جامعة قاصدي مربـاح– ورقلة

كليـة الحقوق والعلوم السياسية

قسـم الحقـوق

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر أكاديمي

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية

شعبة: الحقوق

تخصص: قانون العلاقات الدولية الخاصة

إعداد الطالبة: دبه حورية

بعنوان:

منازعات العقد الإلكتروني

نوقشت وأجيزت بتاريخ: ../../....

أمام اللجنة المكونة من السادة:

الدكتورة: ياسمينة لعجال أستاذ محاضر (أ) بجامعة قاصدي مرباح ورقلة	رئيسا.
الدكتور: رضا هميسي أستاذ التعليم العالي بجامعة قاصدي مرباح ورقلة	مشرفا ومقررا.
الأستاذ: نصير بن آكلي أستاذ مساعد (أ) بجامعة قاصدي مرباح ورقلة	مناقشا.

السنة الجامعية: 2017/2016

إهـــداء

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين

أهدي هذا العمل إلى:

من تنحني هامتي خجلا له أبي الغالي والذي كان مثلي الأعلى وقدوتي أطال الله عمره ورعاه.

و من حملني وهنا على وهن أمي ثم أمي ثم أمي سر سعادتي والتي بدعواتها أنارت لي دربي ويسرت لي كل صعب حفظها الله وأمدها الصحة والعافية.

أيضا سندي في الحياة إخوتي وأخواتي العربي وزوجته ،نسيمة ، خير الدين وزوجته ، منيرة وزوجها ، نوح وزوجته ،عقبة وعبد المنعم ،فاطمة وزوجها ،ربيع ، ياسمين ، أحمد رمزي ، حفيظة ،يوسف.

وإلى أحفاد العائلة أماني، إكرام، ألاء الرحمان، بسمة، آمنة، محمد الصديق، جواد، إيناس، أحمد فهد، عبد الرحمان.

إلى أصدقاء عمري الذين تذوقت معهم أروع اللحظات واختصرو لي معاني الأخوة كل باسمها نور الهدى، بشير،أسماء، سمية، جهاد، فطوم، ابتسام،محمد، مزيانة، حميدة.

وإلى كل الأحباب والأصدقاء دون إستثناء.

دبه حورية

شكر وتقديـــر

الشكر والحمد لله الذي ألهمني الطموح وسدد خطاي وأعانني على إنجاز هذه المذكرة

كما أتقدم بجزيل الشكر والتقدير لأستاذي الدكتور المشرف "**حميسي رضا** " الذي لم يبخل علي بتوجيهاته ونصائحه القيمة وإرشاداته التي كانت عونا لإتمام هذه الأطروحة فجزاه الله خير الجزاء.

وأتقدم أيضا بالشكر والعرفان إلى جميع أساتذتي الكرام على مدار جميع السنوات الجامعية.

كما لا يفوتني أيضا الشكر وكل الشكر لموظفي مكتبة الحقوق بجامعة ورقلة ، وأخص بالذكر الأستاذ عبد القادر بن أودينة.

والشكر والامتنان لكل من أسهم في إتمام هذا العمل.

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر والعرفان إلى أعضاء اللجنة الموقرة الذين قبلوا قراءة ومناقشة هذه المذكرة وتقييمها بملاحظاتهم السديدة.

دبه حورية

مقدمـــــة

مقدمـــــــة

يشهد العالم وبشكل غير مسبوق ثورة معلوماتية لم يشهد لها مثيل في مجال تكنولوجيا المعلومات و الاتصال، قربت بذلك المكان واختصرت الزمان وألغت الحدود الجغرافية بين الدول، ما أدى بذلك إلى فتح الأفاق لإبرام مختلف العقود، فأصبح إبرام العقود يتم عن طريق وسائل الاتصال الحديثة مما أدى إلى ظهور ما يسمى بالتجارة الإلكترونية عبر شبكة الانترنت.

فأثارت المعاملات التجارية عبر الانترنت العديد من المشكلات بما فيها العقود التجارية، فبات من الضروري وضعها في إطار قانوني يحدد مدى مشروعيتها وسبل تحقيقها، من أجل ضمان حماية المعاملات بين التجار والمستهلكين، ومدى ملائمتها لثورة التجارة الإلكترونية من أجل تحقيق الأمن القانوني والثقة للطرفين المتعاقدين عبر الانترنت، مما خلق تحديا لدى الباحث والقاضي والفقيه، ودفع بالمشرع في مختلف دول العالم إلى إجراء جملة تعديلات لبعض النصوص القانونية ووضع قواعد قانونية مواكبة لتطور الحاصل.

حيث أدت أشكال الانتهاكات اليومية في بيئة التجارة الإلكترونية إلى تزايد المنازعات الناتجة عن العمليات التعاقدية في المعاملات الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنت.

وتظهر أهمية هذا الموضوع في كون العقود الدولية الإلكترونية في تزايد يوما بعد يوم، وبشكل كبير فأصبحت واقع مفروض على الدول والأفراد للتعامل به، نظرا لما يحققه من قيمة اقتصادية في هذا المجال، كما تتجلى كذلك الأهمية في الآثار القانونية الناتجة عن العمليات الإلكترونية في البيئة الإلكترونية، خاصة فيما يتعلق بخصوصية العقد الإلكتروني والمنازعات الناجمة عنه، وطرح الحلول لتسوية هذا النوع من المنازعات وتقديم الأطر القانونية الملائمة لها.

كما هدفت هذه الدراسة إلى توضيح موضوع منازعات العقد الإلكتروني، ويندرج ذلك في معالجة الإشكال القانوني حول العقد الإلكتروني ومدى خصوصيته في مجال ثورة التجارة الإلكترونية، وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى المبرمة عبر شبكة الانترنت، وإثبات العقد الإلكتروني في ظل هذه المعاملات كما تستعرض هذه الدراسة أيضا تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات العقد الإلكتروني، وما إذا كانت مناهج التنازع التقليدية ستعطي الحل الأمثل لمشكلة القانون الواجب التطبيق على هذه العقود ومدى الحاجة إلى إيجاد قانون ينظم هذه العقود، ويحدد القانون الواجب التطبيق عليها ،وكيفية تسوية هذا النوع من المنازعات .

وكانت أسباب اختياري لهذا الموضوع تتجلى في أسباب **موضوعية** في كون هذا الموضوع حديث ومتشعب وطرح العديد من الإشكالات، مما جعل منه محل نقاش وجدل قضائي وفقهي وتشريعي، وأن العقد الإلكتروني ليس كغيره من العقود الأخرى في البيئة الإلكترونية، ومعرفة مدى تجاوب القانون مع تكنولوجيا الإعلام و الاتصال الحديثة من أجل إيجاد قوانين تواكب تنظيم المعاملات الإلكترونية لضمان تحقيق الأمن القانوني والثقة للمتعاقدين.

أما الأسباب **الذاتية** تكمن في الميل الشخصي لهذا النوع من المواضيع، وكذا قلة البحث القانوني الذي يتناول هذا الموضوع خاصة العربية منها، ومن أجل الإسهام في إثراء المكتبة هذا من جهة، ويكون في متناول باحثين آخرين من جهة أخرى.

ومن هنا كانت الإشكالية المطروحة حول الموضوع هي:

- **ما طبيعة العقد الالكتروني؟ وما هو القانون الواجب التطبيق على منازعات العقد الالكتروني؟**

وعلى ضوء الإشكالية الرئيسية المطروحة يمكن أن ندرج الأسئلة الفرعية التالية:

- ما المقصود بالعقد الإلكتروني؟ وما هي ميزات العقد الإلكتروني عن باقي العقود الأخرى؟
- ما هي حجية التوقيع الإلكتروني؟
- ما هي الجهة القضائية المختصة بالفصل في منازعات العقد الإلكتروني؟

وللإجابة على هذه الإشكالية والأسئلة المتفرعة عنها قسمنا بحثنا هذا إلى:

الفصل الأول: نتعرف فيه على العقد الإلكتروني في بيئة التجارة الإلكترونية وذلك بتقسيمه إلى مبحثين **(المبحث الأول)** تعريف العقد الإلكتروني و**(المبحث الثاني)** إثبات العقد الإلكتروني.

الفصل الثاني: سنتطرق فيه إلى تسوية منازعات العقد الإلكتروني وذلك بتقسيمه إلى مبحثين **(المبحث الأول)** القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني و**(المبحث الثاني)** الاختصاص القضائي بنظر منازعات العقد الإلكتروني.

وانتهجنا في بحثنا هذا المنهج التحليلي ذلك أن الدراسة تتطلب شرح المفاهيم القانونية المتعلقة بالموضوع، وتحليل النصوص القانونية والإلمام بكافة أحكامها، حيث يقوم هذا المنهج على عمليات التفسير، وبالإضافة إلى المنهج المقارن، وهو الغالب في موضوع الدراسة من خلال عرض ومقارنة مختلف التشريعات والاتفاقيات، والتوجيهات الصادرة فيما يخص العقد الإلكتروني ودوره في المعاملات الإلكترونية في ميدان المعلوماتية.

ونشير إلى أنه واجهتنا بعض الصعوبات لعل أهمها حداثة الموضوع لاسيما في الجزائر، وإلى عدم وجود قانون حتى الآن ينظم التجارة الإلكترونية، بالإضافة إلى قلة المراجع المتخصصة في الموضوع بالرغم من توافر المراجع العامة التي أخذت دراسة هذا الموضوع كجزئية نوعا ما، وقلة الدراسات في هذا البحث باللغة العربية.

الفصل الأول

مفهوم العقد الإلكتروني

الفصل الأول

مفهوم العقد الإلكتروني

من الملاحظ أن التقدم العلمي والتكنولوجي الهائل الذي تشهده البشرية في العصر الحديث يلقي بظلاله ونتائجه على كافة جوانب الحياة والعلاقات بين الأفراد والدول، ويبدو ذلك بوضوح بصدد ثورة الاتصالات والفضائيات عبر شبكة الانترنت، ولذلك يتم تجسيد التجارة الإلكترونية والتي هي نظام يتيح عبر الانترنت حركات بيع وشراء السلع والخدمات والمعلومات عبر الأساليب التعاقدية، ومن خلال العقد الإلكتروني الذي يعتبر من أهم الوسائل التي ساعدت على رواج التجارة الإلكترونية.

ومن هنا قمت بتقسيم الفصل إلى مبحثين **(المبحث الأول)** تعريف العقد الإلكتروني، و**(المبحث الثاني)** إثبات العقد الإلكتروني.

المبحث الأول

العقد الإلكتروني

يعد التعاقد الإلكتروني من أهم ما استحدث في عالم التجارة الدولية، إذ لا شك أن التطور الهائل في ثورة الاتصالات والتقنيات الحديثة بصفة عامة قد أدى إلى ظهور التجارة الإلكترونية، وذلك عن طريق العقد الإلكتروني الذي له خصوصية تكمن في الجانب الإلكتروني لهذا العقد، أي أنه يتم بوسيلة إلكترونية، وهذه الخاصية جعلت من العقد الإلكتروني يتميز عن غيره من العقود في مجال التجارة الإلكترونية، ولتسليط الضوء عليه أكثر تم تقسيم المبحث إلى مطلبين **(المطلب الأول)** العقد الإلكتروني وخصائصه، و**(المطلب الثاني)** سنتطرق فيه إلى تميز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود الأخرى .

المطلب الأول

العقد الإلكتروني وخصائصه

يعتبر تعريف العقد الإلكتروني من أهم المواضيع التي أثارت الجدل واختلفت عندها وجهات النظر ذلك، لأنها تمس بالتجارة الإلكترونية بصفة عامة والعقود الإلكترونية بصفة خاصة، وربما مرد هذا الخلاف هو تنوع وتعدد العقود التي تبرم في البيئة الإلكترونية، الأمر الذي أدى إلى اختلاف المفاهيم والتعريفات لضبطها.

وعليه سيتم عرض أهم التعاريف الواردة للعقد الإلكتروني في الفرع الأول ، والفرع الثاني خصائص العقد الإلكتروني.

الفرع الأول:العقد الإلكتروني

سيتم عرض أهم التعاريف الواردة بشأنه أولا في القوانين المقارنة ومن ثم لما جاء به الفقه ثانيا.

أولا :تعريف القوانين المقارنة للعقد الإلكتروني

في غياب تعريف للعقد الإلكتروني في القانون الجزائري، ينبغي العودة إلى تلك التي جاءت بها القوانين المقارنة في هذا المجال، فقد عرفت المادة **02** من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني[1]، العقد الإلكتروني على أنه: "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائط إلكترونية كليا أو جزئيا."

