مرجع سابق، ص 128-129، نبيل صلاح محمود العربي، مرجع سابق، ص 68، إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 169، أحمد سفر، مرجع سابق، ص 44.

أ-2-1- نظام FSTC

قامت شركة (American Express) بالتعاون مع شركة (IBM) ومجموعة من البنوك الأمريكية⁽⁶¹⁵⁾، بتأسيس نظام (Financial Services Technology Consortium) (FSTC)، الذي يقوم أساساً على نقل الشيك في شكله العادي الورقي الملموس إلى شيك رقمي غير ملموس، أي تحويله إلى وثيقة إلكترونية تحتوي على البيانات التالية: رقم الشيك وبيان المبلغ، التاريخ، اسم المستفيد، اسم الساحب، واسم المسحوب عليه وهي تمثل نفس البيانات التي يحتوي عليها الشيك الورقي، إلا أنها كتبت بوسيلة إلكترونية مثل الحاسوب، أو المساعد الرقمي الشخصي (PDA)، أو الهاتف المحمول⁽⁶¹⁶⁾، ويتم تذييله بتوقيع رقمي بدلاً من التوقيع الخطي⁽⁶¹⁷⁾، وتتضمن دورة إجراءات استخدام الشيك الإلكتروني في ظل هذا النظام، بأن تقوم المؤسسة المالية لكل من المستهلك والتاجر بمراجعة الشيك والتحقق من الأرصدة والتوقعات الإلكترونية، الخاصة بالتاجر والمستهلك وبعد التأكد من صحة المعلومات ووفرة الرصيد، يتم الخصم من حساب المستهلك وإضافته لحساب التاجر، وبناءً على ذلك يقوم البنك بإخطار عميله بتمام إجراء المعاملة المالية⁽⁶¹⁸⁾.

أ-2-2- نظام Netchex

يقتضي الأمر في هذا النظام، وجود تسجيل مسبق للعميل والتاجر لدى الوسطاء الذين تعتمد عليهم شركة (Netchex)، والناشطون عبر شبكة الإنترنت⁽⁶¹⁹⁾، وبإمكان العميل الذي يستخدم هذا النظام التعامل مع شيكاته وإدارتها، من خلال حاسوبه الشخصي

⁽⁶¹⁵⁾ قد اعترفت الحكومة الأمريكية بنظام (FSTC)، وانخرط مجلس الخزانة الأمريكي وذلك باستعماله للشيك الإلكتروني أول مرة في 30 يونيو 1998، وهو يستعين بنظام التشفير لضمان عمليات تسوية الدين بالوفاء. لمزيد من التفاصيل راجع الموقع: <http://www.fstc.org>

⁽⁶¹⁶⁾ نبيل صلاح محمود العربي، مرجع سابق، ص 67، صفوان حمزة إبراهيم عيسى، مرجع سابق، ص 239.

⁽⁶¹⁷⁾ EL BADAWI Lamia, op cit, p.323.

⁽⁶¹⁸⁾ محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 238.

⁽⁶¹⁹⁾ JOLY Cathie-Rosalie, Le paiement en ligne sécurisation juridique et technique, éd Lavoisier, 2005, p.35.

وبكل أمان كون أن خاصية الأمان هي جوهر هذا النظام، وذلك من خلال عدم إظهار المعلومات المصرفية على الوثيقة التي تنتقل عبر شبكة الانترنت، وإنما تظهر المعلومات على هذه الوثيقة فقط عندما يتم إرسال الشيك إلى شركة (Netchex)، التي تقوم بالتأكد من صحة وأصالة هذه الوثيقة، من خلال قاعدة بيانات الأعضاء المنتسبين لهذا النظام⁽⁶²⁰⁾، وبعدها ينقل الشيك إلى الشبكة، حيث يتم التعامل معه بنفس طريقة الشيك التقليدي، وفي النهاية يتسلم العميل تأكيداً كتابياً من الشركة بإتمام عملية تسوية الدين، مشتملاً على رقم الشيك والمبلغ المدفوع وذلك يتم عبر البريد الإلكتروني⁽⁶²¹⁾.

يجب الذكر أن هناك أنظمة أخرى للشيك الإلكتروني تتضمن نظام فاتورة الشبكة (Netbill)، وشيك الشبكة (Netchex)، والدفع النقدي عبر شبكة الانترنت (Cybercash's)، والدفع الفوري (Paynow)⁽⁶²²⁾، وأن من شأن استخدام كل هذه الأنواع من الشيكات الإلكترونية الحد من كلفة إدارة الآليات الخاصة بالوفاء، وكل المشاكل المتعلقة بالشيكات الورقية كالتزوير والنقل والطبع والسرعة، ورغم هذه المميزات التي يمتاز بها الشيك الإلكتروني، إلا أنه لا يمكن أن يحل محل الشيك الورقي بشكل كامل ودفعة واحدة إذ لا بد من أن تمر بمراحل متعددة حتى تنتشر على نطاق واسع.

ب- السفتجة الإلكترونية

تعتبر السفتجة الإلكترونية⁽⁶²³⁾ امتداداً وتطوراً للسفتجة العادية، التي لا تختلف عنها سوى أنه يتم معالجتها إلكترونياً.

⁽⁶²⁰⁾ عدنان إبراهيم سرحان، مرجع سابق، ص 271.

⁽⁶²¹⁾ صفوان حمزة إبراهيم عيسى، مرجع سابق، ص 242.

⁽⁶²²⁾ نقلاً عن: محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 239.

⁽⁶²³⁾ ترتبط نشأة السفتجة الإلكترونية بالتجربة الفرنسية وكنتيجة لجهود اللجان التي اضطلعت بمحاولة حل المشاكل المالية والإدارية الناشئة عن التعامل بالسفاتج، خاصة إذا ما تعلق الأمر بتدخل البنوك كطرف في المعاملة، وكرغبة في الاستفادة من وسائل المعلوماتية الحديثة والتجهيز الإلكتروني، خاصة في ظل وجود الحاسب الآلي للمقاصة الموجود بالبنك =

ب-1- تعريف السفتجة الإلكترونية

لا يختلف تعريف السفتجة الإلكترونية عن مثيلتها الورقية من حيث أطرافها، إذ عرفت بأنها "محرر شكلي ثلاثي الأطراف معالج إلكترونيا بصورة كلية أو جزئية، يتضمن أمرا من شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه، بأن يدفع مبلغا من النقود لشخص ثالث يسمى المستفيد لدى الإطلاع أو تاريخ معين"⁽⁶²⁴⁾.

ففي ظل التطور التكنولوجي وإدخال نظام المعلوماتية في معظم الشركات والمؤسسات التجارية، يستطيع الساحب منذ البداية إنشاء سندات ممغنطة، تحتوي على كافة البيانات التي تستلزمها السفتجة الورقية في صورتها العادية، وبمجرد إصدارها يقوم الساحب بإرسال هذه المعطيات، إلى البنك الذي لديه فيه حساب جاري ليتولى تقديمها للوفاء إلى بنك المسحوب عليه عبر الحاسب الآلي للمقاصة، وهكذا ظهرت في العمل السفتجة الإلكترونية، خاصة أنه لا نجد في نصوص القانون ما يمنع إصدارها⁽⁶²⁵⁾، كل ما هنالك أن الأمر يحتاج إلى قدر أكبر من التنظيم الفني والقانوني، لمثل هذه السفاتج خاصة في ضوء الاعتراف بحجية المستندا الإلكترونية، وتنقسم السفتجة الإلكترونية وفقا للمعنى المتقدم إلى نوعين وهما:

ب-1-1- السفتجة الإلكترونية الورقية (la lettre de change relevé papier)

يرمز لها اختصارا (LCR Papier)، وتسمى كذلك السفتجة الورقية المعالجة إلكترونيا، وهي التي تصدر من البداية في شكل ورقة كأى سفتجة ورقية تقليدية، ثم يتم

المركزي بفرنسا؛ لمزيد من التفاصيل عن تاريخ بدء العمل بالسفتجة الإلكترونية راجع: مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، مرجع سابق، ص 345.

⁽⁶²⁴⁾ مدحت صالح غايب، "الحوالة التجارية الإلكترونية"، مجلة تكريت للعلوم الإدارية والاقتصادية، العدد 17، المجلد 6، جامعة تكريت، كلية الإدارة والاقتصاد، تكريت، سنة 2010، ص 79.

⁽⁶²⁵⁾ ناهد فتحي الحموري، مرجع سابق، ص ص 124-125.

معالجتها إلكترونياً عند تقديمها لدى البنك لتحصيلها أو تظهيرها لأي طرف آخر⁽⁶²⁶⁾، ويتم ذلك عن طريق قيام البنك بنقل البيانات، على الشريط المغنط عن طريق الماسح الضوئي ويتم تداول هذا الشريط الذي يتضمن بيانات السفتجة، من بنك المستفيد إلى الحاسب الآلي للمقاصة ثم إلى بنك المحرر الملتزم بالوفاء.

ب-1-2- السفتجة الإلكترونية المغنطة

يرمز لها اختصاراً (LCR Magnétique) هذا النوع هو الذي يمثل قمة الاستفادة من التقنيات الإلكترونية الحديثة⁽⁶²⁷⁾، حيث يختفي فيها أي دور للورق وتحرر من البداية من قبل الساحب على دعامة ممغنطة المسلمة إليه من قبل بنكه⁽⁶²⁸⁾، ويدون الساحب على تلك الدعامة كافة البيانات الإلزامية، بالإضافة إلى بيانات أخرى كاسم بنك المسحوب عليه ورقم حسابه، التي تتضمنها السفتجة المغنطة، ثم يقوم بتوقيعها إلكترونياً ويسلمها بعد ذلك إلى بنك المستفيد، الذي يتولى تحصيل قيمتها عن طريق بنك المسحوب عليه⁽⁶²⁹⁾.

يمتاز هذا النوع من السفاتج بالبساطة لعدم تحريره على الورق، على عكس السابقة ومن ثم، فلا داعي لإعادة نقلها على دعامة ممغنطة، ويمكن الإطلاع عليها ومعاملتها عن طريق الحاسب الآلي فقط وبذلك توفير كثيراً من الوقت والجهد.

ب-2- الوفاء بالسفتجة الإلكترونية

يقوم حامل السند بمطالبة المسحوب عليه بالوفاء بقيمة السفتجة الإلكترونية في تاريخ الاستحقاق، وبحلول هذا التاريخ يسلم الساحب السفتجة إلى بنكه، ثم يقوم بنك الساحب بنقل

⁽⁶²⁶⁾ وقد يوسف، مرجع سابق، ص 55.

⁽⁶²⁷⁾ مدحت صالح غايب، مرجع سابق، ص 80.

⁽⁶²⁸⁾ مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، مرجع سابق، ص 346.

⁽⁶²⁹⁾ DELPECH Xavier, La lettre de change-relevé magnétique n'est pas une véritable lettre de change, Publié sur Dalloz Actualité : <http://www.dalloz-actualite.fr>

ما تحتويه تلك السفتجة من بيانات على دعامة ممغنطة، ويحتفظ بالسفتجة الورقية لديه لاستخدامها عند اللزوم، كالرجوع في حالة عدم الوفاء أو المعارضة أو لإثباته في حالة تمامه.

تجدر الإشارة أن البنك لا يقوم بنقل بيانات السفتجة إلى دعامة ورقية إذا كانت السفتجة ممغنطة بحسب الأصل، أما إذا كان الأمر يتعلق بسفتجة إلكترونية ورقية، يقوم البنك بنقل البيانات من السفتجة الورقية إلى دعامة ممغنطة، التي يسجل عليها السفاتج المستحقة في تاريخ واحد، ثم يقوم البنك بالاحتفاظ بالسفتجة الورقية، ويقوم بإرسال البيانات المتعلقة بتلك السفاتج إلى غرفة المقاصة الموجودة بالبنك المركزي، سواء بالطريق الإلكتروني أو بإرسال الدعامة الممغنطة المسجل عليها هذه البيانات، بالتالي يتم الوفاء من بنك إلى بنك بواسطة المعلومات المسجلة على الأشرطة الممغنطة، عن طريق النظام الآلي للمعلومات، وذلك من حساب المسحوب عليه بعد موافقته، على الوفاء بصفة صريحة وإضافته لحساب المستفيد، ثم يرسل إخطار إلى المسحوب عليه يخطر به إتمام عملية الوفاء والخصم، كما يتم إشعار بنوك الساحبين بذلك⁽⁶³⁰⁾.

2- التحويل الإلكتروني

يعتبر نظام التحويلات الإلكترونية للنقود، من أهم العمليات المصرفية التي تنفذها البنوك التي تنشط عبر شبكة الإنترنت، حيث تقوم تلك البنوك بإجراء التحويلات الإلكترونية للأموال من حساب بنكي إلى حساب بنكي آخر، بالإضافة لنقل المعلومات المتعلقة بهذه التحويلات وفق نظم أمنية تكفل سرية وأمن المعلومات والبيانات الخاصة بعملية التحويل.

(630) لمزيد من المعلومات عن العمليات المصرفية الواردة على السفتجة الإلكترونية مثل القبول والتظهير والضمان الاحتياطي، راجع: ناهد فتحي الحموري، مرجع سابق، ص 127 وما يليها.

أ- تعريف التحويل الإلكتروني للأموال

تتجه كافة التعريفات الحديثة للفقهاء للتركيز على التقنية المستعملة لإجراء التحويلات الإلكترونية، فهناك من عرفها على أنها "إحدى عمليات البنوك تتم عن طريق قيود حسابية تقوم بها هذه البنوك بنقل مبلغ من المال من حساب إلى حساب آخر حيث تكون النتيجة جعل حساب عميل دائن بمبلغ من المال، وجعل حساب آخر مدين بذات المبلغ، فبموجب أمر تحويل يصدره العميل للبنك ينتقل هذا المبلغ من حسابه إلى حساب آخر له أو إلى حساب شخص آخر، إما أن تكون هذه العملية داخل نفس البنك أو في بنك آخر"⁽⁶³¹⁾. وعرفت أيضا بأنها "عملية يقيد المصرف أو المؤسسة المالية بمقتضاه مبلغا معيناً، في الجانب المدين من حساب العميل - الأمر بالنقل - بناء على أمر يصدر من هذا الأخير بوسيلة إلكترونية، وعبر شبكة المعلومات ويقيد في جانب الدائن من حساب شخص آخر والذي يكون عادة تاجراً أو مؤسسة تجارية"⁽⁶³²⁾.

عرفها آخرون بأنها "العملية التي تتم في قيد مبلغ معين من المال في الجانب الدائن لحساب آخر، وقد يكون قيد هذا المبلغ في حساب نفس الشخص الأمر أو يقيد في حساب شخص آخر، وتتم هذه العملية بناء على طلب الأمر في نفس البنك أو في بنك آخر"⁽⁶³³⁾.

من خلال هذه التعريفات يمكن أن نستنتج الشروط الخاصة لعملية التحويل الإلكتروني للأموال.

⁽⁶³¹⁾ سليمان صيف الله الزين، التحويل الإلكتروني للأموال ومسؤولية البنوك القانونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص 39.

⁽⁶³²⁾ هادي مسلم يونس البشكاني، مرجع سابق، ص 374.

⁽⁶³³⁾ علاء التميمي، التنظيم القانوني للبنك الإلكتروني على شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 475.

أ-1- ضرورة وجود حسابين

يجب أن يتوافر حسابان بنكيان حتى تتم عملية التحويل الإلكتروني، ذلك أن هذه العملية لا يمكن إجراؤها إلا بوجود بنك يقوم بتنفيذها، ويجب أن يكون الحسابان مفتوحين وليس مغلقين، إذ يكفي أن يكون أحد الحسابان مغلقاً حتى يفقد الأمر الحق بأن يأمر البنك بإجراء التحويل الإلكتروني للأموال⁽⁶³⁴⁾.

أ-2- يجب أن يرد التحويل على مبلغ نقدي محدد

جرت العادة بين البنوك أن التحويل المصرفي لا يرد إلا على النقود باعتبارها الوسيلة السائدة في الوفاء وأداء الالتزامات، وبالتالي فإن محل أمر التحويل المصرفي هو نقل كمية من الأوراق المالية من محفظة الأمر إلى محفظة المستفيد، أي نقل الدفعات النقدية من حساب بنكي إلى حساب بنكي آخر، بناء على أمر الأمر بالتحويل لمصلحة المستفيد.

أ-3- يجب أن يكون أمر التحويل المصرفي مكتوباً

باعتبار الأمر بالتحويل المصرفي بوصفه تصرفاً إرادياً، يتطلب توافر الأركان الموضوعية لعموم التصرفات الإرادية، وحسب القواعد العامة فإن بعض القوانين تتطلب أن يتم ذلك في شكل كتابي، مما يعني أنه تصرف شكلي لا ينتج أثره ما لم يستكمل فيه الشكل الذي تطلبه القانون⁽⁶³⁵⁾، ولكي يتم إثباته كذلك إذا ما حصل منازعة معينة أمام القضاء باعتباره دليلاً كتابياً، ولقد أعدت البنوك نماذج مطبوعة تسلمها لعملائها في إصدار أوامرهم

⁽⁶³⁴⁾ سليمان صيف الله الزين، مرجع سابق، ص 82.

⁽⁶³⁵⁾ هادي مسلم يونس البشكاني، مرجع سابق، ص 374.

بالتحويل، فيحتوي هذا النموذج على البيانات المطلوبة في أمر التحويل مثل توقيع الأمر وقيمة المبلغ واسم العميل⁽⁶³⁶⁾.

ب- أنظمة التحويلات الإلكترونية للأموال

توجد عدة أنظمة يتم تنفيذ عملية التحويل الإلكتروني للأموال من خلالها، ويمكن ذكر البعض منها على النحو التالي:

ب-1- نظام مقاصة المدفوعات بين البنوك (CHIPS)

(CHIPS)، هي اختصار لكلمة (The clearing House Interbank payments Systems) وهو نظام الدفع بين البنوك في غرفة المقاصة، حيث يوجد مقر له بمدينة نيويورك الأمريكية⁽⁶³⁷⁾، وهو نظام إلكتروني يتيح لملفات أوامر الدفع من التبادل بين المشاركين، واحتساب صافي الوضع التبادلي في تسهيل عملية إرسال أوامر الدفع بصورة مباشرة، من أنظمة المصارف إلى النظام المركزي لإتمام عملية التسوية، ويستخدم هذا النظام أساساً لإجراء التحويلات المصرفية الإلكترونية ذات المبالغ العالية، كتسوية صفقات تبادل السندات المالية أو تسوية صفقات تبادل النقد الأجنبي⁽⁶³⁸⁾.

ب-2- نظام جمعية الاتصالات المالية العالمية لما بين البنوك (SWIFT)

(SWIFT)، هو اختصار لكلمة (Society for Worldwide Interbank Financial telecommunications) وهو نظام تعاوني بين البنوك في عملية تحويل

⁽⁶³⁶⁾ سليمان ضيف الله الزبن، مرجع سابق، ص 83.

⁽⁶³⁷⁾ علي مؤيد سعيد، التحويل الإلكتروني للأموال "دراسة مقارنة"، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، قسم إدارة الموارد البشرية، البنك المركزي العراقي، 2013، ص 5.

⁽⁶³⁸⁾ أحمد سفر، مرجع سابق، ص 70.

الأموال، ويعتمد على شبكة اتصالات تربط البنوك المشتركة فيه بخطوط اتصال دولية أمنة، ولهذا فهو يستخدم أساساً في المدفوعات الدولية⁽⁶³⁹⁾.

ب-3- نظام بيت المقاصة (ACH)

ينشط بيت المقاصة على شبكة إلكترونية ويحكم نظام عمل هذه الشبكة القواعد والتعليمات الصادرة عن مؤسسة (NACHA)⁽⁶⁴⁰⁾، يستخدم هذا النظام لتنفيذ ومعالجة الحوالات الصغيرة القيمة والكثيرة العدد، حيث يتم من خلاله تنفيذ جملة من التحويلات المتكررة كإيداع الأموال في حسابات الأفراد، ودفع الرواتب واستحقاقات التقاعد ويستخدم أيضاً لتحصيل أقساط التأمين ودفع الفواتير الخاصة ببعض العمليات⁽⁶⁴¹⁾.

ج- كيفية إجراء عملية التحويل الإلكتروني للأموال

تمر عملية التحويل الإلكتروني للأموال بمرحلتين، حيث تبدأ المرحلة الأولى بإصدار العميل أمراً بالتحويل، للبنك الذي يعمل من خلال شبكة الانترنت، ويكون مضمون هذا الأمر تحويل مبلغ معين إلى حساب آخر له في نفس البنك أو بنك آخر، أو أن يكون مضمون هذا الأمر تحويل مبلغ من حسابه، إلى حساب شخص آخر في نفس البنك الموجه إليه هذا الأمر أو في بنك آخر⁽⁶⁴²⁾.

يجب أن يرد في الأمر بالتحويل البيانات الخاصة بالعمل حتى يتمكن البنك من التعرف على شخصيته كذكر اسمه، ورقم حسابه، وتوقيعه الإلكتروني مثلاً، وكما يجب أن

⁽⁶³⁹⁾ علاء التميمي، مرجع سابق، ص 479.

⁽⁶⁴⁰⁾ (NACHA)، هي جمعية أنشئت عام 1974 لتقوم على تنسيق عمل شبكة دار المقاصة الآلية، وتقديم الخدمات التعليمية لعملائها والمشاركين فيها، ويحكم عمل هذه الجمعية عقد إنشائها وقانون الصفقات الإلكترونية والقانون التجاري الموحد؛ راجع في ذلك: علاء التميمي، مرجع سابق، ص 480.

⁽⁶⁴¹⁾ أحمد سفر، مرجع سابق، ص 71.

⁽⁶⁴²⁾ محمود محمد أبو فروة، مرجع سابق، ص 56.

يرد كذلك في الأمر ذكر المبلغ المراد نقله واسم المستفيد، ورقم حسابه، بالإضافة إلى مكان وتاريخ إصدار هذا الأمر، وذلك مهما تكن الصورة التي أصدر فيها هذا الأمر سواء عن طريق البريد الإلكتروني، أو من خلال أوامر مباشرة على صفحة الويب لموقع المصرف أو من خلال أجهزة مخصصة لإرسال أوامر النقل كجهاز (Automated teller Machines) (ATM) وغيرها من الصور الأخرى، التي من خلالها يستطيع العملاء إرسال أوامر التحويل لأموالهم للبنك الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت⁽⁶⁴³⁾.

بعد ذلك تأتي المرحلة الثانية، وهي مرحلة قيد المبلغ المحدد قيمته المراد نقله من حساب العميل الأمر بالتحويل إلى حساب المستفيد⁽⁶⁴⁴⁾، وعملية القيد التزام يقع على عاتق البنك الذي يجب عليه عند تلقيه أمر التحويل الإلكتروني للأموال، أن يقوم بتنفيذه في أسرع وقت ممكن، كما يلتزم كذلك بنك الأمر وبنك المستفيد بأن يخطر كل منهما عميله بتمام تنفيذ أمر التحويل، ويكل ما يطرأ على حسابه من حركات أمواله، سواء بالزيادة أو بالنقصان مع إرسال الوثائق والمستندات المؤرخة والمثبتة لإجراء عملية التحويل⁽⁶⁴⁵⁾.

بالرجوع إلى القانون رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض نجد أن النظام البنكي الجزائري، يجيز القيام بعملية التحويل الإلكتروني للأموال، وهذا ما ورد في المادة 51⁽⁶⁴⁶⁾ التي تنص على أنه "يمكن للبنك الجزائري القيام بكافة العمليات البنكية مع البنوك والمؤسسات المالية التي تنشط في الجزائر ومع كافة البنوك المركزية الخارجية".

فاستعمال المشرع لعبارة "كافة العمليات" في متن المادة 51 إنما يدل على أن التحويل الإلكتروني للأموال عملية قانونية يمكن القيام بها، حتى وإن لم يذكر الطريقة التي

(643) علاء التميمي، مرجع سابق، ص 488.

(644) المرجع نفسه، ص 493.

(645) للمزيد من التفاصيل راجع: سليمان ضيف الله الزين، مرجع سابق، ص 103 وما يليها.

(646) جريدة رسمية عدد 52 صادر بتاريخ 27 أوت 2003.

تتم بها عملية التحويل، ولكن لم يرد في قانون النقد والقرض منع استعمال الوسائل الإلكترونية، للقيام بالعمليات المصرفية بل العكس من ذلك تماما، فنجد في نص المادة 69 منه، "تعتبر أن وسائل الدفع هي كل الأدوات التي تمكن المتعاملين من تحويل أموالهم، وذلك مهما يكن نوع السند أو الوسيلة المستعملة"، وقياسا على ذلك يمكن القيام بالتحويل الإلكتروني للأموال بين البنوك الجزائرية أو بين البنوك الجزائرية والأجنبية.

ثانيا: الوسائل المستحدثة للدفع الإلكتروني

تتميز المعاملات التي تتم في خضم التجارة الإلكترونية بالسرعة، ومواكبة لذلك كان لابد من استحداث وسائل جديدة قادرة على العمل على تأمين سرعة إنجاز المعاملات بشكل آمن وفعال، ولهذا ظهرت إلى الوجود وسائل جديدة للوفاء الإلكترونية، التي تتمثل أساسا في استخدام طريقتين هما: بطاقات الدفع الإلكتروني (البطاقات البلاستيكية)، والنقود الإلكترونية.

1- بطاقات الدفع الإلكتروني (البطاقات البلاستيكية)

أصبحت البطاقات البلاستيكية وسيلة حديثة من وسائل الوفاء التي استقرت في البيئة التجارية، نتيجة للتعاون بين البنوك والعملاء والتجار لضمان المعاملات والوفاء⁽⁶⁴⁷⁾، وقد أدى هذا إلى جعل البطاقة البلاستيكية تأخذ مكانتها بين وسائل الوفاء الحديثة، حيث تعتبر هذه البطاقات جزءا من سلسلة متصلة من التطور في مجال وسائل الوفاء، التي توضع تحت تصرف المستهلكين للوفاء بمعاملاتهم مع التجار.

⁽⁶⁴⁷⁾ MUNOZ Sandrine, « Quelque interrogation sur le paiement électronique », Les petites affiches, n° 171, 28 aout 2000, p.3.

أ- تعريف بطاقات الدفع الإلكتروني (البطاقات البلاستيكية)

ظهرت البطاقات البلاستيكية لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1914 عندما أصدرت شركات البترول الأمريكية⁽⁶⁴⁸⁾، بطاقات معدنية لعمالها يشترون بها ما يحتاجون إليه من منافذ التوزيع التابعة لها، وتسوية هذه الحسابات في نهاية كل مدة محددة ثم بدأ التعامل بالبطاقة، يزداد شيوعاً مروراً بمحطات الوقود وبعض المؤسسات التجارية إلى أن وصل الأمر إلى البنوك⁽⁶⁴⁹⁾، وذلك بقيام المنظمات الدولية بإدارة العمليات المصرفية ومنح التصريح للمؤسسات المالية الكبرى، والبنوك بجميع أنحاء العالم في التعامل بنظام البطاقات البلاستيكية، سواء بإصدار البطاقات أو استعمالها في مجال سحب الأموال أو كوسائل دفع إلكترونية عن بعد، وأكثر تلك المنظمات انتشاراً يمكن ذكر ماستر كارد (Master Card)، والفيزا (Visa)، وأمركان إكسبراس (American Express)⁽⁶⁵⁰⁾.

اتجهت معظم التعريفات إلى بيان ماهية البطاقة البلاستيكية على أنها "بطاقة مستطيلة من البلاستيك، تحمل اسم حامل البطاقة وتوقيعه ورقمه ورقم حسابه وتاريخ انتهاء صلاحيتها، واسم الجهة المصدرة لها وشعارها، بشكل بارز على وجه البطاقة وبواسطة هذه البطاقة، يستطيع حاملها سحب المبالغ النقدية من ماكينات سحب النقود الخاصة بالبنوك، أو تقديمها كأداة وفاء للخدمات والسلع التي يحصل عليها من الشركات والتجار الذين يتعامل معهم، أو أداء ضمان للوفاء في حدود مبلغ معين".

(648) جهاد رضا الحباشنة، الحماية الجزائية لبطاقة الوفاء، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 33.
(649) علي عدنان الفيل، المسؤولية الجزائية عن إساءة استخدام بطاقة الائتمان الإلكترونية "دراسة مقارنة"، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011، ص 12-13.

(650) محمد رأفت عثمان، "ماهية بطاقة الائتمان وأنواعها، وطبيعتها القانونية، وتمييزها عن غيرها"، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، المجلد الثاني، في الفترة بين 10-12 مايو 2003، ص 619.

عرفت كذلك بأنها "بطاقة مصنوعة من مادة البلاستيك تحتوي على شريط ممغنط يتضمن بيانات عن حساب العميل لدى البنك، كما يتضمن شريطاً لاصقاً مدوناً عليه توقيع صاحب الحساب، بالإضافة إلى صورة شخصية للعميل، تستخدم في سحب المبالغ النقدية وفي دفع ثمن المشتريات"⁽⁶⁵¹⁾.

كما عرفها المجمع الفقهي الإسلامي بأنها "مستند يعطيه مصدره لشخص طبيعي أو اعتباري، بناء على عقد بينهما يمكنه من شراء السلع و الخدمات ممن يعتمد المستند دون دفع الثمن، حالا لتضمينه التزام المصدر بالدفع، ومنها ما يمكن من سحب النقود من المصارف"⁽⁶⁵²⁾.

عرف المشرع الجزائري وسائل الدفع في نص المادة 69 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض⁽⁶⁵³⁾ على الشكل التالي "تعتبر وسائل الدفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكون السند أو الأسلوب التقني المستعمل". وعليه فإن هذا التعريف المتعلق بوسائل الدفع ينطبق تماماً على البطاقات البلاستيكية، كما ينطبق إلى حد ما مع تعريف الذي قدمه المجمع الفقهي الإسلامي الدولي، إلا أن هذا الأخير كان تعريفه أكثر دقة، كما أن المادة 66 من نفس الأمر تعرف العمليات المصرفية كما يلي " تتضمن العمليات المصرفية تلقي الأموال من الجمهور وعمليات القرض وكذا وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل". نلاحظ أن هذا التعريف أشار بصورة غير مباشرة لبطاقة الائتمان، وقد استعمل مصطلح "وسائل الدفع الإلكتروني" بصفة صريحة بصور الأمر 05-06 المؤرخ بتاريخ 23 أوت 2005 المتعلق بمكافحة التهريب، وذلك في

(651) نقلاً عن: علي عدنان الفيل، مرجع سابق، ص 15.

(652) جلال عايد الشورة، وسائل الدفع الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن، 2008، ص 21.

(653) جريدة رسمية عدد 52 صادر بتاريخ 27 أوت 2003.

نص المادة الثالثة منه حيث اعتبرها المشرع الجزائري من بين التدابير والإجراءات الوقائية لمكافحة التهريب.

كما قام المشرع الجزائري بتنظيم أحكام بطاقة الدفع في تعديله الأخير في القانون 02-05 المؤرخ في 06 فيفري 2005 المتعلق بتعديل القانون التجاري، وذلك في المادتين 543 مكرر 23 - 543 مكرر 24⁽⁶⁵⁴⁾.

تنص المادة 543 مكرر 23 على تعريف بطاقة الائتمان كما يلي " تعتبر بطاقة دفع كل بطاقة صادرة عن البنوك والهيئات المالية المؤهلة قانونا وتسمح لصاحبها بسحب أو تحويل أموال. وتعتبر بطاقة سحب كل بطاقة صادرة عن البنوك أو الهيئات المالية المؤهلة قانونا وتسمح لصاحبها فقط بسحب أموال".

هكذا يكون المشرع الجزائري، قد عرف بطاقة الدفع على أساس الوظيفة التي تؤديها، فبطاقات الدفع تستعمل في تحويل وسحب الأموال، أما بطاقات السحب فلا يمكن تحويل بواسطتها الأموال بل يستطيع حاملها فقط سحب الأموال.

ب- العلاقات الناشئة عن استخدام بطاقات الدفع الإلكتروني (البطاقات البلاستيكية)

مما تقدم نفهم أن البطاقات البلاستيكية تقوم على ثلاث أطراف، وهي مصدر البطاقة (المؤسسة المالية أو البنك)، حاملها (العميل)، ومورد السلعة أو الخدمة (التاجر)، وكل اثنين من هؤلاء يرتبطان بعقد خاص، وينشأ عن العقود الثلاثة التزامات تترتب في ذمة أطرافها بشكل أصيل وليس عن طريق النيابة.

⁽⁶⁵⁴⁾ جريدة رسمية عدد 11، صادر بتاريخ جوان 2005.

ب-1- العلاقة بين مصدر البطاقة وحاملها

يرتبط مصدر البطاقة مع عميله بعقد مبرم بينهما يسمى عملاً بعقد الانضمام (Contrat d'adhérent)⁽⁶⁵⁵⁾، وينعقد بمجرد موافقة المصدر على منح الطالب بطاقة الدفع لتمكينه من شراء السلع والخدمات، من الجهات التي قبلت التعامل بها وتكون صالحة لسحب النقود⁽⁶⁵⁶⁾، كما تقدم في بعض الحالات انتمان - اعتماد - بمبلغ معين ومحدد المدة يكون تحت تصرف حامل البطاقة، حتى يتمكن من استخدامها ويلتزم مصدر البطاقة بأداء كل الديون، التي تنشأ في ذمة حامل البطاقة نتيجة استخدامه لها، ويلتزم بالمقابل الحامل بصفة أساسية بتحمل قيمة الفائدة ورسوم الاشتراك، إضافة إلى ثمن مشترياته باعتباره مديناً للجهة المصدرة، وبالتالي فإن العقد الذي يحكم تلك العلاقة هو من العقود الملزمة لجانبين يرتب التزامات وحقوق على عاتق كل من الطرفين⁽⁶⁵⁷⁾.

ب-2- العلاقة بين مصدر البطاقة والتاجر

يطلق على العلاقة العقدية التي تربط مصدر البطاقة والتاجر الذي يقبل البطاقة عملاً بعقد التوريد⁽⁶⁵⁸⁾، فبموجب هذا العقد يلتزم مصدر البطاقة بالوفاء بقيمة السلع أو الخدمات التي أداها التاجر لحامل البطاقة، وفي المقابل يلتزم التاجر تجاه مصدر البطاقة بقبول التعامل بالبطاقة، وبمنح السلعة أو الخدمة لحامل البطاقة دون المطالبة بالسداد الفوري منه وبنفس القيمة التي يؤديها إلى الغير، وهذا العقد يقوم على الاعتبار الشخصي للتاجر الذي يختاره مصدر البطاقة للتعاقد معه استناداً للسمعة الائتمانية لذلك التاجر.

⁽⁶⁵⁵⁾ LEPLAT Frédéric, « La réforme des cartes bancaires par la loi du 15 novembre 2001 », Les Petites affiches, n°18, 24 janvier 2002, p.5.

⁽⁶⁵⁶⁾ جلال عابد الشورة، مرجع سابق، ص 38.

⁽⁶⁵⁷⁾ محمد عبد الحليم عمر، "بطاقة الانتمان (ماهيتها والعلاقات الناشئة عن استخدامها بين الشريعة والقانون)"، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، المجلد الثاني، الفترة بين 10-12 مايو 2003، المجلد 2، ص 674 وما يليها.

⁽⁶⁵⁸⁾ أحمد سفر، مرجع سابق، ص 106.

ب3- العلاقة بين الحامل والتاجر

إن تكييف العلاقة بين حامل البطاقة والتاجر يرجع إلى طبيعة العقد الذي أبرم بينهما فقد يكون، عقد بيع أو التزام بتقديم خدمة⁽⁶⁵⁹⁾، ومن أهم ما يتميز به هذا العقد أن حامل البطاقة يحيل التاجر، بثمن المشتريات منه على الجهة المصدرة للبطاقة، لتتسأ من ذلك علاقة مديونية جديدة بين مصدر البطاقة والتاجر، حيث تكون الأولى مدينة للتاجر بثمن مشتريات حامل البطاقة، ثم تحصيله من الحامل حسب الاتفاق المبرم معه⁽⁶⁶⁰⁾.

هذه العلاقة لا تثير أي مشكلة إذ يحكمها العقد الأصلي كعقد البيع أو عقد تقديم الخدمة، وكل ما هنالك أن التاجر يلتزم بقبول الوفاء بالبطاقة التي يحملها الحامل⁽⁶⁶¹⁾.

ج- أنواع بطاقات الدفع الإلكتروني (البطاقات البلاستيكية)

رغم تشابه بطاقات الدفع الإلكتروني في الشكل الخارجي، إلا أنها تتنوع طبقاً لعدة اعتبارات تعود إلى الجهة المصدرة لها، أو إلى المزايا التي توفرها أو من حيث نطاق التعامل بها أو من حيث النظم التكوينية لها، ولا شك أن هذا التنوع يجعل المرء حائراً بين هذه البطاقات المختلفة. وعلى كل يمكن تقسيمها إلى نوعين وذلك بالنظر إلى توافر الطابع الائتماني الذي يضيفه البنك على تلك البطاقات من عدمه، ويتمثل النوع الأول في بطاقات الدفع الإلكترونية الائتمانية، أما النوع الثاني فهي بطاقات الدفع الإلكترونية غير الائتمانية.

(659) محمد رأفت عثمان، مرجع سابق، ص 633.

(660) جلال عايد الشورة، مرجع سابق، ص 50.

(661) مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، مرجع سابق، ص 359.

ج-1- بطاقات الدفع الإلكترونية الائتمانية

هذه البطاقة تخول لحاملها انتمانا فعليا من البنك المصدر للبطاقة، بحيث لا يلزم فورا بتسديد ما يحصل بموجبها على السلع والخدمات، إنما له الحق في تسهيلات ائتمانية وحلول مصدر البطاقة محله في السداد الفوري، مقابل قيام العميل بعد ذلك بالسداد للبنك وفقا لنصوص العقد المبرم بينهما، ويسمى هذا النوع بطاقة الائتمان.

ج-1-1- تعريف بطاقة الائتمان

أطلق فقهاء القانون تعريفات متعددة على بطاقات الائتمان تشترك جميعا في بيان الوصف المصرفي القانوني الملائم، وهناك من عرفها على أنها "هي عقد بمقتضاه يتعهد مصدر البطاقة بفتح اعتماد بمبلغ معين، لمصلحة شخص آخر هو حامل البطاقة الذي يستطيع بواسطتها الوفاء بمشترياته، لدى المحلات التجارية التي ترتبط مع مصدر بطاقة بعقد، تتعهد فيه بقبولها الوفاء بمشتريات حامل البطاقة الصادرة عن الطرف الأول على أن تتم التسوية النهائية بعد كل مدة محددة"⁽⁶⁶²⁾.

عرفت كذلك أنها " بطاقة تصدر بوساطة مؤسسة مالية باسم أحد الأشخاص وتقوم تلك البطاقة بوظيفتي الوفاء والائتمان، أي أن حاملها يملك إمكانية تتبع سداد المبالغ التي استخدمها في الاعتماد المفتوح من جانب مصدر البطاقة"⁽⁶⁶³⁾.

يلاحظ من التعريفات السابقة أنها عرفت بطاقة الائتمان حسب الوظائف الأساسية التي تؤديها، وهي الدفع من جراء شراء السلع أو الحصول على الخدمات، كذلك التوسع في استخدامها في كافة العمليات المصرفية، من سحب وإيداع وتحويل، وكما تبين كذلك الفكرة الجوهرية التي تقوم عليها، وهي التمتع بقدر من الائتمان، بحيث يكون في متناول الحامل

⁽⁶⁶²⁾ جهاد رضا الحباشنة، مرجع سابق، ص 23.

⁽⁶⁶³⁾ جلال عايد الشورة، مرجع سابق، ص 22.

أن يسدد ثمن مشترياته بشكل مؤجل على فترات محددة، ومن ثم تعتبر بطاقة الائتمان أداة ائتمان ووفاء في نفس الوقت، غير أن عنصر الائتمان في استخدامها غالب على عنصر الوفاء.

نرى أن هذه التعريفات قد وضعت بطاقة الائتمان في طابع مادي يقتصر على كونها وسيلة للدفع أو سحب أو إيداع، لكن دور بطاقة الائتمان أبعد من ذلك حيث أنها تتميز بخصائص ووظائف قانونية فريدة، من شأنها جعل البطاقة إحدى الوسائل القانونية المعاصرة لإدخال الوسائل الإلكترونية الحديثة، على الأعمال المصرفية وسهولة وسرعة القيام بعمليات الشراء والبيع الإلكتروني.

ج-1-2- أنواع بطاقات الائتمان

لما كانت بطاقة الائتمان وثيقة تحمل بيانات خاصة بحاملها تخول له شراء ما يحتاجه، من سلع وخدمات وسحب نقدي بناء على الثقة والقدرة المالية له مع تأجيل الدفع إلى زمن معلوم، يتفق عليه المصدر وحامل البطاقة في العقد المبرم بينهما، وعليه تنقسم بطاقة الائتمان بين المصدر وحامل البطاقة إلى ثلاثة أنواع هي:

النوع الأول - بطاقة الخصم الفوري

يتطلب لإصدار هذه البطاقة من حاملها أن يفتح حساب جاري لدى البنك المصدر للبطاقة، ويودع فيه مبلغا يساوي الحد الأقصى للائتمان المسموح له، بالشراء أو سحب النقود من آلات السحب أو من البنوك في حدوده شهريا، دون أن يدفع ما قام بشرائه أو سحبه لقيام البنك بالدفع بدلا عنه، إذ تخصم بعد ذلك قيمة مشتريات أو خدمات العميل فورا من حسابه الجاري المفتوح لديه، وفي نهاية كل شهر يرسل البنك كشف حساب إلى حامل

البطاقة مطالبا إياه بإيداع مبلغ مماثل، في الحساب الجاري حتى يعود الرصيد المطلوب الاحتفاظ به لدى البنك إلى كامل المبلغ⁽⁶⁶⁴⁾.

النوع الثاني - بطاقة الخصم الشهري

تستخدم هذه البطاقة كأداة وفاء وائتمان في نفس الوقت، حيث لا يتطلب إصدار هذه البطاقة وجود حساب جاري لحاملها لدى البنك المصدر لها، وإنما يلزم على العميل أن يكون له رصيد شهري يغطي استخداماته⁽⁶⁶⁵⁾، وتتم المحاسبة شهريا طبقا للحد الأقصى للبطاقة عن طريق إرسال البنك مصدر البطاقة، لحامل هذه البطاقة كشف الحساب كل شهر يحتوي على تفاصيل المبالغ المستحقة عليه، نتيجة حصوله على السلع والخدمات من التجار وكذلك ما حصل عليه، من النقود في آلات السحب النقدي أو البنوك، ويجب أن يكون كل ذلك غير متجاوز للحد الأقصى للبطاقة، وعلى العميل تسديد هذه المبالغ خلال مدة تتراوح بين 25 و 40 يوما، وإلا سيحمله البنك فوائد تتراوح بين 1,5%-1,75% شهريا⁽⁶⁶⁶⁾. وتمتاز هذه البطاقة بأنها تتيح لحاملها أن يستخدمها في عمليات الشراء المختلفة والحصول على الخدمات، وكذا استعمالها في عمليات السحب النقدي في كافة أنحاء العالم.

النوع الثالث - بطاقة الائتمان المتجدد أو بطاقة الائتمان القرضية

في هذا النوع من بطاقات الائتمان تقوم الجهة المصدرة للبطاقة - البنك - بمنح حاملها الحق في استخدام البطاقة، في شراء السلع والحصول على الخدمات، وكذا استخدامها لسحب النقود في حدود مبلغ معين، ولا يشترط أن يكون له حساب عند البنك المصدر للبطاقة، وإن كان له حساب لدى البنك المصدر لها فإنه ليس من الشروط أن

⁽⁶⁶⁴⁾ محمد عبد الحليم عمر، مرجع سابق، ص 665.

⁽⁶⁶⁵⁾ إبراهيم محمد شاشو، "بطاقة الائتمان حقيقتها وتكييفها الشرعي"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الثالث، المجلد 27، دمشق، 2011، ص 658.

⁽⁶⁶⁶⁾ محمد رأفت عثمان، مرجع سابق، ص 622.

يتوافر له الرصيد عند البنك لخصم ما عليه من مبالغ الاستخدام، ولا يتم تسديد المبالغ المستحقة على حامل البطاقة كل شهر، وإنما على أقساط - في شكل دفعات - دورية تتناسب مع دخله، مع اعتبار باقي المبلغ المستحق عليه قرضاً يتم احتساب فوائد على رصيده إلى الجهة المصدرة للبطاقة التي تقوم بسداد قيمة السلع والخدمات إلى التاجر⁽⁶⁶⁷⁾.

ج-2- بطاقات الدفع الإلكترونية غير الائتمانية

نظراً لتعدد أنواع هذه البطاقات التي تصدرها البنوك، وتشابهها في الشكل الخارجي فإنه يتعين بيان أنواعها، وهي تلك المتمثلة في بطاقة السحب الآلي، بطاقة الوفاء، بطاقة ضمان الشيك، وسنتعرض بالدراسة لهذه الأنواع من بطاقات الدفع الإلكتروني محاولين إيجاد ما تتميز به عن بطاقة الائتمان.

ج-2-1- بطاقات السحب الآلي (ATM)

تمكن بطاقة السحب الآلي حاملها من سحب مبلغ نقدي من حسابه بحد أقصى متفق عليه من خلال الأجهزة الخاصة بذلك، حيث يقوم العميل بإدخال بطاقته إلى جهاز السحب الآلي، وبدوره يطلب الجهاز من العميل إدخال رقمه السري (Code PIN)⁽⁶⁶⁸⁾، وتحديد المبلغ الذي يحتاجه عن طريق لوحة المفاتيح على الجهاز، وبعد الصرف يسترد العميل بطاقته آلياً، ويسجل هذا المبلغ في الجانب المدين، من حساب العميل مباشرة (Ligne On)⁽⁶⁶⁹⁾، والهدف من وراء طرح هذا النوع من البطاقات هو التسهيل على العملاء وتوفير احتياجاتهم من النقود، وتقادي ازدحام المصارف بالعملاء، لذلك تجد البنوك تنشئ منافذ

⁽⁶⁶⁷⁾ أحمد سفر، مرجع سابق، ص 88، جلال عايد الشورة، مرجع سابق، ص 31، محمد عبد الحليم عمر، مرجع سابق، ص 666، محمد رأفت عثمان، مرجع سابق، ص 623، إبراهيم محمد شاشو، مرجع سابق، ص 659.

⁽⁶⁶⁸⁾ بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 93.

⁽⁶⁶⁹⁾ عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية (نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنياً)، الكتاب الأول، دار الفكر الجامعي، 2002، ص 111.

توزيع لها في أماكن كثيرة مثل مراكز التسويق، والمطارات وأمام المصارف، ومن ثم تختلف بطاقة السحب الآلي عن بطاقة الائتمان، في أن الأولى لا تقدم ائتمان للعميل لاقتصار دورها على سحب المبالغ المودعة لدى البنك، ولا يسمح بصرف أي مبلغ عن طريقها في حالة عدم وجود رصيد للعميل، وهذا هو الفرق الجوهرى بينهما، ولا يمكن كذلك التعامل مع التاجر بها لسداد قيمة المشتريات⁽⁶⁷⁰⁾ - حتى وإن كان هناك رصيد للحامل - كما هو الحال في بطاقة الائتمان، التي تقبل للوفاء بقيمة السلع والخدمات⁽⁶⁷¹⁾، كما أن بطاقة السحب الآلي تنشأ عن إبرام عقد واحد بين حامل البطاقة والبنك المصدر بينما تقوم بطاقة الائتمان على ثلاثة أطراف، وهي مصدر البطاقة وحاملها والتاجر، وكل اثنين من هؤلاء يرتبطان بعقد وينشأ عن ذلك ثلاثة عقود⁽⁶⁷²⁾.

ج-2-2- بطاقة الوفاء

تسمح بطاقة الوفاء لحاملها سحب النقود من أماكن السحب الآلي أو الوفاء بثلث السلع والخدمات، التي يحصل عليها من بعض المحلات التجارية المعتمدة لدى الجهة المصدرة للبطاقة، وذلك بتحويل ثمن السلع والخدمات، من حساب حامل البطاقة إلى حساب التاجر⁽⁶⁷³⁾، ونفهم من ذلك أنه يتطلب الأمر لإصدار هذه البطاقة وجود حساب فعلي لحاملها لدى البنك المصدر في صورة حساب جاري⁽⁶⁷⁴⁾، وبالتالي فإن بطاقة الوفاء وفقاً لهذا المعنى لا تقوم إلا بوظيفة السحب أو الوفاء فقط، ولا تقدم لحاملها أي ائتمان ذلك لأن مصدر البطاقة لا يتعهد بتقديم أي ائتمان لعملائه، وحامل بطاقة الوفاء لا يملك أجلاً للوفاء إلا في حالة استثنائية، هي حالة الوفاء غير المباشر، فقد يستفيد الحامل من الفترة الواقعة

⁽⁶⁷⁰⁾ LEPLAT Frédéric, op cit, p.6.

⁽⁶⁷¹⁾ أحمد سفر، مرجع سابق، ص 93.

⁽⁶⁷²⁾ صفوان حمزة إبراهيم عيسى، مرجع سابق، ص 247.

⁽⁶⁷³⁾ سمير عبد السمیع الأودن، مرجع سابق، ص 51.

⁽⁶⁷⁴⁾ محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص 132.

بين تاريخ الشراء وتاريخ إرسال الفواتير للجهة المصدرة، وهذا عكس ما هو الحال عليه بالنسبة لبطاقة الائتمان، التي توفر تسهيلات ائتمانية للحامل لسداد مدفوعاته⁽⁶⁷⁵⁾.

ج-3-3- بطاقة ضمان الشيك

تعرف بطاقة ضمان الشيك (carte de garantie de cheque) بأنها " بطاقة يتعهد بموجبها البنك أو الجهة مصدرة البطاقة للحامل، بأن يضمن سداد الشيكات المسحوبة من قبله على هذا البنك، وفقا لشروط تلك البطاقة والتي تحتوى على اسم العميل وتوقيعه ورقم حسابه والحد الأقصى الذي يتعهد البنك الوفاء به"⁽⁶⁷⁶⁾. ويفهم من ذلك أن هذه البطاقة تصدر خصيصا لمهمة ضمان الوفاء بالشيك، وتصدرها البنوك لعملائها ليقدموها عند دفع مستحقاتهم، بشيكات مسحوبة على البنك لتأكيد أن الشيك ستصرف قيمته عند تقديمه للبنك، ولو لم يكن رصيد العميل يسمح بذلك، ويتعين أن يضع العميل رقم البطاقة على ظهر الشيك حتى يستطيع المستفيد الإستفادة من هذا الضمان.

تختلف بطاقة ضمان الشيك عن بطاقة الائتمان في أن هذه الأخيرة تضمن الوفاء بقيمة السلع والخدمات، التي تحصل عليها حامل البطاقة من التجار المتعاقدين مع الجهة المصدرة، والتي تقوم بسداد المبلغ المطالب به من الحامل لاحقا، وهذا ما يجعل الائتمان هو العنصر الأساسي في هذه البطاقة، بينما بطاقة ضمان الشيك تضمن الوفاء بقيمة شيك مسحوب من الحامل لأي شخص، وليس فقط للتجار المتعاقدين مع الجهة المصدرة، وإذا رفض البنك المسحوب عليه الوفاء بسبب تجاوز الحد الأقصى المتفق عليه أو عدم وجود

⁽⁶⁷⁵⁾ عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، 113.

⁽⁶⁷⁶⁾ بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 93.

رصيد، مما يجعل المسؤولية الجنائية للحامل قائمة لتوافر أركان جريمة إصدار الشيك بدون رصيد⁽⁶⁷⁷⁾.

2- النقود الإلكترونية

أفرزت بيئة التجارة الإلكترونية وسائل تعد مبتكرة في الأداء المالي والوفاء الإلكتروني، لتتلاءم مع ما تتطلبه هذه البيئة من السرعة وأمان في الأداء، وتعتبر النقود الإلكترونية من الوسائل الحديثة التي أفرزتها التكنولوجيا المتقدمة للعمليات المصرفية⁽⁶⁷⁸⁾.

أ- تعريف النقود الإلكترونية

قد استخدم الفقهاء مصطلحات مختلفة للتعبير عن مفهوم النقود الإلكترونية، ومثال ذلك العملة الرقمية أو النقدية الإلكترونية أو نقود الانترنت أو نقود الشبكة، كما اختلفوا كذلك في تحديد مفهوم النقود الإلكترونية، فعرفها البعض منهم بأنها "سلسلة الأرقام التي تعبر عن قيم معينة تصدرها البنوك التقليدية أو البنوك الافتراضية لمودعها، ويحصل هؤلاء عليها في صور نبضات كهرومغناطيسية، على بطاقة ذكية وعلى الهارد درايف (Hard-Drive) ويستخدمها هؤلاء لتسوية معاملاتهم التي تتم إلكترونياً"⁽⁶⁷⁹⁾.

انتقد هذا التعريف بسبب تركيزه أساساً على الجوانب الفنية للنقود الإلكترونية، متجاهلاً بذلك للجوانب الهامة في تعريفها، كالجانب القانوني الذي يساعد على وضع قواعد قانونية تتولى تنظيمها.

⁽⁶⁷⁷⁾ DJOUDI Jamel, op cit, p.7.

⁽⁶⁷⁸⁾ صالح محمد حسني محمد الحلاوي، "دراسة تحليلية لدور النقود الإلكترونية في التجارة الإلكترونية والعمليات المصرفية"، بحث مقدم إلى مؤتمر "الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون"، بحوث المؤتمر، المجلد الأول، كلية الشريعة والقانون، في الفترة من 10 - 12 ماي 2003، ص 246.

⁽⁶⁷⁹⁾ عدنان إبراهيم سرحان، مرجع سابق، ص 283، علاء التميمي، مرجع سابق، ص 405.

عرفها التوجيه الأوروبي الصادر في عام 2009 والخاص بإصدار النقود الإلكترونية بأنها "قيمة نقدية مخزنة بطريقة إلكترونية على وسيلة إلكترونية أو مغناطيسية، وتمثل ديناً على مصدرها، وتصدر في مقابل إيداع أصول، في إطار عمليات الوفاء المنصوص عليها في الفقرة الخامسة من المادة الرابعة من التوجيه الأوروبي رقم 2007/64/CE، ومقبول كوسيلة للوفاء بواسطة شخص طبيعي أو معنوي غير المؤسسة التي أصدرتها" (680).

ويلاحظ من هذا التعريف أنه جاء بشكل موسع ليشمل بذلك كل وسائل الدفع الإلكترونية، مما يثير الغموض وعدم الدقة، وهذا ما دفع البنك المركزي الأوروبي الذي انتقد بدوره هذا التعريف، لاقتراح تعريف للنقود الإلكترونية حيث عرفها بأنها "مخزون إلكتروني لقيمة نقدية على وسيلة إلكترونية، يستخدم بصورة شائعة للقيام بمدفوعات لمتعهدين غير من أصدرها، دون الحاجة إلى وجود حساب بنكي عند إجراء الصفقة وتستخدم كأداة محمولة مدفوعة مسبقاً" (681).

لعل التعريف الدقيق للنقود الإلكترونية الذي يمكن أن نقترحه، هو أنها "وحدات نقدية مخزنة على وسيلة إلكترونية مدفوعة مسبقاً وغير مرتبطة بحساب بنكي، ومقبول كوسيلة للدفع من غير من قام بإصدارها، تحفظ وتتداول بين المتعاملين بها إلكترونياً".

ب- أنظمة النقود الإلكترونية

تختلف أنظمة الدفع بواسطة النقود الإلكترونية، عن بعضها البعض كون أن بعض هذه الأنظمة تستعمل للدفع عبر شبكة الانترنت، والتي تدار بواسطة برنامج للحاسب الإلكتروني، وتتطلب عملية تداول وحدات النقد الإلكتروني بين الطرفين تدخل المصدر (البنك) لاعتمادها، وتسمى هذه الطريقة النقود الإلكترونية السائلة، أما البعض الآخر فيستعمل داخل

(680) ROCHFELD Judit, POILLOT Elise, op cit, p.211.

(681) محمد إبراهيم محمود الشافعي، مرجع سابق، ص 147.

الشبكة وخارجها، حيث يتم تداول النقد الإلكتروني بين الأطراف دون تدخل البنك، وتكون هذه النقود مدمجة في بطاقة بلاستيكية، وتسمى هذه الطريقة محفظة النقود الإلكترونية.

ب1- النقود السائلة الرقمية

يمثل هذا النوع من النقود قيمة مفترضة ناتجة عن تسجيل القيمة الحقيقية لنقود حقيقية لدى مؤسسة مالية، وتستخدم في الأداء المالي للمقابل بعد تسجيلها وتخزينها على وسائط إلكترونية⁽⁶⁸²⁾، وبمعنى أدق هي وحدات إلكترونية محفوظة على الحاسوب الشخصي للتعامل أو على شبكة الانترنت، حيث تقوم هذه الطريقة على آليات دفع مختزنة القيمة أو يكون الدفع فيها قد سبق تسديد قيمته نقداً، تمكن من إجراء عملية الدفع من خلال استخدام الحاسب الآلي وشبكة الانترنت (on-line)، ويفترض أن يكون للتعامل لدى البنك حسابان أحدهما بالعملة العادية والآخر بالعملة الإلكترونية⁽⁶⁸³⁾، ويحق له أن يحول أية قيمة من حسابه بالنقود العادية إلى حسابه بالنقود الإلكترونية، ويتم برمجة الحساب المتضمن للعملة الإلكترونية تحت سيطرة ومراقبة التعامل الإلكتروني، فإذا ما أراد أداء أية قيمة أو الوفاء بمقابل أية سلعة أو الخدمة جاز له ذلك⁽⁶⁸⁴⁾، عن طريق تحويل هذه القيمة من حسابه الإلكتروني إلى حساب التاجر المعني، الذي يفترض فيه أن يكون هو الآخر إلكترونياً، ويكون للتاجر الخيار بين طلب تحويل النقود الرقمية إلى نقود عادية بقيمتها الحقيقية أو أن يضعها في حسابه الخاص بالوحدات الرقمية⁽⁶⁸⁵⁾.

(682) JOLY Cathie-Rosalie, op cit, p.31.

(683) عدنان إبراهيم سرحان، مرجع سابق، ص 285.

(684) عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص 405.

(685) محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 332-333، عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص 405-404.

يلاحظ أن هذا النظام يسمح بانتقال النقود الإلكترونية من شخص لآخر، على أن كل عملية الوفاء بالتزامات العميل تجاه التاجر، تقتضي توثيق البنك لصلاحية حساب النقود الإلكترونية الخاص بالعميل⁽⁶⁸⁶⁾.

ب2- محفظة النقود الإلكترونية

يمكن تعريف محفظة النقود الإلكترونية بأنها "وسيلة تستخدم لدفع أو تسوية المعاملات عبر شبكة الإنترنت، وتتكون هذه الوسيلة من كارت بلاستيكي مثبت عليه من الخلف كمبيوتر صغير، مزود بذاكرة إلكترونية تسمح بتخزين معلومات وقوى شرائية في صور وحدات إلكترونية تصلح للوفاء بالديون قليلة القيمة"⁽⁶⁸⁷⁾.

تقوم فكرة محفظة النقود الإلكترونية⁽⁶⁸⁸⁾ على استخدام أجهزة الذاكرة الإلكترونية لتخزين القيمة، من أجل الاستخدام النهائي في المدفوعات المتكررة والمنخفضة القيمة وأن عملية التخزين تتم على البطاقات البلاستيكية⁽⁶⁸⁹⁾، التي تحتوي على معالج صغير تستخدم لتخزين مبلغاً، من النقود مدفوعاً مسبقاً ومتعددة الاستعمالات عبر شبكة الانترنت أو في نقاط البيع التقليدية، بشرط وجود قارئ إلكتروني مناسب للبطاقة وتأخذ هذه البطاقات أشكال متعددة⁽⁶⁹⁰⁾، وأبسط هذه الأشكال، هي البطاقات التي يسجل عليها القيمة النقدية الأصلية والمبلغ الذي تم إنفاقه، ومن أمثلتها البطاقات الذكية، كما يمكن أن تكون عملية التخزين على القرص الصلب للحاسوب الشخصي، ليقوم العميل باستخدامها متى يريد من خلال شبكة

(686) علاء التميمي، مرجع سابق، ص 418 وما بعدها.

(687) شريف محمد غنام، "محفظة النقود الإلكترونية رؤية مستقبلية"، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الفترة بين 10-12 مايو 2003، المجلد 1، ص 105.

(688) أصبحت محفظة النقود الإلكترونية الأكثر شهرة في أوروبا واليابان والولايات المتحدة وبشكل خاص لدى طلبة الجامعة والمدن الجامعية، حيث تستخدم هذه المحفظة في حرم الكلية أو الجامعة وذلك للدفع الإلكتروني لدى آلات البيع والتصوير والحسابات المحمولة وخدمات الطعام والرسوم ومحلات الكتب، وحتى لدى التجار المحليين والمستقلين الذين هم خارج الحرم الجامعي.

(689) EL BADWI Lamia, op cit, p.330.

(690) صالح محمد حسني محمد الحملاوي، مرجع سابق، ص 245.

الإنترنت، وعلى كل حال يقوم البنك العامل عبر شبكة الإنترنت بإصدار النقود الإلكترونية وذلك مقابل حساب بالنقود العادية⁽⁶⁹¹⁾.

في الحقيقة، القيمة المخزنة هي عبارة عن محفظة جيب إلكترونية وعلى غرار محفظة النقود التقليدية، كلما قام المشتري بعملية شراء يتم خصم الثمن من محفظة نقوده الإلكترونية لتضاف إلى محفظة نقود الإلكترونية للتاجر، ثم يقوم هذا الأخير بعد ذلك بإيداع هذه القيمة لدى البنك الإلكتروني الذي يتعامل معه، وعلى أساس الوحدات الإلكترونية التي تم استلامها، فإن بنك التاجر يقوم بتسجيل القيمة في الحساب الدائن للتاجر، كما يمكن للتاجر أن يحتفظ بهذه الوحدات في محفظته، على أن يقوم باستعمالها في تسوية معاملات أخرى⁽⁶⁹²⁾.

⁽⁶⁹¹⁾ شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 110.

⁽⁶⁹²⁾ محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 335.

الباب الثاني

الحماية القانونية في نطاق التجارة الإلكترونية

شهدت التجارة الإلكترونية تطوراً كبيراً فرضته الطبيعة البشرية وأشكال التجارة والاستثمار والاستهلاك، الذي ينمو باستمرار مما يسمح للمستهلكين الاختيار بحرية تامة السلعة التي يريدونها، هذه المستجدات خلفت تحديات جديدة للتجارة الإلكترونية، تتمثل في البحث عن قواعد قانونية تضمن حسن تنظيمها، وزيادة الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، وهذه الحماية تتعلق أساساً بحماية المستهلك والإثبات ومدى حجية التوقيع الإلكتروني، فضلاً عن مسألة القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية.

يتطلب لإرساء حماية قانونية فعالة وموضوعية للمستهلك الإلكتروني، الإستناد على قوانين حازمة وقابلة للتطبيق في البيئة الإلكترونية، التي تعرف مجموعة من المخاطر نظراً لطبيعة هذه التجارة التي تتم عن بعد، دون رؤية كل من طرف لأخر، كما لا يرى المستهلك السلعة محل التعاقد إلا بالتسليم بعد تمام العقد، بالإضافة إلى ذلك المخاطر التقنية والتكنولوجية. هذا فضلاً عما يتطلبه حماية المحرر الإلكتروني من حيث المضمون والتوقيع الإلكتروني الذي أصبح العمل به أمراً واقعاً تتزايد أهميته يوماً بعد يوم كما فرض هذا النوع من التوقيع نفسه في ظل انتشار وازدهار التجارة الإلكترونية، وهو الأمر الذي حدا بالمشروع الجزائري وكذا في العديد من الدول إلى تنظيم التوقيع الإلكتروني، وذلك بهدف حل المشاكل القانونية التي بدأت تفرض نفسها بقوة في مجال إثبات عقود التجارة الإلكترونية، ولإضفاء نوع من الثقة والحماية للمتعاقدين، ومواكبة ركب التطور التقني في مجال الاتصالات والمعلومات (الفصل الأول).

تكمّن مشكلة منازعات التجارة الإلكترونية في أنها تتم في الغالب بين أطراف تختلف جنسيتهم وأماكن إقامتهم، وأن القواعد التقليدية لتنازع القوانين عجزت عن استيعاب الحالات المتشعبة، والتي لم تأت على ذكرها أصلاً مما يدفع إلى الإحالة والإسناد عند عدم معرفة القانون الواجب التطبيق، وفي هذا الاتجاه ظهرت قواعد موضوعية ومادية بديلة قادرة على

حل منازعات التجارة الإلكترونية، وكذلك قامت المنظمات الدولية والمؤسسات على إيجاد العديد من الوسائل الجديدة الفعالة، التي ساهمت في إعداد قوانين وعقود نموذجية موحدة تتناسب مع متطلبات التجارة الإلكترونية، لتسوية المنازعات على شبكة الإنترنت، أدت إلى خطوات عملية في سبيل تنظيم التجارة الدولية الإلكترونية، وكان التحكيم الإلكتروني من أهم الآليات الحديثة لنظر المنازعات التي ترتبط بالتجارة الإلكترونية (الفصل الثاني).

الفصل الأول

حماية عقود التجارة الإلكترونية

تقوم العقود التقليدية الخاضعة للقواعد العامة على أساس التوازن العقدي في الحقوق والالتزامات الناتجة عن العقد، الأمر الذي يمكن القول معه بأن كل من الطرفين قد حصل على مقابل لما حصل عليه الآخر من ميزة في بنود أخرى، وبالتالي يحقق التوازن العقدي بنشوء عقد نتيجة مفاوضات حرة عادلة، وترتب عليه آثار عادلة نتيجة التوازن بين الحقوق والالتزامات الطرفين.

مع شيوع استخدام الإنترنت في إبرام العقود الواردة على السلع والخدمات، والتي يدخل في طرفيها بائع محترف كمتن متخصص في عمليات الإنتاج والتسويق، ومشتري أو مستهلك ضعيف تنقصه غالبا الخبرة والدراية، فقد تنبعت الكثير من التشريعات الحديثة إلى ضرورة خلق التوازن في العلاقات التعاقدية المبرمة عبر وسائل الاتصال الحديثة حيث يتأثر المشتري بوسائل الدعاية والإعلام المتطورة، ما يدفعه إلى التعاقد دون مناقشة شروط العقد الأمر الذي يستدعي البحث عن أساس لحماية المستهلك، الذي لا يعرف مضمون العقد بشكل كاف في ظل التعقيدات، التي تحيط بمجال التعاقد عبر الإنترنت إذا أخذنا بعين الاعتبار، مدى استخدام الشركات والمشروعات للتقنيات الحديثة كوسيلة للتعاقد، لهذا يجب التضييق من أعمال مبدأ سلطان الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية لتوفير الحماية للمستهلك الإلكتروني من باب أولى (المبحث الأول).

كما واكب كذلك شيوع استخدام تكنولوجيا التقنيات الحديثة في إبرام التصرفات القانونية ثمة تغييرات في كثير من المفاهيم، كمفهوم الكتابة والتوقيع والمحرر، إذ وجدت هذه التقنيات أشكالاً جديدة للكتابة والتوقيع والمحرر، صبغت جميعها بالطابع الإلكتروني، ونظرا لأهمية هذه العناصر في إبرام التصرفات التي تتم عبر شبكة الإنترنت، وتشجيعا للتجارة الإلكترونية التي تتصف بصفات وخصائص، قد لا تتوافر في التجارة التقليدية كالسرعة وتوفير المال والوقت والجهد، تضافرت الجهود الدولية والإقليمية والوطنية على إصدار تشريعات تعترف بحجية هذه الأشكال المبتكرة بذات الحجية المقررة للكتابة والتوقيع التقليديين، مما يجعلها من الأدلة المقبولة أمام القضاء (المبحث الثاني).

المبحث الأول

حماية المستهلك الإلكتروني

يشهد العالم حالياً العديد من التطورات السريعة والمتلاحقة في مجال التقدم الصناعي والتكنولوجي، مما أدى إلى ظهور العديد من المنتجات والخدمات، على اختلاف أنواعها وقد ساعدت وسائل الاتصال الحديثة، في الترويج لهذه المنتجات والخدمات عبر شبكة الإنترنت وغيرها من الوسائط الإلكترونية، ما أدى إلى الازدياد المستمر لعدد المستهلكين عبر الإنترنت، مع تزايد الضغوط على المستهلك لمحاولة جذبهم وإغرائهم، بالدخول إلى عالم التجارة الإلكترونية، وقد أصبح المستهلك عرضة للتلاعب بمصالحه ومحاولة غشه وخداعه، وذلك راجع إلى صعوبة التحقق من مدى مطابقة، المنتجات وقت اقتنائها من على الشبكة مباشرة لعدم تمكن المستهلك، من الاتصال المادي بالسلعة قبل شرائها بل يتم ذلك استناداً إلى عرض أوصاف المنتج أو نموذج مصور له عبر شاشة الحاسوب⁽⁶⁹³⁾.

إن الطبيعة الخاصة لعقود التجارة الإلكترونية التي يتم التعاقد فيها عن بعد تنشأ علاقة بين مستهلك من جهة، ومحترف من جهة أخرى وهذه العلاقة الناشئة بين الطرفين تكون في الغالب غير متكافئة، كون أن المستهلك في نطاق التجارة الإلكترونية يعتبر الطرف الضعيف، مقارنة بالمحترف الذي يتمتع بمركز القوة من حيث القدرة الاقتصادية والخبرة وهذا ما يستوجب الاهتمام بحماية المستهلك الإلكتروني، لإعادة التوازن إلى العلاقات التعاقدية بين المستهلكين والمحترفين⁽⁶⁹⁴⁾.

ونظراً للمخاطر الكثيرة التي تنطوي عليها العملية الاستهلاكية في جميع مراحلها وبصفة خاصة في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني، فإنه يجب التفكير للوصول إلى الآليات

⁽⁶⁹³⁾ خليف مريم، "الالتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية"، دفا تر السياسة والقانون، العدد الرابع، جامعة تيزي وزو، جانفي 2011، ص 204.

⁽⁶⁹⁴⁾ موفق حامد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية "دراسة مقارنة"، مكتبة السنهوري، بغداد، 2011، ص 10.

اللازمة لبسط حماية فعالة للمستهلك الإلكتروني، كون أن هذه المخاطر والمشاكل التي تقع على المستهلك، في ظل التجارة الإلكترونية قد أخذت أحجاما هامة، ورغم ذلك لا زال المشرع في الدول النامية عامة، وفي الجزائر على وجه الخصوص متخلفا بشكل عام عن اللحاق بركب التقنيات الرقمية الحديثة في ميدان حماية المستهلك.

كذلك الشأن بالنسبة للتشريعات الخاصة بحماية المستهلك عن بعد في الدول الأوروبية، التي يكتنفها الكثير من الثغرات القانونية التي تستوجب إعادة النظر فيها لتحقيق الانسجام فيما بينها⁽⁶⁹⁵⁾، كون أن العلاقة التعاقدية في التجارة الإلكترونية هي علاقة عابرة للدول، تتضمن في غالب الأحيان عنصرا أجنبيا، ولا تتلاءم مع الكثير من القواعد القانونية التقليدية في هذا المجال⁽⁶⁹⁶⁾.

باعتبار أن حماية المستهلك واجبة على شبكة الإنترنت، فإن تشريعات التجارة الإلكترونية يجب أن تتضمن نصوصا صارمة، بهدف حماية مصلحة المستهلك الإلكتروني الذي هو في حاجة إلى حماية خاصة في عقود التجارة الإلكترونية⁽⁶⁹⁷⁾.

لذلك سنتناول هذه الحماية القانونية من خلال التعرض إلى أهم المواضيع المتعلقة بحماية المستهلك الإلكتروني، وذلك من خلال دراسة التزام المهني بالإعلام للمستهلك المتعاقد عن بعد (المطلب الأول)، على أن نتعرض لحق المستهلك الإلكتروني في العدول عن العقد المبرم عن بعد (المطلب الثاني).

⁽⁶⁹⁵⁾ LOLIVIER Marc, « Droit de la consommation : quel cadre juridique pour l'europe ? » Gazette du palais, 16 mai 2002, n° 136, p.9.

⁽⁶⁹⁶⁾ عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 12.

⁽⁶⁹⁷⁾ رغم تمكين التجارة الإلكترونية المستهلك من توفير الوقت والمال ومن تفادي حركة المرور ومنحه حرية الاختيار فإنها مازالت تشكو نقائص متمثلة، في كون المستهلك عاجزا عن فحص البضاعة ومعاينتها وجهله تماما لهوية المهني وهو ما من شأنه أن يولد إشكالا، في صورة يحدث نزاع في المعاملات التجارية المتسمة بطابعها الدولي، كل هذا يجعل من حماية المستهلك مسألة متأكدة لتنمية التجارة الإلكترونية، ولم يجمع الفقهاء على بعض المشاكل التي تطرحها مسألة حماية المستهلك في التجارة الإلكترونية، فالبعض يعتبر أن القواعد الكلاسيكية قادرة على حل هذه المشاكل حين يرى البعض الآخر ضرورة سن قواعد خاصة "ثورية" أكثر ملائمة لهذا النوع من التجارة.

المطلب الأول

التزام المهني بإعلام المستهلك الإلكتروني

تكمن أهمية توفير الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني في وقايته من مخاطر ما يقتنيه من منتجات وخدمات، وإعلامه وتبصيره حتى لا يقع في فخ الغش والاحتيال، كون أن المستهلك في علاقته مع المحترف - الطرف الذي يقع عليه الالتزام بالإعلام - يسعى للحصول على السلع والخدمات التي يحتاجها، وقد تتطوي هذه العلاقة على اختلال التوازن بسبب حالة الضعف المسيطرة، على المستهلك لمصلحة المحترف الذي يتمتع بالخبرة والحنكة مقارنة بالمستهلك الإلكتروني، لذا دعت الضرورة أن نتعرض للالتزام المهني بالإعلام والتبصير للمستهلك حتى يكون على بينة من أمره، قبل الإقدام على التعاقد في نطاق التجارة الإلكترونية، وقبل الخوض في تفصيل ذلك نرى أنه من الضروري كذلك التعرف أولاً على المستهلك والمهني أطراف علاقة عقد التجارة الإلكترونية.

الفرع الأول

المقصود بالمستهلك والمهني في إطار عقود التجارة الإلكترونية

البحث في موضوع حماية المستهلك الإلكتروني يقتضي منا تحديد الشخص المعني بالحماية، وهو المستهلك والطرف الآخر المقابل له وهو المهني، وقبل التطرق لتعريف أطراف عقد التجارة الإلكترونية سنحاول تعريف عملية الاستهلاك التي هي ضرورة يمارسها كافة أفراد المجتمع فهم يعتبرون في عداد المستهلكين.

عرف رجال الاقتصاد عملية الاستهلاك على أنها "آخر العمليات الاقتصادية التي تخصص لإشباع الحاجات"⁽⁶⁹⁸⁾. أما رجال القانون فيرون بأن الاستهلاك هو "التصرف

(698) خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 21.

القانوني الذي يبرمه المستهلك للحصول على السلع والخدمات التي تشبع احتياجاته الشخصية أو العائلية⁽⁶⁹⁹⁾.

ولما كان الاستهلاك ضرورة يمارسها المجتمع ولا ينصرف إلى فئة أو طبقة أو مجموعة معينة، فيستوي إذن بالنسبة للمستهلك أن يتعاقد على سلع لقضاء حاجاته الشخصية أو لعائلته أو للحصول على خدمات، سواء كانت مادية كالنقل أو مالية كالتأمين أو خدمات فكرية كالعلاج أو الاستشارات القانونية.

أولاً: تعريف المستهلك الإلكتروني

يتوقف تحديد نطاق حماية المستهلك في التجارة الإلكترونية على تعريف مفهوم المستهلك الإلكتروني، الذي يعتبر مصطلح مستحدث لا يختلف في أساسه عن مفهوم المستهلك التقليدي، إلا من حيث الوسيلة الإلكترونية التي يستخدمها المستهلك في مجال معاملات التجارة الإلكترونية، وهذا يعني أن المستهلك الإلكتروني يتمتع بنفس الحماية القانونية المخولة للمستهلك العادي.

كما تعتبر كذلك كلمة مستهلك حديثة العهد بالنسبة للغة القانون كون أنه لفظ يشاع في علم الاقتصاد، إلا أنه دخل لغة القانون نتيجة لاتجاه أنظار رجال القانون لحمايته، مما أثار جدالاً واسعاً في تحديد مفهوم المستهلك، إذ يتنازع هذا المفهوم اتجاهان أحدهم ضيق والآخر واسع.

1- التعريف الضيق للمستهلك الإلكتروني

يعرف أنصار الاتجاه الضيق المستهلك على أنه "الشخص الذي يقوم بالتصرفات القانونية اللازمة لإشباع حاجاته الشخصية والعائلية، ويخرج من ذلك كل من يبرم التصرفات

(699) سمير عبد السميع الأودن، مرجع سابق، ص 118.

لأغراض المهنة أو الحرفة"⁽⁷⁰⁰⁾. كما يعرفون المستهلك بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي، يبرم عقدا لتلبية احتياجاته الشخصية والعائلية ولا تدخل في نطاق تجارته أو مهنته"⁽⁷⁰¹⁾.

وفقا لهذا المعنى، فالمستهلك هو ذلك الشخص الذي يبرم عقودا مختلفة من شراء وإيجار وغيرها، من أجل توفير ما يحتاج إليه من سلع ومواد وخدمات وأغذية وأدوية لإشباع حاجاته الضرورية والكمالية الآنية والمستقبلية، دون أن تكون لديه نية المضاربة بهذه الأشياء عن طريق إعادة تسويقها، كما هو الحال بالنسبة للمنتج أو الموزع (التاجر) ودون أن تتوفر لديه القدرة الفنية لمعالجة هذه الأشياء وإصلاحها⁽⁷⁰²⁾.

اتجه أغلب الفقه إلى تبني الاتجاه الضيق بهدف استبعاد الشخص الذي يتعاقد لأغراض مهنية، من نطاق الحماية المقررة للمستهلك وقصر هذه الحماية على من يتعاقد لأغراض شخصية أو عائلية، فأساس هذه الحماية هو عدم التكافؤ بين المهني والمستهلك بسبب ضعف الأخير، مما يستوجب ضرورة حمايته لبناء الثقة وتأسيس علاقة عقدية أكثر توازنا بين المهني والمستهلك.

ومن بين التشريعات التي قدمت تعريفا ضيقا للمستهلك، نجد قانون حماية المستهلك المصري رقم 27 لسنة 2006 في المادة الأولى التي جاء نصها كما يلي "كل شخص تقدم إليه إحدى المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية، أو العائلية، أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص"⁽⁷⁰³⁾.

(700) عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، منشورات حلي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 19.

(701) كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 36.

(702) المرجع نفسه.

(703) خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 28.

كما أقدمت العديد من التوجيهات الأوروبية الصادرة عن الإتحاد الأوروبي المتعلقة بحماية المستهلك، بوضع تعريف للمستهلك سارت كلها في الاتجاه المؤيد لتضييق فكرة المستهلك الذي يستفيد من الحماية التشريعية.

عرف المستهلك في التوجيه الأوروبي رقم 97/7/CE الصادر في 20 مايو 1997 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد في المادة 2/2 منه بأنه "كل شخص طبيعي يتصرف لإشباع حاجات لا تدخل في إطار نشاطه المهني"⁽⁷⁰⁴⁾.

كذلك عرف التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 الصادر في 8 يونيو 2000 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، في المادة الثانية البند (e) المستهلك بأنه "كل شخص طبيعي يبرم تصرفا يتعلق بأغراض لا تدخل في إطار نشاطه المهني أو التجاري"⁽⁷⁰⁵⁾.

يلاحظ أن هذا التعريف هو نفس التعريف المقدم في توجيه رقم 97/7/CE الخاص بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد، مع إضافة عبارة "أو التجاري" التي لم تأتي بالجديد كون أنه لا يوجد فرق بين النشاط المهني والتجاري، باعتبار أن كل من يتعاقد من أجل نشاطه المهني أو التجاري لا يعد مستهلكا، ويلاحظ كذلك أن التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 قد قصر مفهوم المستهلك على الشخص الطبيعي فقط دون الشخص المعنوي.

لم يحرص المشرع الفرنسي على وضع تعريف للمستهلك رغم أنه يعد من أول المشرعين الذين اهتموا بحماية المستهلك، وأصدر من أجل ذلك العديد من القوانين، إلا أنه لا نجد أي تعريف للمستهلك في القانون الفرنسي، خاصة عند وضعه للتشريع الخاص بتنظيم التعاقد عن بعد، تاركا التعريف للفقه وأحكام القضاء.

⁽⁷⁰⁴⁾ Article 2-2, directive 97/7/CE : « "consommateur" : Toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle. »

⁽⁷⁰⁵⁾ Article 2, e), directive 2000/31/CE « "consommateur" : toute personne physique agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commercial. »

وقد اتجه موقف القضاء الفرنسي الحديث إلى تبني في بعض الأحكام الاتجاه الضيق إذ نجد على سبيل المثال، أن محكمة النقض الفرنسية⁽⁷⁰⁶⁾ رفضت اعتبار التاجر مستهلكا بالنسبة لعقد توريد المياه الخاصة بمحله التجاري، ورفضت تطبيق نص المادة 1/132 من قانون الاستهلاك، والخاصة بالشروط التعسفية على هذا العقد لوجود صلة مباشرة بين العقد ونشاط التاجر.

2- التعريف الواسع للمستهلك الإلكتروني

بمقتضى الاتجاه الموسع⁽⁷⁰⁷⁾ أراد بعض الفقه توسيع دائرة الحماية القانونية المقرر للمستهلكين، لتشمل المهني في بعض تعاقداته التي لا تتصل بصفة مباشرة مع نشاطه المهني أو التجاري، وذلك بتعريف المستهلك على أنه "كل من يبرم تصرفا قانونيا من أجل استخدام المال أو الخدمة في أغراضه الشخصية أو في أغراضه المهنية"⁽⁷⁰⁸⁾.

يفهم من هذا المعنى، أن المستهلك يشمل كل شخص يقوم بتصرف قانوني من أجل استخدام السلع أو الخدمات، لاستخدامه الشخصي أو المهني، أي أن المهني قد يكون شخص طبيعيا أو معنويا سواء كان تاجرا أو غير تاجر، يتعاقد مع أحد المهنيين سواء لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية، أو لاستعماله في مهنته بشرط أن يكون محل العقد المبرم بينهما لا يدخل في إطار اختصاصه المهني.⁽⁷⁰⁹⁾

⁽⁷⁰⁶⁾ Cass. 1^{re} civ, 17 juillet 1996, JCP, 1996, II, 22747.

⁽⁷⁰⁷⁾ أول من نادي بالتوسع في مفهوم المستهلك هو الرئيس الأمريكي Kennedy عام 1962 بأنه لا توجد طبقتان من المواطنين "كلنا مستهلكون" وأن كل شخص طبيعي له صفة المستهلك في مناسبات عديدة من وجوده، حتى لو كان يمارس من ناحية أخرى نشاطا مهنيا فتكون له لأعمال أخرى صفة المستهلك. نقلا عن : كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 39.

⁽⁷⁰⁸⁾ عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص 19.

⁽⁷⁰⁹⁾ فلاح فهد العجمي، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، فلسطين، 2011، ص 50.

ورغبته في مد الحماية إلى المهني، وضع المشرع التونسي تعريفا موسعا للمستهلك في القانون رقم 92/117 الصادر بتاريخ 7 ديسمبر 1992 المتعلق بحماية المستهلك إذ عرفه بأنه "الطرف الذي يشتري منتوجا لغرض استهلاكه"⁽⁷¹⁰⁾.

يعاب على هذا التعريف أنه تنقصه الدقة لكونه لم يحدد معاني المصطلحات التي استعملها، فمثلا مصطلح "الطرف" الوارد في التعريف يمكن أن يدل على الشخص الطبيعي أو المعنوي أو كليهما معا. ولعل هذا النقص الوارد في تعريف المشرع التونسي يرجع إلى عدم وجود مصادر قانونية، يعتمد عليها في ذلك الوقت باعتبار أن المشرع التونسي قد سبق نظيره الأوروبي والفرنسي، اللذين لم يضعوا قانونا ينظم القواعد التي تكفل حماية المستهلك إلا بعد مرور سنة تقريبا، حيث قدم التوجيه الأوروبي رقم 93/13 بشأن الشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلك تعريفا ضيقا للمستهلك وذلك في نص المادة الثانية⁽⁷¹¹⁾.

كما عرف مشروع قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر في 26 يوليو 1993 المستهلكين بأنهم "الأشخاص الذين يحصلون أو يستعملون المنقولات أو الخدمات للاستعمال غير المهني". ورغم ذلك صدر القانون في صيغته النهائية خاليا من أي تعريف للمستهلك⁽⁷¹²⁾، وهذا ما جعل القضاء الفرنسي قبل سنة 1993 يتوسع في مفهوم المستهلك، حيث اتجهت محكمة النقض الفرنسية⁽⁷¹³⁾، إلى إصباح صفة المستهلك على المهني، الذي يبرم تصرفا تجاريا يتعلق بتجارته، ولكن خارج نطاق تخصصه الدقيق فإنه يتشابه مع المستهلك عديم الخبرة والتجربة. فتاجر العقارات مثلا ليست لديه خبرة كافية عند التعاقد على شراء جهاز الحاسوب، ومن ثم يستوجب الأمر الاستفادة من نصوص قانون حماية المستهلك، في مواجهة الشروط التعسفية الصادر في 10 يناير 1987 وهو ما يمثل المرحلة

⁽⁷¹⁰⁾ أنظر الفصل 2/د من قانون حماية المستهلك التونسي، وهو متاح على الموقع التالي:

www.ashrfmshrf.com/wp/?p=190

⁽⁷¹¹⁾ كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 32.

⁽⁷¹²⁾ نقلا عن: خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 27.