وأضافت نفس المادة إلى ذلك تعريفا خاصا للوسائل الإلكترونية التي يبرم بواسطتها العقد على أنه: "أية تقنية لاستخدام وسائل كهربائية أو ضوئية أو أية وسائل مشابهة لتبادل المعلومات وتخزينها".

ومن خلال ما سبق ذكره نخلص إلى أن المشرع الأردني لم يضبط مفهوم العقد الإلكتروني، وإنما أضاف إلى جانبه تعريف لوسيلة إبرامه ، معتبرا أن أي مرحلة من مراحل إبرامه إذا ما تمت بطريقة إلكترونية فإن العقد يعد عقدا إلكترونيا ، أما تعريفه للوسيلة الإلكترونية فجاء مفتوحا لما ستسفر عنه هذه التقنية مستقبلا.

أما المشرع التونسي فقد وضع تعريف للعقد الإلكتروني بطريقة ليست بصريحة عندما نص في الفصل الأول من قانون رقم **83** لسنة **2000** أن: "العقود الإلكترونية يجري عليها نظام العقود الكتابية فيما لا يتعارض مع القانون".

[1]- انظر: قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، رقم 85 سنة 2000 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001.

وما يلاحظ على المشرع التونسي أنه لم يميز بين العقد العادي والعقد الإلكتروني من حيث إرادة الأطراف من أجل إحداث أثر قانوني ، وإنما الاختلاف في وسيلة إبرام العقد الإلكتروني أي أنه يبرم بعد، وهذا واضح من تعريف التجارة الإلكترونية بأنها العمليات التجارية التي تتم بواسطة الوسائل الإلكترونية[1].

وقد حدد المشرع الليبي أحكام العقد الإلكتروني في المواد **89-163** من القانون المدني، إلا أنه رغم ذلك لم يورد تعريفا للعقد الإلكتروني[2].

أما المشرع الكندي فقد عرف في القانون الخاص بولاية "**كبيك**" لحماية المستهلك بالقسم **20** منه، التعاقد عن بعد بأنه: "تعاقد بين تاجر ومستهلك بدون تواجد مادي بينهما سواء في حالة الإيجاب أو القبول في حال كون الإيجاب غير موجه لمستهلك معين"[3].

و من خلال ما سبق ذكره من تعريفات نخلص إلى أن العقد الإلكتروني في جل التشريعات المقارنة أن المبادلات الإلكترونية تتم بوسيط إلكتروني أو وثيقة إلكترونية، وهذه المبادلات قد تكون إما مبادلة سلعة بمال أو خدمة بمال ، وعليه فإنه يخرج من نطاقها الوثائق المكتوبة كالعقود وقرارات الاستلام والفواتير وغيرها ، فتتم بذلك بطريقة إلكترونية وبوسيلة إلكترونية أيا كانت هذه الوسيلة .

ثانيا: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني

فقد اتجه الفقهاء إلى دراسة العقد الإلكتروني من خلال ما يتميز به من خصوصية وحداثة.

عرفه جانب من الفقه بالاعتماد على وسائل إبرامه معتبرا أن: "العقد الإلكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه عبر الانترنت"[1].

[1]- مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، عين مليلة 2009 ، ص 26 وما يليها.
[2]- مناني فراح، المرجع نفسه، ص 26.
[3]- بلقا سم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون الأعمال ، جامعة الحاج لخضر- باتنة، الجزائر السنة الجامعية2015، ص 25.

وما يلاحظ على هذا التعريف أنه حصر انعقاد العقد الإلكتروني على وسيلة واحدة، وهي الانترنت بينما يوجد الوسائل الأخرى لإبرامه كالتيليكس والفاكس والمنيتيل.

كما عرف العقد الإلكتروني من جانب الفقه الفرنسي بأنه: "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول بشأن الأموال والخدمات، عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد بوسيلة مسموعة ومرئية، تتيح التفاعل الحواري بين الموجب والقابل[2]". حيث أن ما يلاحظ كذلك على هذا التعريف أنه اقتصر على المعاملات التي تبرم عبر الانترنت فقط، كما أنه من الخطأ ربط مفهوم العقد الإلكتروني بوسيلة اتصال معينة.

ومن التعاريف ما يكتفي بأن العقد مبرما ولو جزئيا بوسيلة إلكترونية لاعتباره عقد إلكترونيا، ومنه القائل: " بأن العقد الإلكتروني هو الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية كليا أو جزئيا أصالة أو نيابة"[3].

ومن التعاريف ما اشتمل على جميع الوسائل الإلكترونية، لكنه اشترط لكي يعتبر العقد إلكترونيا أن تتوافر عناصره عبر الوسيلة الإلكترونية حتى إتمامه، معتبرا أنه: "كل عقد يتم عن بعد باستعمال وسيلة إلكترونية وذلك حتى إتمام العقد"[4].

وهناك من عرفه بأنه التفاوض الذي انتهى بالاتفاق التام بين إرادتين صحيحتين باستخدام وسيلة اتصال حديثة[5].

ونخلص من خلال التعاريف السابقة الذكر أنها أضفت نوع من المرونة في ضبط مفهوم العقد الإلكتروني وفق ما يتلاءم مع المفاهيم المستحدثة وما يستجد من ظروف.

---

[1]- انظر: مناني فراح، المرجع السابق، ص 22.

[2]- Olivine TENA, internet et durit, Aspects juridiques du commerce électronique, édition eyalets, 1996, P 23.

[3]- أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الانترنت- دراسة مقارنة، المكتبة القانونية، عمان 2002، ص 132.

[4]- بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 37.

[5]- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2003، ص 18.

إلا أننا نؤيد الفقه الذي ارتكز في تعريفه على طبيعة الخصوصية التي يمتاز بها العقد الإلكتروني والمتمثلة في الطريقة التي ينعقد بها، دون إغفال صفة أنه ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد .

الفرع الثاني: خصائص العقد الإلكتروني

يتميز العقد الإلكتروني بأنه عقد مبرم بوسيلة إلكترونية، ويتم إبرامه بين متعاقدين متباعدين مكانا، نظرا للطبيعة الخاصة للمعاملات الإلكترونية، ويمكن إجمال خصائص العقد الإلكتروني فيما يلي:

أولا: العقد الإلكتروني هو تعاقد عن بعد

فالتعاقد التقليدي بين حاضرين يوجب لقيامه تواجد طرفيه في نفس المجلس للاتفاق على تفاصيل العقد المزمع إبرامه، أما العقد الإلكتروني فيتم بدون التواجد المادي لطرفيه فهو يتم عبر شبكة الانترنت من خلال مجلس عقد حكمي افتراضي. لذلك فهو فوري معاصر[1]. و التعاقد عن بعد يتم بالمراسلة مثل الكتالوجات و النشرات، أو يتم بالمراسلة، ومن ذلك وسائل الاتصال الحديثة مثل الهاتف والفاكس والكومبيوتر والمواقع الإلكترونية[2].

ثانيا: العقد الإلكتروني عقد تجاري

ينفرد العقد الإلكتروني بالطابع التجاري لذلك يطلق عليه بعقد التجارة الإلكترونية، حيث يمتاز هذا العقد بالوسيلة التي ينعقد بها، إذ يتم إبرامه عن طريق الانترنت أو غيرها من وسائل الاتصال الحديثة. كما أنه يتسم بطابع الاستهلاك لأنه غالبا ما يتم بين تاجر أو مهني ومستهلك باعتباره من عقود الاستهلاك [3]، وعليه فإنه عادت ما يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك و هذا وفق ما جاء به

[1]- محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2006، ص23.
[2] - لزهر بن سعيد ، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية 2010 ، ص38.
[3] - محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية 2009 ، ص 19.

التوجيه الأوروبي رقم **79/7** المتعلق بحماية المستهلك. وأيضا قانون الاستهلاك الفرنسي في المادة **3/113** والتي مفادها أنها تفرض على التاجر المهني، والذي هو الطرف القوي في العلاقة التعاقدية جملة واجبات و التزامات قانونية اتجاه المستهلك والذي هو الطرف الضعيف في العقد وأهم هذه الالتزامات، الالتزام العام بالإعلام [1].

والذي أوجب على كل شخص محترف أن يحيط علما المستهلك بكافة البيانات والمعلومات المتعلقة بسعر البيع وكافة الشروط المحددة أو المعفية من المسؤولية، باعتبار ما يهم المستهلك هو البيانات والمعلومات التي تتصل بالخصائص الأساسية والسمات الجوهرية للمنتج الذي يسعى للحصول عليه [2].

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

ثالثا: العقد الإلكتروني عقد عابر للحدود

والمقصود هنا بالعقد الإلكتروني عقد عابر للحدود بأنه يتم بين شخصين كل منهما في دولتين مختلفتين. حيث تكمن أهمية تقنيات الاتصال الإلكترونية في أنها ألغت الحدود الجغرافية بين الدول حيث أصبحت المعلومات تنساب بحرية، كما أنه غالبا ما يكون على دعامة غير ورقية مخزنة داخل الأنظمة المعلوماتية، وهو الأمر الذي ينبغي أن يوضع في اعتبار المشرع عند وضعه لتشريع ينظم مثل هذه

[1] - بلقاسم حامدي ، المرجع السابق ، ص 32.
[2] - مصطفى أبو مندور موسى ، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2000، ص 290.

المعاملات، وذلك حتى يضمن للقواعد القانونية أن تكون فعالة في تنظيم المعاملات الإلكترونية وإحاطتها بسياج من الضمانات يضفي عليها الثقة والطمأنينة في التعامل[1].

المطلب الثاني

تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود

من خلال الخصائص التي يتميز بها العقد الإلكتروني لاسيما وأنه عقد مبرم عن بعد، جعلته هذه الخاصية متميزا عن غيره من العقود سواء التي تبرم بذات الطريقة، أو التي لا تبرم بالطريقة ذاتها، ولا يعتبر العقد الإلكتروني الوحيد الذي يبرم عبر الانترنت بل توجد عقود آخرا تبرم في البيئة الإلكترونية، قد تكون هي الأساس الذي يرتكز عليه العقد الإلكتروني.وعليه تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين الفرع الأول: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود بحسب طريقة التعاقد، أما الفرع الثاني: تميز العقد الإلكتروني عن العقود المحيطة بالبيئة الإلكترونية.

الفرع الأول: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود بحسب طريقة التعاقد

يتفق العقد الإلكتروني مع العقود التقليدية في نواح عدة، ولكن هذا لا يعني أنه لا يختلف عنها، إذ أن الاختلاف يكمن في وسيلة إبرامه ، وقد يتشابه أيضا في سبل التعاقد الحديثة عن بعد، إلا أنه يتميز بأنه يتم عبر شبكة اتصال حديثة، وهو ما سنتعرض إليه فيما يأتي:

أولا: التعاقد الإلكتروني والتعاقد التقليدي.

ينعقد كل من العقد الإلكتروني والعقد التقليدي بتوافق إرادتين، أي تطابق الإيجاب والقبول، إلا أن العقد التقليدي يتم بين طرفين حاضرين في الزمان والمكان، حيث يتبادل الإيجاب والقبول في مجلس العقد

[1]- سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 74.

في المواجهة، أما في التعاقد الإلكتروني يفترض أساسا وجود المتعاقدين في مكانين منفصلين، أي مجلس حكمي افتراضي، ومن ثم فإن التعاقد التقليدي هو تعاقد بين حاضرين، بينما الانفصال المكاني في التعاقد الإلكتروني يجعل منه ذو طبيعة خاصة [1].

وقد أوجدت العقود الإلكترونية طرق وأساليب لأداء المقابل إضافة إلى إمكانية الاعتماد على الأساليب التقليدية في ذلك، حيث أنه من الممكن أن يتم تسليم المقابل بأحد أساليب الدفع الإلكتروني، هذا إذا محل التزام التعاقد دفع مبلغ من النقود أو تسليم بضاعة أو خدمة، فإنه يتم في العقود التقليدية من خلال التسليم المادي للمحل على خلاف العقود الإلكترونية، فإنه يتجاوز ذلك إلى التسليم الإلكتروني إذا ما تعلق الأمر بمنتجات إلكترونية أو رقمية، كما أن العقود التقليدية غالبا ما يتم تدوينها على محررات رسمية أو عرفية موقعة بإحدى صور التوقيع العادي (الإمضاء بخط اليد، البصمة أو الختم)، إما العقود الإلكترونية فقد أوجدت بما يسمى "**بالتوقيع الإلكتروني**"[2].

ثانيا: التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التليفون.

إن التعبير عن الإرادة بواسطة الهاتف الاعتيادي يدخل ضمن التعبير عن الإرادة باللفظ، حيث يعبر كل من الموجب والقابل عن إرادتهما، وعليه يتفق كل من التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التليفون في أن كل منهما تعاقد فوري ومباشر، حيث أنها عقود تبرم بين غائبين من حيث المكان على الأقل، إلا أن ما يميز التعاقد بالتليفون أنه تعاقد شفوي قد يتطلب صدور تأكيد كتابي من الموجب (البائع) في حالة عقد البيع، مثلا يرسله إلى الطرف الأخر المتعاقد (المشتري) في موطنه لصعوبة إثبات التعاقد بالتليفون ولا ينعقد العقد إلا بتوقيع المشتري وفقا للقانون الفرنسي الصادر في **23 جويلية 1989**، أما التعاقد

[1] - خالد ممدوح إبراهيم ، العقد الإلكتروني- دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية 2006 ، ص67.

[2]- يقصد به بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، ويستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة لرسالة البيانات، أو لبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات، وقد نصت عبيه المادة **2/** أ من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة **2001**.

الإلكتروني المبرم عن طريق شبكة الانترنت قد يتفاعل الموجب مع الموجب له فلا يحتاج الموجب إلى إصدار كتابي، بل يعتبر العقد قد تم بمجرد تعبير الطرف الأخر عن إرادته بقبول التعاقد بواسطة الضغط على عبارة موافق عن طريق لوحة المفاتيح المتصلة بالكومبيوتر[1].

ويختلف التعاقد الإلكتروني عن التعاقد بواسطة التليفون في كون شبكة الانترنت لا تقتصر خدماتها على نقل الصوت فقط، وإنما توفر في نفس الوقت الصورة والحركة والكتابة أيضا بشكل آني وتفاعلي، بل يمكن من خلالها إرسال ملفات النصوص والصور، ومن ناحية أخرى الهاتف يعد وسيلة للاتصال والتفاهم بين طرفين أو ثلاثة أطراف فقط، في حين التعاقد الإلكتروني قد يكون متاحا لعدد غير محدود، ولا يشترط فيه التزام في وجود الأشخاص على طرفي الاتصال[2]

ثالثا : التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التلفزيون

إن التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التلفزيون يتفقان في كون الرسالة المنقولة هي نفسها بالنسبة لجميع إذ تتم بالصوت والصورة[3]، إلا أن الاختلاف يكمن في الإعلام بالنسبة للتعاقد الإلكتروني والذي يبقى قائما لمدة 24 ساعة، ويكون الاستعلام عن المعلومات والتفاصيل من خلال تصفح صفحات الموقع على الانترنت، بينما في التعاقد عن طريق التلفزيون يكون بالإذاعة المرئية المسموعة، وهنا الإعلام وقتي وسرعان ما يزول، وللحصول على مزيد من التفاصيل يكون من خلال الاتصال مع الشركة عن طريق الهاتف أو المينيتل. أما التعبير عن القبول في العقد الإلكتروني يتم من خلال تبادل البيانات أو عن طريق البريد الإلكتروني، أو بالضغط على عبارة الموافقة، وأي وسيلة أخرى من وسائل التعبير الإلكتروني للقبول، بينما في التعاقد عن طريق التلفزيون فيكون عبر الاتصال بالتلفزيون أو المينيتل.

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 93.
[2]- آمانج رحيم أحد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنت، دار وائل للنشر، عمان 2006، ص 76 و ما يليها .
[3] - محمود السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التليفزيون، مطبعة النسر الذهبي، مصر2008، ص164.

إلا أن الفارق الجوهري يكمن في أن البث يتم من جانب واحد في حالة التعاقد عن طريق التليفزيون، فلا توجد إمكانية للتجاوب، أو لأية مبادرة من جانب العميل وذلك على عكس العقد الالكتروني الذي يتصف بصفة التفاعلية من جانب العميل أي يكون هناك نوع من التبادل بين الطرفين، وصفة تفاعلية تسمح بحضور افتراضي معاصر بين أطراف التعاقد، كما تسمح بتسليم بعض الأشياء تسليما معنويا أو أداء بعض الخدمات فورا على شبكة الانترنت، وتسمح كذلك بالوفاء الالكتروني عبر الشبكة عن طريق وسائل الدفع الإلكتروني[1].

رابعا: التعاقد عن طريق الفاكس والتلكس.

يقصد بالفاكس جهاز نقل المستندات والصورة ويطلق عليه أيضا الاستنساخ عن بعد، ويمكن أن ينعقد العقد عبرها، فعلى المتعاقد أن يدون رغبته في التعاقد في رسالة مكتوب ثم يرسلها بالفاكس فتصل هذه الرسالة مستنسخة طبقا لأصلها إلى المتعاقد الأخر الذي يملك بدوره هو الأخر جهاز فاكس[2]، مما يعني أن التعاقد بالفاكس يكون التعبير فيه عن إرادة التعاقد كتابة[3].

وعليه نخلص إلى أن الفاكس هو وسيلة من الوسائل التي تستخدم في إبرام العقود عن بعد، و هو ما أوضحته المادة **02** فقرة **1** من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية أن الفاكس يعتبر أحد الوسائل التي يمكن استخدامها لإنشاء أو إرسال أو استلام أو تخزين رسالة بيانات.

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 68 وما يليها.
[2]- العطار محمد حسن، البيع عبر شبكة الانترنت- دراسة مقارنة في ضوء التوقيع الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2005، ص 28.
[3]- لما عبد الصادق سلهب ، مجلس العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير في قانون لكلية الدراسات العليا، جامعة نابلس- فلسطين 2008، ص 32.

أما التلكس فهو عبارة عن جهاز لإرسال المعلومات عن طريق طباعتها وإرسالها مباشرة فلا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال المعلومات واستقبالها، إلا إذا لم يكن هناك من يرد على المعلومات لحظة إرسالها[1].

كما أن الإيجاب عن طريق الفاكس والتلكس يكون موجها لشخص بعينه أو لجهة معينة، مما يجعله إيجابا خاصا، وبهذا يختلف التعاقد من خلال الفاكس والتلكس عن التعاقد عبر شبكة الانترنت من خلال الخدمات المتغيرة، والمتطورة بتطور الشبكة نفسها والتي تمكن مستخدميها من تصفح ما بها من اجل الوصول إلى معلومات معينة، وإبرام ما يشاءون من عقود من المواقع التي تعرض منتجاتها على الشبكة مما يجعل الإيجاب في الحالات على شبكة الانترنت عاما[2].

الفرع الثاني: تميز العقد الإلكتروني عن العقود المحيطة بالبيئة الإلكترونية

يعد العقد الالكتروني من أهم آليات التجارة الالكترونية و يكتسب الطابع الالكتروني من الطريقة التي ينعقد بها، إلا أنه لا يعتبر الوحيد في مجال البيئة الالكترونية، بل توجد عقود أخرى يمكن أن يرتكز عليها العقد الالكتروني في انعقاده، ومن بين هذه العقود عقد الدخول إلى الشبكة، عقد الإيجار المعلوماتي و عقد إنشاء المتجر الافتراضي.

وسنوضح ذلك في النقاط الموالية:

أولا: تمييز العقد الالكتروني عن عقد استخدام الشبكة

هناك من يطلق عليه تسمية عقد الدخول إلى الشبكة أو الاشتراك في خدمة الانترنت، حيث يتيح هذا العقد للعميل أو المشترك الدخول على شبكة الانترنت، واستخدام المواقع الموجودة على الشبكة من خلال

[1]- محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2004، ص 15.
[2]- لما عبد الصادق سلهب، المرجع السابق، ص 32.

الشركة التي تقدم هذه الخدمة، وهناك من يعرف العقد بأنه: " تصرف قانوني بين طرفين الموجب والقابل يكون محله السماح للطرف الأخر الانتفاع بالشبكة وإجراء التصفح بها، إضافة إلى ما قد يعرضه العميل على المستخدم في تقديم المساعدة الفنية المسماة بالخط الساخن، وذلك لحل المشكلات التي تواجه المستخدم"[1].

ومن ثم يجب على مقدم الخدمة فيه أن يتيح للعميل كافة المواقع، وأن يكون على اتصال دائم لحل كل مشكلة يمكن أن تعترضه، حتى يتمكن من إبرام العقود الالكترونية.

ومن خلال ما سبق نخلص إلى أن العقد الإلكتروني وعقد الدخول إلى الشبكة يعدان من عقود التجارة الإلكترونية، إلا أن عقد الدخول إلى الشبكة يظل متميزا في كونه يحقق الدخول إلى الشبكة من الناحية الفنية، ويكون بالتالي للعميل موقع محدد على شبكة الانترنت يمارس فيه نشاطه. إذ هو بمثابة آلية لازمة لإبرام العقد الإلكتروني وتنفيذه.

ثانيا: عقد الإيجار المعلوماتي (عقد الإيواء)

يعرف عقد الإيجار المعلوماتي بأنه: "التقاء إرادتين على إبرام عقد محل معلوماتي، أي بيانات ورسائل، يتم تداولها بين مستخدمي هذه المعلومات وإرسالها إلى الغير بأية وسيلة كانت"[2]. إذ يلتزم في هذا العقد مقدم خدمة الانترنت بأن يضع تحت تصرف المستخدم والمشترك جانبا من إمكانياته الفنية لاستعمالها في تحقيق مصالحه وبالطريقة التي تناسبه، ويحدث ذلك من خلال إتاحة انتفاع المشترك بجزء من إمكانيات الأجهزة والأدوات المعلوماتية كتخصيص مساحة القرص الصلب أو شريط المرور، ويستقبل مقدم الخدمة المعلومات والرسائل الخاصة بالمشترك، ويتيح لها فرصة الدخول إلى الشبكة، ويضمن

[1]- أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر2002، ص 37.
[2]- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة، الأردن 2006، ص 37.

للمشترك تيسير استخدام الموقع الذي خزن فيه معلوماته، ويثور عن ذلك مسؤولية مقدم الخدمة تجاه المستخدم عن عدم تقديم الإمكانيات المطلوبة أو تقديمها بصورة معينة أو ناقصة[1].

ثالثا: تمييز العقد الإلكتروني عن عقد إنشاء المتجر الافتراضي

يعرف عقد إنشاء المتجر الافتراضي بأنه :"عقد يلتزم بمقتضاه مقدم الخدمة بأن يمكن التاجر من عرض بضاعته من خلال موقع الكتروني، أو مركز تجاري افتراضي، ذلك في مقابل أجر متفق عليه[2]،"يكتسب هذا العقد أهمية بالغة في المعاملات الالكترونية، كما يطلق عليه البعض عقد مشاركة ويلتزم فيه مقدم الخدمة أو صاحب المركز، بأن يسمح للمشارك فتح متجر افتراضي في المركز التجاري وذلك بأن يرخص له باستخدام برنامج خاص يتيح له ممارسة الأعمال التجارية على شبكة الانترنت نظير مقابل مالي يدفعه إلى صاحب المركز الافتراضي، ويعد المتجر الافتراضي بمثابة محل تجاري داخل أحد المراكز التجارية، إلا أن هذا المحل أو المتجر متواجد على شبكة الانترنت وليس له وجود مادي كما هو الحال في المحلات التجارية العادية[3]. فهذا النوع يسمح للمشارك عرض خدماته وسلعه عبر هذه المواقع ويسمح له الإعلان عنها للجمهور وإمكانية التعاقد بشأن ما تم عرضه.

وهكذا فإنه يتبين لنا أن العقود الالكترونية حتى وإن تميزت بخصائص وسمات مختلفة، إلا أن هذا لا يمنع من تداخلها مع العقود الأخرى، إذ أنها بحاجة ماسة إليها كونها تسهل إبرامها، كما أن قصور التنظيمات الخاصة بالمعاملات الالكترونية يجعلها محل اقتباس لأحكام وقواعد النظرية العامة للعقد حتى يكتمل بنيانها.

[1]- انظر: محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 23.
[2]- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 28.
[3]- انظر: محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 73.

المبحث الثاني

إثبات العقد الالكتروني

لقد أصبحت العقود تتطور بسرعة وبصفة مستمرة في مجال الاتصالات الحديثة الأمر الذي أدى إلى ظهور عقود جديدة، حيث تكنولوجيا المعلومات هذه باتت تشكل الجهاز العصبي للمجتمعات الحديثة فعرفت العمليات التعاقدية مجموعة من التغيرات مست نظامها وبنيتها القانونية، فأصبح إبرام العقود يتم عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، الأمر الذي أدى إلى ظهور نوع جديد من الكتابة والتوقيع ذو ميزة الطابع الإلكتروني، حيث يتم تبادل رسائل البيانات عبر شبكة الانترنت وتحميلها في دعامات إلكترونية.