⁽⁷¹³⁾ Cass. 28 Avril 1987 - bull. Civ - n° 134 - Dalloz - 1987 - somm. P.455.

الأولى للقضاء الفرنسي، التي سبقت الإشارة إليها إلا أن هذا الاتجاه تغير منذ عام 1993 ليتجه القضاء الفرنسي⁽⁷¹⁴⁾ إلى تضيق مفهوم المستهلك، وذلك بغرض استبعاد المهنيين من الحماية التي قررها القانون للمستهلك على الأشخاص.

أمام هذا التباين في التضيق أو التوسيع، في تعريف المستهلك فإن المشرع الجزائري لم يورد، أي تعريف في أول قانون يخص حماية المستهلك الذي صدر سنة 1989⁽⁷¹⁵⁾، لكن تدارك الأمر في المرسوم 90-39⁽⁷¹⁶⁾ المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش في المادة 2 فقرة 9 حيث عرف المستهلك على أنه " كل شخص يقتني بئس أو مجانا منتوجا أو خدمة للاستهلاك الوسيط أو النهائي، لسد حاجياته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به".

نلاحظ من هذا التعريف أن المشرع الجزائري قد وقع في تناقض عند تعريفه للمستهلك، فمن جهة وسع في تعريف المستهلك عندما اعتبر المستهلك الوسيط، من بين الأشخاص الخاضعين لقانون الاستهلاك، مع العلم أن الاستعمال الوسيط هو استعمال سلعة لتصنيع سلعة أخرى، ومن جهة أخرى يشير في نفس الفقرة إلى أن الغرض من الاستهلاك هو سد الحاجات الشخصية أو العائلية، والتي تضم حاجات الحيوان أيضا وهذه الأخيرة تعد أغراض غير مهنية.

ورغبته لتدارك التناقض الذي وقع فيه المشرع الجزائري، قدم تعريف للمستهلك في القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية⁽⁷¹⁷⁾، في المادة 3 فقرة

⁽⁷¹⁴⁾ Cass. Com14 mars 2000, 2000- n° 8, p.10.

⁽⁷¹⁵⁾ قانون رقم 89-02 مؤرخ في 7 فبراير 1989 يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، جريدة رسمية عدد 06، صادر بتاريخ 8 فبراير 1989 (ملغى).

⁽⁷¹⁶⁾ جريدة رسمية عدد 5، صادر بتاريخ 31 يناير 1990.

⁽⁷¹⁷⁾ قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 41، صادر بتاريخ 27 يونيو 2004.

2 على الشكل التالي "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني".

كما قدم تعريفا آخر في القانون رقم 03-09⁽⁷¹⁸⁾ المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الذي عرف المستهلك في نص المادة 3 فقرة 1 بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به".

نستنتج مما تقدم أعلاه أن المشرع الجزائري أخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك، وذلك بقصر هذا المفهوم على الشخص الذي يتعاقد من أجل الاستهلاك الشخصي أو العائلي دون الشخص الذي يتعاقد من أجل نشاطه المهني أو الحرفي أو التجاري.

ثانيا: تعريف المهني

يمكن تعريف المهني بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يظهر في العقد الإلكتروني مع المستهلكين في دولة أو عدة دول، إذن المهني هو الشخص الطبيعي الذي يطلق عليه اسم التاجر والشخص المعنوي كالشركات⁽⁷¹⁹⁾.

بالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أن المشرع لم يتطرق إلى تعريف المهني في القانون رقم 89-02 الصادر في 07/02/1989 المتضمن القواعد العامة لحماية المستهلك⁽⁷²⁰⁾، لكن نجد أنه قدم تعريفا للمتدخل، ويقصد به المهني في القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وذلك في نص المادة 3 فقرة 8 التي عرفته على أنه

⁽⁷¹⁸⁾ قانون رقم 03-09 مؤرخ في 25 فيفري 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 15، صادرة بتاريخ 8 مارس 2009.

⁽⁷¹⁹⁾ SEIDOWSKY Oswald, op cit, p.193.

⁽⁷²⁰⁾ جريدة رسمية عدد 6، صادر بتاريخ 8 فبراير 1989 (ملغى).

"المتدخل: كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك"⁽⁷²¹⁾.

كذلك نصت المادة 3 فقرة 2 من القانون رقم 08-12 المتعلق بالمنافسة على أن "المؤسسة: كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج والتوزيع أو الخدمات أو الاستيراد"⁽⁷²²⁾.

أما المادة 3 فقرة 2 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، فإنها تنص على أنه "عون اقتصادي: كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسست من أجلها"⁽⁷²³⁾.

كما تناول في المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 الصادر في 15/09/1990 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات حيث تنص على ما يلي: "المحترف هو منتج، أو وسيط الوسيط أو حرفي أو تاجر أو مستورد أو موزع وعلى العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته، في عملية عرض المنتج أو الخدمة للاستهلاك"⁽⁷²⁴⁾.

من خلال سردنا لمختلف التعريفات التي جاء بها المشرع الجزائري لاحظنا أنها تتشابه فيما بينها باعتبار المهني محترفاً، في المجال الذي يباشر فيه نشاطه، كما أن المشرع لم يفرق بين المنتج والموزع والوسيط، واعتبرهم متدخلين في عملية عرض المنتج الأمر الذي، يجعل مصطلح "المتدخل" الوارد في قانون حماية المستهلك وقمع الغش

⁽⁷²¹⁾ جريدة رسمية عدد 15، صادر بتاريخ 8 مارس 2009.

⁽⁷²²⁾ قانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 يونيو 2008، يعدل ويتم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 والمتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 36، صادر بتاريخ 20 يوليو 2008.

⁽⁷²³⁾ جريدة رسمية عدد 41، صادر بتاريخ 27 يونيو 2004.

⁽⁷²⁴⁾ مرسوم تنفيذي رقم 90-266 مؤرخ في 15 سبتمبر 1990 يتعلق بضمان المنتجات والخدمات، جريدة رسمية عدد 40 صادر بتاريخ 19 سبتمبر 1990 (ملغى).

مصطلحا عاما يدخل تحت غطاءه، كل من قام بدور في العلاقة الإنتاجية من مرحلتها الأولى إلى غاية وضع المنتج للاستهلاك.

كما يلاحظ كذلك أن المحترف وفقا للتعريفات المقدمة أعلاه يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا، يمارس نشاطا تجاريا بهدف الحصول على الربح، وليس بهدف الاستعمال الشخصي أو العائلي للمنتج أو الخدمة.

الفرع الثاني: مضمون الالتزام بالإعلام للمستهلك الإلكتروني

يلتزم مقدمي السلع والخدمات بإعلام المستهلك من أجل أن يكون المستهلك على بينة من أمره، قبل الإقدام على التعاقد وحتى لا يفاجأ بشرط كان لا يبرم العقد لو عرفه مسبقا، لذا أصبح التزام المهني بإعلام المستهلك - خاصة في عقود التجارة الإلكترونية- من أحد أبرز الآليات القانونية، في مجال حماية المستهلك بصفة عامة، وهذا ما يستوجب التعرض للمفهوم القانوني للإعلام ثم نتبعه بدراسة جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام.

أولا: مفهوم الإعلام الإلكتروني

يجد الالتزام بالإعلام أساسه في أن العقد الذي يبرم بين المهني والمستهلك هو عقد غير متوازن، بسبب عدم التكافؤ في المعلومات المتعلقة بالعقد⁽⁷²⁵⁾، لذلك وجب الالتزام بالإعلام، حتى يقوم العقد على أساس من التكافؤ في المعلومات، وذلك كوسيلة لحماية الطرف الضعيف بسبب نقص المعرفة.

(725) خلوي (عنان) نصيرة، الحماية القانونية للمستهلك عبر الإنترنت "دراسة مقارنة"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 16.

1- المقصود بالالتزام بإعلام المستهلك الإلكتروني

يهدف الإعلام إلى جعل الشخص الموجه إليه في وضع يمكنه من تدبر أمره واتخاذ قراره، دون معاونة ممن وجه إليه الإعلام، وبذلك استقر الفقه والقضاء على إلزام المهني بإعلام المستهلك، بكافة البيانات والمعلومات اللازمة بالنسبة للعقد المراد إبرامه في ضوء توافر شروط وضوابط معينة.

وعرف بعض الفقه الالتزام بالإعلام على أنه "الالتزام يقع على عاتق التاجر الإلكتروني أو مقدم الخدمة، الذي يتعاقد مع المستهلك من خلال الوسائل الإلكترونية الحديثة بمقتضاه يخبر المستهلك بشخصه وبياناته التجارية، وبكافة البيانات الجوهرية المتعلقة بالعقد والتي بناء عليها يتخذ المستهلك قراره بالإقدام على التعاقد أو عدم التعاقد بناء على إرادة حرة مستنيرة"⁽⁷²⁶⁾.

عرفه جانب آخر بأنه "الالتزام قانوني سابق على إبرام العقد الإلكتروني، يلتزم بموجبه أحد الطرفين الذي يملك معلومات جوهرية، فيما يخص العقد المزمع إبرامه بتقديمها بوسائل إلكترونية في الوقت المناسب، وبكل شفافية وأمانة للطرف الآخر الذي لا يمكنه العلم بها بوسائله الخاصة"⁽⁷²⁷⁾.

كما بين المشرع الجزائري بوضوح في قانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁽⁷²⁸⁾ إلزامية إعلام المستهلك، فيما يخص العقود العادية دون الإلكترونية، حيث تنص المادة 17 على أنه "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأي وسيلة أخرى مناسبة".

⁽⁷²⁶⁾ كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 280.

⁽⁷²⁷⁾ صفوان حمزة إبراهيم عيسى، مرجع سابق، ص 298.

⁽⁷²⁸⁾ جريدة رسمية عدد 15، صادر بتاريخ 8 مارس 2009.

يتضح من التعريفات السابقة أن مقتضيات الالتزام قبل التعاقد بالإعلام تستدعي قيام المهني المقبل على التعاقد، بالإعلام للمستهلك عن البيانات والمعلومات الضرورية حول تفاصيل العقد المزمع إبرامه، مع المستهلك ليكون هذا المستهلك على بينة وبصيرة من أمره وهو بصدد إبرام العقد.

2- محل الالتزام بإعلام المستهلك الإلكتروني

من أهم المعلومات الواجب تقديمها للمستهلك تلك المتعلقة بتحديد هوية المهني وكذلك المعلومات المتعلقة، ببيان الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة، إذ أن كلا من طرفي العقد الإلكتروني في مكان بعيد عن الآخر، فضلا عن أن السلع المعروضة على شبكة الإنترنت، لا يستطيع المستهلك معاينتها على طبيعتها والتأكد من سلامتها وملائمتها لاحتياجاته الشخصية⁽⁷²⁹⁾.

أ- تحديد هوية المهني

ينشأ التعاقد عن بعد بين المهني والمستهلك على شبكة الإنترنت وينفذ دون النقاء طرفيه جسديا وجها لوجه، وإن كان ذلك يوفر مبدئيا على المستهلك مشقة الانتقال، إلا أنه عدم معرفة شخصية المهني الذي يتعامل معه قد يثير قلق المستهلك، وقد تحد من إقباله على التعاقد، لذا يعد من الأهمية بمكان تحديد هوية المهني الذي يقبل على التعاقد معه حتى يتوفر عنصرا الأمان والثقة للمستهلك، ويكون على بينة من أمره وهو ما جعل الكثير من القوانين تحرص على إلزام المهني بتقديم البيانات الخاصة به للمستهلك الإلكتروني⁽⁷³⁰⁾.

⁽⁷²⁹⁾ فريد عبد المنعم جبور، حماية المستهلك عبر الإنترنت ومكافحة الجرائم الإلكترونية "دراسة مقارنة"، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص 14.

⁽⁷³⁰⁾ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ص 139-140.

ونجد في مقدمة هذه القوانين القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر عن اليونيسترال⁽⁷³¹⁾، الذي ينص في المادة الأولى من الفصل الأول على وجوب إدخال البيانات الكاملة للمهني التي تساعد على تحديد هويته، وقد ذكرت على الشكل التالي:

- اسم الشركة،
- عنوان الشركة،
- رقم السجل التجاري ورقم القيد المهني (إن وجد).
- ضريبة القيمة المضافة وأي أرقام ضريبية أخرى.
- رقم الهاتف و الفاكس، و عنوان البريد الإلكتروني أو الموقع على الشبكة.

وقد وضع التوجه الأوروبي رقم 97/7/CE المتعلق بحماية المستهلك عن بعد الصادر في 20 مايو 1997، في نص المادة 1/4⁽⁷³²⁾ إلزاماً على المهني بأن يقوم بإعلام المستهلك في الوقت المناسب، وقبل إبرام العقد بهويته والعنوان في حالة اشتراط الدفع المسبق.

كما أشار التوجيه الأوروبي رقم 2000/21 الصادر في 8 يونيو 2000 بشأن بعض الجوانب القانونية لخدمات شركة المعلومات، في العلاقة بين المهنيين والمستهلكين في مادته الخامسة، إلى وجوب العمل على أن توفر المواقع الموردة للخدمات ضمن نطاق مجتمع المعلومات، وصولاً سهلاً ومباشراً ومتوصلاً إلى المعلومات الأساسية "كالاسم الكامل والعنوان وعنوان البريد الإلكتروني ورقم التسجيل في السجل التجاري ورقم ضريبة القيمة المضافة... إلخ"⁽⁷³³⁾.

⁽⁷³¹⁾ أنظر المادة الأولى من قانون الأنسيترال بشأن المعاملات الإلكترونية.

⁽⁷³²⁾ Article 4-1, a), directive 97/7/CE : « En temps utile avant la conclusion de tout contrat à distance, le consommateur doit bénéficier des informations suivantes : a) identité du fournisseur et, dans le cas de contrats nécessitant un paiement anticipé, son adresse. »

⁽⁷³³⁾ صفوان حمزة إبراهيم عيسى، مرجع سابق، ص 300.

كما وضع قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر في 26 جويلية 1993 التزاما مشددا على عاتق المهني، بتحديد هويته في الوقت المناسب وقبل إبرام العقد⁽⁷³⁴⁾، وقد جاء ذلك في نص المادة 4-1-111.L وهو النص الجديد المعدل المرسوم رقم 301/2016 المؤرخ في 14 مارس 2016، الذي يلزم المهني الكشف على البيانات الآتية "اسم بائع السلعة أو مقدم الخدمة، رقم هاتفه وعنوانه، و إذا تعلق الأمر بشخص معنوي: مركز أعماله، واسم المنشأة المسؤولة على العرض إذا كان العنوان مختلفا"⁽⁷³⁵⁾.

بالإضافة إلى ذلك، أكد المشرع الفرنسي في القانون الخاص بالثقة في الاقتصاد الرقمي رقم 575/2004 الصادر في 21 يونيو 2004، في نص المادة 1/19 على ضرورة وجود بيانات إلزامية لإعلام المستهلك، تقع على عاتق التاجر أو المهني في التعاملات الإلكترونية، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا⁽⁷³⁶⁾، وعلى هذا الأخير تقديم معلومات

⁽⁷³⁴⁾ PASSA Jérôme, op cit, p.38.

⁽⁷³⁵⁾ Article L.111-1-4-5-6 code consommation (Dernière modification : 1 octobre 2016) : « 4- Les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte, ainsi que, s'il y a lieu, celles relatives aux garanties légales, aux fonctionnalités du contenu numérique et, le cas échéant, à son interopérabilité, à l'existence et aux modalités de mise en œuvre des garanties et aux autres conditions contractuelles. La liste et le contenu précis de ces informations sont fixés par décret en Conseil d'Etat. » voir le site :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565>

⁽⁷³⁶⁾ Article 19 LCEN : « Sans préjudice des autres obligations d'information prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur, toute personne qui exerce l'activité définie à l'article 14 est tenue d'assurer à ceux à qui est destinée la fourniture de biens ou la prestation de services un accès facile, direct et permanent utilisant un standard ouvert aux informations suivantes :

- 1- S'il s'agit d'une personne physique, ses nom et prénoms et, s'il s'agit d'une personne morale, sa raison sociale ;
- 2- L'adresse où elle est établie, son adresse de courrier électronique, ainsi que son numéro de téléphone ;
- 3- Si elle est assujettie aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de son inscription, son capital social et l'adresse de son siège social ;
- 4- Si elle est assujettie à la taxe sur la valeur ajoutée et identifiée par un numéro individuel en application de l'article 286 ter du code général des impôts, son numéro individuel d'identification ;
- 5- Si son activité est soumise à un régime d'autorisation, le nom et l'adresse de l'autorité ayant délivré celle-ci ... »

واضحة للمستهلك الاحتمالي تتعلق بهويته (اسمه، محله التجاري، بريده الإلكتروني، وقيده بالسجل التجاري....)⁽⁷³⁷⁾.

يلاحظ أن أحكام قانون الاستهلاك الفرنسي مع النصوص المضافة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 2001/741، لا تختلف عن المبادئ والأحكام العامة للتوجيه الأوروبي رقم 97/7/CE، فيما يتعلق بالتزام المهني بإعلام المستهلك بشأن التعاقد عن بعد فيما يتعلق بتحديد هوية المهني.

ومن بين القوانين العربية التي أشارت إلى ذلك نجد قانون تنظيم التجارة الإلكترونية التونسي لسنة 2000، الذي يشير في الفصل 25⁽⁷³⁸⁾، إلى وجوب قيام البائع في المعاملات التجارية الإلكترونية، بتوفير جملة من المعلومات للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة وميسرة قبل إبرام العقد من بينها هوية البائع أو مسدي الخدمات وعنوانه وهاتفه.

ب- وصف المنتج أو الخدمة

تقرض القواعد الخاصة بحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية المهني بتقديم كافة البيانات والمعلومات، اللازمة لمساعدة المستهلك للاختيار بين السلع والخدمات المعروضة التي يرغب التعاقد حولها، ذلك أن المستهلك الإلكتروني لا يتصل اتصالاً مادياً بالسلع التي يرغب في الحصول عليها، وإنما قد يكتفي المهني بعرض صور للسلعة على الموقع الإلكتروني، وهذه الصور لا تمكن بطبيعة الحال المستهلك برؤية السلعة بصفة فعلية

⁽⁷³⁷⁾ نبيل محمد أحمد صبيح، "حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية (دراسة مقارنة)"، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثانية والثلاثون، كلية الحقوق، جامعة الكويت، يونيو 2008، ص 209.

⁽⁷³⁸⁾ راجع الفصل 25 من قانون المبادلات التجارية الإلكترونية التونسي، مرجع سابق.

إلا بعد استلامها، ومن ثم يلعب الإعلام دورا كبيرا في تحديد الخصائص الأساسية للسلع والخدمات المعروضة بدقة ودون غموض⁽⁷³⁹⁾.

وضعت معظم التشريعات التزاما على عاتق المهني بضرورة إعلام المستهلك الإلكتروني بوصف السلع والخدمات محل التعاقد، ووفقا لنص المادة 4-1 من التوجيه الأوروبي رقم 97/7/CE التي تنص على ضرورة إعلام المستهلك بالخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة، وذلك في الوقت المناسب قبل إبرام العقد، أين يتعين على المهني أن يبين الهدف التجاري من العرض، عما إذا كان مجانيا بقصد الدعاية والإعلان ويجب أن يظهر على شاشة العرض إجراءات الدفع والتسليم والتنفيذ⁽⁷⁴⁰⁾. كما أوجب نفس التوجيه، على المهني تأكيد المعلومات المتعلقة بخصائص السلعة أو الخدمة سواء كان ذلك كتابة أو بأية وسيلة أخرى متاحة، ويكون لها صفة القابلية للاستمرار ويسهل الوصول إليها بالنسبة للمستهلك⁽⁷⁴¹⁾.

⁽⁷³⁹⁾ عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني "دراسة مقارنة"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009، ص 58.

⁽⁷⁴⁰⁾ Article 4-1), directive 97/7/CE : « 1- En temps utile avant la conclusion de tout contrat à distance, le consommateur doit bénéficier des informations suivantes :

- a) identité du fournisseur et, dans le cas de contrats nécessitant un paiement anticipé, son adresse ;
- b) caractéristiques essentielles du bien ou du service ;
- c) prix du bien ou du service, toutes taxes comprises ;
- d) frais de livraison, le cas échéant ;
- e) modalités de paiement, et livraison ou d'exécution ;
- f) existence d'un droit de rétractation, sauf dans les cas visés à l'article 6 paragraphe 3 ;
- g) coût de l'utilisation de la technique de communication à distance, lorsqu'il est calculé sur base autre que le tarif de base ;
- h) durée de validité de l'offre ou du prix ;
- i) le cas échéant, durée minimale du contrat dans le cas de contrats portant sur la fourniture durable ou d'un périodique bien ou d'un service.

⁽⁷⁴¹⁾ GRANIER Thierry, op cit, paragraphe 15, p. 9.

أكد التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 الصادر في 8 يونيو 2000 في المادة 10-1⁽⁷⁴²⁾، على ضرورة تزويد المستهلك بمعلومات واضحة ودون غموض قبل إبرام العقد.

أما عن قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 949 لسنة 1993 الذي نص في المادة 1-111 على أنه "يتوجب على كل مهني محترف، بائع للسلع أو مقدم للخدمات، قبل إبرام العقد، بأن يمكن المستهلك من التعرف على الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة"⁽⁷⁴³⁾. ويضاف إلى هذه المعلومات، تلك المتعلقة بثمن السلعة أو الخدمة، شاملا كل الضرائب والرسوم المنصوص عليها في نص المادة 113-3 من قانون الاستهلاك، المعدلة بالمرسوم 2001/741 الصادر في 23 أغسطس 2001 الخاص بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد⁽⁷⁴⁴⁾.

كما أوجبت المادة L.121-19 من نفس القانون أن يتلقى المستهلك تأكيدا لتلك المعلومات، كتابة أو على أي دعامة أخرى مستمرة توضع تحت تصرف المستهلك، وتجب أن يتم التأكيد في الوقت المناسب قبل إبرام العقد أو كحد أقصى وقت التسليم⁽⁷⁴⁵⁾.

كما أننا نجد المرسوم الفرنسي رقم 2005/648 الصادر في 6 يونيو 2005 المتعلق بتسويق الخدمات المالية عن بعد، يلقي على عاتق المهني التزاما بإعلام المستهلك في الفترة

⁽⁷⁴²⁾Article 10, directive 2000/31/CE : « Informations à fournir : 1. Outre les autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire, les États membres veillent à ce que, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, le prestataire de services fournisse au moins les informations mentionnées ci-après, formulées de manière claire, compréhensible et non équivoque et avant que le destinataire du service ne passe sa commande : a) les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat ; b) si le contrat une fois conclu est archivé ou non par le prestataire de services et s'il est accessible ou non ; c) les moyens techniques pour identifier et corriger des erreurs commises dans la saisie des données avant que la commande ne soit passée ; d) les langues proposées pour la conclusion du contrat. » ⁽⁷⁴³⁾ محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 375.

⁽⁷⁴⁴⁾ ROCHFELD Judith, op cit, p.101.

⁽⁷⁴⁵⁾ FENOUILLET Dominique, « Commerce électronique et droit de la consommation: une rencontre incertaine », Revue des contrats, n° 4, 01 octobre 2004, p.957.

السابقة على التعاقد، بكل ما يتعلق بمتعهد تقديم هذه الخدمات المالية المقترحة، وكيفية إبرام العقد وتنفيذه وإجراءات ذلك⁽⁷⁴⁶⁾.

ولقد ألزم المشرع الفرنسي كل منتج أو مقدم الخدمة عبر الوسائل الإلكترونية، أن يوفر صياغة الإيجاب باللغة الفرنسية، وتوجب المادة 2 فقرة 1 من قانون 4 أوت 1993 رقم 665 بشأن استعمال اللغة الفرنسية، المعروف بقانون (Toubon) في تحديد وتقديم وعرض وبيان طريقة الاستعمال أو الاستخدام، وفي بيان مدة وشروط الضمان أية سلعة أو منتج أو خدمة، وكذلك في الفواتير والمخالصات⁽⁷⁴⁷⁾.

بالرجوع إلى التشريعات العربية، نجد أن المشرع التونسي نص في الباب الخامس الفصل 25 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية رقم 83 لسنة 2000 إلى الالتزام ببيان مواصفات السلع والخدمات، فقد وضع على عاتق البائع التزاما ببيان طبيعة وسعر المنتج، والضمانات المقدمة وخدمة ما بعد البيع وطرق الدفع للمستهلك، بطريقة مفهومة وواضحة قبل إبرام العقد، وقد جاء ذكر هذه البيانات على سبيل المثال وليس الحصر وذلك حتى يكون بإمكان إضافة أي بيانات أخرى تحمي المستهلك، وتستوعب التطور الحاصل في هذا الميدان المستحدث⁽⁷⁴⁸⁾.

وقد تفتن المشرع الجزائري لأهمية مبدأ إعلام المستهلك بصفة عامة دون أن يشير لإعلام المستهلك الإلكتروني، وقد جسد ذلك في مجموعة من القوانين، وأول ما يمكن الإشارة إليه مبدأ إعلام المشتري بالمبيع في المادة 1/352 ق م ج⁽⁷⁴⁹⁾، كما اعتبر المشرع الجزائري

⁽⁷⁴⁶⁾ GRANIER Thierry, la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs : une rencontre entre droit de la consommation et droit financier, Bulletin joly bourse, 01 janvier 2006 n° 1, p.7.

⁽⁷⁴⁷⁾ راجع الصفحة 149 من هذه الرسالة.

⁽⁷⁴⁸⁾ راجع خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، مرجع سابق، ص 45، صفوان حمزة إبراهيم عيسى، مرجع سابق، ص 301، عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، مرجع سابق، ص 31.

⁽⁷⁴⁹⁾ تنص المادة 1/352 ق م ج على مايلي "يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه."

كتمان واقعة مؤثرة في التعاقد تدليسا تجيز للمدلس عليه إبطال العقد، وفق ما ورد في نص المادة 86 و 87 من ق م ج⁽⁷⁵⁰⁾، وهو التزام تقليدي يقضي بعدم غش المستهلك أو خداعه أو تضليله أو تغديره بالسكوت.

وبالرجوع إلى قانون 03-09 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁽⁷⁵¹⁾، نجد أن المشرع الجزائري قد تعرض في نص المادة 17 لمبدأ الالتزام بإعلام المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج، وجاء نصها كما يلي "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات، أو بأية وسيلة أخرى مناسبة". يفهم من هذا النص أن المشرع قد حدد طرق تنفيذ الالتزام بإعلام البيانات، ويكون ذلك عن طريق الوسم والعلامات أو أية وسيلة أخرى، تسمح بإظهار تلك البيانات بصورة واضحة ومفهومة تلفت نظر المستهلك.

إذا كان ذلك حقا للمستهلك التقليدي، فهو ذا أهمية كبيرة بالنسبة للمستهلك الإلكتروني الذي لا يمكن له رؤية السلع، التي يرغب في الحصول عليها رؤية مادية، وإنما قد يتم عرض صور لها على شبكة الإنترنت، وبيان صفاتها كاملة من حيث الحجم والوزن ودرجة الجودة، وإذا كان الأمر يتعلق بسلعة غير مادية، كبرامج الحاسوب الإلكتروني التي يتم تحميلها مباشرة على جهاز المستهلك، فإن وصفها يتم من خلال بيان حجم البرنامج ونظام التشغيل والتجهيزات المطلوبة لتشغيله بصورة صحيحة.

كما أن تنفيذ هذا الالتزام يتطلب بيان سعر السلعة أو الخدمة المعروضة للاستهلاك⁽⁷⁵²⁾، وفي هذا الإطار ورد النص في المادة 54 من الأمر 95-06 الصادر في 25 يناير 1995 المتعلق بالمنافسة على أن إشهار الأسعار إجباري، وقد تم إلغاء هذا

⁽⁷⁵⁰⁾ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 76.

⁽⁷⁵¹⁾ جريدة رسمية عدد 15، صادر بتاريخ 8 مارس 2009.

⁽⁷⁵²⁾ إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، الفقرة 86، ص 124.

الأمر بموجب الأمر 03-03 الصادر في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة إلا فيما يتعلق بإشهار الأسعار، وبهذا أخرج المشرع الأحكام المتعلقة بالأسعار وإشهارها من النصوص المتعلقة بالمنافسة، بغرض إفرادها بنص خاص، وبذلك صدر القانون 02-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المتعلق بالممارسات التجارية⁽⁷⁵³⁾، الذي نظم الإعلام بالأسعار، حيث ينص في مادته الرابعة على أنه "يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشروط البيع". واعتبر المشرع الإعلام بالأسعار شرطا ضروريا لتحقيق شفافية الممارسات التجارية ومن ثم حماية المستهلك.

كما تطرق المرسوم التنفيذي رقم 05-484⁽⁷⁵⁴⁾ المؤرخ في 22 فبراير 2005 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 90-367 الصادر في 10 نوفمبر 1990 المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها لوجوب الإعلام المادي للمستهلك، فالوسم وفقا للتعرف الوارد في المادة 1/2 من المرسوم التنفيذي رقم 05-484⁽⁷⁵⁵⁾، يحقق العلم للمستهلك من خلال العناصر، التي يتضمنها بأن يحتوي على كافة المعلومات اللازمة، والخاصة بالمنتج أو الخدمة، ولا يجب أن يحمل الوسم أي احتمال للشك من شأنه أن يشوش ذهن المستهلك.

إذا كان المبدأ السائد هو حرية الوسم بالنظر إلى عدم وجود نص قانوني عام يلزم المتدخل، لاسيما المنتج ببيانات إلزامية موحدة بالنسبة لجميع المنتجات⁽⁷⁵⁶⁾، فإنه بصدر القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش أصبح الوسم مقيدا، وهذا ما يستنتج من نص المادة 18 التي جاءت كما يلي "يجب أن تحرر بيانات الوسم ... باللغة

⁽⁷⁵³⁾ جريدة رسمية عدد 41، صادر بتاريخ 27 يونيو 2004.

⁽⁷⁵⁴⁾ مرسوم تنفيذي رقم 05-484 مؤرخ في 22 ديسمبر 2005، معدل ومتمم للمرسوم رقم 90-367 المؤرخ في 10 نوفمبر 1990، والمتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها، جريدة رسمية عدد 83 صادر بتاريخ 25 ديسمبر 2005.

⁽⁷⁵⁵⁾ تنص المادة 1/2 من المرسوم التنفيذي 05-484 على ما يلي: "وسم: كل نص مكتوب أو مطبوع أو كل عرض بياني يظهر على البطاقة، الذي يرفق بالمنتج أو يوضع قرب هذا الأخير لأجل ترقية البيع."

⁽⁷⁵⁶⁾ علي بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2000، ص 56.

العربية أساسا وعلى سبيل الإضافة، يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين وبطريقة مرئية مقروءة ومتعذر محوها".

كما يلزم الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بقانون التأمينات⁽⁷⁵⁷⁾ في المادة 07 والمعدل بالقانون 04/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006⁽⁷⁵⁸⁾، شركات التأمين في العقود التي تبرمها مع المستهلك (المؤمن له) أن يتم إعلامه بالشروط الهامة والأكثر خطورة لاسيما المعلومات الضرورية المتعلقة بالعقد، وأن تكون هذه البيانات واضحة ومقروءة، وغير قابلة للمحو ومحركة باللغة الوطنية⁽⁷⁵⁹⁾.

نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد لغة أجنبية بديلة، ولكنه سمح على سبيل الإضافة أن يرد الإعلام بلغات أخرى، وتعود الفائدة في إعلام المستهلك باللغة التي يفهمها في حماية المستهلك الطرف الضعيف، بأن يتجه نحو التعاقد وهو على بينة فيما يخص تعهداته المستقبلية وإجراءات التعاقد.

ثانيا: جزاء الإخلال بالالتزام بإعلام المستهلك الإلكتروني

من الصعب تحديد الجزاء المترتب على مخالفة مثل هذا الالتزام، نظرا لأن النصوص المنظمة للتعاقد عن بعد، لم تتضمن النص صراحة على أي جزاء خاص يوقع في حالة مخالفة المهني لالتزامه، قبل التعاقد بإعلام المستهلك، لذا يجب لتحديد هذا الجزاء اللجوء إلى القواعد العامة للمسؤولية عموما، فيكون للمستهلك المطالبة بإبطال العقد استنادا إلى مخالفة هذا الالتزام، والرجوع على المهني بمقتضى قواعد المسؤولية التقصيرية للمطالبة بالتعويض، عما يكون قد أصابه من ضرر بسبب عدم إعلامه على نحو صحيح.

⁽⁷⁵⁷⁾ أمر رقم 07-95 مؤرخ في 25 يناير 1995 يتعلق بالتأمينات، جريدة رسمية عدد 13، صادر بتاريخ 08 مارس 1995.

⁽⁷⁵⁸⁾ قانون رقم 04-06 مؤرخ في 20 فبراير 2006 المعدل والمتمم للأمر رقم 07-95 مؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات، جريدة رسمية عدد 15، صادر بتاريخ 12 مارس 2006.

⁽⁷⁵⁹⁾ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 81.

1- طبيعة المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالإعلام

اتفق الفقهاء على أن المسؤولية الناجمة عن الإخلال بإعلام المستهلك على أنها مسؤولية مدنية، لكن اختلفوا حول طبيعة هذه المسؤولية فيما إذا كانت مسؤولية عقدية أو تقصيرية.

يرى جانب من الفقه أن الالتزام بالإعلام ذو طبيعة عقدية وأن المسؤولية التي تنشأ عن الإخلال به هي مسؤولية عقدية⁽⁷⁶⁰⁾، وقد استند أصحاب هذا الرأي في حجتهم على نظرية الخطأ في تكوين العقد، التي قال بها الفقيه الألماني "أهرنج" وبمقتضى هذه النظرية فإن الخطأ في مرحلة التفاوض، هو خطأ عقدي يؤدي إلى تطبيق أحكام المسؤولية العقدية وقواعدها، على مرتكبه سواء ترتب على هذا الخطأ عدم انعقاد العقد أو بطلانه، وأن هذا الخطأ يرتب للمضرور حق المطالبة بالتعويض، عن الخطأ كعقد لا كواقعة مادية بافتراض وجود عقد سابق على العقد الأصلي، هو عبارة عن عقد ضمان مفترض مصدرا لهذا الالتزام⁽⁷⁶¹⁾، فضلا عن ما تيسر على المستهلك لأنه يستفيد من قواعد الإثبات في المسؤولية العقدية، فما عليه إلا أن يثبت عدم التنفيذ للالتزام بالإعلام حتى تتقرر مسؤولية المدين بالالتزام⁽⁷⁶²⁾.

كما أن القضاء الفرنسي يقضي⁽⁷⁶³⁾ بأن هذا الالتزام له طبيعة تعاقدية حتى لو كان هذا الالتزام قبل العقد وخلال إبرام العقد، فهو يرى أن أساس هذا الالتزام هو التزام بالإخلاص وحسن النية الذي يوجد في مرحلة تنفيذ العقد.

(760) محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 177.

(761) GEOFFRAY Brunaux, op cit, p.284.

(762) FENOUILLET Dominique, op cit, p.956.

(763) Cass .3^e, 11 mai 2006, RDC 2006, p.1214 et s.

يرى جانب آخر من الفقه أن المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام هي مسؤولية غير عقدية، لأنها نشأت من التزام غير عقدي والإخلال به يرتب المسؤولية التقصيرية⁽⁷⁶⁴⁾، وهو التزام مستقل عن العقد ويجب الوفاء به قبل تكوين العقد، ويستند أنصار هذا الرأي، إلى أنه ليس من المعقول أن نعتبره التزاما عقديا طالما الرضا الصحيح الذي هو أحد أركان العقد لم يوجد بعد، حيث أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد يتم في مرحلة سابقة على التعاقد، وبالتالي لا يمكن القول بنشوء الالتزام قبل نشوء مصدره فالعقد لم يبرم بعد فلا مجال للحديث عن الالتزام العقدي⁽⁷⁶⁵⁾.

نرى أن الالتزام بالإعلام يقع على المهني في عقود التجارة الإلكترونية، في مرحلة ما قبل التعاقد وفي مرحلة تكوينه أو إبرامه، ويستمر حتى بعد إبرام العقد، وفي حالة الإخلال بهذا الالتزام تنشأ المسؤولية التقصيرية، التي تقوم على الخطأ الذي ارتكبه المهني الملزم قانونا بتقديم المعلومات الكاملة للمستهلك في العقود الإلكترونية، وبذلك يدخل الالتزام بالإعلام ضمن طائفة الالتزامات غير العقدية، فهو التزام قانوني يجد أساسه في نصوص القانون التي تفرضه.

- موقف المشرع الجزائري

لم يتعرض المشرع الجزائري للمسؤولية الناتجة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام في نصوص خاصة، وهذا ما يدفعنا للبحث في أحكام المسؤولية المدنية، ولاسيما التقصيرية منها ومحاولة تطبيقها على مثل هذه المسؤولية. كون أن عدم إدلاء أحد المتعاقدين للآخر بالبيانات المطلوبة اللازمة، لتكوين رضائه السليم المتنور والمتبصر، لإبرام العقد يعتبر في حد ذاته تقصيرا يستوجب مسؤوليته قبل التعاقدية، ويستوجب التعويض عن الضرر الذي ترتب عنه وذلك وفقا ما نصت عليه المادة 124 ق م ج.

⁽⁷⁶⁴⁾ كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 284، صفوان حمزة إبراهيم عيسى، مرجع سابق، ص 306.
⁽⁷⁶⁵⁾ المرجع نفسه، ص 285.

وقد تضمن القانون المدني الجزائري بعض النصوص الهامة التي تعد في الحقيقة تطبيقاً للمسؤولية، عن الخطأ خلال المرحلة السابقة على التعاقد⁽⁷⁶⁶⁾، ومنها المادة 140 مكرر ق م ج التي استحدثها المشرع الجزائري بموجب التعديل 05-10⁽⁷⁶⁷⁾، التي تنص على مسؤولية المنتج الناتجة عن الالتزام بالإعلام، حتى يكون مسؤولاً على أي عيب في المنتج، حيث تنص على أنه "يكون المنتج مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتعاقد علاقة عقدية".

الجدير بالذكر أن المادة 124 ق م ج بعد إعادة صياغتها ضمن تعديلات 2005 أصبحت، تشترط لقيام المسؤولية عن الفعل الضار وجود الخطأ، وبالتالي يستوجب لإعمال المادة 140 مكرر، وقيام مسؤولية المنتج أن تتوفر العناصر الثلاثة التالية، وجود عيب بالمنتج، وحدث الضرر وأخيراً العلاقة السببية بين العيب والضرر، والعلاقة السببية يجب أن تكون ناتجة عن الخطأ الذي ارتكبه المنتج من جراء تقديمه لمعلومات ناقصة أو عدم تقديمها أصلاً.

غير أن الصعوبة التي تواجهها هاته العلاقة تتمثل في تعدد الأسباب التي قد تندمج ببعضها وتساهم من ثمة في وقوع الضرر، إذ يصبح من الصعب تبين العلاقة بين الضرر وبين أي من الأسباب التي أحدثته، وقد عالج المشرع الجزائري هذه المسألة أخذاً بنظرية السبب المنتج، وهو ما نلتمسه صراحة من عبارة "ناتجا" التي استعملها المشرع في نص المادة 140 مكرر ق م ج.

وبالنظر إلى عدم وجود قانون خاص بالمعاملات الإلكترونية التي تكفل حماية خاصة للمستهلك الإلكتروني، كان من الأجدر على المشرع الجزائري وخاصة بعد التعديلات التي أجراها في سنة 2009 بالنسبة لقانون حماية المستهلك، وفي عامي 2005 و 2007 بالنسبة

⁽⁷⁶⁶⁾ علي بولحية بن بوخميس، مرجع سابق، ص 83.

⁽⁷⁶⁷⁾ جريدة رسمية عدد 44، صادر بتاريخ 26 جوان 2005.

للقانون المدني، أن يحدد نظاماً قانونياً للمرحلة الممهدة لإبرام العقد النهائي خاصة فيما يتعلق بالحق في الإعلام، حتى يضمن حماية فعالة للمستهلك، كما يجب عليه أن يدخل تعديلات جديدة تنظم المعاملات، التي يجريها المستهلك عبر وسائل الاتصال الحديثة إذا ما أراد مجازاة القوانين المعاصرة، والتطور الحاصل في العقود الدولية وعقود التجارة الإلكترونية.

2- آثار الإخلال بالالتزام بالإعلام على صحة التعاقد

يفترض الجزاء على مخالفة الالتزام بالإعلام وجود عيب في الرضا، والأغلب يكون نتيجة لعيب الغلط أو التدليس، فالأول قد يؤدي إلى إيقاع المستهلك في غلط نتيجة للمعلومات المضللة، التي قدمها له أو كأثر لعدم ذكر بعض البيانات الهامة، ومن المستقر عليه هو أن الغلط الذي يعيب التراضي هو الغلط الجوهرية، وهذا في صفة الشيء وتكون هذه الصفة هي الدافع إلى التعاقد، بحيث ما كان ليبرم العقد لو لم يقع في الغلط، وفي هذه الحالة يحق للمتعاقد، الذي وقع في الغلط بسبب عدم إعلامه بهذه الصفات الجوهرية أن يطلب إبطال العقد، وذلك وفق ما نصت عليه المادة 81 ق م ج التي جاء نصها كالآتي "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط أن يطلب إبطاله".

أما التدليس فقد يكون في صورة كتمان بعض المعلومات التي يعلم المعني أهميتها بالنسبة للمستهلك، أو تزيف بعض المعلومات بهدف خداع المستهلك أو تضليله وبالتالي إذا أبرم عقد الاستهلاك وتعاقد المستهلك، بناءً على بيانات كاذبة أو غير كافية فإن هذا العقد يكون قابلاً للإبطال استناداً إلى المادتين 86 و 87 من ق م ج⁽⁷⁶⁸⁾.

كما أن الفقه الفرنسي مستقر على أن مخالفة الالتزام بالإعلام يؤدي إلى بطلان العقد، وقد أخذ كذلك القضاء الفرنسي بهذا المبدأ حيث قضت محكمة النقض بخصوص كفالة لدين مستحق لصالح أحد البنوك، بإبطال عقد الكفالة لمخالفة هذا البنك لالتزامه قبل

(768) بلحاج العربي، مرجع سابق، فقرة 60، ص 76.

التعاقدى بالإعلام، استنادا للكتمان التدليسي والمتمثل في عدم قيام البنك بالإعلام للكفيل بالوضع المالي الحقيقي للمدين، من حيث كونه مثقلا بالديون عند عدم إحاطة الكفيل بالمعلومات التي من شأنها أن تحول بينه وبين التعاقد، لذلك قررت المحكمة أن هذا التصرف من جانب البنك يتعارض ومقتضيات حسن النية، ويعد تدليسا عن طريق الكتمان ولذلك انتهت إلى بطلان الكفالة لعدم الإعلام استنادا لأحكام المادة 1116 من ق م ف. وقد يؤدي الإخلال بالالتزام بإعلام المستهلك إلى خداع المستهلك وتضليله، ولكن يكون العقد صحيحا لعدم توافر شروط الغلط والتدليس، وفي هذه الحالة يمكن للمستهلك أن يطلب التعويض عن الأضرار التي لحقت له مع الإبقاء على العقد إعمالا لقواعد المسؤولية بوجه عام⁽⁷⁶⁹⁾.

وفضلا عن ذلك قد يكون العقد قابلا للإبطال لتوافر شروط القابلية للإبطال وشروط التعويض، وعندئذ قد يرى المستهلك عدم المطالبة بالبطلان والاكتفاء بالتعويض، وقد يطالب بالبطلان دون التعويض، كما يجوز له الجمع بين الإبطال والتعويض باعتبار أن التعويض جزاء تكميلي، يلحق بالشخص نتيجة للخطأ الصادر منه، والبطلان جزاء يلحق بالتصرف القانوني ذاته، نظرا لغياب إرادة أحد طرفيه أو تخلف أحد شروطه أو أركانه.

يستوجب الذكر، أن المشرع أوجب على المهني إعلام المستهلك بحقه في الرجوع عن العقد، ووضع شروطا لممارسة ذلك الحق، ورتب عليه آثار الإخلال بهذا الالتزام، وهذا ما سنحاول تفصيله في المطلب الموالي.

⁽⁷⁶⁹⁾ كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 379.

المطلب الثاني

حق المستهلك الإلكتروني في العدول

يعتبر حق المستهلك في العدول أو الرجوع⁽⁷⁷⁰⁾ عن العقد الذي سبق إبرامه، أحد الآليات القانونية الحديثة، التي يلجأ إليها المشرع بقصد توفير حماية فعالة للمستهلك هذا الحق يمثل في الواقع خروجاً على مبدأ القوة الملزمة للعقد⁽⁷⁷¹⁾، ولعل الدافع في إعطاء هذا الحق يرجع إلى رغبة المشرع في حماية الطرف الضعيف، في المعاملات التي تتم عن بعد فبالنظر إلى عدم تحقق المساواة، واختلال التوازن بين المهني والمستهلك - الطرف الضعيف - في العلاقة العقدية⁽⁷⁷²⁾، فقد سعى الفقه والقضاء والتشريع إلى التدخل لحماية الطرف الضعيف في هذه العلاقة⁽⁷⁷³⁾، وذلك بتشديد التزامات المهني لصالح المستهلك سواء في مرحلة تكوين العقد أو في مرحلة تنفيذه، وذلك بأن فرض المشرع في بعض صور عقود التجارة الإلكترونية تأخير إبرام العقد، على الرغم من أن إرادة الطرفين المهني والمستهلك قد توافقت لإبرامه، إلا أن العقد لا يبرم وإنما لابد من مرور مدة زمنية يحددها المشرع، وعدم عدول المستهلك خلالها عن إبرام العقد لمنح الفرصة للمستهلك للتروي والتمهل - حتى بعد إبرامه - وفي هذه الحالة، بإمكان المستهلك الذي يشعر بالندم بعد إبرام العقد الرجوع في تعاقدته خلال مدة محددة فرضها المشرع بنص أمر متعلق بالنظام العام.

يقوم حق المستهلك في العدول عن التعاقد على منح المستهلك الحق في إرجاع السلعة أو رفض الخدمة، خلال مدة معينة من استلام السلعة أو من إبرام العقد بالنسبة

⁽⁷⁷⁰⁾ نشر إلى أن الكتب القانونية التي تتطرق إلى الحق في العدول أن بعضها تناولها تحت عنوان حق العدول بينما ذهبت أخرى إلى البحث عنها تحت مسميات أخرى كخيار الرجوع و الرخصة... الخ، وعلى الرغم من تعدد المسميات فإننا نرى أنها تدل على مسمى واحد، وهو تمكين المستهلك من التحلل من العقد بإرادته المنفردة.

⁽⁷⁷¹⁾ عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص 508.

⁽⁷⁷²⁾ هادي مسلم يونس البشكاني، مرجع سابق، ص 329.

⁽⁷⁷³⁾ موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 209.

للخدمة دون إبداء أية مبررات للمهني الذي يلتزم باسترداد ثمن المبيع مع تحمل المستهلك مصاريف الرجوع⁽⁷⁷⁴⁾.

وفقا لما تقدم، يستلزم الأمر لدراسة الحق في العدول عن العقد التعرض فيما يلي لمفهوم الحق في العدول، ثم نتناول نطاق الحق في العدول، وبعدها نتعرض لآثار الحق في العدول.

الفرع الأول

مفهوم الحق في العدول

نظرا لما ينطوي عليه الحق في العدول عن العقد من خطورة باعتبار أنه يشكل انتهاكا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، التي تفرض إلزامية تنفيذه على الطرفين، يقتضي منا تحديد المقصود بهذا الحق وفقا للأحكام المنظمة له وكذا بحث طبيعته القانونية.

أولا: المقصود بحق العدول

حق العدول عن العقد بمفهومه المعاصر بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية، أصبح من الحقوق الحديثة النشأة، وكان لظهورها أسباب تبرره جعلت من تشريعات دول عديدة تتجه نحو جعل هذا الحق، كأداة تشريعية تلعب دورا أساسيا في حماية المستهلكين الذين يتعاقدون في الغالب، دون إمكانية حقيقية لمناقشة شروط تعاقداتهم، ويخضعون لتأثير الإعلان وما يحمله من ضغط وحث على التعاقد، وهذه التشريعات تتعلق أساسا بالعقود التي تتم عن بعد عموما أو المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية⁽⁷⁷⁵⁾.

(774) كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 621.

(775) أيمن مساعدة، علاء خصاونة، "خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيوع المسافة"، مجلة الشريعة والقانون، العدد السادس والأربعون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، أبريل 2011، ص 159.

في هذا الإطار قرر التوجيه الأوروبي رقم 97/7/CE الصادر في 20 مايو 1997 المتعلق بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد، منح المستهلك الحق في العدول حين نص في المادة 6 فقرة 1⁽⁷⁷⁶⁾ على أنه " يملك المستهلك في كل عقد عن بعد مدة سبعة أيام عمل على الأقل للرجوع أو العدول دون جزاءات، ودون بيان السبب والمصاريف الوحيدة التي يمكن أن يتحملها المستهلك لممارسة حق العدول هي المصاريف المباشرة لرد البضائع".

إعمالاً لهذا التوجيه ولحماية المستهلك المتعاقد عن بعد من خلال وسائل الاتصال الحديثة، أقر قانون الاستهلاك الفرنسي في نص المادة 1-20-121⁽⁷⁷⁷⁾ المضافة بالمرسوم رقم 741-2001 الصادر في 23 أوت 2001 على أنه " يكون للمستهلك خلال سبعة أيام كاملة لممارسة حقه في الرجوع دون أن يلتزم ببيان الأسباب، أو دفع الجزاءات، باستثناء مصاريف الرد"⁽⁷⁷⁸⁾.

الواقع أن تقرير الحق في العدول ليس جديداً على المشرع الفرنسي، فقد كرس هذا الحق بداية، بمقتضى القانون الصادر في 13/1/1972 المتعلق بالسعي إلى المنازل بقصد إبرام الاتفاقات المالية، كما أقر بمقتضى قانون 1972/12/22 هذا الحق للمستهلك في جميع عقود البيع أو أداء الخدمات، التي تبرم على أثر السعي إلى منزله من قبل البائع أو مقدم الخدمة. وقد نص على ذات الحق بمقتضى القانون الصادر بتاريخ 10/1/1978

⁽⁷⁷⁶⁾ Article 6-1 directive 97/7/CE « Pour tout contrat à distance, le consommateur dispose d'au moins sept jours ouvrable pour se rétracter sans pénalités et sans indication du motif. Les seuls frais qui peuvent être imputés au consommateur en raison de l'exercice de son droit de rétractation sont les frais directs de renvoi des marchandises. »

⁽⁷⁷⁷⁾ Article L. 121-20-1, code de la consommation «Le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités, à l'exception, le cas échéant, des frais de retour.

Le délai mentionné à l'alinéa précédent court à compter de la réception pour les biens ou de l'acceptation de l'offre pour les prestations de services. Lorsque le délai de sept jours expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. »

بشأن حماية المستهلك في مجال بعض عمليات الائتمان، وفي القانون رقم 88-12 بتاريخ 1988/1/6 بشأن البيع عن بعد والبيع من خلال التلفزيون، منح المشرع الفرنسي للمشتري في هذا المجال الحق في العدول عن العقد خلال سبعة أيام تحسب من تاريخ تسلمه الطليبة⁽⁷⁷⁹⁾.

الجدير بالذكر، أن المادة L.121-20-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي الجديد لم تذكر إلا رد الثمن، فيما كانت المادة L.121-6 من التقنين ذاته لعام 1993 والتي كانت تتناول الموضوع ذاته، تقتضي بأن للمستهلك رد السلعة إما لاسترداد ثمنها أو لاستبدالها بأخرى لكن النص المقابل للمادة L.121-20-1 من قانون الإستهلاك الفرنسي من التوجيه الأوروبي رقم 97/7/CE لعام 1997 وهو نص المادة السادسة، والذي صدر القانون الفرنسي للتعاقد عن بعد إعمالاً له، لم يتضمن إلا حق المستهلك في إعادة السلعة واسترداد ثمنها دون ذكر إعادة بقصد استبدالها بأخرى، لذلك يمكن القول بأنه ليس بإمكان المستهلك الاختيار بعد رد السلعة بين استرداد الثمن وبين استبدال السلعة بأخرى⁽⁷⁸⁰⁾.

في ذات الاتجاه، نص المشرع التونسي في الفصل 30⁽⁷⁸¹⁾ من تشريع المبادلات والتجارة الإلكترونية على أنه "مع مراعاة مقتضيات الفصل 25 من هذا القانون، يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل تحتسب:

- بالنسبة إلى البضائع بداية من تاريخ تسليمها من قبل المستهلك.
- بالنسبة إلى الخدمات بداية من إبرام العقد.

يتم الإعلام بالعدول بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها سلفاً في العقد، في هذه الحالة يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك، في أجل عشرة أيام عمل من

⁽⁷⁷⁹⁾ نقلا عن: خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص ص 225-226.
⁽⁷⁸⁰⁾ VERBIEST Thibault, op cit, p.116.

⁽⁷⁸¹⁾ أنظر: الفصل 30 من قانون المبادلات التجارية الإلكترونية التونسي، مرجع سابق.

تاريخ إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة، ويتحمل المستهلك المصاريف الناجمة عن إرجاع البضاعة".

استناداً إلى ما تم الإطلاع عليه من النصوص القانونية التي تنظم العقود المبرمة عن بعد عموماً، وعقود التجارة الإلكترونية خصوصاً، يمكننا تعريف الحق في العدول عن عقود التجارة الإلكترونية بأنه "حق المستهلك في الرجوع عن العقد المبرم عن بعد من خلال إرجاع السلعة أو رفض الخدمة، في غضون مدة معينة يحددها القانون، دون إبداء أسباب ذلك، مع التزام المهني برد قيمتها مع تحمل المستهلك مصاريف الرد".

ثانياً: الطبيعة القانونية للحق في العدول

بالنظر إلى التشريعات التي تخول الحق في العدول عن العقد نجد أنها لم تتطرق إلى بيان طبيعته القانونية، بالرغم من أهمية تحديدها وإزاء هذا الفراغ التشريعي اختلف الفقهاء في تحديد هذه الطبيعة القانونية، لحق في العدول إلى ثلاثة آراء، حيث يرى الأول أنه حق في الخيار، ويرى الثاني أنه رخصة، فيما يرى الثالث أنه مكنة قانونية أو ما يسمى بالحق الإرادي المحض.

- **الاتجاه الأول:** يرى الرأي الأول من الفقه أن خيار العدول حق من حقوق الخيار، وهذه الحقوق لا يمكن أن تكون، إلا حقوق شخصية أو حقوق العينية، فالحق الشخصي عبارة عن علاقة بين شخصين يلتزم بمقتضاها أحدهما في مواجهة الآخر، بأداء عمل أو امتناع عن عمل⁽⁷⁸²⁾، فالدائن في الحق الشخصي إنما يتعامل مع مدينه، ويمارس حقه في مواجهته مباشرة ولكي يستوفي الدائن حقه لابد من تدخل المدين⁽⁷⁸³⁾، وهذا ما دفع بأنصار هذا الرأي إلى القول أن خيار العدول يندرج ضمن طائفة الحقوق الشخصية. انتقد هذا الرأي لسبب أن

(782) منصور حاتم محسن، "حق المستهلك في العدول"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني السنة الرابعة، جامعة بابل العرقية، كلية الحقوق، 2011، ص 54.

(783) خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 225.

من تقرر العدول لمصلحته، لا يملك السلطات التي تثبت للدائن تجاه المدين في الحق الشخصي، لأن المستهلك صاحب الحق في العدول لا يملك أية سلطة، في مواجهة المهني وكل ما يثبت له هو إمضاء العقد أو نقضه، وبذلك فلا وجود للحق الشخصي في خيار العدول.

ذهب رأي آخر من الفقه إلى اعتبار العدول حقا من الحقوق العينية، والتي تتمثل في السلطة المخولة لشخص على شيء معين، تعطي له الحق في الحصول على منفعه والتمتع به والاحتجاج به تجاه الكافة، نفس الشيء يقال على حق العدول الذي يقع على عين معينة بحيث يمارس صاحبها، سلطة مباشرة على الشيء محل التعامل يتمثل بإمكانية نقض العقد أو إمضائه⁽⁷⁸⁴⁾.

يصطدم هذا الرأي مع طبيعة الحق العيني، الذي يعرف على أنه سلطة مباشرة لشخص على شيء معين، أما حق العدول لا يتمتع المستهلك بهذه السلطة بل له فقط القدرة على إنهاء العقد، ومن ثم لا يمكن اعتبار العدول حقا عينيا.

- **الإتجاه الثاني:** هذا في الوقت الذي ذهب إليه الرأي الثاني من الفقه إلى اعتبار أن العدول عن العقد هو رخصة⁽⁷⁸⁵⁾، وتستخدم الرخصة أحيانا كمرادفة للحرية، والمقصود بالحرية في هذا المقام حرية التعاقد وحرية التملك، وبالتالي فإن الرخصة تعتبر وسيلة قانونية يستطيع بها الشخص أن يحدث آثار قانونية، كما هو الحال عليه في حق العدول.

رغم هذا التشابه الموجود بين الرخصة والعدول، لا يمكن اعتبار العدول من قبيل الرخصة أو الحرية⁽⁷⁸⁶⁾، لأنه إذا اختار الشخص التعاقد مع آخر، كان للطرف المقابل رفض

⁽⁷⁸⁴⁾ ناصر خليل جلال، الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة عن بعد، متاح على الموقع التالي:

www.lawjo.net/vb/showthread.php?33159

⁽⁷⁸⁵⁾ محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 86.

⁽⁷⁸⁶⁾ نبيل محمد أحمد صبيح، مرجع سابق، ص 216.

التعاقد وعدم الامتثال لرغبة الطرف الأول فكليهما له الحرية في التعاقد⁽⁷⁸⁷⁾، بينما نجد العكس في حق العدول عن العقد، فمتى ما استعملها المستهلك لا يكون أمام المحترف سوى الامتثال والخضوع لإرادة المستهلك⁽⁷⁸⁸⁾.

الإتجاه الثالث: ذهب الرأي الثالث - وهو الرأي الراجح - إلى القول بأن خيار العدول يخول لصاحبه أكثر من رخصة، وأدنى من الحق وهو ما ينتمي إلى طائفة من الحقوق ظهرت حديثاً تسمى بالمكنة⁽⁷⁸⁹⁾ القانونية أو الحق الإرادي المحض⁽⁷⁹⁰⁾.

يعرف الفقه القانوني المكنة على أنها " قدرة الشخص على إحداث آثار قانونية وإرادته المنفردة، وذلك بالاستناد إلى وضع قانوني خاص"⁽⁷⁹¹⁾.

على هذا الأساس، فإن الصلاحية والقدرة الممنوحة بموجب المكنة القانونية من حيث أنها تؤثر وتغير المركز القانوني، للغير من دون تدخل الأخير، وباستعمال المكنة ممن له الحق في استعمالها فإنها تنشأ رابطة قانونية أو تكسب حقاً، أو تغير حقوق أو روابط قانونية، أو تنهي علاقة قانونية موجودة.

نحن نؤيد من جانبنا، هذا الرأي لأنه الأقرب إلى الصواب لأن الحق في العدول يعتبر من أهم تطبيقات المكنة القانونية، وعلى هذا الأساس يتوقف حق العدول على محض

⁽⁷⁸⁷⁾ منصور حاتم محسن، مرجع سابق، ص ص 54-55.

⁽⁷⁸⁸⁾ محمد المرسي زهرة، المرجع نفسه، ص 88.

⁽⁷⁸⁹⁾ اختلف الفقه في تسمية المكنة القانونية أو حق الإمكان القانوني ليس فقط على صعيد الفقه العربي بل الغربي أيضاً. فقد أطلق عليه الفقيه الألماني Ennecerus حقوق الاكتساب ذلك أنها طائفة من الحقوق يترتب على استعمالها اكتساب الحقوق. وسماها كل من Seckel و Zeitelmann بالحق المنشئ Gestaltungsrecht أو حق الإمكان Recht des kannens أو حق الإمكان القانوني Recht des rechtlichen kannens. أما الفقه العربي فقد أطلق عليه الدكتور سليمان مرقس بالحق التخييري ويسمى أيضاً بالحق الترخيصي وأطلق عليه تسمية الحق المنشئ من قبل الدكتور السنهاوري، وسماه حجازي في البداية بالحق الإرادي ثم عدل عن هذا الرأي وسماه بحق الإمكان القانوني أو المكنة القانونية أو القدرة القانونية والتي تتسق مع العبارة الألمانية Recht des rechtlichen kannens. نقلاً عن: ناصر خليل جلال، مرجع سابق، هامش رقم 26، ص 346.

⁽⁷⁹⁰⁾ موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 232؛ هادي مسلم بونس البشكاني، مرجع سابق، ص 342.

⁽⁷⁹¹⁾ ناصر خليل جلال، مرجع سابق، ص 347.

إرادة المستهلك، ومن ثم فإن استعماله يتم بمجرد إرادته ومشئئته دون أن يتوقف ذلك على إرادة أي طرف آخر، فممارسة الحق الإرادي المحض وترتب آثاره يتوقف تماما على إرادة صاحبه دون أن يقابله واجب أو التزام على من يمارس هذا الحق.

الفرع الثاني

نطاق الحق في العدول

يكون للمستهلك الحق في العدول عن العقد الذي أبرمه من خلال وسائل الاتصال الحديثة، من دون أن يتعرض لجزاء ودون إبداء الأسباب وذلك خلال مدة محددة، غير أن هذا الحق ليس مطلقا، إذ لا يمكن إعماله في العديد من العقود التي تدخل في مفهوم التعاقد عن بعد وفقا للنصوص المنظمة له، ومن هنا تظهر لنا القيود الواردة على حق العدول والمتمثلة، في تحديد مدة زمنية معينة للعدول عن العقد المبرم عن بعد، وكذلك استثناء تطبيق الحق في العدول على عقود معينة.

أولا: مهلة ممارسة الحق في العدول

نظرا لأن المستهلك ليس لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة السلع والعلم بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد الذي يتم في البيئة الإلكترونية، فإنه يجب أن يتمتع بحق العدول الذي يعطي له مهلة قانونية للتفكير بالعقد، الذي أبرمه ربما على عجل وتحت ضغط إغراءات المحترف، لكن ليس من الطبيعي ترك هذه المهلة مدة طويلة، دون تحديدها قانونا لممارسة الحق في العدول، فليس من العدل أن يبقى المركز القانوني للمحترف معلقا لمدة طويلة يمكن خلالها أن يفاجأ بطلب نقض العقد.

انطلاقاً من هذه المبررات فقد أقر التوجيه الأوروبي مدة سبعة أيام عمل ليمارس المستهلك خلالها حقه في العدول، وتبين المادة السادسة من التوجيه الأوروبي تاريخ بداية الفترة (سبعة أيام عمل) مع التمييز بين السلع والخدمات وتكون بالشكل التالي:

- في حالة السلع: تبدأ هذه الفترة من اليوم الذي يستلم فيه المستهلك "تأكيد المعلومات كتابة" أو السلع تنفيذاً للالتزامات المنصوص عليها في المادة الخامسة.

- في حالة الخدمات: تبدأ هذه الفترة من اليوم الذي يتم فيه إبرام العقد أو من اليوم الذي تنفذ فيه الالتزامات المنصوص عليها في المادة الخامسة بعد إتمام العقد (أي تأكيد المعلومات كتابة)⁽⁷⁹²⁾.

إذا لم يقيم المحترف بتنفيذ التزامه بإعلام المستهلك أي تأكيد المعلومات كتابة بعد إبرام العقد في حدود المدة السابق بيانها، فإن الأجل الذي يمكن للمستهلك المتعاقد عن بعد أن يمارس خلاله حقه في العدول، عن العقد يمتد من سبعة أيام ليصبح ثلاثة أشهر ويبدأ سريانها في حالة السلع من يوم الاستلام من قبل المستهلك، أما في حالة الخدمات تسري من يوم إبرام العقد⁽⁷⁹³⁾، دون أن يبين التوجيه الأوروبي فيما إذا كانت هذه المدة الاستثنائية يتم حسابها بأيام العمل، كما هو الحال في المدة الأصلية أم يجب حسابها بالأيام الكاملة، ومن الصعب أخذ موفق في هذا الشأن، دون سند في النصوص القانونية والاجتهاد القضائي، حتى وإن كانا نرجح حسابها بأيام العمل وهي الأصل، استناداً إلى قاعدة الفرع يتبع الأصل، وحتى لا يسقط حق المستهلك في الإعلام بحقه في الرجوع .

تجدر الإشارة إلى أن ما جاء بالتوجيه الأوروبي قد أولى رعاية كبيرة بمصلحة المستهلك، وذلك عندما حدد مدة سبعة أيام عمل للعدول عن العقد، وهذا يعني إذا صادف

(792) خالد عبد المنعم إبراهيم مصطفى، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، رسالة مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2011، ص 716.
(793) كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 641.

اليوم الأخير من الأيام السبعة يوم عطلة أسبوعية أو يوم عيد أو عطلة رسمية، فإن هذه الفترة ستمتد إلى أول يوم عمل رسمي بعد انتهاء السبعة أيام المقرر⁽⁷⁹⁴⁾.

يقضي قانون الاستهلاك الفرنسي في المادة 20-121 L. المضافة بالمرسوم رقم 741-2001 بأحقية المستهلك في العدول، عن العقد المبرم عن بعد في مجال توريد السلع والخدمات⁽⁷⁹⁵⁾، وذلك في الفقرة الأولى من المادة المذكورة أعلاه التي تنص على أنه "يكون للمستهلك فترة سبعة أيام كاملة ليمارس حقه في العدول من غير أسباب جدية وبدون دفع أية جزاءات، باستثناء نفقات الرجوع، عند الاقتضاء..."⁽⁷⁹⁶⁾.

يتبين لنا من هذا النص أن للمستهلك مدة سبعة أيام كاملة (sept jours francs) لممارسة حقه في العدول ويلاحظ أن هذه المدة تختلف عن تلك التي حددها التوجيه الأوروبي وهي سبعة أيام عمل (sept jours ouvrable)، وبالتالي فإن ما جاء بالتوجيه الأوروبي أكثر رعاية لمصلحة المستهلك⁽⁷⁹⁷⁾، ذلك أن الأيام الكاملة كما حددها قانون الاستهلاك الفرنسي تشمل أيام العطل وغيرها، مما يجعل المستهلك لا يستفيد من المدة كاملة وهذا يعني إذا تضمنت فترة السبعة أيام عطلة، فإن ذلك لا يؤدي إلى انقطاع المدة ويسقط بذلك يوماً كامل من المدة المقررة للحق في العدول⁽⁷⁹⁸⁾، وقد حاول المشرع الفرنسي تدارك الأمر فنص في الفقرة الأخيرة من المادة 20-121 L. من قانون الاستهلاك على أنه "...أذا

⁽⁷⁹⁴⁾ موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 237.

⁽⁷⁹⁵⁾ PASSA Jérôme, op cit, p.39.

⁽⁷⁹⁶⁾ Article L. 121-20 Ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation « Le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités, à l'exception, le cas échéant, des frais de retour. » Voir le site : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000590436>

⁽⁷⁹⁷⁾ منصور حاتم محسن، مرجع سابق، ص 59، موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 236.

⁽⁷⁹⁸⁾ خالد عبد المنعم إبراهيم، مرجع سابق، ص 724.

انتهت مدة سبعة أيام يوم سبت أو أحد أو يوم عطلة فإن هذه الفترة تمتد إلى أول يوم عمل⁽⁷⁹⁹⁾.

يرى بعض الفقه أن تنظيم مدة السبعة أيام في القانون الفرنسي هي الأقرب إلى المنطق القانوني، وتتناسب مع خصائص التجارة الإلكترونية التي تتسم بالسرعة في إنجاز المعاملات التجارية عبر شبكة الإنترنت⁽⁸⁰⁰⁾.

أوجب المشرع الفرنسي جزاء على المحترف في حالة إخلاله بالتزامه بالإعلام اللاحق لإبرام العقد، وجعل المدة التي يمكن للمستهلك خلالها ممارسة حقه في العدول ثلاثة أشهر بدلا من سبعة أيام⁽⁸⁰¹⁾، لكن إذا تدارك المحترف الأمر وقام بإعلام المستهلك خلال مدة ثلاثة أشهر تعود مدة سبعة أيام في الظهور⁽⁸⁰²⁾، باعتبار أنها هي الأصل في ممارسة الحق في العدول، وتحتسب من تلك اللحظة التي قام فيها المحترف بتأكيد المعلومات بعد إبرام العقد⁽⁸⁰³⁾، وهذا الجزاء قرره التوجيه الأوروبي رقم 97/7/CE في المادة 1/6 الفقرة الثانية.

تناول المشرع التونسي الحق في العدول عن عقود التجارة الإلكترونية، في الفصل 30 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية، وجعل للمستهلك الحق في العدول عن البيع الإلكتروني خلال مدة عشرة أيام عمل⁽⁸⁰⁴⁾، وهذه المدة تسري من تاريخ تسلم المستهلك للسلعة إذا كان محل العقد بضائع أو سلع، ومن تاريخ إبرام العقد إذا ما كانت خدمات مع

⁽⁷⁹⁹⁾ Article L121-20 « Lorsque le délai de sept jours expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. »

⁽⁸⁰⁰⁾ PANNEAU Anne, op cit, paragraphe 16, p.7.

⁽⁸⁰¹⁾ FENOUILLE Dominique, op cit, p.958.

⁽⁸⁰²⁾ Ibid, p.959.

⁽⁸⁰³⁾ محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 291، خالد عبد المنعم إبراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص 716.

⁽⁸⁰⁴⁾ محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 89.

الإشارة أن أيام العطل لا تحسب ضمن مدة العشرة أيام، وإذا صادف اليوم الأخير عطلة رسمية امتدت المدة إلى اليوم التالي⁽⁸⁰⁵⁾.

نلاحظ أن كافة التشريعات التي أقرت للمستهلك الحق في العدول عن العقد المبرم عن بعد خلال مدة معينة، وإذا مرت هذه المدة سقط حقه في العدول، وذلك حفاظاً على استقرار المعاملات بين المستهلك الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، الذي قرر حق العدول لصالحه وبين المحترف الذي يجب أن لا يبقى مركزه القانوني معلقاً لمدة طويلة.

ثانياً: استثناء حالات معينة من حق العدول

نظراً لخصوصية الحق في العدول وطبيعته الاستثنائية فقد جعلت التشريعات الحديثة والتوجيهات الأوروبية، الخاصة بحماية المستهلك والتجارة الإلكترونية هذا الحق غير مطلق بل ترد عليه بعض الاستثناءات⁽⁸⁰⁶⁾، تمس عدداً من العقود المبرمة عن بعد لا يمكن للمستهلك أن يمارس حقه في العدول عنها إلا إذا وجد اتفاقاً على غير ذلك. وتتمثل هذه العقود التي لا يمكن العدول عنها فيما يلي:

1- عقود توريد الخدمات التي بدأ تنفيذها، بالاتفاق مع المستهلك قبل انتهاء المدة المقرر ممارسة الحق في العدول خلالها، ومبرر استبعاد مثل هذه العقود من نطاق الحق في العدول، هو كون أن هذه الخدمات تتم مباشرة عبر شبكة الإنترنت، والتي يتم تحميلها على الحاسوب الخاص بالمستهلك، قبل انتهاء مدة العدول ويعد ذلك نزولاً ضمنياً عن الحق في العدول.

2- عقود توريد السلع والخدمات التي تتحدد أثمانها وفقاً لظروف وتقلبات الأسواق المالية التي لا يمكن للمورد القدرة على مراقبتها.

(805) عيد الله ذيب عبد الله محمود، مرجع سابق، ص 126.

(806) محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 398 وما بعدها.

3- عقود توريد السلع التي تم تصنيعها وفقا لتعليمات المستهلك، أو وفقا لمواصفات حددها وفقا لطابعه الشخصي، أو تلك التي لا يمكن استعادتها نظرا لطبيعتها أو تعرضها للتلف أو الفساد بسرعة، ويعود سبب استبعاد هذه الحالة من تطبيق حق المستهلك في العود إلى طبيعة السلعة محل العقد، التي أعدت وفقا لطلب المستهلك، ولهذا يتعذر على المحترف إعادة بيعها من جديد إذا ما تم رد السلعة إليه.

4- عقود توريد التسجيلات السمعية أو البصرية أو برامج الحاسوب، عندما يتم فض الأختام عنها بمعرفة المستهلك، والهدف من منع ممارسة الحق في العود بالنسبة لهذه العقود هو المحافظة على حقوق الملكية الفكرية، الثابتة على التسجيلات والبرامج باعتبار أنها من المصنفات، التي يمكن نسخها بعد فض الأختام والاستفادة منها ثم إعادة بيعها دون دفع ثمنها.

5- عقود توريد الصحف والدوريات والمجلات، فاستعمال حق العود في هذه العقود قد يمكن المستهلك من الحصول عليها وتصفحها دون مقابل، وكما قد يستغرق وقت إعادة بيعها للتاجر صدور عدد جديد منها مما يفقد قيمتها.

6- عقود وخدمات الرهان وأوراق اليانصيب المصرح بها، لأن هذه العقود تقوم على عنصر المجازفة والمقامرة، وهذا يتناقض بطبيعة الحال مع الحق في العود عن العقد بعد إبرامه.

تم النص على هذه الاستثناءات المذكورة آنفا في التوجيه الأوروبي رقم 97/7/CE المتعلق بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد، وذلك في نص المادة 6 فقرة 3، كما قام المشرع الفرنسي بنقل هذا النص في المادة 121-20-2 من قانون الاستهلاك الفرنسي لعام 1993، وذلك بعد التعديل الذي أجراه بالمرسوم رقم 741-2001، وقد أضاف المشرع الفرنسي بعض الحالات الأخرى التي لا يكون فيها للمستهلك حق في العود⁽⁸⁰⁷⁾، وذلك

(807) محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 405.

بموجب المادة L.121-20-2 وتتضمن هذه الحالات⁽⁸⁰⁸⁾ العقود التي يكون محلها توريد سلع استهلاكية عادية، في مكان سكن أو عمل المستهلك من خلال موزعين يقومون بجولات متكررة ومنتظمة، وكذلك العقود التي يكون محلها تقديم خدمات الإقامة أو النقل أو الترفيه التي يجب أدائها في تاريخ معين، أو على فترات دورية منتظمة، ولا نجد لهذه الاستثناءات التي أضافها المشرع الفرنسي مقابل في التوجيه الأوروبي.

كما أتى المشرع التونسي في الفصل 32 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية⁽⁸⁰⁹⁾، تقريبا بنفس الاستثناءات الواردة في نص المادة L.121-20-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي، فيما عدا ما يتعلق بعقود خدمات الرهان واليانصيب، لكونها غير جائزة في القانون التونسي، وعقود توريد السلع والخدمات التي تحدد أثمانها وفق ظروف السوق نظرا لصعوبة تحديد هذه الفئة من العقود من حيث تحديد المقصود بالسوق.

ثالثا: آثار الحق في العدول

يترتب على ممارسة المستهلك لحقه في العدول التزام المهني بإعادة المبالغ التي قبضها، والتزام المستهلك برد السلعة مع تحمله مصاريف الرد في حالة ما إذا مارس حقه في العدول بعد التسليم، مع بطلان كل عقد تابع للعقد الذي تم العدول عنه، ومن هنا يظهر لنا أن هناك آثار تعود على المهني وأخرى تعود على البائع.

⁽⁸⁰⁸⁾ FRANCK Jérôme, Droit de la consommation appliqué au commerce électronique, le forum des droits sur l'internet, 31 août 2007, p.48. Voir le site :

www.lexisnexus.fr/pdf/DO/reco-conso20070831

⁽⁸⁰⁹⁾ ينص الفصل 32 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية على ما يلي "مع مراعاة أحكام الفصل 30 من هذا القانون وباستثناء حالات العيوب الظاهرة أو الخفية، لا يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في الحالات التالية: - عندما يطلب المستهلك توفير الخدمة قبل إنتهاء أجل العدول عن الشراء ويوفر البائع ذلك، - إذا تم تزويد المستهلك بمنتجات حسب خاصيات شخصية أو تزويده بمنتجات لا يمكن إعادة ارسالها أو تكون قابلة للتلف أو الفساد لانتهاء مدة صلاحيتها، - عند قيام المستهلك بنزع الأختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات والمعطيات الإعلامية المسلمة أو نقلها إليها، - شراء الصحف والمجلات."

1- آثار العدول بالنسبة للمهني

إذا قرر المستهلك العدول عن العقد، وأخطر المهني بذلك يتعين على هذا الأخير رد الثمن الذي دفعه المستهلك، كما يؤدي ذلك إلى فسخ عقد القرض الذي أبرمه المستهلك تمويلًا للعقد الذي عدل عنه.

أ- رد الثمن للمستهلك

يتمثل الآثار الجوهرية للعدول عن العقد المبرم عن بعد التزام المهني برد مقابل السلع أو الخدمة، إذ يترتب على العدول اعتبار العقد كأن لم يكن مثل البطلان تمامًا، ومن ثم فهو أثر طبيعي للعدول، حيث يلتزم المهني برد كافة المبالغ التي دفعها المستهلك⁽⁸¹⁰⁾.

هذا ما قرره المادة 2/6 من التوجيه الأوروبي رقم 97/7/CE لسنة 1997 والخاص بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد⁽⁸¹¹⁾، وقد أخذ المشرع الفرنسي بالحكم ذاته في نص المادة L.121-20-1 من قانون الاستهلاك⁽⁸¹²⁾ التي تنص على أنه "إذا بوشر حق العدول، يلتزم المهني بأن يرد دون تأجيل إلى المستهلك المبلغ المدفوع، أو على الأكثر خلال الثلاثين يوما التالية للتاريخ الذي مورس فيه هذا الحق، وينتج المبلغ المستحق فيما جاوز ذلك الفوائد بالسعر القانوني السائد تلقائيا"⁽⁸¹³⁾.

⁽⁸¹⁰⁾ محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 93.

⁽⁸¹¹⁾ Article 6-2 directive 97/7/CE: « Lorsque le droit de rétractation est exercé par le consommateur conformément au présent article, le fournisseur est tenu au remboursement des sommes versées par le consommateur, sans frais. Les seuls frais qui peuvent être imputés au consommateur en raison de l'exercice de son droit de rétractation sont les frais directs de renvoi des marchandises. Ce remboursement doit être effectué dans les meilleurs délais et, en tout cas, dans les trente jours. »

⁽⁸¹²⁾ Article L. 121-20-1 « - Lorsque le droit de rétractation est exercé, le professionnel est tenu de rembourser sans délai le consommateur et au plus tard dans les trente jours suivant la date à laquelle ce droit a été exercé. Au-delà, la somme due est, de plein droit, productive d'intérêts au taux légal en vigueur. »

⁽⁸¹³⁾ نقلا عن : كوثر سعيد عدنان جالد، مرجع سابق، ص 644.

بناء على ذلك يلتزم المهني في حالة قيام المستهلك بإرجاع السلعة أو رفض الخدمة بأن يرد المبلغ الذي سبق ودفعه المستهلك فوراً⁽⁸¹⁴⁾، وإذا لم يدفعه فوراً وتجاوز المدة المذكورة في نص المادة - وهي ثلاثين يوماً، تبدأ حسابها منذ استخدام المستهلك حقه في العدول - دون رد الثمن للمستهلك، جعل المبلغ المدفوع منتجاً للفوائد، والتي تحسب في هذه الحالة على أساس المعدل القانوني المعمول به، ويكون بصفة تلقائية بدون إخطار أو إعدار المهني⁽⁸¹⁵⁾.

الجدير بالذكر، أن المشرع الفرنسي جعل من رفض البائع رد الثمن للمستهلك مخالفة من تلك التي يتم معابقتها والتحقق منها، من قبل الجهات المنوط بها التحقيق في مجال المنافسة والاستهلاك وقمع الغش⁽⁸¹⁶⁾.

خلافًا لما قرره التوجيه الأوروبي وقانون الاستهلاك الفرنسي، فقد حدد القانون التونسي مدة عشرة أيام عمل لقيام المهني برد الثمن للمستهلك، ويكون بذلك المشرع التونسي قد رعى أكثر مصلحة المستهلك.

ب- فسخ عقد القرض التابع للعقد الذي تم العدول فيه

عند ممارسة المستهلك لحقه في العدول عن العقد وقام بإرجاع السلعة أو رفض الخدمة، يصبح العقد المبرم بينه وبين المهني وكأنه لم يكن، وينتهي كل عقد تابع له أو ملحق به، وبالتالي إذا وجد عقد قرض - وهو بذلك قد انعقد بصفة تابعة لانعقاد عقد البيع - لتمويل المعاملة التي كانت بين المستهلك والمهني⁽⁸¹⁷⁾، وبعُدول المستهلك عن العقد

⁽⁸¹⁴⁾ PASSA Jérôme, op cit, paragraphe 19, p.39.

⁽⁸¹⁵⁾ FRANCK Jérôme, op cit, pp. 64-65.

⁽⁸¹⁶⁾ موفق حماد عيد، مرجع سابق، ص 242.

⁽⁸¹⁷⁾ خالد عبد المنعم إبراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص 730.

الأصلي يؤدي ذلك حتما إلى فسخ عقد القرض التابع له، تماما كما ينقضي الرهن بانقضاء الدين المضمون بالرهن، وذلك وفق ما نصت عليه المادة من 933 ق م ج⁽⁸¹⁸⁾.

وعلى هذا الأساس نصت المادة 6-4 من التوجيه الأوروبي رقم 97/7/CE على فسخ عقد الائتمان، بدون فرض أي جزاء على المستهلك عند ممارسته لحقه في العدول، وهذا ما أخذ به كذلك المشرع الفرنسي في المادة 1-25-311 L. من المرسوم 2001/741 التي أضيفت لنص المادة 25-311 من قانون الاستهلاك لسنة 1993، والتي تنص على أنه " إذا كان الوفاء بثمن المنتج أو الخدمة، قد تم تمويله كلياً أو جزئياً 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 مصاريف، باستثناء المصاريف المحتملة لفتح ملف الائتمان"⁽⁸¹⁹⁾.

وفقا لما تضمنه التوجيه الأوروبي وقانون الاستهلاك الفرنسي، يلاحظ أن القانون التونسي في فصله 33⁽⁸²⁰⁾، قد تبني مبدأ الارتباط العقدي، بين العقد الأصلي وعقد القرض فقرر أن زوال العقد الأصلي، وهو عقد البيع يتبعه زوال العقد التابع له وهو عقد القرض.

2- آثار العدول بالنسبة للمستهلك

يترتب على ممارسة المستهلك حقه في العدول خلال المدة المقررة فسخ العقد السابق إبرامه، ويلتزم بذلك المستهلك رد السلعة أو التنازل عن الخدمة للمهني⁽⁸²¹⁾، دون أن يتحمل أية جزاءات أو مصاريف ما عدا تلك المتعلقة برد السلعة⁽⁸²²⁾.

⁽⁸¹⁸⁾ تنص المادة 933 ق م ج على ما يلي "ينقضي حق الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون، ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين، دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية كسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته".

⁽⁸¹⁹⁾ محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 406

⁽⁸²⁰⁾ ينص الفصل 33 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي "إذا كانت عملية الشراء ناتجة كلياً أو جزئياً عن قرض ممنوح إلى المستهلك من قبل البائع أو الغير على أساس عقد مبرم بين البائع والغير فإن عدول المستهلك عن الشراء يفسخ عقد القرض دون تعويض".

يعود سبب ممارسة حق العدول دون جزاءات أو مصاريف لحماية المستهلك، لأن في تحميل هذا الأخير مصاريف إضافية، سيؤدي في كثير من الحالات إلى عزوفه عن استعمال حق العدول⁽⁸²³⁾، وهذا ما ينقص من ضمانات حماية المستهلك عند إبرامه لعقد مبرم عن بعد، مما دفع ببعض الفقه إلى القول أن حق العدول وبجانب كونه حقا تقديريا فهو أيضا حق مجاني.

في هذا الصدد، نص التوجيه الأوروبي رقم 97/7/CE لعام 1997 في المادة السادسة على أن المصاريف، التي يمكن أن يتحملها المستهلك بسبب عدوله عن العقد المبرم عن بعد، هي فقط المصاريف المتعلقة برد السلعة إلى المهني، كما كرس المشرع الفرنسي هذا الحكم في نص المادة 121-20 من قانون الاستهلاك المضافة بالأمر 2001-741 الصادر في 23 أوت 2001.

تناول قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي في الفصل 30 حق المستهلك في العدول بقولها، أن للمستهلك 10 أيام عمل لممارسة حقه في العدول دون أن يتحمل أية جزاءات أو مصاريف ما عدا تلك الناجمة عن إرجاع السلعة.

نلاحظ من النصوص المذكورة أعلاه، أن حالات الرد- التي يتحمل فيها المستهلك مصاريف الإرجاع- تقتصر على السلع، دون الخدمات حيث أن الخدمة لم تؤدي بعد، كما أنه لا يوجد شيء معين يقوم المستهلك بإرجاعه.

فيما يتعلق برد السلعة فالمستهلك يتحمل فقط مصاريف الرد، ولا يجوز للمهني أن يحمله مصاريف أخرى أو مطالبته بتعويض، وفي هذا الصدد اعتبرت محكمة النقض

⁽⁸²¹⁾ FRANCK Jérôme, op cit, p.62.

⁽⁸²²⁾ خلوي (عنان) نصيرة، مرجع سابق، ص 79.

⁽⁸²³⁾ موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 244.

الفرنسية أن المشتري ليس ملزماً إلا بمصاريف الرد، باستبعاد أي مبلغ آخر ولذلك استبعدت أي مصاريف التجربة، التصحيح لمنتج تقني في الرد تضيفه شركة للبيع عن بعد⁽⁸²⁴⁾.