وللتفصيل أكثر ارتأيت تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين **(المطلب الأول)** تطرقت للكتابة الإلكترونية وشروطها وحجيتها في الإثبات، و**(المطلب الثاني)** نتناول فيه التوقيع الإلكتروني مع إبراز صوره المختلفة وحجيته.

المطلب الأول

الكتابة الالكترونية

إن التطور التقني لوسائل الاتصال الحديثة وتقنيات المعلومات أتاح التعامل بنوع جديد من الدعامات وخلق نوعا جديدا من الكتابة يصطلح عليها بالكتابة الإلكترونية، والتي تختلف عن الكتابة التقليدية، إذ يتم إبرام العقود عبر شبكات الاتصالات، وتحميلها على دعامات غير ورقية.

و منه قمت بتقسيم المطلب إلى ثلاث فروع الفرع الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية لمختلف التشريعات والفرع الثاني: تحديد شروطها، أما الفرع الثالث: حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات.

الفرع الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية

الكتابة الإلكترونية هي تلك المعلومات الرقمية تنشأ أو ترسل أو تنقل على دعامة إلكترونية، أي كان مصدرها وهي نوعان، كتابة صوتية وهي كتابة يمكن نطقها، وكتابة تأتي على شكل علامات ورموز لا يمكن نطقها وتندرج الكتابة الإلكترونية تحت هذا النوع لأنها عبارة عن ومضات كهربائية، حيث بالضغط على أزرار لوحة المفاتيح أو المدخلات بصفة عامة يتم إنشاء المحرر، فهو بالنسبة له مفهوم ومقروء ولكن الجهاز يستقبله باعتباره ومضات كهربائية تحول إلى اللغة التي يفهمها الجهاز، ويبقى هذا المستند مخزن في الجهاز بهذه الصورة، فإذا تم استرجاعه يظهر مجددا بالصورة المفهومة للعقل البشري[1].

أما قانون الأونسترال النموذجي لم يرد تعريف للكتابة الإلكترونية وإنما اكتفى بتعريف المحرر الإلكتروني بمصطلح "رسالة البيانات "، طبقا للمادة 02 من هذا القانون، كما أنه أعد الكتابة الإلكترونية كشرط لا بد أن يتوافر في المحرر الإلكتروني.

لم تورد التشريعات العربية تعريف صريح للكتابة الإلكترونية، ويبدو ذلك جليا في تأثرها بقانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، وعليه سنبرز أهم تلك التعريفات :

عرف المشرع المصري الكتابة الإلكترونية طبقا لنص المادة 01 الفقرة (أ) من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات بأنها :"كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة تعطي دلالة قابلة للإدراك ".

[1] - براهيمي حنان ، المحررات الإلكترونية كدليل إثبات ، مجلة الفكر ، العدد التاسع ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر – بسكرة- 2013، ص138.

ما يلاحظ جاليا من هذا النص أن المشرع المصري وضع تعريف شامل ودقيق للكتابة الإلكترونية مقارنة بقانون الأونسترال النموذجي الذي اكتفى بتعريف المحرر الإلكتروني على أنه رسالة البيانات ولم يعطي تعريفا للكتابة الإلكترونية.

أما المشرع الأردني اكتفى بذكر مصطلحات تدل على الكتابة الإلكترونية، وهي رسالة البيانات وسجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني، وهذا طبقا لنص المادة 02 من قانون المعاملات الإلكترونية[1].

ويلاحظ البعض أن المشرع الأردني باقتباسه المصطلحات بمعانيها حرفيا من قانون الأونسترال المتعلق بالتوقيعات الإلكترونية، لم يكلف نفسه عناء استحداث صياغة مغايرة على الأقل[2].

رغم إقرار المشرع الجزائري للإثبات بالكتابة، إلا أنه لم يقدم أي تعريف يذكر للكتابة يحدد معناها كما لم يولي اهتماما بتحديد دعامة الكتابة، حيث نصت المادة **323 مكرر** من القانون المدني الجزائري 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".

إلا أن ما يعاب عليه المشرع هنا أنه لم يسعى لوضع قانون خاص بالمعاملات الإلكترونية يتضمن شرح للمصطلحات الإلكترونية، كالكتابة الإلكترونية كما هو الحال بالنسبة لباقي الدول العربية الأخرى.

الفرع الثاني: شروط الكتابة الإلكترونية

حتى تكون الكتابة الإلكترونية وسيلة إثبات معترف بها يجب أن تتوافر على شروط، وهو ما سنتطرق إليه في النقاط الآتية:

[1] - انظر: المادة02 من القانون رقم 85 لعام 2001 قانون المعاملات الإلكترونية الأردني.
[2] - عبد اللطيف بركات ، الإثبات الإلكتروني في المعاملات الإدارية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر-بسكرة-2012-2013، ص14.

أولا: أن تكون الكتابة مقروءة

معنى ذلك أن يكون المستند المتضمن الكتابة المراد جعلها دليلا ناطقا بما فيه، ليتسنى فهمه واستيعابه وإدراك محتواه[1]، وأن يكون قد تم تدوينها بحروف ورموز أو بيانات.

وهذا الشرط يتوافر أيضا في الكتابة التقليدية، إلا أنه تماشيا مع هذا المفهوم فإن البيانات الإلكترونية يمكن قراءتها باستخدام الحاسوب، أين يتم فك تلك الشيفرة، وهنا تظهر البيانات بصورة واضحة ومقروءة يمكن فهمها و إدراكها بالنسبة للإنسان[2].

ثانيا: استمرارية الكتابة و داومها

معنى ذلك أن تستمر إمكانية الكتابة مدة من الزمن حتى يتسنى الرجوع إليه كلما توجب ذلك، أيا كانت الدعامة المحفوظة عليها الكتابة[3]، وهو ما أشارت إليه المادة **(1/10/أ)** من قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الالكترونية بصدد ذكرها للشروط الواجب توافرها في المستند الإلكتروني بنصها:" الإطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقا ".

ولتتحقق وظيفة الكتابة الإلكترونية يجب تدوينها على دعامة تحفظها من أجل الرجوع إليها لاحقا ويستوي في ذلك أن تكون على دعامة ورقية أو إلكترونية مثل حفظها في البريد الإلكتروني، أو دائرة الحاسوب ، أو الأقراص الممغنطة[4] .

[1]- مصطفى أحمد إبراهيم نصر، وسائل إثبات العقود الإلكترونية- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 2010، ص 17.
[2] - مخلوفي عبد الوهاب ، التجارة الإلكترونية عبر الانترنت ، مذكرة لنيل رسالة دكتوراه ، تخصص قانون الأعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة 2011-2012 ، ص183.
[3]- VERBIES Thibault, la protection jurions du cuber consommateur, lite, paris,2002,p80.
[4] - تریر نوال ، الشكلية في العقود التجارية الإلكترونية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص إدارة الأعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة خميس مليانة ، 2013-2014 ، ص28.

ثالثا: عدم قابلية الكتابة للتعديل

تعنى عدم القابلية للكتابة أو للتعديل، معنى ذلك حفظ المستند الكتابي دون أي تغير من حذف أو محو أو حشو، ليتسنى بعد ذلك الاعتداد بالمحرر المكتوب، إذا أن قدرة المحرر في الإثبات تتقرر بمدى سلامته من أي عيب قد يؤثر في شكله الخارجي[1]، وهو المعنى الذي أخذت به المادة **(1/10/ب)** من قانون الأونسترال بنصها على:" الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشأت أو أرسلت أو استلمت به أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشأت أو أرسلت أو استلمت "، وهذا الشرط أخذت به غالبية التشريعات حيث أوجبت حفظ المحرر من أي تعديل أو عمل قد ينقص من قيمته القانونية كدليل في الإثبات.

الفرع الثالث: حجية الكتابة الإلكترونية

لقد سارت تشريعات أغلب الدول في اتجاه المساواة بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية، ومنحها الحجية القانونية الكاملة في الإثبات.

ومن هذه التشريعات نذكر:

أخذ المشرع الفرنسي وطبقا للمادة **1316** من التقنين المدني الفرنسي المعدلة بقانون **230/2000** والتي أورد فيها بأن الكتابة تكون قابلة للإثبات.

[1]- سمير حامد عبد العزيز الجمال،المرجع السابق،ص201.

أوضحت هذه المادة بأن المشرع ساوى بين الدعامات الإلكترونية، والدعامات الورقية في حجية الإثبات بمنحه لكلاهما الحجية شريطة تحديد هوية الشخص المصدر لها، وأن يكون حفظها قد تم في ظروف تضمن سلامتها[1].

أما المشرع المصري فقد أعطى للمستند الإلكتروني قوة في الإثبات، وهو ما نص عليه في المادة10 من مشروع قانون التجارة الإلكترونية على تمتع المحررات الإلكترونية بالحجية نفسها المقررة للمحررات العرفية، فيما يرد من حقوق والتزامات بعد استيفاءها الشروط و الأوضاع المقررة في اللائحة التنفيذية[2].

وكذا نص المشرع الجزائري طبقا للمادة 232 مكرر من القانون المدني على أن :"يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

و نخلص من نص المادة السالفة الذكر أن المشرع الجزائري ساوى بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص المصدر للكتابة، وضمان بقائها على حالها دون تعديل أو تغير وقت إصدارها.

[1] - كحلول سماح ، حجية الوسائل التكنولوجية في إثبات العقود التجارية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، قانون عام للأعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة 2014-2015، ص 24.
[2] - لزهر بن السعيد ، المرجع السابق ، ص132.

المطلب الثاني

التوقيع الإلكتروني

لا تعد الكتابة سواء كانت في الشكل الإلكتروني أو على دعامة مادية دليلا كاملا في الإثبات، إلا إذا كانت موقعة وعليه فالتوقيع الإلكتروني هو الدليل الثاني من أدلة الإثبات، وهو شرط أساسي لصحة الوثيقة سواء كانت إلكترونية أو ورقية، وعليه تم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع الفرع الأول : تعريف التوقيع الإلكتروني، والفرع الثاني : صوره والفرع الثالث : حجيته في الإثبات.

الفرع الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني.

نجد أن غالبية التشريعات الحديثة المعنية بتنظيم معاملات التجارة الالكترونية وضعت تعريفا للتوقيع الالكتروني، ونكتفي في هذا المقام بعرض أهم التعريفات وهي:

عرف قانون الأونسترال النموذجي للتوقيع الالكتروني لسنة **2001** بأنه:"بيانات في شكل الكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، ويجوز أن تستخدم لتعين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة بيانات ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات"[1].

ويتضح مما سبق أن هذا القانون وضح مفهوم التوقيع الالكتروني وشروطه بما يتفق مع التوقيع التقليدي، و ساووا في ذلك بين الموقع أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، وأنه يجوز أن يتم التوقيع من الشخص نفسه أو ممثله القانوني.

[1] - خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 245 ومايليها.

أما القانون الأمريكي الصادر في **30 جوان 2000** فقد عرف التوقيع الالكتروني بأنه:" شهادة رقمية تصدر عن إحدى الهيئات المستقلة وتميز كل مستخدم يمكن أن يستخدمها في إرسال أي وثيقة أو عقد تجاري أو تعهد أو قرار".

وأيضا عرف المشرع الجزائري التوقيع الالكتروني في المادة 1/02 من قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين[1]:"بأنه بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق".

غير أنه يلاحظ أن هذا التعريف غير كافي مقارنة بالتشريعات الأخرى، ولم يحدد الوسيلة التي يتم إنشاء التوقيع عليها والأشكال التي يظهر فيها، بالإضافة لإغفاله كيفية كشف التوقيع عن شخصية الموقع.

الفرع الثاني: صور التوقيع الإلكتروني

هناك العديد من الصور للتوقيع الإلكتروني نستعرضها فيما يلي:

أولا :التوقيع البيومتري

وهذا النوع من التوقيع يتم باستخدام الخواص الذاتية أو الطبيعية كإجراء للتوثيق يقوم بصفة أساسية على الخواص الفيزيائية والسلوكية للإنسان[2]، حيث يعتمد على الخصائص الذاتية للإنسان كالبصمة بواسطة الأصبع أو شبكة العين أو نبرة الصوت أو الحمض النووي الجيني، وغيرها من الخصائص

[1] - انظر : المادة 02 من القانون رقم 15-04 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق أول فبراير سنة 2015 ، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين ، الجريدة الرسمية العدد06 المؤرخ في 10 فيفري 2015.