وفي حالة ما إذا قرر المستهلك رد السلعة لعدم مطابقتها للمواصفات أو لكون المهني لم يسلمها في الموعد المحدد، فلا يتحمل مصاريف الرد بل تقع هذه المصاريف على عاتق المهني، فضلاً عن ذلك يمكن للمستهلك، أن يطلب التعويض على ما لحقه من ضرر وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية العقدية.

المبحث الثاني

إثبات عقود التجارة الإلكترونية الإلكترونية

يعد الإثبات الوسيلة العملية التي بموجبها يحافظ الأطراف على حقوقهم ومصالحهم كما أن الإثبات يعد الأداة الضرورية، التي يعول عليها القاضي عند إظهار الحقيقة، وتعتبر الكتابة من أهم وسائل الإثبات في المواد المدنية والتجارية، لما توفره للأطراف من ضمانات لا توفرها لهم غيرها من الأدلة⁽⁸²⁵⁾، وهذه الكتابة تظهر على محرر مع توقيع الأطراف سواء اتخذ هذا المحرر الشكل الرسمي أو الشكل العرفي، لأن التوقيع على الورقة يتضمن قبول المكتوب بها واعتماد محتواها كدليل إثبات.

نتيجة لتطور التكنولوجيا الحديثة وفي ظل ثورة المعلومات والاتصالات وظهور الحاسب الآلي، وتطور الأمر أكثر فأكثر بعد انتشار الإنترنت أصبح من خلالها يتم إبرام عقود التجارة الإلكترونية، نتج عنها كذلك عدة تغييرات في كثير من المفاهيم القانونية كمفهوم الكتابة والتوقيع والمحرر⁽⁸²⁶⁾، فقد أثرت الطبيعة الإلكترونية لهذه العقود على

⁽⁸²⁴⁾ نقلاً عن: كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 648.

⁽⁸²⁵⁾ يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي "دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة"، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، (د س ن)، ص 77.

⁽⁸²⁶⁾ يوسف أحمد النوافلة، الإثبات الإلكتروني في المواد المدنية والمصرفية "دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص 15.

الوسائل التقليدية المتبعة في الإثبات، بعد أن كانت الكتابة محررة على الورق والتوقيع يتم بخط اليد أو بالبصمة أو بالختم، ظهر الإثبات بواسطة المحررات الإلكترونية واستخدام التوقيع الإلكتروني، التي تواكب التطور في مجال التجارة الإلكترونية، وأصبح إثبات المعاملات أو العقود الإلكترونية، من أهم الأمور التي يعنى بها أطراف المعاملة الإلكترونية⁽⁸²⁷⁾.

يمكن القول أن إثبات المحرر الإلكتروني من أهم الصعوبات التي تقف عائقاً أمام انتشار الثقة في التجارة الإلكترونية، حيث أثارت وسائل الاتصال الحديثة التساؤل حول مدى صحة المعاملات، التي تجرى من خلال الوسائل الإلكترونية، وما يتصل بها من حجية المحرر الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني، وذلك في ظل استخدام التقنيات الحديثة في إبرام العقود خاصة شبكة الإنترنت⁽⁸²⁸⁾.

المشكلة الحقيقية التي فرضت ضرورة إعادة النظر في المبادئ التقليدية للإثبات وخاصة، ما يتعلق منها بالتوقيع في الشكل الكتابي كانت التحول، من المحسوس إلى الرقمي ومن الدعامة المادية إلى الدعامة الإلكترونية⁽⁸²⁹⁾، حيث ظهرت دعامة جديدة تختلف عن الدعامة الورقية مما أدى إلى إدخال الشك في نفوس المتعاقدين، حول الارتباط بين التوقيع الإلكتروني والمحرر المذيل بهذا التوقيع، وبالتالي إثبات صحة ما ورد في المحرر ونسبته إلى صاحب التوقيع، الأمر الذي يحتاج إلى التحقق من صدور التصرف ممن نسب إليه، مما يستلزم وجود طرف ثالث محايد - سلطة التصديق - في العلاقة التعاقدية الإلكترونية لتوثيق التوقيع.

(827) محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص 269.
(828) عباس العبودي، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 90.

(829) TREBULLE François Guy, « La reforme du droit de la preuve et le formalisme », Les petites affiches, n° 79, 20 avril 2000, p.10.

أمام هذه التطورات الحاصلة على مستوى التجارة الإلكترونية اقتضى الأمر تحديث التشريعات، بما يتفق مع هذه المستجدات الناتجة عن تكنولوجيا الاتصال، وفي هذا الصدد اجتمعت لجنة القانون الدولي في الأمم المتحدة في عام 1997، لوضع نظام قانوني للتجارة الإلكترونية، وفي عام 2001 صدر قانون الأونسترال للتوقيع الإلكتروني⁽⁸³⁰⁾، ووضع فيه قواعد تقضي بالمساواة، في قوة الإثبات ما بين التعاقدات التقليدية والتوقيعات العادية، وبين رسائل البيانات الإلكترونية والتوقيعات الإلكترونية، وبعد ذلك صدرت مجموعة كبيرة من التشريعات الدول المختلفة التي نظمت الإثبات الإلكتروني⁽⁸³¹⁾، ومن بينها نجد التشريع الجزائري الذي قام بتطويع قواعد الإثبات، حتى تتماشى مع ما أفرزته التكنولوجيا المتقدمة حيث وسع مدلول الكتابة، لكي تشمل الكتابة والتوقيع الإلكتروني عن طريق تعديل القانون المدني بموجب الأمر رقم 10/05 وذلك بإضافة المواد 323 مكرر و 323 مكرر 1 والمادة 327 الفقرة الأخيرة، كما أصدر المشرع الجزائري مؤخرًا قانون رقم 04/15 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، متأثرًا بذلك بالقانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة.

على ضوء ذلك سنقوم بدراسة الإثبات الإلكتروني كآلية لحماية أمن المعاملات الإلكترونية من خلال مطلبين، نتعرض في الأول إلى الإعراف بالمحرر الإلكتروني كدليل كتابي، أما في المطلب الثاني سنتناول بالدراسة التوقيع والتصديق الإلكترونيين.

⁽⁸³⁰⁾ أنظر قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية صادر بتاريخ 12 ديسمبر 2001، مع دليل تشريعه،

على الموقع: <http://www.or.at/uncitral>

⁽⁸³¹⁾ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، "التوقيع الإلكتروني ومدى حجيته في الإثبات (دراسة مقارنة)"، مجلة الحقوق، ملحق العدد الثالث، السنة التاسعة والعشرون، كلية الحقوق، جامعة الكويت، سبتمبر 2005، ص 107.

المطلب الأول

الاعتراف بالمحرر الإلكتروني كدليل كتابي

يقترن مبدأ الاعتراف بالمحررات الإلكترونية بمبدأ آخر، هو مبدأ المساواة بينها وبين المحررات الورقية في الإثبات⁽⁸³²⁾، وتأتي أهمية هذا المبدأ في أنه يضيف على المحرر الإلكتروني، قيمة وحجية الإثبات باعتباره دليلاً كتابياً كاملاً يفرض نفسه على القاضي شأنه شأن المحرر الورقي، ما لم يطعن فيه بالتزوير أو بالبطلان⁽⁸³³⁾، ويأتي الاعتراف بالمحرر الإلكتروني كدليل كتابي في سياق بيان مفهومه، وتحديد الشروط التي تضمن أداء هذا المحرر لوظيفة المحرر الورقي. ولهذا سنتعرض بالدراسة لمفهوم المحرر الإلكتروني (الفرع الأول) ثم نتناول حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم المحرر الإلكتروني

يرتبط مفهوم المحرر الإلكتروني بمفهوم آخر هو الكتابة الإلكترونية، التي أصبحت لا تقتصر على الورق فقط، فقد كانت الكتابة قديماً على الحجر أو الخشب أما الكتابة الآن أصبحت تتم على المحررات الإلكترونية⁽⁸³⁴⁾، ففكرة الكتابة باقية كما هي إنما حصل التغيير على الوسيلة المستخدمة في الكتابة، وأصبح تدوين المحررات الإلكترونية يتم فيه اللجوء للوسائط الإلكترونية، من خلال ومضات كهربائية وتحويلها إلى اللغة التي يفهمها الحاسب الآلي، وتختلف الدعامة التي تتم فيها الكتابة من الأشرطة المثقبة والميكروفيلم ورسائل البريد

⁽⁸³²⁾ كثيراً ما نجد قضاة الموضوع - عندنا - يرددون جملة مشهورة، وهي أن "المحرر الرسمي حجة ما لم يطعن فيه بالتزوير" والصحيح هو أن المحرر الرسمي حجة ما لم يطعن فيه بالتزوير أو البطلان في حالة تخلف أحد شروطه.

⁽⁸³³⁾ محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2006، ص 1.

Voir aussi RAYNOUARD Arnaud, « Le droit de l'écrit électronique », Les petites affiches, n° 65, 15 avril 2001, paragraphe 02, p.15.

⁽⁸³⁴⁾ RAYNOUARD Arnaud, « Adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique », Répertoire du notariat defrénois, n° 10, 30 mai 2000, p.593.

الإلكتروني وغيرها⁽⁸³⁵⁾، التي تظهر على شاشة الحاسب الآلي أو على الدعامة المثبتة عليها، ويعني ذلك أن الكتابة في ذاتها أو الكلمات والرموز الدالة على مضمون العقد، لا بد لها من وسيط يمكن من خلاله قراءة هذه الكتابة وفهمها، وهذا الوسيط هو ما يحتوي الكتابة ويشكل بذلك محرر يفرغ فيه مضمون التصرف القانوني، ويظهرها للعيان ويحفظها بحيث يمكن الرجوع إليها كلما دعت الضرورة⁽⁸³⁶⁾.

من هذا المنطلق، أورد المشرع الفرنسي تعريف واسع للإثبات عن طريق الكتابة ليشمل إضافة إلى الكتابة الخطية الكتابة الإلكترونية⁽⁸³⁷⁾، وأي شكل آخر يظهر في المستقبل، وقد نصت المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي⁽⁸³⁸⁾ على أن " الإثبات الخطي، أو الإثبات بالكتابة ينتج عن تتابع للحروف، للعلامات، للأرقام وأي إشارات أو رموز أخرى ذات دلالة مفهومة من الآخرين، أي كان نوع الدعامة التي تقع عليها، وأيما كانت طريقة نقلها".

وقد اكتفى المشرع المصري بتقديم تعريف ضيق للكتابة الإلكترونية، دون أن يقدم تعريف واسع - مثلما فعل نظيره الفرنسي - يستوعب الكتابة على الدعامة الورقية والكتابة على الدعامة الإلكترونية، وهذا ما نستشفه من نص المادة 1/أ من قانون رقم 15 لسنة 2004 بشأن التوقيع الإلكتروني التي عرفت الكتابة الإلكترونية على أنها "كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك"⁽⁸³⁹⁾.

(835) يوسف أحمد النوافلة، مرجع سابق، ص 60.

(836) خالد عبد التواب عبد الحميد، "تطور مفهوم الدليل الإلكتروني في ضوء التقنيات الحديثة (دراسة مقارنة)"، مجلة البحوث الأمنية، العدد 44، كلية الملك فهد الأمنية، الرياض، نوفمبر 2009، ص 185.

(837) TREBULLE François Guy, op cit, p 11.

(838) Article 1316 code civil : « La preuve littérale ou par écrit résulte d'une suite de lettre, de caractères, de chiffres ou de tous autre signes ou symbole dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission. »

(839) عابد فايد عبد الفتاح فايد، مرجع سابق، ص 27.

لقد كان المشرع الجزائري متأخرا في إدراكه لسلبات عدم تحديد مفهوم الكتابة الإلكترونية، فسارع إلى إيراد تعريف لها في الأمر رقم 10/05 المعدل للقانون المدني وحسب نص المادة 323 مكرر يقصد بالكتابة الإلكترونية "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".

حسب هذا التعريف تتشكل الكتابة الإلكترونية من تسلسل الأحرف الأبجدية أو الأرقام أما الرموز والعلامات الأخرى، فالمقصود بها كافة الطرق غير الأبجدية التي تعبر عن الفكر، كالإشارات المستخدمة في ذاكرة الحاسب الآلي أو الرموز الموجودة على القرص المغنط⁽⁸⁴⁰⁾، فمفهوم الكتابة يستقل عن طبيعة الإشارات المؤلفة منها، واشترط أيضا المشرع في الأحرف أو الأوصاف أو الأرقام أو الرموز أن تكون ذات معنى مفهوم⁽⁸⁴¹⁾، ويقصد بذلك أن ترد الكتابة في معنى يفهمها العقل البشري، ولا يهم إن كانت الكتابة على أحد أشكال الدعامات الإلكترونية، أو كانت واردة على دعامة ورقية⁽⁸⁴²⁾، وهو ما ذكره المشرع في عجز المادة 323 مكرر "مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها" وحسنا فعل المشرع بوضعه لهذه العبارة، حتى يستوعب التعريف ما يسفر عنه التقدم التكنولوجي من وسائل، ويلاحظ في الأخير أن المشرع الجزائري، قد أخذ نفس الموقف الذي أخذه المشرع الفرنسي، عندما قدم تعريفا موسعا للكتابة كي تستوعب أي نوع من أنواع الدعامات التي تثبت فيها.

يتضح مما سبق أنه يجب التمييز بين الكتابة التي ينصب مضمونها في إثبات التصرف القانوني، إذ ليس المقصود من اشتراط الكتابة في المحرر أن توجد كتابة، فهذا أمر بديهي لا يحتاج إلى بيان، وإنما المقصود أن توجد كتابة ينصب مضمونها على الواقعة

⁽⁸⁴⁰⁾ محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 188.

⁽⁸⁴¹⁾ خالد عبد التواب عبد الحميد، مرجع سابق، ص 189.

⁽⁸⁴²⁾ RAYNOUARD Arnaud, « Adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique », op cit, p.594.

المراد إثباتها، وبين العمل أو التصرف القانوني الذي يعد محلاً للإثبات أي العقد الذي يقصد به كل تصرف قانوني يتم بتوافق إرادتين أو أكثر، بصرف النظر عن وسيلة إثباته وبين هذه الأخيرة أي المحرر الذي يستلزم وجود توقيع وكتابة، حتى يحتج بحجيتها في الإثبات⁽⁸⁴³⁾.

نرى أنه في ظل الاعتراف التشريعي بالمحرر الإلكتروني كأداة للإثبات بالكتابة أن يجري الفقه في تعريفه على نحو يشمل المستند أو المحرر الذي يثبت على دعامته الورقة أو أية دعامه حديثة تسفر عنها التكنولوجيا.

أولاً: المقصود بالمحرر الإلكتروني

يتم إنشاء المحرر الإلكتروني بطريقة مختلفة عن المحرر الورقي، فهو أكثر تعقيداً ويحتاج إلى إجراءات مختلفة، تبدأ بإدخال البيانات وحفظها إلى ذاكرة الحاسب الآلي ثم تليها مرحلة، استرجاع الكتابة والإبلاغ والتبادل الإلكتروني للبيانات⁽⁸⁴⁴⁾، كون أنها تحفظ على دعامه غير ورقية، كالشريط المغنط أو القرص الضوئي أو القرص المدمج، وغيرها من طرق تخزين البيانات والملفات على هذه الدعامات والرجوع إليها عند الحاجة، وأصبح بالإمكان إرسال هذه البيانات عبر الحواسيب داخل الدولة أو من دولة إلى دولة خلال ثوان معدودة، مع إمكانية إبرام العقود بين الأطراف في دول مختلفة من خلال شبكة الإنترنت دون تبادل الأوراق.

بدأت التشريعات الدولية والوطنية في وضع الأحكام والقواعد القانونية التي تعرف المحررات الإلكترونية، وتنظم المعاملات التي تتم من خلال تلك المحررات⁽⁸⁴⁵⁾، حسب نص المادة 2 من قانون الأنيسترال بشأن التجارة الإلكترونية، يراد بالمحرر الإلكتروني "رسالة

⁽⁸⁴³⁾ عصام أنور سليم، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، 2010، ص 202.

⁽⁸⁴⁴⁾ CHARBONNEAU Cyrille et PANSIERq Frédéric-Jérôme, « Le droit de la « preuve » est totem moderne (le commerce électronique) », Gazette du palais, n° 92, 01 avril 2000, p.p.2-3.

⁽⁸⁴⁵⁾ RUET Laurent, « La réforme du droit de la preuve opérée par la loi du 13 mars 2000 et les transactions financières », Bulletin joly bourse, n° 3, 01 mai 2000, p.219.

بيانات" ويقصد بها " المعلومات التي يتم إنشائها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو صوتية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو النسخ البرقي"⁽⁸⁴⁶⁾. وهو نفس التعريف الوارد في المادة 2/ج من قانون الأنيسترال بشأن التوقيعات الإلكترونية⁽⁸⁴⁷⁾.

كما حددت المنظمة الدولية للمواصفات والمقاييس ضمن صنف (أيزو 6760 ISO DP) المقصود بالمحرر الإلكتروني بأنه " مجموعة من المعلومات والبيانات المدونة على دعامة مادية بشكل دائم بحيث يسهل قراءتها مباشرة عن طريق الإنسان أو باستخدام آلة مخصصة لذلك"⁽⁸⁴⁸⁾. يلاحظ من هذا التعريف أن المحرر الكتابي يكون دائماً وبصفة مستمرة على دعامة مادية، حيث يسهل قراءتها مباشرة عن طريق الإنسان أو يقرأ باستخدام آلة مخصصة لذلك، وهذا ما يدل أن هذا التعريف يستغرق المحررات الإلكترونية⁽⁸⁴⁹⁾.

أما المشرع المصري فقد عرف المحرر الإلكتروني في المادة 1 من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني على أنه "رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج، أو تخزن، أو ترسل، أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية، أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة"⁽⁸⁵⁰⁾.

كما جاء في نص المادة 2 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي تعريف للمحرر الإلكتروني وأطلقت عليه اسم "الرسالة الإلكترونية"، وعرفته على أنه

⁽⁸⁴⁶⁾ راجع المادة 2 من قانون الأونسترال بشأن التجارة الإلكترونية.

⁽⁸⁴⁷⁾ محمد أحمد محمد نور جستنية، مرجع سابق، ص 164.

⁽⁸⁴⁸⁾ حسن عبد الباسط جمعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 18.

⁽⁸⁴⁹⁾ إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 192.

⁽⁸⁵⁰⁾ أنظر المادة 1/ب من قانون التوقيع الإلكتروني المصري.

"معلومات إلكترونية ترسل أو تسلم بوسائل إلكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه" (851).

نجد كذلك تعريفاً آخر للمحررات الإلكترونية في المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني التي أطلقت عليها اسم "رسالة معلومات" وعرفت بأنها "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسليمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البرق أو التلكس أو النسخ الضوئي" (852).

يستخلص من التعريفات السابقة أن التشريعات حتى وإن اختلفت في تسمية المحرر الإلكتروني، إلا أنه تعبر في تعريفها عن مدلول مشترك يتمثل في إنشاء أو إرسال أو استلام أو تخزين معلومات أو بيانات إلكترونية، بواسطة وسائط أو دعائم إلكترونية أو أية وسيلة أخرى مشابهة، كما أن تلك التشريعات لم تقصد أن يقتصر النص على رسالة البيانات، التي تتم إبلاغها بين أطراف العلاقة العقدية، وإنما أراد به أيضاً السجلات التي تنتج من خلال الحاسب التي لا يقصد إبلاغها، وهو بذلك يتسع ليشمل المحررات الإلكترونية التي يتم تخزينها في ذاكرة الحاسب الآلي أو على شبكة الإنترنت أو أي وسيط إلكتروني آخر.

بالنسبة للمشرع الجزائري، يلاحظ أنه لم يضع تعريفاً مستقلاً للمحرر الإلكتروني بل اكتفى بوضع تعريف للإثبات بالكتابة، كما ورد في نص المادة 323 مكرر من القانون المدني، وهو بذلك قد حذا حذو المشرع الفرنسي الذي اكتفى بتعديل القانون المدني أين عرف في نص المادة 1316 الدليل الكتابي بصفة عامة (853).

(851) أنظر المادة 2 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي.

(852) أنظر المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني.

(853) RAYNOUARD Arnaud, « Adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique », op cit, p.594.

جاءت صياغة المشرع الجزائري لتعريفه للإثبات بالكتابة بطريقة تتصرف إلى مفهوم المحرر التقليدي، الذي يعتمد أساسا على الورق كدعامة، كما تتصرف كذلك إلى مفهوم المحرر الإلكتروني، إذ استخدم لفظ "مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها" هذا الذي يفيد مواكبة النص لأي تطور تكنولوجي.

رغم عدم اهتمام المشرع الجزائري بإيراد تعريف للمحرر الإلكتروني إلا أنه اعترف بها وأقرا صراحة بحجيتها، وذلك في نص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني وبهذا الإقرار أزيلت الشكوك التي يمكن أن تثور حول قيمته في الإثبات، بل أصبح للمحرر الإلكتروني قيمة المحررات الورقية وحجيتها في الإثبات وذلك إذا ما توفرت شروطه.

ثانيا: الشروط الواجب توافرها في المحررات الإلكترونية

يشترط في المحرر الكتابي - الورقي - عدة شروط حتى يمكن الاعتماد به في الإثبات، وهي تتمثل أساسا في أن يكون مقروءا⁽⁸⁵⁴⁾، حيث يتم تدوينه بحروف أو رموز معروفة ومفهومة للشخص الذي يراد الاحتجاج عليه بهذا المحرر⁽⁸⁵⁵⁾، وأن يكون هذا الدليل الكتابي يتحلى بالاستمرارية، وذلك بتدوينه على وسيط يسمح بثبات الكتابة عليه والمحافظة عليها بحيث يمكن الرجوع إليها عند الحاجة⁽⁸⁵⁶⁾، وكما يجب أن يكون المحرر الكتابي غير قابل للتعديل، وعلة هذا الشرط هو إضفاء عنصر الثقة، على ما هو مدون بالمحرر الكتابي

(854) يجب أن تكون الكتابة بشكل مقروء ومفهوم، ومقتضى ذلك أنه في حالة أن يأخذ التصرف شكلا مشفرا، فحتى يمنح الحجية القانونية يجب فك هذا التشفير ليصبح مقروءا ومفهوما.

(855) عباس العبودي، مرجع سابق، ص 61.

(856) باطلي غنية، "الكتابة الإلكترونية كدليل إثبات"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، جامعة الإسكندرية، 2011، ص 265.

بالإضافة إلى ذلك يجب أن يكون موقعا عليه، من الطرف الذي يعتبر المحرر دليلا ضده، وإذا كان المحرر مثبتا لعقد ملزم للجانبين وجب توقيعه من الطرفين⁽⁸⁵⁷⁾.

سوف نقوم بعرض الشروط الأساسية للكتابة، وذلك فيما يخص مدى توافرها بالمحرر الإلكتروني، والتي تم وضعها من قبل العديد من التشريعات أو التي قال بها الفقه، على أن نؤجل دراسة شرط التوقيع على المحرر، الذي يساعد على كشف هوية الشخص الذي صدر عنه المحرر الإلكتروني، عن طريق شهادة التصديق الإلكتروني التي تحدد - بفضل المفتاح العام - شخص الموقع، لتحديد الهوية يعتبر وظيفة نموذجية للتوقيع وليس للمحرر ذاته، فلن نكون في حاجة إلى مثل هذه الوظيفة القانونية في إطار المحرر الإلكتروني، لأن هذا الأخير يحوز ذات الحجية في الإثبات التي يحوزها المحرر الكتابي متى أكد حقوق والتزامات الموقع.

1- أن يكون المحرر الكتابي مقروءا (Lisible)

من المسلم به، للتمسك بحجية المحرر الإلكتروني يجب أن تكون الكتابة التي يحتويها مقروءة ومفهومة، لمن يطلع عليها سواء من أطرافها أو من القاضي أو الخبير أو الغير ممن تكون له مصلحة في الإطلاع عليه⁽⁸⁵⁸⁾، وعلى الرغم من أن قراءة المحرر الإلكتروني لا تتم مباشرة- مثلما هو الحال عليه في المحرر الورقي التي يقرأها الإنسان بشكل مباشر - وإنما تحتاج إلى تدخل جهاز الحاسب لقراءته⁽⁸⁵⁹⁾، الذي يتم تغذيته ببرامج لها القدرة على ترجمة، لغة الآلة التي تتكون حروفها من توافق وتبادل بين رقم الصفر (0) والواحد (1) إلى اللغة المقروءة للإنسان، وهو ما يعني استيفائها لهذا الشرط المتعلق بإمكان

⁽⁸⁵⁷⁾ حنان مليكة، "النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني السوري رقم 4/الصادر بتاريخ 2009/2/25، (دراسة قانونية مقارنة)"، العدد الثاني، المجلد 26، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، 2010، ص 552.

⁽⁸⁵⁸⁾ محمد أحمد نور جستنية، مرجع سابق، ص 165.

⁽⁸⁵⁹⁾ عابد فايد عبد الفتاح فايد، الكتابة الإلكترونية في القانون المدني "الفكرة والوظائف"، مرجع سابق، ص 42.

قراءتها وفهمها، طالما أن اللغة التي تظهر على شاشة الحاسب هي لغة مفهومة ومقروءة لأطراف العقد⁽⁸⁶⁰⁾.

تنبت التشريعات التي نظمت الإثبات الإلكتروني - كما بينا سابقا - مفهوما واسعا للكتابة الإلكترونية والدعامة التي تثبت عليها، فالكتابة الإلكترونية قد تكون على شكل أحرف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو ما شابه ذلك، كذلك الدعامة التي تثبت عليها هذه الكتابة قد تكون، بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو مغناطيسي وما شابه ذلك⁽⁸⁶¹⁾، وبناء عليه فإن محتوى المحرر الإلكتروني، لا يمكن الاعتراف بحجيته إلا إذا كان من الممكن إظهار هذا المحتوى بطريقة مقروءة ومفهومة.

أكدت على ذلك قواعد قانون الأونسيترال بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996 في المادة 6⁽⁸⁶²⁾ التي تنص على أنه "عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، فإن رسالة البيانات (أي المحرر الإلكتروني) يستوفي ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليه لاحقا".

كما حرص المشرع الفرنسي في نص المادة 1316 قانون مدني على أن تكون الكتابة "ذات دلالة مفهوم"، وهذا يعني ضرورة توافر شرط القابلية للقراءة، وتسهيل الاطلاع على البيانات الواردة بالمحرر الإلكتروني⁽⁸⁶³⁾.

نفس الشيء فعله المشرع الجزائري الذي اهتم بهذا الشرط فنص في المادة 323 مكرر، على ضرورة أن تكون الكتابة الإلكترونية "ذات معنى مفهوم"، والمقصود بالفهم هو

⁽⁸⁶⁰⁾ يوسف أحمد النوافلة، المحررات الإلكترونية في الإثبات، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2007، 57.

⁽⁸⁶¹⁾ إياد محمد عارف عطا سده، مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات "دراسة مقارنة"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2009، ص 42.

⁽⁸⁶²⁾ أنظر المادة 6 من قانون الأونسيترال بشأن التجارة الإلكترونية.

⁽⁸⁶³⁾ CHARBONNEAU Cyrille et PANSIER Frédéric-Jérôme, « Le droit de la « preuve » est totem moderne (le commerce électronique) », op cit, p.2.

إدراك تلك الكتابة بالعقل والحواس (الرؤية)، على شكل واضح لا يدع مجالاً للشك مما يسمح للأطراف ولكل ذي مصلحة معرفة المقصود منها.

2- استمرار وجود الكتابة الإلكترونية (Perptual)

يشترط للاعتداد بالمحرر الإلكتروني في الإثبات أن يتم تدوينه على دعامة يسمح بثبات الكتابة عليه واستمرارها⁽⁸⁶⁴⁾، بحيث يمكن الرجوع إلى المحرر كلما كان ذلك لازماً لمراجعة بنود العقد أو لعرضه على القضاء عند حدوث نزاع بين أطرافه، ويقصد باستمرارية بيانات المحرر الإلكتروني، "الاحتفاظ بها لفترة طويلة من الزمن حتى يمكن الرجوع إليها وقت الحاجة"⁽⁸⁶⁵⁾.

أثبتت المحررات الورقية صفة الاستمرارية عبر مضي الزمن، وهذا ما يكفل لها أن تكون وسيلة مقبولة لإقامة الدليل أمام القضاء، أما بالنسبة للمحرر الإلكتروني فيشكل البعض من الفقه في تحقق شرط الاستمرارية⁽⁸⁶⁶⁾، وذلك بسبب الخصائص المادية للوسيط الإلكتروني كالشرائح الممغنطة وأقراص التسجيل أو ذاكرة الحاسب الآلي المستخدمة في التعاقد عن طريق الإنترنت، التي تتميز بقدر من الحساسية بما يعرضها للتلف السريع عند اختلاف قوة التيار الكهربائي، أو اختلاف التقنية المستخدمة في تشغيلها قد يؤدي إلى إتلافها، ناهيك عن العوامل الطبيعية الأخرى كالرطوبة والحرارة⁽⁸⁶⁷⁾.

⁽⁸⁶⁴⁾ BRAHIM Adel, « La reconnaissance de la preuve électronique a-t-elle épuisé la question de la dématérialisation ? », Les petites affiches, n° 36, 19 février 2002, p.4.

⁽⁸⁶⁵⁾ عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني "في النظم القانونية المقارنة"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، (دس ن)، ص 334.

⁽⁸⁶⁶⁾ محمد محمد سادات، حجية المحررات الموقعة إلكترونياً في الإثبات "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، 2001، ص

201.

⁽⁸⁶⁷⁾ إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 193.

في هذا الصدد، نجد أنه يمكن التغلب على ذلك باستخدام وسائط إلكترونية متطورة يتحقق فيها عنصر الثبات والاستمرارية⁽⁸⁶⁸⁾، بالنسبة لما دون عليها وتتمتع بقدرة تحمل عالية تسمح بالاحتفاظ بالبيانات المخزنة لمدة طويلة، ربما تفوق قدرة الأوراق العادية التي تتأثر هي الأخرى بعوامل الزمن⁽⁸⁶⁹⁾.

نص المشرع الجزائري على شرط الحفظ في المادة 323 مكرر 1 ق م ج ، حيث أكد على أن تكون الكتابة معدة و"محفوظة" في ظروف تضمن سلامتها، وعند الرجوع إلى المعني اللغوي لعبارة "محفوظات قسم الوثائق"، فإنها تدل على ما يوجد به من وثائق وسجلات ومحفوظات قديمة أو حديثة، ويفهم من ذلك أن المشرع الجزائري قد اشترط الحفاظ على ما دون في المحرر الإلكتروني، في وسائط أو دعائم تضمن استمرارها بطريقة يمكن الرجوع إليها عند الحاجة.

في حقيقة الأمر نجد أن المشرع الجزائري قد تبني شرط الحفظ مما نص عليه المشرع الفرنسي في نص المادة 1316 من القانون المدني، وكذا نص المادة 2- L.134 من قانون الاستهلاك الفرنسي، والمضافة بموجب القانون رقم 575 لسنة 2004 المتعلقة بالثقة في الاقتصاد الرقمي.

تحتاج المحررات الإلكترونية لدعم الثقة بها والإقرار بحجيتها إلى وسيلة فنية أمنة لحفظ البيانات المدونة عليها. ولكن يجب أن نشير، إلى أنه لا يجب أن يتوقف حفظ هذه المحررات على مدة صلاحية الوسيلة الفنية المستخدمة في الحفظ لاستمرارها، ولكن الأخرى أن يتوقف على مدة حفظ المحررات المحددة بموجب القانون، وهذا ما نستشفه من قانون الاستهلاك الفرنسي الذي ينص في المادة 2-L.134⁽⁸⁷⁰⁾ على أنه " إذا تم إبرام العقد

⁽⁸⁶⁸⁾ BRAHIM Adel, op cit, p.5.

⁽⁸⁶⁹⁾ حسن عبد الباسط جمعي، مرجع سابق، ص 21.

⁽⁸⁷⁰⁾ Article L.134-2 « Lorsque le contrat est conclu par voie électronique et qu'il porte sur une somme égale ou supérieure à un montant fixé par décret, le contractant professionnel assure la conservation =

بطريقة إلكترونية وكانت قيمته تساوي أو تتجاوز النصاب القانوني، الذي يحدده مرسوم يصدر عن مجلس الدولة، يلتزم المتعاقد المهني بحفظ السند المثبت للتعاقد لمدة يحددها كذلك هذا المرسوم، كما يجب أن يضمن المهني للطرف المتعاقد معه، الدخول لهذا السند في أي وقت يشاء".

بعد صدور المرسوم المذكور في نص المادة 2-134 L. عن مجلس الدولة الفرنسي تحت رقم 137 بتاريخ 6 فبراير 2005، حدد قيمة النصاب القانوني بمبلغ 120 يورو كما حدد مدة حفظ الكتابة الإلكترونية بعشرة سنوات تبدأ من تاريخ إبرام العقد في العقود التي يكون التنفيذ فيها فوري، أما إذا تأخر التنفيذ إلى ما بعد إبرام العقد فتحسب المدة من وقت تسليم المال أو تنفيذ الأداء⁽⁸⁷¹⁾.

3 - عدم قابلية الكتابة للتعديل (Irréversibilité)

تتوقف حجية الإثبات في المحررات الورقية على أن تكون غير قابلة للتعديل، وفي حالة حدوث أي تعديل على البيانات الواردة، بها بالإضافة أو المحو أو الكشط أو غير ذلك فيمكن اكتشافه بسهولة⁽⁸⁷²⁾، سواء بإمعان النظر في مظهره الخارجي أو عن طريق الاستعانة بالخبراء الفنيين، بينما نجد على العكس تماما في المحررات الإلكترونية التي يكون من السهل، إجراء أي تعديل في البيانات المدونة عليها من قبل الأطراف أو الغير دون ترك أي أثر مادي يدل على ذلك، وهذا ما يجعل المحرر الإلكتروني يفتقر بحسب الأصل إلى شرط من أهم الشروط، التي تتصل بوظيفة المحرر الكتابي في الإثبات والتي تهدف إلى تحقيق الثقة، في البيانات المدونة في المحرر الذي يدون على دعائم إلكترونية.

de l'écrit qui le constate pendant un délai déterminé par ce moment l'accès à son cocontractant si celui-ci en fait la demande. »

⁽⁸⁷¹⁾ CASTATS-RENARD Céline, op cit, p.1534.

⁽⁸⁷²⁾ عباس العبودي، مرجع سابق، ص 144.

يبقى اعتبار المحررات الإلكترونية أدلة كتابية كاملة في الإثبات، مرهون بمدى قوة التقنية المستخدمة في تأمين سلامتها، من تلاعب الغير ببياناتها أو إعادة معالجتها، وفي هذا الإطار فإن التكنولوجيا الحديثة حاولت تقديم حلول تقنية⁽⁸⁷³⁾، لمنع عمليات اختراق بيانات المحررات الإلكترونية والمحافظة على سلامتها، باستخدام آليات التشفير أو إقامة جدران حماية للمواقع الإلكترونية⁽⁸⁷⁴⁾، وقد تم ابتكار برنامج حاسب آلي يقوم بتحويل النص الإلكتروني إلى صورة ثابتة، تحافظ على بقاء النص على صورتها النهائية التي تم تثبيته عليها دون القدرة على إجراء أي تحريف أو تعديل عليها، ويعرف هذا النظام ب (Document image processing)⁽⁸⁷⁵⁾، كما أن هناك طريقة أخرى تم ابتكارها لحفظ البيانات الإلكترونية، دون تعديل حيث يتم حفظ البيانات في صناديق إلكترونية يتعذر فتحها إلا بمفتاح خاص، والذي تشرف عليه سلطات التصديق العامة والخاصة، مما ينجم عنه إتلاف الوثيقة المحفوظة أو محوها إذا تمت محاولة تعديلها⁽⁸⁷⁶⁾.

أولت التشريعات التي نظمت الإثبات الإلكتروني اهتماما بمسألة عدم تعديل بيانات المحرر الإلكتروني، ومدى إمكانية التعويل على الطريقة التي استخدمت في المحافظة على سلامتها، واشترطت هذه التشريعات عند إقرار الحجية للمحررات الإلكترونية، أن تولي الاعتبار إلى جدارة الطريقة التي نفذت بها عملية إرسال المحرر الإلكتروني، والطريقة التي استخدمت في تأمين سلامته.

وفي هذا الصدد، تعرض قانون الأنسيتيرال بشأن التجارة الإلكترونية، لعام 1996 لهذه المسألة في المادة 2/9 التي نصت على أنه "تعطى للمعلومات التي تكون على شكل

(873) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، "التوقيع الإلكتروني ومدى حجتيه في الإثبات (دراسة مقارنة)"، مرجع سابق، ص 117.
(874) محمد أبو زيد، تحديث قانون الإثبات "مكانة المحررات الإلكترونية بين الأدلة الكتابية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 166، أنظر أيضا في هذا الصدد: يوسف أحمد النوافلة، الإثبات الإلكتروني في المواد المدنية المصرية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 65، عابد فايد عبد الفتاح فايد، الكتابة الإلكترونية في القانون المدني "الفكرة والوظائف"، مرجع سابق، ص 64.

(875) حسن عبد الباسط جمعي، مرجع سابق، ص 24.

(876) محمد إبراهيم أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص 121، محمد أحمد محمد نور جستنبة، مرجع سابق، ص 169.

رسالة بيانات (محرر إلكتروني) ما تستحقه من حجية في الإثبات، وفي تقدير حجية رسالة البيانات في الإثبات يولي الاعتبار لجدارة الطريقة التي استخدمت في إنشاء أو تخزين أو إبلاغ رسالة البيانات.

كما نجد أن المشرع المصري قد اشترط في المادة 18 فقرة (ج)⁽⁸⁷⁷⁾ من قانون التوقيع الإلكتروني، لتمتع الكتابة الإلكترونية بالحجية في الإثبات إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني.

أما عن المشرع الجزائري، وفي ظل غياب قانون ينظم المعاملات الإلكترونية نجد أنه اشترط في نص المادة 323 مكرر 1 ق م ج، أن تكون الكتابة معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، وإذا ما توقفنا عند عبارة "في ظروف تضمن سلامتها" فنفهم من كلمة "في ظروف" تهيئة وسائل فنية آمنة لحفظ البيانات المدونة عليها، أما عن عبارة "تضمن سلامتها"، فالمقصود منها توفير الحماية عن طريق تلك الوسائل ضد مخاطر الوصول إليها بطرق غير مشروعة مما يؤدي إلى إجراء تعديل عليها.

حسب هذا التفسير المتقدم، يتبين أن المشرع الجزائري قد نص بصيغة ضمنية على توافر شرط عدم تعديل المحرر الإلكتروني، ولكن الأمر في غاية من الأهمية ويحتاج إلى بيان، مما يستوجب تدخل المشرع عند وضعه لقانون ينظم المعاملات الإلكترونية في المستقبل، أن يحرص على التأكيد في النصوص القانونية صراحة على عدم تعديل المحرر الإلكتروني، وذلك على الرغم من تجريم المشرع الجزائري لهذا الفعل في تعديله لقانون العقوبات في عام 2004 من خلال الأمر رقم 04-15⁽⁸⁷⁸⁾، أين أضاف القسم السابع مكرر والمعنون بالمساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، ضمن المواد 394 مكرر إلى

⁽⁸⁷⁷⁾ أنظر المادة 18/ج من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004.

⁽⁸⁷⁸⁾ قانون رقم 04-15 مؤرخ في 10 نوفمبر 2004، معدل ومتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جويليه 1966 المتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 71 صادر بتاريخ 10 نوفمبر 2004.

394 مكرر 6 حيث نصت المادة 394 مكرر 1 على تجريم إدخال معطيات في نظام المعالجة الآلية أو إزالة أو تعديل بطريق الغش المعطيات التي تضمنها.

ثالثاً - مبدأ التكافؤ الوظيفي بين المحررات الإلكترونية والمحررات الورقية

يستخلص مما تقدم أنه يلزم توافر شروط قانونية للاعتراف بالمحرر الإلكتروني ويرى بعض الفقه الفرنسي⁽⁸⁷⁹⁾، أن هذه الشروط تثير التمييز من حيث القوة والحجية في الإثبات بين المحررات الإلكترونية والمحررات الورقية، حتى وإن كانت هذه الأخيرة يمكن أن تكون عرضة للتزوير، إلا أنه يمكن اكتشافه بسهولة عكس ما هو الحال عليه في المحررات الإلكترونية التي تكون سهلة للمحو والتعديل بسهولة.

غير أن المهنيين الذين يستخدمون النظم المعلوماتية، في إبرام المعاملات الإلكترونية ضغطوا من أجل الحصول على المساواة التامة، بين المحررات الإلكترونية والمحررات الورقية، وقد حصلوا بالفعل على ما كانوا يصبون إليه⁽⁸⁸⁰⁾.

اعترف المشرع الفرنسي بمبدأ التكافؤ الوظيفي بين المحررات الإلكترونية والمحررات الورقية في موضعين اثنين من القانون المدني، فقد نصت المادة 1316-1⁽⁸⁸¹⁾ على أنه "يقبل المحرر في شكله الإلكتروني بصفة الدليل، وذلك بالصفة ذاتها المقررة للمحرر على دعامة ورقية،...". وتتص الفقرة الثالثة من نفس المادة⁽⁸⁸²⁾ على أنه "المحرر على دعامة إلكترونية يحوز ذات القوة الثبوتية التي يحوزها المحرر على دعامة ورقية". نرى أن هذه

⁽⁸⁷⁹⁾ CASTETS-RENARD Céline, op cit, p 1533.

⁽⁸⁸⁰⁾ ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، ماهيته- مخاطره، وكيفية مواجهتها مدى حجيته في الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 180.

⁽⁸⁸¹⁾ Article 1316-1 code civil : « L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. »

⁽⁸⁸²⁾ Article 1316-3 code civil : « L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier. »

الازدواجية في الإقرار بمساواة المحررات الإلكترونية بالمحررات الورقية بأنها عديمة الجدوى وليس لها مبرر.

أخذ المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر 1 ق م ج بنفس المبدأ الذي أقر به المشرع الفرنسي، والتي تنص على أنه "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكيد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

وجه بعض الفقه انتقاد لما ورد في نص المادة 323 مكرر 1 ذلك على أساس أن المشرع الجزائري، لم يتعرض لمسألة ما إذا تم تقديم دليلين متناقضين أحدهما تم تحريره على دعامة إلكترونية والآخر محرر على دعامة ورقية فبأيهما يأخذ القاضي، ومن يرجح من الأدلة؟ ويعتبر هذا الرأي أن قضاة الموضوع ليس لديهم السلطة التقديرية في اختيار الدليل الكتابي المعروف أمامهم⁽⁸⁸³⁾.

وحسب رأينا في هذه المسألة، فإذا تم عرض دليل كتابي أمام القاضي فهنا تحكنا قاعدة لا يمكن إثبات عكس الثابت بالكتابة إلا بالكتابة، فلا بأس إذن من تقديم محرر إلكتروني لدحض ما دل عليه محرر ورقي والعكس صحيح، ويضاف إلى ذلك أن نص المادة 323 مكرر 1 قد أقرت بالمساواة بين المحرر الإلكتروني والمحرر الورقي، وبالتالي تكون سلطة تقديرية واسعة لقضاة الموضوع، في تقدير ما عرض أمامهم من أدلة والأخذ بأي دليل كتابي - سواء أفرغ في دعامة ورقية أو إلكترونية - يكون من شأنه إثبات مصدر الحق، ويعتبر خطأ القاضي في تقييم ما ورد في الدليل الكتابي الذي اعتمد عليه لبناء حكمه لا يشكل مسألة قانونية، فهو من جملة الوقائع التي يستقل القاضي بتقديرها وليس عليه رقابة

⁽⁸⁸³⁾ زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات الحديثة، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ص 196.

من المحكمة العليا، إلا أن القاضي يجب أن يبين في أسباب حكمه المحرر - مهما كانت دعامته - الذي استند عليه وإلا يتعرض حكمه للطعن بالنقض.

الفرع الثاني

الحجية القانونية للمحررات الإلكترونية في الإثبات

تعتبر الكتابة أهم وسيلة من وسائل الإثبات في الوقت الحاضر، ويرجع ذلك إلى أنها دليل يمكن إعداده مقدما، قبل حدوث النزاع على الواقعة المراد إثباتها أمام القضاء، كما أن الكتابة من شأنها أن تبعث الطمأنينة في النفوس لأنها لا تتأثر بمضي الزمن، ولا تتعرض لآفة النسيان أو عدم الدقة كما هو الحال في شهادة الشهود، إذا طال الزمن عليها⁽⁸⁸⁴⁾ والكتابة التي تستخدم في الإثبات بهذا المعنى، قد تكون في شكل محرر رسمي حرره موظف عام مختص طبقا للأوضاع المقررة قانونا، أو تكون في شكل عرقي من صنع الأفراد وحدهم دون تدخل الموظف العام⁽⁸⁸⁵⁾.

بعد تدخل "الإلكترونية" في القانون المدني عن طريق الإثبات شرع مشروعو الدول التي نظمت حجية المحررات الإلكترونية، بنصوص خاصة تتفق مع مقتضيات التجارة الإلكترونية⁽⁸⁸⁶⁾، لأن القواعد التقليدية للإثبات قد لا تسعف القاضي للحكم بحجية دليل الإثبات الإلكتروني، مما يثير التساؤل عن مدى حجية المحررات الإلكترونية في إثبات المعاملات التجارية الإلكترونية؟ والإجابة على ذلك يستلزم عرض حجية المحررات الرسمية الإلكترونية، وبعدها حجية المحررات العرفية الإلكترونية.

⁽⁸⁸⁴⁾ عابد فايد عبد الفتاح فايد، نظام الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة،

2006، ص 94.

⁽⁸⁸⁵⁾ راجع المادة 324 ق م ج.

⁽⁸⁸⁶⁾ CHARBONNEAU Cyrille et PANSIERq Frédéric-Jérôme, « Le droit de la « preuve » est P.4. totem moderne (le commerce électronique) », op cit,

أولاً: حجية المحررات الإلكترونية الرسمية في الإثبات

تنص المادة 324 من ق م ج على أنه "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري، لم يكتف بتعريف العقد الرسمي⁽⁸⁸⁷⁾ - وهو يقصد المحرر الرسمي - وإنما أتى كذلك، على ذكر الشروط الواجب توافرها فيه حتى يكتسب صفة المحرر الرسمي، وتتمثل هذه الشروط في صدوره من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، وأن يقوم الموظف بتحرير المحرر في حدود سلطته واختصاصه، وأن يتم تحرير المحرر وفقاً للأشكال التي حددها القانون.

سنتناول بالبحث، مسألة رسمية المحرر الإلكتروني من خلال توافره على الشروط المذكورة في نص المادة 324 ق م ج، وبالتالي اكتسابه لصفة الرسمية التي يستمد منها القوة والحجية في الإثبات.

1- اكتساب المحرر الإلكتروني صفة الرسمية

من المقرر قانوناً أن المحرر الورقي يكتسب صفة الرسمية بناءً على تدخل موظف عام، يقوم بتحريره في حدود سلطته واختصاصه، ووفقاً للأشكال التي حددها القانون، أما

⁽⁸⁸⁷⁾ كثيراً ما يقع الفقه والقضاء عندنا من خلط بين التصرف القانوني وأداة إثبات هذا التصرف، وقد نتج ذلك عن سوء ترجمة كلمة Acte في المادة 324 الواردة في النص الفرنسي التي تتضمن عدة معاني مختلفة، فعوض أن تترجم هذه الكلمة بمعانيها المتعددة ترجمت بمعنى واحد، فجاء بذلك النص العربي قاصراً في المعنى ومثيراً للبس والغموض، ذلك أن كلمة Acte باللغة الفرنسية قد تعني التصرف القانوني كما جاء في المادة 1/324 ق م وهنا أساء المشرع ترجمتها فجاء ما يقابلها في النص العربي بكلمة عقد، في حين أن المقصود هو التصرف القانوني سواء كان صادراً من جانبيين وهو العقد أو صادر من جانب واحد كالوصية، كما يمكن أن تعني المحرر بجميع أشكاله سواء كان رسمياً فيقال Acte Authentique (المادة 324 ق م)، أو كان عرفياً فيقال Acte Sous-seing Privé (المادة 328)، أو كان محرراً غير قضائي فيقال Acte Extrajudiciaire (المادة 3/471 ق م). ومن ثم وجب التنبيه إلى أنه من الضروري التمييز بين التصرف القانوني ذاته الذي يعد محلاً للإثبات وبين أداة إثباته أي الورقة المكتوبة التي يدون فيها ذوو الشأن ما تم الاتفاق عليه فيما بينهم، ذلك أن بطلان أداة الإثبات أو الورقة لا يؤثر في صحة التصرف القانوني، وكذلك لا تمنع صحة الورقة من بطلان التصرف القانوني الثابت بها، لذلك يجب تفادي تسمية أداة الإثبات الكتابي عقداً وتسميتها ورقة أو محرر.

بالنسبة للمحرر الإلكتروني، الذي ينشأ في بيئة رقمية فإن مسألة اكتسابه الرسمية يجب أن تكون وفق ضوابط فنية وتقنية تضمن كيفية توافر شروط رسميته⁽⁸⁸⁸⁾.

لم يتطرق المشرع الجزائري لتعريف وتنظيم المحررات الرسمية الإلكترونية في القلة القليلة، من المواد التي عدلها في القانون المدني أو القوانين الأخرى، التي تطرق فيها إلى المعاملات الإلكترونية، وبالرجوع إلى نص المادة 323 مكرر 1 نجد أنها نصت على المساواة بين الكتابة الإلكترونية والكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها. ونلاحظ أن هذين الشرطين يختلفان عن الشروط العامة التي وضعها المشرع الجزائري، لرسمية المحررات الورقية في نص المادة 324 ق م ج، وهي لا تخص المحررات الرسمية الإلكترونية لوحدها بل هي شروط خاصة، وضعتها مختلف التشريعات الدولية كشروط لحجية المحررات الإلكترونية سواء كانت رسمية أو عرفية.

جاء في نص المادة 327 فقرة 2 على أنه "يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1". بالنظر إلى موضع هذه المادة في القانون المدني والتي جاء في مضمونها النص على حجية المحررات العرفية الورقية المعدة للإثبات، بالتالي نفهم بمفهوم المخالفة، أن المشرع الجزائري قد كيف المحررات الإلكترونية، على أنها محررات عرفية ولا يمكن إصباغ الصفة الرسمية عليها، وهو ما يختلف تماما عن الوضع في فرنسا الذي سنتعرض إليه لاحقا.

أما المشرع المصري، فقد أورد في المواد 14-16 من قانون التوقيع الإلكتروني نصوصا تتعلق بالمحرر الرسمي والعرفي الإلكتروني، وحجيتهما في الإثبات وحجية الصورة المستنسخة منهما، وأشار فيها بأن المحرر الإلكتروني الرسمي له ذات الحجية المقررة

⁽⁸⁸⁸⁾ لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص

للمحرر الرسمي الورقي، الوارد في قانون الإثبات المصري متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون⁽⁸⁸⁹⁾، ووفقا لتحقيق الضوابط الفنية والتقنين الواردة في اللائحة التنفيذية⁽⁸⁹⁰⁾.

لكن رغم هذه المحاولة التي اصطدمت بالواقع العملي عند تطبيق القانون⁽⁸⁹¹⁾ الذي واكب التطور التقني والتكنولوجي من جهة، واكتفى بوضع قواعد عامة من جهة أخرى، لا تصلح بمفردها للتطبيق دون وجود تشريعات أخرى تفسر كيفية تطبيقها عمليا⁽⁸⁹²⁾،

ولا تفوتنا الإشارة إلى التجربة التشريعية الرائدة في فرنسا، فالوضع في القانون الفرنسي مختلف تماما على ما هو عليه الحال في كل من التشريع الجزائري والمصري. بعد صدور القانون رقم 230 لسنة 2000 المعدل للقانون المدني الفرنسي، الذي أدخل تكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني في صلب القانون المدني، ونخص بالذكر نص الفقرة الثانية من المادة 1317 من القانون المدني⁽⁸⁹³⁾، التي تقرر أن المحرر الرسمي يمكن أن يحرر على دعامة إلكترونية⁽⁸⁹⁴⁾، إذا تم إنشاؤه وحفظه وفقا للشروط المحددة بمقتضى المرسوم رقم 973 لسنة 2005⁽⁸⁹⁵⁾ المتعلق بالمحررات المعدة من طرف الموثقين.

صدر عن مجلس الدولة الفرنسي عدة مراسيم لاحقة للقانون المذكور أعلاه، والهادفة إلى تنفيذ التوجيهات الأوروبية، نذكر منها ما يتعلق بالمساواة بين المحررات والتوقيعات

⁽⁸⁸⁹⁾ أنظر في بعض هذه الضوابط المادة 8 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري، وهي ضوابط غير كافية حتى الآن لنشأة المحرر الإلكتروني الرسمي، فمثلا لم يحدد بعد ضوابط تدخل الموظف العام.

⁽⁸⁹⁰⁾ يوسف أحمد النوافلة، الإثبات الإلكتروني في المواد المدنية والمصرفية، مرجع سابق، ص 149.

⁽⁸⁹¹⁾ محمد محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص 284.

⁽⁸⁹²⁾ محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص 240.

⁽⁸⁹³⁾ Article 1317-2 code civil, modifié par la loi 2000-230 du 13 mars 2000 : « Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en conseil d'état. »

⁽⁸⁹⁴⁾ GRIMALDI Michel et REYNIS Bernard, « L'acte authentique », Les petites affiches, 06 novembre 2003 n° 222, p.3.

⁽⁸⁹⁵⁾ Décret n° 2005-973 du 10 août 2005 modifiant le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires ; voir le site : www.legifrance.gouv.fr

التقليدية ونظيرتها الإلكترونية، والتي دخلت حيز النفاذ كالمرسوم رقم 272 لسنة 2001⁽⁸⁹⁶⁾، والمرسوم رقم 535 لسنة 2002⁽⁸⁹⁷⁾، وغيرها من المراسيم الأخرى.

من بين المراسيم التي أصدرت والمتعلقة بموضوع رسمية المحررات الإلكترونية نجد، المرسوم رقم 973 لسنة 2005 والمعدل للمرسوم رقم 941 لسنة 1971 المنظم لأعمال الموثقين⁽⁸⁹⁸⁾، ولقد تولى هذا المرسوم تنظيم بعض أعمال الموثقين⁽⁸⁹⁹⁾ وما يقومون به، من توثيق للمحركات المبرمة على الدعامات الورقية، ومع وضع تنظيم مماثل لتوثيق المحركات المنشأة على دعامات إلكترونية ليضعهما على قدم المساواة.

وضع المرسوم المذكور أعلاه، تنظيم شامل للمحركات الموثقة إلكترونياً وبين كيفية إتمام الموثق لها، والذي يجب عليه أن يقوم بالتوقيع على المحرر من خلال إجراءات توقيع إلكترونية مؤمنة⁽⁹⁰⁰⁾، وذلك بعد تأكده بنفسه على ما ورد من تصريحات الأطراف والشهود والتحقق من هويتهم، ويقوم الموثق بكتابة التاريخ الذي تم فيه التوقيع بالحروف ذلك نظراً لأهمية توثيق المحرر الرسمي⁽⁹⁰¹⁾.

يقوم الأطراف والشهود باستخدام إجراءات تسمح بوضع توقيعهم على العقد الموثق، وذلك بوضع صورة من توقيعهم الخطي، بشرط أن يكون ذلك الأمر مرئياً على الشاشة

⁽⁸⁹⁶⁾ Décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique ; voir le site : www.legifrance.gouv.fr

⁽⁸⁹⁷⁾ Décret n° 2002-535 du 18 avril 2002 relatif à l'évaluation et à la certification de la sécurité offerte par les produits et les systèmes des technologies de l'information ; voir le site : www.legifrance.gouv.fr

⁽⁸⁹⁸⁾ أعقب مجلس الدولة الفرنسي كل النصوص المنظمة للعقود الورقية بنصوص منظمة للعقود المبرمة على دعامات إلكترونية، مؤكداً بذلك على ذات النهج الذي أخذ به المشرع الفرنسي في قانون 230 لسنة 2000 الذي ساوى فيه بين المحررات الإلكترونية والورقية، وفي الأول من فبراير 2006 أصبح للموثقين إمكانية إنشاء الأعمال الموثقة على دعامات غير ورقية لتصبح المحررات الإلكترونية معترفاً بها كدليل كتابي كامل.

⁽⁸⁹⁹⁾ جدير بالذكر أنه صدر في نفس الوقت مرسوم رقم 972-2005، والصادر في 10 أوت 2005 بشأن شروط إنشاء وحفظ المحركات الرسمية الإلكترونية وصورها بالنسبة للمحضرين القضائيين.

⁽⁹⁰⁰⁾ زروق يوسف، مرجع سابق، ص 206.

⁽⁹⁰¹⁾ يوسف أحمد النوافلة، الإثبات الإلكتروني في المواد المدنية والمصرفية، مرجع سابق، ص 163-164.

للأطراف والشهود⁽⁹⁰²⁾، وعندما يكون أي أحد من هؤلاء غير موجود، أثناء تحرير العقد أمام الموثق - أي إنشاء المحرر الإلكتروني عن بعد - فإن الإعلان عن إرادته تكون أمام موثق آخر، ويكون تبادل المعلومات اللازمة لإتمام التوثيق من خلال نظام المعلومات اللازمة لإنشاء المحرر، مع باقي الموثقين باستخدام نظام تبادل المعلومات الآمن⁽⁹⁰³⁾ والتابع للمجلس الأعلى للموثقين في فرنسا⁽⁹⁰⁴⁾.

حسب المادة 28 من المرسوم 2005/973 يجب على كل موثق يقوم بإنشاء وثائق على دعائم إلكترونية، باستخدام نظام لتداول وإرسال المعلومات، يوافق عليه المجلس الأعلى للموثقين، ويكون ذلك النظام مشترك ومتوافق مع تلك الأنظمة المعلوماتية التي أنشأها موثقون آخرون، وهو ما يضمن سلامة وسرية محتويات المحررات، كما يلتزم كل موثق وفقا للمادة 23 من نفس المرسوم، بإنشاء فهرس من أجل تسجيل وحفظ كل الأعمال، التي يتلقونها إما على دعائم ورقية أو دعائم إلكترونية⁽⁹⁰⁵⁾، ويقوم رئيس مجلس الموثقين بالتوقيع الإلكتروني، على الفهارس التي أنشأت على الدعائم الإلكترونية، وكما يتم حفظ وتسجيل المحررات الموثقة والمنشأة على دعامة إلكترونية لدى سجل مركزي للنسخ الأصلية، وهذا الأخير يتم إنشاؤه من قبل المجلس الأعلى للموثقين⁽⁹⁰⁶⁾.

تجدر الإشارة، إلى أن التشريع الفرنسي قد اعترف بإمكانية إنشاء المحررات الإلكترونية على دعائم إلكترونية - وذلك وفق ما نصت عليه المادة 1317 ق م ف، وما جاء في المرسوم رقم 2005/973 - إلا أنه لم يعالج مسألة مدى تحقق الرسمية كشرط لصحة التصرف القانوني مع المحررات الإلكترونية.

(902) Article 17 de la directive 973/2005.

(903) Article 20 de la directive 973/2005.

(904) Article 16 de la directive 973/2005.

(905) GRIMALDI Michel et REYNIS Bernard, op cit, paragraphe 7, p.6.

(906) Ibid.

حسنت هذه المسألة بصدور القانون 575 لسنة 2004 والخاص بتعزيز الثقة في الاقتصاد الرقمي، الذي قام بتعديل المادة 1108 من القانون المدني، واستحدثت المادة 1108-1⁽⁹⁰⁷⁾ التي تنص على أنه "إذا كان المحرر الرسمي مطلوباً لصحة التصرف القانوني، فإنه يلزم أن يتوفر فيه الشروط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 1317". يتضح من ذلك أن القانون الفرنسي، قد أجاز استخدام المحررات الرسمية الإلكترونية في العقود الشكلية التي تعد الرسمية ركناً للانعقاد⁽⁹⁰⁸⁾.

2- مدى حجة المحررات الرسمية الإلكترونية

لا يختلف المحرر الرسمي الإلكتروني عن المحرر الرسمي التقليدي من حيث القوة والحجية في الإثبات، في القانون الفرنسي متى استوفى الشروط المنصوص عليها في نص المادة 1317 ق م ف التي عرفته على أنه " الورقة الرسمية التي يتلقاها موظف عام له حق التوثيق، في الجهة التي كتبت فيها الورقة وذلك وفقاً للأوضاع الشكلية المطلوبة". أضاف المشرع الفرنسي فقرة ثانية في نص المادة 1317 من أجل تطويع المحررات الرسمية، لقبول تكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني⁽⁹⁰⁹⁾، ونص فيها على أنه "يمكن وضعه على دعامة إلكترونية إذا تم إنشائه وحفظه وفقاً للشروط التي يضعها مرسوم من مجلس الدولة".

سبق الذكر أن مجلس الدولة الفرنسي أصدر المرسوم رقم 973 لسنة 2005 والمعدل لمرسوم 941 لسنة 1971 المنظم لعمل الموثقين، وذلك لتحقيق الضوابط الفنية والتقنية التي تساعد على تحرير المحررات الرسمية على دعامات إلكترونية⁽⁹¹⁰⁾، ويتضح من هذه النصوص مجتمعة أن المشرع الفرنسي، أقام قرينة قانونية على سلامة المحرر الرسمي من

⁽⁹⁰⁷⁾ article 1108-1 code civil : « Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1316-1 et 1316-4 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au second alinéa de l'article 1317. »

⁽⁹⁰⁸⁾ EL BADAWI Lamia, op cit, p.276.

⁽⁹⁰⁹⁾ MAS Florence, op cit, p 244.

⁽⁹¹⁰⁾ CASTETS-RENARD Céline, op cit, p 1531.

الناحية المادية، ومن حيث صدوره من الأشخاص الذين وقعوا عليه متى توافرت شروطه المطلوبة، والمتمثلة في إمكانية تحديد هوية منشئه، ونشأته وحفظه في ظروف تضمن سلامته، مع توقيع الموثق بتوقيع إلكتروني آمن، وكان مظهره الخارجي يوحي برسميته فتكون له حجة على الناس كافة سواء كانوا أطراف في المحرر أو كانوا من الغير الذين يتضررون أو يستفيدون من المحرر.

تعتبر المحررات الرسمية الإلكترونية حجة على الناس كافة بما دونه فيها محررها من بيانات، في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره، ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة في القانون أو تم الطعن فيها بالبطلان⁽⁹¹¹⁾، وهذا يدل على أن المحررات الإلكترونية متى اكتسبت صفة الرسمية فإنها تصبح بمنزلة المحررات الرسمية العادية في قوة الإثبات.

ونشير في الأخير إلى أن، التشريعات المطبقة حاليا في الجزائر، ولاسيما قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين المعد من أجل مواجهة التكنولوجيا الحديثة، في مجال التجارة الإلكترونية فإنه من غير المتصور من الناحية العملية تحرير وتوثيق المحررات الرسمية الإلكترونية.

ثانيا - حجية المحررات العرفية الإلكترونية في الإثبات

يقصد بالمحرر العرفي، الورقة الصادرة من أحد الأفراد بتوقيعه إياها من أجل أن تكون دليلا كتابيا، هذه المحررات يمكن أن تكون معدة سلفا للإثبات وفي هذه الحالة تكون موقعة ممن هي حجة عليه، وإما يكون غير معدة للإثبات ولذلك يغلب ألا تكون موقعة، وإنما يعطيها القانون حجية في الإثبات لما يتوافر لها من عناصر الإثبات. ولقد انعكس منح الحجية للمحررات العرفية في الإثبات في صورتها الورقية على المحررات العرفية الإلكترونية، وعليه نتعرض بالدراسة لحجية المحررات العرفية الإلكترونية المعدة للإثبات، ثم

⁽⁹¹¹⁾ محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، مرجع سابق، ص 274.

نتبعها بدراسة حجية المحررات العرفية الإلكترونية غير معدة للإثبات⁽⁹¹²⁾ على أن نكتفي بعرض حجية، رسائل البريد الإلكتروني نظرا لتزايد استخدامه في المعاملات التجارية والتصرفات القانونية على شبكة الإنترنت.

1- المحررات العرفية الإلكترونية المعدة للإثبات

أعطى المشرع الجزائري المحرر العرفي الإلكتروني المستوفي الشروط المنصوص عليها في القانون المدني، ذات الحجية المقررة للمحرر العرفي الورقي⁽⁹¹³⁾، وعليه يجب علينا أن نتعرض، أولا لهذه الشروط حتى نتمكن بعد ذلك من تحديد حجية هذا النوع الجديد من وسائل الإثبات.

أ- شروط حجية المحرر العرفي الإلكتروني

يشترط في هذا النوع من المحررات العرفية حتى تعتبر دليلا معدا للإثبات توافر شرطين يتمثلان في، توافر كتابة تنصب على الواقعة المراد إثباتها، وأن تكون هذه الكتابة موقعا عليها من قبل من تكون حجة عليه⁽⁹¹⁴⁾، ويعتبر هذان الشرطان من الشروط العامة التي أوردها المشرع الجزائري، في نص المادة 327 فقرة 1 ق م ج⁽⁹¹⁵⁾ بالإضافة إلى الشروط الخاصة الواردة في نص المادة 323 مكرر 1 ق م ج، والمتمثلة في "إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها". وهي عبارة عن شروط فنية وتقنية التي تهدف إلى تحقيق أكبر قدر من المصادقية والأمان

(912) أورد التقنين المدني الجزائري أربعة أنواع من المحررات العرفية غير المعدة للإثبات في المواد من 329 إلى 332 وهي الرسائل والبرقيات، دفاتر التاجر، الدفاتر والأوراق المنزلية، والتأشير على سند الدين، ويلاحظ أن هذه المحررات لا ترتبط حجيتها في الإثبات بتوافر شروط المحرر العرفي المعد للإثبات، وخاصة من حيث اشتغالها على التوقيع، لذلك فإن هذه الأوراق لا تبلغ من القوة والحجية مبلغ الدليل الكتابي الكامل.

(913) راجع المادة 323 مكرر 1 ق م ج.

(914) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني - الإثبات في المواد المدنية والتجارية - "طبقا لأحدث التعديلات ومزينة بأحكام القضاء"، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 67.

(915) تنص المادة 327 فقرة 1 ق م ج "يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يميناً بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق".

للمحرر الإلكتروني عموماً⁽⁹¹⁶⁾، وهي لا تقتصر على المحرر العرفي الإلكتروني باعتبار أن المشرع الجزائري، لم يخص بالذكر هذه المحررات بصفة صريحة، وإنما يظهر من ملامح ذلك في نص المادة 323 مكرر 1 من خلال إنشاء ما يسمى بالإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني، وإعطاؤه نفس مفهوم وحجية المحرر العرفي إذا ما توفرت له شروطه المذكورة.

والمحررات العرفية الورقية، ما هي إلا كتابة وتوقيع وهو ذات الأمر بالنسبة للمحررات الإلكترونية العرفية⁽⁹¹⁷⁾، مع اختلاف هذه الأخيرة في ارتكازها على التكنولوجيا الحديثة لإعدادها، فبالنسبة لشرط الكتابة التي يجب أن تكون بطبيعة الحال إلكترونية في هذا النوع من المحررات، فقد عرفها المشرع الجزائري في نص المادة 323 مكرر على أنه " 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".

يظهر أن شرط الكتابة من السهل تحقيقه في الواقع العملي، ولكن يجب عدم إغفال أن المقصود من وجود كتابة، ليس وجود أية كتابة فهذا بديهي لا يحتاج إلى بيان، وإنما يجب أن تكون كتابة تنصب على الواقعة المراد إثباتها. أما عن شرط التوقيع فهو شرط أساسي وجوهري بالنسبة للمحرر العرفي بصفة عامة، لأنه هو أساس نسبة الكتابة إلى الموقع، ذلك أن التوقيع على المحرر يتضمن قبول ما هو مكتوب به أعلا التوقيع، كما يجب أن يكون التوقيع الإلكتروني موثقاً صادر به شهادة تصديق إلكترونية، من جهة معتمدة أو مرخصة أو حكومية أو متفق عليها أو مقبولة تجارياً لإمكانية الاعتراف والتمسك بحجيته تجاه كافة الناس⁽⁹¹⁸⁾.

(916) محمد محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص 234.

(917) محمد محمد سادات، مرجع سابق، ص 221.

(918) عمار كريم كاظم، "القوة القانونية للمستند الإلكتروني"، مجلة مركز دراسات الألوقة، العدد السابع، جامعة الكوفة 2007، ص 175، أنظر أيضاً محمد محمد سادات، مرجع سابق، ص 222 وما بعدها، ومحمد أبو زيد، مرجع سابق، ص 238.

في مجال عقود التجارة الإلكترونية فإن القانون يشترط التوقيع على المحرر العرفي الإلكتروني، حتى ينتج آثاره القانونية⁽⁹¹⁹⁾، وقد اعتبر المشرع الجزائري أن التوقيع الإلكتروني يفي بهذا الشرط، إذا كان مستوفيا لما يتطلبه القانون، وهذا ما نستشفه من نص المادة 2/327 ق م التي تنص على أنه "يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه". وبالرجوع إلى نص المادة 323 مكرر 1 نجد أنه يجب على التوقيع الإلكتروني، أن يحقق شرطي تحديد هوية الموقع ونشأة المحرر وحفظه في ظروف تضمن سلامته، وهذه الضوابط الفنية والتقنية - التي يجب توفرها في الكتابة والتوقيع على حد سواء - هي التي تحقق حجية المحرر العرفي الإلكتروني، ولن يتأتى ذلك إلا إذا تم توثيق التوقيع الإلكتروني.

ب- حجية المحررات العرفية الإلكترونية في الإثبات

في ظل الاعتراف التشريعي بالمحرر الإلكتروني كدليل كتابي، وتكريسا لمبدأ المساواة بينه وبين المحرر العرفي الورقي، وجب أن يكون له حجية في الإثبات لا تقل عن حجية المحرر العرفي الورقي، مثلما هو وارد في قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية لاسيما نص المادتين 327 و 328 ق م ج.

وتأسيسا على ما تقدم فإنه إذا تمسك أحد الأشخاص بالمحرر العرفي الإلكتروني فإنه يعتبر حجة، إلا إذا أنكر من نسب إليه ما هو منسوب إليه من بيانات وتوقيع، ويشترط في الإنكار أن يكون صريحا، فإذا سكت المنسوب إليه المحرر ولم ينكره صراحة، كان ذلك إقرارا ضمنيا بنسبته إليه، أما إذا كان من يحتج عليه بالمحرر وارثا أو خلفا فلا يطلب منه الإنكار، إنما يكفي منه أن يصرح أنه لا يعلم أن البيانات والتوقيع هو لمن تلقى عنه الحق

(919) بشار طلال مومني، مرجع سابق، ص 134.

مع تعزيز ذلك بيمينه⁽⁹²⁰⁾، ولا يستلزم الأمر من الوارث أو الخلف سواء كان عاما أو خاصا، لكي يدحض هذا المحرر العرفي الإلكتروني أن يطعن فيه بالتزوير، لكن إذا أقر الوارث أو الخلف بالتوقيع الإلكتروني، الموجود على المحرر فإنه لا يقبل منه بعد ذلك الطعن بالجهالة بل يجب عليه سلوك طريق الطعن بالتزوير⁽⁹²¹⁾.

وإذا أنكر من نسب إليه المحرر أو نفى الوارث أو الخلف بذلك قبل مناقشة موضوع المحرر العرفي الإلكتروني، فهنا يفقد المحرر حجيته مؤقتا في الإثبات وتقل عبء الإثبات على عاتق المتمسك به لإثبات عدم صحته وذلك بطلب إجراء التحقيق، وهنا يمكن طلب تدخل جهات التصديق كطرف ثالث محايد حتى تتضح حقيقة الأمر⁽⁹²²⁾.

تعتبر المحررات العرفية الإلكترونية حجة على الناس كافة فيما يتعلق بما تتضمنه من بيانات، بينما لا يعتبر التاريخ الذي تحمله حجة على الخلف الخاص والدائن الحاجز إلا إذا كان ذلك التاريخ ثابتا⁽⁹²³⁾، لأنهما تسري في حقيهما تصرفات السلف فقط إذا كانت سابقة على تاريخ اكتسابهما لحقوقهما، والمقصود بالتاريخ في المحرر العرفي ليس هو التاريخ الذي يدونه أطراف التصرف القانوني، الذي يثبت به المحرر وإنما هو التاريخ الذي يتحقق بالحالات التي حددها المشرع في المادة 328 ق م ج⁽⁹²⁴⁾.

يمكن أن نقول في هذا الصدد أن المحرر العرفي الإلكتروني الموثق الصادر به شهادة تصديق إلكترونية، من جهة معتمدة أو مرخصة يعتبر حجة على كافة بما دون فيه

(920) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني - الإثبات في المواد المدنية والتجارية - "طبقا لأحدث التعديلات ومزودة بأحكام القضاء، مرجع سابق، ص ص 73-74.

(921) محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 307، يوسف أحمد النوافلة، الإثبات الإلكتروني في المواد المدنية والمصرفية، مرجع سابق، ص 254.

(922) RAYNOUARD Arnaud, « Adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique », op cit, p.598.

(923) زروق يوسف، مرجع سابق، ص 212.

(924) تنص المادة 328 من ق م ج " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء:

- من يوم تسجيله، - من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام، - من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص، - من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط وإمضاء".

من بيانات بما في ذلك التاريخ، على اعتبار أن تاريخ صدور شهادة التصديق الإلكتروني⁽⁹²⁵⁾، هو التاريخ الثابت بالنسبة للمحرر العرفي الموقع عليه إلكترونياً.

2- حجية البريد الإلكتروني باعتباره محرراً عرفياً غير المعدة للإثبات

يعد البريد الإلكتروني من أهم تطبيقات الإنترنت وأكثرها استخداماً، وقد تعددت التعريفات الفقهية والتشريعية للبريد الإلكتروني فالبعض عرفه بأنه "مكنة التبادل غير المتزامن للرسائل بين أجهزة الحاسب الآلي".⁽⁹²⁶⁾ بينما عرفه البعض الآخر على أنه "طريقة تسمح بتبادل الرسائل المكتوبة بين الأجهزة المتصلة بشبكة الإنترنت".⁽⁹²⁷⁾

ورد في نص المادة الأولى⁽⁹²⁸⁾ الفقرة الأخيرة من قانون الصادر في 22 يونيو 2004 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي، تعريف البريد الإلكتروني بأنه "كل رسالة، أيا كان شكلها نصية أو صوتية أو مصحوبة بصور وأصوات يتم إرسالها عبر شبكة عامة للاتصالات ويتم تخزينها على خوادم هذه الشبكة أو في المعدات الطرفية للمرسل إليه حتى يتمكن الأخير من استعادتها".

وقد أورد المشرع الجزائري تعريفاً للبريد الإلكتروني في المادة 2 فقرة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 98-257 يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الإنترنت وإستغلالها على الشكل التالي "خدمة تبادل رسائل إلكترونية بين المستعملين"⁽⁹²⁹⁾، كما قام بتحديد حجية

⁽⁹²⁵⁾ بصور شهادة التوقيع الإلكتروني من جهة معتمدة أو مرخصة أو حكومية وكان لذلك الصدور تاريخاً - وهو الغالب - فإن هذا التاريخ هو التاريخ الحقيقي للمحرر العرفي الإلكتروني وذلك قياساً على حالة من بين حالات ثبوت تاريخ المحرر العرفي الورقي المذكورة في المادة 328 ق م وهي حالة "التأشير عليه على يد ضابط عام مختص"، فتاريخ هذا التأشير يعتبر هو التاريخ الثابت بالنسبة للمحرر العرفي الورقي.
⁽⁹²⁶⁾ عمرو عبد الفتاح على يونس، مرجع سابق، ص 219.
⁽⁹²⁷⁾ المرجع نفسه، ص 219.

⁽⁹²⁸⁾ Article 1^{er} : « On entend par courrier électronique tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère. »

⁽⁹²⁹⁾ جريدة رسمية عدد 63، صادر بتاريخ 25 أوت 1998.

الرسائل العادية في الإثبات، حيث يستخلص من النص 329 ق م ج⁽⁹³⁰⁾، أن الرسائل الموقع عليها لها نفس القيمة القانونية التي يكتسبها المحرر العرفي المعد للإثبات، وتطبيقاً لمبدأ مساواة التوقيع اليدوي بالتوقيع الإلكتروني، يكون بالتالي للبريد الإلكتروني الموقع إلكترونياً حجية المحرر العرفي المعد للإثبات⁽⁹³¹⁾، والحق في استخدام البريد الإلكتروني في الإثبات يعود للمرسل إليه باعتباره مالكا له، ولكن حقه في ذلك مقيد بألا يكون من تقديمه للإثبات إفشاء أسرار المرسل⁽⁹³²⁾.

غالبا ما يكون البريد الإلكتروني المتبادل بين الأفراد أو الشركات غير موقع عليه إلكترونياً من مرسله، ويثور التساؤل حول حجيته باعتباره لا يحمل توقيعاً، وبالرجوع إلى شروط المحرر العرفي المعد للإثبات، نجد أن التوقيع يعتبر شرطاً جوهرياً لحجيتها، وبذلك فإن البريد الإلكتروني غير الموقع لا يعتد به إلا كمبدأً ثبتت بالكتابة يجب تكميلتها بالبيئة⁽⁹³³⁾.

ولا شك أن استخدام البريد الإلكتروني الموصى عليه يقدم العديد من الفوائد، ويضمن الإرسال ضد مخاطر فقدان أو السرقة أو التلف، وهذه الخدمة تقدم للمرسل لقاء مبلغ جزافي يدفعه مما يكون له دليلاً، على إيداع الإرسال لدى مقدم الخدمة على شبكة الإنترنت والذي يقوم بدور مركز البريد⁽⁹³⁴⁾.

⁽⁹³⁰⁾ راجع المادة 329 ق م ج.

⁽⁹³¹⁾ نسرين محاسنة، "دور الرسالة الإلكترونية في الإثبات في القانون الأردني (على ضوء القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية)"، مجلة الحقوق، المجلد الثالث، جامعة اليرموك، كلية الحقوق، ص 323.

⁽⁹³²⁾ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني - الإثبات في المواد المدنية والتجارية - "طبقاً لأحدث التعديلات ومزيداً بأحكام القضاء، مرجع سابق، ص 94، عصام أنور سليم، مرجع سابق، ص 276.

⁽⁹³³⁾ نسرين محاسنة، مرجع سابق، ص 326.

⁽⁹³⁴⁾ RENARD Isabelle, Premier arrêt de la cour de cassation sur la preuve électronique cour de cassation, Civ. 2, 4 décembre 2008 (pouvoir n° 07-17622), 15 février 2009, p 3. Voir le site: www.fedisa-eu/...007/fichiers/2009_02_15_20_14_51_.pdf

أخذت العديد من التشريعات بالبريد الإلكتروني الموصى عليه، ومن بينها التشريع الفرنسي الذي اعترف به⁽⁹³⁵⁾، ونص في المادة 1369/8 من القانون المدني على أن "الخطاب الموصى عليه والخاص بإبرام العقد أو تنفيذه يمكن إرساله بالبريد الإلكتروني..."⁽⁹³⁶⁾.

على الرغم من أن، المشرع الجزائري لم يقم بوضع قانون ينظم التجارة الإلكترونية بما فيها المعاملات، التي تتم عبر البريد الإلكتروني الموصى عليه، لكن يمكن القياس على ما جاء في نص المادة 412 ق إ م و⁽⁹³⁷⁾، والخاصة بالتبليغ عن طريق الرسالة الموصى عليها، والتي تنهض دليلا على صحة التبليغ، لأن موظف البريد عندما يسلم الرسالة إلى المرسل إليه يوقع هذا الأخير على استلامها، كما أن البريد الموصى يثبت محتوى الرسالة وهوية الأطراف، ويلاحظ من هذا التصور أن البريد الإلكتروني الموصى عليه، يؤدي نفس وظائف الرسائل الموقع عليها، والمنصوص عليها في المادة 329 ق م ج وبالتالي فإن البريد الإلكتروني الموصى عليه، يأخذ نفس الحجية المقررة للمحررات العرفية المعدة للإثبات الواردة في القانون المدني⁽⁹³⁸⁾.

المطلب الثاني

التوقيع والتصديق الإلكترونيين

نظرا لارتباط التوقيع الإلكتروني في الأصل بجوانب فنية وتقنية، فإن هذا الأمر جعل التشريعات على مختلف أصعدتها، سواء أكانت دولية أو إقليمية أو وطنية تعنى بوضع

⁽⁹³⁵⁾ BARBRY Éric, « Spam et prospection commerciale: pas de vide juridique mais des modifications nécessaires », Gazette du palais, n° 113, 22 avril 2004, p.27.

⁽⁹³⁶⁾ Article 1369-8 code civil : « Une lettre recommandée relative à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat peut être envoyée par courrier électronique... ».

⁽⁹³⁷⁾ قانون رقم 09-08 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21 صادر بتاريخ 23 أبريل 2008.

⁽⁹³⁸⁾ يوسف أحمد النوافلة، المحررات الإلكترونية في الإثبات، مرجع سابق، ص 144.

القواعد القانونية، التي تبين المدلول القانوني لهذا الاصطلاح الفني الجديد، وذلك من خلال تحديد المقصود بالتوقيع الإلكتروني وشروطه وصحته وحجيته في الإثبات⁽⁹³⁹⁾.

يلعب التوقيع الإلكتروني دوراً مهماً في ضمان الثقة والأمان بين المتعاملين بالتجارة الإلكترونية⁽⁹⁴⁰⁾، ولكي تتوفر هذه الثقة لدى الأطراف فإن الأمر يستلزم وجود طرف ثالث محايد، مهمته حماية معاملات التجارة الإلكترونية من تلاعب الغير بها، وهذا الطرف هو جهة التصديق على التوقيع الإلكتروني.

لذلك نتناول في هذا المطلب بيان إنشاء التوقيع الإلكتروني (الفرع الأول)، ثم نتعرض للدور الذي تلعبه جهات التصديق في توثيق المعاملات الإلكترونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

إنشاء التوقيع الإلكتروني

نظراً لكون الغاية من النصوص القانونية المنظمة للتوقيع الإلكتروني كإحدى المسائل المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، هي إيجاد إطار تشريعي لمسائل ذات طبيعة فنية بغية توفير الحماية القانونية لها، لم يقتصر الاهتمام بوضع تعريف للتوقيع الإلكتروني وبيان صورته وشروطه وحجيته، من قبل فقهاء القانون بل امتد أيضاً إلى التشريعات، وهذا يستدعي بيان مفهوم التوقيع الإلكتروني، وحجيته في الإثبات.

⁽⁹³⁹⁾ BRULARD Yves et FERNANDEZ Pascal, « Signature électronique: la réforme aura-t-elle accouché d'une (souris) ? », (2^e partie et fin), n° 214, Les petites affiches, 26 octobre 2001, p.4.

⁽⁹⁴⁰⁾ يوسف محمد عبيدات ولافي محمد درادكة، "وسائل حماية التوقيع الرقمي التي جعلته عنصراً مهماً في زيادة التعامل عبر الإنترنت: دراسة تحليلية في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني"، مجلة مؤتة للدراسات، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد الأول، المجلد الرابع والعشرون، جامعة مؤتة، 2009، ص 42.

أولاً: مفهوم التوقيع الكتروني

لدراسة مفهوم التوقيع الإلكتروني، باعتباره أهم الوسائل التي تعتمد عليها التجارة الإلكترونية، في توفير الأمان والثقة عن طريق تحديد شخصية وهوية أطراف المعاملات الإلكترونية، وهذا ما يقتضي توضيح تعريف التوقيع الإلكتروني، وشرح صورته وبيان شروطه.

1- تعريف التوقيع الإلكتروني

نشأ مصطلح التوقيع الإلكتروني نتيجة ازدهار التجارة الإلكترونية، والحاجة إلى تحديد هوية كل طرف من أطراف العقد المبرم عبر وسائل الاتصال، ومعرفة ما إذا كان قد انصرفت إرادة كل طرف إلى الموافقة على مضمون المحرر الذي أفرغ فيه ذلك العقد⁽⁹⁴¹⁾.

قامت بعض المنظمات الدولية والإقليمية بوضع نصوص قانونية نموذجية، تهدي بها الدول الأعضاء فيها في وضع تشريعاتها الوطنية، وقدمت في ظلها مجموعة من التعريفات للتوقيع الإلكتروني، فنجد مثل قانون الأونسيتال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام 2001، قد عرف في مادته الثانية الفقرة (أ) التوقيع الإلكتروني على أنه "بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات"⁽⁹⁴²⁾.

⁽⁹⁴¹⁾ مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012، ص 199.

⁽⁹⁴²⁾ راجع المادة 2 (أ) من قانون الأنسيتال.

عرفه التوجيه الأوروبي رقم 1993/93 الصادر في 13 ديسمبر 1999 والخاص بالتوقيع الإلكتروني في المادة 1/2⁽⁹⁴³⁾ بأنه "توقيع إلكتروني يعني بيانات في شكل إلكتروني متصلة أو مرتبطة منطقياً مع بيانات إلكترونية أخرى، والتي تعمل كطريقة للتصديق".

لم تخرج عن هذه التعريفات التشريعات الوطنية للدول التي أصدرت حتى الآن أو في طريقها لإصدار، القوانين المتعلقة بالمسائل التي تدخل ضمن مفهوم التجارة الإلكترونية وعليه فقد عرفت المادة 4/1316 من القانون المدني الفرنسي⁽⁹⁴⁴⁾، المعدلة والمضافة بقانون التوقيع الإلكتروني الفرنسي رقم 2000/230 الصادر في 13 مارس 2000 التوقيع⁽⁹⁴⁵⁾، بصفة عامة بأنه "التوقيع الضروري لإتمام التصرف القانوني الذي يميز هوية من وقعه، ويعبر عن رضائه بالالتزامات التي تنشأ عن التصرف، عندما يكون إلكترونيًا، فيجب أن يتم باستخدام وسيلة آمنة لتحديد هوية الموقع وضمان صلته بالتصرف الذي وقع عليه"⁽⁹⁴⁶⁾.