[2] - خالد ممدوح إبراهيم ،المرجع السابق ، ص256-257.

الذاتية للإنسان التي لا يمكن نسيانها وتتم هذه العملية عبر استعمال كومبيوتر وكاميرا أو جهاز لقراءة البصمة[1].

ويتم التأكد من شخصية المتعامل عن طريق إدخال معلومات للحاسب أو الوسائل الحديثة مثل التقاط صورة دقيقة لعين المستخدم أو صوته أو يده ويتم تخزينها بطريقة مشفرة في ذاكرة الحاسوب ليقوم بعد ذلك بالمطابقة[2].

ثانيا:**التوقيع بالقلم الإلكتروني**

وهذه الطريقة عبارة عن قلم إلكتروني يمكنه الكتابة على شاشة الكومبيوتر عن طريق برنامج هو المسيطر والمحرك لكل هذه العملية، ويقوم هذا البرنامج بوظيفتين أساسيتين الأولى خدمة التقاط التوقيع والثانية خدمة التحقق من صحة التوقيع، وتتمثل هذه الطريقة في نقل توقيع المحرر بخط اليد عن طريق التصوير بالماسح الضوئي، ثم تنقل هذه الصورة إلى الرسالة الإلكترونية المراد منها إضافة هذا التوقيع إليها لإضفاء الحجية عليها[3].

ويبدو أنه يفضل استعمال هذا الإمضاء عبر شبكات Intranet أو Extranet وهي شبكات أكثر أمانا من شبكة Internet، إذ أن المتعاملين عليها بصفة عامة يعرفون بعضهم بعض[4].

ثالثا:التوقيع الكودي (البطاقات الممغنطة)

يتم هذا النوع من التوقيع عبر إدخال بطاقة ممغنطة في آلة مناسبة ثم إدخال الرقم السري والضغط على زر الموافقة لإتمام العملية المطلوبة، وهذا النوع من التواقيع الإلكترونية هو الشائع في أجهزة

[1] - مناني فراح ، المرجع السابق،ص 192.
[2] - نسرين عبد الحميد نبيه ، الجانب القانوني للقانون التجاري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية 2008، ص344.
[3] - خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 255.
[4] - المنصف قرطاس ، حجية الإمضاء الإلكتروني أمام القضاء ، بحث منشور بمجلة "التجارة الإلكترونية والخدمات المصرفية والمالية عبر الانترنت"، إتحاد المصارف العربية ،2000، ص 237.

الصرف الآلي لدي المصارف للحصول على كشف حساب أو سحب مبالغ نقدية أو تحويلات مالية إلى حساب أخر، ومن اجل تخطي إشكالية القوة الثبوتية لهذه الوسيلة، عمدت المصارف إلى إبرام اتفاق خاص مع العميل للاعتراف بحجيتها الكاملة[1].

رابعا:التوقيع الرقمي

يعتبر من أهم صور التوقيع الإلكتروني وذلك لما له من ميزات ، إذ يتمتع بقدرة فائقة في تحديد هوية أطراف العقد، وأيضا يوفر الثقة والأمان في استخدامه، وهو عبارة عن رموز سرية ومفاتيح متماثلة وغير متماثلة، إذ يقوم هذا التوقيع يقوم على وسائل التشفير الرقمي الذي يعتمد على الخوارزميات أو معدلات حسابية رياضية لضمان سرية المعلومات والاتصالات بطريقة أمنة عبر تحويله إلى شكل غير مفهوم إلا من صاحب العلاقة، فيستخدم المرسل المفتاح الخاص لتوقيع الوثيقة إلكترونيا بصورة مشفرة والمستقبل يتحقق من صحة التوقيع عن طريق استخدام المفتاح العام للمرسل لفك الشفرة.

الفرع الثالث: حجية التوقيع الإلكتروني

وبالرجوع إلى القانون المصري نجد أن المادة **14** من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني تنص على" أن للتوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات التجارية والمدنية والإدارية ذات حجية المقررة في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، إذا روعي في إنشائه وإتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون والضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا ".

و ما يلاحظ في ذلك أنه أحال طبيعة الحجية إلى نفس حجية التوقيع المقررة في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية.

[1] - انظر: مناني فراح ، المرجع السابق ، ص 191.

ولقد تطرق المشرع الأردني في قانون المعاملات الالكترونية في المادة **02** منه إلى نطاق حجية التوقيع الالكتروني، حيث عرف المعاملات بأنها:"إجراء من إجراءات تتم بين طرفين أو أكثر لإنشاء التزامات على طرف واحد أو التزامات تبادلية بين أكثر من طرف ويتعلق بعمل تجاري أو التزام مدني أو بعلاقة مع دائرة حكومية".

فيلاحظ على المشرع الأردني أنه عمم قانون المعاملات الالكترونية بصريح نص المادة **02** منه أن نطاق التوقيع الالكتروني وحجيته يكون في كافة المجالات التجارية والإدارية والمدنية.

لقد اعترف المشرع الجزائري بحجية التوقيع الإلكتروني في القانون **15-04** المتضمن التوقيع والتصديق الإلكترونيين في نص المادة **07** والتي جاء فيه " التوقيع الموصوف هو التوقيع الإلكتروني الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية:

- أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة،
- أن يرتبط بالموقع دون سواه،
- أن يمكن من تحديد هوية الموقع،
- أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني،
- أن يكون منشأ بواسطة وسائل يكون تحت ليتحكم الحصري للموقع،
- أن يكون مرتبط بالبيانات الخاصة به ، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات ".

من خلال نص المادة يتضح بأن المشرع وضع الشروط نفسها التي أخذت بها التشريعات السابقة الذكر من أجل إضفاء الحجية في الإثبات ، وعليه نجد بأن التشريعات تتفق بأن التوقيع الإلكتروني في الإثبات يجب أن تتوافر فيه الشروط حتى لا يفقد صفة الحجية في الإثبات.

الفصل الثاني

تسوية منازعات العقد الإلكتروني

الفصل الثاني

تسوية منازعات العقد الإلكتروني

في السنوات القلائل الماضية حدثت ثورة في تقنية الاتصالات المتطورة والمعلومات المتدفقة، وكان من الطبيعي أن يكون مجال النشاط التجاري أكثر مجالات النشاط الإنساني استجابة لاستعمال وسائل الاتصالات الحديثة لتسيير معاملاتها. وقد شملت هذه الاستجابة كافة المشروعات من مختلف الأحجام والقطاعات، ولا عجب أن هذا التطور قد تجاوز التوقعات الاقتصادية خاصة في مجال العقود الدولية والتجارة الإلكترونية.

و بعد شيوع استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات في إنجاز الأعمال القانونية وإبرام العقود وتنفيذها أحيانا كان لابد من نشأة منازعات بين الأطراف، وهذا طبقا للطبيعة العادية لأي مجتمع، ولكن هذا العالم الافتراضي تتم منازعاته بطابعها الخاص وبالتبعية وجود طرق لتسوية هذه المنازعات.

حيث أن هذه المنازعات غالبا ما تتضمن عنصرا أجنبيا لقيامها بين أطراف خارج النطاق الإقليمي الواحد، تشير العديد من التساؤلات بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على النزاع، والمحكمة المختصة بنظر في النزاع.

و عليه تم تقسيم الفصل إلى مبحثين **(المبحث الأول)** تطرقت للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، و**(المبحث الثاني)** نبرز فيه الاختصاص القضائي بنظر منازعات العقد الإلكتروني.

المبحث الأول

القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني

لا تعد العقود الإلكترونية عقود مختلفة بشكل أساسي عن العقود القائمة على ورق، وبرغم ذلك فإن التجارة الإلكترونية لا تستند تماما إلى وسائل التعاقد المستخدمة في تكوين العقود التقليدية، لذا وجهت الجهود الدولية نحو إزالة المعوقات القانونية أمام استخدام وسائل التكنولوجيا الحديثة، ومحاولة لإضفاء أحكام ملائمة للقواعد التقليدية حتى تستجيب لاحتياجات التجارة الإلكترونية.

حيث لا يخلو أي عقد من العقود من نشوء نزاعات، سواء في مرحلة إبرامه أو تنفيذه، مما يطرح مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق، ولا شك أن إبرام هذه العقود عبر شبكة الانترنت التي تعد عالما غير مادي ينتج عنه تبادل للمعلومات الإلكترونية تحتوي على العنصر الأجنبي سواء تعلق الأمر بالأطراف أو مكان إبرام أو تنفيذ العقد.

وعليه تم تقسيم المبحث إلى مطلبين **(المطلب الأول)** نتناول فيه القانون الواجب التطبيق في حالة اتفاق الأطراف، و**(المطلب الثاني)** تطرقت فيه إلى القانون الواجب التطبيق في حالة غياب اتفاق الأطراف.

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق في حالة اتفاق الأطراف

يسمى فقه القانون الدولي الخاص حالة اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق بالإسناد الشخصي الناتج عن مبدأ سلطان الإرادة، وهذا المبدأ تم تكريسه في الأنظمة القانونية والدولية.

لذلك سيتم التطرق في هذا المطلب إلى القانون الواجب التطبيق في حالة اتفاق الأطراف وفق التالي الفرع الأول: الاعتراف بمبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق، أما الفرع الثاني: كيفية تحديد الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني.

الفرع الأول: الاعتراف بمبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق

تعد قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة من أعرف وأقدم قواعد القانون الدولي الخاص التي أرستها قواعد تنازع القوانين في جل النظم القانونية، فنجد أن جل الأنظمة الوطنية والدولية قد أسست واعترفت بهذا المبدأ (مبدأ سلطان الإرادة)، إذا أضحى هذا المبدأ و ما ينتج عنه من حرية المتعاقدين إخضاع عقدهم للقانون الذي يختارونه صراحة أو ضمنا مبدءا ثابتا في القانون المقارن، وعليه سنتطرق إلى تكريسه في الأنظمة الوطنية ثم في الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية.

أولا : تكريس مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في الأنظمة القانونية الوطنية

ومن تطبيقات هذا المبدأ نجد المادتين **18** و**19** من القانون المدني الجزائري[1]، بحيث نصت الأولى على تطبيق قانون الإرادة إذا كان له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون مكان

[1]- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

إبرام العقد، بينما أخضعت الثانية شكل العقد لقانون مكان إبرامه أو قانون الموطن المشترك للطرفين المتعاقدين.

وبالإضافة للقانون الجزائري هناك عدة قوانين أخذت بهذا المبدأ، نذكر منها القانون المصري في مادته **19**، وكذا القانون الدولي الخاص الفنزويلي في مادته **29**، وكذا المادة **62** من القانون الدولي الخاص التونسي، والمادة **36** من القانون الدولي الخاص الأردني[1]، فكلها اعترفت بمبدأ سلطان الإرادة وأقرت بدوره في اختيار القانون الواجب التطبيق.

ثانيا : تكريس مبدأ سلطان الإرادة في الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية

بالإضافة للقوانين الوطنية هناك أيضا العديد من الاتفاقيات الدولية، نذكر منها اتفاقية **لاهاي** الخاصة بالبيوع الدولية للمنقولات المادية الموقعة في **15 جوان 1955**، والتي نصت في مادتها الثانية على أنه يسري على البيع القانون الداخلي للبلد الذي تحدده إرادة الأطراف، كما نصت عليه المادة **07** من اتفاقية **جنيف** للتحكيم التجاري الدولي الموقعة في**21 أفريل 1961**، التي نصت على أن الأطراف أحرار في اختيار القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع.

كما لا ننسى أن الاعتراف بهذا المبدأ لم يقتصر على القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية فقط، بل تم الاعتراف به قضائيا أيضا، إذ تعتبر محكمة النقض الفرنسية أول المحاكم التي أرست مبدأ قانون الإرادة في مجال الالتزامات التعاقدية، حينما اعترفت سنة **1910** في قضية عرضت عليها بحق الأطراف في

[1]- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة 2006، ص 264.

اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود سوءا فيما يتعلق بتكوينها أو أثارها أو بالنسبة لشروطها هو القانون الذي تبناه الأطراف"[1]. وأيدتها أيضا في ذلك محكمة النقض البلجيكية.

الفرع الثاني: كيفية تحديد الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني

يقوم الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق عن طريق التحديد الصريح أو التحديد الضمني.