كما عرفته المادة 1/ج من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 الصادر في 22 أبريل 2004، بأنه "ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره"⁽⁹⁴⁷⁾.

⁽⁹⁴³⁾ Article 2, 1), directive 1999/93/CE : la « Signature électronique est une donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et sert de méthode d'authentification. »

⁽⁹⁴⁴⁾ Article 1316-4 « La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. »

⁽⁹⁴⁵⁾ BRULARD Yves et FERNANDEZ Pascal, « Signature électronique : la réforme aura-t-elle accouché d'une (souris) ? », (1^{ère} partie), Les petites affiches, n° 213, 25 octobre 2001, p.10.

⁽⁹⁴⁶⁾ علاء حسين مطلق التميمي، التوقيع بالشكل الإلكتروني ومدى حجتيه في الإثبات المدني "دراسة تحليلية مقارنة في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014، ص 92.

⁽⁹⁴⁷⁾ عبد الله أحمد عبد الله غرايبة، حجية التوقيع الإلكتروني في التشريع المعاصر، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 40.

كما تضمن القانون رقم 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين في نص المادة 2، ستة عشر تعريفاً على رأسها يأتي تعريف التوقيع الإلكتروني بأنه "التوقيع الإلكتروني: بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقياً ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق". يلاحظ من هذا التعريف أنه مطابق تماماً مع التعريف الذي وضعه التوجيه الأوروبي رقم 1999/93 الخاص بالتوقيعات الإلكترونية، وهذا الأخير قد تبني في نص المادة 2-3⁽⁹⁴⁸⁾ تعريفاً موسعاً للتوقيع الإلكتروني، بحيث لا يقتصر على التوقيع الشخصي بالمعنى الضيق، الذي يكفل للمحرر الإلكتروني حججه القانونية في الإثبات، بل جاء عاماً وشاملاً بحيث يشمل أشكالاً أخرى من تحديد صاحب التوقيع وتمييزه في الاستعمالات المختلفة لأنظمة المعلومات⁽⁹⁴⁹⁾.

بعد استعراض بعض التعريفات التشريعية للتوقيع الإلكتروني، لابد من التعرض للآراء الفقهية التي قدمت عدة مصطلحات مترادفة للتوقيع الإلكتروني، والتي تنصب مجملها في معنى واحد، فقد عرفه البعض بأنه "مجموعة من الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمناسبة"⁽⁹⁵⁰⁾.

وعرفه البعض الآخر بأنه "مجموعة من الإجراءات والوسائل التي يتبع استخدامها، عن طريق الرموز أو الأرقام إخراج رسالة إلكترونية، تتضمن علامة مميزة لصاحب الرسالة

⁽⁹⁴⁸⁾ Article 2-3), directive 1999/93/CE : « La signature électronique est une donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de méthode d'authentification. »

⁽⁹⁴⁹⁾ PENNEAU Anne, La forme et la preuve du contrat électronique, L'acquis communautaire, op cit, p.p. 265-266.

⁽⁹⁵⁰⁾ حسن عبد الباسط جمعي، مرجع سابق، ص 34، مشار إليه كذلك عند كل من: سند حسن سالم صالح، التنظيم القانوني للتوقيع الإلكتروني وحججه في الإثبات المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 57، ولورنس محمد عبيدات، مرجع سابق، ص 127.

المنقولة إلكترونياً يجري تشفيرها باستخدام زوج من المفاتيح، واحد معلن والآخر خاص بصاحب الرسالة⁽⁹⁵¹⁾.

يمكن من جهتنا أن نعرف التوقيع الإلكتروني بأنه "عناصر متفردة خاصة بشخص الموقع تتخذ شكل رموز أو أرقام مرخص بها من الجهة المختصة باعتماد التوقيع، لتوضع على المحرر الإلكتروني تعبيراً عن رضا الشخص الذي تميزه عن غيره".

2- صور التوقيع الإلكتروني

تعددت صور التوقيع الإلكتروني بحسب الوسيلة أو التقنية التي تستخدم في إنشاء التوقيع، كما تتباين هذه الصور فيما بينها من حيث درجة الثقة ومستوى ما تقدمه، من ضمان بحسب الإجراءات المتبعة في إصدارها وتأمينها والتقنيات التي تتيحها، وتتمثل أهم صور التوقيع الإلكتروني في: التوقيع الكودي أو السري، التوقيع البيومتري، التوقيع بالقلم الإلكتروني والتوقيع الرقمي.

أ- التوقيع الكودي أو السري

يقصد به استخدام مجموعة من الأرقام أو الحروف أو كليهما، يختارها صاحب التوقيع لتحديد هويته وشخصيته، ويتم تركيبها في شكل كودي معين بحيث لا يعلمها إلا صاحب التوقيع فقط ومن يبلغه بها، وتسمى هذه الطريقة (Personal Identification nombre) ويرمز إليها اختصاراً (P.I.N)⁽⁹⁵²⁾، ويستخدم التوقيع الكودي أو السري في المراسلات وإبرام عقود التجارة الإلكترونية والمعاملات البنكية، وذلك من أجل السحب النقدي من خلال أجهزة

⁽⁹⁵¹⁾ عيسى غسان ربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 55.

⁽⁹⁵²⁾ ممدوح محمد علي مبروك، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 9.

الصرف الآلية أو الدفع الإلكتروني⁽⁹⁵³⁾، عن طريق القيام بدفع ثمن السلع والخدمات في المتاجر بإدخال البطاقة البنكية في الجهاز المخصص لذلك⁽⁹⁵⁴⁾.

يرى بعض الفقهاء⁽⁹⁵⁵⁾ أن هذا النوع من التوقيع الإلكتروني لا يصلح لإعداد الدليل الكتابي المعد مقدماً للإثبات، وذلك لأن هذا النوع من التوقيع لا يتم إلحاقه بأي محرر كتابي، وإنما يتم تسجيله في وثائق البنك منفصلاً عن أية وثيقة تعاقدية، لذلك فإن أثره في الإثبات يقتصر، على الحالات التي يوجد فيها بين الطرفين علاقة تعاقدية مسبقة، واتفاق خاص بشأن ما يثور بسببها من منازعات.

مما لا شك فيه أن هذا النوع من التوقيع في الشكل الإلكتروني هو الأكثر شيوعاً لدى الجمهور، ولا يتطلب الكثير من العناية أو خبرة معينة، بل يمكن لكل شخص أن يستخدمها كما أنه لا يستلزم أن يمتلك الشخص جهاز حاسب آلي، أو أن يكون جهازه متصلاً بشبكة الإنترنت.

ب- التوقيع البيومتري

يقصد بالتوقيع البيومتري التحقق من الشخصية باستخدام الخواص السلوكية والجسدية للشخص، وذلك لتمييزه وتحديد هويته، لذا يطلق عليه التوقيع بالخواص الذاتية⁽⁹⁵⁶⁾.

تعتمد هذه الصورة من صور التوقيع الإلكتروني، على حقيقة علمية هي أن لكل شخص صفات ذاتية خاصة به، تختلف من شخص إلى آخر تتميز بالثبات النسبي، مما

(953) عباس العبودي، مرجع سابق، ص 153.

(954) علاء حسين مطلق التميمي، مرجع سابق، ص 141.

(955) سند حسن سالم صالح، مرجع سابق، ص ص 81-82، ثروت عبد الحميد، مرجع سابق، ص 59.

(956) عبد الله أحمد عبد الله غرايبة، مرجع سابق، ص 50.

يؤدي إلى توافر الثقة في أن التوقيع بأحد تلك الخواص قد تم عن طريق الموقع ذاته مما يحدد هويته وبالتالي منحه الحجية القانونية في الإثبات⁽⁹⁵⁷⁾.

يتم التحقق من شخصية الموقع المتعامل مع هذه الطرق البيومترية، عن طريق أجهزة إدخال المعلومات إلى الحاسب الآلي، التي تقوم بالتقاط صورة دقيقة لعين الموقع أو صوته أو يده أو بصمته الشخصية⁽⁹⁵⁸⁾، ويتم تخزينها بطريقة مشفرة في ذاكرة الحاسب الآلي ويعاد فك هذا التشفير للتحقق من صحة التوقيع، وذلك بمطابقة صفات وسمات العميل المستخدم للتوقيع، مع الصفات التي يتم تخزينها على جهاز الحاسب الآلي، ولا يسمح له بالتعامل إلا في حالة المطابقة الكاملة⁽⁹⁵⁹⁾.

يعيب على هذه الطريقة في نظر بعض الفقهاء⁽⁹⁶⁰⁾، إمكانية مهاجمتها أو نسخها من قرصنة الحاسب الآلي عن طريق فك شفرتها، فضلا عن أنها ذات تكلفة عالية نسبيا.

لذلك نرى مع بعض الفقهاء⁽⁹⁶¹⁾، أن تأمين الثقة في التوقيع البيومتري يتطلب استخدام منظومة بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني مؤمنة، بحيث تضمن انتقاله دون القدرة على التلاعب فيه، فضلا عن توافر الضوابط الفنية والشروط القانونية اللازمة للاعتداد به كحجة في الإثبات.

ج- التوقيع بالقلم الإلكتروني

التوقيع بالقلم الإلكتروني (pen-op) هو طريقة حديثة من طرق التوقيع البيومتري ويتم عن طريق قيام، الموقع بكتابة توقيعه الشخصي باستخدام قلم إلكتروني ضوئي خاص

(957) إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 256.

(958) أسامة بن غانم العبيدي، "حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات"، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، العدد

56، المجلد 28، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ص 155.

(959) علاء حسين مطلق التميمي، مرجع سابق، ص 149.

(960) إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 257، سند حسن سالم صالح، مرجع سابق، ص 85.

(961) ممدوح محمد علي مبروك، مرجع سابق، ص 14.

وحساس، يمكنه الكتابة على شاشة جهاز الحاسب الآلي عن طريق برنامج خاص ويقوم بخدمة التقاط التوقيع⁽⁹⁶²⁾، والتحقق من صحته بالاستناد إلى حركة القلم على الشاشة والأشكال التي يتخذها من دوائر، وانحناءات، أو الالتواء أو نقاط، ودرجة الضغط بالقلم وغير ذلك من سمات التوقيع الشخصي الخاصة بالموقع، والذي يكون قد سبق تخزينه بالحاسب الآلي، ويحتاج هذا النوع من التوقيع إلى تقنية عالية، ونوع خاص من الحاسبات يقبل الكتابة على شاشته مباشرة⁽⁹⁶³⁾، كما يمكن نقل التوقيع المحرر باليد عن طريق التصوير بالماسح الضوئي (scanner)، ثم نقل هذه الصورة إلى الملف الذي يراد إضافة التوقيع إليه عبر شبكة الاتصال الإلكترونية⁽⁹⁶⁴⁾، ومع مرونة هذه الطريقة فإنها لا توفر أي درجة من درجات الأمان، لأنه لا يجب أن يدل التوقيع الإلكتروني على هوية الموقع، من الإطلاع عليه وإنما يجب أن يكون رمزا أو إشارة لا يعرفه إلا الموقع⁽⁹⁶⁵⁾.

د - التوقيع الرقمي

هو عبارة عن أرقام حسابية مطبوعة تسمى لمحتوى المعاملة التي يتم التوقيع عليها بالطريقة ذاتها أي باستخدام الأرقام، ويتم إعداد التوقيع الرقمي من خلال معدلات رياضية باستخدام اللوغاريتمات، يتحول بها التوقيع والمحرر المكتوب من نمط الكتابة العادية إلى معادلة رياضية، لا يمكن لأحد أن يعيدها إلى الصيغة المقروءة إلا الشخص الذي لديه المعادلة الخاصة بذلك وهي مفتاح فك الشفرة⁽⁹⁶⁶⁾.

(962) عيسى غسان ربيضي، مرجع سابق، ص 64.

(963) عبد الله أحمد عبد الله غرايبة، مرجع سابق، ص 48.

(964) حسن عبد الباسط جمعي، مرجع سابق، ص 35، مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 204.

(965) قاشي علال، "التوقيع الإلكتروني"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، العدد 1، جامعة الجزائر، كلية

الحقوق، بن عكنون، 2007، ص 179.

(966) ثروت عبد الحميد، مرجع سابق، ص 62.

يتم التشفير⁽⁹⁶⁷⁾ باستخدام نظام المفاتيح، أحدهما للتشفير ويسمى المفتاح الخاص ويكون هذا المفتاح سرياً لدى صاحبه، والثاني لفك التشفير يسمى المفتاح العام، ويرتبط هذا المفتاح العام بالمفتاح الخاص⁽⁹⁶⁸⁾، ولكن يتميز عنه بعدم الاحتفاظ بسريته حيث يبلغ إلى المرسل إليه ليتمكن عن طريقه من فك شفرة الرسالة⁽⁹⁶⁹⁾، وقد اصطلح على تسمية هذا النظام بنظام المفتاح العام، وهناك من يسميه بالتوقيع الرقمي القائم على التشفير، وميزة هذه الطريقة أنه لو عرف أحد المفاتيح فلا يمكن معرفة المفتاح الآخر حسابياً.

يمكن تعريف التشفير بأنه "تعبير في شكل البيانات عن طريق تحويلها إلى رموز، أو إشارات لحماية هذه البيانات من إطلاع الغير عليها أو تعديلها"⁽⁹⁷⁰⁾. ويعتبر التشفير أحد وسائل تحقق الأمان والتأمين والسرية لتحويل المعلومات إلى رموز، بحيث يستحيل الوصول إليها لغير المرخص له بها، وتتم باستخدام برامج تقوم بتحويل المعلومات وترجمتها إلى رموز، فإذا تم الوصول إليها من قبل أشخاص غير مخول لهم بذلك لا يتمكنون من فهمها، بسبب ظهور خليط من الرموز والأرقام والحروف غير المفهومة.

يحتاج التوقيع الرقمي إلى سلطة أو جهة تصديق إلكترونية مرخص لها أو معتمدة⁽⁹⁷¹⁾، تقوم بالتحقق من هوية الأشخاص المستخدمين لهذا التوقيع الرقمي والتأكد من نسبة المفتاح العام المستخدم لصاحبه، وإصدار شهادة تصديق إلكترونية تفيد صحة توقيع العملاء بموجبها، وتثبت الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع⁽⁹⁷²⁾.

(967) راجع فيما يخص طرق تشفير التوقيع الإلكتروني: عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني "في النظم القانونية المقارنة"، مرجع سابق، ص 31-32، عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص 567.
(968) منير محمد الجنبهي، ممدوح محمد الجنبهي، تزوير التوقيع الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 47، أنظر أيضاً: محمد مرسي زهرة، مرجع سابق، ص 236.
(969) يوسف أحمد النوافلة، الإثبات الإلكتروني في المواد المدنية والمصرية، مرجع سابق، ص 90.
(970) محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص 25.
(971) عباس العبودي، مرجع سابق، ص 155.

(972) BENSOUSSAN Alain, op cit, p.46.

يرى غالبية الفقهاء⁽⁹⁷³⁾ - ونؤيدهم في ذلك - أن التوقيع الرقمي القائم على التشفير يحقق أعلى درجات الأمان والثقة في المعاملات، ويضمن تحديد هوية أطراف المعاملة ويميزهم عن غيرهم، ويمكن بواسطته كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الموقع إلكترونياً، لذا حاز على اعتراف وثقة العديد من الدول بشكل عام والشركات - خاصة قطاع البنوك - بشكل خاص، وقد أخذت تشريعات معظم الدول كالولايات المتحدة، وفرنسا، وألمانيا وإيطاليا، ونصوص التوجيه الأوروبي بالتوقيع الرقمي.

أما عن التشريع الجزائري، فيمكن القول أن قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين أقر استخدام تكنولوجيا التوقيع الرقمي، وإن لم يفصح صراحة عن اعتماده لمثل هذا التوقيع حيث جاء النص بالإشارة إلى التوقيع الإلكتروني دون تسمية التوقيع الرقمي⁽⁹⁷⁴⁾.

ثانياً: شروط حجية التوقيع الإلكتروني

تتطلب النصوص القانونية التي تنظم عملية التوقيع الإلكتروني مجموعة من الشروط حتى يمكن إضفاء الحجية على ذلك التوقيع، وتتمثل هذه الشروط أساساً في كون التوقيع مقصوراً على صاحبه، وخاضعاً لسيطرته المطلقة، وقابليته للتحقق من صحته، وفي الأخير يجب أن يكون التوقيع الإلكتروني مرتبطاً بالبيانات التي يثبتها.

ورد ذكر هذه الشروط في المادة 7 من قانون رقم 04-15 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين الجزائري⁽⁹⁷⁵⁾، التي تنص على أن "التوقيع الإلكتروني الموصوف هو التوقيع الإلكتروني الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية:

⁽⁹⁷³⁾ ممدوح محمد علي مبروك، مرجع سابق، ص 20.

⁽⁹⁷⁴⁾ أنظر المادة 1/2 من قانون 04/15 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

⁽⁹⁷⁵⁾ جريدة رسمية عدد 6 صادر بتاريخ 10 فيفري 2015.

1. أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوف،
2. أن يرتبط بالموقع دون سواه،
3. أن يمكن من تحديد هوية الموقع،
4. أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني،
5. أن يكون منشأ بواسطة رسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع،
6. أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات". سنتناول شرح مختلف هذه الشروط وذلك على النحو الآتي:

1- أن يرتبط التوقيع الإلكتروني بالموقع دون سواه

الهدف من هذا الشرط هو تميز الموقع عن غيره، الأمر الذي يجعله من الصعب على غير صاحب التوقيع القيام بنفس التوقيع، ويسمى بالتوقيع المباشر حيث يتولى الشخص بنفسه عملية التوقيع، وأن لا يكون هناك انفصال بينه وبين التوقيع، بالتالي فإن التوقيع الإلكتروني يجب أن يتميز بارتباطه بالشخص الذي وقعته⁽⁹⁷⁶⁾، ويحدد هويته وحده دون غيره فيجعل المحرر الإلكتروني منسوبا إليه، ويكون شاهدا على النية بالالتزام بمضمونه⁽⁹⁷⁷⁾، وهذا بالإضافة إلى أنه شرط لحجية التوقيع الإلكتروني، فهو وظيفة أيضا من الوظائف التي يؤديها التوقيع الإلكتروني⁽⁹⁷⁸⁾.

فالتوقيع عمل إرادي اختياري، فلا بد أن يكون بشكل يؤكد ارتباطه بصاحبه، وأن عملية التوقيع الرقمي تركز على استخدام المفاتيح (العام والخاص)⁽⁹⁷⁹⁾، والتي تتم في نطاق من السرية والكتمان عبر الشبكات، إذ يستطيع المتعاقد من خلال هذه المفاتيح أن

(976) علاء حسين مطلق التميمي، مرجع سابق، ص 111.

(977) نور خالد عبد المحسن العبد الرزاق، حجية المحررات والتوقيع الإلكتروني في الإثبات عبر شبكة الإنترنت، رسالة

لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2009، ص ص 103-104.

(978) محمد مرسي زهرة، مرجع سابق، ص 257.

(979) أيمن سعد سليم، التوقيع الإلكتروني "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 25.

يمكن من التأكد من ارتباط التوقيع بالمرسل، وذلك من خلال مقارنة التوقيع المصاحب لرسالة المعلومات مع المفتاح العام للمرسل، فإذا تم التطابق كان التوقيع مرتبطاً بصاحب الرسالة.

2- أن يمكن التوقيع الإلكتروني من تحديد هوية الموقع

مفاد هذا الشرط أن يكون التوقيع الإلكتروني الموثق قادراً على التعريف بشخص صاحبه⁽⁹⁸⁰⁾، ولا يعني هذا بالضرورة أن يتكون من اسم الشخص الموقع أو أن يشتمل على هذا الاسم، بل المهم أن يكتسب التوقيع الإلكتروني صفته كتوقيع من خلال وظيفته بتحديد شخصية وإرادة الموقع⁽⁹⁸¹⁾.

عرف قانون 04/15 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني الموقع في نص المادة 2 فقرة 2 على أنه "شخص طبيعي يحوز بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني ويتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله".

وعليه، يعتبر التوقيع الإلكتروني مرتبطاً بالموقع إذا كان له طابع متفرد يسمح بتحديد هوية الموقع ويميزه عن غيره من الأشخاص، بحيث يدل التوقيع الموجود على المحرر الإلكتروني على شخصية الموقع وأنه ينسب لشخص معين بالذات⁽⁹⁸²⁾، ويعتبر تحديد هوية الموقع من أولى الضمانات، التي يجب أن يحققها المحرر الإلكتروني لقبوله دليلاً في الإثبات، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال المادة 323 مكرر 1 من ق م ج التي جاء فيها "بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها"، بالتالي فإن حجية التوقيع

(980) أسامة بن غانم العبيدي، مرجع سابق، ص 148.

(981) يدل التوقيع المضمن في المحرر الإلكتروني على نسبته لشخص معين بالذات، وبالتالي يجعل المحرر منسوب إليه، وهذه الوظيفة يقوم بها التوقيع الإلكتروني في شكل علامة خطية وشخصية لصاحب التوقيع، ويعد المحرر الذي يحمل التوقيع كتابي كامل يحتج به على من وقع.

(982) عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، مرجع سابق، ص 336.

تعتمد على مدى قدرة هذا التوقيع على تحديد شخصية الموقع ودلالته، على سلامة وصحة انصراف الإرادة إلى الشخص الذي أصدر المحرر الإلكتروني.

3- أن يكون التوقيع الإلكتروني منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع

يقصد بهذا الشرط أن تكون بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني، تحت سيطرة الموقع وحده في وقت إنشاء التوقيع⁽⁹⁸³⁾، وقد صدر حكم من محكمة استئناف (Besançon) في 20 أكتوبر 2000، يؤكد على ضرورة أن تكون وسائل التوقيع الإلكتروني تحت سيطرة الموقع وحده دون غيره، وإلا لا يعتبر هذا التوقيع حجة على الموقع ولا على الغير.

تتلخص وقائع القضية - المعروفة بقضية (Sarl Boisson C/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 الإلكتروني، لأن دوره في إثبات شخصية الموقع أصبح مشكوكا فيه، ولأن بيانات التوقيع خرجت من تحت يد الموقع إلى شخص آخر وهو محاميه ومساعدته في مكتبه⁽⁹⁸⁴⁾.

ومقتضى هذا الحكم أن التوقيع الإلكتروني لا تكون له قيمة قانونية، إلا إذا كانت الوسائل التقنية المعدة خصيصا لإحداثه تكون ذات قدر عال من الحماية، حيث تجعله متعلقا بشخص الموقع دون غيره، وأن لا يكون لدى الغير علم بها أو تكون تحت حوزتهم فيسهل عليهم استخدامها.

(983) نور خالد عبد المحسن العبد الرزاق، مرجع سابق، ص 192.

(984) نقلا عن: أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص 29، مذكور كذلك عند: عيسى غسان ربيضي، مرجع سابق، ص 92، و علاء حسين مطلق التميمي، مرجع سابق، ص 133.

وقد سار المشرع الجزائري في هذا الإتجاه، وذلك عندما نص في المادة 5/7 من قانون رقم 04/15 على أن يكون التوقيع الإلكتروني "مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني". وهو ما أكدته كذلك المادة 3 مكرر من المرسوم 162/07 عند تعريفها لمصطلح التوقيع الإلكتروني المؤمن: "وهو توقيع إلكتروني يفي بالمتطلبات الآتية: - يتم إنشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية."

4- ارتباط التوقيع الإلكتروني بالمحرر ارتباطا وثيقا

يعد هذا الشرط هاما جدا لضمان سلامة المحرر الموقع إلكترونيا، ويمكن من خلاله اكتشاف أي تعديل أو تبديل، بالمحرر الموقع عليه إلكترونيا لاتصال هذا التوقيع اتصالا ماديا ومباشرا بالمحرر الإلكتروني⁽⁹⁸⁵⁾، وهذا يعني أن أي تعديل على المحرر الموقع لابد أن يحدث تغيير على التوقيع الإلكتروني، ويكون هذا التغيير ظاهرا يسهل اكتشافه من خلال هيئة التصديق، وهذا ما يضمن سلامة المعلومات الموجودة في المحرر الإلكتروني⁽⁹⁸⁶⁾.

يتحقق ارتباط التوقيع الإلكتروني ببيانات المحرر الإلكتروني، من الناحية الفنية والتقنية وفقا لنص المادة 6/7 من قانون 04/15 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، إذا ارتبط التوقيع الإلكتروني، إلى منظومة تكوين بيانات إنشاء توقيع إلكتروني، والتي عرفها قانون 04/15 في المادة 2 فقرة 3 بأنها "بيانات فريدة، مثل الرموز أو مفاتيح التشفير الخاصة، التي يستعملها الموقع لإنشاء التوقيع الإلكتروني".

لم يكتفي قانون رقم 04-15 بالاعتماد على منظومة تكوين بيانات توقيع إلكتروني فقط بل وضع في المادة 11 شروطا معينة من شأنها جعل منظومة تكوين التوقيع الإلكتروني مؤمنة⁽⁹⁸⁷⁾، وجاء نصها على الشكل الآتي: "الآلية المؤمنة لإنشاء التوقيع

(985) لورنس محمد عبيدات، مرجع سابق، ص 131.

(986) يوسف أحمد النواقل، الإثبات الإلكتروني في المواد المدنية والمصرفية، مرجع سابق، ص 184.

(987) تنص المادة 10 من قانون 04-15 على ما يلي "يجب أن تكون آلية إنشاء التوقيع الإلكتروني الموصوف مؤمنة."

الإلكتروني هي آلية إنشاء توقيع إلكتروني تتوفر فيها المتطلبات الآتية:

1- يجب أن تضمن بواسطة الوسائل التقنية والإجراءات المناسبة، على الأقل ما يأتي:

أ. ألا يمكن عمليا مصادفة البيانات المستخدمة لإنشاء التوقيع الإلكتروني إلا مرة واحدة، وأن يتم ضمان سريتها بكل الوسائل التقنية المتوفرة وقت الاعتماد،

ب. ألا يمكن إيجاد البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني عن طريق الاستنتاج وأن يكون هذا التوقيع محميا أي تزوير عن طريق الوسائل التقنية المتوفرة وقت الاعتماد،

ج. أن تكون البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني محمية بصفة موثوقة من طرف الموقع الشرعي من أي استعمال من قبل الآخرين.

2 - يجب أن لا تعدل البيانات محل التوقيع وأن لا تمنع أن تعرض هذه البيانات على الموقع قبل عملية التوقيع.

نجد أن الشروط الواردة في المادة 11 من قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين، لا تخرج عن ما جاء من شروط المنصوص عليها في التوجيه الأوروبي للتوقيع الإلكتروني⁽⁹⁸⁸⁾، وكذلك مرسوم مجلس الدولة الفرنسي⁽⁹⁸⁹⁾، إلا أن ما اقتبسه قانون التوقيع الإلكتروني الجزائري قد جانب الانتقاد الموجه للتوجيه الأوروبي، فقد جاء فيه أن بيانات إنشاء التوقيع المستخدمة في إحداثه لا يمكن مع تأكيدات معقولة، أن يتم استنتاجها أو استنباطها، وأن يتم حماية التوقيع ضد أي تزوير باستخدام التكنولوجيا المتاحة حاليا، وهو ما سيترتب عليه جمود في التقنيات المستخدمة وفقا للتوجيه الأوروبي، حيث ستظل التكنولوجيا الموجودة وقت صدور التوجيه هي المعتبرة فقط، لذا كان من المستحسن أن تستبدل عبارة " باستخدام التكنولوجيا المتاحة وقت إنشاء التوقيع" بعبارة "باستخدام التكنولوجيا المتوفرة حاليا"

⁽⁹⁸⁸⁾ Voir l'article 5 de la directive 1999/93/CE.

⁽⁹⁸⁹⁾ Article 3 du décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, voir le site : www.legifrance.gouv.fr

وهو ما جاء فعلا في المادة 11 فقرة 1/ب من قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين الجزائري.

وعليه، إذا استوفى التوقيع الإلكتروني الشروط القانونية والفنية المطلوبة، قامت قرينة صحة هذا التوقيع وتمتعه بقيمة قانونية، تعادل القيمة القانونية التي يتمتع بها التوقيع الخطي ويمنح له نفس الحجية القانونية في الإثبات، غير أن هذه الحجية ليست مطلقة تمنح لأي توقيع إلكتروني، فمنح الحجية الكاملة في الإثبات للتوقيع الإلكتروني يتوقف على توافر الشروط السابقة تجعله توقيعاً موثقاً به.

كما أن قانون التوقيع الإلكتروني الجزائري ميز بين التوقيع الإلكتروني الموصوف والتوقيع الإلكتروني غير الموصوف، فالأول هو الذي له حجية في الإثبات⁽⁹⁹⁰⁾ أما الثاني فتتوقف حجيته، على السلطة التقديرية لقضاة الموضوع، وذلك من خلال التحري في مدى صحة الدليل المعروض أمامهم، ويمكنهم في ذلك الاستعانة بأهل الخبرة، ولا يمكن بدليل نص المادة 9 من القانون 04-15 تجريده من أي قيمة قانونية، وبالتالي يجوز التمسك به أمام القضاء ولا يمكن للقاضي رفضه بسبب شكله الإلكتروني أو أنه يفتقد إلى وجود شهادة التصديق الإلكتروني، أو أنه لم يتم إحداثه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني. ومهما يكن من أمر، فإن التوقيع الموصوف هو الذي يرقى إلى مرتبة حجية الدليل الكتابي الكامل، ما دام أنه مرتبط بشهادة تصديق إلكتروني معتمدة وسارية المفعول صادرة من جهة تصديق إلكتروني مرخص لها أو معتمدة.

(990) تنص المادة 8 من القانون رقم 04-15 على أنه "يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف مماثلاً للتوقيع المكتوب، سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً."

الفرع الثاني

تصديق التوقيع الإلكتروني

يعتمد الأفراد في حياتهم اليومية على التجارة الإلكترونية، لإجراء معاملاتهم اليومية وذلك من خلال شبكة الإنترنت، وقد واجهت هذه المعاملات بعض الصعوبات القانونية الدائرة حول إثباتها وتحديد مضمونها، لذلك فإن توفير عنصرَي الأمان والثقة أصبح أمراً ضرورياً لتطوير التجارة الإلكترونية، مما استلزم وجود طرف ثالث محايد موثوق به يقوم بطرقه الخاصة، بالتأكد من صحة صدور الإرادة التعاقدية الإلكترونية ممن تنسب إليه⁽⁹⁹¹⁾.

وحسب التشريعات الدولية والإقليمية والوطنية، يتمثل هذا الطرف المحايد في أفراد أو شركات أو جهات مستقلة محايدة تقوم بدور الوسيط، بين المتعاملين لتوثيق معاملاتهم الإلكترونية⁽⁹⁹²⁾ سميت بجهات التصديق⁽⁹⁹³⁾.

ستتم دراسة التصديق الإلكتروني ببيان النظام القانوني لتأدية خدمات التصديق لإلكتروني (أولاً)، ومسؤولية مؤدي خدمات التصديق (ثانياً).

أولاً: النظام القانوني لتأدية خدمات التصديق الإلكتروني

تعتبر سلطات المصادقة المتدخلة بين أطراف العلاقات التجارية الإلكترونية من أهم وسائل حماية التوقيع الإلكتروني، على أساس أن ما تصدره من شهادات يعتبر بمثابة مفهوم

(991) زهيرة كيسي، "النظام القانوني لجهات التوثيق (التصديق) الإلكتروني"، دفاتر السياسة والقانون، العدد السابع، جامعة ورقلة، جوان 2012، ص 214.

(992) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، "توثيق التعاملات الإلكترونية ومسؤولية جهة التوثيق تجاه الغير المتضرر"، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، المجلد الأول، جامعة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة من 10-12 مايو 2003، المجلد الخامس، ص 1845.

(993) التصديق هي عملية يتأكد بها من صحة الكتابة الإلكترونية يقوم بها طرف محايد، وهو في الغالب، طرف ثالث أجنبي عن المتعاقدين أطراف التعاقد الإلكتروني، ويسمى هذا الطرف في القانون فرنسي مقدم خدمات التصديق " Prestataire de service de certification"، وفي مصر يسمى جهة التصديق، وفي التشريع الجزائري يسمى جهة إصدار مؤدي خدمات التوقيع الإلكتروني، وهكذا تختلف التسمية التي تطلق عليه في النظم القانونية المختلفة.

آخر لنظام التوقيع الإلكتروني، يؤدي إلى اعتبار المحرر الموقع إلكترونيا وسيلة لإثبات هوية الموقع، وهذا ما يوفر الأمان والثقة بين المتعاملين في التجارة الإلكترونية.

وعليه سنتعرض لجهات التصديق الإلكتروني ثم نتبعها بدراسة شهادات التصديق الإلكتروني.

1- جهات التصديق الإلكتروني

عرف المشرع الجزائري مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني في المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية⁽⁹⁹⁴⁾ بأنه "مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني هو كل شخص في مفهوم المادة 8-8 من القانون رقم 2000-03 المؤرخ في 5 أوت 2000 والمذكورة أعلاه، يسلم شهادات إلكترونية أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الإلكتروني." وحسب نص المادة 8-8 التي أحال إليها المشرع الجزائري، نجدها عرفت مؤدي الخدمات بأنه "موفر الخدمات: كل شخص معنوي أو طبيعي يقدم خدمات مستعملا وسائل المواصلات السلكية واللاسلكية".

وقد خص المرسوم التنفيذي رقم 07-162 في المادة 2 سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، سلطة إصدار التراخيص بمزاولة نشاط إصدار شهادات التصديق الإلكتروني، وفق طلب يقدمه كل شخص يرغب في ممارسة نشاط التصديق الإلكتروني، كما ورد فيها أن ترخيص مصالح التصديق الإلكتروني يكون مرفقا بدفتر الشروط يحدد حقوق وواجبات مؤدي الخدمات والمستعمل⁽⁹⁹⁵⁾، دون أن يبين الشروط التي

(994) جريدة رسمية عدد 37، صادر بتاريخ 7 يونيو 2007.

(995) راجع المادة 2 من المرسوم التنفيذي 07-162.

يجب توافرها في الشخص الذي يريد ممارسة هذا النشاط تركا تحديدها لدفتر الشروط المذكور في نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي 07-162⁽⁹⁹⁶⁾.

بالرجوع إلى قانون 04/15 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين نجد أنه عرف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني في المادة 12/2 على أنه " شخص طبيعي أو معنوي يمنح شهادات تصديق إلكترونية موصوفة وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني".

يتضح في قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين الجزائري أن سلطة ضبط البريد والمواصلات تعين سلطة اقتصادية للتصديق الإلكتروني⁽⁹⁹⁷⁾، تتولى منح التراخيص لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، وفقا للشروط الواردة في المادة 34⁽⁹⁹⁸⁾ التي تنص على أنه: "يجب على كل طالب ترخيص لتأدية خدمة التصديق الإلكتروني أن يستوفي الشروط الآتية: - أن يكون خاضعا للقانون الجزائري للشخص المعنوي أو الجنسية الجزائرية للشخص الطبيعي،

- يتمتع بقدرة مالية كافية،

- أن يتمتع بمؤهلات وخبرة ثابتة في ميدان تكنولوجيا الإعلام والاتصال للشخص الطبيعي والمسير للشخص المعنوي،

- أن لا يكون قد سبق الحكم عليه في جناية أو جنحة تتنافى مع نشاط تأدية خدمات التصديق الإلكتروني".

بالتالي فإن وضع التراخيص بيد السلطة الاقتصادية للتوقيع الإلكتروني - وهي جهة حكومية - يضمن رقابة الدولة على مقدمي خدمات التصديق واستمرارية توافر الشروط

⁽⁹⁹⁶⁾ زروق يوسف، مرجع سابق، ص 268.

⁽⁹⁹⁷⁾ أنظر المادة 29 من قانون 04/15 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

⁽⁹⁹⁸⁾ جريدة رسمية عدد 6 صادر بتاريخ 10 فيفري 2015.

والضوابط الفنية، كما يحقق الأمن على المستوى الداخلي أو على مستوى التعاون الدولي لمكافحة الجرائم الدولية.

لا يقتصر دور مؤدي خدمات التصديق على تحديد هوية الأطراف في عقود التجارة الإلكترونية، وتحديد أهليتهم للتعامل فحسب⁽⁹⁹⁹⁾، بل تقوم بالإضافة إلى ذلك بإجراءات من شأنها التحقق، من مضمون التعامل وجديته وتقوم أيضا بعمليات تشفير المعاملات الإلكترونية أو فك تشفيرها، عن طريق إصدار المفتاح العام والمفتاح الخاص⁽¹⁰⁰⁰⁾، حيث تشكل جهة التوثيق حلقة الوصل بين المفتاح العام والخاص، في التوقيعات الرقمية بإصدارها شهادات التوثيق التي تؤكد هوية طرفي التعامل، وصحة نسبة التوقيع إلى من صدر عنه⁽¹⁰⁰¹⁾.

كما وضع المشرع الجزائري وفقا للمادتين 58 و 59 من قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين إلزاما على عاتق مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، بعدم التوقف عن مزاوله النشاط المرخص به، أو اندماجه في جهة أخرى أو التنازل عنه للغير إلا بعد الحصول على موافقة كتابة مسبقة من الجهة المختصة.

2- شهادات التصديق الإلكتروني

يلجأ المتعاملون بالتجارة الإلكترونية إلى إدخال طرف ثالث، والمتمثل في مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، لتوفير الضمانات التي تكفل تحقيق قدر من الثقة بين أطراف المعاملات الإلكترونية⁽¹⁰⁰²⁾، وذلك بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني للطرف الذي

(999) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، توثيق المعاملات الإلكترونية ومسؤولية جهة التوثيق تجاه الغير المتضرر، مرجع سابق، ص 1868.

(1000) آلاء يعقوب النعيمي، "التصديق على التوقيع الرقمي: مفهومه والعلاقات القانونية الناشئة عنه"، مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، 2011، ص 221.

(1001) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 205.

(1002) THIEFFRY Patrick, op cit, p.69.

يتعامل مع الموقع، الذي يستخدم توقيعاً إلكترونياً ويحدد فيها هوية ذلك الموقع وغيرها من البيانات الأخرى⁽¹⁰⁰³⁾.

عرف المشرع الجزائري شهادة التصديق الإلكتروني في المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 162-07 على أنها "... - الشهادة الإلكترونية: وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين معطيات فحص التوقيع الإلكتروني والموقع...".

يلاحظ أن هذا التعريف يتفق مع التعريف الوارد في المادة 7/2 من قانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، كون أنهما يستندان إلى المعيار الوظيفي الذي تؤديه تلك الشهادة والمتمثل في إثبات ارتباط التوقيع الإلكتروني، لشخص الموقع لهذا التوقيع من خلال الاستناد إلى إجراءات التوثيق، التي قامت بها الجهة مصدرة الشهادة باعتماد التوقيع الإلكتروني لذلك الشخص. ويجب أن نشير إلى أن التعريف الذي جاء في المادة 7/2 من قانون 15/04 أكثر دقة وحرصاً للتأكد من صحة البيانات الواردة في الشهادة الإلكترونية بإستعماله لعبارة "تحري التوقيع الإلكتروني والموقع" بدلا من عبارة "تفحص التوقيع الإلكتروني والموقع" الواردة في المادة 3 من المرسوم 162/07، كون أن كلمة "تحري" وهي البحث والتنقيب عن الحقيقة، أشمل وأوسع من كلمة "تفحص".

على غرار بعض التشريعات التي أقرت نموذجين⁽¹⁰⁰⁴⁾ من الشهادات الإلكترونية⁽¹⁰⁰⁵⁾، قد تبنى التشريع الجزائري ذلك، ونص على نوعين منها، يتمثل النوع الأول في الشهادة العادية أو البسيطة (Le certificat électronique simple)، وهي عبارة عن شهادة تصدر من الجهة المختصة بالتصديق على التوقيع الإلكتروني، تقرر فيها

⁽¹⁰⁰³⁾ عبير مخايل الصفدي، النظام القانوني لجهات توثيق التوقيع الإلكتروني، رسالة قدمت للحصول على شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، فلسطين، 2009، ص 91.
⁽¹⁰⁰⁴⁾ نظم مرسوم 30 مارس 2001 الصادر من مجلس الدولة الفرنسي، نموذجين من شهادات التصديق على التوقيع الإلكتروني، أحدهما عادي، والآخر: معتمد.

⁽¹⁰⁰⁵⁾ EL BADAWI Lamia op cit, p.p. 296-297.

بصحة بيانات التوقيع الإلكتروني، وصلته بالموقع ويستخدم هذا النوع في التصديق على صحة المرسلات الإلكترونية التي تتم عبر البريد الإلكتروني.⁽¹⁰⁰⁶⁾

أما النوع الثاني، وهي الشهادة الإلكترونية الموصوفة (Le certificat qualifié) التي تصدر من جهة خاصة بإصدار شهادات التصديق، وتحتوي على مجموعة من البيانات توفر أماناً أكثر لصاحب الشأن، وهي التي نصت عليها التشريعات التي نظمت التجارة الإلكترونية أو التوقيع الإلكتروني⁽¹⁰⁰⁷⁾.

رغم أن المشرع الجزائري تعرض لتعريف هذا النوع من الشهادات في المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 162-07 بأنها "الشهادة الإلكترونية الموصوفة: شهادة إلكترونية تستجيب للمتطلبات المحددة." ولكنه لم يبين البيانات التي يجب أن يشتمل عليها نموذج شهادة التصديق الإلكتروني الموصوف، مما يثير عدة صعوبات في الأخذ بهذه الشهادة واعتمادها.

تدارك المشرع الجزائري الأمر في القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، حيث حددت المادة 15⁽¹⁰⁰⁸⁾ منه البيانات التي يجب أن يشتمل عليها نموذج التصديق الإلكتروني الموصوف الصادرة من مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني وتتمثل هذه البيانات فيما يلي:

1. أن تمنح من قبل طرف ثالث موثوق أو من قبل مؤدي خدمات تصديق إلكتروني، طبقاً لسياسة التصديق الإلكتروني،

⁽¹⁰⁰⁶⁾ ممدوح محمد علي مبروك، مرجع سابق، ص 146.

⁽¹⁰⁰⁷⁾ محمد أحمد محمد نور جستنبة، مرجع سابق، ص ص 244-245.

⁽¹⁰⁰⁸⁾ يقابلها نص المادة 20 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري والفصل 17 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، والمادة 33 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2004، والمادة 24 من قانون إمارة دبي رقم 2 لسنة 2002 الصادر في 12 فبراير 2002، والمادة 6 من المرسوم الفرنسي الصادر في 30 مارس 2001، والمادة 9 من التوجيه الأوروبي رقم 93 لسنة 1999.

2. أن تمنح للموقع دون سواه،
3. يجب أن تتضمن على الخصوص:
 - أ. إشارة تدل على أنه تم منح هذه الشهادة على أساس أنها شهادة تصديق إلكترونية موصوفة،
 - ب. تحديد هوية الطرف الثالث الموثوق أو مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المرخص له المصدر لشهادة التصديق الإلكتروني وكذا البلد الذي يقيم فيه
 - ج. اسم الموقع أو الاسم المستعار الذي يسمح بتحديد هويته،
 - د. إمكانية إدراج صفة خاصة للموقع عند الاقتضاء، وذلك حسب الغرض من استعمال شهادة التصديق الإلكتروني،
 - هـ. بيانات تتعلق بالتحقق من التوقيع الإلكتروني وتكون موافقة لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني،
 - و. الإشارة إلى بداية ونهاية صلاحية شهادة التصديق الإلكتروني،
 - ز. رمز تعريف شهادة التصديق الإلكتروني،
 - ح. التوقيع الإلكتروني الموصوف لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أو للطرف الثالث الموثوق الذي يمنح شهادة التصديق الإلكتروني،
 - ط. حدود استعمال شهادة التصديق الإلكتروني عند الاقتضاء،
 - ي. حدود قيمة المعاملات التي قد تستعمل من أجلها شهادة التصديق الإلكتروني، عند الاقتضاء،
 - ك. الإشارة إلى الوثيقة التي تثبت تمثيل شخص طبيعي أو معنوي آخر، عند الاقتضاء.

ويتم التحقق من صحة البيانات التي تشتمل عليها شهادات التصديق الإلكتروني عن طريق استخدام المفتاح العام، لمن صدرت عنه الشهادة الإلكترونية، والذي يكون مذكورا في

الشهادة نفسها، نظرا للارتباط بين هذا المفتاح العام والمفتاح الخاص لصاحب الشهادة⁽¹⁰⁰⁹⁾.

تجدر الإشارة، إلى أن المشرع الجزائري قد اعترف بشهادة التصديق الأجنبية التي يصدرها، مزود خدمات التصديق أجنبي داخل التراب الوطني، وجعل لها نفس الحجية التي تتمتع بها شهادة التصديق الوطنية، التي يصدرها مؤدي خدمات التصديق جزائري على شرط أن توجد اتفاقية مبرمة، بين الجزائر ممثلة من طرف سلطة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية وبين الدولة التابع لها مصدر الشهادة الأجنبية.

ويعد الاعتراف بحجية شهادة التصديق الأجنبية ذات أهمية بالغة في تحقيق الأمن عبر شبكة الإنترنت، من خلال حفظ حقوق المتعاقدين من جهة، ولتشجيع الأفراد في معظم دول العالم على إبرام العقود الإلكترونية، لما تعكسه من فوائد متعددة للمتعاقد من جهة ثانية⁽¹⁰¹⁰⁾.

جاء في المادة 3 مكرر 1 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 على أن "تكون للشهادات التي يسلمها مؤدي خدمات تصديق إلكتروني مقيم في بلد أجنبي، نفس قيمة الشهادات المسلمة بموجب أحكام هذا المرسوم، إذا كان المؤدي الأجنبي يتصرف في إطار اتفاقية للاعتراف المتبادل أبرمتها سلطة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية".

⁽¹⁰⁰⁹⁾ يوسف أحمد النوافلة، المحررات الإلكترونية في الإثبات، مرجع سابق، ص 123.
⁽¹⁰¹⁰⁾ محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، "مدى حجية شهادة المصادقة الإلكترونية الأجنبية في الإثبات (دراسة مقارنة)"، مجلة الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، الجمعية العلمية لكليات الحقوق العربية، جامعة القاهرة، العدد الثلاثون، أكتوبر 2011، ص 356.

ونجد أن القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين قد أقر في المادة 63 كذلك بشهادة التصديق الأجنبية، وكانت هذه المادة أكثر وضوحاً فيما يخص منح نفس الحجية التي كانت لشهادة التصديق الوطنية لنظيرتها الأجنبية⁽¹⁰¹¹⁾.

ثانياً - مسؤولية جهات التصديق الإلكتروني

يتم استخراج شهادات التصديق الإلكتروني عن طريق طلب يقدم من الشخص الذي يرغب في الحصول على توقيع إلكتروني إلى جهة التصديق، ويقوم هذا الشخص بتزويد هذه الجهة بجميع المعلومات أو الوثائق التي تطلبها منه، لإثبات قدرته على إبرام التصرفات الإلكترونية، وفي حال الموافقة على الطلب تصدر هذه الجهة شهادة إلكترونية تحتوي على المفتاح العام⁽¹⁰¹²⁾، وتحتوي أيضاً على المعلومات الخاصة التي تدل على هوية صاحب المفتاح الخاص، وهو الشخص الذي ينسب إليه التوقيع الإلكتروني، ومن هنا تبدأ مسؤولية مؤدي خدمات التصديق على التوقيع الإلكتروني⁽¹⁰¹³⁾.

رغم أهمية هذه المسؤولية إلا أن القانون الفرنسي الخاص بالتوقيع الإلكتروني الصادر سنة 2000، والقانون المصري الخاص بالتوقيع الإلكتروني الصادر سنة 2004، لم ينظم أيًا منهما هذه المسؤولية بنصوص خاصة⁽¹⁰¹⁴⁾، وعليه فإن القواعد العامة المتعلقة بالمسؤولية المدنية هي التي تطبق على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني.

⁽¹⁰¹¹⁾ تنص المادة 63 من قانون 04/15 على أن "تكون شهادات التصديق الإلكتروني التي يمنحها مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المقيم في بلد أجنبي نفس قيمة الشهادات الممنوحة من طرف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المقيم في الجزائر بشرط أن يكون مؤدي الخدمات الأجنبي هذا قد تصرف في إطار إتفاقية للاعتراف المتبادل أبرمتها السلطة".

⁽¹⁰¹²⁾ مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 229.

⁽¹⁰¹³⁾ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، "توثيق التعاملات الإلكترونية ومسؤولية جهة التوثيق تجاه الغير المتضرر"، مرجع سابق، ص 1876-1877.

⁽¹⁰¹⁴⁾ تنبّهت بعض التشريعات إلى الأهمية المترتبة على تنظيم مسؤولية هذه الجهات فأفردت لها نصوص خاصة كما فعل المشرع الأوروبي في التوجيه الأوروبي الصادر بشأن التوقيعات الإلكترونية، كذلك المشرع الجزائري والتونسي والإماراتي والبحريني، في حين أغفلت تشريعات أخرى ذلك التنظيم كما هو الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي والمصري.

بالرجوع إلى قانون 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين نجد أنه قد بين المسؤولية التي تقع على مؤدي خدمات التصديق.

1- مسؤولية مؤدي خدمات التصديق وفقا للقواعد العامة

تظهر طبيعة المسؤولية التي تقع على مؤدي خدمات التصديق بسبب الأخطاء التي يرتكبها، أثناء ممارسة نشاطه للمسؤولية العقدية، التي تنتج عن العقد المبرم بينه وبين صاحب شهادة التصديق، أو للمسؤولية التقصيرية الناتجة عن الخطأ الذي ارتكبه وسبب به ضررا.

أ- المسؤولية العقدية لمؤدي خدمات التصديق على التوقيع الإلكتروني

ترتبط بين مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني وصاحب التوقيع الإلكتروني علاقة تحكمها المسؤولية العقدية⁽¹⁰¹⁵⁾، هذا العقد عبارة عن اتفاق يعقد بين الموقع ومؤدي الخدمة⁽¹⁰¹⁶⁾، يلتزم بمقتضاه مؤدي الخدمة بالتصديق على توقيع الموقع خلال مدة معينة بشروط معينة، يتم الاتفاق عليها بين الطرفين مقابل دفع الموقع اشتراك لمقدم الخدمة طوال فترة العقد⁽¹⁰¹⁷⁾.

يشترط لقيام المسؤولية العقدية، أن يكون هناك عقد صحيح يربط بين الطرفين ، وأن يخل المدين (مؤدي الخدمة) بالتزام ناشئ مباشرة عن هذا العقد⁽¹⁰¹⁸⁾، ويترتب على هذا الإخلال ضرر للدائن أو لخلفه، وأن تقوم العلاقة السببية بين هذا الإخلال وبين هذا

(1015) آلاء يعقوب يوسف، "المسؤولية المدنية لمجهز خدمات التصديق على التوقيع الرقمي تجاه الغير"، مجلة الحقوق، المجلد الثالث، العدد الأول، جامعة البحرين، كلية الحقوق، يناير 2006، ص 319.

(1016) نور خالد المحسن العبد الرزاق، مرجع سابق، ص 321.

(1017) أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص 85.

(1018) آلاء يعقوب النعيمي، مرجع سابق، ص 236.

الضرر، بالتالي تقوم مسؤولية مؤدي خدمات التصديق العقدية، بمجرد عدم قيامه بالالتزامات الملقاة على عاتقه، والمتمثلة أساسا في إصدار شهادة التصديق الإلكتروني للموقع⁽¹⁰¹⁹⁾.

كما ينبغي أن يؤخذ في الاعتبار أن الاتفاق المبرم بين الموقع ومؤدي خدمات التصديق، يستفيد منه شخص ثالث (الغير)، هو المتعاقد مع الموقع الذي حصل على شهادة التصديق الإلكتروني، حيث أن الغير سيعتمد على هذه الشهادة ليطمأن على صحة التوقيع الإلكتروني، ويمضي بالتالي إلى التعاقد مع الموقع، وعند هذه الحدود يمكن تطبيق قواعد الاشتراط لمصلحة الغير وفقا لما نظمته المشرع الجزائري في 116 ق م ج⁽¹⁰²⁰⁾.

لتحديد نوع التزام مؤدي خدمات التصديق، فيما إذا كان التزام ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة، ننظر إلى طبيعة العقد المبرم بين الطرفين. ويمكن القول في هذا الصدد أن الغالب يكون التزام مؤدي خدمات التصديق على التوقيع الإلكتروني التزاما ببذل عناية⁽¹⁰²¹⁾، وبالتالي يستطيع أن يثبت أنه قد بذل الجهد المعقول⁽¹⁰²²⁾، وفقا لقواعد مهنته حتى يمنع قيام مسؤوليته العقدية، وكما لا تقوم هذه المسؤولية إذا كان الضرر الذي أصاب الموقع حين استعمال التوقيع الإلكتروني ناتجا عن إهماله أو خطئه الشخصي، أو عن استعمال غير قانوني للتوقيع تسبب فيه الموقع نفسه⁽¹⁰²³⁾.

ب- المسؤولية التقصيرية لمؤدي خدمات التصديق على التوقيع الإلكتروني

ترتبط بين مؤدي خدمات التصديق وطالب شهادة التصديق على التوقيع الإلكتروني (المرسل إليه، المتعاقد مع الموقع)، علاقة تحكمها المسؤولية التقصيرية⁽¹⁰²⁴⁾، التي تقوم

(1019) زهيرة كيسي، مرجع سابق، ص 224.

(1020) زروق يوسف، مرجع سابق، ص 293، آلاء يعقوب يوسف، مرجع سابق، ص 314.

(1021) عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، مرجع سابق، ص 219.

(1022) ثروت عبد الحميد، مرجع سابق، ص 165.

(1023) راجع المادة 57 من قانون 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

(1024) آلاء يعقوب يوسف، مرجع سابق، ص 329.

لجبر الضرر الناتج عن خطأ من أحد الأشخاص لشخص آخر دون أن يكون هذا الضرر ناجما من إخلال بالتزام تعاقدى بين المخطئ والمتضرر.

يشترط لقيام المسؤولية التقصيرية وفقا لنص المادة 124 ق م ج⁽¹⁰²⁵⁾ قيام عناصر ثلاثة: خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، وتطبيقا لذلك، ولمسائلة مؤدي خدمات التصديق عن تقصيره بتنفيذ التزاماته ومطالبته بالتعويض، يجب على الشخص المتضرر أن يثبت خطأ المكلف، والضرر الذي لحق به وعلاقة السببية بينهما، ويقع عبء إثبات الخطأ والضرر وعلاقة سببية بينهما في هذه الحالة على عاتق طالب شهادة التصديق على التوقيع⁽¹⁰²⁶⁾.

2- مسؤولية مؤدي خدمات التصديق وفقا لقانون 04/15

اهتم المشرع الجزائري بمسألة مسؤولية مؤدي خدمات التصديق، لما لها من أهمية كبيرة في منح الثقة للمتعاملين في إطار المعاملات التجارية الإلكترونية، ونظمت المادة 53⁽¹⁰²⁷⁾، القواعد الخاصة بمسؤولية مؤدي خدمات التصديق، وجاء نصها على ما يلي " يكون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الذي سلم شهادة تصديق إلكتروني موصوفة مسؤولا عن الضرر الذي يلحق بأي هيئة أو شخص طبيعي أو معنوي، اعتمد على شهادة التصديق الإلكتروني هذه، وذلك فيما يخص: 1. 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،

⁽¹⁰²⁵⁾ تنص المادة 124 من ق م ج على أن " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

⁽¹⁰²⁶⁾ أيمن سعيد سليم، مرجع سابق، ص 90.

⁽¹⁰²⁷⁾ تقابلها المادة 6 من التوجيه الأوروبي بشأن التوقعات الإلكترونية، والمادة 24 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي، والفصل 22 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، والمادة 18 من قانون التجارة الإلكترونية البحريني.

2. التأكد عند منح شهادة التصديق الإلكتروني أن الموقع الذي تم تحديد هويته في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة، يحوز على كل بيانات إنشاء التوقيع الموافقة لبيانات التحقق من التوقيع المقدمة و/أو المحددة في شهادة التصديق الإلكترونية،
3. التأكد من إمكانية استعمال بيانات إنشاء التوقيع والتحقق منه بصفة متكاملة. إلا في حالة ما إذا قدم مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني ما يثبت أنه لم يرتكب أي إهمال".

وحسب هذه المادة، تقوم مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بمجرد مخالفته أحد البنود الواردة فيها، وهي قرينة مفترضة على مؤدي خدمات التصديق الذي أصدر شهادة التصديق، في حالة ارتكابه إهمالا يلحق ضررا بكل شخص اعتمد على الشهادة بصفة معقولة، مع ذلك يمكن إثبات عكس ما دلت عليه هذه القرينة⁽¹⁰²⁸⁾ - كون أنها قرينة بسيطة - إذ يكفي لمؤدي خدمات التصديق أن يثبت أنه لم يرتكب أي إهمال سبب به ضرر⁽¹⁰²⁹⁾، وأنه التزم بكل الواجبات القانونية المفروضة عليه، أو أن يثبت أن الضرر الذي لحق بمن اعتمد على الشهادة بصفة معقولة يرجع لفعل قام به صاحب الشهادة، كتقديم أوراق مزورة أو أن صاحب شهادة التصديق الإلكتروني لم يحترم شروط استعمال بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.

يلاحظ أن المسؤولية المقررة في نص المادة 53 من قانون التوقيع الإلكتروني هي نفس المسؤولية، التي نص عليها التوجيه الأوروبي رقم 1999/93 في المادة السادسة منه، وهذا يعني أن المشرع الجزائري سار مسار التوجيه الأوروبي فيما يخص تحديد مسؤولية الجهة المختصة بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني، على أن التوجيه الأوروبي لم يشر إلى مسؤولية الجهة التي تصدر شهادات التصديق الإلكتروني، في حالة عدم إلغاء الشهادة

⁽¹⁰²⁸⁾ عيسى غسان ربيضي، مرجع سابق، ص 140.

⁽¹⁰²⁹⁾ عبد الحميد ثروت، مرجع سابق، ص 165، آلاء يعقوب يوسف، مرجع سابق، ص 325.

عكس ما جاء في المادة 54 من قانون التوقيع الإلكتروني الجزائري، التي وضع على عاتق مؤدي خدمات التصديق مسؤولية، الضرر الناتج عن عدم إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني والذي يلحق بصاحبها.

نرى من جهتنا أنه من أجل إقامة نظام تصديق إلكتروني يتمتع بدرجة عالية من المصادقية والأمان، ولدفع الجهات التي تمارس نشاط إصدار شهادات التصديق الإلكترونية إلى الأمام، لابد من إجراء التوازن بين مصالح هذه الجهات، ومصالح الأشخاص الذين يعتمدون على الشهادات الإلكترونية التي تصدرها، ولتحقيق هذا التوازن يجب السماح لجهات التصديق الإلكترونية بتحديد نطاق مسؤوليتها.

وقد أجاز قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين الجزائري لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، في بعض الأمور أن يقيد بها مسؤوليته تجاه الغير⁽¹⁰³⁰⁾، الذي يعتمد على الشهادة التي يصدرها، وتتلخص هذه القيود في إشارة مؤدي الخدمة في شهادة التصديق الإلكتروني، إلى الحدود المفروضة على استعمالها في نوع محدد من المعاملات⁽¹⁰³¹⁾، أو وضع قيمة محددة للمعاملات، لا يجوز معها لمن يعتمد على الشهادة إبرام معاملة قيمتها تتجاوز الحد الأقصى المذكور بها⁽¹⁰³²⁾. ومهما يكن من أمر فإن قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين الجزائري يشترط أن يكون ذلك القيد، قد تم الإشارة إليه في شهادة التصديق الإلكتروني بصفة واضحة ومفهومة من طرف الغير.

إلى جانب هذه القيود التي تحدد نطاق مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني وضع قانون التوقيع الإلكتروني الجزائري، على عاتق صاحب شهادة التصديق الإلكتروني فور التوقيع عليها، مسؤولية الحفاظ على سرية بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني، وفي حالة

(1030) راجع سند حسن سالم صالح، مرجع سابق، ص ص 160-161.

(1031) أنظر المادة 55 من قانون رقم 04-15 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

(1032) أنظر المادة 56 من قانون رقم 04-15 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

إفشاء سرية تلك البيانات أو أصبحت غير مطابقة، للمعلومات المتضمنة في شهادة التوقيع الإلكتروني، يجب عليه إخطار مؤدي خدمات التصديق قصد إلغائها، كما لا يجوز له استخدام الشهادة بعد انتهاء صلاحيتها أو استعمالها لأغراض أخرى غير تلك التي منحت من أجلها.

الفصل الثاني

القانون الواجب التطبيق في منازعات التجارة الإلكترونية

من الضروري لمعرفة الآثار القانونية التي تترتب على معاملات التجارة الإلكترونية وتحديد حقوق والتزامات أطرافها، التحقق من صحتها وفقا للقانون الواجب التطبيق عليها فضلا عن أن تحديد هذا القانون، يكون ضروريا لتسوية المنازعات التي تثيرها هذه المعاملات، وإذا كانت الصورة الغالبة لتسوية هذه المنازعات يتم عن طريق عرضها على القضاء، متى سكت الأطراف عن اختيار التحكيم طريقا لحل منازعاتهم، ويكون من الضروري في كلتا الحالتين، تحديد القانون الواجب التطبيق على معاملات التجارة الإلكترونية، إذ أن هذه المعاملات تدخل في المجال الخصب للقانون الدولي الخاص، سواء من ناحية تحديد الاختصاص القضائي الدولي، أو نظام التحكيم الذي يتم في إطاره تسوية ما تثيره من منازعات أو من ناحية حل مشكلة تنازع القوانين بتحديد القانون الواجب التطبيق عليها، ذلك أن هذه المعاملات تتم في العديد من الحالات، فيما بين أطراف من دول مختلفة سواء من ناحية جنسيتهم أو موطنهم أو محل إقامتهم، فضلا عن إمكانية وقوع محلها أو محل إبرامها أو تنفيذها في دول تختلف عن دولة أطرافها أو بعضهم.

ومن ناحية أخرى، فقد يقترن بإجراء معاملات التجارة الإلكترونية ارتكاب المتعاملين فيها جرائم أو وقوعهم في أخطاء مما يسبب أضرار تلحق بالغير، أو يقتربون أعمالا أو تصرفات تتطوي على مخالفات أو تجاوزات تشكل إخلالا بالقوانين السارية في الدول، ويلزم في كل هذه الحالات معرفة القانون الواجب التطبيق.

لذلك يتعين دراسة هذا الفصل في مبحثين متتاليين على أن نحاول في الأول تحديد القانون الواجب التطبيق، على معاملات التجارة الإلكترونية بإخضاعها لقواعد التنازع التقليدية في مسائل العقود الدولية، لاسيما في ظل غياب ضوابط إسناد خاصة بتلك المعاملات، كما سنتناول قواعد تحديد الاختصاص القضائي في القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية ومحاولة تطويعها لتحديد المحكمة المختصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية.

وسنعالج في الثاني التحكيم الإلكتروني باعتباره من أهم وسائل حسم منازعات التجارة الإلكترونية، الذي واجه العديد من التحديات التقنية والقانونية، التي تتعلق بالوسيلة الإلكترونية التي يتم بها إبرام اتفاق التحكيم وكتابة والتوقيع عليه، من قبل الأطراف وغيره من الإجراءات، إلى غاية صدور حكم هيئة التحكيم في النزاع القائم بين الأطراف، ثم كتابته والتوقيع عليه وإعلانه لهم.

المبحث الأول

تنازع القوانين في مجال عقود التجارة الإلكترونية

انطلاقاً من حقيقة، أن التجارة الإلكترونية تلغي الحدود الجغرافية بين الدول بسبب النمو السريع والمتزايد في تكنولوجيا الحاسب الآلي، المعتمدة على الإنترنت الذي يسمح للمشروعات التجارية والمستهلكين بالتعامل، مع بعضهم البعض بشكل مستقل عن الحدود المادية، كما لو كانوا يتعاملون وجهاً لوجه رغم أنهم في أقطار مختلفة، وبالتالي يؤدي إلى إذابة الحدود الجغرافية أمام هذه التجارة، التي تتم في غالب الأحوال دون أن يتعرف أحد طرفي العقد على الآخر، مما يثير العديد من المشاكل فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني⁽¹⁰³³⁾، كما يتعلق الأمر كذلك بتحديد المحكمة المختصة دولياً، بنظر النزاع الذي قد ينشأ من عملية التجارة الإلكترونية⁽¹⁰³⁴⁾، إذ إنه من الأهمية بمكان معرفة القواعد القانونية، التي تطبق في هذا المجال فهل تكون قواعد تنازع القوانين المعمول بها في نطاق عقود التجارة الإلكترونية أم لا ؟ وإذا كانت الإجابة بالنفي فما هي القواعد التي يتم إعمالها في مجال عقود التجارة الإلكترونية ؟

الواقع أن القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، سوف يتحدد من خلال منهج التنازع في مسائل العقود الدولية، وذلك على الرغم من الصعوبات العديدة، التي

(1033) Il s'agit d'un environnement essentiellement international, qu'un rapport de la chambre de commerce et d'industrie de Haute-Savoie décrit en ces termes: « La différence spécifique entre le commerce par internet et les autres moyens de commerce qui recourent à l'électronique (télématique, téléachat) est la dimension transfrontalière. En effet, chaque proposition commerciale, chaque message publicitaire est accessible par quiconque, où qu'il se trouve dans le monde. Le contrat étant conclu en ligne, l'on se trouve face à une multitude de lois applicables aux contenus très différents : loi du vendeur, loi de l'acheteur ou toute autre loi désignée par les règles de conflit de loi ». Cité par : VERBIEST Thibault, Le nouveau droit du commerce électronique, éd Larcier, Paris, 2004, p.157.

(1034) أشرف وفا محمد، "عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص"، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة، المجلد السابع والخمسون، 2001، ص 192.

تعرض أعمال هذه القواعد لاسيما فيما يتعلق بتحديد أماكن إقامة الأطراف ومكان إبرام أو تنفيذ العقد... إلخ.

يجب أن نشير إلى أن دخول العلاقة أو الرابطة القانونية، في نطاق القانون الدولي الخاص أمر مرهون باتصاف تلك الرابطة بالصفة الدولية، بالرجوع للقواعد العامة في القانون الدولي الخاص تنسم العلاقة، بالطابع الدولي وفقا لأحد معيارين: الأول، ويطلق عليه المعيار القانوني ووفقا له تكون العلاقة دولية إذا احتوت على عنصر أجنبي، كما هو الحال بالنسبة لاختلاف جنسية أطراف العلاقة أو موطنهم، وقد يتعلق العنصر الأجنبي بمكان إبرام العقد أو بمكان التنفيذ... إلخ.

أما المعيار الثاني، وهو ما اصطلح على تسميته بالمعيار الاقتصادي، فإنه يسبغ على الرابطة الصفة الدولية، إذا تعلقت بمصالح التجارة الدولية، وهي تكون متعلقة بتلك المصالح إذا ترتب على العقد تدفق للسلع والمنتجات أو الخدمات عبر الحدود.

يعد حسم المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية، أمر مرتبط في المقام الأول بتطبيق أسلوب قواعد تنازع القوانين، سواء كانت تلك القواعد مشتقة من قوانين الدول الوطنية أو منصوفا عليها في المعاهدات الدولية، ولما كانت عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الإنترنت، هي عقود دولية ويتأكد بالتالي خضوع عقود التجارة الإلكترونية لقاعدة التنازع التقليدية⁽¹⁰³⁵⁾، التي تحكم العقود الدولية فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق، والتي تتمثل في حرية اختيار القانون الواجب التطبيق باتفاق الأطراف المتعاقدة(المطلب الأول).

⁽¹⁰²⁷⁾ DRAETTA Ugo, Internet et commerce électronique en droit international des affaires, éd FEC, Paris, 2003, p.196.

كما تتطلب غالبية الأنظمة القانونية لاختصاص محاكمها بالنزاع المعروض عليها وجود علاقة أو صلة، تربط بين هذا العقد المعروض على محاكمها وبين هذه الدولة، كأن يجري إبرام العقد أو تنفيذه على إقليمها، أو أن يكون أحد أطراف العقد مقيماً على إقليم هذه الدولة، أو يحمل جنسيتها أو غير ذلك من الروابط، وكل هذا معلق على شرط خاص في العقد يحدد المحكمة المختصة بنظر النزاع (المطلب الثاني).

المطلب الأول

اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية (الإسناد الشخصي)

تقتضي المبادئ العامة لتنازع القوانين بخضوع عقود التجارة الدولية للقانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين، باختيار القانون الذي يطبق على العقد المبرم بينهم. فالإرادة هي أساس التصرف القانوني فهي التي تنشئه وهي التي تحدد آثاره، وهذا المبدأ الذي يعرف بمبدأ سلطان الإرادة يعد مبدأ معترفاً به، من كافة الأنظمة القانونية على مستوى العالم ويقصد بمبدأ سلطان الإرادة، قدرة المتعاقدين على خلق عقد بينهم يحتوى على كل التفاصيل في حدود نصوص القانون.

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة من المبادئ التي تقرت منذ فترة طويلة للاعتراف بحق الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق⁽¹⁰³⁶⁾، وقد أصبح ثابتاً في القانون المقارن حيث تعترف به كافة التشريعات الوطنية، وتعترف به أيضاً الاتفاقيات الدولية كما أنه مبدأ عاماً معترفاً به من القضاء الداخلي والدولي.

من بين الاتفاقيات الدولية التي اعترفت بمبدأ سلطان الإرادة، نذكر منها اتفاقية روما الموقعة في 19 يونيو 1980، بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات

(1036) أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين"، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 303.

التعاقدية⁽¹⁰³⁷⁾، والتي تنص في المادة الثالثة على أنه " يسري على العقد القانون الذي اختاره الأطراف..."⁽¹⁰³⁸⁾.

نجد بالنسبة للنظم القانونية الوطنية، أن القواعد العامة في القانون المدني الجزائري أقرت بمشروعية أعمال قانون الإرادة، وذلك من خلال نص المادة 18 ق م ج⁽¹⁰³⁹⁾، ونلاحظ أن هذه المادة جاءت غامضة، حيث تظهر في أول وهلة أن سلطان الإرادة هو ضابط إسناد احتياطي، عكس ما أخذت به التشريعات الأخرى، وأن الضابط الأصلي هو قانون محل الإبرام⁽¹⁰⁴⁰⁾.

لكن بالرجوع إلى التفسير الحقيقي لنص المادة 18 نجد أنه أثبت غير ذلك حيث أقرت أن قانون الإرادة، هو ضابط إسناد رئيسي أما قانون محل الإبرام فهو ضابط إسناد استثنائي، يرجع له في حالة سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد⁽¹⁰⁴¹⁾.

رغم استقرار قاعدة قانون الإرادة، وما ينتج عنها من حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، لكن القواعد القانونية التي تحكمها ما زالت تركز على وجود دعائم ورقية مكتوبة وموقعة، من قبل الأطراف مما لا يتفق في غالب الأحيان، مع ما تقتضيه عقود التجارة الإلكترونية⁽¹⁰⁴²⁾، من سرعة في إنجاز عملياتها

⁽¹⁰³⁷⁾ BUREAU Dominique, « A la pointe de la modernité ? Le contrat électronique international, Revue des contrats », n° 2, 01 avril 2005, p.451.

⁽¹⁰³⁸⁾ إتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، فيينا عام 1980، المصدر:

[www.1umn.edu/...anrts/arabic/vienna Law Treaty CONV.html](http://www.1umn.edu/...anrts/arabic/vienna%20Law%20Treaty%20CONV.html)

⁽¹⁰³⁹⁾ تنص المادة 1/18 ق م ج على مايلي "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من التعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد."

⁽¹⁰⁴⁰⁾ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري "مقارنا بالقوانين العربية"، الجزء الأول "تنازع القوانين"، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص 217.

⁽¹⁰⁴¹⁾ شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، فرع ملكية فكرية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2009، ص 109.

⁽¹⁰⁴²⁾ سلطان عبد الله محمود الجوارى، مرجع سابق، ص 153.

وصفقاتها من خلال استخدام وسائط إلكترونية، وهذا ما يدخل الشك في عدم إمكانية تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على عقود التجارة الإلكترونية.

لكن هذا القول، يبدو غير صحيح على إطلاقه لأن القواعد السائدة حالياً، سواء كانت وطنية أو دولية، تطبق على عمليات التجارة الدولية وعلى الوقائع القانونية المرتبطة بها في آن واحد، فضلاً عن أن العقود الإلكترونية لا تختلف كثيراً عن العقود التقليدية، إلا في وسيلة التعاقد الذي يتم من خلال استخدام الوسائط الإلكترونية لتحل محل الدعائم الورقية⁽¹⁰⁴³⁾.

انطلاقاً من ذلك، سنحاول بيان مضمون قانون الإرادة الذي تشير إليه قاعدة التنازع في مجال عقود التجارة الإلكترونية، ثم نوضح النتائج المترتبة على خضوع عقود التجارة الإلكترونية لقانون الإرادة.

الفرع الأول

مضمون قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية

نظراً لأهمية مبدأ قانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة بصفة عامة، وعقود التجارة الإلكترونية بصفة خاصة، يتعين علينا لمعرفة هذه الأهمية التعرض بالدراسة لمفهوم قانون الإرادة، مع بيان كيفية تحديد إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية في مجال عقود التجارة الإلكترونية.

(1043) صفوان حمزة إبراهيم عيسى، مرجع سابق، ص 331.

أولاً: مفهوم قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية

تقوم فكرة قانون الإرادة على الاعتراف لطرفي العقد في تحديد واختيار القانون الواجب التطبيق، على العقود الدولية المبرمة وقد استقر على ذلك الفكر القانوني المعاصر⁽¹⁰⁴⁴⁾، الذي يعتبر أن القانون الذي يحكم الالتزامات يستند إلى إرادة الأطراف المتعاقدة أي إلى "إرادتهم السيادية"، فالإرادة ينحصر سلطانها أو استقلالها ليس في تحرير العقد من سيطرة القانون، بل في تعيين القانون الذي يضيف على العقد الصفة القانونية⁽¹⁰⁴⁵⁾.

إن الأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها محل نظر، كون أن الاختلاف قائم بين الفقهاء وأحكام القضاء والنصوص التشريعية، حول تحديد المقصود بقانون الإرادة الذي تشير إليه قواعد الإسناد، وهذا ما يثير التساؤل عن مدى حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد، وما هي الآثار المترتبة عن خضوع عقود التجارة الإلكترونية لقانون الإرادة ؟

1- حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد

سلمت التشريعات القانونية في العالم للأفراد حرية اختيار القانون الذي يحكم عقدهم⁽¹⁰⁴⁶⁾، إلا أن هذه الحرية تحتاج إلى تفصيل لمعرفة مقدار الحرية⁽¹⁰⁴⁷⁾ المتاحة للأفراد لاختيار قانون العقد وفيما إذا كانت حرية مطلقة أم هي على العكس مقيدة⁽¹⁰⁴⁸⁾، وقد اختلفت الاتجاهات الفقهية والأحكام القضائية والنصوص التشريعية، في تحديد حرية قانون الإرادة الذي تشير إليه قواعد الإسناد في حكم العقد، ويمكن تلخيص هذا الخلاف في ثلاث اتجاهات:

⁽¹⁰⁴⁴⁾ VERBIER Thibault, Le nouveau droit du commerce électronique, op cit, paragraphe 324, p.191.

⁽¹⁰⁴⁵⁾ شويرب خالد، مرجع سابق، ص 12.

⁽¹⁰⁴⁶⁾ BUREAU Dominique, op cit, p.452.

⁽¹⁰⁴⁷⁾ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 128.

⁽¹⁰⁴⁸⁾ حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص 466.

-الاتجاه المنادي بتقييد قانون الإرادة

ينادي أنصار هذا الاتجاه الأول، إلى ضرورة تقييد حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي⁽¹⁰⁴⁹⁾، وهو ما يمكن أن نطلق عليه نظرية الاختيار التنازعي المقيد وخلاصة هذا الاتجاه، أن تقييد حرية المتعاقدين يرتد إلى فكرة أساسية، مؤداها أن الإرادة تعد معيار الإسناد في قاعدة التنازع، التي وضعها المشرع في دولة القاضي لتكشف عن القانون الواجب التطبيق على الروابط العقدية الدولية⁽¹⁰⁵⁰⁾، ومن هنا فإن اختيار قانون الإرادة لا يقوم على مطلق سلطان الإرادة، أو على قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص، وإنما على قاعدة من قواعد تنازع القوانين⁽¹⁰⁵¹⁾، ومن ثم فلا يجوز أن ينحرف المتعاقدون في اختيارهم لهذا القانون، عن أهداف قاعدة الإسناد في دولة القاضي والتي تسعى إلى حل التنازع بين القوانين المتزاحمة لحكم الرابطة العقدية الدولية، وهي بالضرورة القوانين التي تتصل بهذه الرابطة على نحو أو آخر.

نجد أن هذا الاتجاه أخذ به المشرع الجزائري، عند تعديله للقانون المدني في سنة 2005، وذلك في الفقرة الأولى من المادة 18 والتي تنص على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كان له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد". ويكون بذلك المشرع الجزائري، قد قيد من حرية الأفراد في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، من خلال استعماله في المادة 18 ق م ج لمصطلح (الصلة الحقيقية) إذ ألزم الأطراف أن يقوموا باختيار قانون له صلة حقيقية بهم أو بالعقد المبرم بينهم.

يرى بعض الفقه، أن هذا الاتجاه يضيق فكرة قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية، على أساس أن تطبيق هذا المنهج يترتب عليه تطبيق قواعد وطنية يتم تطبيقها

(1049) MAYER Pierre, « Actualité du contrat international », Les petites affiches, n° 90, 05 mai 2000, p.57.

(1050) سلطان عبد الله محمود الجوارى، مرجع سابق، ص 96 وما يليها.

(1051) هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 290.

على العقود الداخلية، وبالتالي لا تنطبق على عقود التجارة الإلكترونية التي تتميز بأنها عقود دولية، فضلا عن تطبيق القوانين الوطنية على عقود التجارة الإلكترونية، قد يؤدي إلى الغش نحو القانون، واختلاف الأحكام القضائية أيضا لاختلاف القوانين من دولة لأخرى بصدد تلك النوعية من المنازعات التي تتم عبر الخط⁽¹⁰⁵²⁾.

من جهتنا نرى أن توافر شرط الصلة ضروري لتطبيق القانون الذي يختاره المتعاقدان، إضافة إلى تقييد إرادتهما بالنظام العام والغش نحو القانون الذي على إثره يستبعد فيها هذا القانون.

-الاتجاه المنادي بإطلاق الحرية في الاختيار

على عكس الاتجاه السابق، يرى أنصار النظرية الموضوعية الطليقة أنه يجب إعطاء الحرية الكاملة للمتعاقدين في اختيار قانون العقد، حيث إن اختيار المتعاقدين لقانون العقد هو الحل الذي قرره المشرع، لمشكلة تنازع القوانين في الروابط العقدية ذات الطابع الدولي مما يؤدي خضوع العقد لحكم القانون⁽¹⁰⁵³⁾، لكن هذا الاتجاه يضيف إلى ذلك عدم اشتراط صلة ما بين قانون العقد والرابطة العقدية⁽¹⁰⁵⁴⁾، ذلك أن القانون الدولي الخاص وخلافا للقانون الداخلي، يهدف أساسا إلى حماية المصالح الفردية دون اهتمام كبير بالتدخل الأمر الذي يسعى إليه القانون الداخلي، للحد من حرية الإرادة تنظيميا للحماية ورعاية للمصالح العام⁽¹⁰⁵⁵⁾، مما يتعين عليه إسناد العلاقة العقدية لقواعد ذات صبغة عالمية مثل القواعد العرفية، التي نشأت واستقرت بين الجماعات العاملة في مجال التجارة الإلكترونية⁽¹⁰⁵⁶⁾.

⁽¹⁰⁵²⁾ صفوان حمزة إبراهيم عيسى، مرجع سابق، ص 332.

⁽¹⁰⁵³⁾ MAYER Pierre, op cit, p 55.

⁽¹⁰⁵⁴⁾ محمد يوسف الزغبى، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في القانون الأردني والمقارن، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2004، ص 69.

⁽¹⁰⁵⁵⁾ MAYER Pierre, op cit, p 56.

⁽¹⁰⁵⁶⁾ صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 269، فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 663.

حرص خبراء الأمم المتحدة بمناسبة وضع قانون التجارة الإلكترونية (الأونسيترال لعام 1996)، على ترسيخ مبدأ حرية التعاقد إذ كانوا يرون أنه من الأهمية بما كان التركيز على مبادئ التعاقد، والاتفاق بين أطراف العقد بصورة حرة، بغية تقادي الفهم الخاطئ ما تقتضيه طبيعة التعاقد على المستوى الدولي، وتفرضه حاجات التجارة الإلكترونية الدولية من جانب المشرعين ولضمان ثقة أصحاب الأعمال في هذا القانون⁽¹⁰⁵⁷⁾.

انتقد جانب من الفقه هذا الاتجاه، على أساس أنه يطلق الحرية للمتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد، على نحو الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين التي ترتبط بالعقد ارتباطاً وثيقاً وهذا ما قد يؤدي إلى الغش نحو القانون⁽¹⁰⁵⁸⁾.

-الاتجاه المنادي بالتوفيق بين تقييد وإطلاق الحرية في الاختيار

حاول اتجاه معتدل التوفيق بين تقييد وإطلاق الحرية للمتعاقدين في 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 قد يؤدي إلى الغش نحو القانون أو الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين المختارة⁽¹⁰⁵⁹⁾، فهذا الحل يقيم نوعاً من التوازن بين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد وإسناد هذه الحرية على أسس مشروعة.

يجد هذا الاتجاه أساسه في بعض الاتفاقيات الدولية، فالمادة 6 من اتفاقية 1955 بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، تنص صراحة على استبعاد تطبيق القانون المحدد بموجب الاتفاقية إذا تعارض مع النظام العام⁽¹⁰⁶⁰⁾، وهذا ما

⁽¹⁰⁵⁷⁾ إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، مرجع سابق، ص 107.

⁽¹⁰⁵⁸⁾ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 664.

⁽¹⁰⁵⁹⁾ صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 274.

⁽¹⁰⁶⁰⁾ نقلاً عن: سليمان أحمد محمد فضل، مرجع سابق، ص 161.

ذهبت إليه⁽¹⁰⁶¹⁾ أيضا المادة 7 فقرة 1 من اتفاقية روما لعام 1980⁽¹⁰⁶²⁾ بخصوص القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع، حيث تنص على أنه " عند تطبيق قانون بلد آخر يرتبط بهذه العلاقة المطروحة بصلة وثيقة، وذلك فيما لو كانت هذه النصوص واجبة التطبيق بموجب قانون البلد الذي تنتمي إليه بغض النظر عن قانون العقد".

على غرار النظم القانونية، جعل المشرع الجزائري الإرادة هي ضابط الإسناد الأصلي، ولا شك أن إعمال قانون الإدارة يستلزم فرضين هما حالة وجود اتفاق صريح على اختيار القانون الواجب التطبيق، وفي حالة ما إذا سكت المتعاقدان عن هذا الاختيار، وهو ما يقودنا إلى الحديث عن الاختيار الصريح والاختيار الضمني.

2- الآثار المترتبة على خضوع عقود التجارة الإلكترونية لقانون الإرادة

يترتب على خضوع عقود التجارة الإلكترونية لقانون إرادة المتعاقدان عدة آثار يمكن تلخيصها فيما يلي:

أ- حرية المتعاقدان في تجزئة العقد الإلكتروني

إن تجزئة العقد قد يتولاها المتعاقدان وذلك عن طريق إخضاع عقدهما لأكثر من قانون واحد⁽¹⁰⁶³⁾، وقد تتم التجزئة من قبل المشرع وذلك عن طريق تجزئة المركز أو العلاقة القانونية محل الإسناد، حيث تتعدد ضوابط الإسناد التي يضعها المشرع لحل مشكلة

⁽¹⁰⁶¹⁾ VERBIEST Thibault, Le nouveau droit du commerce électronique, op cit, paragraphe 326, p.192.

⁽¹⁰⁶²⁾ L'article 7-1 de la convention de Rome : « 1. Lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donnée effet aux dispositions impérative de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application. »

⁽¹⁰⁶³⁾ هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 136.

القوانين⁽¹⁰⁶⁴⁾، في صدد الرابطة المطروحة بعد تفتيتها إلى عدة أفكار مسندة، وذلك بهدف تعيين القانون الأكثر مناسبة في شأن كل مسألة من المسائل محل الإسناد، كما أن التجزئة قد تتم من قبل القاضي عندما يرى ذلك ضروريا لإخراج بعض المسائل⁽¹⁰⁶⁵⁾، من نطاق تطبيق القانون المختار ليخضعها لقواعد البوليس أو لقواعد ترتبط مع العقد برابطة وثيقة⁽¹⁰⁶⁶⁾.

لم ينتبه المشرع الجزائري في نص المادة 18 ق م ج إلى مسألة إمكانية الرجوع إلى قوانين مختلفة، لتنظيم الشروط الموضوعية للعقد من قبل المتعاقدان، رغم أنه ذكر في المادة 19 ق م ج إمكانية تجزئة العقد، من حيث شروطه الموضوعية وشروطه الشكلية فنصت المادة 19 على أنه "تخضع التصرفات القانونية المشتركة أو للقانون في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه. ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية".

نفهم من نص المادة 18 ق م ج أنه يمكن للمتعاقدين إخضاع القواعد الموضوعية لقانون يختارانه، وقد يكون هذا القانون غير تابع لدولة إبرام العقد، وقد تلاها المشرع بالمادة 19 ق م ج، التي تخضع الشروط الشكلية لقانون بلد الإبرام كقاعة عامة، وبذلك تتحقق تجزئة العقد في بعض الحالات.