أولا : التحديد الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني

باعتراف النظم القانونية لحرية المتعاقدان في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم ، فمن الطبيعي أن يمارسوا حقهم صراحة عن طريق الاختيار الصريح لقانون العقد[2]، إذ يكون إما على شبكة الويب عن طريق الرسائل الإلكترونية المتبادلة أو بالبريد الإلكتروني . وإذا الأصل أن يتم الاتفاق على اختيار قانون اتفاق مستقل عنه، فإن هذا الاتفاق يمكن أن يؤجل إلى مرحلة لاحقة على إبرام العقد الإلكتروني[3]، وبالتالي يحق لهم تعديل اختيارهم السابق في أية مرحلة لاحقة للعقد، وأن فكرة التعديل يجب أن لا ترتب إضرار بالغير وأن لا يؤدي إلى المساس بصحة العقد الذي يجري تعديل اختيار القانون الذي يحكمه[4].

[1]- أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي،القاهرة 2003، ص 48- 49.

[2]- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، مصر 2008، ص 1096- 1097.

[3]- محمد فواز مطالقة، المرجع السابق، ص 139وما يليها.

[4]- إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2009، ص 267- 268.

ثانيا : التحديد الضمني للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني

يمكن استخلاصها من ظروف العقد وملابساته، على غرار ما هو معمول به في مجمل القوانين والاتفاقيات وأحكام التحكيم شأنه شأن العقود التقليدية الدولية[1]، حيث أن التحديد الضمني موجود وحقيقي يستخلصه القاضي من ظروف البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين.

غير أنه إذا قارنا المادة **18** من القانون المدني الجزائري مع نظيراتها من القوانين العربية والاتفاقيات الدولية، لوجدنا أنها لا تشمل على الفقرة التي تقرر الاعتداد بالإرادة الضمنية للمتعاقدين في حالة عدم وجود إرادة صريحة لهما، معناه أن المشرع الجزائري يعتد فقط بالإرادة الصريحة للمتعاقدين[2].

بعكس معظم التشريعات التي أخذ بها منها القانون المصري والكندي، وكذا اتفاقية روما لعام **1980** بخصوص القانون الواجب التطبيق على التزامات التعاقدية، وأيضا اتفاقية لاهاي لعام **1986** بخصوص القانون الواجب التطبيق على النيابة وعقود الوساطة[3].

إذ أن الفقه والقضاء استقر على وجود عدة قرائن تدل عليها وأمثلتها هي إدراج نص في العقد يجعل الاختصاص بشأن المنازعات المتعلقة به من اختصاص محاكم دولة معينة، أو يتم إبرام عقد يرتبط بعقد أخر سبق إبرامه وتم اختيار القانون الواجب التطبيق فيه أو من اللغة التي حرر بها العقد أو العملة التي اتفق على الوفاء بها[4].

[1]- عامر محمود الكسواني، التجارة عبر الحاسوب، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2008، ص 267- 268.
[2]- بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول- تنازع القوانين، الطبعة التاسعة، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر 2006، ص 309.
[3]- أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 48 وما بعدها.
[4]- أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع نفسه، ص 49.

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق في حالة غياب اتفاق الأطراف

أما في هذه الحالة تسمى بالإسناد الموضوعي، وتكون عند غياب التعيين الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق من قبل المتعاقدين، لذا عند طرح النزاع على جهة للفصل فيه لا يجوز أن يخضع القاضي لقانونه الوطني مباشرة، وذلك بالاستناد إلى عوامل ارتباط ومؤشرات موضوعية تبين ارتباط العقد بقانون معين[1]، والتي قد تكون جامدة تتمثل في مكان إبرام العقد، ومكان تنفيذه، وقانون الجنسية المشتركة، أو الموطن المشترك، وهو ما يسمى بالإسناد الجامد، وقد تكون ضوابط مرنة يسميها البعض بمعيار الأداء المميز، وهو ما يسمى بالإسناد المرن.

الفرع الأول: الإسناد الجامد للعقد الإلكتروني

ويقصد بالإسناد الجامد هو إسناد الرابطة العقدية إلى قانون محدد سلفا من قبل المشرع وقد يكون قانون مكان إبرام العقد، أو محل التنفيذ، أو قانون الجنسية، الموطن المشترك، إذ يرى غالبية فقه القانون الدولي الخاص أنه في حالة غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية بخصوص تحديد واختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما، يتم بالاستناد في ذلك إلى ضوابط ذات صلة وثيقة بالعقد أهمها قانون دولة إبرام العقد، أو قانون دولة التنفيذ، أو قانون الجنسية المشتركة، أو قانون الموطن المشترك، مما قد لا يفاجئ توقعاتهم ولا يخل بأمانهم القانوني المنشود[2].

وهو ما نص عليه المشرع في القانون المدني الجزائري في المادة 18 في فقرتيها الثانية والثالثة، بحيث نصت الفقرة الثانية على أنه :"وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية

[1]- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 322.
[2]- انظر:هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2006، ص 549- 550.

المشتركة " ، وقد أضافت الفقرة الثالثة :" وفي حال عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد ..."[1].

وما يلاحظ على هذه المادة عدم نصها على ضابط مكان تنفيذ العقد.

أولا : قانون مكان إبرام العقد

يعتد القضاء الفرنسي بمكان إبرام العقد كمعيار هام لتحديد القانون الذي يحكم العقد في حال عدم اختيار الأطراف لهذا القانون، ومع ذلك فإن إسناد الرابطة العقدية لقانون بلد محل إبرام العقد يصعب تحقيقه في مجال عقود التجارة الإلكترونية التي عبر شبكة الانترنت[2].

ونظرا لخصوصية العقد الإلكتروني تظهر صعوبات أعمال هذا الضابط ، في الفكرة اللامادية التي تنطوي عليها هذه العقود يصعب معها تحديد مكان إبرام العقد ومكان تسلم الأشياء اللامادية المبيعة عبر الخط، وهو ما يسمى بصعوبة التوطن أو التركيز الموضوعي للعقود الإلكترونية، مثالها بيع البرامج التجارية ، والخدمات المالية عبر الخط[3].

وأيضا صعوبة توطن العقد خاصة العقود الإلكترونية تكمن في عدم وجود مكان حقيقي محدد، فدولة تصدير الإيجاب قد تكون الجزائر في حين أن العنوان الإلكتروني للشركة قد يكون موجود في الولايات المتحدة الأمريكية، وربما كانت الشركة التي تدير الموقع مجرد وسيط ...الخ، وبالتالي يكون على من ادعى إبرام العقد في مكان ما أن يقدم الدليل على صحة إدعاءاته[4].

[1]- راجع المادة 18 من الأمر رقم 58/75.
[2]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 327 وما بعدها.
[3]- فيصل محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة 2008، ص 692.
[4]- فيصل محمد كمال عبد العزيز،المرجع نفسه، ص 693.

ثانيا : قانون محل تنفيذ العقد

يعتد بمكان محل تنفيذ العقد على أساس أنه المكان الذي تتركز فيه مصالح المتعاقدين ، ففي هذا المكان سيجني ثمار تعاقدهم وتنعقد فيه مسؤولياتهم عن عدم تنفيذ التزاماتهم، فمحل التنفيذ يعبر عن مركز الثقل والارتباط الاجتماعي والاقتصادي في الرابطة العقدية، ويسمح بتطبيق قانون البلد التي يتأثر اقتصادها بالعقد[1].

إلا أن له صعوبة تعترض تحديد هذا المكان في حالة المعاملات التي يتم تنفيذها كلية بالطرق الإلكترونية، كما هو الشأن في برامج الحاسوب التي يتم إنزالها مباشرة على شبكة الانترنت، ففي هذه الحالة يصعب تحديد مكان تنفيذ العقد، هل هو مكان موقع التحميل على الخط؟ أم مكان المزود الذي يقدم الخدمة أو مكان المستضيف؟

ولتفادي تلك الصعوبات والتي لم تتعرض لها النصوص القانونية والاتفاقيات، ولم يعطي حلولا واضحة فيما يخص مكان التنفيذ الحقيقي للعقود الإلكترونية، فقد كانت هناك محاولات لوضع معايير يصعب تبنيها في مجال العقود الإلكترونية[2]، فالحل في حسبنا هو وجوب أن يقوم المتعاقدين إلكترونيا بتحديد مكان تنفيذ العقد، وهذا هو الأفضل لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم ما دام الطابع الافتراضي للبيئة الإلكترونية يحول دون توطين العقد في مكان محدد.

[1]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 331.
[2]- ناصر حمودي، نزاعات العقود الإلكترونية: أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مجلة المعارف، العدد الخامس، المركز الجتمعي العقيد آكلي محمد أولحاج، البويرة 2008، ص 155.

ثالثا : قانون الجنسية المشتركة

فإذا اتحدت جنسية أطراف العلاقة التعاقدية في عقود التجارة الإلكترونية، وسكت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم علاقتهم، فإن قانون الدولة التي ينتمي إليها المتعاقدان يكون هو القانون الواجب التطبيق، ولكن يصعب تطبيق هذا الضابط على عقود التجارة الإلكترونية.

كما نجد اتفاقية فيينا لا تعير اهتماما لجنسية الأطراف وإنما لأماكن عملها، واستبعدته صراحة في الفقرة الثالثة من المادة الأولى التي نصت على :"...لا تؤخذ في الاعتبار جنسية الأطراف..."[1]. وذلك لضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق والعقد.

رابعا : قانون الموطن المشترك

يعتمد ضابط الإسناد هذا على الموطن المشترك لكلا طرفي العقد، فإن اتخذ موطنا، كان قانون الموطن المشترك هو القانون الواجب التطبيق على العلاقة[2]، ولكن يصعب تطبيق هذا الضابط على عقود التجارة الإلكترونية لا العادية، وهذه العناوين لا تعطي دلالة واضحة على العنوان الحقيقي، مثل العناوين التي تنتهي ب: FR،ORG،COM، والعناوين لم تصمم أصلا بمنظور جغرافي وهي تتسم بعدم التوطن[3].

ونشير أيضا إلى أن هذا الضابط مستبعد تماما من قبل اتفاقية فيينا التي تشترط بصريح العبارة اختلاف موطن المتعاقدين، وإن لم يكن المقصود منها موطن الإقامة بل موطن منشأة العمل.

[1]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 332- 333.
[2]- صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص 333.
[3]- أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 60- 61.

الفرع الثاني: الإسناد المرن للعقد الإلكتروني

إذ يقوم هذا النوع من الإسناد على أساس تفريد المعاملة العقدية وتحديد القانون الواجب التطبيق، و صعوبة تطبيق الضوابط الجامدة على عقود التجارة الإلكترونية، جعل الفقه والقضاء والتشريع يتجه إلى تبني ضابط موضوعي أخر لتحديد القانون الذي يحكم العقد، وهو ضابط الأداء المميز للعقد.

أولا: فكرة الأداء المميز للعقد

يقوم هذا الضابط على فكرة مفادها تنوع معاملة العقود وتحديد القانون الذي يحكم العقد وفقا للالتزام الأساسي فيه، فعلى الرغم من تعدد الالتزامات في العقد الواحد، إلا أن هذه الالتزامات هو الذي يميز العقد ويعبر عن جوهره، وبالتالي يجب الاعتماد عليه لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد كله [1].

وهناك من يعرف الأداء المميز للعقد بأنه:" ذلك الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجبا ".

وقد تبنت العديد من التشريعات هذه الفكرة، مثلا نص القانون الدولي الخاص المجري في المادة 25لسنة 1979، على أنه إذا استحالة تحديد القانون الواجب التطبيق " يسري على العقد قانون موطن أو محل الإقامة العادية أو مركز منشأة الطرف المدين بتقديم الأداء المميز للعقد بطريقة جوهرية "

وأيضا تبنت الاتفاقيات الدولية نظرية الأداء المميز للعقد، مثل اتفاقية لاهاي المبرمة في 15 يونيو 1955، وأيضا اتفاقية روما لسنة 1980.

ثانيا:مدى إمكانية تطبيق فكرة الأداء المميز على عقود التجارة الإلكترونية

على الرغم من تبني معظم تشريعات القانون الدولي الخاص والاتفاقيات الدولية وأحكام القضاء في أغلب دول العالم فكرة الأداء المميز للعقد، إلا أن هناك من يرى أن إعمال هذه الفكرة في عقود التجارة الإلكترونية لا يخلو من النقد، وذلك من عدة جوانب، منها أن إعمال هذه النظرية يؤدي إلى إسناد العقد

[1] - صالح المنزلاوي ، المرجع السابق ، ص336 ومايليها .

لقانون الطرف القوي في العقد والتضحية بمصلحة الطرف الضعيف، فمثلا في عقود البيع أو توريد الخدمات التي تتم عبر الانترنت، يكون قانون دولة البائع أو مقدم الخدمة هو الواجب التطبيق على العقد حيث يعد أداء مميزا التزام البائع بتسليم المبيع، والتزام المورد بتوريد الخدمة.

المبحث الثاني

الاختصاص القضائي بنظر منازعات العقد الإلكتروني

تستخدم تكنولوجيا الإعلام والاتصال في إنجاز معاملات التجارة الإلكترونية، حيث تثير العديد من المسائل المرتبطة بالاختصاص القضائي بمنازعاتها، وذلك يرجع إلى تنوع وتوسع المعاملات على شبكة الاتصال الإلكترونية، وهذا التوسع يفرض بالتالي اختراق الحواجز الإقليمية بين الدول، الأمر الذي يجعلها مجالا خصبا لتنازع الاختصاص القضائي بخصوص النزاعات الناشئة في هذا الإطار.

وسنتطرق في هذا المبحث إلى القواعد العامة في تحديد المحكمة المختصة بتسوية منازعات العقد الإلكتروني(**المطلب الأول**)، على أن نخصص (**المطلب الثاني**) للتحكيم الإلكتروني كوسيلة بديلة لفض منازعات العقد الإلكتروني.

المطلب الأول

القواعد العامة في تحديد المحكمة المختصة بتسوية منازعات العقد الإلكتروني

إن غالبية الأنظمة القانونية تتطلب لاختصاص محاكمها بالنزاع المعروض عليها وجود علاقة أو صلة بين هذا العقد وبين محاكم الدولة، وعليه يتم اللجوء في منازعات العقد الإلكتروني إلى المحاكم التقليدية استنادا إلى القواعد العامة لتحديد الاختصاص القضائي.

و هو ما سنوضحه وفق هذا المطلب في الفروع: الفرع الأول اختصاص محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه، و الفرع الثاني اختصاص المحكمة المتفق اللجوء إليها، أما الفرع الثالث اختصاص محكمة محل إبرام أو تنفيذ العقد.

الفرع الأول: اختصاص محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه

وهو مبدأ مستقر عمليا في القوانين الداخلية والدولية وهو أن المدعي يسعى إلى المدعى عليه في محكمته مراعاة لاعتبارات العدالة، وحاجات المعاملات الدولية التي تهدف إلى حماية المدعى عليه، وقد أخذت به العديد من التشريعات[1]، منها مصر المادة 29 قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968 التي تنص على اختصاص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج[2].

ونشير إلى أن بعض الفقه أبدى تحفظه من فكرة الموطن الافتراضي، مستدلا بكونه موطنا مصطنعا يثير العديد من العراقيل الأمر الذي حذا بهذا الفقه إلى اقتراح أن يدرج شرط في العقد يلزم طرفيه بالإدلاء بجميع البيانات الشخصية التي تساعد على تحديد موطن أو محل إقامة كل من الطرفين .

الفرع الثاني: اختصاص المحكمة المتفق اللجوء إليها

من المستقر عليه في تحديد الاختصاص الدولي هو الخروج عن القاعدة السابقة وإعطاء حرية للأطراف للاتفاق على تحديد المحكمة المختصة بخلاف المحكمة التي يقع في دائرتها موطن أو محل إقامة المدعي عليه، وهذا ما نص عليه القانون المصري بشأن الاختصاص الدولي للمحاكم بالمادة 32

[1]- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي (الإلكتروني، البيئي، السياحي)، الطبعة الأولى، دار النهضة، القاهرة 2002 ، ص 71.

[2] - لزهر بن السعيد، المرجع السابق، ص196.

من قانون المرافعات لعام 1968"تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقا للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنيا "[1].

ومع ذلك فمن المتفق عليه فقها وقضاءا أنه يلزم لكي ينتج هذا الاتفاق حول تحديد الاختصاص أثره توافر الشروط التالية[2]:

1- وجود رابطة جدية بين النزاع المطروح والمحكمة التي تم اختيارها للفصل في النزاع.

2- أن تكون هناك مصلحة مشتركة للطرفين .

3- أن لا يكون هذا الاختيار مبنى على غش.

الفرع الثالث: اختصاص محكمة إبرام العقد وتنفيذه

عندما يتعذر تحديد المحكمة المختصة بناءا على المعياريين السابقين، فإنه يتم اللجوء إلى تحديد الاختصاص بناءا على ضابط محل إبرام العقد أو تنفيذه، إذ ينعقد العقد عند علم الموجب بالقبول، أي أن زمن انعقاد العقد هو زمن علم الموجب باعتباره المكان الذي يتحقق فيه تلاقي التعبير عن هذا القبول[3].

و عليه نخلص مما سبق أنه يمكن إخضاع العقد الإلكتروني لمحكمة الطرف الموجب أي المحكمة التي يتواجد فيها الطرف مصدر الإيجاب، وذلك عندما يصل القبول إلى علمه، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

[1] - لزهر بن السعيد ، المرجع السابق، ص197.
[2]- محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 89.
[3] - لزهر بن السعيد، المرجع السابق، ص198.

المطلب الثاني

التحكيم الإلكتروني كبديل لفض منازعات العقد الإلكتروني

تعد الوسائل الإلكترونية بديلة من أجل الفصل في منازعات عقود التجارة الإلكترونية بدل اللجوء إلى المحاكم الوطنية، أين يصطدم المتخاصمون بمشكلة غياب القوانين المنظمة لهذه العقود وصعوبة تحديد الاختصاص، وتجنبا للتعقيدات الإجرائية المتبعة من قبل هذه المحاكم ما تكلفه من أموال، وجهد في التنقل، أصبح الاهتمام يتزايد لدى الأطراف المتنازعة بهذه الوسائل لما توفره من تسهيلات، وباعتبارها أكثر الجهات خبرة للتعامل مع مسائل التجارة الإلكترونية والتقنية المعقدة والقانونية المستجدة، وما تتيحه من ثقة بكفاءة الجهة التي تتولى نظر النزاع، وعليه فإن التحكيم الإلكتروني يبقى السبيل الوحيد المناسب لتجاوز الصعوبات التي يثيرها الاختصاص القضائي الدولي في منازعات العقود الدولية للتجارة الإلكترونية.

وهو ما سنحاول تبيانه في هذا المطلب الفرع الأول تعريف التحكيم الإلكتروني، والفرع الثاني تنفيذ حكم التحكيم.

الفرع الأول : تعريف التحكيم الإلكتروني

المقصود بالتحكيم هو اتفاق على طرح النزاع على شخص معين، أو أشخاص معينين لتسويته خارج المحكمة المختصة، إذ أنه يختص بمنازعات التجارة الدولية، واستجابة لمتطلباتها، من سرعة وتحقيق

للعدالة وعدم قطع العلاقات التجارية بينهم[1]، والتحكيم الإلكتروني يعني الاعتماد على تقنيات استخدام الوسائط والأساليب والشبكات الإلكترونية منها شبكة الانترنت[2].

إذ يعرف التحكيم الإلكتروني بأنه اتفاق الأطراف على إخضاع منازعاتهم الناشئة، أو المحتمل نشوؤها عن العقود المبرمة بينهم بوسائل إلكترونية إلى شخص آخر يفصل فيها بموجب سلطة مستندة ومستمدة من اتفاق أطراف النزاع باستخدام وسائل اتصال حديثة تختلف عن الوسائل التقليدية المستخدمة في التحكيم التقليدي[3].

ويمكن القول أن التحكيم الإلكتروني هو تولية طرفي العقد الدولي الإلكتروني مراكز متخصصة في مجال نزاعهم، ولاية القضاء في نزاعهم الدولي اللامادي في إطار بيئة رقمية تتماشى وطبيعة نزاعهم ومصدره[4].

ومن خلال التعاريف السالفة الذكر حول التحكيم بمفهومه التقليدي والإلكتروني نجد أن الاختلاف في الوسيلة التي تتم فيها إجراءات التحكيم في العالم الافتراضي، فقد تكون إما البريد الإلكتروني أو المحادثة عبر الانترنت أو غير ها من الوسائل الأخرى، كما أن الأحكام الصادرة يحصل عليها الأطراف موقعة وجاهزة بالطريقة الإلكترونية وباستخدام التوقيع الإلكتروني.

كما يجب التمييز بين آليات تسوية المنازعات إلكترونيا وبين نظام إدارة المنازعات إلكترونيا، فالأولى آليات لإنهاء النزاع بأكمله على الانترنت دون الحاجة للحضور المادي للأطراف في أي مرحلة من

[1] - انظر: حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت 2004، ص44.
[2]- خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص 246- 247.
[3]- نفس المرجع، ص 248- 249.
[4]- ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع الإلكتروني المبرم عبر شبكة الانترنت، مجلة المعارف، العدد الخامس، المركز الجتمعي العقيد آكلي محمد أولحاج، البويرة، ديسمبر 2008، ص 475.

مراحل التسوية، أما الثانية فهي مجرد استخدام الوسائل الإلكترونية في الإرسال وحفظ البيانات، والطلبات[1].

الفرع الثاني: تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني

إن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية يثير العديد من المشاكل، نظرا لحرص كل دولة على الحفاظ على سيادتها، وتجنبا لهذه المعوقات وأخرى لجأت الدول ومنها الجزائر إلى إبرام معاهدات دولية، ومن أهمها في هذا المجال اتفاقية نيويورك لعام 1985 الخاصة بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها على المستوى الدولي من خلال سن قواعد قانونية تلزم الدول المتعاقدة بالاعتراف بهذه الأحكام وتنفيذها[2].

و وفق لذلك أدرجت هذه الاتفاقية جملة من الشروط من خلال المادتين الرابعة والخامسة وهي:

إرفاق طالب التنفيذ مع طلبه أصل حكم التحكيم وأصل اتفاق التحكيم، مع ضرورة تقديم ترجمة رسمية لطلب التنفيذ أو لحكم التحكيم إذا كان محررا بلغة أجنبية، وهذا ما نصت عليه المادة الرابعة من الاتفاقية[3]، في حين المادة الخامسة من الاتفاقية نصت على أن تنفيذ الأحكام هو الأصل ، أما إذا توافر وجه من أوجه البطلان في الحكم يؤدي إلى عدم الاعتراف به،

ونجد هذه الأوجه في طائفتين:

تتعلق الطائفة الأولى بحالات التي يقع عبء إثارتها وإثباتها على عاتق من صدر ضده الحكم:

1- اعتبار الأطراف عديمي الأهلية أو أن اتفاق التحكيم غير صحيح بالنظر للقانون الذي أخضع على الحالتين.

2- عدم تبليغ من صدر الحكم ضده أو تم تبليغه بشكل خاطئ بإجراءات التحكيم.

[1]- بوديسة كريم، التحكيم الإلكتروني، كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة ملود معمري- تيزي وزو، 2012،ص 13.

[2]- بوجمعة جعفر، المرجع السابق، ص 80.

[3]- راجع المادة 4 من اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها لسنة 1985.

3- إبطال الحكم من السلطة المختصة في بلد تنفيذ الحكم أو في بلد صدوره حسب قانونها.

4- عدم خضوع هيئة التحكيم وإجراءاته لاتفاق الطرفين أو لقانون البلد الذي تم فيه.

في حين الطائفة الثانية تمنح سلطة رفض تنفيذ الحكم لمحكمة دولة التنفيذ من تلقاء نفسها وهذا لسببين[1]:

أ- إذا كان موضوع التحكيم غير قابل للفصل فيه في بلد تنفيذ الحكم.

ب- إذا كان الاعتراف بالحكم وتنفيذه مخالفا لنظام العام في بلد التنفيذ.

حيث تنص المادة **1035** من قانون إجراءات المدنية وإدارية :"**يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من طرف الذي يهمه التعجيل**".

وما يلاحظ على هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يأخذ بما نصت عليه المادة الخامسة من الاتفاقية السابقة الذكر إذ نصت على عدم إلزامية الحكم التحكيمي الباطل حسب قانون بلد صدوره، نجد أنه قد حذا حذو المشرع الفرنسي في هذا المجال الذي يأخذ بحكم التحكيم الملزم دون البحث عن مدى صحته أو إلغائه من طرف محكمة البلد الذي صدر فيه، فالقاضي الجزائري إذن يمكن أن يأخذ بالحكم الباطل الذي صدر في بلد إجراء التحكيم [2].

هنا نجد المشرع الفرنسي أقر صراحة بأن استعمال الاتصالات الإلكترونية لا يشكل حاجزا في حق الأطراف استصدار حكم إلكتروني على دعامة ورقية بشرط معرفة مصدر التوقيع، وإقرار القانون الواجب التطبيق بنفس قيمة التوقيع الكتابي وتأكيد أصلية الوثائق إلكترونيا[3].