هذا بالنسبة للتجزئة التي تتم من قبل المشرع أو القاضي، لكن من ناحية أخرى يمكن للمتعاقدين الاتفاق على أن يخضع كل جانب من جوانب العقد لقانون معين، فيمكن لأطراف العقد أن يتفقا على إخضاع تكوين العقد لقانون دولة إبرامه، وإخضاع تنفيذه لقانون الدولة

⁽¹⁰⁶⁴⁾ هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 482.

⁽¹⁰⁶⁵⁾ شويرب خالد، مرجع سابق، ص 99.

⁽¹⁰⁶⁶⁾ سليمان أحمد محمد فضل، مرجع سابق، ص 164.

الواجب التنفيذ فيها، فإن تعددت محال التنفيذ فلهما الحق في إخضاع كل التزام للقانون المتفق على تنفيذه فيه⁽¹⁰⁶⁷⁾.

يرى الفقه الغالب، أن إعلاء مبدأ قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية لن يتحقق إلا من خلال المرونة النسبية، للقواعد التي تسمح بتجزئة العقد وإسناد كل جانب إلى قانون معين⁽¹⁰⁶⁸⁾، كون أن هناك مسائل خاصة تتم عبر الشبكات الإلكترونية -كالوفاء الإلكتروني- تتلقى تعاملًا منفصلاً عن العقد⁽¹⁰⁶⁹⁾. بالاستناد إلى هذا الرأي الفقهي نجد أنه لا يوجد ما يمنع أطراف العقد الإلكتروني تجزئة العقد، وذلك بإخضاع بعض عناصره لقانون دولة ما، في حين تخضع الأجزاء والعناصر الأخرى لقانون دولة أخرى أو لبعض عادات التجارة الدولية أو الإلكترونية، ذلك أن مقتضيات التعامل الإلكتروني والعقود الدولية بشكل عام، تقضي بأن يكون للأطراف حرية اختيار أكثر من قانون معين لحكم العقد، فالعقود الإلكترونية لم تعد تتميز بالبساطة، بل هي في غاية التعقيد، وذلك فإن واقع هذه العقود يقضي بترك الحرية للأفراد في اختيار أكثر من قانون لحكم العقد.

هناك جانب آخر من الفقه، الذي يرى أن تجزئة العقد لا تتناسب مع العقود المبرمة إلكترونياً، لأن هذه العقود تمتاز بالسرعة في إبرامها وفي بعض الحالات يكون بدون الدخول في مفاوضات طويلة⁽¹⁰⁷⁰⁾، كما قد يؤدي تطبيق هذا المبدأ إلى الإخلال بالربطة العقدية، وذلك لاختلاف القوانين المطبقة على هذا العقد، فمن الممكن تنظيم جزء من العقد بقانون يقر بحجية التوقيع الإلكتروني، بينما يتم تنظيم الجزء الآخر من العقد بقانون لا يقبل مثل

(1067) محمد يوسف الزغبى، مرجع سابق، ص ص 97-98.

(1068) محمود محمد زيدان محمد، مرجع سابق، ص 233.

(1069) صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 276.

(1070) إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، مرجع سابق، ص 109.

هذه التصرفات، وهذا ما يؤدي إلى الإخلال بانسجام الرابطة العقدية، وأيضاً قد تؤدي هذه التجزئة إلى إفلات العقد من سلطان القانون⁽¹⁰⁷¹⁾.

من جانبنا نرى أنه يجب أن نترك للمتعاقدان حرية اختيار القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، بشرط ألا تصل هذه الحرية إلى حد إطلاق حرية المتعاقدان في اختيار قانون على نحو، قد يؤدي إلى الغش في القانون أو الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين المختارة.

ب- عدم لزوم توافر الصلة بين القانون المختار والعقد

تتمثل هذه الإشكالية التي هي محل اختلاف فقهي في منح الحرية المطلقة لأطراف العقد⁽¹⁰⁷²⁾، المنتمين لدول مختلفة اختيار قانون ما بدون أية صلة موضوعية أو صلة شخصية بالعقد، بل أحيانا ما يجرى التعبير عن إرادة المتعاقدين بغرض تجنب واحدة أو أكثر من القوانين واجبة التطبيق.

يلاحظ أن اتفاقية روما لعام 1980، لم تعالج هذه الإشكالية بشكل صريح فهي تقر مبدأ حرية الاختيار، بدون تحديد مدى دولية العقد الذي يخضع للقانون المختار عن طريق الأطراف، على أساس أن التحليل الشخصي يؤدي إلى تطبيق قانون غير معلوم⁽¹⁰⁷³⁾، حيث تنص المادة 4 فقرة 1 من هذه الاتفاقية على أنه "حينما لا يتم اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد..... فإن العقد سوف يحكم بواسطة قانون الدولة الأكثر ارتباطاً بها، ومع ذلك يمكن على سبيل الاستثناء أن يحكم بواسطة قانون هذه الدولة".

(1071) فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 671، حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص 469.
(1072) جاء نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري مطلقاً غير مقيد بأي قيد مما يفيد بأنه ترك للمتعاقدان حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما حتى ولو لم يكن له صلة بالعقد، ويتمشى هذا الموقف مع ما تستوجب متطلبات التجارة الدولية.
(1073) إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، مرجع سابق، ص 118.

يرى جانب آخر من الفقه، أن الحق في الاختيار لا يجب أن يكون مطلقاً، فلا يملك أطراف العقد اختيار قانون لا علاقة له بالعقد، لأن الصلة بين العقد وقانون الإرادة هي التي تبرر هذا الاختيار، وقد تتمثل هذه الصلة في قانون الدولة التي تم إبرام العقد فيها أو الواجب التنفيذ فيها أو قانون جنسية المتعاقدين أو موطنهم، فإذا انعدمت الصلة بين القانون المختار والعقد انعدم هذا الاختيار⁽¹⁰⁷⁴⁾.

في مجال عقود التجارة الإلكترونية، لا يمكن تقييد حرية الأطراف باختيار القانون⁽¹⁰⁷⁵⁾، ذلك أنهم يتعاقدون في فضاء افتراضي، ثم أن الإنترنت يرتبط بكل دول العالم مما يمكن القول معه بوجود رابطة، بين أي قانون مختار من قبل الأطراف وبين العقد الذي أبرم عن طريق الشبكة.

كما أن الصلة المفترض وجودها بين القانون المختار والعقد مرتبطة بعناصر مادية - كما بينه أعلاه - فقد يكون مكان إبرام العقد أو تنفيذه ، وإذا كانت هذه العناصر محتملة الوجود في عقود التجارة الدولية، إلا أنه يصعب تحققها في عقود التجارة الإلكترونية⁽¹⁰⁷⁶⁾ وذلك لصعوبة توطين العلاقات القانونية التي تتم عبر الشبكة الإلكترونية، التي تسمح بالاتصال بكافة الدول مما يتعين معه إطلاق حرية الأطراف في اختيار أي قانون يريدونه⁽¹⁰⁷⁷⁾.

(1074) محمود محمد زيدان محمد، مرجع سابق، ص 233.

(1075) يمكن للمتعاقد أن يختاروا القانون الواجب التطبيق على عقودهم الدولية، ويتعين أن تكون حريتهم في هذا الشأن طليقة، ومن ثم لا يجوز للقاضي أن يصحح اختيارهم لقانون العقد بدعوى أنه لا يعبر عن مركز الثقل في العلاقة العقدية أو أنه يفتقد إلى الصلة المتصلة بينه وبين هذه العلاقة، ذلك أن مثل هذا المسلك يخل بالأمان القانوني ويتنافى على هذا النحو مع الاحترام المتطلب لتوقعات الأفراد بوصفه من أهم أهداف القانون الدولي الخاص المعاصر؛ أنظر في هذا المعنى، هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 438.

(1076) سليمان أحمد محمد فضل، مرجع سابق، ص ص 168-169.

(1077) فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 673.

ج- رفض فكرة الإحالة في مجال عقود التجارة الإلكترونية

تقضي نظرية الإحالة بتطبيق قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص طبقاً لقانون القاضي، في حالة اختلاف ضابطي الإسناد في القانونين وكان التنازع سلبياً بينهما⁽¹⁰⁷⁸⁾، وقد رفض الفقه الغالب فكرة الإحالة في مجال الروابط العقدية⁽¹⁰⁷⁹⁾، لأنه قد ينجر عن الأخذ بها الإجحاف بحقوق الأطراف، وتطبيق نظم قانونية عليهم ليسوا خاضعين لها أصلاً وغير مقررة في بلادهم، ورفض الإحالة يعني التزام القاضي الوطني بتطبيق القواعد الموضوعية، في القانون المختار وليس قواعد التنازع في ذلك القانون⁽¹⁰⁸⁰⁾.

رفض فكرة الإحالة في مجال عقود التجارة الإلكترونية، من شأنه المحافظة على المعاملات التي تجري عبر الإنترنت، وحتى لا يفاجئ الأطراف بقواعد التنازع في القانون المختار سيؤدي إلى الإخلال بتوقعاتهم واضطراب تعاملاتهم.

تحرص العقود الخاصة بالمراكز التجارية على شبكة الإنترنت على عدم الأخذ بفكرة الإحالة، ومن الأمثلة على ذلك عقد (store Apple) الذي ينص في أحد شروطه العامة، على أن تخضع كل عقود البيع التي يكون (store Apple) طرفاً فيها لقانون كاليفورنيا، ثم أضاف ذلك "دون أي أثر لنصوص التنازع الواردة به"⁽¹⁰⁸¹⁾.

ثانياً: الاختيار الصريح والاختيار الضمني في مجال عقود التجارة الإلكترونية

يتعرض أطراف العقد صراحة لتحديد القانون الواجب التطبيق، وقد يغفل الأطراف عند إبرام العقد في تحديد مسألة القانون الواجب التطبيق، مما يستدعي إستنتاج ذلك القانون

⁽¹⁰⁷⁸⁾ زروتي الطيب، مرجع سابق، ص 102.

⁽¹⁰⁷⁹⁾ سليمان أحمد محمد فضل، مرجع سابق، ص 170.

⁽¹⁰⁸⁰⁾ صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 282.

⁽¹⁰⁸¹⁾ المرجع نفسه، ص 283.

بصفة ضمنية، وهذا ما يستدعي الوقوف عند حالة الاختيار الصريح، وحالة الاختيار الضمني.

1- وجود الإرادة الصريحة

بوجود إرادة صريحة فإن على القاضي أن يعتد بهذه الإرادة باعتبار أنها ضابط الإسناد وفقا لنظرية الاختيار التنازعي، فقاعدة التنازع هي التي خولت للأطراف إمكانية اختيار قانون العقد⁽¹⁰⁸²⁾، لذلك يلتزم القاضي بإعمال اختيار قانون ما ليحكم العقد نزولا على حكم المشرع الذي خول لهم هذه الرخصة، ويمتثل القاضي لهذا الاختيار متى تعلق بعقد دولي، ولم يكن ثمة غش نحو القانون وتوافرت صلة مشروعة بين العقد والقانون المختار⁽¹⁰⁸³⁾.

يكون التعبير صريحا إذا كان المظهر الذي اتخذه المتعاقدين، كلاما كان أو كتابة أو إشارة أو نحو ذلك، مظهرا موضوعيا في ذاته للكشف عن الإرادة حسب المؤلف بين الأفراد، حيث يلتزم القاضي بالإرادة الصريحة إن وجدت⁽¹⁰⁸⁴⁾.

يعتبر الاختيار الصريح أفضل وسيلة لحسم مسألة القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية، إذا ما وجد اتفاق بين أطرافه على تحديده بنص صريح في العقد أو في اتفاق لاحق مستقل نص على اختيار قانون دولة ما لحكم العقد⁽¹⁰⁸⁵⁾.

في مجال عقود الشبكة، ونظرا للصعوبات التي يمكن أن تثور بشأن ضوابط الإسناد الأخرى في حالة عدم الاختيار الصريح، فإن أفضل وسيلة لحسم مسألة القانون الواجب

(1082) محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص 139.

(1083) محمد يوسف الزغبى، مرجع سابق، ص 189.

(1084) المرجع نفسه، ص 190.

(1085) تنص المادة 3 من معاهدة روما على أن:

« le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. »

التطبيق على العقود الإلكترونية، تتمثل في اتفاق أطرافها على تحديده بنص صريح في العقد، ولا مانع من أن يحددوا مقدما القواعد التي تساعد على حل ما يمكن أن يثور في المستقبل من منازعات، وأن يختاروا صراحة القانون الواجب التطبيق على عقودهم.

لاشك أن اختيار الأطراف الصريح للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، يجنبهم العديد من المشاكل التي يمكن أن تحدث مستقبلا⁽¹⁰⁸⁶⁾، إلا أن هناك من الحالات أين يتم التعاقد عبر الشبكة الإلكترونية لا يتيح مثل تلك الحرية، لأن العمل جرى على إعلان الأطراف صراحة عن القانون الواجب التطبيق، ولن يكون أمام المستخدم سوى الضغط على مؤشر "أنا أقبل" أو "نعم" ليعلن قبوله، دون أن تمنح له الفرصة في مناقشة ذلك القانون. وفي هذا الصدد وضعت العديد من الإجراءات لضمان علم المتعاقد بالشرط الخاص باختيار القانون الواجب التطبيق، كأن يقوم المورد بوضع تصميم على الشبكة يجذب انتباه المستخدم لهذه الشروط العامة، أما في الحالات الأخرى التي يكون التعاقد من قبيل التعاقدات القابلة للتفاوض، يمكن للمتعاقدين التفاوض على القانون الواجب التطبيق على عقودهم⁽¹⁰⁸⁷⁾.

من الأهمية بمكان، أن يضمن المتعاقدون عقدهم شرطا أو بندا يحدد الاختصاص التشريعي، وبالتالي يخضع كل عقد للقانون المنصوص عليه فيه دون اشتراط وجود أي صلة حقيقية أو جادة بين القانون المختار والعقد، ومثال ذلك العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية، الذي وضعته غرفة التجارة والصناعة بباريس في 30 أبريل عام 1998 ليحكم المعاملات التي تتم بين المهنيين والمستهلكين⁽¹⁰⁸⁸⁾، وينص هذا العقد في أحد بنوده على أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي، وذلك بصرف النظر عن جنسية المتعاقدين، أو

(1086) أشرف وفا محمد، مرجع سابق، ص 201.

(1087) سليمان أحمد محمد فضل، مرجع سابق، ص 174.

(1088) صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 284.

مواطنهم أو محل إبرام العقد أو محل تنفيذه، وهذه العقود تعكس إجماعاً متتامياً على أن مبدأ احترام العقود، يجب أن يحظى باحترام مناسب في ظل القانون كوسيلة لتسهيل التجارة الإلكترونية وتوقعات الأطراف في بيئة قانونية معقدة.

إذا كان بإمكان للمتعاقدین في عقد دولي اختيار القانون الواجب التطبيق عند إبرامهما للعقد، فإنه من المنطقي السماح لهما بتعديل هذا الاختيار في أي فترة لاحقة على إبرام العقد، وهو الحكم الذي نصت عليه اتفاقية روما في المادة 3 فقرة 2 شريطة أن يتم احترام الأوضاع الظاهرة وحقوق الغير.

2- الإرادة الضمنية والتحديد القضائي لها

الأفراد لهم مصلحة في اختيار قانون العقد بصفة صريحة، ولكن قد يحدث أن لا يضمنوا عقدهم بمثل هذا الاتفاق، إما أن يكون ذلك عن إهمال أو نسيان، وإما أن يكون ذلك قصداً، ولا يكون بوسعهم إلا أن يتم الانتقال إلى الإرادة الضمنية، أين يجب على القاضي أن يحدد القانون الواجب التطبيق، عن طريق تفحص الظروف المحيطة بالعقد الدولي، وهنا يتمتع القاضي بسلطة واسعة، في تحديد القانون الواجب التطبيق اعتماداً على القرائن، فالإرادة الضمنية هي إرادة حقيقية ولكنها غير معلنة، يستطيع القاضي أن يكشف عنها من خلال ظروف التعاقد.

نجد أن المشرع المصري قد دعم فكرة الانتقال إلى الإرادة الضمنية في حالة عدم وجود إرادة صريحة، حيث جاء في نهاية المادة 19 ق م مصري العبارة التالية " هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر الذي يراد تطبيقه"⁽¹⁰⁸⁹⁾. حيث أن نص المادة واضح في وجوب استخلاص الإرادة الضمنية، غير أن المشرع الجزائري لم يضع فقرة في نص المادة 18 ق م ج، تقرر الاعتراف بالإرادة الضمنية للمتعاقدین في حالة عدم وجود

(1089) نجد هذه العبارة في قانون كل من سوريا والكويت والعراق والأردن والسودان واليمن.

إرادة صريحة لهما، وأنها جاءت عامة بإقرارها للأطراف حرية اختيار القانون المطبق، دون أن تتولى تحديد أنواع هذا الاختيار⁽¹⁰⁹⁰⁾، مما يفيد بأن المشرع الجزائري لا يعتد إلا بالإرادة الصريحة للمتعاقدین⁽¹⁰⁹¹⁾.

نرى حسب رأينا في هذه المسألة، أن الإرادة هنا تعتبر مطلقة تشمل الاتفاق الصريح والضمني، فنص المشرع الجزائري جاء عاما ومطلقا، والمطلق يجرى على إطلاقه ما لم يقيد، وبالتالي فإن المشرع الجزائري ساوى بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية.

قد استقر الفقه والقضاء التقليديان، على وجود عدة قرائن أو علامات تدل على الإرادة الضمنية بخصوص قانون العقد، حيث لا يكفي عادة بوحدة منها للدلالة على تلك النية غير المعلنة، بل الغالب أن يجمع القضاء بين أكثر من مؤشر أو علامة ليستوثق من نية المتعاقدين⁽¹⁰⁹²⁾، والنية المقصودة هي نية كلا الطرفين وليست نية طرف واحد. وبالتالي يجب على القاضي، أن يقوم باستظهار الإرادة الضمنية المفروضة من خلال نصوص العقد وظروف التعاقد وملابساته، أو من خلال اللغة التي حرر بها العقد أو العملة التي اتفق على الوفاء بها، بل أحيانا يعتد القاضي بجنسية المتعاقدين أو بمحل إقامتهم أو من خلال مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه⁽¹⁰⁹³⁾، وذلك إنما يعتمد عند عدم وجود الإرادة الصريحة للكشف عن النية، وذلك عن طريق تركيز العقد بالاعتماد على مؤشرات أو قرائن من داخل العقد أو من خارجه.

لكن السؤال الذي يطرح في هذا المقام هو: ما مدى إمكانية توافق هذه المؤشرات ودلالاتها في إسناد الرابطة العقدية للقانون المختص، في ظل المعاملات الإلكترونية والعقد الإلكتروني الدولي؟

(1090) شويرب خالد، مرجع سابق، ص 48.

(1091) أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 309.

(1092) صفوان حمزة إبراهيم عيسى، مرجع سابق، ص 332.

(1093) صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 288.

يمكن القول أن المؤشرات والقرائن التي أقرها الفقه والقضاء باعتبارها ضوابط لاستخلاص الإرادة الضمنية، لا تصلح لوحدها أساسا كمؤشر على الارتباط بالقانون المختار في مجال التجارة الإلكترونية.

يرى جانب من الفقه، أنه يجب أن لا يكون اختيار العملة كمؤشر على الارتباط بالقانون المختار، ذلك أن الاتفاق على الدفع بعملة دولة معينة بحد ذاته غير كاف إلا كمؤشر ثانوي، متعلق بمؤشرات أخرى وهذا تطابقا مع فكرة أن الدفع لا يشكل عادة الفعل المميز، خاصة إذا ما تم الدفع من خلال تحويل الأموال أو عن طريق بطاقة وفاء أو غير ذلك من الوسائل الآلية الأخرى⁽¹⁰⁹⁴⁾.

كما أن الاعتماد على اللغة كضابط لتحديد قانون العقد غير مجدي، خاصة بعد أن أصبحت اللغة الرسمية في مجال الروابط العقدية، التي تتم عبر شبكات الاتصال الإلكترونية هي اللغة الإنجليزية، وفي حالة استخدام لغة أخرى غير اللغة الإنجليزية فإنها تترجم بطريقة آلية إلى اللغة الإنجليزية بواسطة برامج موجودة على الحاسبات الآلية⁽¹⁰⁹⁵⁾.

الأخذ كذلك بموضوع العقد لاستخلاص الإرادة الضمنية - باستثناء العقارات⁽¹⁰⁹⁶⁾ - يعتبر ضابط ضعيف، لأن وجود الأموال في دولة معينة لا يفيد بانصراف إرادة المتعاقدين لتطبيق ذلك القانون، إلا إذا اجتمع مع مؤشرات أخرى فيمكن أن يكون ذا دلالة.

ولاشك أن ضابط مكان إبرام العقد يتناقض مع مقتضيات التعامل الإلكتروني فالخصوصية، التي تتميز بها العقود الإلكترونية كونها قد تبرم وتنفذ أيضا في بيئة غير ملموسة، تجعل من الصعوب تركيز العقد مكانيا، حيث يجري بين نظم معلومات ومواقع

(1094) سليمان أحمد محمد فضل، مرجع سابق، ص 178-179.

(1095) أشرف وفاء محمد، مرجع سابق، ص 202.

(1096) تخضع العقود المتعلقة بالعقارات إلى قانون موقع العقار طبقا للمادة 2/18 ق م ج إذا كانت منشئة أو معدلة أو مهنية لحقوق عينية أو أصلية. أنظر في ذلك زروتي الطيب، مرجع سابق، ص 225.

ليس من السهل تحديد مكانها أي تحديد مكان انعقاد العقد، ونفس الشيء يقال على مكان التنفيذ فيما يتعلق بالتعاقد الإلكتروني، فيبدو هذا المؤشر ضعيفا خاصة في العقود التي يتم تنفيذها على شبكة الإنترنت، لتنزيل أو تحميل كتاب من خلالها مثلا، حيث يصعب إن لم نقل استحيل تحديد مكان التنفيذ فيه.

الفرع الثاني

محاولة تطبيق قواعد الإسناد الموضوعية على عقود التجارة الإلكترونية

استقرت في معظم بلدان العالم في الوقت الحاضر فقها وقضاء وقانونا قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة⁽¹⁰⁹⁷⁾، باعتباره القانون الذي أراد الأطراف تطبيقه على نزاعهم وأمام هذه الإرادة، نجد كثيرا ما يغفل أطراف العقد عن الاختيار الصريح لقانون معين عند إبرامه، بل قد يتعذر على القاضي الكشف عن نية الأطراف الضمنية، وهنا قد يلجأ قاضي النزاع إلى تطبيق قواعد احتياطية، وذلك بإسناد الرابطة العقدية لضوابط جامدة ومعلومة سلفا للمتعاقدین مثل قانون الموطن المشترك أو قانون بلد إبرام العقد، وقد يلجأ قاضي النزاع إلى تطبيق قانون بلد تنفيذ العقد، بالإضافة إلى ذلك يمكن أيضا للقاضي إسنادها لضوابط مرنة، وذلك بتطبيق قانون الدولة الأكثر صلة بالعقد، الذي يصلح لأن يكون ضابط إسناد رئيسي لتعيين قانون العقد، وهو ما يعرف بفكرة الأداء المميز⁽¹⁰⁹⁸⁾.

بينما يرى جانب من الفقه، أن خصوصية هذه العقود تقتضي حسم المنازعات المتعلقة بها، في ضوء قانون مستقل مستمد من العادات والأعراف الدولية السائدة في مجال التجارة الإلكترونية، لذلك سوف نقوم بالبحث في هذه الضوابط الموضوعية من خلال دراسة

⁽¹⁰⁹⁷⁾ تحديد القانون الواجب التطبيق من قبل الإرادة يسمو على أية علاقة قانونية أخرى، سواء توافر موطن مشترك بين المتعاقدين، أو لم يكن فهذا لا يؤثر على الإرادة، لأن قانون الإرادة يسمو على أي قانون آخر بشرط أن لا يخرج عن المضمون العام للقواعد القانونية التي تنظم المجتمع، مجد فواز المطلقة، مرجع سابق، ص 129.

⁽¹⁰⁹⁸⁾ USUNIER Laurence, op cit, p.379.

النقاط الثلاثة التالية: الإسناد الجامد للرابط العقدية (أولا)، الإسناد المرن للرابط العقدية (ثانيا)، إخضاع عقود التجارة الإلكترونية لقانون مستقل (ثالثا).

أولا: الإسناد الجامد للرابط التعاقدية

نظم المشرع الجزائري ضوابط الإسناد الاحتياطية في نص المادة 2/18 و3 من ق م ج، وتتمثل هذه القواعد في الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة أو محل إبرام العقد، وهي قواعد تقليدية لم تضع في اعتبارها إمكانية إنجازها عبر شبكة الاتصالات الإلكترونية، والتي قد لا يتوافر لها بالضرورة مقومات عوامل الإسناد أو الارتباط التقليدية، وهذا ما سنحاول التصدي له عن طريق دراسة هذه الضوابط.

1- إسناد الرابطة العقدية لقانون الموطن المشترك للمتعاقدین

جاء المشرع الجزائري بالموطن المشترك، كضابط إسناد ثاني بعد ضابط الإرادة ويرجع سبب أخذ المشرع بهذا الضابط، بالنظر لأهمية الموطن المشترك في المعاملات المالية والتعاقدية، كما ينظر إليه على أنه الإرادة المفترضة للأطراف باعتباره معلوما ومعروفا لدى كل منهما.

ورغم أهمية الإسناد على أساس الموطن المشترك، إلا أنه يصعب تطبيقه في مجال المعاملات الإلكترونية⁽¹⁰⁹⁹⁾، ذلك أن التعامل عبر شبكة الإنترنت يعتمد على العناوين الإلكترونية، لا على العناوين الحقيقية وهذه العناوين لا تعطي دلالة واضحة على العنوان الحقيقي⁽¹¹⁰⁰⁾، فهناك مواقع على الشبكة تحمل عناوين ترتبط ببلدان معينة مثل (.UK) بالنسبة لإنجلترا، ومع ذلك لا يوجد لها مكان عمل حقيقي، كما أن هناك عناوين أخرى لا ترتبط ببلدان معينة مثل (.com) أو (.org). فالعناوين الإلكترونية لم تصمم أصلا بمنظور

(1099) حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص 475.

(1100) صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 334.

جغرافي، ومواقع الويب تكون في حركة دائمة والمتعاقد يمارس أنشطته الاقتصادية بصرف النظر عن توطين مواقع الويب أو مقدمي الخدمات⁽¹¹⁰¹⁾.

هذا ما يبين لنا صعوبة تطبيق ضابط الموطن المشترك على عقود التجارة الإلكترونية، التي تتم عبر شبكة الإنترنت كون أن العناوين الإلكترونية، لا تشكل بأي حال محل إقامة ثابت بالمعنى المفهوم في الاتفاقيات الدولية، علاوة على أن هناك عناوين إلكترونية لا تحمل أي مؤشرات صحيحة تدل على تطابق توطينا حقيقيا للأطراف.

2- إسناد الرابطة العقدية لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدین

إذا كان ضابط الجنسية المشتركة قد لعب دورا في مجال العلاقات العائلية والأحوال الشخصية، فإن نجاحه في مجال عقود التجارة الدولية عامة، وعقود التجارة الإلكترونية خاصة قد بدا محدودا⁽¹¹⁰²⁾، رغم أن بعض الفقه يعتقدون بأن الجنسية المشتركة للمتعاقدین يمكن أن يكون لها دور، في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد إذا كان المتعاقدان من جنسية واحدة، فيمكن افتراض أن قصدهما إخضاع العقد المبرم بينهما لقانون الدولة التي ينتميان إليها بجنسيتهما⁽¹¹⁰³⁾.

نجد أن إسناد الرابطة العقدية إلى قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدین يعتبر ضابط من الصعب، الاعتماد عليه في مجال عقود الشبكة لضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق وفقا لهذا الأساس والعقد، كما أن الاعتداد بجنسية المتعاقدین يتطلب التحقق من هوية الأطراف، وتحديد أماكن تواجدهم لحظة إبرام العقد وهذا أمر صعب تحقيقه في التجارة الإلكترونية⁽¹¹⁰⁴⁾.

(1101) سليمان أحمد محمد فضل، مرجع سابق، ص 204.

(1102) حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص 475.

(1103) سلطان عبد الله محمود الجواري، مرجع سابق، ص 143.

(1104) صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 333.

3- إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد

يعتبر بعض الفقه، أن هذه القاعدة من أفضل قواعد الإسناد وأسهلها في التطبيق العملي، لأن مكان إبرام العقد لا يتعدد وهو دائما موجود ومعروف لدى المتعاقدين⁽¹¹⁰⁵⁾. والواقع أن الإسناد لقانون بلد الإبرام، يمكن الأطراف من معرفة القانون الواجب التطبيق على العقد مقدما⁽¹¹⁰⁶⁾، الأمر الذي من شأنه أن يحقق لهم الأمان القانوني في نفوسهم والاطمئنان على حقوقهم، ذلك أن تطبيقه يستلزم توافر عناصر الرضا والعلم بنصوص هذا القانون المختار⁽¹¹⁰⁷⁾.

ورغم الأهمية التي يحظى بها ضابط محل إبرام العقد إلا أن المشرع الجزائري لم يمنح له الأفضلية في الترتيب، وقد منحه الموقع الثالث في الترتيب بعد قانون الموطن المشترك بالمتعاقدين وقانون الجنسية المشتركة، وفقا للتدرج الوارد في المادة 18 ق م ج وذلك في حالة غياب اتفاق بين المتعاقدين على اختيار القانون الذي يحكم العقد.

بعد شيوع التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة وجه بعض الفقه انتقادات لازعة لضابط قانون إبرام العقد، وذلك نتيجة لصعوبة تحديد مكان إبرام العقود الإلكترونية التي تبرم في بيئة غير ملموسة⁽¹¹⁰⁸⁾، تجعل من الصعب تركيز العقد مكانيا، حيث يجرى بين نظم ومعلومات ومواقع ليس من السهل تحديد مكانها، فالتعاقد من خلال الإنترنت يفترض اتصال العقد أثناء إبرامه بجميع الدول المرتبطة بالشبكة الدولية⁽¹¹⁰⁹⁾، ومتطلبات إنجاز التعاقد عبر شبكة الحواسيب الآلية تجري، بطريقة غير محسوسة وفي فضاء إلكتروني مما لا يمكن تركيزه في مكان دون آخر إلا على أساس افتراضي، وهنا لا تظهر بوضوح نقاط ارتباط

(1105) هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 553.

(1106) صفوان حمزة إبراهيم عيسى، مرجع سابق، ص 339.

(1107) سامي مصطفى فرحان، تنازع القوانين في التجارة الدولية "دراسة مقارنة"، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق،

كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2006، ص 135.

(1108) فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 691.

(1109) إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، مرجع سابق، ص 180.

محددة بين التعاقد وبين مكان معين، مما يمكن أن ينعقد له دون غيره الاختصاص التشريعي والقضائي بحكم العقد ومنازعاته، فالعقود الإلكترونية تتعارض مع الطابع الإقليمي لقواعد القانون الواجب التطبيق.

نلاحظ أن هذه الصعوبات لا تثار في حالة إبرام التعاقد بوسائل الاتصال التقليدية مثل الفاكس أو الهاتف، لأن المتعاقدين عبر تلك الوسائل يعرفون مسبقا مكان إرسال القبول أو مكان تسليمه، من خلال الرقم الكودي لدولة الاتصال التي يطلبونها.

يجب الإشارة كذلك، إلى أن طبيعة التعاقد الإلكتروني تبرر إعادة بحث مسألة زمان ومكان انعقاد العقد⁽¹¹¹⁰⁾ - لتحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني - وهي مسألة ترتبط ارتباطا وثيقا، بتحديد القانون الواجب التطبيق عند التعاقد عبر الشبكة الدولية، بحيث إذا لم يتفق الأطراف على هذا القانون، فإنه لا مفر من الرجوع إلى قواعد تنازع القوانين في قانون دولة قاضي النزاع.

ثانيا: الإسناد المرن للرابطة العقدية (ضابط الأداء المميز)

تقوم فكرة الأداء المميز على أن كل عقد ينفرد بأداء يميزه ويحدد خصائصه، ويتحدد هذا الأداء بمقتضى عملية تركيز موضوعي بحث، ولا مكان لأي عنصر شخصي للرابطة العقدية، فعند انتفاء الإرادة وغياب الاختيار الصريح أو الناتج على نحو مؤكد من أحكام العقد أو ظروف القضية، يترك للقاضي مجالا واسعا لاجتهاده وتقديره ليقوم بتركيز العقد لقانون البلد الذي تربطه به أوثق صلة في ضوء ظروف التعاقد وملابساته⁽¹¹¹¹⁾ وهو تكريس

(1110) حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص 475.

(1111) سامي مصطفى فرحان، مرجع سابق، 2006، ص 137.

لنظرية الأداء المميز، التي كان للقضاء السويسري فضل السبق في إرساء دعائم هذه النظرية⁽¹¹¹²⁾.

يعتمد ضابط الأداء المميز على أساس تنوع معاملة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، حسب أهمية الالتزام الأساسي فيه أو مكان الوفاء بالالتزام، أو حسب الوزن القانوني فيه والأهمية الواقعية للأداء، فهذه الالتزامات تعبر عن مركز الثقل الاجتماعي والاقتصادي للعملية التعاقدية⁽¹¹¹³⁾، على أساس أنه ضابط يتسم بسهولة العلم المسبق به ومرونته وملاءمته لكل نوع من أنواع العقود⁽¹¹¹⁴⁾، ويسمح للقاضي بربط النزاع بقانون الدولة التي يرتبط بها العقد برابطة وثيقة⁽¹¹¹⁵⁾.

لما كان للعقد الملزم للجانبين طرف يكون له دور فعال وظاهر عند إبرامه فهو الذي يبيع ويمنح القروض وما إلى غير ذلك، وهو صاحب مركز الثقل في العقد أما الطرف الآخر فهو مجرد عميل عادي، لا دور له في إبرام عقد البيع أو النقل أو غيره، ويتمثل التزامه دائما في دفع مبلغ من النقود، وهنا يسهل تحديد الأداء المميز للعقد، وهو التزام البائع بتسليم المبيع أو التزامه بنقل الملكية للمشتري، والالتزام المورد بتوريد الخدمة في عقود المقاولات وعقود الوكالة⁽¹¹¹⁶⁾، وهذه الالتزامات تعبر عن مركز الثقل الاقتصادي والاجتماعي في الرابطة العقدية⁽¹¹¹⁷⁾.

⁽¹¹¹²⁾ محمد يوسف الزغبى، مرجع سابق، ص 239.

⁽¹¹¹³⁾ إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، مرجع سابق، ص 197.

⁽¹¹¹⁴⁾ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 563.

⁽¹¹¹⁵⁾ USUNIER Laurence, op cit, pp 379-380.

⁽¹¹¹⁶⁾ صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 337.

⁽¹¹¹⁷⁾ محمد يوسف الزغبى، مرجع سابق، ص 241.

على هذا الأساس عرف بعض الفقه الأداء المميز للعقد على أنه "الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى". وهناك من يعرفه أيضا أنه "الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجبا"⁽¹¹¹⁸⁾.

يعد ضابط الأداء المميز، أحد أهم المبادئ الرئيسية لقانون التجارة الدولية، ولقد تبنته العديد من تشريعات القانون الدولي الخاص وكذا الاتفاقيات الدولية، ومن بين هذه الاتفاقيات نجد اتفاقية روما 1980، والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية قد أخذت بضابط الأداء المميز للعقد⁽¹¹¹⁹⁾، حيث نصت في المادة 4 على أنه "1- عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، يسري على هذا الأخير قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقا. 2- وتعتبر تلك الروابط موجودة في الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتاد للطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز وقت إبرام العقد....".

يفهم من ذلك أن اتفاقية روما قد وضعت قرينة قانونية مفادها أن الدولة التي يكون للعقد رابطة قوية معها، هي تلك التي فيها للطرف الطبيعي الذي سيقوم بالالتزام الرئيسي محل إقامة معتادة، أو فيها مركز الإدارة الرئيسي للشخص المعنوي، ولا شك أن المقصود من الالتزام الأساسي، هذا في العقود الملزمة لجانب واحد هو التزام ذلك الجانب، أما العقود الملزمة للجانبين فيكون المقصود هو التزام تقديم خدمة أو تسليم بضاعة.

إذا أردنا إعمال ضابط الأداء المميز في مجال عقود التجارة الإلكترونية فنجد على سبيل المثال، أن العقد الذي يبرم بين مقدم الخدمة المراد إدخالها على الشبكة والشركة التي تتولي معالجة، تلك الخدمة إلكترونيا وتحميلها كمادة على موقع الإنترنت، إذا لم يتفق فيه

(1118) نقلا عن: صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 336.

(1119) فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 703.

الأطراف على القانون الواجب التطبيق، فإن الذي يسري هنا هو قانون الدولة التي بها مقر أو مركز تلك الشركة - مقدمة الخدمة الإلكترونية - المدينة بالأداء المميز للعقد محل النزاع⁽¹¹²⁰⁾.

يرى جانب من الفقه أنه يجب استبعاد نظرية الأداء المميز في مجال عقود التجارة الإلكترونية، لأنها تميل بلا سبب إلى تحقيق منفعة للمورد على حساب المستهلك⁽¹¹²¹⁾ وبذلك تمس بمصلحة الطرف الضعيف (المستهلك)، إذا ما تم إسناد العقد لقانون الطرف الأقوى في العلاقة العقدية (المورد).

كما أن تطبيق هذه النظرية، لا تحسم مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في كل الأحوال، ويستبعد تطبيقها في الحالة التي لا تستطيع المحكمة تحديد ما هو الأداء المميز، بالاعتماد على مكان تنفيذ العقد خاصة إذا كان هذا الأخير يبرم وينفذ عبر شبكة الإنترنت، حيث أنه لا يوجد إقليم معين يتم فيه تنفيذ العقد بسبب البيئة غير المادية التي ينفذ العقد من خلالها، وهذا ما يفيد أنه ليس هناك نقاط ارتباط محددة بين التعاقد وبين مكان معين، مما يمكن أن ينعقد له الاختصاص للنظر في النزاع⁽¹¹²²⁾، فضلا عن ذلك هناك بعض العقود المركبة، التي يصعب معها تعيين الأداء المميز للعقد لأن الالتزامات الناتجة عن هذه العقود، لها نفس الأهمية بحيث يمكن اعتبار أي منها أداء مميزا⁽¹¹²³⁾.

نحن نرى بدورنا، أن أغلب التشريعات الوطنية تعتمد على محل إقامة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، والإقامة يقصد بها في هذا المقام المكان الثابت والدائم الذي تتم فيه العقود، وهذه الشروط غير متوفرة في التي تبرم من خلال شبكة الإنترنت، لذلك فإن عوامل الارتباط التقليدية لا يمكن تطبيقها لتسوية مسائل النزاع إذ ينبغي

⁽¹¹²⁰⁾ USUNIER Laurence, op cit, p. 381.

⁽¹¹²¹⁾ BUREAU Dominique, op cit, p.453.

⁽¹¹²²⁾ سليمان أحمد محمد فضل، مرجع سابق، ص 211.

⁽¹¹²³⁾ صفوان حمزة إبراهيم عيسى، مرجع سابق، ص 344.

الأخذ بعين الاعتبار، أن إبرام عقود التجارة الإلكترونية وما يستلزمه من عرض وقبول وتنفيذ، يجري بطريقة غير ملموسة وفي فضاء إلكتروني، مما يصعب معه تركيز العقد في مكان دون آخر، إلا على أساس افتراضي وهو لا يعدو أن يكون من ضروب الافتراض القانوني.

بسبب هذه الانتقادات التي يثيرها تطبيق منهج التنازع عند إعماله في عقود التجارة الإلكترونية، ينادي بعض الفقه بضرورة إخضاع المنازعات المتعلقة بهذه العقود لقانون ذي طبيعة خاصة، يتكون من العادات والأعراف السائدة في هذا المجال، وهذا ما سنتعرض له بالدراسة في النقطة التالية.

ثالثاً: إخضاع عقود التجارة الإلكترونية لقانون مستقل

تعد تعاملات التجارة الإلكترونية التي تتم على شبكة الإنترنت في حاجة إلى إنشاء قانون خاص بها، وإلى مؤسسات قانونية تهتم بهذه التجارة الرقمية الجديدة، ذلك لأن الحدود الجغرافية ليس لها أي اعتبار في عالم الإنترنت⁽¹¹²⁴⁾، كما أن الدول عجزت عن فرض سيطرتها على الفضاء الإلكتروني لتطبيق أوامرها، وذلك لأن العقود الدولية الإلكترونية لها معطياتها الخاصة، وتتطلب قانوناً ذا طبيعة خاصة كي يخاطب مجموعة من الأشخاص هم مستخدمو شبكة الإنترنت ومقدمو خدمة الإنترنت، وينظم معاملاتهم الإلكترونية العابرة للحدود.

إن المفاهيم التقليدية للاختصاص التشريعي والقضائي التي وضعت لتنظيم مجتمع مقسم إلى دول، يفصل بينها حدود سياسية وجغرافية لا تتلاءم مع مجتمع افتراضي ينقسم إلى شبكات اتصال ومجالات دومين ومواقع ويب، ولذلك فإن الكثير من الفقهاء ينادون بضرورة إعمال فكرة التنظيم الذاتي، بإنشاء قواعد موضوعية تقوم على نظام قانوني مستقل

⁽¹¹²⁴⁾ USUNIER Laurence, op cit, p.363.

عن القوانين الوطنية، وذلك بالرجوع إلى العادات والأعراف التجارية الدولية (mercatoria La lex⁽¹¹²⁵⁾).

كانت فكرة التنظيم الذاتي بإرساء القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية⁽¹¹²⁶⁾ محلا للعديد من الدراسات القانونية في الآونة الأخيرة، والوقوف على مدى ملاءمتها كوسيلة لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية، وقد ذهب جانب من الفقه إلى تسميتها بمبدأ الكفاية الذاتية للعقد⁽¹¹²⁷⁾ (Theorie de l'auto suffisance du contrat international). يتمتع هذا المبدأ بتنظيم ذاتي مرده إرادة الأطراف وحدهم دون الرجوع إلى أية قاعدة قانونية، فهو نظام قانوني ذاتي له القدرة على إيجاد قواعد قانونية مبنية أساسا على عادات التجارة الإلكترونية (lex electronica)⁽¹¹²⁸⁾.

هناك من عرف القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية، بأنها "مجموعة قواعد قانونية تقدم تنظيما مباشرا وخصا ليحكم المعاملات التي تتم عبر شاشات أجهزة الحواسب الآلية وتتكون من العادات والممارسات التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي وطورتها الهيئات والحكومات والمستخدمون في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات"⁽¹¹²⁹⁾. وهناك من يعرفها كذلك بأنها "القانون الذي تتمثل مصادره في الممارسات التعاقدية الإلكترونية 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".⁽¹¹³⁰⁾

⁽¹¹²⁵⁾ أشرف وفا محمد، مرجع سابق، ص 208. ص 97.

⁽¹¹²⁶⁾ تعددت المصطلحات المستخدمة في الفقه للتعبير عن القواعد المعنية بتنظيم المعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت، ومن أمثلة تلك المصطلحات، مصطلح القانون الإلكتروني lex electronica، والقانون الافتراضي lex virtual، وقانون الإنترنت lex net، وقانون موضوعي للإنترنت Substantive internet law.

⁽¹¹²⁷⁾ إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، مرجع سابق، ص 304.

⁽¹¹²⁸⁾ JACQUET Jean-Michel, op cit, p.98.

⁽¹¹²⁹⁾ صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 233.

⁽¹¹³⁰⁾ حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص 487.

نشأت هذه القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية من عدة مصادر اجتمعت وكونت لها العناصر اللازمة لتصبح نظاماً قانونياً مستقلاً ومميزاً وهذه المصادر هي:

1- العقود النموذجية (Contrats-types)، وهي مجموعة من الشروط العامة التي استقرت في عادات التجارة الدولية، وهذه الشروط يتفق عليها تجار سلعة معينة ويخصصونها في منطقة جغرافية معينة، ويلتزمون بإرادتهم الحرة بإتباعها فيما يبرمونه من صفقات تتعلق بهذه السلعة، وقد ذاعت هذه الشروط العامة في الوقت حتى صارت تشمل أنواعاً عديدة من السلع وتغطي مناطق جغرافية شاسعة، ومثالها: الشروط العامة التي وضعتها جمعية لندن لتجارة الغلال (London society for the gain trade) والشروط العامة التي وضعتها اللجنة الاقتصادية الأوروبية بشأن توريد الأدوات والآلات اللازمة لتجهيز المصنع⁽¹¹³¹⁾.

في مجال التجارة الإلكترونية يمكن ذكر كمثال عن العقود النموذجية الإلكترونية اتفاقية التبادل الإلكتروني، حيث أنها تستهدف إيجاد إطار اتفاقي ملزم لتنظيم العلاقات المتبادلة بين مستخدمي أنظمة التبادل الإلكتروني للبيانات⁽¹¹³²⁾، وفي فرنسا ومن أجل تسهيل المعاملات التي تتم على شبكة الإنترنت، فقد تم وضع العقد النموذجي الفرنسي بين التجار والمستهلكين، وكذلك العقود الخاصة بالمراكز التجارية الافتراضية⁽¹¹³³⁾.

2- قواعد السلوك التي يضعها المتعاملون مع شبكة الإنترنت بأنفسهم لتطبق عليهم والتي يتم تدوينها، من قبل الهيئات والمؤسسات المهنية المعنية بوضع مبادئ وأسس التعامل عبر الشبكة الدولية للاتصالات⁽¹¹³⁴⁾.

(1131) إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، مرجع سابق، ص 308.

(1132) محمد يوسف الزغبى، مرجع سابق، ص 139.

(1133) أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 101.

(1134) سليمان أحمد محمد فضل، مرجع سابق، ص 237.

كما ساهمت الأعراف والعادات في العالم الافتراضي في إنشاء قواعد القانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية، وذلك بطريقة تلقائية من خلال ما استقر من عادات وأعراف في الأوساط المهنية لهذا النوع من المعاملات⁽¹¹³⁵⁾.

3- الاتفاقيات والتوصيات التي لعبت دورا فعالا في توحيد القواعد الموضوعية بين الدول في مجال التجارة الإلكترونية، نذكر منها مثلا اتفاقية مجلس أوروبا رقم (108) الخاصة بحماية البيانات، ذات الطابع الشخصي وتدفقها عبر الحدود والمعتمدة عام 1981، وكذلك قواعد الاتحاد الأوروبي عن طريق القرار اللاتحي، أو ما يسمى تشريع بروكسل رقم 44/2001 بشأن الاختصاص القضائي والاعتراف بتنفيذ الأحكام في المواد المدنية والتجارية⁽¹¹³⁶⁾.

استنادا إلى ما تقدم يذهب أنصار فكرة مبدأ الكفاية الذاتية إلى طرح فكرة إنشاء قانون ذاتي "Cyberlaw"، لشبكة الإنترنت يعد حلا مثاليا وآلية مبتكرة في تنظيم استخدام هذه الشبكة، وهؤلاء هم الذين ينادون بوضع شريعة خاصة بشبكة الإنترنت، وسندهم في ذلك أن المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية، لهم الحق في تحديد قواعد السلوكية الخاصة بهم، لاسيما مع وجود صعوبة أمام المشرع في تنظيم تعاملات هؤلاء، وظهور العديد من المعاهدات الدولية التي تغطي جوانب متعددة في مجال العلاقات الإلكترونية الدولية، التي بدأت تخطو خطوات متلاحقة وسريعة يصعب تداركها⁽¹¹³⁷⁾.

ورغم ما ذهب إليه الاتجاه القائل بضرورة وضع قانون مستقل مبنيا أساسا على عرف وعادات التجارة الإلكترونية، يحكم مسائل تنازع القانون في مجال عقود التجارة الإلكترونية⁽¹¹³⁸⁾، يجعل القانون يعاصر التقدم التكنولوجي والتغير السريع في طبيعة

(1135) حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص 489.

(1136) نقلا عن: سليمان أحمد محمد فضل، مرجع سابق، ص 235.

(1137) إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، مرجع سابق، ص 305.

(1138) صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 116.

الإنترنت، تلك الطبيعة التي تتجاهل الحدود بين الدول بينما لا تستطيع التشريعات الوطنية تجاهل هذه الحدود.

نؤيد الرأي القائل أنه من غير الصواب القول بتطبيق القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية، في مجال العقود الإلكترونية الدولية، ذلك أن الهدف الحقيقي من وراء جعل عادات التجارة الإلكترونية (La lex electronica)، هو الوقوف إلى جانب المشروعات والشركات الأجنبية، المصدرة للمنتجات والبضائع وتجاهل مصالح الطرف المتعاقد الآخر.

فالعادات التجارية المزعومة - والسابقة لأوانها - هي من وضع رجال القانون في الدول الغربية، والتي ستكون دون شك محققة لمصالح من بيدهم صنع التكنولوجيا المتقدمة على حساب مصالح الدول المستوردة، واستنادا إلى هذا يمكننا أن نؤكد على أن المناداة بتطبيق عادات التجارة، في هذا المجال ليس وراءه من هدف سوى الرغبة في استبعاد قوانين الدول الوطنية استبعادا كليا، وإحلال عادات التجارة محلها، مما يلحق ضررا بمصالح الدول النامية.

بالإضافة إلى ذلك فإن القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية لا تحتوي على قواعد تفصيلية، دقيقة على حسم المسائل المتعلقة بمنازعات التجارة الإلكترونية فهي عادات قليلة ولا تتناول إلا أمورا محددة.

في ضوء ما سبق بيانه بشأن فكرة التنظيم الذاتي المتولدة من سلوك الأطراف - مبدأ حرية إرادة الأطراف - بعيدا عن تدخل المشرع، لا تصلح في الوقت المعاصر لحل المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية، لكنها على كل حال سوف تعتبر بمرور الوقت قاعدة قانونية ملزمة قابلة للتطبيق أمام المحاكم، وعليه يجب أن تعدل صياغة قواعد التنازع التقليدية السائدة في مجال العقود التقليدية حتى تتلاءم مع عقود التجارة الإلكترونية.

المطلب الثاني

الجهات المختصة بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية

يعتبر موضوع القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية من أصعب وأعقد المواضيع في القانون الدولي الخاص، والخوض فيه يحتاج إلى كثير من العناء، وذلك لما يؤدي إليه هذا الموضوع من استفزاز لمنهج القانون الدولي الخاص، وإثارة التنافس فيما بينها وذلك من أجل، استمالة العقد ومحاولة السيطرة عليه بحيث يدخل تحت هيمنتها.

وتعتبر مشكلة ضوابط الاختصاص الدولي للمحاكم في منازعات عقود التجارة الإلكترونية أصعب بكثير، من مشكلة ضوابط الإسناد لأنه إذا كان كلا من ضوابط الإسناد والاختصاص يشتركان معاً، في أنهما يعتمدان بصفة أساسية على فكرة المكان، وهو ما يتعارض مع الطابع غير المكاني لمنازعات عقود التجارة الإلكترونية، إلا أن منهج ضوابط الإسناد ظهر إلى جانبه منهج القواعد الموضوعية، التي تنطبق مباشرة على منازعات التجارة الإلكترونية، بينما تبقى ضوابط الاختصاص القضائي الدولي تعمل كآلية وحيدة للكشف عن اختصاص المحاكم الوطنية بهذه المنازعات، وذلك بتطبيق قواعدها الوطنية بهذا الخصوص، إلى جانب القواعد التي يمكن أن تتضمنها المعاهدات والاتفاقيات الدولية المنظمة لمسائل التنازع القضائي والتشريعي.

وسوف يتم التعرض في هذا المطلب لمعايير الاختصاص القضائي الدولي في مجال عقود التجارة الإلكترونية (الفرع الأول)، ثم نتطرق لدراسة حلول تنازع الاختصاص القضائي وفقاً لاتجاهات التطوير في التنظيمات والاتفاقات الإقليمية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

معايير الاختصاص القضائي الدولي في مجال عقود التجارة الإلكترونية

تقوم بعض ضوابط الاختصاص القضائي الدولي على أساس شخصية، كضابط جنسية المدعى عليه⁽¹¹³⁹⁾، الذي تعطي الاختصاص لمحكمة الدولة التي يتمتع المدعي عليه بجنسيتها، وهناك أيضا ضابط موطن المدعى عليه الذي يمكن اعتباره ضابطا شخصيا ذا طابع مكاني.

كما تتطلب غالبية الأنظمة القانونية لاختصاص محاكمها بالنزاع المعروف عليها وجود علاقة، أو صلة تربط بين هذا العقد المعروف على محاكمها وبين هذه الدولة وذلك على أساس ضوابط مكانية، كضابط مكان نشأة الالتزام أو ضابط مكان تنفيذ الالتزام⁽¹¹⁴⁰⁾. وإذا كانت الأمور مضبوطة وواضحة في ما يخص أعمال ضوابط الإسناد في العقود التقليدية، يثور السؤال على مدى انطباق هذه الضوابط على عقود التجارة الإلكترونية؟

وعليه سنقوم بدراسة الضوابط الشخصية للاختصاص القضائي في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، ثم نتبعه بدراسة الضوابط المكانية للاختصاص القضائي في منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

أولا: الضوابط الشخصية للاختصاص القضائي في منازعات عقود التجارة الإلكترونية

يتعلق مضمون الضوابط الشخصية بالأشخاص أطراف العلاقة، ذات الطابع الدولي بدولة معينة - وأطراف العلاقة هم المدعي والمدعى عليه - وهذا الارتباط إما أن يأتي عن

⁽¹¹³⁹⁾ أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، النسر الذهبي للطباعة، (ب،م،ن)،

2003، ص 9.

⁽¹¹⁴⁰⁾ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 710.

طريق جنسية الدولة التي يتمتعون بها، أو عن طريق التوطن، أو الإقامة على إقليم هذه الدولة.

1- الاختصاص القائم على جنسية المدعى عليه

جرى العمل على اختصاص محاكم الدولة بالنظر في الدعوى التي ترفع على مواطنيها، بغض النظر عن ما إذا كان له موطن أو محل إقامة معروف على ترابها وبغض النظر ما إذا كان كذلك شخصا طبيعيا أو معنويا.

إذا توافر هذا الضابط ينعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية أيا كان نوع الدعوى وذلك بناء على كون المدعي أو المدعى عليه جزائري الجنسية، وفي هذا الشأن إذا كان المدعى عليه جزائريا، نجد المادة 42 من ق إ م و إ تنص على أنه "يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي، حتى ولو كان مع أجنبي". أما إذا كان المدعى جزائري فإن نص المادة 41 فقرة 2 من ق إ م و إ تنص على أنه "... كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين".

مفاد قاعدة اختصاص محكمة جنسية الطرف سواء كان مدعيا أو مدعى عليه كاف في ذاته، لانعقاد الاختصاص لمحكمة الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته⁽¹¹⁴¹⁾، دون حاجة لاشتراط أي رابطة أخرى بين النزاع ودولة هذه المحكمة، وهذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في نص المادتين 14 و 15 من القانون المدني، أين جعل للفرنسيين امتيازاً في الاختصاص حيث ينعقد الاختصاص للقضاء الفرنسي حتى وإن كان العقد إلكترونيا.

(1141) عصام الدين القسبي، "تنازع الاختصاص القانون والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية"، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد الرابع، جامعة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة من 12-10 مايو 2003، ص 1632.

تعرض هذا الضابط للنقد من جانب الفقه الفرنسي⁽¹¹⁴²⁾، الذي يعتبر أن تطبيق ضابط الجنسية، في مجال عقود التجارة الإلكترونية يعرض المدعي لمواجهة العديد من الصعوبات عند رفع دعواه، مثل صعوبة التحقق من شخصية المدعى عليه وجنسيته، وكذا صعوبة تحديد جنسية المواقع الإلكترونية، وبصفة خاصة المواقع التي لا تمثل شركة تجارية قائمة لها جنسية محددة وموطن معروف.

2- الاختصاص القائم على محكمة موطن المدعى عليه

يعتبر هذا الضابط من أهم الضوابط التي يقوم عليها كل من الاختصاص القضائي الدولي والاختصاص الداخلي للمحاكم، عند إبرام عقد إلكتروني - الذي يعتبر عقد دولي - ليس هناك ما يدعو للخروج، عن القواعد العامة في الاختصاص الدولي للمحاكم⁽¹¹⁴³⁾، ويمكن رفع الدعوى، أمام محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه استنادا إلى نص المادة 37 من ق إ م و التي تضمنت القاعدة العامة المستقر عليها في قانون الإجراءات الداخلية أو الدولية وهي "اختصاص محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه".

بالتالي المدعي هو الذي يسعى لمحكمة المدعى عليه ليقاضيه أمامها، وأساس ذلك أن الأصل هو براءة ذمة المدعى عليه إلى أن يثبت المدعي العكس، ومراعاة لاعتبارات العدالة وحاجة المعاملات الدولية التي تقتضي توفير الرعاية للمدعى عليه بمقاضاته أمام محكمة موطنه.

يرى جانب من الفقه أنه من الصعب إعمال ضابط موطن أو محل إقامة المدعى عليه، في العالم الافتراضي للإنترنت⁽¹¹⁴⁴⁾، ويرجع ذلك إلى صعوبة تحديد موطن الأطراف

⁽¹¹⁴²⁾ USUNIER Laurence, op cit, p. 393.

⁽¹¹⁴³⁾ أشرف وفا محمد، مرجع سابق، ص 238.

⁽¹¹⁴⁴⁾ سليمان أحمد محمد فضل، مرجع سابق، ص 262.

بوضوح في عقود شبكة الإنترنت حيث أنه لا يوجد التزام على الأطراف بكتابة بياناتهم ومحل إقامتهم، ويبدو الأمر أكثر صعوبة في العقود التي تبرم وتنفذ عبر الشبكة⁽¹¹⁴⁵⁾.

نحن بدورنا نرفض فكرة الموطن الافتراضي، لأن المورد يمكن أن يخلق موطناً مصطنعاً، فضلاً عن أنه يمكن أن يضع العديد من العراقيل أمام وصول المدعي للعدالة بأن يخفي عليه موقعه، أو يفاجئه بضرورة رفع دعواه في دولة بعيدة وتستعمل لغة غير مفهومة بالنسبة له وتطبيق قانونا لا يتوقعه.

كما أن التوجيه الأوروبي الصادر في 8 يونيو عام 2000، بشأن التجارة الإلكترونية أمر بأن وجود مسألة تقنية وتكنولوجية لتوريد المعلومات، لا يمثل منشأة للمورد وذلك يكفي لرفض فكرة الموطن الافتراضي⁽¹¹⁴⁶⁾.

حاول القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الصادر عام 1996، وكذا اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005، تحديد أماكن الأطراف في التجارة الإلكترونية، بوضع معيار يسترشد به القضاء لتحديد موطن الأطراف عبر شبكة الإنترنت، وهو معيار "المقر الأوثق صلة بالعقد" مع الأخذ في الاعتبار الظروف والملابسات التي حدثت عند أو قبل التعاقد، وقد يستخلص القاضي "المقر الأوثق صلة بالعقد" من خلال المراسلات العادية، التي تمت بين الأطراف على مقر عمل مادي محدد خارج الوسط الإلكتروني، أو خلال أرقام تليفونات أحد الأطراف التي تحمل مفتاحاً لدولة محددة⁽¹¹⁴⁷⁾.

⁽¹¹⁴⁵⁾ حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص 513.

⁽¹¹⁴⁶⁾ USUNIER Laurence, op cit, p 366.

⁽¹¹⁴⁷⁾ صفوان حمزة إبراهيم عيسى، مرجع سابق، ص 359.

3- اختصاص المحكمة المتفق اللجوء إليها

يمكن لأحد أطراف النزاع اختيار المحكمة المختصة للفصل في منازعاتهم حتى وإن لم تكن مختصة بحسب الأصل، وهو ما حرص المشرع الجزائري على النص عليه في المادة 37 من ق إ م وإ وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

من الضروري ترك حرية أطراف النزاع الناشئ عن العقد الإلكتروني لتحديد المحكمة المختصة في نظر النزاع دولياً⁽¹¹⁴⁸⁾، ومثل هذا الاتفاق يعد من أهم الحلول التي تملئها البيئة الإلكترونية، لإزالة العقبات التي تتعارض مع القواعد التقليدية للاختصاص القضائي الدولي.

يرى الفقه الغالب أن اختصاص محكمة الدولة التي يقع بها الموطن المختار للشخص منبثق عن فكرة الخضوع الاختياري⁽¹¹⁴⁹⁾، التي تسمح للأطراف باختيار محكمة معينة حتى وإن كانت غير مختصة بحسب الأصل، ولهذا نجد الكثير من المواقع الإلكترونية تشير صراحة، إلى موطن لها على موقعها الإلكتروني غير موطنها الحقيقي حتى يكون موطناً مختاراً لها، وتفادياً لإنكار الطرف الآخر للاتفاق على الاختصاص، فإنه يلزم التنبيه عليه بأن يوقع صراحة على إعلان يوضح فيه قبول شرط الاختصاص القضائي.

يشترط لصحة اتفاق المتعاقدين أو الأطراف على تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع توافر عدة شروط⁽¹¹⁵⁰⁾ وهي:

(1148) عصام الدين القسبي، مرجع سابق، ص 1634.

(1149) سليمان أحمد محمد فضل، مرجع سابق، ص 266.

(1150) أنظر فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 711، وصفوان حمزة إبراهيم عيسى، مرجع سابق، ص 362.

- أن لا يكون الاتفاق منطوباً على غش، وذلك بما يحمله هذا الاتفاق من خطورة خضوع الطرف الضعيف - وهو في الغالب المستهلك - في العقود الإلكترونية لمصلحة الطرف القوي في العقد.

- أن تكون مصلحة مشروعة للطرف لجعل الاختصاص لمحكمة معينة بالذات.
- ضرورة توافر رابطة جدية بين النزاع والمحكمة التي اتفق على تقرير الاختصاص لها.
- يجوز أن يكون الاتفاق على تحديد محكمة بالذات صراحة أو ضمناً، ويجوز أن يكون هذا الاتفاق سابقاً على نشوء النزاع أو بعد نشوء هذا الاتفاق.

نشير في الأخير إلى أن الاتفاق المحدد للمحكمة المختصة دولياً للفصل في النزاع يحقق مصلحة مشتركة للأطراف، فلجوؤهم لقضاء معين يعني أن قضاء هذه الدولة يحقق مصالح مشروعة لكلا الطرفين.

ثانياً: ضابط مكان نشأة الالتزام في عقود التجارة الإلكترونية

العقد الإلكتروني يبرم بوسائل إلكترونية على شبكة الاتصالات العالمية التي لا تحتل حيزاً مكانياً محسوساً، مما حث بالتشريعات الخاصة بالتجارة الإلكترونية إلى إيجاد قواعد خاصة، لتحديد مكان انعقاد عقود التجارة الإلكترونية - على النحو الذي تعرضنا إليه سابقاً - فهو إذن تحديد قانوني افتراضي، اقتضته الضرورة العملية والقانونية بالنظر إلى الأهمية القصوى لمعرفة، مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه كضابط يلجأ إليه في مسائل قانونية شتى ومن بينها تحديد اختصاص المحكمة المكاني.

وعليه سنتعرض بالدراسة إلى مدى ملاءمة ضابطي مكان نشأة الالتزام، ومكان تنفيذ الالتزام للتطبيق في مجال عقود التجارة الإلكترونية.

1- ضابط مكان إبرام الالتزام في عقود التجارة الإلكترونية

يعتبر تحديد مكان نشأة الالتزام مسألة متعلقة بتفسير قاعدة اختصاص وطنية مما يلزم الرجوع، بشأنها إلى قانون القاضي المعروض عليه النزاع، وبالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد نص المادة 39 فقرة 3 من ق إ م و إ⁽¹¹⁵¹⁾، تضمنت ضابط مكان إبرام الاتفاق أو تنفيذه، حتى ولو كان أحد الأطراف غير مقيم في ذلك المكان، وذلك في مجال التوريدات التي يكون موضوع الالتزام فيها عقد البيع الدولي للبضائع.

لما كانت عقود التجارة الإلكترونية ذات طابع دولي تبرم بين حاضرين في الزمان وغائبين في المكان، فإن تحديد مكان إبرام العقد يتم وفقا للمعايير المتبعة في هذا الصدد وقد اعتد المشرع الجزائري بنظرية العلم بالقبول، واعتبر التعاقد بين غائبين قد تم في المكان والزمان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

يحدث عادة في عقود التجارة الإلكترونية أن يوجد مكان مقدم خدمة المعلومات في مكان يختلف عن مكان المرسل إليه، ونظرا لصعوبة تحديد المكان الحقيقي لمقدم المعلومات أخذ قانون التجارة الإلكترونية النموذجي بنظرية تسليم القبول⁽¹¹⁵²⁾، وذلك بالاعتماد على المنهج الافتراضي، عن طريق افتراض أن الرسالة المحتوية على القبول سلمت في مقر عمل المرسل إليه.

كما أخذت غرفة التجارة الإلكترونية بشأن التعاقد الإلكتروني لسنة 2004 بنظرية تسليم القبول، في حالة ما إذا أرسلت الرسالة من مقدم خدمة المعلومات الذي عينه المرسل له فإن هذه الرسالة، يفترض استلامها بمجرد دخولها إلى نظام مقدم خدمات المعلومات أما في حالة، ما إذا استلمت الرسالة إلى مقدم خدمات المعلومات غير الذي عينه المرسل إليه

⁽¹¹⁵¹⁾ جريدة رسمية عدد 21 صادر بتاريخ 23 أبريل 2008.

⁽¹¹⁵²⁾ أنظر المادة 15 الفقرة 3 و 4 من قانون الأنسيترال النموذجي.

فلا تعتبر الرسالة قد استلمت، إلا في الوقت الذي يعلم فيه المرسل إليه بمضمون الرسالة وهذا معناه أنها أخذت كذلك بنظرية العلم بالقبول⁽¹¹⁵³⁾.

نحن نؤيد الرأي الفقهي القائل أنه يجب على أطراف العقد الاتفاق صراحة على تحديد مكان إبرام العقد، من خلال وضع شروط تعاقدية تفيد أن العقد تم في مكان محدد وفي حالة عدم تحديد، مكان إبرام العقد فإنه يتعين على القضاء العودة إلى المنهج الافتراضي، والذي ينتهي إلى اعتبار مكان إبرام العقد هو مقر عمل المرسل إليه.

2- ضابط مكان تنفيذ الالتزام في عقود التجارة الإلكترونية

بالرجوع إلى نص المادة 39 فقرة 3 من ق إ م و إ نجد أنه يمكن أن تختص، محكمة مكان تنفيذ العقد بغض النظر عن مكان إبرامه، ويرجع في تحديد معنى تنفيذ الالتزامات العقدية إلى قانون القاضي، بحسبان أن الأمر يتعلق بتفسير إحدى قواعد الاختصاص الوطنية، وللقاضي أن يسترشد في هذا الصدد بنية الأطراف وطبيعة العقد وعادات التجارة⁽¹¹⁵⁴⁾.

في مجال عقود التجارة الإلكترونية لا يوجد أية صعوبة في تحديد مكان تنفيذ الالتزام في العقود التي تبرم عبر شبكة الإنترنت، وتنفذ في العالم المادي وإنما الصعوبة تكمن في تحديد محل تنفيذ العقد في حالة تنفيذ كل من طرفيه لالتزاماته تنفيذا إلكترونيا من خلال شبكة الإنترنت.

بسبب هذه الصعوبة دعا بعض الفقه لوضع قاعدة اختصاص احتياطية، تقضي باختصاص محكمة مقر عمل المرسل إليه أو محل إقامته المعتاد، إذا لم يكن له مقر عمل هذا ما اتجه إليه بالفعل القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، في نص المادة 4/15 التي

⁽¹¹⁵³⁾ سليمان أحمد محمد فضل، مرجع سابق، ص 271.

⁽¹¹⁵⁴⁾ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 713.

تقضي أنه "إذا لم يتفق المنشئ أو المرسل إليه على غير ذلك يعتبر أن رسالة البيانات قد أرسلت، من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ أو المرسل، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه".

تعرض هذا الرأي للنقد، على أساس أنه لا توجد حاجة لوضع قاعدة احتياطية عندما تكون قواعد الاختصاص الأصلية كافية، وفي هذا الصدد نجد مثلاً تشريع بروكسل لعام 2001 بشأن الاختصاص القضائي الدولي، قد حدد مكان التنفيذ بأنها محكمة الدولة التي يوجد بها مكان تسليم البضاعة، بحسب نصوص العقد في عقود بيع البضائع، وعندما يتعلق الأمر بخدمة فإن مكان التنفيذ هو المكان الذي ينبغي فيه أداء هذه الخدمة⁽¹¹⁵⁵⁾.

الفرع الثاني

تطوير القواعد التقليدية للاختصاص القضائي وفقاً للتنظيمات والاتفاقيات الإقليمية

يعطي القانون الدولي الخاص لكل دولة الحق في تحديد الضوابط التي تحدد الاختصاص القضائي للمحاكم، في العلاقات ذات الطابع الدولي أو التي لها ارتباطات مع أكثر من دولة واحدة، لكن هذا الوضع من الصعب إعماله في عقود التجارة الإلكترونية لأنه يجعل من البداية، اختصاص محكمة بذاتها للنظر في النزاع غير المؤكد بالنسبة للأطراف وتتطلب منهم التعامل، مع عدد كبير من القواعد الإجرائية الداخلية، وهذا ما يستدعي إعادة النظر في القواعد المتعلقة باختصاص المحاكم، للفصل في منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

إزاء صعوبة تطبيق الضوابط التقليدية للاختصاص القضائي عمدت بعض التنظيمات والاتفاقيات الإقليمية، إلى وضع بعض القواعد الجديدة بشأن الاختصاص في المواد المدنية

(1155) صفوان حمزة إبراهيم عيسى، مرجع سابق، ص 361.

والتجارية، ومثل هذا التنظيم ذلك الذي وضعته اتفاقيتي بروكسل ولوجانو في نطاق الجماعة الاقتصادية الأوروبية، بشأن الاختصاص وتنفيذ الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية. على ضوء ذلك، سنتعرض للقواعد الجديدة التي جاءت بها اتفاقيتي بروكسل ولوجانو، مع بيان القواعد التي تهدف إلى حماية المستهلك الإلكتروني في مجال الاختصاص القضائي.

أولاً: تحديد الاختصاص القضائي في اتفاقية بروكسل ولوجانو

بالنظر إلى التعاون والتكامل الاقتصادي داخل الجماعة الأوروبية والإتحاد الأوروبي بدأ البحث، عن سبل التعاون والتكامل في ما يخص القانون الدولي الخاص، خاصة في مجال الاختصاص القضائي، كون أن العلاقات المتبادلة للأطراف يكون لها مسافة على الإقليم الأوروبي، ومن مصلحتهم عند حدوث نزاع معرفة المحكمة المختصة للفصل فيه، وعند صدور قرر من المحكمة المختصة، يثور التساؤل عن مدى الاعتراف بالقرار، وقدرت تنفيذه بسهولة عبر الإقليم الأوروبي؟

في هذا الصدد، جاءت اتفاقية بروكسل بتاريخ 27 سبتمبر 1968 لوضع قواعد عامة في تحديد الاختصاص القضائي، وبعد ذلك أعلنت دول التبادل الاقتصادي الحر في أوروبا (L'AELE)⁽¹¹⁵⁶⁾، رغبتها في عقد معاهدة مع دول الإتحاد الأوروبي في مجال الاختصاص القضائي⁽¹¹⁵⁷⁾، وبالفعل تم التوقيع بتاريخ 16 سبتمبر 1988 على اتفاقية لوجانو التي تشمل تقريباً نفس القواعد الواردة في اتفاقية بروكسل⁽¹¹⁵⁸⁾.

⁽¹¹⁵⁶⁾ VERBIEST Thibault, Le nouveau droit du commerce électronique, op cit, paragraphe 279, p.176.

⁽¹¹⁵⁷⁾ N.WATTÉ, A.NUYTS et H.BOULARBAH, « Le règlement « Bruxelles I » la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commercial », Journal des tribunaux droit européen n° 91 septembre 2002, p.163. Voir le site : www.dipulb.be

⁽¹¹⁵⁸⁾ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 720.

أدخلت تعديلات على اتفاقية بروكسل بمقتضى القرار اللاتحي رقم 44/2001 المؤرخ في 22 ديسمبر 2000، الذي دخل حيز النفاذ في 1 مارس 2002⁽¹¹⁵⁹⁾ وتشكل هاتين الاتفاقيتين، "قاعدة المجال القضائي الأوروبي"⁽¹¹⁶⁰⁾، وأصبح تحديد الاختصاص القضائي في المواد المدنية والتجارية، في الدول الأوروبية الأطراف في اتفاقيتي بروكسل ولوجانو يخضع للقواعد الواردة بهما⁽¹¹⁶¹⁾.

ضمن مسعى أوروبا لوضع حلول متكاملة لعصر الاقتصاد الرقمي، جرى تطوير القانون الأوروبي ليتلاءم مع الآثار الجديدة لعصر المعلومات، ومنه تم التوقيع على اتفاقية لوجانو الجديدة بتاريخ 30 أكتوبر 2008 لتحل محل، اتفاقية لوجانو الصادرة في 16 سبتمبر 1988 بشأن الاعتراف بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المواد المدنية والتجارية⁽¹¹⁶²⁾، ولتكمّل المبادئ التوجيهية للقرار اللاتحي رقم 44/2001، ومن ثم أصبحت هذه الاتفاقية، إضافة إلى اتفاقية روما لسنة 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود، أحد ركائز تكامل الإتحاد الأوروبي وتمثّل المحكمة الأوروبية، إطاراً هاماً لضمان التكامل والانسجام القانوني في الإتحاد الأوروبي.

عند تطبيق الأحكام الجديدة لتحديد الاختصاص القضائي على العقود المبرمة بالطرق الإلكترونية، نجد أنه في حالة عدم وجود اتفاق بين أطراف العقد يمكن للمدعي الاختيار بين محاكم موطن المدعى عليه، وبين محاكم المكان الذي جرى فيه تنفيذ الالتزام أو كان واجبا تنفيذه فيه.

(1159) N.WATTÉ, A.NUYTS et H.BOULARBAH, op cit, p.162.

(1160) صفوان حمزة إبراهيم عيسى، مرجع سابق، ص 371.

(1161) أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 27.

(1162) PÉTIAUD Anaïs, « Le règlement « BRUXELLES I », règlement communautaire n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et exécution des décisions en matière civil et commerciale », INC Hebdo, n° 1307, 12-18 juillet 2004, p.2.

حدد القرار اللاتحي 44/2001 في البند الأول من المادة الخامسة⁽¹¹⁶³⁾ مكان تنفيذ الالتزام، وهو المكان الذي يجرى فيه أو كان واجب أن يجرى فيه تسليم المبيع أو أداء الخدمة⁽¹¹⁶⁴⁾. بهذا التحديد لمكان التنفيذ لن تحتاج المحكمة المعروض عليها النزاع البحث طبقاً لقواعد الاختصاص، عن القانون الواجب التطبيق⁽¹¹⁶⁵⁾، كون القاعدة الخاصة بتحديد المحكمة المختصة، تفترض أن طرفي العقد قد حددا في العقد مكان تسليم المبيع أو أداء الخدمة، وإذ لم يتم هذا التحديد فيحدد مكان تنفيذ الالتزام محل النزاع طبقاً للقانون الواجب التطبيق على العقد.

إذا كان تحديد الاختصاص القضائي يسير في العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت في الأشياء المادية، التي يتم تسليمها بالمناولة المادية في مكان محدد، فإن الصعوبة تثور في العقود التي تبرم وتنفذ على الخط مباشرة، كحالة عقود أداء الخدمات مثل خدمات الإنترنت من جهة، وحالة العقود التي يجرى انجاز الالتزام فيها بالطرق الإلكترونية كعقود توريد برامج الحاسوب من جهة أخرى.

بالنسبة للحالة الأولى، إذ لم يحدد بالاتفاق مكان أداء الخدمة في العقد، يكون الاحتمال وارد في الاختيار بين مكان تواجد مورد الخدمة أو مكان تواجد متلقيها. أما بالنسبة للحالة الثانية، فيوجد صعوبة في تحديد مكان تنفيذ التزام المورد، كون أن الاحتمال وارد بين أن يكون هذا المكان، هو المكان الذي يوجد فيه الحاسب الآلي للمشتري، أو المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات، التابع للبائع بالإضافة إلى ذلك نجد صعوبة في تحديد موطن

(1163) Article 5-1 de la convention Bruxelles I : « Le défendeur domicilié sur le territoire d'un état contractant peut être attiré, dans un autre état contractant :

1. En matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée. »

(1164) سليمان أحمد محمد فضل، مرجع سابق، ص 275.

(1165) أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 30.

البائع، إذا كان نظام المعلومات الذي يستخدمه يقع في مكان يختلف عن المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله⁽¹¹⁶⁶⁾.

نرى أنه من الأفضل، بالنسبة للمدعي في مثل هذه الحالات لكي يتفادى الدفع بعدم الاختصاص، أن يرفع دعواه في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال البائع أو مورد الخدمة.

ثانيا: الاختصاص القضائي لمحكمة موطن المستهلك في مجال عقود التجارة الإلكترونية

يثير الاختصاص القضائي مشكلة المساس بحقوق المستهلك الإلكتروني، نظرا لعدم تمكنه في بعض الحالات مناقشة شروط العقد لحظة إبرامه على الشبكة⁽¹¹⁶⁷⁾، وقد تحتوي هذه الشروط على أحكام تخل بحقوق المستهلك، ومنها الشروط التي تفيد منح الاختصاص لمحكمة دولة أخرى غير دولة موطن المستهلك.

أجازت اتفاقية بروكسل لعام 1968 الاتفاق بين طرفي النزاع إذا ما توافرت شروط معينة اختيار المحكمة المختصة⁽¹¹⁶⁸⁾، وهو ما يعرف "بشروط الاختصاص القضائي" خلافا للقواعد التي وضعتها الاتفاقية، بشأن تحديد الاختصاص القضائي بمنازعات العقود مع المستهلكين، وتتمثل هذه الشروط⁽¹¹⁶⁹⁾ في:

(1166) فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 724.

(1167) GHAZOUANI Chiheb, op cit, p.125.

(1168) PÉTIAUD Anaïs, op cit, p.6.

(1169) Article 23-1 de la convention « Si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un état membre, sont convenues d'un tribunal ou tribunaux d'un état membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit convention contraire des parties. Cette convention attributive de juridiction est conclue :

a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, ou

b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établie entre elle, ou

c) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée ».

- 1- أن يكون الاختيار مكتوباً أو شفويًا مع وجود دليل كتابي على ذلك،
- 2- أن يبرم العقد في شكل مطابق للعادات الموجودة بين الأطراف،
- 3- أن يبرم العقد في مجال التجارة الدولية في شكل يتلاءم مع أعراف هذا الفرع من فروع التجارة.

تتجه حالياً التشريعات والاتفاقيات الحديثة⁽¹¹⁷⁰⁾ إلى الاعتراف بشروط الاختصاص القضائي عندما ترد في صورة كتابة إلكترونية، كما سائر القرار اللاتحي رقم 44/2001 هذا الاتجاه فقد نص صراحة، في المادة 23 على الاعتراف بشروط الاختصاص القضائي عندما يرد الاتفاق في صورة مكتوبة حتى وإن كانت الكتابة إلكترونية.

هذا إذن في حالة وجود اتفاق مكتوب بين الأطراف على اختيار المحكمة المختصة، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق فإن اتفاقية بروكسل لسنة 1968، وضعت نصوصاً لتحديد الاختصاص القضائي، بمنازعات العقود مع المستهلكين على خلاف القاعدة العامة في اختصاص موطن المدعى عليه⁽¹¹⁷¹⁾، وذلك بهدف حماية المستهلك - الطرف الضعيف - من أن يفرض عليه المتعاقد معه - المهني الطرف القوي - المحكمة التي يختارها وأعطت للمستهلك الحق، أن يرفع دعواه أمام محاكم الدولة التي يقع فيه موطن أو محل إقامة المستهلك.

⁽¹¹⁷⁰⁾ أخذ به القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية في المواد (1/6 و 1/7) وأيضاً التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 بشأن بعض الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية في التجارة الداخلية، وفي نفس المعنى مشروع اتفاقية لاهاي بشأن الاختصاص والأحكام الأجنبية في المواد المدنية والتجارية لسنة 1997 الذي اكتفى في الاتفاق أن يكون مكتوباً أو جرى إبرامه بوسيلة اتصال تكفل استرجاع المعلومات لاحقاً.

⁽¹¹⁷¹⁾ صفوان حمزة إبراهيم عيسى، مرجع سابق، ص 372.

غير أنه يشترط لانطباق قواعد الاختصاص القضائي بمنازعات العقود مع المستهلكين، خصوصا عندما يختار المستهلك التقاضي أمام محاكم موطنه، وكان العقد متعلق بتوريد السلع والخدمات أن يتوافر شرطان معا ويتمثلان في⁽¹¹⁷²⁾:

- 1- أن يكون إبرام العقد جاء نتيجة عرض خاص وجهه البائع إلى دولة المستهلك،
- 2- أن يكون المستهلك قد أتم الإجراءات الضرورية لإبرام العقد في دولته.

يبقى أن نتساءل، عن مدى إمكانية تحقق هذه الشروط في عقود التجارة الإلكترونية حتى تنطبق، نصوص الاتفاقية على قواعد الاختصاص في منازعات عقود المستهلكين الإلكترونيين؟

يرى بعض الفقه⁽¹¹⁷³⁾، أن شروط الاختصاص في منازعات عقود المستهلكين التي وضعتها، اتفاقية بروكسل لسنة 1968 من غير الممكن تطبيقها على المستهلك الإلكتروني وذلك بالنظر، إلى عبارة "عرض خاص" الوارد في عجز شروط الاتفاقية الذي يفيد أن هذا العرض ينبغي أن يكون محدد جغرافيا، أو داخل نطاق جغرافي معين⁽¹¹⁷⁴⁾، وهو ما لا يمكن حدوثه في عروض شبكة الإنترنت، كما أن اعتبار المستهلك قد أتم الإجراءات الضرورية في دولته، فهو شرط يصعب التحقق من توافره في عقود التجارة الإلكترونية إذا كان يقصد به مكان انعقاد العقد، لأن قيام المستهلك الإلكتروني بكتابة بياناته على الموقع الإلكتروني، قبل الشراء هو تصرف لا يمكن تركيزه ماديا في دولة موطن المستهلك أو في موطن آخر.

⁽¹¹⁷²⁾ سليمان أحمد محمد فضل، مرجع سابق، ص 279.

⁽¹¹⁷³⁾ أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص بمنازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 33-34.
⁽¹¹⁷⁴⁾ VERBIEST Thibault, Le nouveau droit du commerce électronique, op cit, paragraphe 332, p.193.

على العكس من ذلك، يرى جانب آخر من الفقه⁽¹¹⁷⁵⁾ - الذي تؤيده - أن نصوص الاتفاقية يمكن أن تنطبق على المستهلك الإلكتروني بحكم إمكانية تحقق الشرطين.

فيما يخص الشرط الأول، الخاص بفكرة "العرض الخاص" فإنه يمكن أن يتحقق في عقود التجارة الإلكترونية، وذلك بأن يقصر العارض عرضه على الموقع الإلكتروني على إقليم محدد ويعين ذلك صراحة، كما يمكن أن يوجه الموقع الإلكتروني خطابات عبر البريد الإلكتروني، مثلاً لأشخاص مقيمين جميعاً في إقليم واحد ويقتصر العرض الإلكتروني على هذا الإقليم فقط.

أما عن الشرط الثاني، والخاص بإتمام الإجراءات اللازمة لإبرام العقد في دولة المستهلك، فيعد هذا الشرط متوفراً كذلك في عقود التجارة الإلكترونية، وذلك بقيام المستهلك بالرد الإيجابي بطريقة إلكترونية على العرض المقدم، من جانب البائع وقيام المستهلك بإتمام هذه الإجراءات عبر شبكة الإنترنت، لا ينفي عنها أنها قد اتخذت في الدولة التي يقيم بها بما يسمح بتركيزها مكانياً في هذه الدولة.

نظراً للشكوك التي تحوم حول عدم استطاعة تطبيق نصوص اتفاقية بروكسل لسنة 1968 على المستهلك الإلكتروني، وأمام انتشار عقود التجارة الإلكترونية أثارت مسألة إعادة النظر في نصوص اتفاقية بروكسل الخاصة بحماية المستهلك، وبعد الجهود المبذولة جاء تشريع بروكسل رقم 44/2001 بشأن الاختصاص القضائي في دول الاتحاد الأوروبي، ليحل محل اتفاقية بروكسل لسنة 1968، وقد جاءت نصوص القرار اللاتحي أكثر استجابة لمتطلبات المعاملات الإلكترونية بالمقارنة بما هو معمول به في ظل اتفاقية بروكسل لسنة 1968 بشأن الاختصاص القضائي.

(1175) فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 725.
417

استوعب تشريع بروكسل رقم 44/2001 مفهوم المستهلك الإلكتروني، حيث نص على اختصاص محكمة دولة موطن المستهلك، إذا كان قد أبرم عقده مع شخص يمارس أنشطة تجارية أو احترافية في هذه الدولة، أو كان بأي وسيلة قد وجه نشاطه نحو هذه الدولة منفردة أو معها مجموعة من الدول، وكان إبرام العقد قد تم نتيجة لهذه الأنشطة⁽¹¹⁷⁶⁾.

نشير إلى أن المقصود - بتوجيه النشاط بأي وسيلة - هو استعمال الوسائل الإلكترونية لممارسة الأنشطة التجارية، فالمهني الذي يوجه أنشطته باستخدام شبكة الإنترنت لعرض السلع والخدمات، عليه أن يتحمل تكلفة الانتقال إلى محاكم الدولة التي وجه أنشطته إليها.

ينبغي أن يؤخذ في الاعتبار دائما وفقا للقرار اللائي 44/2001 عند تطبيق معيار توجيه النشاط لتحديد الدولة التي وجه إليها هذا النشاط⁽¹¹⁷⁷⁾، اللغة التي استخدمها الموقع الإلكتروني، وعملة الوفاء، والدول التي يمكن للموقع تسليم بضاعتها فيها⁽¹¹⁷⁸⁾.

أراد تشريع بروكسل (القرار اللائي) من خلال وضع هذا المعيار - معيار توجيه النشاط لتحديد الدولة - مراعاة مصلحة المستهلك الإلكتروني، في جعل الاختصاص لمحكمة موطنه أو محل إقامته، وكذا مراعاة مصلحة المهني الذي يمارس نشاطه عبر شبكة الإنترنت في عدم مقاضاته أمام محكمة لم يوجه إلى إقليمها أي نشاط.

نشير كذلك إلى أن مشروع اتفاقية لاهاي لسنة 1997 بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المجالين التجاري والمدني، قد أخذت بمعيار توجه النشاط للدولة التي وجهت أنشطته إليها لاختصاص محكمة موطن المستهلك⁽¹¹⁷⁹⁾، حيث يمكن للمستهلك رفع

⁽¹¹⁷⁶⁾ N.WATTÉ, A.NUYTS et H.BOULARBAH, op cit, p.166.

⁽¹¹⁷⁷⁾ GHAZOUANI Chiheb, op cit, p.126.

⁽¹¹⁷⁸⁾ N.WATTÉ, A.NUYTS et H.BOULARBAH, op cit, p.164.

⁽¹¹⁷⁹⁾ أنظر المادة 7 من اتفاقية لاهاي.

دعواه أمام محاكم الدولة التي يقع فيها محل إقامته المعتاد⁽¹¹⁸⁰⁾، وذلك إذا كانت الدعوى تتصل بتجارة المدعى عليه أو بنشاطه المهني في تلك الدولة أو قام بتوجيهها إليها خصوصا بأية وسيلة إعلان.

كان سبب أخذ مشروع اتفاقية لاهاي بهذا الاشتراط هو صعوبة تطبيق الاشتراط الوارد، في اتفاقية بروكسل⁽¹¹⁸¹⁾ - اشتراط العرض الخاص - وعدم ملاءمته لمتطلبات التجارة الإلكترونية. غير أن هذا المعيار الذي وضع مشروع اتفاقية لاهاي - توجيه النشاط بصفة خاصة في هذه الدولة - قد يتسبب في وضع عوائق أمام المعاملات، مادام أن العرض المقدم على الإنترنت لا يمكن أن يقتصر على ممارسة النشاط، بصفة خاصة في دولة المستهلك بالنظر إلى الطابع العالمي، لوسائل الاتصال المستخدمة في انجاز المعاملات الإلكترونية⁽¹¹⁸²⁾، كما أنه أغفل معالجة مسألة التواجد العابر للمستهلك خارج حدود دولة موطنه أو محل إقامته، ومن ثم قيامه بالإجراءات الضرورية للتعاقد عبر شبكة الإنترنت في دولة أخرى غير دولة الموطن أو محل إقامته، وفي هذه الحالة لا تطبق قواعد الاختصاص القضائي التي تحمي المستهلك الواردة في مشروع الاتفاقية.

رغم أن مثل هذه المحاولات التي قامت بها هذه الاتفاقيات لحسم الخلافات المتعلقة بقواعد الاختصاص القضائي، فإنها لم تصل إلى تذليل كافة الصعوبات⁽¹¹⁸³⁾، وهذا ما يدل على أن التعامل، مع خصوصيات التجارة الإلكترونية يتطلب فكرا يستجيب لطبيعتها ومساندا لاحتياجاتها.

ومهما يكن، فإن الأمر الثابت ولا خلاف عليه هو أن المنازعات الخاصة بعقود الاستهلاك الإلكتروني، تختص بنظرها محكمة موطن أو محل إقامة المستهلك، وتلك القاعدة

⁽¹¹⁸⁰⁾ PÉTIAUD Anaïs, op cit, p.4.

⁽¹¹⁸¹⁾ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 726.

⁽¹¹⁸²⁾ أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص بمنازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 37.

⁽¹¹⁸³⁾ المرجع نفسه، ص 38.

قد تم تبنيها في التشريعات الوطنية والاتفاقيات المعاصرة، التي تحرص على وضع أحكام وضوابط خاصة بحماية المستهلك، وهي قاعدة ملزمة لصالحه وليست ضده، بمعنى أن له حق اختيار محكمة موطنه أو محل إقامته، أو محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه، أو المحكمة التي تم الاتفاق على اختصاصها، أو محكمة محل إبرام أو تنفيذ العقد، ولا يجوز الاتفاق مقدما على عدم اختصاص محكمة موطن المستهلك أو محل إقامته.

المبحث الثاني

التحكيم الإلكتروني

كشفت التطورات الحديثة التي لحقت وسائل المعلومات والاتصالات عن بعد عن ظهور آلية جديدة سريعة، يمكن أن تستخدم كأسلوب لحل منازعات التجارة الدولية والإلكترونية على حد سواء، وهي وليدة الاستخدام المضطرب لشبكة الإنترنت، وتتميز بما يميز تلك الشبكة من حيث اختزالها للوقت والجهد والنفقات، وتتماشي مع طبيعة المعاملات التي تتم عبر شبكات الاتصالات العالمية، ومن هنا ظهرت الأهمية للجوء إلى طرق التقاضي البديلة لحسم المنازعات الناشئة في إطار التجارة الإلكترونية، كالمفاوضات والوساطة والتوفيق والتحكيم الذي يعد أحد أبرز هذه البدائل وأكثرها انتشارا، ويمكن تعريف الوسائل البديلة لفض المنازعات (Alternative Dispute Resolution Mechanisme) واختصارا (ADR) بأنها الطرق غير القضائية لحل النزاع، والتي يتم رفع النزاع والفصل فيه خارج المحكمة.

كانت هذه الوسائل تستخدم منذ زمن بعيد في حسم المنازعات الناشئة في إطار التجارة الداخلية والدولية، وبعد انتشار التجارة الإلكترونية أخذت مظهر آخر من خلال استخدام، تقنية المعلومات والاتصالات التي توفرها شبكة الإنترنت، في إجراءات فض المنازعات، لذا أصبحت تسمى بالوسائل الإلكترونية لفض المنازعات، (On line Dispute

(Resolution واختصار (ODR)⁽¹¹⁸⁴⁾ ويقصد بها تلك الوسائل غير القضائية لنظر النزاع والفصل فيه خلال شبكات الحاسب⁽¹¹⁸⁵⁾).

تساهم هذه الوسائل البديلة بتجاوز مشكلات غياب القوانين التي تنظم هذه الموضوعات في عدد كبير من الدول، كما تتيح تخطي مشكلات صعوبة تحديد الاختصاص والقانون الواجب التطبيق ومشكلات تنفيذ الأحكام، التي تعتمد على توفر الشروط القانونية لصحة التنفيذ⁽¹¹⁸⁶⁾، عوضاً عن فاعليتها من حيث قدرة جهات التقاضي البديلة بنظر هذه المنازعات المنطوية، على مسائل تقنية وإدارية معقدة والمنطوية أيضاً على أدلة وبيانات قد لا تكون مقبولة، في النظم القانونية التي تتبع إليها المحاكم القضائية فيما لو عرضت عليها بدلاً من جهات التحكيم.

يرى بعض الفقه، أن أنسب وسيلة لحسم منازعات التجارة الإلكترونية هي نظام التحكيم، مع إدخال بعض التعديلات الجوهرية عليه حتى يصبح مناسباً وملائماً لطبيعة التجارة الإلكترونية، وتتمثل هذه التعديلات أساساً في جعل نظام التحكيم يستخدم وسائل الاتصال الحديثة كشبكة الإنترنت الدولية، حتى يتوافر له جميع الشروط المطلوبة التي تجعله قادراً على حسم منازعات التجارة الإلكترونية دون منازع، والتي بناءً عليها تم تغيير مسماه من مجرد نظام تحكيم تقليدي إلى نظام تحكيم إلكتروني⁽¹¹⁸⁷⁾.

وجد المتعاملون في مجال التجارة الإلكترونية ضالتهم المنشودة في التحكيم الإلكتروني، الذي لا يقتصر اللجوء إليه لفض المنازعات الناشئة عن التجارة الإلكترونية

⁽¹¹⁸⁴⁾ مصلح أحمد الطراونة، نور حمد الحجابيا، "التحكيم الإلكتروني"، مجلة الحقوق، العدد الأول، المجلد الثاني، جامعة البحرين، يناير 2005، ص 206.

⁽¹¹⁸⁵⁾ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني "الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات - الوساطة والتوفيق - التحكيم - المفاوضات المباشرة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 13.

⁽¹¹⁸⁶⁾ بلال عبد المطلب بدوي، "التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الثامنة والأربعون، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، يناير 2006، ص 88.

⁽¹¹⁸⁷⁾ محمد مأمون سليمان، التحكيم الإلكتروني "التجارة الإلكترونية - إتفاق التحكيم - عملية التحكيم - حكم التحكيم"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 59.

فحسب، بل أنه من الممكن الرجوع إليه لحل المنازعات الناشئة عن عقود تبرم بطريقة تقليدية، مثل عقود الملكية الفكرية وعقود التأمين وعقود المستهلك⁽¹¹⁸⁸⁾.

وهناك اتجاه متنام يشجع على اللجوء لتطبيق وسائل التقاضي البديلة، وخاصة منها التحكيم الإلكتروني وذلك من خلال إقامة مراكز فض المنازعات، والتدريب على وسائل بديلة لحل المنازعات الناتجة في مجال التجارة الإلكترونية، وكذا اتخاذ تدابير تشريعية تساهم في تنظيم وسائل التقاضي البديلة وتتجاوز العراقيل أمام فعاليتها، وفي هذا الإطار اعتمدت المنظمة العالمية للملكية الفكرية آلية شاملة لتسوية منازعات الملكية الفكرية، تتطوي على نظام للوساطة وآخر للتحكيم وثالث للتحكيم المعجل، ورابع بشأن البنود التعاقدية والاتفاقيات الموصى بها للاحتكام.

على ضوء ذلك سوف، نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتعرض في الأول للأحكام العامة للتحكيم الإلكتروني، أما الثاني سندرس فيه مراحل التحكيم الإلكتروني.

المطلب الأول

الأحكام العامة للتحكيم الإلكتروني

التحكيم بصفة عامة، هو نظام للقضاء الخاص تقضى فيه خصومة معينة عن اختصاص القضاء العادي، ويعهد به إلى أشخاص يختارون للفصل فيها⁽¹¹⁸⁹⁾، أما التحكيم الإلكتروني فلا يخرج عن كونه تحكيما، وفقا للقواعد الأساسية للتحكيم التقليدي، ولكنه يمتاز بتطبيق تقنيات الاتصال الإلكترونية المتنامية باستمرار على هذه القواعد⁽¹¹⁹⁰⁾.

⁽¹¹⁸⁸⁾ سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 8.

⁽¹¹⁸⁹⁾ محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008، ص 91.

⁽¹¹⁹⁰⁾ SCHULTZ Thomas, op cit, 2005, p.183.

تعتبر جدة التحكيم الإلكتروني كأسلوب لحل منازعات التجارة الإلكترونية سمة هذا العصر، لأهميته الكبيرة وتزايد اللجوء إليه رغم العقبات التي يمكن أن يصطدم بها والمتمثلة في أن النصوص القائمة، التي تحكم التحكيم التقليدي تتسم ببعض التأخر عن مواكبة الثورة التقنية المعاصرة، والتطورات المتسارعة في وسائل نقل المعلومات والاتصال عن بعد، وبالتالي فإن الأحكام العامة التي تنظم عملية التحكيم الإلكتروني تتميز بالطابع الخاص.

على ضوء ما تقدم سنقوم بدراسة مفهوم التحكيم الإلكتروني وبيان مزاياه وعيوبه (الفرع الأول)، ثم سنحاول تمييز التحكيم الإلكتروني عما يشته به من أنظمة حل المنازعات الإلكترونية (الفرع الثاني)، كما سنتعرض بالدراسة لتحديد المصادر التي يستقي منها أحكامه (الفرع الثالث).

الفرع الأول

مفهوم التحكيم الإلكتروني

استنادا إلى فكرة أن التحكيم نظام قانوني قوامه اتفاق خصوم على تكليف محكم يفصل في المنازعات الناشئة أو التي ستنشأ بينهم، مفضلين عدم اللجوء إلى قضاء الدولة وعلى الرغم أن هذه الفكرة (التحكيم نظام قانوني)، صحيحة إلى حد بعيد في تعريفها للتحكيم التقليدي، إلا أنهما لا تتناسب مع كينونة التحكيم الإلكتروني، الذي يفتقد وجود نصوص تشريعية تعترف به، حتى وإن كان التحكيم الإلكتروني لا يختلف عن التحكيم التقليدي إلا من حيث الطريقة التي يتم بها إتمام إجراءات التحكيم، كون أن التحكيم الإلكتروني يتم بطريقة إلكترونية باستخدام وسائل الاتصال الحديثة، في مجال تبادل المعلومات والاتصالات، وبهذه الوسائل الحديثة أصبح التحكيم يتوافر فيه جميع الشروط المطلوبة التي تجعله قادرا، على حسم منازعات التجارة الإلكترونية دون منازع، والتي بناء عليها تم تغيير مسماه من مجرد نظام تحكيم تقليدي إلى نظام تحكيم إلكتروني، الذي أصبح

في الوقت الحاضر سمة هذا العصر، لأهميته الكبيرة وتزايد اللجوء إليه كأسلوب لحل منازعات التجارة الإلكترونية.

نظرا لهذه الأهمية التي يحظى بها التحكيم الإلكتروني سنتناول تعريف التحكيم الإلكتروني وبيان مزياء وعيوبه.

أولاً: تعريف التحكيم الإلكتروني

البحث في تعريف التحكيم، بصفة عامة باعتباره أحد الوسائل البديلة لحسم المنازعات أمراً ضرورياً، حتى نستطيع أن ننقل منه إلى تعريف التحكيم الإلكتروني الذي لم يعد فقط أحد الوسائل البديلة لحسم المنازعات، بل يعتبر أفضل وسيلة لحسم منازعات التجارة الإلكترونية، وقد تعددت التعريفات الفقهية المقدمة للتحكيم بشكله التقليدي، فقد عرفه البعض بأنه "آلية من آليات حل المنازعات الناشئة عن علاقات تعاقدية دولية أو داخلية والتي بواسطتها يتفق طرفان أو أكثر، قبل أو بعد نشوب النزاع، على إخضاع منازعاتهم لأشخاص يتم تعيينهم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، يفصلون في النزاع بحكم تحكيمي عادة ما يكون ملزماً للطرفين"⁽¹¹⁹¹⁾.

التحكيم بهذا المعنى، هو وسيلة بديلة لحل المنازعات الناشئة عن علاقات تعاقدية دولية أو داخلية، وتجرى إجراءاته وتنفذ أحكامه بالطريقة التقليدية المتبعة أمام القضاء الوطني⁽¹¹⁹²⁾.

⁽¹¹⁹¹⁾ سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص 18.

⁽¹¹⁹²⁾ HOLLAND Alain, « Les avantages de l'arbitrage pour le règlement des litiges entre sociétés françaises », Gazette du palais, n° 179, 28 juin 2007, p.48.

كما عرف التحكيم بأنه "الاتفاق الذي يتعهد بمقتضاه الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو المحتمل نشوئها من خلال التحكيم، ويكون إتفاق التحكيم دولياً إذا كانت المنازعات تتعلق بمصالح التجارة الدولية"⁽¹¹⁹³⁾.

هناك كذلك من يعرف التحكيم الدولي بوجه عام بأنه " نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضاءهم ويعهدون، إليه بمقتضى اتفاق أو شرط خاص مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية ذات الطابع الدولي، والتي يجوز تسويتها بطريق التحكيم بإنزال حكم القانون عليها وإصدار قرار قضائي ملزم لهم"⁽¹¹⁹⁴⁾.

باستعراض هذه التعريفات يتضح أن التحكيم بصفة عامة سواء تقليدياً كان أو إلكترونياً، هو عبارة عن وسيلة يلجأ إليها الأطراف لحسم المنازعات القائمة بينهم أو التي سوف تنشأ بينهم مستقبلاً، بعيداً عن ساحات القضاء على الرغم من الفرق الموجود بينهما والمتمثل في كون التحكيم الإلكتروني، يتم مباشرته منذ البداية وحتى نهايته إلكترونياً عبر شبكة الإنترنت الدولية وهذا ما يجعله يتلاءم مع طبيعة منازعات التجارة الإلكترونية⁽¹¹⁹⁵⁾.

بالتالي يمكن تعريف التحكيم الإلكتروني بأنه " عبارة عن نظام قضائي من نوع خاص، يتفق بموجبه الأطراف على إحالة النزاع وبشكل اختياري إلى طرف ثالث محايد (مقدم خدمة التسوية الإلكترونية)، لتعيين شخص أو عدة أشخاص (هيئة التحكيم

⁽¹¹⁹³⁾ توجان فيصل الشريدة، "ماهية وإجراءات التحكيم الإلكتروني (التحكيم عبر الإنترنت)"، بحث مقدم للمؤتمر السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، ص 1091.

⁽¹¹⁹⁴⁾ إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، مرجع سابق، ص 325.

⁽¹¹⁹⁵⁾ ظهرت فكرة حل المنازعات إلكترونياً في بداية التسعينات، فبعد ظهور الوساطة التي تتم عن طريق التليفون في نهاية الثمانينات، نادي الأستاذ Henry Perit عام 1992 ولأول مرة بفكرة حل المنازعات بطريقة إلكترونية، وذلك قبل البدء في وضع هذه الفكرة موضع التنفيذ في عام 1993. وبعد عام من هذا التاريخ، بدأ الأستاذ David Johnson في دراسة الاحتمالات والتصورات لإمكانية حل المنازعات الناشئة عن التجارة الإلكترونية بطريقة إلكترونية، احتمالات وتصورات تتفق مع خصائص الشبكة المعلوماتية التي تجرى من خلالها هذه التجارة. وهكذا أصبح حل المنازعات يتم بالطريقة ذاتها التي تتم بها إبرام التصرفات القانونية التي تنشأ عنها هذه المنازعات، راجع في ذلك: سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص 14.

الإلكتروني)، لتسوية النزاع باستخدام وسائل الاتصال الحديثة وفقا لقواعد تنظيمية، ملائمة لموضوع النزاع وأسلوب التسوية بنية إصدار حكم ملزم للأطراف⁽¹¹⁹⁶⁾.

كما عرف التحكيم الإلكتروني بأنه " ذلك التحكيم الذي تتفق بموجبه الأطراف على إخضاع منازعاتهم الناشئة عن صفقات أبرمت، غالبا بوسائل إلكترونية، إلى شخص ثالث يفصل فيها بموجب سلطة مستتدة ومستمدة من اتفاق أطراف النزاع، وباستخدام وسائل اتصال حديثة تختلف عن الوسائل التقليدية المستخدمة في التحكيم التقليدي⁽¹¹⁹⁷⁾ ".
عرف كذلك بأنه "التحكيم الذي يمكن أن يتم إجراؤه بشكل كامل أو جزئي عبر الإنترنت أو وسائل الاتصال الإلكترونية الأخرى⁽¹¹⁹⁸⁾".

نخلص مما سبق، إلى أن التحكيم التقليدي يختلف عن التحكيم الإلكتروني في أن الأول يتم بحضور الأطراف، لجلسات التحكيم في دولة مقر التحكيم، أما الثاني فيتم عبر شبكة الإنترنت دون حضور مادي للأطراف، بل أن الجلسات تتم باستخدام وسائل الاتصال الإلكترونية التي تسمح للأطراف بالالتقاء التزامني مع محكمهم باستخدام وسائل الاتصال الحديثة، مثل فيديو كونفرانس (Video Conference)، حتى وإن كان التحكيم الإلكتروني يتم عبر وسائط إلكترونية، فإنه لا يوجد ما يمنع من أن يتم بأكمله أو جزء منه إلكترونيا، ومن ثم تتم مراحله الأخرى بالطرق التقليدية التي تتمثل في ضرورة التواجد المادي لأطراف العملية التحكيمية.

(1196) محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 492.

(1197) خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص 248.

(1198) محمد مأمون سليمان، مرجع سابق، ص 64.

ثانيا: مميزات وعيوب التحكيم الإلكتروني

لكل نظام قانوني مزايا تدفع الأطراف المتنازعة إلى اللجوء إليه وتبنيه كوسيلة لحل منازعاتهم، كما أنه يتضمن عيوب تدفع المتعاملين إلى الإحجام عن اتخاذه وسيلة لحل المنازعات.

1- مميزات التحكيم الإلكتروني

يتميز التحكيم الإلكتروني بعدة مميزات ترتبط كلها بالوسيلة الإلكترونية التي يباشر بها إجراءاته، وهذا ما يجعله يتميز عن التحكيم التقليدي على الرغم أن هذا الأخير يتشابه مع التحكيم الإلكتروني في كثير من الجوانب، لكن الطبيعة الإلكترونية التي يتحلى بها تجعله ينفرد بالعديد من المميزات التي نعرضها فيما يلي:

أ- أهم ميزة للتحكيم الإلكتروني هو السرعة في فصل النزاع ويوفر ذلك الوقت مقارنة إياه بالتحكيم التقليدي⁽¹¹⁹⁹⁾، أو من إخضاع النزاع لإحدى المحاكم القضائية في دولة ما⁽¹²⁰⁰⁾ وميزة توفير الوقت في التحكيم الإلكتروني، لا يكلف أطراف التحكيم مشقة الانتقال إلى محكمة التحكيم التي قد تبعد عن المكان أو الدولة التي يتواجدون بها، كما أن مبدأ المواجهة بالدليل يتجسد عن طريق البريد الإلكتروني أو أية وسيلة إلكترونية أخرى، وهذا على خلاف الأمر بالنسبة للتحكيم التقليدي الذي يتطلب حضور الأطراف بأنفسهم أو بواسطة وكلائهم⁽¹²⁰¹⁾.

⁽¹¹⁹⁹⁾ HUET Jérôme et VALMACHINO Stefania, Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international, Gazette du palais, n° 11, 11 janvier 2000, p.6.

⁽¹²⁰⁰⁾ أميرة حسن الرافعي، التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإلكترونية في ظل الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2010، ص 448.

⁽¹²⁰¹⁾ عمر حلمي فهمي، مرجع سابق، ص 94.

ب- يقوم الأطراف باختيار محكم يمتاز عادة بالكفاءة والخبرة⁽¹²⁰²⁾ المهنية المتميزة⁽¹²⁰³⁾ -التي لا تتوافر عادة في القاضي الوطني- في مجال منازعات التجارة الإلكترونية المعروض عليه، مما يؤدي إلى إصدار حكم تحكيمي إلكتروني في هذه المنازعات يتسم بالصحة والوضوح وثقة الأطراف فيه.

ج- اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني يغني أطراف النزاع من عدم مسايرة القانون والقضاء العادي للتجارة الإلكترونية، سواء من الناحية القانونية أو من الناحية القضائية⁽¹²⁰⁴⁾، وبالتالي لا يجد أطراف عقود التجارة الإلكترونية، عند اختيارهم للتحكيم الإلكتروني صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق، على عقودهم وتحديد المحكمة المختصة للنظر في النزاع وهذا ما، يتحمله الأطراف من مشقة عند اختيارهم عرض النزاع للقضاء العادي⁽¹²⁰⁵⁾.

د- يتحلى التحكيم الإلكتروني بالسرية في جميع مراحله ونتائجه، مما يحول دون إلحاق الضرر بسمعة أطراف النزاع⁽¹²⁰⁶⁾، كما يسهل عليهم الحصول على الحكم بسبب تقديم المستندات عبر الإنترنت، من خلال الواجهة الخاصة المزودة بمفتاح السر التي صممت من قبل مركز التحكيم الإلكتروني، لتقديم البيانات والحصول على الأحكام موقعة من المحكمين.

2- مخاطر وعيوب التحكيم الإلكتروني

يحقق التحكيم الإلكتروني عدة مزايا التي تحفز الأطراف للجوء إليه لحسم منازعاتهم ولكنه ينطوي، على بعض العيوب التي تجعل المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية -

⁽¹²⁰²⁾ تساعد هذه الخبرة الفنية المحكم البحث عن الحلول التي تتناسب وموضوع النزاع، والتجارة الإلكترونية تكون بأمر الحاجة لهذه الخبرة الفنية لتقدمها وازدهارها، على خلاف القضاء المعروض عليه النزاع على أحد القضاة الذي قد لا يكون على دراية وخبرة كافية لفض النزاع.

⁽¹²⁰³⁾ سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص 40.

⁽¹²⁰⁴⁾ LUZI Olivia, arbitrage commercial : Les spécificités chinoises, Gazette du Palais, n° 173, 21 juin 2008, p.74.

⁽¹²⁰⁵⁾ خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 250.

⁽¹²⁰⁶⁾ سامي مصطفى فرحان، مرجع سابق، ص 182.

خاصة فئة المستهلكين - يحجمون عن الأخذ به كطريق لوضع حد لمنازعاتهم، ويمكن تلخيص لهذه العيوب في الآتي:

أ- يتردد الأطراف في عقود التجارة الإلكترونية من اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني، بسبب الخشية من عدم تطبيق القواعد الآمرة المنصوص عليها في القانون الوطني⁽¹²⁰⁷⁾، خاصة إذا كان هذا الطرف مستهلكا وتم اختيار قانون آخر غير قانون دولة المستهلك، ليحكم العقد المبرم بينهم⁽¹²⁰⁸⁾، ما يؤدي بالنتيجة إلى حرمان المستهلك، من تطبيق القواعد الآمرة في قانون دولته لأن المحكم غير ملزم بتطبيق تلك القواعد، كما له سلطة في استبعاد أي قواعد يرى عدم مناسبتها لفض النزاع، وله صلاحيات واسعة في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع⁽¹²⁰⁹⁾.

إزاء هذه الانتقادات، دافع بعض الفقه عن التحكيم الإلكتروني مؤكدين أن هذا التحكيم لا يهمل المصالح العامة، فقد يطبق القواعد الآمرة في قانون دولة المستهلك أو قد يطبق أي قانون آخر يرى فيه تحقيق العدالة.

ب- يمكن أن يجد المستهلك نفسه مجبرا على قبول شرط التحكيم خاصة في العقود التي لا تعطي فرصة للتفاوض، حول هذا الشرط أو يكون ذلك عندما يوجد شرط تحكيم في العقد ولا يعلم به المستهلك⁽¹²¹⁰⁾، إما لأنه يكون غير بارز على صفحات الواب بشكل كاف أو لعدم خبرة وجعل المستهلك لمدى هذا الشرط وخطورته⁽¹²¹¹⁾، لأنه قد يؤدي إلى حرمان المستهلك من اللجوء، إلى القضاء الوطني في حالة ما إذا كان اختيار هذا الشرط قبل حدوث النزاع

⁽¹²⁰⁷⁾ LUZI Olivia, op cit, p.74.

⁽¹²⁰⁸⁾ محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 500 وما يليها.

⁽¹²⁰⁹⁾ آلا يعقوب النعيمي، "الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، العدد 2، المجلد 6، 2009، ص 213.

⁽¹²¹⁰⁾ سليمان أحمد محمد فضل، مرجع سابق، ص 320.

⁽¹²¹¹⁾ إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، مرجع سابق، ص 355.

وبالتالي يصبح ملزماً على المستهلك قبول شرط التحكيم، ولا يمكن الرجوع عنه إلا باتفاق الطرفين⁽¹²¹²⁾.

ج- هناك من يرى وجود خطر إنكار العدالة⁽¹²¹³⁾، وذلك على أساس الخشية والخوف من أن يؤدي، اتفاق الأطراف على خضوع جميع المنازعات التي تحدث بينهم إلى التحكيم الإلكتروني، دون ضمان إيجاد حل لتلك المنازعات، وهذا ما يؤدي إلى حرمان الطرف الآخر في الاتفاق، من اللجوء إلى القضاء الوطني للمطالبة بحماية حقوقه، بالإضافة إلى ذلك يفتقد المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية، للثقة في اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني الناتجة من عدم التأكد من تنفيذ حكم التحكيم الصادر إلكترونياً، لعدم توافر الشروط التي يتطلبها القانون، ومنها الكتابة على وجه الخصوص⁽¹²¹⁴⁾، لإصباح حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية أو لأن هذا الحكم، خرق القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام في الدولة التي يراد تنفيذ حكم التحكيم على ترابها⁽¹²¹⁵⁾.

بإمعان النظر في المميزات والعيوب التي تعرضنا إليها، نرى أنه لنجاح التحكيم الإلكتروني ولتشجيع اللجوء إليه، يستوجب وضع الاتفاقيات الدولية الملزمة التي تعترف بالتحكيم الإلكتروني، كوسيلة بديلة للتحكيم التقليدي وعلى المشرع الوطني في كافة الدول المؤهلة للتعامل مع الوسائل الإلكترونية، وضع قواعد قانونية منظمة وكافلة لتنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني.

(1212) Dans des domaines tels que le commerce électronique, les directives européennes nous demandent de prévoir des modes alternatifs de règlement des litiges, les grandes entreprises devront s'organiser pour gérer les petits litiges avec le consommateur. Cité par : HOLLAND Alain, op cit, p.50.

(1213) سليمان أحمد محمد فضل، مرجع سابق، ص 321.

(1214) محمد عبد الوهاب العداسين، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة مقدمة للحصول على شهادة ماجستير في القانون، قسم الحقوق، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، 2009، ص 32.

(1215) سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص 46.

الفرع الثاني

تمييز التحكيم الإلكتروني عن النظم المتشابهة معه

مع ازدياد حجم العقود المبرمة عن طريق الإنترنت والتجارة الإلكترونية بدأ التفكير في العثور على بعض الوسائل البديلة، لحسم المنازعات الناشئة عنها ولم يتمخض عن ذلك ظهور التحكيم الإلكتروني فقط، وإنما ظهرت إلى جانبه وسائل أخرى تتمثل في المفاوضات الإلكترونية، والوساطة الإلكترونية، وكذا التوفيق الإلكتروني ولم تبقى هذه الوسائل منعزلة عن التطور العلمي والتكنولوجي، حيث قامت باستخدام وسائل الاتصال الحديثة في حسم منازعات التجارة الإلكترونية، ويلاحظ أن هذه الوسائل البديلة تشترك في استعمال نفس الوسيلة لحل المنازعات - وسائل الاتصال الحديثة - وفي المنازعات التي يتم النظر فيها - منازعات التجارة الإلكترونية - ولهذا كان لازماً التمييز بين التحكيم الإلكتروني وغيره من الأنظمة الأخرى.

أولاً: المفاوضات الإلكترونية

تعد المفاوضات من أكثر الطرق البديلة لحل المنازعات انتشاراً وأقلها تعقيداً وقد عرفت، بأنها " وسيلة من وسائل تسوية المنازعات تتم بين أطراف النزاع مباشرة دون تدخل طرف ثالث"⁽¹²¹⁶⁾. وهناك نوعان من المفاوضات الإلكترونية⁽¹²¹⁷⁾، يتمثل النوع الأول في المفاوضات الآلية التي تعتمد على البحث عن مصالحة عرفية دون الرجوع إلى شخص ثالث، أي دون أي تدخل من العنصر البشري في عملية التسوية، وإنما يعتمد الأطراف على برامج كمبيوتر خاص لتسوية النزاع⁽¹²¹⁸⁾.

⁽¹²¹⁶⁾ سليمان أحمد محمد فضل، مرجع سابق، ص 298.

⁽¹²¹⁷⁾ SCHULTZ Thomas, op cit, p.183.

⁽¹²¹⁸⁾ سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص 23.

من أهم مراكز التسوية التي تقدم خدمة التفاوض الآلي نجد مثلا (مركز Cybersettle)، و(مركز Claimroom)، و(مركز Clicknsettle)⁽¹²¹⁹⁾، ويتم عملية المفاوضة الإلكترونية، عن طريق عروض المصالحة المرموزة والمقدمة، من قبل طرفي النزاع وبعدها يقوم الحاسب الآلي بإجراء المقارنة، بين عروض الأطراف للتوصل إلى حل وسط توفيق بينهما، مع العلم أن الطرفين سيلتزمان مسبقا بالحل الذي ستسفر عنه هذه المفاوضات.

أما النوع الثاني فيتمثل في المفاوضات بالمساعدة، وفيها يقوم الأطراف بالبحث عن إيجاد اتفاق عرفي دون تدخل شخص ثالث، أثناء المفاوضة ودون استخدام برامج كمبيوتر خاص للتسوية، وإنما تجرى المفاوضات بين الأطراف بمساعدة شبكة الإنترنت⁽¹²²⁰⁾، كآلية للاتصال بينهم لتبادل وجهات النظر والحلول المقترحة للتسوية⁽¹²²¹⁾، ويقتصر دور مراكز التسوية التي تتولى إدارة مثل هذه المفاوضات في تمكين الأطراف، بعد تزويدهم برقم سري يسمح لهم من خلاله باستخدام برامج اتصال، أو تسهيل دخولهم إلى مواقع إلكترونية مؤمنة أو تقديم برامج تدير الحوار بينهما، وتطرح عليهم حلول نموذجية أو حلول تم التوصل إليها، من قبل في منازعات مماثلة⁽¹²²²⁾، ويعد مركز وساطة (Squartrade)⁽¹²²³⁾، من أولى المراكز التي قدمت مثل تلك الخدمات عبر شبكة الإنترنت.

(1219) مشار لهذه المراكز على المواقع الآتية على التوالي:

<http://www.cybersettle.com>
<http://www.claimroom.com>
<http://www.clicknsettle.com>

(1220) محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني (الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات - الوساطة والتوفيق - التحكيم - المفاوضات المباشرة)، مرجع سابق، ص 22.
 (1221) بوديسة كريم، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2012، ص 15.
 (1222) SCHULTZ Thomas, op cit, p.185.

(1223) مشار لهذا المركز على الموقع :

<http://www.squaretrade.com>

يلاحظ مما تقدم، أن الفرق الأساسي بين المفاوضات الإلكترونية والتحكيم الإلكتروني، يكمن في سريان إجراءات حل المنازعات عن طريق المفاوضات دون تدخل شخص ثالث - محكم - بينما يعرض الأطراف في التحكيم منازعاتهم، إلى محكم تكون له سلطة النظر في النزاع وإصدار حكم التحكيم، الذي ينهي النزاع القائم بين الأطراف وبلوغ هذه الغاية يطبق المحكم قواعد قانونية محددة، أما بالنسبة للمفاوضات الإلكترونية فغالبا ما يتم اللجوء إلى حلول عرفية، غير مستمدة من قواعد قانونية محددة، وكما أن النزاع ينتهي باتفاق يوقعه الطرفان.

ثانيا: الوساطة الإلكترونية

عرف بعض الفقه الوساطة الإلكترونية بأنها "عبارة عن قيام الأطراف باختيار طرف ثالث ويقوم هذا الأخير، بدور الوسيط بينهم من خلال إجراء مناقشات إلكترونية معهم ولا يصدر هذا الوسيط قرارا ملزما للأطراف وإنما مجرد اقتراحات يمكن أن يقبلها الأطراف أو يرفضونها"⁽¹²²⁴⁾.

في ظل نظام الوساطة الإلكترونية يقوم الوسطاء - وهم من الغير - بالاتصال بأطراف النزاع، بواسطة شبكة الإنترنت مباشرة وعقد اللقاءات بالصوت والصورة من أجل التوصل إلى حل وسط يوافق عليه جميع الأطراف⁽¹²²⁵⁾، ومن ثم فإن الوسيط يقوم بذات الدور الذي يؤديه الوسيط التقليدي، ولا يختلف عنه إلا من حيث الوسيلة التي يستخدمها في ممارسة مهمة الوساطة، وهي الوسيلة الإلكترونية وبالتالي فإن الوساطة الإلكترونية لا تقل من حيث ثقة الأطراف فيها عن الوساطة التقليدية، وذلك لأنه يتم مشاهدة بعضهم البعض عبر

(1224) محمد مأمون سليمان، مرجع سابق، ص 96.

(1225) SCHULTZ Thomas, op cit, p.186.

شاشات الحاسبات الآلية، التي يتم من خلالها اجتماعهم بالصوت والصورة مما يؤدي إلى تعزيز الطمأنينة وبث الثقة بينهم⁽¹²²⁶⁾.

كما أن الوساطة الإلكترونية تتم في سرية تامة، ولا يكون حاضرا في اجتماعاتها إلا الوسيط والأطراف ومن يوافق الأطراف على حضورهم، ويجب على الوسيط أن يحافظ على هذه السرية، ويتحلى بالحياد عند مباشرة مهمته، دون ابتغاء أية مصالح شخصية له أو لأحد الأطراف.

ظهرت عدة مراكز مختصة في حل المنازعات عن طريق الوساطة الإلكترونية نذكر منها مركز (Square Trade)⁽¹²²⁷⁾، الذي يعد أول وأشهر المراكز المختصة في مجال حل المنازعات بطريق الوساطة الإلكترونية⁽¹²²⁸⁾، إلى جانب هذا المركز يوجد مكتب الوساطة على الخط (Office Ombuds Online)، ويرمز له اختصارا (OOO) والذي أسس عام 1996 وهو نظام لحل المنازعات الناشئة، على الخط (Cybrespace) التي يرغب الأطراف حلها عن طريق الوساطة الإلكترونية⁽¹²²⁹⁾.

تختلف الوساطة الإلكترونية عن التحكيم الإلكتروني، في عدة جوانب يمكن تلخيصها بالنظر إلى أطراف النزاع والشخص الذي يفصل فيه، وبالتالي نجد المحكم في التحكيم الإلكتروني يتمتع بسلطة تمنحه القدرة على إصدار أحكام وقرارات ملزمة للطرفين بينما نجد الوسيط في الوساطة الإلكترونية لا يتمتع بمثل هذه السلطة⁽¹²³⁰⁾، وإنما يتمتع بسلطة اقتراح

(1226) محمد مأمون سليمان، مرجع سابق، ص 96.

(1227) مشار لهذا المركز square trade على الموقع :

<http://www.squaretrade.com>

(1228) محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني (الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات - الوساطة والتوفيق - التحكيم - المفاوضات المباشرة، مرجع سابق، ص 38.

(1229) سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص 29.

(1230) لكي تتفادى مراكز التسوية الإلكترونية التي تستخدم الوساطة النقد الموجه لها فيما يخص عدم امتلاك الوسيط سلطة إجبار الأطراف على الالتزام بمشروعات التسوية التي يقدمها لهم، نصت في لوائحها دائما على إعطاء مدة معينة للأطراف كي يتوصلون إلى تسوية من خلال الوساطة، فإذا انقضت هذه المدة دون تحقيق نتيجة، يعين المركز للأطراف محكما =

الحلول على الأطراف، أما من حيث أطراف النزاع فيمكنهم الانسحاب في أية مرحلة كانت عليها الوساطة الإلكترونية في حين أنهم، لا يمكنهم ذلك إذا ما تم عرض النزاع على التحكيم الإلكتروني⁽¹²³¹⁾.

ثالثاً: التوفيق الإلكتروني

يعد التوفيق عملية إجرائية بموجبها يقوم أطراف النزاع بالاستعانة بشخص من الغير أو لجنة، لمساعدتهم - بطريقة محايدة ومستقلة وبدون أي رأي أو قرار ملزم - في الوصول إلى تسوية ودية، للنزاع القائم بينهم سواء أكان هذا النزاع ناشئاً عن عقد أو أي علاقة قانونية أخرى، إذا كان هذا تعريفاً للتوفيق بشكله التقليدي، فإنه يكفي استعماله وسائل الاتصال الحديثة للنظر في منازعات التجارة الإلكترونية، وحتى يصبح له طابع وسائل حسم المنازعات عبر شبكة الإنترنت.

ظهر خلاف فقهي، حول مدى الاختلاف بين التوفيق والوساطة وخصوصاً فيما يتعلق بالسلطات التي يمتلكها كل من الموفق والوسيط، ويرى بعض الفقه أن الموفق عكس الوسيط يمتلك سلطة التدخل واقتراح الحلول على الأطراف، في حين يرى جانب آخر من الفقه أن العكس هو الصحيح⁽¹²³²⁾.

يملك القدرة على إصدار حكم ملزم للأطراف، وهو ما يسمى بالتحكيم الإلكتروني. أنظر: سليمان أحمد محمد فضل، مرجع سابق، ص 307.

⁽¹²³¹⁾ محمد محمود محمد جبران، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل منازعات التجارة الإلكترونية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، فلسطين، 2009، ص 36.

⁽¹²³²⁾ سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص 33.

كما أن المنظمة العالمية للملكية الفكرية تعرف الوساطة على أنها نوع من التوفيق أو شكل من الأشكال، التي يتم بها التوفيق بين الخصوم⁽¹²³³⁾، ومنه فإن المنظمة تستخدم المصطلحين كمترادفين على غرار ما أخذ به بعض الفقه⁽¹²³⁴⁾.

مما تقدم، يمكن القول أن التوفيق يعتبر اتفاق الأطراف على محاولة إجراء تسوية ودية، عن طريق الموفق (Conciliateur) الذي يقع عليه اختيار الأطراف، على أن يتولى هذا الموفق تحديد مواضع النزاع، ويقدم مقترحاته التي قد تحظى بقبول الأطراف وينهى النزاع أو لا تلقى منهم قبولا.

يترتب على التفرقة بين التوفيق الإلكتروني والتحكيم الإلكتروني نتائج قانونية هامة فالتوفيق، يتضمن تنازلات من الطرفين لكي يتوصل الموفق إلى حل وسط، بينما في التحكيم يصدر المحكم حكما، قد يلبي فيه كل طلبات أحد الأطراف ويرفض كل طلبات الطرف الآخر، فهو لا يبحث عن حل وسط أو توفيق⁽¹²³⁵⁾.

الفرع الثالث

مصادر أحكام التحكيم الإلكتروني

ترتكز معظم المصادر التي يستقي منها التحكيم الإلكتروني أحكامه على قواعد التحكيم، التي وضعتها الهيئات والمؤسسات المهمة بالتحكيم، على المستوى الدولي أو الإقليمي، كقانون التحكيم النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

(1233) التوفيق والوساطة اصطلاحان يتم استخدامهما في الغالب الأعم من الأحوال على أنهما مترادفان، ومن ثم فإن الهدف من نظام التوفيق أو الوساطة هو تدخل شخص من الغير للتقريب وجهات نظر الأطراف للتوصل إلى صلح أو تسوية ودية بينهم، كما استخدمت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) هذان الاصطلاحان باعتبارهما مترادفان في نص المادة 1 فقرة 3 التي جاء فيها "يقصد بمصطلح "التوفيق" أي عملية، سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل...". أنظر في هذا الصدد: بوديسة كريم، مرجع سابق، ص 18، خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 221.

(1234) سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص 33.

(1235) إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، مرجع سابق، ص 337.

(CNUDCI)، وكذا تلك التي وضعها قانون التحكيم الذي أنجزته غرفة التجارة الدولية بباريس (CCI) وغيرها من القوانين الأخرى، ونفهم من ذلك أن معظم القواعد التي أسفرت عنها جهود العديد من المراكز والهيئات المتخصصة، في مجال حل المنازعات الإلكترونية مستوحاة من قواعد التحكيم التقليدي، مع إجراء بعض التعديلات لتناسب مع التقنيات الحديثة في مجال الاتصالات الحديثة، التي يجرى بواسطتها التحكيم الإلكتروني، وعليه سوف نتعرض بالدراسة لجهود المنظمات الخاصة بالتحكيم الإلكتروني، ثم نتبعه بإلقاء الضوء على التحكيم الخاص بأسماء المواقع الإلكترونية.

أولاً: جهود المنظمات الخاصة بالتحكيم الإلكتروني

أعدت بعض التنظيمات الاقتصادية والاتحادات المهنية المهمة بمواكبة التطور التكنولوجي السريع، أنظمة خاصة بالتحكيم الإلكتروني وذلك لمواجهة خصوصيات منازعات التجارة الإلكترونية، أمام تأخر الكثير من الدول في إصدار تشريعات وطنية أو إعداد اتفاقيات دولية، تضع حلولاً سريعة للمشكلات القانونية التي تواجه التجارة الإلكترونية، وسنقوم بعرض بعض هذه المنظمات والهيئات في الآتي:

1- الإتحاد الأوروبي

اعتنى الإتحاد الأوروبي بالتحكيم الإلكتروني باعتباره أهم وسيلة تساعد المتعاملين على شبكة الإنترنت، لحسم منازعاتهم وفقاً لقواعد تضمن لهم حماية فعالة خاصة لفئة المستهلكين⁽¹²³⁶⁾، باعتبارهم الطرف الضعيف في المعاملات الإلكترونية، وقد تجسد ذلك من خلال مجموعة من التوصيات والقواعد القانونية، وأول ما قام به الإتحاد الأوروبي هو توجيه الدول الأعضاء وحثهم، على عدم وضع عقبات قانونية في تشريعاتهم الداخلية تحول

⁽¹²³⁶⁾ THIEFFRY Patrick, commerce électronique : droit international et européen, éd Litec, Paris, 2002, paragraphe 523, p 224.

دون استخدام آليات تسوية المنازعات، بعيدا عن القضاء فنصت المادة الأولى من التوجيه الأوروبي المتعلق بالتجارة الإلكترونية رقم 31/2000 على أنه "يجب أن تسمح الدول الأعضاء لموردي خدمات المعلومات والمتعاملين معهم بتسوية منازعاتهم بعيدا عن أروقة المحاكم وباستخدام التكنولوجيا في العالم الإلكتروني"⁽¹²³⁷⁾.

كما أن المادة 17⁽¹²³⁸⁾ من نفس التوجيه نصت على السماح للدول الأعضاء في حالة النزاع، بين مقدمي خدمة المعلومات والمتعاملين معهم بتسوية هذه الخلافات خارج المحاكم وباستخدام الوسائل الإلكترونية.

وقد أصدرت اللجنة الأوروبية المختصة بتسوية المنازعات - لاسيما المتعلقة بالمستهلكين - باعتماد سلسلة من التوصيات بخصوص حل المنازعات على الخط منها⁽¹²³⁹⁾:

- التوصية الصادرة في 25 مايو 2000 بتأسيس شبكة أوروبية لتسوية المنازعات مباشرة على الخط، وكذا حل كافة المنازعات المتعلقة بالمستهلك الأوروبي خاصة في قطاع الخدمات، ووضع مبادئ عامة يتوجب مراعاتها من جانب الدول الأعضاء عند تسوية منازعاتهم عبر الإنترنت.

⁽¹²³⁷⁾ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 740.

⁽¹²³⁸⁾ Article 17 directive 2000/31/CE : «Règlement extrajudiciaire des litiges

1. Les États membres veillent à ce que, en cas de désaccord entre un prestataire de services de la société de l'information et le destinataire du service, leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le règlement des différends, disponibles dans le droit national, y compris par des moyens électroniques appropriés.

2. Les États membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire, notamment en ce qui concerne les litiges en matière de consommation, à fonctionner de manière à assurer les garanties procédurales appropriées pour les parties concernées.

3. Les États membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire des litiges à communiquer à la Commission les décisions importantes qu'ils prennent en matière de services de la société de l'information ainsi que toute autre information sur les pratiques, les us ou les coutumes relatifs au commerce électronique. »

⁽¹²³⁹⁾ نقلا عن: صفوان حمزة إبراهيم عيسى، مرجع سابق، ص 384.

- التوصية رقم 310/2001 المؤرخة في 4 أبريل 2001 بشأن المبادئ الواجب مراعاتها من جانب الدول الأعضاء عند تسوية منازعاتهم عبر الإنترنت.

2- المنظمة العالمية للملكية الفكرية

تعد المنظمة العالمية للملكية الفكرية منظمة دولية تركز جهودها للتشجيع على استخدام وحماية حقوق الملكية الفكرية، وهي تقوم بدور فعال من أجل تطوير التجارة الإلكترونية فيما يتصل بحقوق الملكية الفكرية، وقد تجسد ذلك من خلال عقد مؤتمر في 20 ديسمبر 1996 لوضع اتفاقيتين دوليتين، الأولى هي اتفاقية الويبو لحق المؤلف، والثانية هي اتفاقية الويبو لفناني الأداء والتسجيلات الصوتية (الفونوجرام).

وضعت المنظمة العالمية للملكية الفكرية نظاماً لتسوية طائفة من منازعات التجارة الإلكترونية، يتمثل في مركز تحكيم ووساطة كان قد أنشئ سنة 1994، بهدف تقديم خدمات التحكيم والوساطة، لحل منازعات التجارة بين الأشخاص الخاصة في الملكية الفكرية⁽¹²⁴⁰⁾، وتقدم أربعة إجراءات غير قضائية (Extrajudiciaires) لحل المنازعات، وهي: الوساطة، والتحكيم، والتحكيم المستعجل، والوساطة التي تتبع التحكيم عند وجود اتفاق⁽¹²⁴¹⁾.

هذا ما ساهم بقدر كبير في تطوير وتفعيل نظام التحكيم الخاص بالتجارة الإلكترونية وتنظيم المنازعات، الخاصة بالإنترنت لاسيما تلك المتعلقة ببرامج الكمبيوتر، وقواعد البيانات، والعلامات التجارية، وأسماء الدومين، وفي هذا الإطار قام مركز التحكيم التابع لهذه المنظمة، بتطوير نظام لتسوية المنازعات مباشرة من خلال شبكات الاتصال دون الحاجة للتواجد المادي للأشخاص أو الأشياء⁽¹²⁴²⁾.

(1240) THIEFFRY Patrick, op cit, paragraphe 524, p.225.

(1241) وثيقة الويبو رقم (wipo/ACE/9/4)، الدورة التاسعة، جنيف، من 3 إلى 5 مارس 2014. وهي متاحة على الموقع:

www.wipo.int/...mdocs/ar/wipo-ace-9-2.docx

(1242) HUET Jérôme et VALMACHINO Stefania, op cit, p.7.

3- القاضي الافتراضي

تبلور مشروع نظام القاضي الافتراضي (Virtual Magistrate Project) الذي يرمز له اختصاراً، (VMP) في أمريكا عام 1996⁽¹²⁴³⁾، من قبل أساتذة مركز القانون وأمن المعلومات، وتولى إدارته والإشراف عليه عدة جهات منها⁽¹²⁴⁴⁾، المركز الوطني لأبحاث المعلوماتية (National Centre For Automated Information Research)⁽¹²⁴⁵⁾، ومعهد قانون الفضاء (Cyberspace Law Institute)⁽¹²⁴⁶⁾ وجمعية التحكيم الأمريكية (American-Arbitration-Association)⁽¹²⁴⁷⁾.

يقوم نظام القاضي الافتراضي بمباشرة عملية التحكيم عبر مواقع على شبكة الإنترنت، قصد حسم المنازعات بواسطة التحكيم الإلكتروني، وذلك من خلال إنشاء مواقع على الشبكة من أجل حل النزاع، الذي قد ينشأ أو سوف ينشأ بين الأطراف الذين يختارون اللجوء لنظام القاضي الافتراضي، ويتولى هذا النظام تشكيل هيئة التحكيم واختيار أعضائها من بين الخبراء القانونيين المتخصصين⁽¹²⁴⁸⁾.

تجرى إجراءات التحكيم وفقاً لهذا النظام بطريقة إلكترونية أين يقوم أحد الأطراف بإرسال شكواه، إلى تلك الهيئة عن طريق البريد الإلكتروني، وبعد ذلك تقوم الهيئة بإخطار قاض محايد، ليفصل في النزاع في مدة زمنية وجيزة يصدر فيها حكمه ويخطر للأطراف عن طريق البريد الإلكتروني⁽¹²⁴⁹⁾.

(1243) فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 742.

(1244) خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 263.

(1245) راجع موقع المركز الوطني لأبحاث المعلوماتية على الموقع التالي: <http://www.cilp.org/ncair>

(1246) راجع موقع معهد قانون الفضاء على الموقع التالي: <http://www.11.georgetown.edu/ic/cli.html>

(1247) راجع موقع جمعية التحكيم الأمريكية على الموقع التالي: <http://www.ard.org>

(1248) محمد مأمون سليمان، مرجع سابق، ص 315.

(1249) يقوم القاضي الافتراضي المتخصص بالتنازع مع الأشخاص الراغبين في الخضوع لهذا النظام على أن يفصل القاضي في النزاع خلال 72 ساعة تبدأ سيرانها من اللحظة التي يعرض فيها الموضوع عليه.

تجدر الإشارة إلى أن الحكم الذي يصدره القاضي الافتراضي يكون مجردا من القيمة القانونية إلا إذا قبله الأطراف، كما أن هذه الخدمة مجانية تتم دون مقابل.⁽¹²⁵⁰⁾

4- المحكمة الافتراضية

طور مشروع جهاز المحكمة الافتراضي (Le Cyber tribunal)⁽¹²⁵¹⁾ من قبل مركز الأبحاث بقسم القانون العام (Centre de Recherché en Droit Public)، بكلية الحقوق بجامعة مونتريال بكندا في سبتمبر 1996⁽¹²⁵²⁾، وتمت الموافقة عليه والإعلان عنه رسميا في 4 يونيو سنة 1998⁽¹²⁵³⁾، وتختص هذه المحكمة بالفصل في المنازعات التي تثار في مجتمع الفضاء الإلكتروني، لاسيما المتعلقة منها بحقوق المؤلف والعلامات التجارية والمنافسة، أي كل ما يمس قطاعات الأعمال الإلكترونية والتجارة الإلكترونية، مع استبعاد ما يتعلق بالنظام العام من مجال اختصاصها.

تستخدم المحكمة الافتراضية لحسم المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية نظام التحكيم الإلكتروني، ونظام الوساطة الإلكترونية وفقا لقواعد محددة سلفا في نظامها الداخلي. ولبت الثقة في هذا النظام الداخلي، أصدرت شهادات مصادقة على المواقع الإلكترونية التي تتعامل بالتجارة الإلكترونية⁽¹²⁵⁴⁾، وتستوفي شروط المحكمة المطلوبة⁽¹²⁵⁵⁾، وذلك تعبيرا عن

⁽¹²⁵⁰⁾ صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 164.

⁽¹²⁵¹⁾ Le cybertribunal est un organisme québécois qui propose, sur son site Web (www.cybertribunal.org), de résoudre en ligne des litiges sur les inforoutes. Ce service, qui a un caractère expérimental, est gratuit. Voir :HUET Jérôme et VALMACHINO Stefania, op cit, p.6.

⁽¹²⁵²⁾ محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 508، أميرة حسن الرافي، مرجع سابق، ص 458، فيصل محمد محمد

كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 743، صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 164.

⁽¹²⁵³⁾ سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص 49، سليمان أحمد محمد فضل، مرجع سابق، ص 314.

⁽¹²⁵⁴⁾ صفوان حمزة إبراهيم عيسى، مرجع سابق، ص 389.

⁽¹²⁵⁵⁾ حازم محمد الشرعة، التقاضي الإلكتروني والمحكمة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 59.

التزام هذه المواقع أو المسؤولين عنها بتسوية منازعاتهم مع المستخدمين وفقا لنظام وإجراءات هذه المحكمة الافتراضية⁽¹²⁵⁶⁾.

تسير إجراءات نظام المحكمة الافتراضية بقيام الطرف الراغب في الخضوع لهذا النظام، بملء نموذج إلكتروني موجود على موقع المركز الإلكتروني ويختار كلمة مرور شخصية له⁽¹²⁵⁷⁾، وبعد فحص إمكان قبول الطلب تقوم المحكمة بتعيين المحكم دون تدخل من قبل أحد الأطراف في اختيارها⁽¹²⁵⁸⁾، وتفتح ملف الدعوى الذي يمكن الوصول إليه على موقع القضية، من قبل الأطراف الذين يمكن لهم الإطلاع فقط على الجزء الخاص بهم في ملف القضية، ويجوز لأطراف النزاع الاتفاق على أن يكون حكم المحكمة الافتراضية قابلا للطعن فيه أمام المحاكم العادية، أو أن يكون النزاع قابلا للطرح مرة أخرى أمام القضاء الوطني إذا لم يرضى أحد الأطراف بالحكم⁽¹²⁵⁹⁾.

من مميزات هذا النظام أنه يقدم خدماته باللغتين الإنجليزية والفرنسية، مما يؤدي إلى توحيد القواعد القانونية بين أنظمة ذات ثقافات قانونية متباينة، فيما يتعلق بالتجارة الإلكترونية وسبل فض المنازعات المتعلقة بها.

نشير في الأخير إلى أن، مجال اختصاص المحكمة الافتراضية أوسع من القاضي الافتراضي، مما حثها على بذل عناية خاصة فيما يتعلق بالمنازعات التي يكون أحد أطرافها من المستهلكين، من خلال تفسير العقود محل النزاع لصالح المستهلك، والقانون الواجب التطبيق هو قانون المستهلك، وكما تسمح للمحكم أن يجتهد لتقديم حماية أفضل للمستهلك.

⁽¹²⁵⁶⁾ خالد ممدوح إبراهيم، التقاضي الإلكتروني (الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص ص 39-40.

⁽¹²⁵⁷⁾ حازم محمد الشرعة، مرجع سابق، ص 63 وما بعدها.

⁽¹²⁵⁸⁾ يمنح للأطراف مهلة يومين لإعلان موافقتهم أو رفضهم للمحكم، وهذه المهلة إلزامية فإذا انقضت مهلة اليومين دون اعتراض فإن ذلك يعتبر دليلا على موافقة الأطراف على المحكم الذي تم اختياره من قبل هذه المحكمة.

⁽¹²⁵⁹⁾ سليمان أحمد محمد فضل، مرجع سابق، ص 314.

ثانيا: التحكيم الخاص بأسماء الموقع الإلكترونية

يعد اسم الموقع بمثابة العلامة التجارية في مجال التجارة الإلكترونية يستخدم لغرض تجاري، يتعلق بشركة أو مؤسسة أو مجموعة اقتصادية، التي سارعت إلى امتلاك مواقع عبر الشبكة لتعرض فيها، منتجاتها وخدماتها كخطوة أولى لممارسة أعمال التجارة الإلكترونية، وقد حرصت على أن تختار عناوين إلكترونية، تحمل اسمها وعلامتها التجارية حتى تميز الموقع الخاص بها، عن المواقع الأخرى التي تمتلكها شركات منافسة، ولهذا أصبحت أسماء الموقع عنصرا، مكملا للعلامات التجارية في أغلب الأحيان⁽¹²⁶⁰⁾، رغم الاختلاف الموجود بينها، ذلك أن اسم الموقع مجرد عنوان أو نطاق معين على شبكة الانترنت، فهو موقع يمكن من خلاله الوصول إلى شركة أو مؤسسة أو مجموعة اقتصادية على شبكة الإنترنت، وذلك من أجل تسويق سلع أو خدمات تنتجها أو تقدمها هذه الكيانات الاقتصادية.

قد تنثور المشكلة عندما يتم تسجيل علامة تجارية مسجلة كاسم موقع من طرف أشخاص لا علاقة لهم بهذه العلامة، ويكون الغرض من هذا التسجيل هو اكتساب ملكية اسم الموقع، لإعادة بيعه إلى المالكين الأصليين للعلامة التجارية، بعد الحصول على تعويض مالي كبير للتخلي عن ملكية اسم الموقع⁽¹²⁶¹⁾، أو يقومون ببيع منتجات مماثلة أو تقديم خدمات مماثلة لما تحمله هذه العلامات، محققين بذلك منافسة غير مشروعة⁽¹²⁶²⁾. وارتبط ظهور هذه الصورة من صور القرصنة الإلكترونية، بظهور شبكة الإنترنت كوسيلة اتصال عالمية وسريعة، لا تحدها الأنظمة القانونية التقليدية التي تعتمد في توزيعها على عوامل الحدود الجغرافية.

(1260) محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 423.

(1261) رامي محمد علوان ، "المنازعات حول العلامات التجارية وأسماء مواقع الإنترنت"، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثاني والعشرون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، يناير 2005، ص 267.

(1262) محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص ص 189-190.

إزاء هذه المشاكل القانونية التي تتعلق بالعلامات التجارية، والتي تتمثل في كيفية تنظيم تسجيل أسماء المواقع، واستخدامها بشكل لا يتعارض مع حقوق أصحاب العلامات التجارية، وخاصة بعد انتشار ظاهرة القرصنة التي تعرضت لها العلامات التجارية المشهورة، فقد اقترحت الإدارة الوطنية للمعلومات والاتصال عن بعد، في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1998 إنشاء مؤسسة خاصة، لا تهدف إلى تحقيق الربح يعهد إليها بالإشراف، على نظام أسماء الموقع وتسجيلها، وسميت هذه المؤسسة (ICANN)⁽¹²⁶³⁾، كما طلبت الإدارة الأمريكية المعنية بشؤون التجارة المشهورة، من المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو)، لوضع نظام موحد⁽¹²⁶⁴⁾، يمكن قبوله على المستوى الدولي لتنظيم أسماء الموقع، وتسوية المنازعات المتعلقة بالتدخل بينها وبين العلامات التجارية.⁽¹²⁶⁵⁾

استجابة للتوصيات والتوجيهات العامة التي تضمنها التقرير الأول الذي أصدرته منظمة الويبو في 30 أبريل 1999، تبنت شركة الأيكان المختصة بتسجيل العناوين الإلكترونية الدولية العديد من الوثائق يأتي في مقدمتها وثيقتان، الأولى تضمنت السياسة الموحدة لتسوية منازعات أسماء الموقع، والمسماة بوثيقة المبادئ وصدرت في 26 أوت 1999 ودخلت حيز التنفيذ في 1 ديسمبر 1999، والثانية تناولت قواعد إجراءات نظام التسوية، والمسماة القواعد الموجهة وصدرت في 24 أكتوبر 1999 وهي مجموعة من القواعد الموحدة لتسوية نزاعات أسماء المواقع⁽¹²⁶⁶⁾.

⁽¹²⁶³⁾ يشوي لندة، "الإشكالات القانونية الناشئة عن استعمال أسماء الموقع الإلكترونية (نظرة عالمية)"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، العدد 3، 2009، ص 496.
⁽¹²⁶⁴⁾ وثيقة الويبو رقم (WO/GA/41/17REV.2)، الدورة الحادية وأربعون (الدورة الاستثنائية الحادية والعشرون)، جنيف، من 1 إلى 9 أكتوبر 2012. وهي متاحة على الموقع التالي :

www.wipo.int/...ody/ar/wo-ga-41-17-rev-2.doc

⁽¹²⁶⁵⁾ محمود محمد زايدان محمد، مرجع سابق، ص 54.

⁽¹²⁶⁶⁾ كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 259.

تهدف هذه القواعد إلى وضع حل سريع لمنازعات أسماء الموقع⁽¹²⁶⁷⁾، وقد تضمنت إجراء إداري اختياري، يمكن للأشخاص اللجوء إليه للتسوية الودية لمنازعاتهم⁽¹²⁶⁸⁾، بالإضافة إلى قواعد إجرائية أخرى، أصدرتها الأيكان كلائحة تنفيذية لهذه القواعد وتسمى "قواعد تطبيق القواعد الموحدة لتسوية نزاعات أسماء الموقع" (Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy) ويرمز لها اختصاراً (UDRP)⁽¹²⁶⁹⁾.

عليه سوف نتعرض بالدراسة لبيان الإطار الموحد لحل المنازعات الناشئة عن الاستخدام أو الاستغلال غير المشروع للموقع الإلكتروني، كما نبين كذلك سريان الإجراء الإداري وانقضائه.

1- الإطار الموحد لتسوية منازعات أسماء الموقع

دعت الصعوبات في تحديد المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق التي غالباً ما يواجهها، ملاك العلامات والأسماء التجارية من جانب من تم لصالحهم تسجيل أسماء وعناوين المواقع الإلكترونية، عند طلب الحماية من القضاء الوطني بشطب هذه الأسماء والعناوين، التي يتم استخدامها بدون وجه حق. وقد قامت مؤسسة الأيكان بإعداد نظام تحكيم خاص⁽¹²⁷⁰⁾، يشرف على الإجراءات المتخذة لتسوية المنازعات المتعلقة بأسماء الموقع، كما رخصت مؤسسة الأيكان لبعض الجهات بإدارة نظام التسوية ويطلق على هذه الجهات اسم موردي خدمات تسوية المنازعات المعتمدين⁽¹²⁷¹⁾.

⁽¹²⁶⁷⁾ Du point de vue du volume d'affaires, le succès de la procédure de l'ICANN est appréciable, plus de 11000 litiges ayant été traités en moins de cinq ans. Voir : SCHULTZ Thomas, op cit, p.191.
⁽¹²⁶⁸⁾ عبد الله عبد الكريم عبد الله، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية على شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 291.

⁽¹²⁶⁹⁾ SCHULTZ Thomas, op cit, p.189.

⁽¹²⁷⁰⁾ سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص 62.

⁽¹²⁷¹⁾ من بين الجهات المعتمدة لتسوية منازعات أسماء موقع الإنترنت نذكر:

- المركز الآسيوي لحل منازعات أسماء المواقع

Asian Domain Name Dispute Resolution Center(DND); Voir le site suivant :

<http://www.adndrc.org/adndrc/index.html>

يجد الالتزام بنظام الآيكان لتسوية المنازعات، مصدره في الاتفاقيات التي تبرمها مؤسسة الآيكان مع موردي خدمات الأنترنت، لترخيص لهم بالاضطلاع بمهمة تخصيص أسماء الموقع وتسجيلها، كما تنظر في النزاعات الناشئة عنها وفقا للقواعد الموضوعية والإجرائية، التي وضعتها الآيكان من خلال تطبيق القواعد الموحدة لتسوية نزاعات أسماء الموقع واللائحة التنفيذية لها.

تم تبني هذه القواعد من قبل كل المسجلين لأسماء الموقع المتعدين من مؤسسة الآيكان، في المجالات الدولية (Generic Top Level Domains) ويرمز لها إختصارا (gTLDs) التي تنتهي ب " .net .info .org, ".com⁽¹²⁷²⁾، وبالتالي فإن القواعد الموحدة تطبق عندما يكون المدعى عليه، قد سجل عنوانه الإلكتروني في أحد هذه المجالات الدولية باعتبارها قواعد أصيلة وخاصة بهذه العناوين، رغم ذلك لا يجد أي مانع من تطبيق هذه القواعد، على العناوين الإلكترونية الوطنية (Country Code Top Level Domains) ويرمز لها اختصارا، (ccTLDs) وهي تنتهي مثلا ب ".fr, .us, .eg, .uk, .dz"⁽¹²⁷³⁾، مادام أن القواعد الموجهة واللائحة التنفيذية لها، لا تتضمن نصا يمنع اللجوء إلى تطبيق هذه القواعد عندما تكون منازعة حول العناوين الإلكترونية الوطنية.

- مركز الويبو للتحكيم والوساطة

WIPO Arbitration and Mediation Center (WAMC) ; Voir le site suivant :

<http://arbiter.wipo.int/center/index.html>

مؤسسة تسوية ومنع المنازعات

Conflict Prevention and Resolution (CPR); Voir le site suivant :

<http://www.cpradr.org>

National Arbitration Forum (NAR) Voir le site suivant :

<http://www.arb-forum.com/domains/index.asp>

⁽¹²⁷²⁾ HAAS Gérard et ASTIER Stéphane, Guide juridique de l'e-commerce « 7 règle à connaître pour la sécurisation juridique et la valorisation d'un site e-commerce », Edition ENI, 2012 p.16.

⁽¹²⁷³⁾ FÉRAL-SCHUHL Christiane, op cit, p.534.

راجع في ذلك أيضا: عبد الله عبد الكريم عبد الله، مرجع سابق، ص 294-295، رامي محمد علوان، المنازعات حول العلامات التجارية وأسماء مواقع الأنترنت، مرجع سابق، ص 250 وما بعدها.

تهدف القواعد الموحدة إلى توفير آلية للتسوية الإدارية لتمكين أصحاب الحقوق على العلامة التجارية، وغيرها من حقوق الملكية الفكرية لتسوية المنازعات التي قد تنثور في حالة التسجيل بسوء نية، للعلامات التجارية لاستخدامها كاسم موقع على الإنترنت⁽¹²⁷⁴⁾، وفي هذا السياق يعود الاختصاص لنظام الآيكان لتسوية منازعات أسماء الموقع⁽¹²⁷⁵⁾، نظرا لتوقيع سجل اسم الموقع، على اتفاقية التسجيل المبرمة مع أحد مسجلي المواقع الإلكترونية المعتمدة من مؤسسة الآيكان، والتي تتضمن شرط التسوية الإدارية يلتزم بموجبه حائز الموقع الإلكتروني بحل المنازعات، التي قد تنشأ عن استخدام اسم الموقع عن طريق الإجراء الإداري وفقا للاتحة الموحدة لمؤسسة الآيكان.

يكون بذلك اللجوء إلى الإجراء الإداري لحل منازعات أسماء الموقع إجباري بالنسبة للمدعى عليه، وهو سجل اسم الموقع، واختياري من جانب مالك العلامة التجارية الذي يدعي الاعتداء، على علامته فيمكن له أن يرفع دعواه، إما أمام المحاكم الوطنية المختصة، أو تقديم إدعائه أمام اللجنة الإدارية المعتمدة من قبل الآيكان⁽¹²⁷⁶⁾، ويجوز له أن يرفع دعواه ضد أي شخص طبيعي أو معنوي، باستثناء مؤسسة الآيكان أو أية مؤسسة أخرى مختصة بتسجيل أسماء الموقع، كون أن هذه المؤسسات لا يخضع للإجراء الإداري، وإنما يمكن مقاضاتهم أمام القضاء العادي عن أي تقصير أو إهمال في واجباتهم إعمالا لقواعد المسؤولية العقدية⁽¹²⁷⁷⁾.

تشتري المادة 4 فقرة (a)⁽¹²⁷⁸⁾ من القواعد الموجهة توافر ثلاث شروط لقبول خضوع النزاع المتعلق بالاسم الموقع، للإجراء الإداري وتتحصر هذه الشروط في الآتي:

(1274) محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 463.

(1275) يشوي لنده، مرجع سابق، ص 512.

(1276) سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص 75.

(1277) FÉRAL-SCHUHL Christiane, op cit, 2010, p.540.

(1278) أنظر لائحة الأنشطة التي ينظمها مركز الويبو على الموقع التالي: <http://www.arbiter.wipo.int/events>

- 1- تطابق أو تشابه اسم الموقع المسجل مع علامة تجارية بشكل يثير الخلط في أذهان الجمهور.
- 2- عدم وجود أي حقوق أو مصالح مشروعة للمسجل له تتعلق باسم الموقع.
- 3- أن يكون تسجيل اسم الموقع قد تم بالفعل مع استخدامه بسوء نية.

يقع عبء إثبات توافر هذه الشروط على عاتق مالك العلامة التجارية، ولهذا فقد تضمنت الفقرة (b) من نفس المادة، أمثلة على حالات يتوفر فيها سوء النية في تسجيل الاسم واستخدامه، ومن هذه الحالات⁽¹²⁷⁹⁾ تسجيل اسم الموقع بقصد بيعه أو تأجيريه أو نقل ملكيته، لصاحب العلامة التجارية أو لأحد منافسه مقابل دفع مبلغ كبير، يفوق بكثير رسوم التسجيل أو تسجيل اسم الموقع⁽¹²⁸⁰⁾، بقصد حرمان مالك العلامة التجارية من تسجيلها واستخدامها كاسم موقع، أو تسجيل اسم الموقع بقصد الإضرار بأعمال أحد المنافسين أو اتجاه قصد، من جرى التسجيل لصالحه إلى تحقيق مكاسب مالية عن طريق جذب مستخدمي الإنترنت، لموقعه نتيجة للخلط بين اسم الموقع المسجل والعلامة التجارية للشخص المضرور.

تجدر الإشارة إلى أنه، من أهم خصائص نظام تسوية منازعات أسماء الموقع على الإنترنت، أن إجراءات التسوية تجري من خلال آليات إلكترونية على شبكة الإنترنت، وهذا ما يميزه عن غيره من الطرق الودية لتسوية النزاعات، وقد اهتمت القواعد الموحدة واللائحة

⁽¹²⁷⁹⁾ سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع نفسه، ص 70، أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 72.

⁽¹²⁸⁰⁾ TGI Paris 10 février 2009 LINXEA N° 08/05498 « À ce titre, le jugement rendu par le TGI de Paris le 10 février 2009 à propos de la réservation de 24 noms de domaine « linxea » est intéressant en ce qu'il a considéré que le dépôt d'un nom de domaine intégrant une marque antérieure ne constitue pas un usage à titre de marque mais un acte de concurrence déloyale, puisque réalisé dans le seul but d'empêcher la réservation par la société LINXEA de nouveaux noms de domaine (...) et donc de développer son activité de vente de produits d'assurances et financiers par Internet (...) et de bloquer ou ralentir le développement d'un concurrent ». cite par : HAAS Gérard et ASTIER Stéphane, op cit, p 21.

التنفيذية لها بتحديد خطوات، سريان إجراءات التسوية بدءاً من تقديم الشكوى من جانب المدعي، وحتى انتهاء الإجراءات بصدور قرار فاصل في موضوع النزاع.

2- سريان الإجراء الإداري وانقضائه

تبدأ الإجراءات الإدارية لحل منازعات أسماء الموقع، بتقديم شكوى (الإدعاء) مكتوبة على دعامة إلكترونية (e-mail)⁽¹²⁸¹⁾ من المدعي، مالك العلامة التجارية متضمنة مجموعة من البيانات، المذكورة في المادة الثالثة فقرة (b)⁽¹²⁸²⁾ من اللائحة التنفيذية وتقوم الجهة الإدارية - وهي أحد موردي خدمة تسوية المنازعات المعتمدين من مؤسسة الأيكان - التي وصلتها الشكوى، بفحصها للتأكد من أنها تتضمن كافة البيانات الواجبة الذكر، وذلك في غضون ثلاثة أيام من استلام الشكوى، وإذا اكتشفت الجهة الإدارية نقصاً في بيانات هذه الشكوى، فإنها تخطر المدعي بذلك وتمنحه مهلة خمسة أيام ليستكمل البيانات الناقصة وإذا مضت هذه المدة دون رد المدعي، تصبح الشكوى كأنها لم تكن ولا تعير لها أي اهتمام.

إذا ما تأكدت الجهة الإدارية من توافر الشروط الشكلية والموضوعية اللازمة لصحة الإجراءات، فإنها تبدأ بإرسال الشكوى إلى المدعى عليه المعتدي على العلامة التجارية الذي يقوم بدوره، خلال عشرين يوماً من إرسال الشكوى إليه، بالرد على الجهة الإدارية في وثيقة مكتوبة ومثبتة على دعامة إلكترونية⁽¹²⁸³⁾، وبانتهاء هذه المدة تقوم الجهة الإدارية المختصة - تسمى لجنة إدارية - بالفصل في النزاع، على أساس ما جاء في إدعاءات الأطراف المقدمة في الشكوى، وإذا امتنع المدعى عليه عن تقديم الرد تقوم اللجنة الإدارية بالنظر في

(1281) SCHULZT Thomas, op cit, p.190.

(1282) أنظر المادة 3 فقرة b من اللائحة التنفيذية.

(1283) محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 471.

النزاع، والفصل فيه وفقاً لما ورد في الشكوى التي قدمها المدعي، إلا في ظروف استثنائية تقدرها الجهة المخول لها الفصل في النزاع⁽¹²⁸⁴⁾.

وبمجرد فوات مدة الرد يتم تعيين اللجنة الإدارية المكلفة بالتسوية، بمعرفة الأطراف أو الجهة الإدارية، من بين الأسماء الواردة في القائمة التي يقوم مورد خدمة التسوية الإدارية بنشرها⁽¹²⁸⁵⁾.

إذا اتفقت الأطراف على تسوية النزاع بعضو واحد، تقوم الجهة الإدارية بتعيين هذا العضو من بين قائمة الأسماء التي لديها، وذلك خلال خمسة أيام عمل تبدأ حسابها من تلقي الجهة الإدارية، رد المدعى عليه أو من مضي المدة التي يجب أن يرد فيها، وفي هذه الحالة سيتحمل المدعي أتعاب ومصاريف سريان الإجراء الإداري أمام اللجنة، ويجب أن يدفعها خلال عشرة أيام من تقديم الشكوى، وإلا فإن اللجنة الإدارية سوف تتجاهل الشكوى.

أما إذا اختارت الأطراف لجنة إدارية مكونة من ثلاثة أعضاء، للنظر في النزاع فإن الجهة المختصة تدعو كلا من الطرفين، إلى اختيار ثلاثة أسماء من القائمة التي تمسكها الجهة الإدارية، على أن يوضح كل من المدعي والمدعى عليه في اختياره ترتيب الأفضلية بين من يقع عليهم اختياره، على أن تعين بنفسها العضو الثالث من قائمة مكونة من خمسة أسماء، وفي هذه الحالة فإن الأتعاب والمصاريف سوف يتكفل بها المدعي⁽¹²⁸⁶⁾.

إذا ما تعارضت الرغبات، واختار المدعي إخضاع النزاع للجنة مكونة من محكم واحد، بينما يختار المدعي عليه عرض النزاع على لجنة بتشكيلة ثلاثية، فإنه يجب على المدعي أن يرسل خلال خمسة أيام من رد المدعي عليه على شكواه، قائمة مكونة من ثلاثة أعضاء، وعندئذ ستعين اللجنة بنفس الإجراءات التي يتم متابعتها عند توافق رغبات الطرفين

(1284) أنظر المادة 5 من اللائحة التنفيذية.

(1285) أنظر المادة 6 فقرة e من اللائحة التنفيذية.

(1286) أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 75.

بإخضاع النزاع للجنة مكونة من ثلاثة أعضاء، وهنا سيتم تقسيم المصاريف والأتعاب منصفة بين الطرفين⁽¹²⁸⁷⁾.

متى تم تعيين اللجنة الإدارية، تخطر الجهة الإدارية المختصة الأطراف بهذه التشكيلة وبالتاريخ الذي ستبدأ فيه اللجنة النظر في النزاع، على أن تجرى الإجراءات باللغة التي اتفق عليها أطراف النزاع، وفي حالة عدم وجود اتفاق فإن اللغة ستكون لغة اتفاقية التسجيل، ما لم تختار اللجنة الإدارية لغة أخرى أكثر ملاءمة لظروف النزاع⁽¹²⁸⁸⁾.

عند الانتهاء من تبادل المحررات الإلكترونية، وتحقيقات الخبراء من خلال شبكة الإنترنت، وبعد نظر اللجنة في جميع البيانات والمستندات التي يقدمها الخصوم من تلقاء أنفسهم أو بناء على طلبها، تقوم بإصدار قرارها الفاصل في النزاع⁽¹²⁸⁹⁾، خلال أربعة عشرة يوم من تاريخ تعيينها وب نفس طريقة تبادل المحررات والتحقيقات من خلال شبكة الإنترنت⁽¹²⁹⁰⁾.

وفي حالة نجاح المدعي في الإثبات أمام اللجنة الإدارية بصحة ما ورد في شكواه تصدر اللجنة قراراً بوقف استخدام، اسم الموقع محل الاعتداء من جانب المدعى عليه ونقله إلى المدعي، وتقوم اللجنة بعد ذلك بتبليغ القرار للجهة الإدارية التي تقوم بدورها بتبليغه لأطراف النزاع والمسجل ومؤسسة الإيكان، ويجرى نشر القرار على النحو الذي يتمكن الجمهور من الاطلاع عليه، ويجب على المسجل أن ينفذ قرار التسوية، خلال عشرة أيام من

(1287) سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، 78.

(1288) أنظر المادة 15 فقرة a من اللائحة التنفيذية.

(1289) يعيب نظام التسوية الإدارية أن القرارات الصادرة منها ليست ملزمة لأطراف النزاع، إذ يجوز لأي منهما اللجوء إلى القضاء ورفع دعوى لاستصدار حكم في موضوع النزاع. إذ يقوم صاحب العلامة التجارية المسجلة كاسم موقع برفع دعوى ضد مسجل اسم الموقع دون وجه حق ويكون ذلك بالنسبة لأسماء المواقع الوطنية المكونة من رموز الدول المسجلة لدى الجهات التي لا ترغب بالخضوع للإجراءات التي وضعتها منظمة الإيكان لتسوية منازعات أسماء المواقع، ويرفع صاحب العلامة دعوى عادية أمام المحاكم الوطنية حسب قوانين الإجراءات المدنية والإدارية في الدولة التي يمكن رفع الدعوى فيها. أنظر رامي علوان، المنازعات حول العلامات التجارية وأسماء مواقع الإنترنت، مرجع سابق، ص 313-312.

(1290) أنظر المادة 15 فقرة b من اللائحة التنفيذية.

تاريخ إخطاره به، ولا يحتاج تنفيذ قرارات اللجان الإدارية إلى إصباغها بالصيغة التنفيذية من المحاكم الوطنية⁽¹²⁹¹⁾.

أما إذا رفضت اللجنة الإدارية حجج المدعي، وتأكدت من وجود حق أو مصلحة مشروعة للمدعى عليه من تسجيل اسم الموقع ومن ثم ترفض طلب المدعي.

وفقا لما تقدم نستنتج أن اللجنة لا تملك سلطة إصدار قرار يلزم أحد الأطراف بالتعويض، عن الأخطاء التي يمكن أن يتسبب فيها أحد الطرفين حتى ولو تثبتت اللجنة من وجودها، فالحكم بالتعويض يدخل في اختصاص المحاكم العادية، ذلك إذا ما اختار المدعي رفع دعواه أمامها بدلا من اختيار الإجراء الإداري للتسوية، أو في حالة ما إذا قام المدعي عليه بالطعن في القرار الصادر من اللجنة الإدارية، أمام القضاء العادي أو يرفع دعوى أمام نفس الجهة ضد المدعي خلال عشرة أيام من تاريخ إخطاره بقرار اللجنة الإدارية⁽¹²⁹²⁾.

المطلب الثاني

الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني

يمكن القول أن التحكيم العادي هو الطريق الطبيعي لحسم منازعات التجارة الدولية إلا أن التحول إلى طريق التحكيم الإلكتروني، لحسم منازعات التجارة الإلكترونية واقع يفرضه التطور المتسارع في وسائل الاتصال الحديثة، ونظرا للأهمية العملية التي يقوم بها التحكيم الإلكتروني في فض منازعات التجارة الإلكترونية، اتجهت بعض المنظمات والهيئات العاملة في مجال التحكيم، والتي تقوم على القواعد التقليدية إلى تطوير هذه القواعد، استجابة لمقتضيات استخدام الوسائل الإلكترونية في التحكيم. ويجب على النظام القانوني الذي يسير عليه التحكيم الإلكتروني، أن يراعي متطلبات المعاهدات والاتفاقيات الدولية المبرمة، في

(1291) محمد سعيد أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 476.

(1292) أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 78.

مجال التحكيم التقليدي⁽¹²⁹³⁾، الذي لا يتم في بيئة إلكترونية كما هو الحال عليه بالنسبة للتحكيم الإلكتروني، ورغم ذلك يشترط للقيام بعملية التحكيم سواء في شكله التقليدي أو الإلكتروني، توافر مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية مع ما يترتب على توافرها من آثار، وذلك حتى يمكن البدء في مباشرة إجراءاته، وانتهائه بصدر حكم التحكيم وتنفيذه.

وللحديث عن التحكيم الإلكتروني كطريق لحل منازعات التجارة الإلكترونية يقتضي منا ذلك التعرض، للمراحل التي يمر بها عبر شبكة الإنترنت، تبدأ من اللحظة التي يتم فيها قبول مركز التحكيم الطلب المقدم، من أحد الأطراف أو كليهما وصولاً إلى صدور حكم التحكيم وتنفيذه، وعليه سوف يتم تناول اتفاق التحكيم الإلكتروني (الفرع الأول)، وإجراءات التحكيم الإلكتروني (الفرع الثاني)، وأخيراً سنتعرض لحكم التحكيم الإلكتروني (الفرع الثالث).

الفرع الأول

اتفاق التحكيم الإلكتروني

يسمح اتفاق التحكيم لأطراف عقود التجارة الإلكترونية، للجوء إلى التحكيم الإلكتروني قصد فض المنازعات التي قد تنشأ بينهم، وبدون هذا الاتفاق لا يمكن لأي طرف من هذه الأطراف، أن يطلب حسم النزاع عن طريق التحكيم، ولم يكن اتفاق التحكيم بمعزل عن التطور الهائل في عالم الاتصالات والمعلومات، لأنه يتم الاتفاق عليه في الغالب كبند من بنود عقود التجارة الإلكترونية، من خلال شبكة الإنترنت التي يتم استخدامها، في إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني، وبنفس الكيفية التي يتم فيها التعاقد الإلكتروني دون أن يكون هناك تقابل مادي بين الأطراف، ومن المقرر أنه يجب للاعتراف بصحة اتفاق التحكيم الإلكتروني، أن تكون لإرادة الأطراف القدرة على إحالة النزاع القائم بينهم، إلى هيئات التحكيم الإلكتروني للفصل فيه وفقاً لشروط وقواعد، نظام التحكيم تحدده هذه الإرادة، وهذا ما يجعل

(1293) فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 744.

اتفاق التحكيم، هو جوهر التحكيم الإلكتروني مما يتعين عليه الوقوف عند دراسته على ثلاثة نقاط أساسية على النحو التالي: مفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني (أولاً)، شكل اتفاق التحكيم الإلكتروني (ثانياً)، مضمون اتفاق التحكيم الإلكتروني (ثالثاً).

أولاً: مفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني

قبل التعرض لتعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني وبيان صورته، فإنه لا بد أن نتعرف أولاً على اتفاق التحكيم التقليدي، كون أن مضمون وهدف كل منهما واحد، ألا وهو الاتفاق على التحكيم لحسم المنازعات القائمة بين الأطراف، إلا أن اتفاق التحكيم الإلكتروني يتم بطريق إلكترونية عبر شبكة الإنترنت، وهذا ما يميزه عن اتفاق التحكيم التقليدي.

1- تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني

عرف اتفاق التحكيم على أنه "اتفاق الأطراف على تسوية المنازعات التي نشأت بينهم أو التي قد تنشأ في المستقبل، بصدور قرار ملزم من قبل هيئة التحكيم التي يختارونها"⁽¹²⁹⁴⁾.

عرفته المادة 7 فقرة 1 من قانون الأنسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي⁽¹²⁹⁵⁾ الصادر سنة 1985 بأنه " اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات، المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل".

⁽¹²⁹⁴⁾ محمد مأمون سليمان، مرجع سابق، ص 111.

⁽¹²⁹⁵⁾ قانون الأنسيترال النموذجي للتحكيم التجاري، المصدر:

www.uncitral.org/...al_texts/arbitration/1985/Model

عرف المشرع الجزائري اتفاق التحكيم في نص المادة 1011 من ق إ م إ⁽¹²⁹⁶⁾ بأنه "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم".

لا يختلف تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني، عن ما ورد أعلاه من تعريفات سوى أنه يتم - كما قلنا سابقا - باستخدام الوسائل الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، فقد عرفه البعض بأنه "اعتماد أطراف التحكيم على استخدام وسائل الاتصال الإلكترونية في اتفاق على التحكيم"⁽¹²⁹⁷⁾. كما عرف كذلك بأنه "عبارة عن اتفاق الأطراف على التحكيم بطريقة إلكترونية لحسم المنازعات القائمة بينهم، أو التي سوف تقوم بينهم والتي تتعلق بالمعاملات التجارية التي تتم بينهم إلكترونيا عبر شبكة الإنترنت الدولية"⁽¹²⁹⁸⁾.

نستنتج من التعريفات المقدمة أعلاه أن اتفاق التحكيم الإلكتروني يتفق مع اتفاق التحكيم التقليدي، ويتشابه معه من حيث أنهما طريقتان لتسوية المنازعات الناشئة أو التي سوف تنشأ مستقبلا بين الأطراف، وبالتالي لا تختلف طبيعة اتفاق التحكيم الإلكتروني عن طبيعة اتفاق التحكيم بصورة عامة، فاتفاق التحكيم الإلكتروني يعد بدوره تصرفا قانونيا من جانبين، إلا أن ما يميزه هو أنه يبرم عبر وسائل إلكترونية، وبناء عليه يعتبر اتفاق التحكيم - تقليديا كان أو إلكترونيا - ذو طبيعة عقدية، وذلك نظرا لأن إبرامه يتم مثل سائر العقود الرضائية بتطابق الإيجاب والقبول⁽¹²⁹⁹⁾.

(1296) جريدة رسمية عدد 21، صادر بتاريخ 23 أبريل 2008.

(1297) أشرف وفا محمد، مرجع سابق، ص 250.

(1298) محمد محمود محمد جبران، مرجع سابق، ص 74.

(1299) لا تشترط بعض الدول شكلا معينا للاتفاق على التحكيم، ومن ثم يكفي التراضي ولا تلزم الكتابة لصحته، بينما تشترط الكثير من الدول أن يتم الاتفاق على التحكيم كتابة، وهذا ما يستلزمه المشرع الجزائري في المادة 1012 من ق إ م إ.

2- صور اتفاق التحكيم

يكون اللجوء للتحكيم الإلكتروني كما هو الحال عليه في التحكيم التقليدي، إما بواسطة شرط التحكيم يتم وضعه في العقد المبرم بين الأطراف، وذلك قبل نشوب النزاع وإما بواسطة اتفاق يبرم - عقد إلكتروني مستقل - بين الأطراف بعد نشوب النزاع، ويسمى هذا الاتفاق باتفاق التحكيم أو مشاركة التحكيم، وهذا يعني أن هناك صورتين لاتفاق التحكيم وهما شرط التحكيم ومشاركة التحكيم.

أ- شرط التحكيم الإلكتروني

في هذه الصورة يكون اتفاق التحكيم الإلكتروني سابقا على قيام النزاع فلا ينتظر أطراف عقود التجارة الإلكترونية، نشوب النزاع بينهما لتحديد الوسيلة التي يتم الاعتماد عليها لحله⁽¹³⁰⁰⁾، بل يتخذ القرار بشكل مسبق حيث يتفق الأطراف، على إخضاع النزاع الذي قد ينشئ بينهما، مستقبلا بسبب تلك العقود إلى التحكيم الإلكتروني، ولذلك يتم غالبا إدراج شرط التحكيم، ضمن الشروط العامة في عقود التجارة الإلكترونية⁽¹³⁰¹⁾، لكن لا يشترط دائما أن يدرج شرط التحكيم كبند في العقد الذي يبرم بين الأطراف، إذ يمكن أن يتفق الأطراف عليه لاحقا، فيأتي اتفاق التحكيم مستقلا عن العقد⁽¹³⁰²⁾، فالعبرة في هذه الصورة 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 مستقلا عنه، وبالتالي فإن الذي يميز شرط التحكيم ليس هو وروده كبند من بنود العقد، وإنما كونه يتم الاتفاق عليه قبل حدوث المنازعات بين الأطراف، وهذا ما يجعل شرط التحكيم الإلكتروني يتعلق بمنازعة محتملة لم تنشأ بعد.

(1300) آلاء يعقوب النعيمي، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 218.

(1301) خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 275.

(1302) محمد مأمون سليمان، مرجع سابق، ص 116.

ب- مشاركة التحكيم الإلكتروني

يتخذ اتفاق التحكيم الإلكتروني صورة مشاركة التحكيم الإلكتروني، إذا تم الاتفاق بين الأطراف على اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني لفض نزاع نشأ بينهم فعلاً⁽¹³⁰³⁾، فاتفاق التحكيم في هذه الحالة يكون تالياً لقيام النزاع، وهذا ما يعني أن اتفاق التحكيم في هذه الصورة يكون اتفاقاً لاحقاً ومستقلاً، عن العقد الأصلي المبرم بين الأطراف فهو إذن اتفاق بين الخصوم - كون أن النزاع قائم فعلاً - في نزاع معين، على عرض هذا النزاع على التحكيم الإلكتروني بدلاً من عرضه على القضاء الوطني⁽¹³⁰⁴⁾.

تجدر الإشارة إلى أنه يمكن الاتفاق على مشاركة التحكيم حتى ولو تم إحالة النزاع إلى القضاء الوطني، ولكن يشترط أن يتم ذلك قبل صدور حكم قضائي نهائي، في هذا النزاع وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري، حيث نصت المادة 1013 من ق إ م إ على أنه "يجوز للأطراف الاتفاق على التحكيم، حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية".

كما يجوز كذلك الجمع بين شرط ومشاركة التحكيم الإلكتروني، وذلك في حالة ما إذا كان شرط التحكيم لم يشمل الفصل في منازعات معينة، فيقوم الأطراف بالاتفاق في مشاركة التحكيم، على إحالة هذه المنازعات إلى التحكيم الإلكتروني، وذلك بين ذات الأطراف وفي ذات العلاقة القانونية القائمة بينهم، والتي تتعلق بالعقد السابق إبرامه بينهم إلا أن إبرام هذه المشاركة، لا يؤدي إلى إلغاء شرط التحكيم المبرم مسبقاً إلا إذا اتفق الأطراف على غير ذلك⁽¹³⁰⁵⁾.

(1303) عمر حلمي فهمي، مرجع سابق، ص 111.

(1304) خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 276.

(1305) C.Paris (1^{er} ch. C), 13 septembre 2007 : Comptoir commercial Bliien C. Union Invivo- RG n° 2005/17475. Voir : Gazette du Palais, 22 novembre 2007 n° 326, p.35.

ثانيا: شكل اتفاق التحكيم الإلكتروني

يلزم لصحة اتفاق التحكيم الإلكتروني توافر شروط موضوعية وأخرى شكلية، وذلك باعتبار اتفاق التحكيم الإلكتروني عقدا رضائيا، يتم إبرامه مثل سائر العقود بتوافر كل الشروط والأركان، التي يجب أن تتوافر في غيره من العقود الرضائية الأخرى، من حيث صحة التراضي والأهلية والمحل (الشروط موضوعية)، والشكلية التي تتمثل في كتابة اتفاق التحكيم الإلكتروني (الشروط الشكلية).

1- الشكل الكتابي لاتفاق التحكيم الإلكتروني

اختلفت تشريعات الدول حول مدى اشتراط الشكلية في اتفاق التحكيم⁽¹³⁰⁶⁾ حتى وإن كان أغلب، القوانين الوطنية والمعاهدات الدولية تتفق على ضرورة إفراغ، اتفاق التحكيم في قالب مكتوب كشرط لصحته⁽¹³⁰⁷⁾، ونجد من بين القوانين الوطنية التي نصت على ذلك التشريع الجزائري، الذي نص في المادة 1012 فقرة 1 و 2 من ق إ م إ على أنه " يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا. ويجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم".

يتبين من خلال هذا النص، أن المشرع الجزائري يشترط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم ويوقع جزاء البطلان إذا تخلف هذا الشرط الشكلي، وكذلك في مجال المعاهدات الدولية⁽¹³⁰⁸⁾، نجد أن البعض منها يشترط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم، فقد نصت المادة 7 فقرة 2 من القانون النموذجي للتحكيم الصادر عن الأمم المتحدة⁽¹³⁰⁹⁾ في 21 جوان 1985

(1306) محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص 418.

(1307) INGEN-HOUSZ Arnaud, « Arbitrage », Gazette du palais, n° 152, 31 mai 2003, p.40.

أنظر كذلك: أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 92

(1308) HUET Jérôme et VALMACHINO Stefania, op cit, p.8.

(1309) Article 7-2 de la loi type de la C.N.U.D.C.I dispose que: « La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite. »

على ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم في شكل مكتوب، كما نصت اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية الصادر عام 1958 في المادة 2 على ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً⁽¹³¹⁰⁾.

يرى اتجاه من الفقه⁽¹³¹¹⁾ أن التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية استلزمت الكتابة، ليس باعتباره ركناً أو شرطاً من شروط صحة اتفاق التحكيم مثلما هو مبين في النصوص المذكورة أعلاه، بل هي وسيلة لإثبات مضمون الاتفاق.

مهما يكن من أمر طبيعة اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم، فإن التساؤل يثور حول مدى توافر، هذا الشرط - الذي كان يتوافر بالكتابة الخطية التقليدية - في اتفاق التحكيم الإلكتروني، الذي يتم بين الأطراف بوسائل الاتصال الحديثة مثل الرسائل الإلكترونية التي تحرر بالكتابة الإلكترونية؟

بالاستناد إلى مبدأ التكافؤ الوظيفي الكامل (Principe de l'équivalence) الذي يقوم عليه القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، ويقصد به المساواة في القانون بين التجارة التقليدية والتجارة الإلكترونية، فإن هذا المبدأ يسوي في تطبيق القواعد القانونية التي وضعت أصلاً لتنظيم التجارة التقليدية على التجارة الإلكترونية، بما تقرره من إلزامية أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وموقعاً عليه يدوياً، فذات القواعد يجب أن تشمل كذلك اتفاق التحكيم الإلكتروني الذي يحرر ويوقع بطريقة إلكترونية⁽¹³¹²⁾.

(1310) سليمان أحمد محمد فضل، مرجع سابق، ص 325

(1311) إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، مرجع سابق، ص 370.

(1312) سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص 108.

يشترط لإعمال مبدأ التكافؤ الوظيفي الكامل⁽¹³¹³⁾، أن يتم حفظ البيانات المتداولة إلكترونياً على دعامة إلكترونية، بطريقة سليمة وإمكانية الرجوع إليها عند الخلاف كدليل معد مسبقاً ودون إمكانية تغيير محتواها أو تعديله.

أقرت بعض القوانين الدولية هذا النهج في إبرام العقود الإلكترونية، نذكر منها القانون اليونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية الدولية⁽¹³¹⁴⁾، حيث نص في المادة 11 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".

كما أخذت به كذلك اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام 2005، في نص المادة 9 فقرة 2 التي جاء فيها ما يلي "حينما يشترط القانون أن يكون الخطاب أو العقد كتابياً أو ينص على عواقب لعدم وجود كتابة، فإنه يعتبر ذلك الاشتراط قد استوفي بالخطابات الإلكترونية إذا كان الوصول إلى المعلومات الواردة فيه مستمر على نحو يتيح استخدامها والرجوع إليها لاحقاً"⁽¹³¹⁵⁾.

على مستوى التشريعات الوطنية، يوجد الكثير من الدول التي نصت قوانينها على تماثل المحررات الإلكترونية مع المحررات الورقية⁽¹³¹⁶⁾، ومن بينها التشريع الجزائري الذي نص في المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني على أنه "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

(1313) راجع الصفحة 235 من هذه الرسالة.

(1314) قانون الأنسيترال النموذجي، مرجع سابق.

(1315) نقلاً عن: خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 288.

(1316) ورد ذلك في التشريع الفرنسي الصادر في 13 مارس 2000 المتعلق بالقانون المدني في نص المادة 3-1316، والقانون المصري رقم 15 لسنة 2005 بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني.

بناء على ما تقدم، نقول أنه يصح أن يتم إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت، سواء عن طريق المواقع الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو أي وسيلة أخرى من وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة، على شرط أن يوجد بها ضمانات تبعث على الثقة في محتواها.

2- الشروط الموضوعية المتعلقة باتفاق التحكيم الإلكتروني

لا يختلف اتفاق التحكيم الإلكتروني من حيث القواعد العامة، عن سائر العقود التي توجب لصحتها وجود الرضا والأهلية عند الاتفاق على التحكيم، وأن يكون محل التحكيم مشروعاً حتى تتحقق صحة ومشروعية التحكيم.

أ- الرضا

يتعين في اتفاق التحكيم تلاقى إرادة الطرفين على اتخاذ التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات الناشئة أو التي تنشأ بينهما، وأن يكون الرضا خالياً من عيوب الإرادة. ويرى بعض الفقه أنه يشترط أن تكون إرادة الأطراف صريحة على اختيار التحكيم كوسيلة لحسم النزاع⁽¹³¹⁷⁾، في حين يرى البعض الآخر أن التعبير الضمني عن الإرادة، محتمل الوجود في حالة وجود علاقة متصلة، بين أطراف النزاع التي يجرى العمل فيها بإدراج شرط التحكيم، في العقود التي تقوم بينهما ثم يبرمان عقداً من نفس النوع⁽¹³¹⁸⁾، دون أن يرد فيه بند ينص على التحكيم، ففي هذه الحالة يؤخذ بالاجتهاد على أن اتفاق التحكيم متوفر نظراً لتواتر العمل بينهما على التحكيم، ما لم يتبين من العقد الجديد أن الطرفين قد تعمدوا إسقاط ذكر شرط التحكيم لأنهما يريدان إقصاءه عن العقد⁽¹³¹⁹⁾.

(1317) محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 103.

(1318) INGEN-HOUSZ Arnaud, op cit, p.41.

(1319) إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، مرجع سابق، ص 363.

ب- الأهلية

يجب أن تتوافر لدى أطراف اتفاق التحكيم أهلية التصرف⁽¹³²⁰⁾، ولا تكفي في هذا الصدد أهلية الأداء، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال المادة 1006 فقرة 1 من ق إ م إ التي تنص على أنه "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها". وهذا يعني أن اتفاق التحكيم المبرم من جانب القصر أو المحجور عليهم يكون مشوباً بالبطلان.

كما يصح للأشخاص الطبيعيين الاتفاق على التحكيم، فإنه يجوز أيضاً للأشخاص الاعتبارية كالشركات المدنية أو التجارية عامة كانت أم خاصة، وهذا ما يستفاد من نص المادة المذكور سالفاً عندما قال المشرع "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم" وهو يقصد بذلك الأشخاص الطبيعية والاعتبارية، مع مراعاة الشروط التي يستلزمها القانون للإقرار بالشخصية المعنوية.

إذا كان من السهل التحقق من توافر الأهلية لدى الشخص المهني صاحب الموقع التجاري⁽¹³²¹⁾، فإن الأمر ليس بنفس السهولة فيما يتعلق المستهلك، رغم أنه ملزم بتقديم معلومات شخصية لتحديد هويته، عند إبرامه لأي عقد من عقود التجارة الإلكترونية، إلا أنه من الصعب التحقق من دقة و صحة هذه المعلومات التي يقدمها، ومن أجل التحقق من هوية أطراف الاتفاق يعهد إلى مقدم خدمة التصديق، مهمة التأكد من أن المتعامل إلكترونياً قدم بيانات دقيقة وصحيحة عن هويته الشخصية⁽¹³²²⁾.

(1320) بوديسة كريم، مرجع سابق، ص 51.

(1321) يلزم المهني - خاصة إذا كان تاجراً - في الغالب بأن يقوم بإدراج رقم قيده في السجل التجاري في الصفحة الرئيسية للموقع، وهذا يتيح التأكد من توافر جميع الشروط التي يستلزمها القانون لممارسة النشاط التجاري واكتساب صفة التاجر فيه.

(1322) آلاء يعقوب النعيمي، "الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني"، مرجع سابق، ص 224.

يجب الذكر أن أهلية الأطراف تثير عدة صعوبات في مجال التحكيم الإلكتروني ذلك أن اتفاق التحكيم، يتم إبرامه بين أشخاص لا يوجد بينهم اتصال مادي مباشر، ومن ثم يصبح من الصعب على أي من المتعاقدين التحقق من كمال أهلية المتعاقد الآخر عند إبرام اتفاق التحكيم.

ج- المحل

يقصد بمحل التحكيم موضوع النزاع الذي يراد حسمه، عبر الاتفاق على التحكيم والأصل أن المتعاقدين لاسيما في التجارة الدولية، يتمتعان بحرية كبيرة في تحديد المسائل التي تخضع للتحكيم⁽¹³²³⁾، ومع ذلك فإن بعض التشريعات تفرض قيودا على حرية الأطراف، في إخضاع النزاع للتحكيم وذلك وفقا لما أملتة القواعد العامة، التي تشترط أن يكون محل التحكيم مما لا يخالف النظام العام أو الآداب العامة، وإلا كان الاتفاق باطلا ويضاف إلى ذلك ما قد يستبعد بنص القانون من منازعات، لا يجوز حلها عن طريق التحكيم ومن ذلك ما نصت عليه المادة 1006 فقرة 2 من إ م إ على أنه "لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم".

لعل أكثر القيود تأثيرا في قابلية حسم النزاع عن طريق التحكيم الإلكتروني هي تلك التي أتت بها، التشريعات الخاصة بحماية المستهلك التي تمنع الاتفاق الذي يبرم بين التاجر والمستهلك ويكون مضمونه، تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهما أو النزاع الذي يثور بشأنه ومثل هذا التضييق⁽¹³²⁴⁾، مرده رغبة المشرع في إحاطة المستهلكين بالحماية وذلك بأن يجنبهم، من الالتزام بإخضاع منازعاتهم إلى قضاء بعيد كثيرا عن موطنهم متنازلين بذلك

⁽¹³²³⁾ مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات "حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 108.

⁽¹³²⁴⁾ يتم هذا التضييق في بعض الأحيان عن طريق استخدام مساحة الاختيار التي قد تتركها بعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم لإبداء بعض التحفظات، ومن ذلك ما تنص عليه الفقرة الثالثة من المادة الأولى من اتفاقية نيويورك من إعطاء الدول المنضمة للاتفاقية حق قصر تطبيقها على المنازعات الناشئة عن روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية التي تعتبر تجارية طبقا لقانونها الوطني، مشار إليه لدى سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص 94.

عن بعض الحقوق الأساسية التي تستهدف حمايتهم والتي يكفلها لهم التشريع السري في الدولة التي يحملون جنسيتها.

ثالثاً: آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني

يترتب على اتفاق الأطراف على اختيار التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية المنازعات، التي نشأت أو سوف تنشأ بينهم أضرار هامة أحدهما إيجابي والآخر سلبي وبناء على هذين الأثرين، فإنه يتعين على الأطراف عدم عرقلة كل منهما للآخر في استعمال حقه في اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني، كطريق لتسوية منازعاتهم كما يتعين على محاكم القضاء الوطني، الامتناع عن نظر النزاع موضوع اتفاق التحكيم الإلكتروني لعدم اختصاصه بالنظر فيه.

يتمثل الأثر الإيجابي للتحكيم الإلكتروني في أن كل طرف من أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني، له الحق في اللجوء إلى نظام التحكيم الإلكتروني لحسم المنازعات الناشئة أو التي تنشأ بينهم، والخاصة بالعقود التجارية الإلكترونية بدلا من عرضها على القضاء العادي، كما يجب على الطرف الآخر الالتزام، بعرض تلك المنازعات على هيئة التحكيم التي قاموا باختيارها في اتفاق التحكيم⁽¹³²⁵⁾.

أما الأثر السلبي أو ما يسمى كذلك الأثر المانع لاتفاق التحكيم الإلكتروني، فيترتب عليه التزام كل من أطراف التحكيم الإلكتروني، بعدم اللجوء إلى القضاء العادي لحسم منازعات موضوع هذا الاتفاق⁽¹³²⁶⁾، وإعمالا لهذا الأثر الذي يمنع كل من الأطراف من عرقلة استعمال الطرف الآخر، لحقه في الالتجاء إلى التحكيم الإلكتروني بدلا من عرضه على القضاء العادي، الواجب عليه الامتناع عن نظر أي نزاع قد اتفق أطرافه على حسمه

(1325) صفوان حمزة إبراهيم عيسى، مرجع سابق، ص 408.

(1326) فادي محمد عماد الدين أبو السعود توكّل، مرجع سابق، ص 222.

بواسطة التحكيم الإلكتروني، ويعد اتفاق الأطراف على التحكيم لتسوية ما هو قائم أو سوف يقوم بينهم، من منازعات بمثابة تنازل مسبق من هؤلاء الأطراف عن اللجوء إلى القضاء العادي في الدولة لتسوية هذه المنازعات⁽¹³²⁷⁾.

قد أخذت بذلك معظم القوانين الدولية والوطنية، فقد أجزت للأطراف حق الاتفاق على التحكيم وما يترتب على ذلك من آثار، أهمها هو ذلك الالتزام السلبي محل الحديث والذي يتمثل في التزام يقع على عاتق الأطراف، بعدم عرض النزاع موضوع اتفاق التحكيم على القضاء العادي في أي دولة⁽¹³²⁸⁾، ويجب على المحكمة التي يرفع أمامها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تقضي بعدم الاختصاص.

من تلك القوانين الدولية التي ذهبت إلى ذلك، نجد قانون الأنسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، حيث نص في المادة 1/8 على أن "على محكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الطرفين، إلى التحكيم إذا طلب منها أحد الطرفين ذلك في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع..."⁽¹³²⁹⁾.

أما بالنسبة للتشريعات الوطنية⁽¹³³⁰⁾ التي ذهبت إلى ذلك فنجد التشريع الجزائري الذي نص في المادة 1045 ق إ م إ على أنه "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف". ويتبين من هذه المادة أن عدم اختصاص القاضي يكون في خصومة تحكيمية قائمة، ولجأ أحد أطراف الخصومة إلى القاضي الوطني فإن هذا الأخير

(1327) محمد مأمون سليمان، مرجع سابق، ص 278.

(1328) المرجع نفسه، ص 279.

(1329) قانون الأنسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق.

(1330) يقدم القانون الفرنسي أحكاماً مشابهة بخصوص تحديد آثار اتفاق التحكيم في نص المادة 1458 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على أنه "إذا رفع أمام قضاء الدولة نزاع اتصلت به محكمة تحكيم بمقتضى اتفاق تحكيم، فيجب على هذا القضاء إعلان عدم اختصاصه أما إذا كان النزاع لم يتصل بعد بهيئة التحكيم فعلى القضاء إعلان عدم اختصاصه طالما أن اتفاق التحكيم ليس واضحاً بطلانه".

سيقضي بعدم اختصاصه، وكذلك إذا تبين للقاضي المعروض عليه النزاع أن هناك اتفاق تحكيم بين الأطراف، فيكون لأحدهم أن يثير عدم الاختصاص ويجب إثارة هذا الدفع قبل أي دفع في الموضوع⁽¹³³¹⁾.

رابعاً - مضمون اتفاق التحكيم الإلكتروني

أصبح التحكيم الإلكتروني أكثر الوسائل التي يلجأ إليها الأطراف لحل منازعات التجارة الإلكترونية التي تنشأ بينهم، خاصة في ظل ظهور هيئات تحكيمية إلكترونية تتولى مباشرة هذا التحكيم عبر شبكة الإنترنت، الذي يتم بسهولة وسرعة فائقة، حتى يتلاءم مع الطبيعة الخاصة بمثل هذا النوع من التجارة.

نظراً لما تتميز به العملية التحكيمية الإلكترونية من طبيعة خاصة تميزها عن نظيرتها التقليدية، نجد أنه لا بد من تمكين الأطراف لتحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوعه.

1- القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني

تلعب القواعد الإجرائية دوراً كبيراً في تنظيم العملية التحكيمية الإلكترونية، منذ بدايتها حتى نهايتها بصدر حكم التحكيم الإلكتروني، وبالتالي فإن هذه القواعد هي التي تحدد كيفية بدء إجراءات التحكيم، وكيفية انعقاد جلسات التحكيم، وتحديد أنظمة الإثبات، وتحديد الوسائل التي يجب مراعاتها في احترام حق الدفاع والمواجهة.

وفي الأصل يعود اختيار تلك القواعد الإجرائية لإرادة الأطراف سواء عن طريق قيام الأطراف، بالاتفاق مباشرة على تلك القواعد أو اختيارهم لقانون وطني أو دولي إجرائي⁽¹³³²⁾،

⁽¹³³¹⁾ تعولت كريم، "دور القاضي في تحقيق فعالية التحكيم التجاري الدولي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلة سداسية-عدد 2010/01، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق، بجاية، ص 144.

⁽¹³³²⁾ HUET Jérôme et VALMACHINO Stefania, op cit, p.16.

كما يمكن لهم الإحالة على لائحة أحد مراكز أو هيئات التحكيم الدائمة، أو باستخلاص قواعد إجرائية مزدوجة من جميع تلك القواعد دون التقيد بنظام معين.

يعود تحديد القانون الإجرائي الواجب التطبيق على العملية التحكيمية في حالة لجوء الأطراف، إلى نظام التحكيم الحر (Arbitrage Ad Hoc) إلى إرادة الأطراف الذين يقومون بالاتفاق، فيما بينهم وبإرادتهم المنفردة على تحديد تلك القواعد الإجرائية سواء بالإحالة إلى قانون معين، لتنظيم الإجراءات أو قيامهم بالاتفاق على تطبيق الإجراءات المنصوص عليها، في اللوائح الداخلية لإحدى الهيئات التحكيمية الإلكترونية⁽¹³³³⁾، ومعنى ذلك أن إرادة الأطراف هي التي تقوم بإنشاء هذه القواعد، وذلك بالرجوع إلى لوائح هيئات تحكيم وكذا القوانين الوطنية⁽¹³³⁴⁾. عند إطلاق الحرية لإرادة الأطراف في اختيار القانون الإجرائي الواجب التطبيق، يمكن أن تثار مشكلة في حالة اختيار الأطراف إخضاع إجراءات التحكيم الإلكتروني لإجراءات التحكيم التقليدية، لأنه لا يتصور أن تواجه هذه القواعد خصوصيات العالم الافتراضي، وإن كان يمكن التغلب على هذه المشكلة باتفاق تكميلي للقواعد التقليدية تلائم وتساير المسائل الفنية التي يفرضها العالم الافتراضي⁽¹³³⁵⁾.

إذا كان تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات العملية التحكيمية الإلكترونية يتم في الأساس بواسطة إرادة الأطراف، فإنه يمكن أن يغيب قانون الإرادة في اتفاق التحكيم، ويمكن في هذه الحالة الأخذ بالحل الذي أشارت إليه اتفاقية نيويورك⁽¹³³⁶⁾ فقد نصت في المادة 1/5 د على أنه " لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها

(1333) محمد مأمون سليمان، مرجع سابق، ص 405.

(1334) أشرف وفا محمد، مرجع سابق، ص 256.

(1335) سليمان أحمد محمد فضل، مرجع سابق، ص 333.

(1336) حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية "دراسة في ضوء الاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم الدولية والقوانين المقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 14.

الاعتراف والتنفيد الدليل على أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم يخالف ما اتفق عليه الأطراف أو تخلف قانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق⁽¹³³⁷⁾.

وفقا لما تقدم أعطت اتفاقية نيويورك، الحرية التامة للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات التحكيمية، بينما وضعت قانون مكان التحكيم كقانون احتياطي، لا يطبق إلا في حالة عدم اتفاق الأطراف على قانون معين واجب التطبيق⁽¹³³⁸⁾.

إذا كان من السهل تحديد مكان تحكيم معين يجلس فيه المحكمون في التحكيم التقليدي⁽¹³³⁹⁾، فإن الأمر على عكس ذلك في التحكيم الإلكتروني الذي يجد صعوبات كثيرة بهذا الشأن، خاصة فيما يتعلق بتعيين مكان التحكيم في العالم الافتراضي⁽¹³⁴⁰⁾. وإزاء هذا الوضع تعددت الحلول التي أبدت لتحديد مكان التحكيم على الشبكة، ومن بين هذه الحلول المقترحة نجد مكان وجود المحكم، وكذلك التركيز على مكان وجود العقد، أو المكان الجغرافي لخدام التحكيم (serveur)، وغيرها من الحلول الأخرى التي نلاحظ أنها لا تخرج على كونها مجرد افتراض لا يمكن إعمالها في ظل هذا النوع من التحكيم الذي يتسم بالطابع غير الجغرافي الكائن في إقليم دولة معينة⁽¹³⁴¹⁾.

ويبدو أن الحل الأنسب هو ترك الحرية لإرادة الأطراف لتحديد القانون الواجب التطبيق، على إجراءات العملية التحكيمية الإلكترونية، واستثناءا يمكن لهيئة التحكيم الإلكترونية تحديد هذا المكان وذلك في أحد هذين الفرضين⁽¹³⁴²⁾:

(1337) نشرت هذه الاتفاقية في الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 88-223 مؤرخ في 05 جانفي 1988، يتضمن انضمام الجزائر في اتفاقية "نيويورك" المتعلقة باعتماد قرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، جريدة رسمية عدد 28 لسنة 1988.

(1338) HUET Jérôme et VALMACHINO Stefania, op cit, p.17.

(1339) LUZI Olivia, op cit, p.75.

(1340) توجان فيصل الشريدة، مرجع سابق، ص 1105.

(1341) محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 110، فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز،

مرجع سابق، ص 752.

(1342) محمد مأمون سليمان، مرجع سابق، ص ص 409-410.

الفرض الأول: إذا قام الأطراف باللجوء لنظام التحكيم الخاص بالإلكتروني للفصل في المنازعات، القائمة بينهم وعدم اتفاقهم على القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق على إجراءات العملية التحكيمية.

الفرض الثاني: إذا قام الأطراف باللجوء إلى نظام التحكيم المؤسسي وذلك بالاتفاق فيما بينهم على عرض النزاع، لإحدى مراكز أو هيئات التحكيم الإلكترونية التي تتولي مباشرة العملية التحكيمية، لحسم النزاع القائم بين الأطراف وفقا للقواعد الإجرائية، الواردة بلوائحها الداخلية دون أن يكون لإرادة الأطراف دور في اختيار القواعد الإجرائية⁽¹³⁴³⁾.

2- القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني

نشير في البداية إلى أنه لا يوجد اختلاف بين التحكيم التقليدي والتحكيم الإلكتروني فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق، على موضوع النزاع كون أن المبدأ الأساسي، الذي يقوم عليه النظامان هو مبدأ سلطان الإرادة، ومن ثم فإن للأطراف مطلق الحرية في اختيار هذا القانون⁽¹³⁴⁴⁾، ويسري ذلك على جميع العقود سواء كانت عقود دولية أو وطنية وأن عقود التجارة الإلكترونية لا تخرج عن هذا المبدأ، ويرجع ذلك إلى أن شبكة الإنترنت لا يقتصر دورها على عملية الربط بين الأطراف، بل أنه من خلالها يعبر كل طرف عن إرادته وبالتالي يتم من خلالها الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على تلك العقود الإلكترونية.

قد ذهبت إلى ذلك قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس (CCI) الصادرة في يناير عام 1998 حيث نصت على أنه "للأطراف حرية الاتفاق على القواعد الواجب

⁽¹³⁴³⁾ LUZI Olivia, op cit, p.76.

⁽¹³⁴⁴⁾ للأطراف الحق في تعيين أو تحديد القانون الذي يحكم منازعاتهم الناشئة عن العقد طالما أن ذلك لا يتعارض مع النظام العام في دولة تنفيذ الحكم التحكيمي، وبالتالي سيكون هذا القانون هو الذي يحكم موضوع المنازعة التي تعرض على التحكيم وذلك كونهم هم الأقدر على تصور وضع ما يلائمهم من حلول قد لا تكون موجودة في قانون معين، وتؤسس هذه الحرية في الواقع على الأصل الاتفاقي للتحكيم والذي يميزه عن القضاء.

على هيئة التحكيم تطبيقها على موضوع النزاع، فإذا لم يتفقوا على ذلك طبقت هيئة التحكيم القواعد التي تراها ملائمة⁽¹³⁴⁵⁾.

ويتضح من ذلك أن تحديد القانون الواجب التطبيق يتم أساسا بواسطة إرادة الأطراف وذلك باختيارهم لهذا القانون الموضوعي، إلا أنه يمكن أن لا يقوم الأطراف بالاتفاق على تحديد هذا القانون الموضوعي، وهذا يعني أنهم اتفقوا فيما بينهم على تفويض مركز أو هيئة التحكيم الإلكتروني، في تحديد القانون الوطني الذي توجد بينه وبين النزاع أو العقد صلة وثيقة⁽¹³⁴⁶⁾، كما يمكن لهيئة التحكيم أن تأخذ في الاعتبار عند تحديد هذا القانون العادات والأعراف السائدة في مجال التجارة الإلكترونية⁽¹³⁴⁷⁾.

نجد أن هيئات التحكيم الإلكتروني قد نصت في لوائحها الداخلية على قيامها بتحديد القانون الواجب التطبيق، على موضوع النزاع مع الأخذ في الاعتبار ملائمة هذا القانون لموضوع النزاع، ونذكر منها على سبيل المثال ما ذهبت إليه محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس (CCI)، حيث قررت بأنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق فإن هيئة التحكيم تقوم بتحديد مع مراعاة أن يكون الأكثر ارتباطا واتصالا بموضوع النزاع⁽¹³⁴⁸⁾.

يجب عدم الإغفال أنه سواء اختار الأطراف القانون الواجب التطبيق أو اختاره المحكم فيجب ألا يتعارض ذلك مع قواعد النظام العام⁽¹³⁴⁹⁾، ولقد تضمنت اتفاقية نيويورك

⁽¹³⁴⁵⁾ Article 17-1 du Règlement d'arbitrage de la CCI: « 1. Les parties sont libres de choisir les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige. À défaut de choix par les parties des règles de droit applicable, l'arbitre appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées ». La même solution est consacrée par la convention de Genève article (VII) et par la loi type de la C.N.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international (article 28).

⁽¹³⁴⁶⁾ محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 114، فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 754.

⁽¹³⁴⁷⁾ أشرف وفا محمد، مرجع سابق، ص 256.

⁽¹³⁴⁸⁾ HUET Jérôme et VALMACHINO Stefania, op cit, p.18.

⁽¹³⁴⁹⁾ LUZI Olivia, op cit, p.76.

المتعلقة بالاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها الصادرة عام 1958 هذا الحكم، حيث نصت في المادة 2/5 على أن الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه، يمكن أن يكون مرفوضا إذا كان ذلك الحكم مخالفا للنظام العام في البلد الذي يتم التمسك فيه بالحكم⁽¹³⁵⁰⁾.

الفرع الثاني

الإجراءات المتبعة أمام هيئة التحكيم الإلكتروني

تتم إجراءات التحكيم بطريقة إلكترونية على موقع هيئات أو مراكز التحكيم الإلكترونية، التي قامت بإعداد مشروعات لفض منازعات التجارة الإلكترونية على شبكة الإنترنت، وتشمل تلك الإجراءات كيفية تقديم طلب التحكيم الإلكتروني، وتبادل المستندات بطريقة إلكترونية، وكذلك كيفية اجتماع الأطراف مع هيئة التحكيم الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، وعندما يتفق الأطراف على اللجوء للتحكيم لتسوية ما قد يثور بينهم من منازعات، فإنهم يختارون وفقا لاتفاق التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها أمام هيئة التحكيم الإلكتروني.

تختلف طريقة اختيار الإجراءات الواجب إتباعها في نظام التحكيم الخاص (الحر) (Ad Hoc) عن نظام التحكيم المؤسسي (المنظم)، ويقوم الأطراف في نظام التحكيم الحر بتحديد الإجراءات المتبعة، أمام هيئة التحكيم حيث تكون إرادتهم مطلقة في تحديد هذه الإجراءات دون قيد أو شرط⁽¹³⁵¹⁾، أما في النظام المؤسسي فإن إرادة الأطراف تقف عند حد الاتفاق على إحالة النزاع القائم بينهم، إلى إحدى هيئات التحكيم المؤسسي الدائمة⁽¹³⁵²⁾ وهذه

⁽¹³⁵⁰⁾ أنظر المادة 2/5 من إتفاقية نيويورك الموقعة سنة 1958 والخاصة بتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية والاعتراف بها. ونصوص الاتفاقية متاحة على الموقع:

www.aladalacenter.com/...omla/extensions/130-1958

⁽¹³⁵¹⁾ مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات "حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري"، مرجع سابق، ص 50.

⁽¹³⁵²⁾ مثال التحكيم المؤسسي نذكر تحكيم غرفة التجارة الدولية في باريس (CCI)، وهيئة التحكيم الأمريكية (AAA)، والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (LCIA)، ومحكمة التحكيم الدائمة في لاهاي، ومنظمة الملكية الفكرية العالمية في جنيف (WIPO).

الهيئات في الغالب، يكون لها لوائحها التي تحدد وتنظم الإجراءات المتبعة خلال سير العملية التحكيمية أمامها⁽¹³⁵³⁾.

وعليه فإن إجراءات التحكيم المتبعة أمام هيئات التحكيم الإلكترونية يتم تحديدها إما بإرادة الأفراد المنفردة، أو بواسطة إحدى هيئات التحكيم الإلكترونية، والتي يقوم الأطراف بالاتفاق على اللجوء إليها، وهذه الإجراءات تمر بعدد من المراحل حتى صدور الحكم.

أولاً- طلب اللجوء للتحكيم الإلكتروني

يقدم طلب التحكيم باعتباره أول إجراء من إجراءات العملية التحكيمية إلى هيئة التحكيم الإلكترونية، ويتم ذلك وفقاً للقواعد واللوائح المنصوص عليها في كل هيئة التي تتولى تحديد كيفية تقديم البيانات المطلوب توافرها فيه.

يتعين على الأطراف التوجه إلى الموقع الخاص بالهيئة أو المركز التحكيمي المبين على شبكة الإنترنت، فيظهر على الشبكة نموذج لطلب التحكيم الإلكتروني المعد سلفاً من هذه الهيئة⁽¹³⁵⁴⁾، فيقوم المدعي بملء هذا الطلب، وفق البيانات التي تحددها تلك الهيئة وبوجهه إلى السكرتارية أو الأمانة العامة الخاصة بهذه الهيئة، التي تتولى بدورها إعلان المدعى عليه بهذا الطلب حتى تبدأ إجراءات التحكيم الإلكتروني.

هذا المبدأ أخذت به القوانين الدولية كما انتهجته العديد من التشريعات المعاصرة فنجد، مثلاً نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية تنص في المادة 2/3 من هذا النظام على تحديد طرق، لإبلاغ الإخطارات والمراسلات الموجهة من الأمانة العامة، ومحكمة التحكيم إلى طرف من الأطراف، أو من يمثله إلى آخر عنوان أدلى به الطرف المذكور، ويتم إجراؤه

⁽¹³⁵³⁾ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني (الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات - الوساطة والتوفيق - التحكيم - المفاوضات المباشرة)، مرجع سابق، ص 68.

⁽¹³⁵⁴⁾ محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 124.

بالبريد أو الفاكس أو التلكس أو توجيه ببرقية أو بأي وسيلة أخرى من وسائل الاتصال⁽¹³⁵⁵⁾.

يتضح أن الغرفة عند إضافتها لعبارة "بأي وسيلة أخرى من وسائل الاتصال" تركت الباب مفتوحاً، أمام طرق أخرى غير التي ذكرتها، وبالتالي يمكن طبقاً لهذا النص إرسال طلب التحكيم بطريقة إلكترونية.

لم نجد في ق إ م و، أي نص يقضي بصفة صريحة على إمكانية إرسال طلب التحكيم بطريقة إلكترونية، غير أنه يمكن أن نستنتج ذلك بصفة ضمنية فيما ورد في المادة 2/1040 من ق إ م و التي تنص على أنه "يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة". نفهم من ذلك أن اتفاق التحكيم يمكن أن يقع بطريقة إلكترونية، وهذا ما نستشفه من العبارة المذكورة في نص المادة أعلاه "بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة"، فلا يوجد أي مانع من أن يكون إرسال طلب التحكيم إلكترونياً، مادامت الوسيلة المستخدمة تقدم دليلاً كتابياً يفيد الإرسال.

نجد أن طلب التحكيم الإلكتروني له أهمية كبيرة في العملية التحكيمية الإلكترونية وتتمثل تلك الأهمية، في أن غالبية الهيئات التحكيمية الإلكترونية، وكذلك القوانين الدولية والوطنية، قد ذهبت إلى أن إجراءات العملية التحكيمية، تبدأ من تاريخ تلقي هيئة التحكيم طلب التحكيم وفي ذلك الحين تبدأ جلسات الهيئة التحكيمية في الانعقاد.

⁽¹³⁵⁵⁾ Article 3/2 du Règlement d'arbitrage de la CCI « Tout les notification ou communication du secrétariat et du tribunal arbitral sont faites à la dernière adresse de la partie qui en est le destinataire ou de l'autre partie le cas échéant. La notification ou la communication peut être effectuée par remise contre-reçu, lettre recommandée, courrier, télécopie, télex, télégramme ou par tout autre moyen de télécommunication permettant de fournir une preuve de l'envoi. »

1- جلسات التحكيم الإلكتروني

يتطلب للفصل في المنازعات المعروضة سواء على القضاء العادي وعلى هيئات التحكيم الإلكترونية، عقد جلسات للأطراف بهدف إبداء كل طرف من الأطراف دفاعه وأدلته، وذلك احتراماً لمبدأ حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة بالدليل بين الخصوم، إلا أن نظام الجلسات أمام هيئة التحكيم الإلكترونية، لا تتقيد بالشكليات والمواعيد والقواعد التي تحكم نظام الجلسات أمام القضاء العادي⁽¹³⁵⁶⁾، وإنما يترك تحديد هذه الشكليات لهيئة التحكيم⁽¹³⁵⁷⁾، التي تقوم بوضعها وفقاً لنظامها الداخلي تسيير عليه هذه الجلسات، حيث تحدد مواعيدها وكيفية انعقادها وغيرها من القواعد الإجرائية الأخرى. وبما أن هيئات التحكيم لا تتقيد بالقواعد المطبقة أمام القضاء العادي، فيما يتعلق بانعقاد الجلسات وتكون بذلك قد خرجت عن مبدأ أساسي، يقوم عليه نظام جلسات القضاء العادي ألا وهو مبدأ علنية الجلسات، كون أن ما يميز نظام التحكيم الإلكتروني هو سرية جلسات التحكيم، وعند حديثنا عن سرية الجلسات التي تعقدها هيئات التحكيم الإلكتروني، بطريقة إلكترونية عبر شبكة الإنترنت يتبادر إلى أذهاننا البحث عن كيفية ضمان هذه السرية، في ظل هذه الشبكة المفتوحة على العالم والعلن.

تعقد الجلسات بين هيئة التحكيم والأطراف بطريقة سمعية بصرية، وذلك بوسيلة (Conférence Video)⁽¹³⁵⁸⁾ التي تتم عبر شبكة الإنترنت، في شكل محادثة إلكترونية دون أن يكون ثمة تقابل مادي بين الأطراف⁽¹³⁵⁹⁾، ويتم عقد هذه الجلسات عن طريق قيام الهيئات التحكيمية الإلكترونية، بإنشاء موقع الدعوى على شبكة الإنترنت، (Le site de l'affaire) ومن خلال هذا الموقع يقوم الأطراف بتقديم دفعوهم ومستنداتهم كما يمكن لكل

(1356) أميرة حسن الرافعي، مرجع سابق، ص 493.

(1357) محمد مأمون سليمان، مرجع سابق، ص 349.

(1358) HUET Jérôme et VALMACHINO Stefania, op cit, p 22.

(1359) إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، مرجع سابق، ص 382.

طرف الإطلاع على جميع ما يقدمه الطرف الآخر من خلال وجوده على هذا الموقع، وحفاظا على سرية الجلسات لا يكون الدخول إلى هذا الموقع متاحا، إلا بالنسبة للأطراف والسكرتارية التابعة لهيئة التحكيم وذلك بموجب أرقام سرية⁽¹³⁶⁰⁾.

2- تبادل الوثائق الإلكترونية

تسمح هيئات التحكيم الإلكترونية بتبادل الوثائق والمحركات الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، وذلك عن طريق إدخالها على الموقع الإلكتروني الخاص بالنزاع بواسطة الطرف الذي يريد تقديمها لهيئة التحكيم الإلكتروني⁽¹³⁶¹⁾، ومن بين هذه الهيئات التي تجيز تبادل المستندات عبر شبكة الإنترنت، نجد قواعد محكمة التحكيم الإلكترونية التابعة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (OMPI)، التي نصت على إمكانية نقل الوثائق إلكترونيا باستثناء الوثائق الأصلية التي ترسل بالبريد المستعجل، وهكذا فإن تبادل المستندات والوثائق والمحركات الإلكترونية، سواء بين الأطراف أو بينهم وبين هيئة التحكيم الإلكترونية يتم بطريقة إلكترونية، عبر وسائل الاتصال الحديثة دون حاجة إلى انتقال الأطراف ماديا من أجل تبادلها أو الإطلاع عليها⁽¹³⁶²⁾.

قررت المحكمة الفضائية (Cyber Tribunal) في لوائحها الداخلية بأنه يجب على هيئة التحكيم الإلكترونية، المحافظة على سرية المعلومات الخاصة بالمنازعات التي تتم من خلال هذه المحكمة، وذلك عن طريق تزود الأطراف المعنية بالنزاع، بالرقم السري للسماح لهم بالدخول إلى موقع الويب الخاص بمحكمة التحكيم التي تنتظر في النزاع⁽¹³⁶³⁾.

(1360) سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص 136.

(1361) أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 110-111.

(1362) محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 125.

(1363) محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 513.

نرى أن استعمال هيئات التحكيم للأرقام السرية والتشفير وغيرها من الوسائل الأخرى، كضمانات تقنية للمحافظة على سرية جلسات التحكيم وما يتداول خلالها من معلومات ووثائق، مما يمنح الأمان والثقة لأطراف عملية التحكيم الإلكتروني.

ثانياً: حكم التحكيم الإلكتروني

يمثل حكم التحكيم الإلكتروني الأحكام القضائية من حيث كيفية الوصول لهذا الحكم وذلك من خلال إجراء المداولة، بين أعضاء هيئة التحكيم والتصويت على ما توصلوا إليه من آراء، وصياغته في قالب مكتوب وإمهاره بتوقيعهم، ومن ثم فإن مفهوم حكم التحكيم الإلكتروني لا يختلف عن نظيره التقليدي⁽¹³⁶⁴⁾، إلا من حيث الوسيلة التي يتم بها مباشرة إجراءات الوصول إليه لاستخدامه الوسائل الإلكترونية، بدءاً بإجراءات المداولة حتى نهايته بإعلان الحكم للخصوم.

1- كيفية صدور حكم التحكيم الإلكتروني

تقوم هيئة التحكيم الإلكترونية عقب الانتهاء من العملية التحكيمية وانتهاء جلساتها بقفل باب المرافعة، وإحالة القضية إلى الدراسة والتوصل بعد ذلك للحكم الفاصل في النزاع، ونجد أن هيئة التحكيم الإلكترونية، قد تتشكل من محكم واحد أو عدد من المحكمين وذلك وفقاً لاتفاق الأطراف أو قواعد التحكيم لدى هيئات التحكيم، وبالتالي يتم إحالة النزاع للمداولة إذا كانت هيئة التحكيم تتشكل من عدة محكمين، ولا حاجة للحديث عن المداولة إذا كانت هيئة التحكيم تتشكل من محكم واحد⁽¹³⁶⁵⁾.

(1364) إبراهيم إسماعيل إبراهيم، "فعالية قرار التحكيم الإلكتروني (دراسة مقارنة)"، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 21 العدد 2، جامعة بابل العراقية، 2013، ص 358.
(1365) صفوان حمزة إبراهيم عيسى، مرجع سابق، ص 416.

ولم تشترط القوانين الوطنية والدولية طريقة أو وسيلة معينة لإجراء المداولة السابقة على إصدار الحكم، ويفهم بمفهوم المخالفة أنها لا تمنع من إجراء تلك المداولة عبر وسائل الاتصال الحديثة⁽¹³⁶⁶⁾، هذا ما ذهبت إليه قواعد نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، حيث نصت على أنه "يجوز لهيئة التحكيم المداولة في أي مكان تراه مناسباً"⁽¹³⁶⁷⁾. مع ذلك تشترط القوانين الوطنية والدولية أن تتم المداولة في سرية تامة⁽¹³⁶⁸⁾.

أقر المشرع الجزائري صراحة في ق إ م و إ، سرية المداولة السابقة لإصدار حكم التحكيم حيث نص في المادة 1025 على أنه "تكون مداولات المحكمين سرية". وهذا يعني أنه يتعين على هيئة التحكيم، ألا تصدر أرائها المختلفة أثناء هذه المداولة علناً، ويرجع ذلك لكون هذه السرية ضماناً ضرورياً وأساسياً، في إصدار واتخاذ حكم التحكيم وأن من شأن مخالفة سرية المداولة سيؤدي إلى بطلان حكم التحكيم.

2- صدور الحكم مكتوباً وموقعاً إلكترونياً من المحكمين

يتم نظام التحكيم الإلكتروني - كما رأينا - بطريقة إلكترونية عبر شبكة الإنترنت وبالتالي، فإن حكم التحكيم باعتباره جزء لا يتجزأ من هذا النظام، يتم أيضاً بذات الطريقة سواء من حيث كتابة الحكم أو توقيعه أو تبليغه كذلك للأطراف.

أ- كتابة حكم التحكيم الإلكتروني

يواجه كتابة حكم التحكيم الإلكتروني عدة صعوبات تتمثل أساساً في مدى حجية هذا الحكم، والاعتراف به من قبل التشريعات الوطنية حال تنفيذه، خاصة وأن بعض الدول

⁽¹³⁶⁶⁾ محمد مأمون سليمان، مرجع سابق، ص 496.

⁽¹³⁶⁷⁾ Article 14-3 du Règlement d'arbitrage de la CCI « Le tribunal arbitral peut délibérer en tout endroit qu'il considère opportun. »

⁽¹³⁶⁸⁾ محمد مأمون سليمان، مرجع سابق، ص 497.

تشتط في حكم التحكيم، الذي ينفذ على ترابها أن يكون مكتوبا من المحكمين على دعامة ورقية بمعنى أنها لا تعترف بالكتابة الإلكترونية لحكم التحكيم⁽¹³⁶⁹⁾.

هذه الصعوبات التي تتعلق بكتابة حكم التحكيم الإلكتروني من قبل المحكمين ومدى حجيته، يمكن التغلب عليها وذلك من خلال الاعتراف بالمستخرجات والمحركات الإلكترونية التي تتضمن هذا الحكم.

نجد أن غالبية القوانين الوطنية قد اعترفت بالمحركات الإلكترونية وأعطت لها ذات الحجية، التي كانت للمحركات التقليدية⁽¹³⁷⁰⁾، وبالتالي فإنها أقرت كتابة حكم التحكيم إلكترونيا⁽¹³⁷¹⁾، ومن بين هذه القوانين نجد المشرع الجزائري الذي اشترط أولا في ق إ م و إ كتابة حكم التحكيم، حيث ذكر في نص المادة 1027 على أنه يجب أن يتضمن أحكام التحكيم عرضا موجزا للوقائع، وأوجه دفاع الأطراف مع إلزام تسبيب الحكم، ثم تلاها بنص المادة 1028 التي أنت بمجموعة من البيانات التي يجب أن يتضمنها حكم التحكيم.

كما اعترف المشرع الجزائري في نص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني بالمحركات الإلكترونية، ومنحها حجية المحركات العرفية بشكلها التقليدي بالإضافة إلى ذلك أقر في قانون 04/15 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين بحجية التوقيع الإلكتروني الذي يمكن تذييله على المحرر الإلكتروني، وبالتالي فإن المشرع الجزائري قد اشترط كتابة حكم التحكيم واعترف أيضا بالكتابة الإلكترونية، وهكذا يمكن أن نقول دون تردد أنه قد اعترف بالكتابة الإلكترونية لحكم التحكيم الإلكتروني، وهذا يكون انعكاسا ومسايرة للتطور المستمر والمذهل في عالم تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.

(1369) تستلزم بعض النصوص صراحة أن يكون حكم التحكيم مكتوبا ومن مثلا : المادة 2/1057 من قانون المرافعات الهولندي، والمادة 1701 من القانون البلجيكي، والمادة 17 من قانون التحكيم السويدي، والمادة 1/43 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994. أنظر حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص 60.

(1370) راجع الصفحة 318 من هذه الرسالة.

(1371) إبراهيم إسماعيل إبراهيم، مرجع سابق، ص 361.

ب- التوقيع على حكم التحكيم الإلكتروني

يتولى أعضاء هيئة التحكيم عقب الانتهاء من كتابة الحكم بالتوقيع عليه ويعتبر هذا التوقيع شرطا أساسا في حكم التحكيم، وذلك أنه يؤكد أن هذا الحكم منسوب لهؤلاء الأعضاء، الذين قاموا بإصداره وأنهم وافقوا على ما هو مكتوب أعلا التوقيع، كما يعد التوقيع على الحكم شرط أساسي لتنفيذ حكم التحكيم في أي من الدول المراد التنفيذ بها، وإذا ما أغفله أعضاء هيئة التحكيم فإنه يترتب على ذلك بطلان حكم التحكيم.

إذا كان من السهل التوقيع على حكم التحكيم العادي بخط اليد، فإن ذلك غير متيسر في التحكيم الإلكتروني، لذا اقترح البعض لإيجاد حل لمشكلة توقيع المحكمين بخط اليد وذلك بإرسال، نسخة مطبوعة من الحكم إلى أعضاء لجنة التحكيم لتوقيعها، إلا أن هذا الحل لا يمكن قبوله لأنه يخرج عن الإطار الإلكتروني الذي يجرى فيه التحكيم⁽¹³⁷²⁾. ونجد أن الحل الأمثل هو ما قرره لجنة الأمم المتحدة، التي أصدرت العديد من القوانين الدولية التي تؤكد أنه يجوز لهيئة التحكيم الإلكترونية، أن توقع على حكم التحكيم توقيعاً إلكترونياً ومنها مثلاً القانون النموذجي لليونسيتال للتجارة الإلكترونية، الذي أقرت في نص المادة 7 صحة التوقيع الإلكتروني، المستخدم كطريقة لتعيين هوية الموقع والتدليل على موافقته على المعلومات الواردة في رسالة البيانات.⁽¹³⁷³⁾

وقد اشترطت القوانين الوطنية توقيع هيئة التحكيم على حكم التحكيم الصادر عنها، ومن بين هذه القوانين ما أتى به التشريع الجزائري، الذي نص في المادة 1029 ق إ م إ على أنه "توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك، ويترتب أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين".

(1372) فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 761.

(1373) أنظر المادة 7 من قانون الأنستراال النموذجي.

رغم أن المشرع الجزائري لم يورد أي نص يلزم فيه تذييل حكم التحكيم الإلكتروني، بالتوقيع الإلكتروني إلا أنه اعترف بمثل هذا التوقيع في أكثر من موضع، ومنه لا يوجد ما يمنع تضمين حكم التحكيم بالتوقيع الإلكتروني.

ج- الإخطار بالحكم التحكيمي

بعد صدور حكم التحكيم الإلكتروني والتوقيع عليه يجب على هيئة التحكيم الإلكتروني تبليغه للأطراف، ويمكن أن يتم ذلك التبليغ من خلال نشر حكم التحكيم بموقع الهيئة على شبكة الإنترنت، بشرط ألا يؤثر على سرية التحكيم⁽¹³⁷⁴⁾، ولكي يتحقق ذلك فإنه يجب على هيئة التحكيم الإلكترونية، التي قامت بإصدار الحكم أن تقوم بوضعه على الموقع الإلكتروني، وإرساله للأطراف بطريقة مشفرة حتى لا يسمح لغيرهم من الإطلاع عليه وذلك ضمانا لسرية التحكيم.

نرى أن نشر حكم التحكيم الإلكتروني على شبكة الإنترنت لا يكفي لاستيفاء شروط قوانين التحكيم، التي تتطلب إخطار الحكم التحكيمي إلى الأطراف، الأمر الذي يقتضي إضافة لنشر الحكم على الشبكة، إرسال بريد إلكتروني آمن مع رسالة لعلم الوصول⁽¹³⁷⁵⁾.

أشارت لائحة المحكمة الإلكترونية في قواعدها الداخلية، التي نصت في المادة 4/25 على أنه " تتولى السكرتارية نشر الحكم على موقع القضية، وتبليغه للأطراف بكل وسيلة ممكنة"⁽¹³⁷⁶⁾. الواضح أن هذه المادة جاءت عامة لم تبين كيف يحدث الإخطار وهذا ما نفهمه من عبارة "بكل وسيلة ممكنة"، والراجح هو أن يتم الإخطار عن طريق البريد الإلكتروني بإرسال وثيقة إلكترونية مشفرة مع إشعار بالتسليم.

(1374) إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، مرجع سابق، ص 389.

(1375) محمد مأمون سليمان، مرجع سابق، ص 584.

(1376) نقلا عن سامي عبد الباقي أو صالح، مرجع سابق، ص 156.

وتجدر الملاحظة إلى أن، الإخطار بالحكم الصادر عن هيئة التحكيم الإلكتروني أهمية خاصة، ويقوم بدور هام في تحديد سريان بعض المدد مثل تصحيح الأخطاء المادية والحسابية، أو تفسير الغموض الذي يقع فيها أو النظر في الطعن في الحكم.

الفرع الثالث

تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني

لن تكون لحكم التحكيم قيمة قانونية أو عملية إذا ظل مجرد عبارات مكتوبة غير قابلة للتنفيذ، فتنفيذ حكم التحكيم يمثل أساس ومحور نظام التحكيم نفسه وبه يحصل كل طرف من أطراف النزاع على حقه، ومن المفترض أن يتم تنفيذ حكم التحكيم طوعية وبطرق ودية من قبل المحكوم عليه، وفي حالة تقاعسه عن التنفيذ يكون للمحكوم له أن يلجأ إلى القضاء العادي المختص، في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها للحصول على أمر تنفيذ الحكم التحكيمي⁽¹³⁷⁷⁾، والذي من خلاله يمكن إجبار المحكوم عليه على التنفيذ، لكن قبل البدء في عملية التنفيذ لحكم التحكيم الإلكتروني، يجب القيام بمجموعة من العمليات القانونية التي من خلالها يتم الحصول على أمر التنفيذ، وكذا تحديد قانون البلد الذي صدر فيه الحكم التحكيمي (مكان التنفيذ).

أولاً: استصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني

يتعين على من صدر حكم التحكيم الإلكتروني لصالحه أن يستصدر أمراً بتنفيذه من المحكمة المختصة في البلد المراد تنفيذه فيه، ولن يتسنى الحصول على هذا الأمر إلا بعد توافر بعض الشروط، المتمثلة أساساً في تقديم المستندات المطلوبة أو وثائق التنفيذ (أوراق التنفيذ)، وقد أوردت اتفاقية نيويورك مجموعة من الشروط لتنفيذ أحكام التحكيم

(1377) راجع المادة 605 من ق إ م أ.

الأجنبية⁽¹³⁷⁸⁾، أولها شروط شكلية جاءت في المادة 4 من الاتفاقية، والتي تتمثل في إرفاق طلب التنفيذ بأصل الحكم أو صورة طبق الأصل منه وأصل اتفاق التحكيم، وإذا كانت إحدى هاتين الوثيقتين محررة بلغة غير لغة الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها، يجب ترجمة رسمية معتمدة لها⁽¹³⁷⁹⁾، وثانيا شروط موضوعية، تتمثل في عدم توفر أوجه البطلان المشار إليها في المادة 5 من الاتفاقية⁽¹³⁸⁰⁾.

أما عن المشرع الجزائري فقد نظم مسألة الاعتراف بتنفيذ الحكم التحكيمي في القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أين خصص لها قسما خاصا جاءت تحت عنوان "في الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها الجبري وطرق الطعن فيها"، مسائرا في ذلك التشريعات المقارنة وتأكيدا لإحكام اتفاقية نيويورك التي انضمت إليها الجزائر.

وعليه يتم تقديم طلب التنفيذ من طرف المعني إلى رئيس المحكمة التي يمتد اختصاصها إلى المكان، الذي صدر فيه الحكم التحكيمي إذا صدر الحكم في الجزائر أما

(1378) خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ص 431-432.

(1379) أنظر المادة 4 من اتفاقية نيويورك.

(1380) تنص المادة 5 من اتفاقية نيويورك على أنه " 1- لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على :
أ- أن أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

ب- أن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن إعلانا صحيحا بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه.

ج- أن الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشاركة التحكيم أو في عقد التحكيم أو تجاوز حدودهما فيما قضى به. ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلا للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم الغير متفق على حلها بهذا الطريق.

د- أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق.

هـ- أن الحكم لم يصبح ملزم للخصوم أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونها صدر الحكم.
2- يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها :

أ- أن قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم أو

ب- أن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد".

إذا صدر خارج التراب الجزائري، فيعود اختصاص إصدار الأمر بالتنفيذ لرئيس محكمة الجهة التي يطلب فيها التنفيذ⁽¹³⁸¹⁾. وحتى يعتبر الحكم التحكيمي الصادر في الجزائر أو خارجها قابلاً للتنفيذ فيها فإنه يخضع لنفس الشروط المذكورة في اتفاقية نيويورك، بدليل نص المادة 1051 من ق إ م و إ التي جاء فيها "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية في الجزائر، إذا ثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي".

ولإثبات وجود حكم التحكيم ألزمت المادة 1052 من ق إ م و إ تقديم أصل الحكم واتفاق التحكيم، فإذا لم يتمكن المنفذ من الحصول على الوثائق الأصلية، يمكن له تقديم النسخ المصادق عليها أو النسخ التي تمت ترجمتها، إلى بلد التنفيذ بشرط أن تصدر عن مترجم رسمي⁽¹³⁸²⁾، وهذا ما أكدته كذلك اتفاقية نيويورك في المادة 2/4.

وضعت المادة 1/1051 ق إ م و إ شرطاً قانونياً يتمثل في عدم مخالفة التحكيم للنظام العام الدولي، ويظهر من خلال هذه المادة أن دور القاضي يقتصر على فحص ومراقبة الحكم التحكيمي، من عدم مخالفته للنظام العام الدولي ولا يمتد إلى مراجعة الحكم التحكيمي، وهو نفس الحكم الذي أخذه في نص المادتين 605 و 606 فيما يخص تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية الأجنبية.

بتوافر هذه الشروط مجتمعة تصدر المحكمة المختصة الأمر بالتنفيذ وهو إجراء يصدر من القاضي المختص، ويأمر بمقتضاه إعطاء القوة التنفيذية للحكم التحكيمي، وإذا كانت شروط طلب تنفيذ الحكم التحكيمي التقليدي، لا يثير أية صعوبات فالأمر ليس على نفس المنوال في مجال التحكيم الإلكتروني، وذلك لسببين أولهما أن المعلوماتية لا تميز بين

⁽¹³⁸¹⁾ راجع المادة 1035 من ق إ م و إ.

⁽¹³⁸²⁾ تنص المادة 2/8 من ق إ م و إ على أنه " يجب أن تقدم الوثائق والمستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة، تحت طائلة عدم القبول".

الأصل والصورة، وثانيهما وجود بعض الصعوبات تتعلق بالتصديق على الوثائق الإلكترونية.

في هذا الصدد نجد أن اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام 2005، قد قدمت حلاً لمشكلة تقديم صورة مطابقة لأصل الوثيقة الإلكترونية⁽¹³⁸³⁾، حيث نصت في المادة 20 على أنه "حيثما تستخدم وسائل البيانات في تكوين عقد لا يجوز إنكار صحة ذلك العقد، أو نفاذه لمجرد استخدام وسائل بيانات لهذا الغرض". وقد أكدت الاتفاقية ذلك مرة أخرى في نص المادة 2/9 التي تنص على أنه "حيثما يشترط القانون أن يكون الخطاب أو العقد كتابياً، أن ينص على عواقب لعدم وجود كتابة يعتبر ذلك الاشتراط قد استوفى بالخطابات الإلكترونية، إذا كان الوصول إلى المعلومات الواردة فيه متيسراً على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقاً"⁽¹³⁸⁴⁾. ويتجلى من هذه النصوص أنه لا يوجد فرق، بين معلومات مكتوبة على الورق ومعلومات تم إرسالها في شكل رسالة بيانات، إذ تبقى هذه الأخيرة صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية وتكون قابلة للتنفيذ.

تجدر الإشارة إلى أهم ما جاء في هذه الاتفاقية، وهو الاعتراف بالخطابات الإلكترونية المتبادلة في العقود الدولية، والتي تخضع لاتفاقيات ومعاهدات دولية حددتها في الفقرة 1 من المادة 20 ومنها، اتفاقية نيويورك للاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لعام 1958 وبذلك جنبنا هذه الاتفاقية عدم النص على الكتابة الإلكترونية في هذه الاتفاقية⁽¹³⁸⁵⁾.

(1383) صفوان حمزة إبراهيم عيسى، مرجع سابق، ص 423.

(1384) خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 288.

(1385) المرجع نفسه، ص 288.

يظهر مما سبق، أن الأمر ليس بهذه الصعوبة مادام أن العديد من التشريعات الوطنية والدولية، وكذلك الاتفاقيات الدولية والهيئات التحكيمية الإلكترونية الدائمة أقرت، كتابة حكم التحكيم بطريقة إلكترونية وتبليغه بذات الطريقة ومن ثم لا تكون هناك صعوبات حال تنفيذه.

ثانيا: تحديد مكان محكمة التحكيم الإلكتروني

من الصعب تحديد مكان صدور حكم التحكيم الإلكتروني نظرا لصدوره من هيئة تحكيم لا تجتمع في دولة معينة، وإنما تجتمع عبر شبكة الإنترنت التي يفترض أن يكون المحكمين في دول مختلفة، وهذا ما يؤدي إلى عدم وجود علاقة فعلية بين حكم التحكيم الإلكتروني، ونظام قانوني لدولة معينة يتم بسط رقابتها القضائية على هذا الحكم، ونظرا لهذه الصعوبة في تحديد مكان التحكيم الإلكتروني، فقد حاول بعض الفقه توطين ذلك الحكم في إقليم دولة ما مما يسمح في تحديد جنسية الحكم، الصادر عن هيئة التحكيم من حيث ما إذا كان حكما وطنيا أو أجنبيا، وهذا الأمر له أهمية حال تنفيذه⁽¹³⁸⁶⁾.

يرى بعض الفقه أن مكان صدور حكم التحكيم الإلكتروني هو مكان المقر المادي الحقيقي، لمركز التحكيم الإلكتروني المعلن بوضوح على الموقع الإلكتروني لهذا المركز، وقد تعرض هذا الرأي للنقد على أساس أنه لا يوجد في الموقع الإلكتروني مقر مادي دائم لمركز التحكيم الإلكتروني، وحتى ولو فرض ذلك جلا فإن هذه المراكز لا تلزم المحكمين بالتواجد بالمقر المادي للمركز، عند إجراء عملية التحكيم إضافة إلى ذلك فإن الكثير من مراكز التحكيم الإلكترونية لا يوجد لها مقر مادي حقيقي⁽¹³⁸⁷⁾.

(1386) محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص ص 107-108.

(1387) سليمان أحمد محمد فضل، مرجع سابق، ص 342.

هناك بعض الفقه يعتبر أن مكان التحكيم هو المكان الذي يوجد فيه المحكم الذي يعد محور العملية التحكيمية⁽¹³⁸⁸⁾، وفي هذا المكان يتم صدور حكم التحكيم، يعاب على هذا الرأي أنه لم يبين المقصود بالمكان في هذا المقام، فيمكن أن يكون مكان موطن المحكم أو مكان تواجده أثناء نظر المنازعة، وكما يمكن أن يكون مكان تواجده عند البدء في الإجراءات أو مكان تواجده لحظة صدور الحكم⁽¹³⁸⁹⁾.

بينما يرى رأي آخر أن مكان صدور حكم التحكيم هو مكان موقع القضية على الإنترنت (Site de l'affaire en cours) حيث يتم تطبيق، قواعد التجارة الإلكترونية في هذا الشأن وأعراف التجارة الدولية ذات الطبيعة الإلكترونية، وبالنظر كذلك إلى أنه مكان محايد ليس له علاقة بالأطراف⁽¹³⁹⁰⁾. ورغم أن هذا الرأي منطقي إلى حد ما إلا أنه منتقد من طرف بعض الفقه، وذلك على أساس أن مكان الموقع الإلكتروني لا يرتبط بدولة معينة ولا يأخذ جنسيتها، التي يمكن إصباغها للحكم التحكيمي، وبالتالي لا يمكن أن يخضع لقانون أي دولة مما يصعب تنفيذه، وكما أن الموقع الإلكتروني يعتبر موقع - عنوان - عرضي يزول بمجرد انتهاء العملية التحكيمية وصدور حكم التحكيم⁽¹³⁹¹⁾.

كما أن بعض الفقه يقترح عدم تحديد مكان معين للتحكيم الإلكتروني أي أن يكون تحكيمياً طليقاً، غير مقيد بمكان معين⁽¹³⁹²⁾، الأمر الذي يجعله غير قابل للخضوع لنظم التنفيذ الوطنية، وهذا في حقيقة الأمر لا يمكن تصوره لأن صدور حكم التحكيم الإلكتروني هو في حقيقة الأمر مسألة واقعية وليست افتراضية، تسمح بتحديد القانون المطبق على التحكيم الإلكتروني والمحكمة المختصة لاستصدار أمر التنفيذ.

(1388) أميرة حسن الرافعي، مرجع سابق، ص 482.

(1389) فادي محمد عماد الدين أبو السعود توكل، مرجع سابق، ص 231، محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم

الإلكتروني، مرجع سابق، ص 111.

(1390) سليمان أحمد محمد فضل، مرجع سابق، ص 343، حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص 37.

(1391) محمد مأمون سليمان، مرجع سابق، ص 552.

(1392) محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 502.

يرى رأي آخر - وهو الرأي الذي نؤيده - بأنه يمكن التغلب على الصعوبات التي تواجه تحديد مكان صدور حكم التحكيم الإلكتروني، وذلك بقيام أطراف النزاع بتحديد هذا المكان صراحة أو ضمناً في اتفاق التحكيم، وحتى وإن أغفلا ذلك فإنه يمكن أن يتم الاتفاق على ذلك لاحقاً، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد المكان تقوم هيئة التحكيم الإلكترونية بتحديد مكان صدور حكم التحكيم، في الحكم الصادر منها مع مراعاة أن يكون هذا المكان أكثر الأماكن ملائمة لهذا الحكم⁽¹³⁹³⁾.

أخذت بهذا الرأي العديد من القوانين والاتفاقيات الدولية التي اشترطت على هيئة التحكيم، أن تحدد في حكمها هذا المكان باعتباره مكان صدور حكم التحكيم، ومن بين هذه القوانين نجد قواعد التحكيم لدى، غرفة التجارة الدولية بباريس (CCI) المعدلة والصادرة في أول يناير سنة 1998 في نص المادة 1/14⁽¹³⁹⁴⁾ حيث نصت على أنه "تحدد المحكمة مكان التحكيم إذا لم يكن الأطراف قد اتفقوا عليه".

في الأخير نشير إلى أنه، من الضروري إجراء تعديلات على الاتفاقيات الدولية، وكذا القوانين الوطنية التي تنقيد بقانون دولة مقر التحكيم، فترك الحال على ما هو عليه يمكن أن يؤدي إلى استدام حكم التحكيم الإلكتروني، ببعض القوانين الوطنية التي لا تعترف بصحة إجراءات التحكيم الإلكتروني وبالتالي يستحيل تنفيذه.

(1393) أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 111، محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 503، محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 111، حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص 546.

(1394) Article 14-1 du Règlement d'arbitrage de la CCI « La cour fixe le lieu de l'arbitrage à moins que les parties ne soient convenues de celui-ci ».

الخاتمة

وفي نهاية دراستنا لموضوع التجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري، نخلص إلى عدة نتائج وإقتراحات، نرى أنه من المفيد أن يراعيها المشرع الجزائري عند وضعه لقانون ينظم التجارة الإلكترونية في الجزائر.

1- النتائج

على الرغم من أهمية التجارة الإلكترونية والمكانة البارزة التي توصلت إليها نظرا لما تتمتع به من مميزات، بيد أنه مازالت تحيط بها بعض التحديات التي تعيق تقدمها وتطورها وانتشارها والتي تتمثل في عدم توافر التقنية الفنية والتنظيم التشريعي الكامل لها. ولهذا يتضح لنا من خلال دراستنا لموضوع النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري ما يلي:

- تعرف التجارة الإلكترونية بأنها الأعمال التجارية التي تتم بين التجار والمستهلكين أو بين بعضهم البعض، عن طريق التبادل الإلكتروني للبيانات وباستخدام وسيلة إلكترونية.

- تحقق التجارة الإلكترونية العديد من الفوائد، على المستوى الدولي والمحلي (الدولة)، والتاجر والمستهلك، وبالرغم من الفوائد العديدة التي تحققها تلك التجارة إلا أنه تحفها العديد من المخاطر القانونية والمعلوماتية.

- من أهم صور التجارة الإلكترونية الشائعة نجد تجارة إلكترونية بين الشركات (B2B) وتجارة إلكترونية بين الحكومات والمنتجين (G2B)، وتجارة إلكترونية بين الشركات والمستهلكين (B2C)، بالرغم من أن الطائفة الأخيرة تمثل من حيث القيمة الاقتصادية النسبة الأقل، فإنها قد حظيت باهتمام قانوني أكثر نظرا لعدم التعادل في الخبرة بين التاجر والمستهلك وحاجو هذا الأخير إلى الحماية القانونية.

- الإنترنت شبكة اتصال عالمية تتيح لكل مستخدم لها الاتصال بالعالم كله والحصول على ما يبتغيه، من أهداف تجارية أو علمية أو ثقافية أو فنية أو ترفيهية إلى غير ذلك من المجالات في فترة وجيزة.
- اهتم المجتمع الدولي عبر المنظمات الدولية بالتجارة الإلكترونية أسفر عن صدور القانون النموذجي للأمم المتحدة الأنسيترال في عام 1996، والذي وضع قواعد عالمية بإمكان الدول الاسترشاد بها حين تنظم قواعد التجارة الإلكترونية في قوانينها الداخلية.
- اهتمت المنظمات الإقليمية بالتجارة الإلكترونية، ومحاولة وضع قواعد لتنظيمها، مثل غرفة التجارة الدولية، والمنظمة العالمية للملكية الفكرية، ومنظمة التعاون والتنمية في المجال الاقتصادي، والاتحاد الأوروبي من خلال توجيهاته المتميزة في هذا المجال.
- اهتمت القوانين المقارنة بدورها أيضا بتنظيم التجارة الإلكترونية نظرا للتطور التكنولوجي السريع في هذا المجال والذي يجب أن يواكبه تطور تشريعي، وضرورة الاهتمام بحماية مواقع هذه التجارة الإلكترونية وأنظمتها ووسائلها من أي اعتداء عليها، ومن أمثلة هذه القوانين القانون الأمريكي والقانون الفرنسي والقانون التونسي.
- العقد الإلكتروني هو عبارة عن اتفاق يلتقي فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل.
- العقد الإلكتروني بالرغم من اتفائه مع العقد التقليدي في أغلب القواعد، إلا أنه يتميز عنها بصورة أساسية في وسيلة الإبرام ألا وهي الوسيلة الإلكترونية " الإنترنت".
- بالرغم من الخلاف الفقهي السائد حول طبيعة هذه العقود، وهل يندرج تحت طائفة عقود الإذعان أم المساومة إلا أنه في الغالب الأعم يندرج تحت طائفة عقود المساومة.

- إن عقود التجارة الإلكترونية يغلب عليها الطابع الدولي لأنه غالبا يتم بين أطراف في دول متعددة.

- تعد العقود الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت من العقود الرضائية التي يتوجب تطابق الإيجاب والقبول، لكي يتم إبرامه إبراما صحيحا دون الإدعاء بتوافر أي عيب من عيوب الإرادة، وإلا فإنه يكون عرضة للبطلان.

- يعتبر الإعلان الموجه للكافة عبر شبكة الإنترنت إيجابا صادرا من شخص يرغب بالتعاقد، وما على الجمهور إلا القيام بالتعاقد مع صاحب الإعلان، بعد الإطلاع على شروط المرفقة به، والبحث في مدى مطابقتها له فإذا رغب بالتعاقد فإنه يتوجب على العميل القيام بالنقر على خانة القبول التي تظهر في شاشة الحاسوب، يتم الإطلاع على شروط التعاقد، وكذلك القيام بإعلام الملتزم عن المواصفات التي يرغب توافرها بالمحل فإذا حصل تطابق وتوافق في الإرادتين، فإن العقد يكون قد أبرم ويكون ملزما لأطرافه، ويعد التعاقد عبر الإنترنت تعاقدًا صحيحا كالتعاقد التقليدي الذي يتم بتواجد طرفي العقد في مجلس العقد.

- يتبين من خلال هذه الدراسة أن تبادل الرضى يتم عبر شبكة الإنترنت عن طريق الإيجاب والقبول، فالإيجاب الإلكتروني لا يختلف عن الإيجاب التقليدي في المضمون، إنما يختلف عنه في الوسيلة التي يتم من خلالها، وكذلك الحال في القبول الإلكتروني الذي غالبا ما يأتي على شكل تسليم ببنود موضوعة مسبقا ضمن إطار محدد.

- أما بشأن القبول أهم الإشكالات التي أثارها الفقه حول مدى إمكانية التأكيد من وصول القبول من عدمه إلى الموجب من خلال فكرة التأكد اللاحق، والذي يقصد به عدم الإكتفاء بقبول القابل، وإنما يشترط فوق ذلك ورود تأكيد من المهني للمستهلك حول مضمون العقد أو عند تنفيذ العقد أو عند تسليم العقد وذلك خلال مدة معقولة.

- تثير مشكلة الأهلية عبر شبكة الإنترنت صعوبة إثباتها، فضلا عن إختلاف التشريعات بشأن أهلية الأداء ومن تطبيقات هذه المشكلة، ما يقوم به بعض القصر أو ناقصو الأهلية من استخدام البطاقات المصرفية لذويهم، في إجراء عمليات البيع والشراء عبر الإنترنت الأمر الذي يترتب عليه النزاع حول صحة العقد أو قابليته للإبطال.

- تتميز عقود التجارة الإلكترونية عن العقود التقليدية بأنه يمكن أن يبرم وينفذ عبر الإنترنت دون حاجة إلى الوجود المادي الخارجي، هذا بالإضافة إلى إحلال وسائل الدفع الإلكترونية محل النقود العادية في ظل التطور التكنولوجي، وازدياد التعامل بأسلوب التجارة الإلكترونية لسداد المدفوعات في مثل هذه المعاملات، وتتضمن وسائل الدفع الإلكترونية المستخدمة عدة طرق، منها البطاقات البنكية، والأوراق التجارية الإلكترونية، والنقود الإلكترونية.

- حرصت التشريعات على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي على منح الحماية اللازمة والكافية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، وإن كان هناك إختلاف في النطاق الذي تسري عليه هذه الحماية، ما بين اتجاه يضيق من المستهلك، آخر يرى التوسع في هذا المفهوم لبسط الحماية على المزيد من المستهلكين المهنيين خارج نطاق تخصصهم المهني، باعتبار أن المهني عندما يقوم بعملية شراء بعيدا عن نطاق تخصصه يكون في نفس المستوى مع المستهلك العادي من حيث انعدام خبرته بالمبيع.

- أخذ المشرع الجزائري بالمفهوم الضيق للمستهلك، وذلك بقصره على الشخص الذي يتعاقد من أجل الاستهلاك الشخصي أو العائلي دون الشخص الذي يتعاقد من أجل نشاطه المهني أو الحرفي أو التجاري.

- يلزم التاجر ومقدم الخدمة في عقود التجارة الإلكترونية بإعلام المستهلك بعدد من البيانات، ويعد الالتزام بالإعلام من أهم الأحكام الخاصة بحماية المستهلك الإلكتروني، ويعرف الالتزام بالإعلام بأنه التزام يقع على عاتق التاجر الإلكتروني أو مقدم الخدمة الذي

يتعاقد مع المستهلك بمقتضاه يخبر المستهلك بشخصه وبياناته التجارية وبكافة البيانات الجوهرية المتعلقة بالعقد والتي بناء عليها يتخذ المستهلك قراره بالإقدام على التعاقد أو عدم التعاقد بناء على إرادة حرة مستتيرة.

- يترتب على إخلال المدين بالالتزام بالإعلام قيام مسؤوليته، ولم يتعرض المشرع الجزائري لهذه المسؤولية في نصوص خاصة، وهذا ما دفعنا للبحث في أحكام المسؤولية المدنية ولاسيما التقصيرية منها.

- تضمن القانون المدني الجزائري بعض النصوص الهامة التي تعد في الحقيقة تطبيقا للمسؤولية عن الخطأ خلال المرحلة السابقة على التعاقد، ومنها نص المادة 140 مكرر من ق م التي استحدثها المشرع الجزائري بموجب التعديل 10/05 التي تنص على مسؤولية المنتج الناتجة على الالتزام بالإعلام حتى يكون مسؤولا على أي عيب في المنتج، حيث نصت على أنه "يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه، حتى ولو لم تربطه بالمتعاقد علاقة عقدية".

- يشترط لأداء الالتزام بالإعلام صحيحا أن يتم ذكر البيانات الجوهرية المتعلقة بالتعاقد بعبارات واضحة الدلالة على المقصود منها، وأن تكون سهلة القراءة، وأن يستخدم المدين بالالتزام الوسائل الإلكترونية في الإعلام.

- يعد الحق في العدول من أهم وسائل حماية المستهلك ملائمة لخصوصيات التجارة الإلكترونية، والسبب في ذلك يعود إلى أن المستهلك لا يرى السلعة التي يتعاقد عليها إلا عند استلامها.

- يقصد بالحق في العدول حق المستهلك في إرجاع السلعة أو رفض الخدمة في خلال مدة معينة يحددها القانون، دون إبداء أية مبررات، مع التزام التاجر أو مقدم الخدمة بحسب الأحوال برد قيمتها، مع تحمل المستهلك مصاريف الرجوع فقط.
- يشترط لممارسة المستهلك حقه في العدول أن يستعمل هذا الحق خلال المدة القانونية، وإلا يكون العقد المبرم مع المستهلك من العقود المستثناة من نطاق الحق في العدول أو ممن تحتاج إلى اتفاق خاص، ولا يوجد اتفاق.
- إن إثبات التعاقد في مجال التجارة الإلكترونية من أهم المسائل المهمة لقيام العقد خاصة عند نشوب نزاع حول بنود هذا العقد، حيث ثبت من خلال الدراسة أن للكتابة الإلكترونية و المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني حجية قانونية تساوي ما للكتابة التقليدية و المحررات التقليدية من قوة في الإثبات متى كانت مستوفية للشروط القانونية الخاصة بها.
- اعتد المشرع الجزائري بالتوقيع الإلكتروني الموصوف فقط ولأعطاه حجية قانونية كاملة في الإثبات، في حين لم يعط التوقيع الإلكتروني العادي هذه الحجية، وإنما تتوقف حجيته على السلطة التقديرية لقضاة الموضوع.
- عملت التشريعات التي نظمت الإثبات الإلكتروني على إيجاد طرف ثالث - جهات التصديق الإلكتروني - يقوم بإصدار شهادة إلكترونية تحتوي على مجموعة من البيانات وظيفتها تأكيد العلاقة ما بين الموقع وتوقيعه الإلكتروني.
- تقوم مؤدي خدمات التصديق بدور الوسيط بين الأطراف الذين يعتمدون على الوسائط الإلكترونية في إبرام التصرفات، فإنها تعد مسؤولة - مدنيا وجزائيا - عن كل خطأ يرتكبه يلحق به ضرر للأطراف أو للغير.

- إن أهم ضوابط الإسناد التقليدية المعمول بها في المنازعات التجارية الإلكترونية ضابط سلطان الإرادة المقرر في كافة التشريعات، والذي يجيز لأطراف هذه العقود الاتفاق صراحة أو ضمناً على القانون الواجب التطبيق.

- في حالة عدم تحديد قانون الإرادة صراحة أو صمناً، يلجأ القاضي عادة إلى تطبيق معايير الإسناد الاحتياطية، وهي:

_ قانون الموطن المشترك: إعماله عادة يستلزم بالضرورة تحديد موطن الأطراف.

_ قانون بلد إبرام العقد: يقصد به ارتباط العقد مع مكان إبرامه.

_ بلد تنفيذ العقد: ويقصد به ارتباط العقد مع مكان تنفيذه.

- إن فكرة ضابط الأداء المميز تنهض على أساس تفريد معاملة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد، حسب الوزن القانوني والأهمية الواقعية للأداء أو الالتزام الأساسي في العقد، ومكان الوفاء به أو تقديمه، ولما كان ذلك الأداء أو الالتزام ليس واحد في كل العقود، فمن الطبيعي أن يختلف القانون الذي يحكمه في كل عقد على حدة.

- صعوبة تطبيق ضوابط الاختصاص القضائي في مجال عقود التجارة الإلكترونية، حيث أن الضوابط الشخصية للاختصاص، كالجنسية والموطن يصعب تحديدها في المجال الإلكتروني، رغم المحاولات الفقهية التي بذلت في هذا الإطار، كما تبين أن فكرة المكان أو التركيز الجغرافي لا تتوافق مع معطيات هذا المجال الإلكتروني، مما يجعل الضوابط المكانية في اختصاص المحاكم غير ملائمة، لمنازعات عقود التجارة الإلكترونية على الرغم من المحاولات التي بذلت لتحديد المكان عبر شبكة الإنترنت.

- برز دور مراكز التسوية الإلكترونية نتيجة صعوبة تطبيق ضوابط الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية، وكذلك نتيجة المشاكل التي واجهتها قواعد الاختصاص الدولي في مجال حماية المستهلك.

- يرغب أطراف التجارة الإلكترونية في اللجوء إلى نظام التحكيم الإلكتروني لحسم منازعاتهم بعيدا عن ساحات القضاء الوطني لما يتضمن من زيادة النفقات وبطء الإجراءات وإفشاء الأسرار التجارية عبر الجلسات العلنية.

- يفضل أطراف التجارة الإلكترونية نظام التحكيم الإلكتروني عن نظيره التقليدي لكونه يتفق مع الطبيعة الإلكترونية لهذه التجارة، وذلك نظرا لاستخدام ذات الوسائل الإلكترونية التي تتم بها التجارة بعيدا عن الوسائل التقليدية خاصة أن الواقع يشهد على وجود مراكز تحكيم افتراضية في كثير من العالم، تعمل في مجال التوفيق والتحكيم.

- توجد صعوبة تكتنف مكان صدور التحكيم الإلكتروني ما بين الرأي القائل باعتبار مكان صدور حكم التحكيم الإلكتروني هو المقر المادي لمركز التحكيم الإلكتروني، والرأي الآخر القائل باعتبار مكان تواجد المحكم أو مكان موقع القضية على الإنترنت، وكلها محاولات للتركيز المكاني للتحكيم مسايرة للقواعد التقليدية، وتحتاج إلى إعادة النظر من قبل المشرع على المستويين الدولي والوطني في شأن التحكيم الإلكتروني.

- أنه من الممكن تطبيق كافة قواعد التحكيم التقليدية على التحكيم الإلكتروني، بما فيها تنفيذ الحكم الذي تصدره هيئة التحكيم سواء عن طريق تدخل قضاء الدولة، لمراجعة هذا الحكم واعتماده أو عن طريق الإنترنت.

2- الاقتراحات

لمواجهة التحديات التي تواجه التجارة الإلكترونية كوسيلة لإجراء المعاملات الإلكترونية والإرتقاء بها إلى المستوى المطلوب، فإننا نقترح التوصيات التالية:

- دعوة المشرع الجزائري إلى الإسراع في إصدار قانون متعلق بالتجارة الإلكترونية خاصة بعد إصداره للقانون رقم 04-15 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الذي يجب أن يتضافر معه إصدار تشريع خاص بالتجارة الإلكترونية يكون واضحا ومحددا آخذا في اعتباره حقوق المتعاقدين خاصة المستهلك باعتباره الطرف الضعيف.

- العمل على نشر الوعي المعرفي بالتجارة الإلكترونية بما يضمن الوصول إلى فكرة مستقل بشأنها، ويكفل الشفافية في التعاملات الإلكترونية، وذلك يتأتى من خلال بذل جهد مستمر من قبل الخبراء في مجال التقنية لتحقيق الأمن والثقة وحمايتها من عبث قراصنة الإنترنت ومسيرة التطور التكنولوجي المستمر.

- نرى أهمية قيام وزارة الاتصال بالتنسيق مع وزارت التجارة والمالية والعدل بإنشاء بنية تحتية أساسية لخدمة التجارة الإلكترونية، وذلك من خلال إنشاء شبكات اتصالات ومعلومات فعالة يتوافق مع نظم الاتصالات العالمية، يكمن الاعتماد عليها لتسهيل عمليات التجارة الإلكترونية، كما يجب عليها التأكيد على أهمية إعداد وتأهيل كوادر في مجالات الاقتصاد والقانون والأمن والتكنولوجيا وغيرها، تكون قادرة على تفعيل التجارة الإلكترونية ومواكبة التطور الهائل في هذا المجال عالميا.

- تحديد زمان انعقاد عقود التجارة الإلكترونية ومكانه بصورة واضحة، ففي حالة عدم وجود اتفاق بين طرفي العقد على تحديد زمان ومكان انعقاد العقد، فإنه يمكن الأخذ بنظرية العلم

بالقبول ووصول التعبير عن الإرادة كقرينة على العلم به، وإمعانا في حماية المستهلك فإن العقد يتم وقت أن يستقبل المستهلك بالطريق الإلكتروني، إفادة بعلم وصول قبوله وتأكيده بوصول هذا القبول إلى مقدم الخدمة، لأنها الأكثر ملائمة لطبيعة التعاملات عبر شبكة الإنترنت، وبالمقابل يجب تعديل المادة 67 من القانون المدني الجزائري بما يوافق ذلك.

- العمل على وضع نظام بنكي متطور يتلائم مع شبكات الاتصال ويقبل التعامل فيها ويقدم مستلزمات إنجاز المعاملات التجارية الإلكترونية والتوسع في استخدام البطاقات البنكية وتسهيل الحصول عليها، وفتح الاعتمادات المصرفية إلكترونيا الضامنة لأداء العمليات التجارية على الإنترنت، مع ضرورة إقرار نظام فعال لحماية أنظمة الدفع الإلكترونية، وذلك بغرض زرع الثقة بين المتعاملين عبر شبكة الإنترنت.

- ضرورة القيام بتعديل تشريعي في قانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وذلك بإضافة مواد خاصة بحماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت أو عبر أي وسيلة أخرى مستحدثة.

- ضرورة الإسراع في إصدار الأنظمة اللازمة لتنفيذ أحكام قانون رقم 15-04 مؤرخ في 01 فبراير سنة 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، خاصة الأنظمة المتعلقة بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني، والجهة المختصة بذلك، لاسيما منها الهيئة المكلفة باعتماد آليات إنشاء التوقيع الإلكتروني والتحقق منه والسلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني قبل مضي مدة خمسة (5) سنوات المحددة لإنشائها والمذكورة في المواد 78، 97، و80 من هذا القانون، لذا يجب الإسراع بإصدار هذه الأنظمة لأنها تعتبر العمود الفقري لقانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين.

- تهدف التشريعات الخاصة بالتوقيعات الإلكترونية، في المقام الأول إلى تحقيق مبدأ التكافؤ الوظيفي بين التوقيعات الإلكترونية والتوقيعات التقليدية، ونجد أن القانون 15-04

المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين، قد أغفل عن ذكر هذا المبدأ بصفة صريحة، كما أن المادة 323 مكرر 1 ق م ج أجازت الإثبات بالكتابة على الإلكترونية كالإثبات بالكتابة على الورق، فأجازت استخدام الكتابة والتوقيع الإلكتروني كأدلة إثبات فقط وليس كشرط صحة العقود الشكلية، لذا نرى من الضروري توسيع استخدام الكتابة والتوقيع الإلكتروني لصحة التصرفات من الناحية الشكلية وكذا للإثبات.

- ضرورة وضع الاتفاقيات الدولية التي تعترف بوسائل التحكيم الإلكتروني مثال (القاضي الافتراضي، المحكمة الفضائية) كوسائل بديلة للتحكيم التقليدي، وأيضاً فإن المشرع الوطني في كافة الدول المؤهلة للتعامل مع الوسائل الإلكترونية مدعو للنظر في وضع قواعد قانونية منظمة وكافلة لتنفيذ أحكام التحكيم التي تتم بطرق إلكترونية، أسوة بالقواعد التشريعية التي تنظم التحكيم في شكله التقليدي.

قائمة المراجع

أولا - باللغة العربية :

1- الكتب :

أ- الكتب العامة :

- 1- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 2- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري "تتازع القوانين"، دار هوم، الجزائر، 2002.
- 3- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري "مقارنا بالقوانين العربية"، الجزء الأول "تتازع القوانين"، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.
- 4- سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، (د، س، ن).
- 5- عابد فايد عبد الفتاح فايد، نظام الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- 6- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد "مصادر الالتزام" الطبعة الثالثة، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
- 7- _____ - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، الطبعة الثالثة، المجلد الرابع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
- 8- علي بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2000.
- 9- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
- 10- عصام أنور سليم، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، 2010.

- 11- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري "النظرية العامة للالتزامات"، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004.
 - 12- _____، الواضح في شرح القانون المدني - الإثبات في المواد المدنية والتجارية- "طبقا لأحدث التعديلات ومزيدة بأحكام القضاء، دار الهدى، الجزائر، 2009.
 - 13- مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات "حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2010.
 - 14- نواف كنعان، النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته، مكتبة دار الثقافة، عمان، 2000.
 - 15- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
 - 16- يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي "دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة"، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988.
- ب- الكتب المتخصصة :
- 1- إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
 - 2- أبو العلا علي أبو العلا النمر، المشكلات العملية والقانونية في التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، (د د ن)، (د س ن).
 - 3- أحمد سفر، أنظمة الدفع الإلكتروني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.
 - 4- أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، النسر الذهبي للطباعة، (ب،م،ن)، 2003.
 - 5- أحمد شرف الدين، قواعد تكوين العقود الإلكترونية (وبنود التحكيم) "دراسة في القوانين النموذجية والاتفاقيات الدولية والقوانين المحلية"، الطبعة الثانية، (د د ن)، 2013.
 - 6- أحمد عبد التواب محمد بهجت، إبرام العقد الإلكتروني "دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية القاهرة، 2009.

- 7- أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- 8- _____ - خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 9- أميرة حسن الرافعي، التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإلكترونية في ظل الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2010.
- 10- إلياس ناصف، العقود الدولية العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- 11- أيمن سعد سليم، التوقيع الإلكتروني "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- 12- إيهاب السنايطي، موسوعة الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية القاهرة ، 2007.
- 13- بشار طلال مومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت "دراسة مقارنة"، عالم الكتب الحديث، عمان، 2004.
- 14- بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري "دراسة مقارنة"، دار وائل للنشر، عمان، 2010.
- 15- ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، ماهيته- مخاطره، وكيفية مواجهتها مدى حجبه في الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 16- جلال عايد الشورة، وسائل الدفع الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن، 2008.
- 17- جليل الساعدي، مشكلات التعاقد عبر شبكة الإنترنت، مكتبة السنهوري بغداد، 2011.
- 18- جهاد رضا الحباشنة، الحماية الجزائية لبطاقة الوفاء، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
- 19- حازم محمد الشرعة، التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية، دار الثقافة للنشر

- والتوزيع، عمان، 2010.
- 20- **حسام الدين فتحي ناصف**، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية "دراسة في ضوء الاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم الدولية والقوانين المقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- 21- **حسن عبد الباسط جمعي**، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 22- **حمودي محمد ناصر**، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.
- 23- **خالد حمدي عبد الرحمن**، التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- 24- **خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني "دراسة مقارنة"، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.
- 25- _____، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009.
- 26- _____، التقاضي الإلكتروني (الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- 27- _____، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- 28- **سامي عبد الباقي أبو صالح**، التحكيم التجاري الإلكتروني "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- 29- **سلطان عبد الله محمود الجواري**، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق "دراسة قانونية مقارنة"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
- 30- **سليمان صيف الله الزين**، التحويل الإلكتروني للأموال ومسؤولية البنوك القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.
- 31- **سند حسن سالم صالح**، التنظيم القانوني للتوقيع الإلكتروني وحجته في الإثبات

- المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
- 32- شحاته غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- 33- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
- 34- عابد فايد عبد الفتاح فايد، الكتابة الإلكترونية في القانون المدني "الفكرة والوظائف"، دار النهضة العربية القاهرة، 2007.
- 35- عامر محمود الكسواني، التجارة عبر الحاسوب، ماهيتها، إثباتها، وسائل حمايتها، القانون الواجب التطبيق عليها في كل من الأردن ومصر وإمارة دبي، "دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
- 36- عايد رجا الخليفة، المسؤولية التقصيرية الإلكترونية " المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب والإنترنت"، "دراسة مقارنة"، الإصدار الأول دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
- 37- عباس العبودي، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
- 38- عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الإنترنت، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
- 39- عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 40- _____، التجارة الإلكترونية "في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 41- _____، التجارة الإلكترونية العربية، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، الكتاب الثاني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
- 42- _____، التوقيع الإلكتروني "في النظم القانونية المقارنة"، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، (د س ن).

- 43- _____، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول، دار الفكر الجامعي، 2002، ص 111.
- 44- _____، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 45- عبد الله أحمد عبد الله غرايبة، حجية التوقيع الإلكتروني في التشريع المعاصر، دار الراجحة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
- 46- عبد الله عبد الكريم عبد الله، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية على شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- 47- عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك "دراسة مقارنة"، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
- 48- علاء التميمي، التنظيم القانوني للبنك الإلكتروني على شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
- 49- علاء حسين مطلق التميمي، التوقيع بالشكل الإلكتروني ومدى حجته في الإثبات المدني "دراسة تحليلية مقارنة في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014.
- 50- علي عدنان الفيل، المسؤولية الجزائية عن إساءة استخدام بطاقة الائتمان الإلكترونية "دراسة مقارنة"، المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان، 2011.
- 51- عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع على الإنترنت، "دراسة تحليلية"، دار الحامد، عمان، 2007.
- 52- عيسى غسان ربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
- 53- فائق حسين حوى، المواقع الإلكترونية وحقوق الملكية الفكرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
- 54- فريد عبد المنعم جبور، حماية المستهلك عبر الإنترنت ومكافحة الجرائم الإلكترونية "دراسة مقارنة"، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012.

- 55- كاثرين ل.مان، سوا. إيكيرت، ساره كلياند نايت، ترجمة، الشحات منصور، التجارة الإلكترونية العالمية، الطبعة الأولى، مركز الأهرام للترجمة والنشر، القاهرة، 2003.
- 56- كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعية الجديدة الإسكندرية، 2012.
- 57- لزه بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
- 58- لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، الإصدار الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
- 59- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، الوسائل الإلكترونية لفض (التحكيم الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الثقافة) المنازعات - الوساطة والتوفيق - التحكيم - المفاوضات المباشرة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
- 60- _____ - عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
- 61- محمد السعيد رشدي، الإنترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات، دار النهضة العربية القاهرة، 2004.
- 62- محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.
- 63- _____ -، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
- 64- _____ -، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 65- محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الإنترنت، دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني رقم (15) لسنة 2004، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 66- محمد حسن قاسم، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون

- الأوروبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- 67- محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009.
- 68- _____، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.
- 69- محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- 70- محمد عبد حسين الطائي، التجارة الإلكترونية المستقبل الواعد للأجيال القادمة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
- 71- محمد عبيد الكعبي، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
- 72- محمد محمد أبو زيد، تحديات قانون الإثبات "مكانة المحررات الإلكترونية بين الأدلة الكتابية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- 73- محمد محمد سادات، حجية المحررات الموقعة إلكترونياً في الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
- 74- محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية "العقد الإلكتروني - الإثبات الإلكتروني - المستهلك الإلكتروني"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- 75- محمود عبد الرحيم الشريقات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت "دراسة مقارنة"، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
- 76- محمود محمد أبو فروة، الخدمات البنكية الإلكترونية عبر الإنترنت، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
- 77- مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
- 78- مصطفى أحمد إبراهيم نصر، التراضي في العقود الإلكترونية "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

- 79- مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013.
- 80- مصطفى موسى العجاردة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2010.
- 81- ممدوح محمد على مبروك، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- 82- مناني فراح، العقد الإلكتروني "وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري"، دار الهدى، الجزائر، 2009.
- 83- مندى عبد الله محمود حجازي، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني وفقا لقواعد الفقه الإسلامي والقانون المدني "دراسة مقارنة"، دار المناهج للنشر والتوزيع، 2010.
- 84- منير محمد الجنبهي، ممدوح محمد الجنبهي، جرائم الإنترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
- 85- _____، تزوير التوقيع الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 86- موفق حامد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بغداد، 2011.
- 87- هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية "دراسة مقارنة"، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
- 88- هالة جمال الدين محمد محمود، أحكام الإثبات في عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
- 89- ناهد فتحي الحموري، الأوراق التجارية الإلكترونية "دراسة تحليلية مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، 2009.
- 90- هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

- 91 - نضال سليم إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
- 92- يوسف أحمد النوافلة، الإثبات الإلكتروني في المواد المدنية والمصرفية "دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2012.
- 93- يوسف أحمد النوافلة، المحررات الإلكترونية في الإثبات، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2007.
- 2- الرسائل والمذكرات الجامعية:
 - أ- رسائل الدكتوراه:
 - 1- إبراهيم عبيد علي آل علي، العقد الإلكتروني "دراسة مقارنة"، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة حلوان، كلية الحقوق، 2010.
 - 2- أسامة فرج الله محمود الصباغ، الحماية الجنائية للمصنفات الإلكترونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، قسم القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2011.
 - 3- أسامة سيد محمد علي، التنظيم التشريعي والتعاقد للتجارة الإلكترونية وآثارها على الخدمات المصرفية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، قسم القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2011.
 - 4- أمين أعزان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية "دراسة مقارنة"، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2003.
 - 5- إيمان مأمون أحمد سليمان، الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2006.
 - 6- خالد عبد المنعم إبراهيم مصطفى، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2011.
 - 7- زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات الحديثة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013.

- 8- فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008.
- 9- سامي مصطفى فرحان، تنازع القوانين في التجارة الدولية "دراسة مقارنة"، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 2006.
- 10- سليمان أحمد محمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2011.
- 11- شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، فرع ملكية فكرية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، 2009.
- 12- عنادل عبد الحميد المطر، التراضي في العقد الإلكتروني، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2009.
- 13- محمد أحمد محمد نور جستنية، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2005.
- 14- محمد يوسف الزغبى، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في القانون الأردني والمقارن، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2004.
- 15- محمود محمد زيدان محمد، المشكلات القانونية التي تواجه التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2012.
- 16- مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2012.
- 17- نافذ ياسين محمد المدهون، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 2007.
- 18- نور خالد عبد المحسن العبد الرزاق، حجية المحررات

والتوقيع الإلكتروني في الإثبات عبر شبكة الإنترنت، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 2009.

ب- المذكرات الجامعية:

- 1- إياد محمد عارف عطا سده، مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات "دراسة مقارنة"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، بكلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، 2009.
- 2- براهيم صباح، منظومة الإنترنت في المؤسسة الجامعية وعلاقتها بالأهداف التنظيمية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم الاجتماع، فرع تنظيم وعمل، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2005.
- 3- بهلولي فاتح، النظام القانوني للمصنفات المتعددة الوسائط، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص ملكية فكرية، جامعة الجزائر، 2005.
- 4- بوديسة كريم، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون أعمال، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2012.
- 5- خلوي (عنان) نصيرة، الحماية القانونية للمستهلك عبر الإنترنت "دراسة مقارنة"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.
- 6- صراع كريمة، واقع وآفاق التجارة الإلكترونية، مذكر لنيل شهادة الماجستير في العلوم التجارية، تخصص إستراتيجية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية، جامعة وهران، 2014.
- 7- عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني "دراسة مقارنة"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، 2009.
- 8- عبيد مخايل الصفي، النظام القانوني لجهات توثيق التوقيع الإلكتروني، مذكرة لنيل

شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، كلية الحقوق، فلسطين، 2009.

- 9- **علي مؤيد سعيد**، التحويل الإلكتروني للأموال "دراسة مقارنة"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، قسم إدارة الموارد البشرية، البنك المركزي العراقي، 2013.
- 10- **فادي محمد عماد الدين أبو السعود توكل**، عقد التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة القاهرة كلية الحقوق قسم القانون التجاري، 2008.
- 11- **فلاح فهد العجمي**، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، فلسطين، 2011.
- 12- **محمد عبد الوهاب العداسين**، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، مذكرة مقدمة للحصول على شهادة ماجستير في القانون، قسم الحقوق، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، 2009.
- 13- **محمد محمود محمد جبران**، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل منازعات التجارة الإلكترونية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، 2009.
- 14- **مرزوق نور الهدى**، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
- 15- **واقد يوسف**، النظام القانوني للدفع الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

3- المقالات:

- 1- **إبراهيم إسماعيل إبراهيم**، "فعالية قرار التحكيم الإلكتروني (دراسة مقارنة)"، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 21 العدد 2، جامعة بابل العراقية، 2013، (ص357-370).

- 2- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، "إبرام العقد الإلكتروني (في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن)، المصدر: الدليل الإلكتروني للقانون العربي، المصدر: www.arablawninfo.com، (ص1-ص74).
- 3- _____، "التوقيع الإلكتروني ومدى حجتيه في الإثبات (دراسة مقارنة)"، مجلة الحقوق، معلق العدد الثالث، السنة التاسعة والعشرون، جامعة الكويت، كلية الحقوق، سبتمبر 2005، (ص 105-ص195).
- 4- _____، "توثيق التعاملات الإلكترونية ومسئولية جهة التوثيق تجاه الغير المتضرر"، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، المجلد الخامس، جامعة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة من 10-12 مايو 2003، (ص1845-ص1913).
- 5- إبراهيم محمد شاشو، "بطاقة الائتمان حقيقتها وتكييفها الشرعي"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الثالث، المجلد 27، دمشق، 2011، (ص651-ص672).
- 6- أحمد الهواري، "عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص"، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد الرابع، جامعة دبي، في الفترة من 10-12 مايو 2003، (ص-1645-ص1664).
- 7- أحمد راتب عبد الدائم، منصور عبد السلام الصرايرة، "التعاقد بطريق الحاسوب: دراسة في التشريع السوري والأردني"، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، العدد 5، المجلد 23، جامعة مؤتة، عمان، 2008، (ص55-ص79).
- 8- أحمد عبد الكريم سلامة، "الإنترنت والقانون الدولي الخاص بحث مقدم إلى (القانون والكمبيوتر والإنترنت)"، المجلد الثاني، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة من 1-3 مايو 2000، (ص 360-ص387).
- 9- _____، "حماية المستهلك في العقود الدولية الإلكترونية (وفق مناهج القانون الدولي الخاص)"، بحث منشور على الموقع التالي:
www.arablawninfo.com

- 10- أسامة بن غانم العبيدي، "حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات"، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، العدد 56، المجلد 28، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، (ص141-ص197).
- 11- أشرف وفا محمد، "عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص"، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد السابع والخمسون 2001، (ص189-ص264).
- 12- آلا يعقوب النعيمي، "الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، العدد 2، المجلد 6، 2009، (ص205-ص249).
- 13- _____، "التصديق على التوقيع الرقمي: مفهومه والعلاقات القانونية الناشئة عنه"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، 2011، (ص211-ص304).
- 14- آلاء يعقوب يوسف، "المسؤولية المدنية لمجهز خدمات التصديق على التوقيع الرقمي تجاه الغير"، مجلة الحقوق، العدد الأول، المجلد الثالث، جامعة البحرين، كلية الحقوق، يناير 2006، (ص316-ص332).
- 15- الأزرق بن عبد الله، وأحمد عمراني، "نظام المعلوماتية في القانون الجزائري: واقع وآفاق"، بحث مقدم إلى المؤتمر السادس لجمعية المكتبات والمعلومات السعودية حول البيئة المعلوماتية الآمنة: المفاهيم والتشريعات والتطبيقات، يومي 6-7 أبريل 2010، الرياض، السعودية.
- 16- أيمن مساعدة، علاء خصاونة، "خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيوع المسافة"، مجلة الشريعة والقانون، العدد السادس والأربعون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، أبريل 2011، (ص157-ص210).
- 17- إيهاب الدسوقي، "الأبعاد الاقتصادية والمالية للتجارة الإلكترونية مع التطبيق على مصر"، مجلة مصر المعاصرة، العدد 467-468، السنة الثالثة وتسعون، جامعة القاهرة، أكتوبر 2002، (ص45-ص105).
- 18- باظلي غنية، "الكتابة الإلكترونية كدليل إثبات"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، جامعة الإسكندرية، 2011، (ص461-ص489).

- 19- **بختي إبراهيم**، "البنية التحتية للإنترنت والتجارة"، بحث مقدم إلى الملتقى الوطني حول (المؤسسة الاقتصادية الجزائرية وتحديات المناخ الاقتصادي الجديد)، يومي 22-23 أبريل 2003، (ص21-ص33).
- 20- **بلال عبد المطلب بدوي**، "البنوك الإلكترونية (ماهيتها - معاملاتها - والمشاكل التي تثيرها)"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة السادسة والأربعون، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، يناير 2004، (ص79-ص125).
- 21- **تعويلت كريم**، "دور القاضي في تحقيق فعالية التحكيم التجاري الدولي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلة سداسية-عدد 2010/01، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق، بجاية، (ص141-ص154).
- 22- **توجان فيصل الشريدة**، "ماهية وإجراءات التحكيم الإلكتروني (التحكيم عبر الإنترنت)"، بحث مقدم للمؤتمر السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، (ص1089-ص1111).
- 23- **حسام الدين الأهواني**، "حماية حقوق الملكية الفكرية في مجال الإنترنت"، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر العالمي الأول حول الملكية الفكرية، يومي 10-11 تموز 2000، جامعة اليرموك، إربد، الأردن، (ص22-ص58).
- 24- **حمدي أحمد سعد أحمد**، "الشكلية في العقود الإلكترونية (دراسة مقارنة بين قوانين المعاملات الإلكترونية والفقهاء الإسلاميين)"، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد الرابع والعشرون، الجزء الثاني، 2009، (ص711-ص845).
- 25- **حنان مليكة**، "النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني السوري رقم/4 الصادر بتاريخ 2009/2/25، (دراسة قانونية مقارنة)"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الثاني، المجلد 26، 2010، (ص549-ص573).
- 26- **خالد عبد التواب عبد الحميد**، "تطور مفهوم الدليل الإلكتروني في ضوء التقنيات الحديثة (دراسة مقارنة)"، مجلة البحوث الأمنية، العدد 44، كلية الملك فهد الأمنية، الرياض، نوفمبر 2009، (ص183-ص195).

- 27- خليف مريم**، "الالتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية"، دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع، جامعة تيزي وزو، جانفي 2011، (ص201-ص223).
- 28- رامي محمد علوان**، "المنازعات حول العلامات التجارية وأسماء مواقع الإنترنت"، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثاني والعشرون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، يناير 2005، (ص239-ص327).
- 29- _____**، "التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني"، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة السادسة والعشرين، جامعة الكويت، ديسمبر 2002، (ص229-ص281).
- 30- رضا متولي وهدان**، "النظام القانوني للعقد الإلكتروني"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد الثاني والأربعون، جامعة عين الشمس، القاهرة، أكتوبر 2007، (ص34-ص67).
- 31- زهيرة كيسي**، "النظام القانوني لجهات التوثيق (التصديق) الإلكتروني"، دفاتر السياسة والقانون، العدد السابع، المركز الجامعي تمنراست، جوان 2012، (ص213-ص227).
- 32- سيد حسن عبد الله**، "المنظور الإسلامي لوسائل حماية المستهلك الإلكتروني"، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة دبي، في الفترة من 10-12 مايو 2003، (ص1218-ص1266).
- 33- شريف محمد غنام**، "محفظة النقود الإلكترونية رؤية مستقبلية"، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، المجلد 1، في الفترة بين 10-12 مايو 2003، (ص101-ص128).
- 34- صالح محمد حسني محمد الحملاوي**، "دراسة تحليلية لدور النقود الإلكترونية في التجارة الإلكترونية والعمليات المصرفية"، بحث مقدم إلى مؤتمر "الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون"، بحوث المؤتمر، المجلد الأول، كلية الشريعة والقانون، في الفترة من 10 - 12 ماي 2003، (ص221-ص265).

- 35- طارق كاظم عجيل، "مجلس العقد الإلكتروني"، بحث مقدم لمؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية - الحكومة الإلكترونية)، جامعة الإمارات، مركز الإمارات والدراسات الإستراتيجية، في الفترة من 19-25 مايو 2009، (ص297-ص360).
- 36- عادل حسن، "الإطار القانوني لعقود المعاملات الإلكترونية"، مجلة مركز بحوث الشرطة، الجزء الأول، العدد الثاني والثلاثون، أكاديمية الشرطة، القاهرة، يوليو 2007، (ص281-ص373).
- 37- عادل حسن علي، "حجية رسائل البيانات الإلكترونية في المواد المدنية(الجزء الثاني)"، مركز بحوث الشرطة، العدد الثلاثون، يوليو 2006، (ص277-ص316).
- 38- عدنان إبراهيم سرحان، "الوفاء (الدفع) الإلكتروني"، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، المجلد الأول، جامعة الإمارات، في الفترة من 10-12 مايو 2003، (ص297-ص304).
- 39- عصام الدين القصبى، "تتازع الاختصاص القانون والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية"، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، المجلد الرابع، جامعة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة من 10-12 مايو 2003، (ص1611-ص1644).
- 40- علي هادي العبيدي، "زمان انعقاد العقد الإلكتروني في التشريع الإماراتي"، بحث مقدم إلى مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية - الحكومة الإلكترونية)، جامعة الإمارات، مركز الإمارات للبحوث والدراسات الإستراتيجية، في الفترة من 19-25 مايو 2009، (ص361-ص397).
- 41- عمار كريم كاظم، "القوة القانونية للمستند الإلكتروني"، مجلة مركز دراسات الألوقة، العدد السابع، 2007، (ص173-ص196).
- 42- بلال عبد الطلب بدوي، "التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الثامنة والأربعون، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، يناير 2006، (ص85-ص119).

- 43- قاشي علال، "التوقيع الإلكتروني"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، العدد 1، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2007، (ص175-ص193).
- 44- لطفي بن كريم، "التجربة التونسية في مجال تنظيم المعاملات المدنية والتجارية الإلكترونية"، بحث مقدم إلى المؤتمر المغربي الأول حول المعلوماتية والقانون، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا، في الفترة من 27-30 أكتوبر 2009، (ص1-ص22).
- 45- محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، "مدى حجية شهادة المصادقة الإلكترونية الأجنبية في الإثبات (دراسة مقارنة)"، مجلة الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، الجمعية العلمية لكليات الحقوق العربية، جامعة القاهرة، العدد الثلاثون، أكتوبر 2011، (ص356-ص364).
- 46- محمد إبراهيم محمود الشافعي، "الآثار النقدية والاقتصادية والمالية للنقود الإلكترونية"، بحث مقدم إلى مؤتمر "الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون"، بحوث المؤتمر، المجلد الأول، كلية الشريعة والقانون، في الفترة من 10-12 ماي 2003، (ص129-ص188).
- 47- _____، "النقود الإلكترونية (ماهيتها، مخاطرها وتنظيمها القانوني)"، مجلة الأمن والقانون، السنة الثانية عشر، العدد الأول، كلية شرطة دبي، يناير 2004، (ص143-ص177).
- 48- محمد السيد عرفة، "التجارة الدولية الإلكترونية عبر الإنترنت"، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، المجلد الأول، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، الفترة من 1 إلى 3 مايو 2000، (ص279-ص328).
- 49- محمد رأفت عثمان، "ماهية بطاقة الائتمان وأنواعها، وطبيعتها القانونية، وتمييزها عن غيرها"، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، المجلد الثاني، في الفترة بين 10-12 مايو 2003، (ص615-ص635).
- 50- محمد عبد الحليم عمر، "بطاقة الائتمان (ماهيتها والعلاقات الناشئة عن استخدامها بين الشريعة والقانون)"، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة

- والقانون، جامعة الإمارات، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، المجلد الثاني ، الفترة بين 10-12 مايو 2003، (ص659-ص693).
- 51- محمد سعد خليفة**، "البيع عبر الإنترنت وحماية المستهلك (في ضوء قانون المعاملات الإلكترونية البحريني)"، مجلة الحقوق، المجلد الخامس، جامعة البحرين، كلية الحقوق، (ص8-ص119).
- 52- مدحت صالح غايب**، "الحالة التجارية الإلكترونية"، مجلة تكريت للعلوم الإدارية والاقتصادية، العدد 17، المجلد 6، جامعة تكريت، كلية الإدارة والاقتصاد، تكريت، سنة 2010، (ص75-ص86).
- 53- مصلح أحمد الطراونة**، **نور حمد الحجابيا**، "التحكيم الإلكتروني"، مجلة الحقوق، العدد الأول، المجلد الثاني، جامعة البحرين، يناير 2005، (ص204-ص244).
- 54- منصور حاتم محسن**، "حق المستهلك في العدول"، مجلة المحقق الحلّي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الرابعة، جامعة بابل العرقية، كلية الحقوق، 2011، (ص49-ص85).
- 55- ناجي الزهراء**، "التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الإلكترونية المدنية والتجارية"، بحث مقدم إلى المؤتمر الغاري الأول حول المعلوماتية والقانون، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا، يومي 28-29 أكتوبر 2009، (ص1-ص22).
- 56- ناصر خليل جلال**، الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة عن بعد، المصدر: www.lawjo.net/vb/showthread.php?33159
- 57- نبيل محمد أحمد صبيح**، "حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية (دراسة مقارنة)"، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثانية والثلاثون، كلية الحقوق، جامعة الكويت، يونيو 2008، (ص163-ص269).
- 58- نبيل صلاح محمود العربي**، "الشيك الإلكتروني والنقود الرقمية (دراسة مقارنة)"، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، المجلد الأول، جامعة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة من 10-12 مايو 2003، (ص63-ص71).

- 59- نزيه محمد الصادق الهادي، "الحماية المدنية لبرامج الكمبيوتر في القوانين الوضعية"، بحث مقدم إلى بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، الطبعة الثالثة، المجلد الثاني، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، الفترة من 1-3 مايو 2000، (ص507-ص544).
- 60- نسرين محاسنة، "دور الرسالة الإلكترونية في الإثبات في القانون الأردني (على ضوء القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية)"، مجلة الحقوق، المجلد الثالث، جامعة اليرموك، كلية الحقوق، (ص331-ص347).
- 61- يشوي لندة، "الإشكالات القانونية الناشئة عن استعمال أسماء الموقع الإلكترونية (نظرة عالمية)"، المجلة الجزائرية، للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، العدد 3، 2009، (ص491-ص528).
- 62- يوسف محمد عبيدات، لافي محمد درادكة، "وسائل حماية التوقيع الرقمي التي جعلته عنصرا مهما في زيادة التعامل عبر الإنترنت: دراسة تحليلية في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني"، مجلة مؤتة والدراسات، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد الرابع والعشرون، العدد الأول، 2009، (ص41-ص68).
- 63- يونس عرب، الدراسة الشاملة حول التجارة الإلكترونية، مجلة البنوك، العدد 8، الجزء الأول، المجلد 18، صادرة عن جمعية البنوك الأردنية، تشرين أول وتشرين ثاني 1999.

4- النصوص القانونية:

أ- الاتفاقيات

- 1- أمر رقم 75-02 مكرر مؤرخ في 9 يناير 1975 متضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية إنشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية الموقعة باستكهولم في 14 يوليو 1967، جريدة رسمية عدد 13 صادر بتاريخ 14 فبراير 1975.
- 2- مرسوم رئاسي رقم 88-223 مؤرخ في 05 جانفي 1988، يتضمن انضمام الجزائر

في اتفاقية "نيويورك" المتعلقة باعتماد قرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، جريدة رسمية عدد 28 لسنة 1988.

ب- النصوص التشريعية

- 1- قانون رقم 89-02 مؤرخ في 7 فبراير 1989 يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، جريدة رسمية عدد 06، صادر بتاريخ 8 فبراير 1989 (ملغى).
- 2- أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 يناير 1995 يتعلق بالتأمينات، جريدة رسمية عدد 13 صادر بتاريخ 08 مارس 1995.
- 3- أمر رقم 03-05 مؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، جريدة رسمية عدد 44 صادر بتاريخ 23 يوليو 2003.
- 4- أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، معدل ومتمم بموجب الأمر رقم 10-04 المؤرخ في 26 أوت 2010، جريدة رسمية عدد 52 صادر بتاريخ 27 أوت 2003.
- 5- قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 41، صادر بتاريخ 27 يونيو 2004.
- 6- قانون رقم 04-15 مؤرخ في 10 نوفمبر 2004، معدل ومتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جويليه 1966 المتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 71 صادر بتاريخ 10 نوفمبر 2004.
- 7- قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005 معدل ومتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 44 صادر بتاريخ 26 جوان 2005.
- 8- قانون رقم 05-02 مؤرخ في 05 فبراير 2005 معدل ومتمم للأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، جريدة رسمية عدد 11 صادر بتاريخ 09 فبراير 2005.

- 9- قانون رقم 04-06 مؤرخ في 20 فبراير 2006 المعدل والمتمم للأمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات، جريدة رسمية عدد 15 صادر بتاريخ 12 مارس 2006.
- 10- أمر رقم 06-05 المؤرخ في 23 غشت 2005 متعلق بمكافحة التهريب، جريدة رسمية عدد 59 صادر بتاريخ 28 أوت 2005.
- 11- قانون رقم 07-06 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006 معدل ومتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جويلية 1966 المتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 84 صادر بتاريخ 24 ديسمبر 2006.
- 12- قانون رقم 09-08 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21 صادر بتاريخ 23 أبريل 2008.
- 13- قانون رقم 12-08 مؤرخ في 25 يونيو 2008، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 والمتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 36، صادر بتاريخ 20 يوليو 2008.
- 14- قانون رقم 03-09 مؤرخ في 25 فيفري 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 15، صادرة بتاريخ 8 مارس 2009.
- 15- قانون رقم 04-15 مؤرخ في 01 فيفري 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، جريدة رسمية عدد 6 الصادر بتاريخ 10 فيفري 2015.

ج- النصوص التنظيمية

- 1- مرسوم تنفيذي رقم 266-90 مؤرخ في 15 سبتمبر 1990 يتعلق بضمان المنتجات والخدمات، جريدة رسمية عدد 40 صادر بتاريخ 19 سبتمبر 1990 (ملغى).
- 2- مرسوم تنفيذي رقم 39-90 مؤرخ في 30 يناير 1990 يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 5، صادر بتاريخ 31 يناير 1990.

- 3- تنظيم رقم 97-03 مؤرخ في 17 نوفمبر 1997، يتعلق بغرفة المقاصة جريدة رسمية عدد 17 صادر بتاريخ 25 مارس 1998.
- 4- مرسوم تنفيذي رقم 07-162 مؤرخ في 30 مايو 2007 يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 9 مايو سنة 2001 والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، جريدة رسمية عدد 37 صادر بتاريخ 7 يونيو 2007.
- 5- مرسوم تنفيذي رقم 98-257 المؤرخ في 21 نوفمبر 1998 المتضمن شروط وكيفيات إقامة خدمات "أنترنت" واستغلالها، جريدة رسمية عدد 63 صادر بتاريخ 25 غشت 1998.
- 6- مرسوم تنفيذي رقم 05-484 مؤرخ في 22 ديسمبر 2005، معدل ومتمم للمرسوم رقم 90-367 المؤرخ في 10 نوفمبر 1990، والمتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها، جريدة رسمية عدد 83 صادر بتاريخ 25 ديسمبر 2005.
- 5- الوثائق:

- 1- اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع، المصدر:
[www.1umn.edu/...anrts/arabic/vienna Law Treaty CONV.html](http://www.1umn.edu/...anrts/arabic/vienna%20Law%20Treaty%20CONV.html)
- 2- نصوص اتفاقية نيويورك، المصدر:
www.aladalacenter.com/...omla/extensions/130-1958
- 3- قانون الأنسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع الدليل التشريعي الصادر في 16 ديسمبر 1996، ومع المادة 5 مكرر الإضافية بصيغتها النهائية المنعقد في 1998، الأمم المتحدة، نيويورك 2000؛ المصدر:
www.uncitral.org/...lectronic_commerce/1996Model.html
- 4- قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية صادر بتاريخ 12 ديسمبر 2001، مع دليل تشريعه، متاح على الموقع:
<http://www.or.at/uncitral>
- 5- القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000، مؤرخ في 9 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات التجارية الإلكترونية التونسي ج ر عدد 64، مؤرخ في 11 أوت 2000؛ المصدر:

www.justice-lawhome.com

6- قانون رقم 85/2001 مؤرخ في 31 ديسمبر 2001 يتعلق بقانون المعاملات

الإلكترونية الأردني، ج ر، رقم 4524، متاح على الموقع التالي:

www.aauopil.org/2012/03/blog-post_4858.html

7- قانون رقم 2 لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، صادر في دبي بتاريخ

12 فبراير/شباط 2002، دولة الإمارات العربية المتحدة؛ المصدر:

<http://www.arablaws.org/Arab%20ecommerce.htm>

8- قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15، المؤرخ في 21 أبريل

2004، جريدة رسمية العدد 17، الصادر في 22 أبريل 2004 المصدر:

www.omanlegal.net/vb/showthread.php?t=4105

9- الدليل التشريعي للقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الإلكترونية؛

المصدر:

<http://www.glosbe.com/...Enactment%20of%20the%20UNCITRAL%20Model>

10 - وثيقة الويبو رقم الدورة التاسعة، (wipo/ACE/9/4)، الدورة التاسعة، جنيف، من

جنيف، من 3 إلى 5 مارس 2014؛ متاحة على الموقع:

www.wipo.int/...mdocs/ar/wipo-ace-9-2.docx

11- وثيقة الويبو رقم (WO/GA/41/17REV.2) الدورة الحادية وأربعون (الدورة

الاستثنائية الحادية والعشرون)، جنيف، من 1 إلى 9 أكتوبر 2012؛ المصدر:

www.wipo.int/...ody/ar/wo-ga-41-17-rev-2.doc

12- دليل تشريع قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الدولية مع دليل

التشريع عام 1996 ومع المادة 5 مكرر الإضافية بصيغتها الجديدة المعتمدة في عام

1998، منشورات الأمم المتحدة رقم 99.V.4، الأمم المتحدة، نيويورك، 2000.

13- مجموعة من المبادئ الموحدة للعقد الدولي التي قام بإعدادها المعهد الدولي لتوحيد

القانون الخاص (بروما) ويمكن مراجعتها عبر الإنترنت على الموقع التالي:

www.UNIDROIT.org

- 14- إعلان القاهرة، الوثيقة العربية، نحو مجتمع معلومات عربي، خطة العمل المشترك، القاهرة في 18 يونيو "حزيران" 2003؛ المصدر:
www.itu.int/wsis/docs/cairo/dec/aration-ar.doc
- 15- جدول أعمال القمة العالمية لمجتمع المعلومات، جنيف في سبتمبر 2003؛
www.itu.int/wsis/indexar.html المصدر:
- 16- لائحة الأنشطة التي ينظمها مركز الويبو، المصدر:
<http://www.arbiter.wipo.int/events>
- 17- قانون الأنسيترال النموذجي للتحكيم التجاري؛ المصدر:
www.uncitral.org/...al_texts/arbitration/1985/Model
- 18- مقال بعنوان أساسيات التجارة الإلكترونية، المصدر:
www.arabwebtalk.com/showthread.php?t=190
- 19- الموقع الإلكتروني لمنظمة لآيكان:
www.icann.org
- 20- مركز الويبو للتحكيم والوساطة
WIPO Arbitration and Mediator Center (WAMC)
<http://arbiter.wipo.int/center/index.html>
- ثانيا - قائمة المراجع باللغة الفرنسية:

I- OUVRAGRS :

- 1- **BENSOUSSAN Alain**, Le commerce électronique "aspects juridique", éd HERMES, paris, 1998
- 2- **BOCHURBERG Lionel**, Internet et commerce électronique, 2^e édition, éd DELMAS, Paris, 2001

- 3- **CAPRIOLI (E) et SORIEUL (R)** , le commerce international électronique , vers l'émergence des règles juridiques transnationales, J.D.I., Paris ,1997.
- 4- **CEDRO Jean-Michel**, le multimédia, éd milan, Toulouse, 2000.
- 5- **DEMOULIN Marie**, les pratiques du commerce électroniques, CRID , Paris, 2007.
- 6- **DRAETTA Ugo**, Internet et commerce électronique en droit international des affaires, éd FEC, Paris, 2003.
- 7- **FERAL-SCHUHL Christiane**, Cyberdroit : le droit à l'épreuve de l'internet, 5^e édition, Dalloz, Paris, 2010
- 8- **GEOFFRAY Brunaux**, Le contrat à distance au XXI^e siècle, éd LEX TENSO, Paris, 2010.
- 9- **HAAS Gérard et ASTIER Stéphane**, Guide juridique de l'e-commerce « 7 règles à connaître pour la sécurisation juridique et la valorisation d'un site e-commerce », Edition ENI, 2012
- 10- **HALLOUIN Jean-Claude et CAUSSE Hervé**, le contrat électronique au Cœur du commerce électronique, le droit de la distribution, droit commun ou droit spécial? Collection de la faculté de droit et de science social, université de Poitiers, 2005
- 11- **JOLY Cathie-Rosalie**, Le paiement en ligne sécurisation juridique et technique, éd Lavoisier, 2005
- 12- **Judith Rochfeld et Elise Poillot**, L'acquis communautaire, l'exécution du contrat électronique, éd étude juridique, Paris, 2005
- 13- **LINANT DE BELLEFONDS Xavier**, Le droit du commerce électronique, que sais-je ?, éd Vendôme Impression, Paris, 2005
- 14- **MAS Florence**, la conclusion des contrats du commerce électronique, L.G.D.J, Paris, 2005
- 15- **MAS-FOVEAU Séverine et BENACHOUR-VERSTREPEN Malika**, le commerce électronique en toute confiance « diagnostic des pratiques et environnement juridique », éd Litec, Paris, 2001

- 16- **REBOUL PERRE et XARDEL Dominique**, Le commerce électronique « Technique et enjeux », éd Eyrolles, Paris, 1997
- 17- **THIEFFRY Patrick**, commerce électronique : droit international et européen, éd Litec, Paris, 2002
- 18- **SCHULTZ Thomas**, Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, éd LGD, Paris, 2005
- 19- **VERBIEST Thibault**, Commerce électronique le nouveau cadre juridique, éd LARCIER, Paris, 2004
- 20- _____, Le nouveau droit du commerce électronique, éd LARCIER, Paris, 2004.

II- THESES ET MEMOIRES :

1- THESES :

- 1- **ACHACHE Valérie**, l'approche juridique de la sécurité des paiements dans le commerce électronique, Thèse de doctorat en droit, Université de Nice- Sophia ANTIPOLIS, 2007
- 2- **CACHARD Olivier**, La régulation international du marché électronique, Thèse de Doctorat en droit, Université Panthéon-Assas, Paris II, 2001.
- 3- **DUKAY Bernadett**, Les enjeux des nouvelles relations contractuelles dans le commerce électronique entre professionnels, Thèse de doctorat en droit privé, Université Panthéon-Assas, Paris II, 2009.
- 4- **EL BADAWI Lamia**, les mutations du droit sous l'influence du commerce électronique, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Sorbonne Paris I, 2007.
- 5- **GHAZOUANI Chiheb**, Le contrat de commerce électronique international, Thèse de doctorat en droit, Université Paris II, Panthéon-Assas, 2008.
- 6- **SEIDOWSKY Oswald**, Le fons de commerce numerique, thèse de doctorat en droit privé, Université Panthéon-Assas, Paris II, 2006.

2- MEMOIRE :

- 1- **BRASIER Audrey**, le commerce électronique: une opportunité pour l'Afrique, mémoire présenté en vue de l'obtention du DESS, Gestion européenne et internationale, université panthéon, Sorbonne, Paris 2003.

III- ARTICLES :

- 1- **A. CAPRIOLI Éric**, «La directive européenne n° 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques», Gazette de palais, n° 305, 31 octobre 2000, (p.p.5-14).
- 2- **A . CAPRIOL Eric et AGOSTI Pascal**, «la confiance dans l'économie numérique (commentaires de certains aspects de la loi pour la confiance dans l'économie numérique)», Les petites affiches, n°110, 3 juin 2005, (p.p.4-18).
- 3- **BARESCH Denis et SION Claire**, «La directive européenne pour les signatures électroniques», les petites affiches, n° 38, 21 février 2002, (p.p. 21-29).
- 4- **BARBRY Eric**, «Les contrats souscrits sous forme électronique : de nouvelle condition de (validité)», Gazette du palais, n° 286, 12 octobre 2004, (p.p.24-30).
- 5- _____, «Spam et prospection commercial :pas de vide juridique mais des modification nécessaires», Gazette du palais, n° 113, 22 avril 2004, (p.p.27-32).
- 6- **BRAHIM Adel**, «La reconnaissance de la preuve électronique a-t-elle épuisé la question de la dématérialisation?», Les petites affiches, n° 36, 19 février 2002, (p.p.4-9).
- 7- **BRULARD Yves et FERNANDEZ Pascal**, «signature électronique : la réforme aura-t-elle accouché d'une (souris)?», (1^{ère} partie), les petites affiches, n° 213, 25 octobre 2001, (p.p 8-11).
- 8- _____, «Signature électronique : la réforme aura-t-elle accouché d'une (souris)?», (2^{ème} partie et fin), n° 214, Les petites affiches, 26 octobre 2001, (p.p.4-12).

- 9- **BUREAU Dominique**, «A la pointe de la modernité ? Le contrat électronique international», Revue des contrats, n° 2, 01 avril 2005, (p.p.450-454).
- 10-**CASTETS-RENARD Céline**, «Le formalisme du contrat électronique ou la confiance décrétée», Répertoire du notariat déférions, n° 20, 30 octobre 2006, (p.p.1529-1534).
- 11-**CHARBONNEAU Cyrille et PANSIERq Frédéric-Jérôme**, «Le droit de la (preuve) est totem moderne (le commerce électronique)», Gazette du palais, 01 avril 2000 n° 92, (p.p. 2-5).
- 12- _____, «La nouvelle étape du consentement dématérialisé», Les petites affiches, 25 juin 2002 n° 126, (p.p. 4-7).
- 13-**DELPECH Xavier**, « La lettre de change-relevé magnétique n'est pas une véritable lettre de change », Publié sur Dalloz Actualité : <http://www.dalloz-actualite.fr>
- 14-**DJOUDI Jamel**, «L'internet ou le défi au paiement sécurisé», Gazette du palais, n° 90, 31 mais 2005, (p.p.4-9).
- 15-**DREYNIS Bernard**, « la « LCEN » : une loi nécessaire!», Revue des contrats, n° 2, 01 avril 2005, (p.p.559-567).
- 16-**FENOUILLET Dominique**, «Commerce électronique et droit de la consommation : une rencontre incertaine», Revue des contrats, n° 4, 01 octobre 2004, (p.p. 955-963).
- 17-**FRANCK Jérôme**, «droit de la consommation appliqué au commerce électronique», le forum des droits sur l'internet, 31 août 2007, Voir le site : www.lexisnexis.fr/pdf/DO/reco-conso20070831.
- 18-**GRANIER Thierry**, «la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs : une rencontre entre droit de la consommation et droit financier», Bulletin Joly Bourse, n° 1, 01 janvier, 2006, (p.p.7-12).
- 19-**GRIMALDI Michel et REYNIS Bernard**, «L'acte authentique », Les petites affiches, n° 222, 06 novembre 2003, (p.p. 3-11).
- 20-**GRYNBAUM Luc**, « Loi économie numérique : le sacre des égalités formelle », Revue des contrats, 01 avril 2005 n° 2, (p.p. 280-283).

- 21-**HOLLAND Alain**, «Les avantages de l'arbitrage pour le règlement des litiges entre sociétés françaises», Gazette du palais, n° 179, 28 juin 2007, (p.p.48-55).
- 22-**HUET Jérôme et VALMACHINO Stefania**, «Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international», Gazette du palais, n° 11, 11 janvier 2000, (p.p.6-18).
- 23-**INGEN-HOUSZ Arnaud**, «Arbitrage», Gazette du palais, 31 mai 2003 n° 152, (p.p.40-43).
- 24-**JACQUET Jean-Michel**, «Contrats du commerce électronique et conflits de lois», Les premières journées internationales du droit du commerce électronique, colloque de Nice, organisé par le Département Sciences Juridiques de l'EDHEC et l'Ecole du Droit de l'Entreprise de la faculté de droit de Montpellier, des 6 et 7 novembre 2003, p.99.
- 25-**KLUWER Wolters**, « le commerce électronique: des EDI au commerce en ligne», Lamy droit de l'informatique et des réseaux, 2011, p 742.
- 26-**LAURIANE Rougè-Viance**, « Responsabilité contractuelle : la faute dans l'exécution du contrat » ; [www.avocats – picovschi.com](http://www.avocats-picovschi.com)
- 27-**LE TOURNAU Philippe**, la notion de contrat électronique, les deuxièmes journées internationales du droit du commerce électronique, éd LITEC, colloque de Nice, 6 et 7 novembre, 2003, p.12.
- 28-**LEPLAT Frédéric**, « La réforme des cartes bancaires par la loi du 15 novembre 2001», Les petites affiches, 24 janvier 2002 n°18, (p.p.4-9).
- 29-**LOLIVIER Marc**, «Droit de la consommation :quel cadre juridique pour l'Europe » ? Gazette du palais, 16 mai 2002, n° 136, (p.p.9-13).
- 30-**LUZI Olivia**, « Arbitrage commercial : les spécificités chinoises», Gazette du Palais, n° 173, 21 juin 2008, (p.p.74-81).
- 31-**MAGGIAR Antoine-Audoine**, «La conclusion de contrats par voie électronique», Gazette du palais, n° 321, 17 novembre 2005, (p.p.7-9).

- 32-MEKKI **Mustapha**, « le formalisme électronique: la "neutralité technique" n'emporte pas "neutralité axiologique" », Revue des contrats, n° 3, 01 juillet 2007, (p.p.681-688).
- 33-- _____, « La gestion contractuelle du risque de la preuve », (2^e partie), Revue des contrats, n° 2, 01 avril 2009, (p.p.453-460).
- 34-MAYER **Pierre**, «Actualité du contrat international, Les petites affiches», n° 90, 05 mai 2000, (p.p. 55-59).
- 35-MUNOZ **Sandrine**, «Quelque interrogation sur le paiement électronique», Les petites affiches, n° 171, 28 aout 2000, (p.p.3-8).
- 36-NARUTO **Michio**, « Le marche unique et le commerce électronique vus dans le cadre de la coopération industrielle Euro-Japonaise », Les petites affiches, n° 52, 1 mai 1998, (p.p.28-35).
- 37-N.WATTÉ, A.NUYTS et H.BOULARBAH, «Le règlement « Bruxelles I » la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commercial», journal des tribunaux droit européen n° 91 septembre 2002, Voir le site : www.dipulb.be
- 38-PASSA **Jérôme**, « Les règles générales du commerce électronique et leur application dans les rapports avec les consommateurs », Les petites affiches, n° 27, 06 février 2004, (p.p. 35-42).
- 39-PÉTIAUD **Anaïs**, « Le règlement « BRUXELLES I », règlement communautaire n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et exécution des décisions en matière civil et commerciale », INC Hebdo n° 1307, 12-18 juillet 2004, p.2.
- 40-PIRONON **Valérie**, « Internet et la mondialisation », gazette du palais, n°307, 03 novembre 2007, (p.p.11-17).
- 41-POILLOT-PERUZZETTO **Sylvaine**, «Les méthodes de la C.N.U.D.I., le choix de l'instrument », Les petites affiches, n° 252, 18 décembre 2003, (p.p.44-58).

- 42-RAMBERG Christina**, «commerce électronique, principes unidroit : nouvelle évolutions et applications, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI», supplément spécial 2005, p. 56.
- 43-RAYNOUARD Arnaud**, « Adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique», Répertoire du notariat déférés, n° 10, 30 mai 2000, (p.p.593-609).
- 44-_____**-, « Le droit de l'écrit électronique», Les petites affiches, n° 65, 15 avril 2001, paragraphe 02, p 15-23.
- 45-_____**-, « La loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique... ou comment disqualifier le consensualisme dans un élan d'harmonisation du droit des contrats européen sans le dire!», Revue des contrats, n° 2, 1 avril 2005, (p.p.565-571).
- 46-RENARD Isabelle**, « Premier arrêt de la cour de cassation sur la preuve électronique cour de cassation, civ. 2,4 décembre 2008(pourvoi n° 07-17622) », 15 février 2009, p.3. Voir le site : www.fedisa-eu/...007/fichiers/2009_02_15_20_14_51_.pdf
- 47- ROCHFELD Judith**, « Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation», Revue des contrats, n° 4, 01 octobre 2004,(p.p.915-518).
- 47-ROUGÈ Lauriane - Viance**, « Responsabilité contractuelle: la faute dans l'exécution du contrat », Voir le site: [www.avocats -picovschi.com](http://www.avocats-picovschi.com)
- 48-RUET Laurent**, «La réforme du droit de la preuve opérée par la loi du 13 mars 2000 et les transactions financières», Bulletin joly bourse, n° 3, 01 mai 2000, (p.p.219-224).
- 49-TREBULLE François Guy**, « La reforme du droit de la preuve et le formalisme», Les petites affiches, n° 79, 20 avril 2000, (p.p.10-14).
- 50-VIVANT Michel**, « Le contrat plongé dans (l'économie numérique) », Revue des Contrats, n° 2, 1 avril 2005, (p.p.533-539).

51-WARUSFEL Bertrand, « Aspects juridiques de la dématérialisation des échanges dans le commerce électronique », Les petites affiches, n° 27, 06 février 2004, (p.p.17-22).

52-ZOIA Michel, « La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique », (1^{er} partie), Gazette du palais, n° 198, 17 juillet 2001, (p.p. 16-20).

IV- JURISPRUDENCE :

- 1- C.Paris (1^{er} ch. C), 13 septembre 2007 : Comptoir commercial Bliien C. Union Invivo- RG n° 2005/17475. Voir : Gazette du Palais, 22 novembre 2007 n° 326, p.35.
- 2- Cass. 1^{re} civ, 21 juin 1977, n° 75-11.152, Bull. civ.I, n° 285, p.225.
- 3- Cass. 28 Avril 1987 - bull. Civ - n° 134 - Dalloz - 1987 - somm. P 455.
- 4- Cass. 1^{re} civ, 17 juillet 1996, JCP, 1996, II, 22747
- 5- Cass. Com14 mars 2000, 2000- n° 8, p.10.
- 6- Cass .3^e, 11 mai 2006, RDC 2006, p.1214 et s.

V- Textes Juridiques :

- 1- Directive 97/7/CE du parlement européen et du conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance ; voir le site : .../europa.eu/...es/consumers/protection_of_consumers
- 2- Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridique des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (dite directive sur le commerce électronique), journal officiel des communautés européennes n° L 178 du 17 juillet 2000. voir le site : www.admi.net/eur/loi/leg_euro/fr_300L0031.html
- 3- Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JORF n° 143 du 22 juin 2004. voir le site : www.legifrance.gouv.fr
- 4- Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative a la sécurité quotidienne, J O n° 266, du 16 novembre 2001. voir le site : www.legifrance.gouv.fr

- 5- Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, J O, du 5 août 1994. voir le site : www.legifrance.gouv.fr
- 6- Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, loi pour la confiance dans l'économie numérique, J.O n° 143 du 22 juin 2004. voir le site : www.legifrance.gouv.fr
- 7- Décret n° 2005-973 du 10 août 2005 modifiant le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires ; voir le site : www.legifrance.gouv.fr
- 8- Décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique ; voir le site : www.legifrance.gouv.fr
- 9- Décret n° 2002-535 du 18 avril 2002 relatif à l'évaluation et à la certification de la sécurité offerte par les produits et les systèmes des technologies de l'information ; voir le site : www.legifrance.gouv.fr
- 10-décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, voir le site : www.legifrance.gouv.fr

VI - DOCUMENTS :

- 1- Position commune (C.E.) no 22/2000, arrêtée par le Conseil le 28 février 2000 « en vue de l'adoption de la directive 2000/.../C.E. du Parlement européen et du Conseil du ... relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique») », Gazette du Palais, n° 176, 24 juin 2000, P. 34.
- 2- Internet World Stats Algerian, Internet Usage and Population : <http://www.internetworldstats.com/af/dz.htm>
- 3- Le petit LAROUSSE, Dictionnaire, édition 2005.

الفهرس

01	-----	مقدمة

الباب الأول

الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية 17

20	-----	الفصل الأول: الطبيعة القانونية للتجارة الإلكترونية
22	-----	المبحث الأول : ماهية التجارة الإلكترونية
22	-----	المطلب الأول: مفهوم التجارة الإلكترونية
23	-----	الفرع الأول: تعريف التجارة الإلكترونية
23	-----	أولاً: تعريف التجارة الإلكترونية في المنظمات الدولية والإقليمية
27	-----	ثانياً: تعريف التجارة الإلكترونية القانون المقارن
34	-----	ثالثاً : التعريف الفقهي للتجارة الإلكترونية
39	-----	الفرع الثاني : أشكال التجارة الإلكترونية
40	-----	أولاً: التجارة الإلكترونية بين وحدة أعمال ووحدة أعمال (B2B)
40	-----	ثانياً: التجارة الإلكترونية بين وحدة الأعمال والمستهلك
41	-----	ثالثاً: التجارة الإلكترونية بين مستهلك ومستهلك آخر
42	-----	رابعاً: التجارة الإلكترونية بين وحدة أعمال والحكومة
43	-----	الفرع الثالث: البنية التحتية للتجارة الإلكترونية
44	-----	أولاً: مفهوم شبكة الإنترنت
51	-----	ثانياً: الإنترنت في الجزائر

56	المطلب الثاني: دور المؤسسات الدولية والإقليمية في تنظيم التجارة الإلكترونية
57	الفرع الأول: المصادر الدولية لقوانين التجارة الإلكترونية
58	أولاً: لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية
60	ثانياً: منظمة التجارة العالمية
62	ثالثاً: المنظمة العالمية للملكية الفكرية
64	الفرع الثاني: دور المؤسسات الإقليمية في تنظيم التجارة الإلكترونية
64	أولاً: منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية
66	ثانياً: الاتحاد الأوروبي
69	ثالثاً: المؤسسات الإقليمية المتعددة الأطراف
73	الفرع الثالث: التشريعات الوطنية المنظمة للتجارة الإلكترونية
73	أولاً: الآليات التشريعية في الولايات المتحدة الأمريكية
75	ثانياً: الآليات التشريعية في فرنسا
76	ثالثاً: الآليات التشريعية العربية
82	المبحث الثاني: عقود التجارة الإلكتروني
83	المطلب الأول: مفهوم عقود التجارة الإلكترونية
84	الفرع الأول: تعريف عقود التجارة الإلكترونية
84	أولاً: تعريف العقود الإلكترونية وفقاً للفقهاء
86	ثانياً: تعريف العقود الإلكترونية وفقاً للقوانين المقارنة
90	الفرع الثاني: خصائص عقود التجارة الإلكترونية
90	أولاً- العقد الإلكتروني من العقود المبرمة عن بعد

- 91-----ثانيا- تصور حدوث مجلس افتراضي متعاصر في بعض الفروض
- 92-----ثالثا- عقود التجارة الإلكترونية عقود دولية
- 93-----رابعا- عقود التجارة الإلكترونية الدولية تتسم بالطابع التجاري
- 94-----الفرع الثالث: صور عقود التجارة الإلكترونية وتمييزها عن بعض العقود الأخرى
- 95-----أولا: صور عقود التجارة الإلكترونية
- 102-----ثانيا- تمييز عقود التجارة الإلكترونية عن العقود المحيطة بها في البيئة الإلكترونية
- 106-----المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقود التجارة الإلكترونية
- 107-----الفرع الأول: موقع عقود التجارة الإلكترونية من تقسيم العقود من حيث الانعقاد
- 112-----الفرع الثاني: عقود التجارة الإلكترونية والعقود التقليدية
- 113-----أولا: مدى توافر صفة الإذعان في عقود التجارة الإلكترونية
- 118-----ثانيا: عقد التجارة الإلكترونية أحد العقود التي تبرم عن بعد
- 122-----الفرع الثالث: ضرورة التعبير الإلكتروني عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية
- 129-----الفصل الثاني: تحولات القواعد القانونية المتعلقة بالعقود تحت تأثير التجارة الإلكترونية
- 131-----المبحث الأول: تكوين العقد الإلكتروني
- 131-----المطلب الأول: عناصر الرضا في العقد الإلكتروني
- 132-----الفرع الأول: الإيجاب الإلكتروني
- 134-----أولا: مفهوم الإيجاب الإلكتروني
- 142-----ثانيا: تمييز الإيجاب عن غيره من طرق إعلان الرغبة في التعاقد
- 148-----ثالثا: بعض المسائل القانونية المتعلقة بالإيجاب الإلكتروني
- 151-----رابعا- أساس القوة الملزمة للإيجاب الإلكتروني

153	الفرع الثاني: القبول الإلكتروني
154	أولاً: مفهوم القبول الإلكتروني
156	ثانياً: طرق التعبير عن القبول الإلكتروني
169	ثالثاً: الحق في العدول عن القبول الإلكتروني
175	المطلب الثاني: صحة التراضي
175	الفرع الأول: سلامة الإرادة و خلوها من العيوب
177	أولاً: عيب الغلط
179	ثانياً- عيب التدليس
182	ثالثاً- عيب الإكراه
183	رابعاً- عيب الاستغلال
185	الفرع الثاني: زمان ومكان انعقاد عقود التجارة الإلكترونية
185	أولاً: زمان إبرام العقد الإلكتروني
196	ثانياً: مكان إبرام العقد الإلكتروني
200	المبحث الثاني: تنفيذ عقود التجارة الإلكترونية
201	المطلب الأول: التزام المورد بالتسليم
202	الفرع الأول: أنواع التسليم في عقود التجارة الإلكترونية
202	أولاً - الالتزام بتسليم الأشياء المادية
205	ثانياً- الالتزام بتسليم الأشياء المعنوية
206	الفرع الثاني: جزاء إخلال المورد بتنفيذ التزاماته
209	المطلب الثاني: التزام العميل بالوفاء بالثمن

211	الفرع الأول: ماهية الوفاء الإلكتروني
211	أولاً- مفهوم الوفاء الإلكتروني
215	ثانياً: الطبيعة القانونية للوفاء الإلكتروني
218	الفرع الثاني: صور الوفاء الإلكتروني
219	أولاً: وسائل الدفع الإلكترونية المطورة عن وسائل وفاء تقليدية
233	ثانياً: الوسائل المستحدثة للدفع الإلكتروني

الباب الثاني

الحماية القانونية في نطاق التجارة الإلكترونية 250

253	الفصل الأول- حماية عقود التجارة الإلكترونية
255	المبحث الأول- حماية المستهلك الإلكتروني
257	المطلب الأول: التزام المهني بإعلام المستهلك الإلكتروني
257	الفرع الأول: المقصود بالمستهلك والمهني في إطار عقود التجارة الإلكترونية
258	أولاً: تعريف المستهلك الإلكتروني
266	الإلكتروني.....266
266	أولاً: مفهوم الإعلام الإلكتروني
277	ثانياً: جزاء الإخلال بالالتزام بإعلام المستهلك الإلكتروني
283	المطلب الثاني: حق المستهلك الإلكتروني في العدول
284	الفرع الأول: مفهوم الحق في العدول
284	أولاً: المقصود بحق العدول

287	ثانيا: الطبيعة القانونية للحق في العدول
290	الفرع الثاني: نطاق الحق في العدول
290	أولا: مهلة ممارسة الحق في العدول
294	ثانيا: استثناء حالات معينة من حق العدول
296	ثالثا: آثار الحق في العدول
301	المبحث الثاني: إثبات عقود التجارة الإلكترونية
304	المطلب الأول: الاعتراف بالمحرر الإلكتروني كدليل كتابي
304	الفرع الأول: مفهوم المحرر الإلكتروني
307	أولا: المقصود بالمحرر الإلكتروني
310	ثانيا: الشروط الواجب توافرها في المحررات الإلكترونية
318	ثالثا - مبدأ التكافؤ الوظيفي بين المحررات الإلكترونية والمحررات الورقية
320	الفرع الثاني: الحجية القانونية للمحررات الإلكترونية في الإثبات
321	أولا: حجية المحررات الإلكترونية الرسمية في الإثبات
327	ثانيا- حجية المحررات العرفية الإلكترونية في الإثبات
334	المطلب الثاني: التوقيع والتصديق الإلكترونيين
335	الفرع الأول: إنشاء التوقيع الإلكتروني
336	أولا- مفهوم التوقيع الكتروني
344	ثانيا- شروط حجية التوقيع الإلكتروني
351	الفرع الثاني: تصديق التوقيع الإلكتروني
351	أولا: النظام القانوني لتأدية خدمات التصديق الإلكتروني

- 359-----ثانيا- مسؤولية جهات التصديق الإلكتروني
- 366-----الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق في مجال التجارة الإلكترونية
- 368-----المبحث الأول: تنازع القوانين في مجال عقود التجارة الإلكترونية
- 370-----المطلب الأول: اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(الإسناد الشخصي)
- 372-----الفرع الأول: مضمون قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية
- 373-----أولا: مفهوم قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية
- 382-----ثانيا: الاختيار الصريح والاختيار الضمني في مجال عقود التجارة الإلكترونية
- 388-----الفرع الثاني: محاولة تطبيق قواعد الإسناد الموضوعية على عقود التجارة الإلكترونية
- 389-----أولا: الإسناد الجامد للرباط التعاقدية
- 392-----ثانيا: الإسناد المرن للرابطة العقدية (ضابط الأداء المميز
- 396-----ثالثا: إخضاع عقود التجارة الإلكترونية لقانون مستقل
- 401-----المطلب الثاني: الجهات المختصة بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية
- 402-----الفرع الأول: معايير الاختصاص القضائي الدولي في مجال عقود التجارة الإلكترونية
- 402-----أولا: الضوابط الشخصية للاختصاص القضائي في منازعات عقود التجارة الإلكترونية
- 407-----ثانيا: ضابط مكان نشأة الالتزام في عقود التجارة الإلكترونية
- 410-----الفرع الثاني: تطوير القواعد التقليدية للاختصاص القضائي وفقا للتنظيمات والاتفاقيات الإقليمية
- 411-----أولا: تحديد الاختصاص القضائي في اتفاقية بروكسل ولوجانو
- 414-----ثانيا: الاختصاص القضائي لمحكمة موطن المستهلك في مجال عقود التجارة الإلكترونية
- 420-----المبحث الثاني: التحكيم الإلكتروني
- 422-----المطلب الأول: الأحكام العامة للتحكيم الإلكتروني

423	الفرع الأول: مفهوم التحكيم الإلكتروني
424	أولاً: تعريف التحكيم الإلكتروني
427	ثانياً: مميزات وعيوب التحكيم الإلكتروني
431	الفرع الثاني: تمييز التحكيم الإلكتروني عن النظم المتشابهة معه
431	أولاً- المفاوضات الإلكترونية
433	ثانياً- الوساطة الإلكترونية
435	ثالثاً- التوفيق الإلكتروني
436	الفرع الثالث: مصادر أحكام التحكيم الإلكتروني
437	أولاً: جهود المنظمات الخاصة بالتحكيم الإلكتروني
443	ثانياً: التحكيم الخاص بأسماء الموقع الإلكترونية
452	المطلب الثاني: الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني
453	الفرع الأول: اتفاق التحكيم الإلكتروني
454	أولاً: مفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني
458	ثانياً: شكل اتفاق التحكيم الإلكتروني
464	ثالثاً: آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني
466	رابعاً- مضمون اتفاق التحكيم الإلكتروني
471	الفرع الثاني: الإجراءات المتبعة أمام هيئة التحكيم الإلكتروني
472	أولاً- طلب اللجوء للتحكيم الإلكتروني
476	ثانياً: حكم التحكيم الإلكتروني
481	الفرع الثالث: تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني

481	أولاً- استصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني
485	ثانياً- تحديد مكان محكمة التحكيم الإلكتروني
588	الخاتمة
500	قائمة المراجع
544	الفهرس

الفهرس

01	-----	مقدمة

الباب الأول

الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية 17

20	-----	الفصل الأول: الطبيعة القانونية للتجارة الإلكترونية
22	-----	المبحث الأول : ماهية التجارة الإلكترونية
22	-----	المطلب الأول: مفهوم التجارة الإلكترونية
23	-----	الفرع الأول: تعريف التجارة الإلكترونية
23	-----	أولاً: تعريف التجارة الإلكترونية في المنظمات الدولية والإقليمية
27	-----	ثانياً: تعريف التجارة الإلكترونية القانون المقارن
34	-----	ثالثاً : التعريف الفقهي للتجارة الإلكترونية
39	-----	الفرع الثاني : أشكال التجارة الإلكترونية
40	-----	أولاً: التجارة الإلكترونية بين وحدة أعمال ووحدة أعمال (B2B)
40	-----	ثانياً: التجارة الإلكترونية بين وحدة الأعمال والمستهلك
41	-----	ثالثاً: التجارة الإلكترونية بين مستهلك ومستهلك آخر
42	-----	رابعاً: التجارة الإلكترونية بين وحدة أعمال والحكومة
43	-----	الفرع الثالث: البنية التحتية للتجارة الإلكترونية
44	-----	أولاً: مفهوم شبكة الإنترنت
51	-----	ثانياً: الإنترنت في الجزائر
56	-----	المطلب الثاني: دور المؤسسات الدولية والإقليمية في تنظيم التجارة الإلكترونية

57	الفرع الأول: المصادر الدولية لقوانين التجارة الإلكترونية
58	أولاً: لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية
60	ثانياً: منظمة التجارة العالمية
62	ثالثاً: المنظمة العالمية للملكية الفكرية
64	الفرع الثاني: دور المؤسسات الإقليمية في تنظيم التجارة الإلكترونية
64	أولاً: منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية
66	ثانياً: الاتحاد الأوروبي
69	ثالثاً: المؤسسات الإقليمية المتعددة الأطراف
73	الفرع الثالث: التشريعات الوطنية المنظمة للتجارة الإلكترونية
73	أولاً: الآليات التشريعية في الولايات المتحدة الأمريكية
75	ثانياً: الآليات التشريعية في فرنسا
76	ثالثاً: الآليات التشريعية العربية
82	المبحث الثاني: عقود التجارة الإلكترونية
83	المطلب الأول: مفهوم عقود التجارة الإلكترونية
84	الفرع الأول: تعريف عقود التجارة الإلكترونية
84	أولاً: تعريف العقود الإلكترونية وفقاً للفقهاء
86	ثانياً: تعريف العقود الإلكترونية وفقاً للقوانين المقارنة
90	الفرع الثاني: خصائص عقود التجارة الإلكترونية
90	أولاً- العقد الإلكتروني من العقود المبرمة عن بعد
91	ثانياً- تصور حدوث مجلس افتراضي متعاصر في بعض الفروض

92	ثالثا- عقود التجارة الإلكترونية عقود دولية-----
93	رابعا- عقود التجارة الإلكترونية الدولية تتسم بالطابع التجاري-----
94	الفرع الثالث: صور عقود التجارة الإلكترونية وتمييزها عن بعض العقود الأخرى-----
95	أولا: صور عقود التجارة الإلكترونية-----
102	ثانيا- تمييز عقود التجارة الإلكترونية عن العقود المحيطة بها في البيئة الإلكترونية-----
106	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقود التجارة الإلكترونية-----
107	الفرع الأول: مكانة عقود التجارة الإلكترونية من تقسيم العقود من حيث الانعقاد-----
112	الفرع الثاني: عقود التجارة الإلكترونية والعقود التقليدية-----
113	أولا: مدى توافر صفة الإذعان في عقود التجارة الإلكترونية-----
118	ثانيا: عقد التجارة الإلكترونية أحد العقود التي تبرم عن بعد-----
122	الفرع الثالث: ضرورة التعبير الإلكتروني عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية-----
129	الفصل الثاني: تحولات القواعد القانونية المتعلقة بالعقود تحت تأثير التجارة الإلكترونية-----
131	المبحث الأول: تكوين العقد الإلكتروني-----
131	المطلب الأول: عناصر الرضا في العقد الإلكتروني-----
132	الفرع الأول: الإيجاب الإلكتروني-----
134	أولا: مفهوم الإيجاب الإلكتروني-----
142	ثانيا: تمييز الإيجاب عن غيره من طرق إعلان الرغبة في التعاقد-----
148	ثالثا: بعض المسائل القانونية المتعلقة بالإيجاب الإلكتروني-----
151	رابعا- أساس القوة الملزمة للإيجاب الإلكتروني-----
153	الفرع الثاني: القبول الإلكتروني-----

154	أولاً: مفهوم القبول الإلكتروني
156	ثانياً: طرق التعبير عن القبول الإلكتروني
169	ثالثاً: الحق في العدول عن القبول الإلكتروني
175	المطلب الثاني: صحة التراضي
175	الفرع الأول: سلامة الإرادة و خلوها من العيوب
177	أولاً: عيب الغلط
179	ثانياً- عيب التدليس
182	ثالثاً- عيب الإكراه
183	رابعاً- عيب الاستغلال
185	الفرع الثاني: زمان ومكان انعقاد عقود التجارة الإلكترونية
185	أولاً: زمان إبرام العقد الإلكتروني
196	ثانياً: مكان إبرام العقد الإلكتروني
200	المبحث الثاني: تنفيذ عقود التجارة الإلكترونية
201	المطلب الأول: التزام المورد بالتسليم
202	الفرع الأول: أنواع التسليم في عقود التجارة الإلكترونية
202	أولاً - الالتزام بتسليم الأشياء المادية
205	ثانياً- الالتزام بتسليم الأشياء المعنوية
206	الفرع الثاني: جزاء إخلال المورد بتنفيذ التزاماته
209	المطلب الثاني: التزام العميل بالوفاء بالثمن
211	الفرع الأول: ماهية الوفاء الإلكتروني

211	أولاً- مفهوم الوفاء الإلكتروني
215	ثانياً: الطبيعة القانونية للوفاء الإلكتروني
218	الفرع الثاني: صور الوفاء الإلكتروني
219	أولاً: وسائل الدفع الإلكترونية المطورة عن وسائل وفاء تقليدية
233	ثانياً: الوسائل المستحدثة للدفع الإلكتروني

الباب الثاني

الحماية القانونية في نطاق التجارة الإلكترونية 250

253	الفصل الأول- حماية عقود التجارة الإلكترونية
255	المبحث الأول- حماية المستهلك الإلكتروني
257	المطلب الأول: التزام المهني بإعلام المستهلك الإلكتروني
257	الفرع الأول: المقصود بالمستهلك والمهني في إطار عقود التجارة الإلكترونية
258	أولاً: تعريف المستهلك الإلكتروني
264	ثانياً: تعريف المهني
266	الفرع الثاني: مضمون الالتزام بالإعلام للمستهلك المستهلك
266	أولاً: مفهوم الإعلام الإلكتروني
277	ثانياً: جزاء الإخلال بالالتزام بإعلام المستهلك الإلكتروني
283	المطلب الثاني: حق المستهلك الإلكتروني في العدول
284	الفرع الأول: مفهوم الحق في العدول

284	أولاً: المقصود بحق العدول
287	ثانياً: الطبيعة القانونية للحق في العدول
290	الفرع الثاني: نطاق الحق في العدول
290	أولاً: مهلة ممارسة الحق في العدول
294	ثانياً: استثناء حالات معينة من حق العدول
296	ثالثاً: آثار الحق في العدول
301	المبحث الثاني: إثبات عقود التجارة الإلكترونية
304	المطلب الأول: الاعتراف بالمحرر الإلكتروني كدليل كتابي
304	الفرع الأول: مفهوم المحرر الإلكتروني
307	أولاً: المقصود بالمحرر الإلكتروني
310	ثانياً: الشروط الواجب توافرها في المحررات الإلكترونية
318	ثالثاً - مبدأ التكافؤ الوظيفي بين المحررات الإلكترونية والمحررات الورقية
320	الفرع الثاني: الحجية القانونية للمحررات الإلكترونية في الإثبات
321	أولاً: حجية المحررات الإلكترونية الرسمية في الإثبات
327	ثانياً- حجية المحررات العرفية الإلكترونية في الإثبات
334	المطلب الثاني: التوقيع والتصديق الإلكترونيين
335	الفرع الأول: إنشاء التوقيع الإلكتروني
336	أولاً- مفهوم التوقيع الكتروني
344	ثانياً- شروط حجية التوقيع الإلكتروني
351	الفرع الثاني: تصديق التوقيع الإلكتروني

- 351 ----- أولاً: النظام القانوني لتأدية خدمات التصديق الإلكتروني
- 359 ----- ثانياً- مسؤولية جهات التصديق الإلكتروني
- 366 ----- الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق في مجال التجارة الإلكترونية
- 368 ----- المبحث الأول: تنازع القوانين في مجال عقود التجارة الإلكترونية
- 370 ----- المطلب الأول: اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية (الإسناد الشخصي)
- 372 ----- الفرع الأول: مضمون قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية
- 373 ----- أولاً: مفهوم قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية
- 382 ----- ثانياً: الاختيار الصريح والاختيار الضمني في مجال عقود التجارة الإلكترونية
- 388 ----- الفرع الثاني: محاولة تطبيق قواعد الإسناد الموضوعية على عقود التجارة الإلكترونية
- 389 ----- أولاً: الإسناد الجامد للرباط التعاقدية
- 392 ----- ثانياً: الإسناد المرن للرابطة العقدية (ضابط الأداء المميز)
- 396 ----- ثالثاً: إخضاع عقود التجارة الإلكترونية لقانون مستقل
- 401 ----- المطلب الثاني: الجهات المختصة بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية
- 402 ----- الفرع الأول: معايير الاختصاص القضائي الدولي في مجال عقود التجارة الإلكترونية
- 402 ----- أولاً: الضوابط الشخصية للاختصاص القضائي في منازعات عقود التجارة الإلكترونية
- 407 ----- ثانياً: ضابط مكان نشأة الالتزام في عقود التجارة الإلكترونية
- 410 ----- الفرع الثاني: تطوير القواعد التقليدية للاختصاص القضائي وفقاً للتنظيمات والاتفاقيات الإقليمية
- 411 ----- أولاً: تحديد الاختصاص القضائي في اتفاقية بروكسل ولوجانو
- 414 ----- ثانياً: الاختصاص القضائي لمحكمة موطن المستهلك في مجال عقود التجارة الإلكترونية

420	المبحث الثاني: التحكيم الإلكتروني
422	المطلب الأول: الأحكام العامة للتحكيم الإلكتروني
423	الفرع الأول: مفهوم التحكيم الإلكتروني
424	أولاً: تعريف التحكيم الإلكتروني
427	ثانياً: مميزات وعيوب التحكيم الإلكتروني
431	الفرع الثاني: تمييز التحكيم الإلكتروني عن النظم المتشابهة معه
431	أولاً- المفاوضات الإلكترونية
433	ثانياً- الوساطة الإلكترونية
435	ثالثاً- التوفيق الإلكتروني
436	الفرع الثالث: مصادر أحكام التحكيم الإلكتروني
437	أولاً: جهود المنظمات الخاصة بالتحكيم الإلكتروني
443	ثانياً: التحكيم الخاص بأسماء الموقع الإلكترونية
452	المطلب الثاني: الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني
453	الفرع الأول: اتفاق التحكيم الإلكتروني
454	أولاً: مفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني
458	ثانياً: شكل اتفاق التحكيم الإلكتروني
464	ثالثاً: آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني
466	رابعاً- مضمون اتفاق التحكيم الإلكتروني
471	الفرع الثاني: الإجراءات المتبعة أمام هيئة التحكيم الإلكتروني
472	أولاً- طلب اللجوء للتحكيم الإلكتروني

476	ثانيا: حكم التحكيم الإلكتروني
481	الفرع الثالث: تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني
481	أولا- استصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني
485	ثانيا- تحديد مكان محكمة التحكيم الإلكتروني
588	الخاتمة
500	قائمة المراجع
536	الفهرس

النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري

Le régime juridique du commerce électronique en droit Algérien

ملخص الرسالة باللغة العربية

يتوقف استفادة الجزائر، من التجارة الإلكترونية - على المدى المتوسط والبعيد - على وضع إمكانيات تقنية وبشرية، تمكنها من تحقيق قفزة اقتصادية نوعية، وتتخطى عدة عقبات (مادية، تكنولوجيا، اقتصادية، قانونية وغيرها)، وحتى يتمكن الجزائريون من الدخول إلى عالم التجارة الإلكترونية من بابه الواسع، يجب وضع إمكانيات عملية، وبنية تحتية متينة. انطلاقاً من هذا المبدأ، قام المشرع الجزائري بإصدار قانون رقم 04-15 مؤرخ في 01 فبراير 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، بهدف التكفل بالمتطلبات القانونية، التنظيمية والتقنيات التي ستسمح بخلق جو من الثقة المواتية لتعميم وتطوير التجارة الإلكترونية.

Résumé de la thèse en langue Française

Les bénéfices à moyen et long terme que l'Algérie pourra retirer du commerce électronique dépendra de la mise en perspective des divers avantages que cette façon de commercer pourra leur apporter et de la résolution des nombreux obstacles (physique, technologique, économique, juridique et autres) que les Algériens sauront élaborer dans la réalisation des conditions de base à la pratique du commerce électronique.

Partant de ce principe, le législateur Algérien a promulgué la loi n° 15-04 du 1^{er} février 2015 fixant les règles générales relatives à la signature et à la certification électronique, en visant la mise en place du cadre légal pour la prise en charge des exigences juridiques, organisationnelles et au développement du commerce électronique.