[1]- راجع المادة 5 من اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها لسنة 1985.
[2]- بوديسة عبد الكريم، المرجع السابق، ص 177.
[3]- بوديسة عبد الكريم، المرجع نفسه، ص 179- 180.

إن خصوصيات المنازعات الناشئة عن التجارة الإلكترونية أفضت إلى استخدام آلية جديدة تكفل تنفيذ أحكام التحكيم الإلكترونية بعيدا عن القضاء الوطني، مما أدى ببعض الفقهاء إلى البحث عن وسائل تنفيذ هذه الأحكام بطريقة ذاتية دون اللجوء للقضاء الوطني، ومن هذه الوسائل نجد:

أولا: الضغوط الإعلامية والتجارية

مثلا عندما يصدر قرار بالتراجع عن إعلانات معينة، أو بيانات موجودة على موقع الطرف الخاسر يستطيع الطرف الرابح أن يضغط عليه بمنعه من الإعلان على مواقع معينة في شبكة الانترنت، أو وضعه في قائمة السوداء على شبكة أسماء المواقع الإلكترونية للبائعين الذين لا ينفذون أحكام وقرارات مراكز التسوية الإلكترونية.

ثانيا: خدمات التعهد بالتنفيذ

مفادها تسليم ثمن السلعة أو الموقع الإلكتروني أو أي شيء ذا قيمة مالية لطرف محايد، وحفظه لديه إلى غاية تسليم المشتري الشيء المبيع بمواصفاته، فإن انقضت المدة يقوم الطرف المحايد بتسليم الثمن المتفق عليه.

ثالثا: التحكيم في بطاقة الائتمان

وذلك بموجب عقد مبرم بين مراكز التحكيم الإلكترونية مع أحد مصدري بطاقات الائتمان، مثل شركة (VISA)، أو شركة (MASTER CARD) والذي بدوره يبرم عقدا مع التاجر الذي يريد أن يستفيد من خدمة الائتمان، ويتضمن كل عقد من هذين العقدين شرطا يخول مصدر بطاقة الائتمان، ويلزمه برد الثمن إلى حساب المشتري (المستهلك) إذا تلقى قرارا تحكيميا من المركز المتفق عليه يفيد ذلك.

الخـــــــــاتمة

الخاتمة

وفي خاتمة بحثنا هذا يتضح لنا أن ظهور العقود الإلكترونية لم يكن وليد الصدفة، بل ظهر نتيجة التحولات الكبرى الحاصلة في مجال تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات، التي كان لها تأثير على مختلف الميادين دون استثناء وبخاصة في مجال التصرفات القانونية، وبذلك بات من الضروري البحث عن وسائل معالجة لاستعمالاتها وضبط المنازعات الإلكترونية الناتجة عن هذا النوع من المعاملات، ووضع حلول ونظم قانونية أكثر ضمانا وثقة للمتعاملين فيها، كاستجابة لمواكبة التطورات في مجال تقنية المعلومات والاتصالات.

ومنه فإننا ندرج جملة من النتائج المتوصل إليها، نذكرها فيما يلي:

- أن العقد الإلكتروني واقع يقرره القانون وتعترف به التشريعات المختلفة، حيث أن العقد الإلكتروني يمتاز بخصوصية ميزته عن غيره من العقود الأخرى في البيئة الإلكترونية، مما جعلت منه واقع يفرضه القانون.
- يتم إثبات العقد الإلكتروني عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، كالتوقيع الإلكتروني وذلك في بيان غرضه و هو التأكد من سلامة رسالة البيانات بالإضافة إلى صوره وحجيته حتى يمكن الاحتجاج به، أما فيما يخص الكتابة الإلكترونية خلصنا إلى أن غالبية التشريعات المقارنة أقرت بالمساواة بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية في الإثبات وإعطاءها نفس القوة الثبوتية.
- إرادة الأطراف الصريحة والضمنية هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني وإذا تعذر يتم اللجوء إلى تركيز العقد مكانيا.

الخاتمة

- إن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني يظهر واقعه العملي من خلال مدى ملائمة قواعد الإسناد التقليدية لفض منازعات عقود التجارة الإلكترونية سواء على صعيدها المرن أو صعيدها الجامد، وبالتالي اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، أما في حالة غياب الاختيار فإنه يتم اللجوء إلى المعايير المتعارف عليها في القانون الدولي الخاص (قواعد الإسناد الشخصية والموضوعية)، أما الاختصاص القضائي بمنازعات العقد الإلكتروني، فإنه يمكن تطبيق القواعد العامة في تحديد المحكمة المختصة بنظر في النزاع.
- تنوع آليات تسوية منازعات العقد الالكتروني من أجل الوصول إلى تسوية نهائية لفض النزاع، التحكيم هو الوسيلة الأنجع لفض منازعات العقد الإلكتروني في كونه يتماشى مع طبيعة معاملات التجارة الإلكترونية خاصة وأنها في تزايد بحجم تزايد معاملاتها.

كما يمكننا أن نقدم بعض الاقتراحات:

- ينبغي إيراد تعريف محدد للعقد الالكتروني في القانون المدني الجزائري، بحيث أن المشرع الجزائري لم يضبط للعقد الإلكتروني تعريف موحد و شامل مثل باقي التشريعات الأخرى.
- ضرورة الحرص على فعالية إرادة الأطراف في حماية مصالحهم العقدية على النطاق الدولي في ميدان التجارة الإلكترونية، وبالتالي القانون الأولى بالتطبيق هو قانون إرادة الأطراف.
- فيما يخص تحديد الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق كان لا بد من خلق وسائل أكثر مرونة تتلاءم وطبيعة التجارة الالكترونية من اجل تجاوز مشكلتي تنازع القوانين وتحديد الاختصاص القضائي.
- تشجيع وتطوير مناهج تدريبية على استخدام تقنيات الاتصال الحديثة في مجال التعاقدات الإلكترونية، ووضع آليات مستحدثة تواكب التطورات الحاصلة في مجال تقنيات التكنولوجيا.

الخاتمة

- إنشاء دائرة قضائية تختص بنظر المنازعات الإلكترونية بحيث تشمل في تشكيلها خبيرا متخصصا في مجال تقنيات الاتصال وعقد ندوات ودورات تدريبية لرجال القضاء بهدف إعداد إطارات قضائية تساير المستجدات الحديثة في جميع المجالات التقنية المختلفة.
- إنشاء مكتب توثيق إلكتروني يتولى المعاملات الإلكترونية وهو الأمر الذي من شأنه أن يضفي مزيدا من الثقة والأمان للمتعاملين في مجال التجارة الالكترونية.

قائمة المراجع

قائمة المراجـع

I. المراجع باللغة العربية

أولا: الكتب

1-أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الانترنت- دراسة مقارنة، المكتبة القانونية، عمان 2002.

1- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة 2008.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي (الإلكتروني، البيئي، السياحي)، الطبعة الأولى، دار النهضة، القاهرة 2002.

3- أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر2002.

4- أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، القاهرة 2003.

5- إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2009.

6- آمانج رحيم أحد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنت، دار وائل للنشر، عمان 2006.

7- بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول- تنازع القوانين، الطبعة التاسعة، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر 2006.

8- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت2004.

9- خالد ممدوح إبراهيم، العقد الإلكتروني- دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2006.

10- خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2008.

11- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة 2006.

12- عامر محمود الكسواني، التجارة عبر الحاسوب، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2008.

13- العطار محمد حسن، البيع عبر شبكة الانترنت- دراسة مقارنة في ضوء التوقيع الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2005.

14- فيصل محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة 2008.

15- لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2010 .

16- محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2004.

17- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية 2009.

18- محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر 2006.

19- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2003.

20- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة، عمان 2006.

21- مصطفى أبو مندور موسى، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2000.

22- مصطفى أحمد إبراهيم نصر، وسائل إثبات العقود الإلكترونية- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 2010.

23- مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، عين مليلة 2009.

24- نسرين عبد الحميد نبيه،الجانب القانوني للقانون التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية 2008.

25- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر 2006.

ثانيا: المقالات

1- براهيمي حنان، المحررات الإلكترونية كدليل إثبات، مجلة الفكر، العدد التاسع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر –بسكرة- 2013.

2- ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع الإلكتروني المبرم عبر شبكة الانترنت، مجلة المعارف، العدد الخامس، المركز الجتمعي العقيد آكلي محمد أولحاج، البويرة، ديسمبر 2008.

3- ناصر حمودي، نزاعات العقود الإلكترونية: أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مجلة المعارف، العدد الخامس، المركز الجتمعي العقيد آكلي محمد أولحاج، البويرة 2008.

4- المنصف قرطاس ، حجية الإمضاء الإلكتروني أمام القضاء ، بحث منشور بمجلة "التجارة الإلكترونية والخدمات المصرفية والمالية عبر الانترنت"، إتحاد المصارف العربية ،2000

ثالثا: البحوث الجامعية

أ- أطروحات دكتوراه

1- بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون الأعمال ، جامعة الحاج لخضر- باتنة، السنة الجامعية2015 .

2- مخلوفي عبد الوهاب ، التجارة الإلكترونية عبر الانترنت ، مذكرة لنيل رسالة دكتوراه ، تخصص قانون الأعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة السنة الجامعية 2011-2012.

ب- مذكرات الماجستير

1- بوديسة كريم، التحكيم الإلكتروني، كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة ملود معمري- تيزي وزو السنة الجامعية 2012.

2- لما عبد الصادق سلهب ، مجلس العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير في قانون لكلية الدراسات العليا، جامعة نابلس- فلسطين 2008.

جـ- مذكرات الماستر

1- ترير نوال ، الشكلية في العقود التجارية الإلكترونية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص إدارة الأعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، السنة الجامعية2013-2014.

2- عبد اللطيف بركات، الإثبات الإلكتروني في المعاملات الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر -بسكرة- السنة الجامعية2012-2013.

3- كحلول سماح، حجية الوسائل التكنولوجية في إثبات العقود التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، قانون عام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة السنة الجامعية 2014-2015.

رابعا: النصوص القانونية

1- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 والمتضمن القانون المدني الجزائري.

1- القانون رقم 15-04 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق أول فبراير سنة 2015 ، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين ، الجريدة الرسمية العدد06 المؤرخ في 10 فيفري 2015.

2- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

1- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، رقم 85 سنة 2000 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001.

2- اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بالقرارات التحكمية الأجنبية وتنفيذها لسنة 1985.

2- قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة **2001**.

3- قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية الصادر عن الأمم المتحدة المؤرخ في 16 ديسمبر 1996.

II. المراجع باللغة الأجنبية:

1- Olivine TENA, internet et durit, Aspects juridiques du commerce électronique, édition eyalets, 1996.

2- VERBIES Thibault, la protection jurions du cuber consommateur, lite, paris,2002.

ملخص الدراســـة

ملخص الدراسة:

تثير عقود التجارة الإلكترونية العديد من الإشكالات بحكم الاستعمال المتزايد للانترنت في مختلف المجالات خاصة في المجال الاقتصادي والتجاري، كإبرام العقود على مختلف السلع والخدمات. حيث يعد العقد الإلكتروني ومنازعاته من أهم الموضوعات الحديثة في مجال تقنية المعلومات والاتصال وإجراءات حل النزاع في العقد الإلكتروني، إذ من الطبيعي أن تثور نزاعات بين أطراف هذه العقود تبدأ بإشكال تحديد القانون الواجب التطبيق عليها ومدى قدرة قواعد القانون التقليدية والحديثة الوصول إليه، وكذلك إشكال تحديد الجهة القضائية المختصة بتسوية المنازعات التي تنشأ عن هذا النوع من العقود ووسائل حل هذه المنازعات.

الكلمات المفتاحية: العقد الإلكتروني، التجارة الإلكترونية، منازعات، العقد الإلكتروني، المعاملات الإلكترونية، القانون الواجب التطبيق، تكنولوجيا الإعلام والاتصال، التحكيم.

Résumé de l'étude

Les actes commerciaux électroniques (en ligne) provoquent de nombreuses problématiques vu l'utilisation progressive de l'Internet dans différents domaines, notamment les domaines économique et commercial, tel que les contrats conclus en matière des marchandises et services. L'acte électronique et les litiges y relatifs sont considérés comme les sujets les plus importants de nos jours dans le domaine de la technique de l'information et communication et des procédures de règlement des conflits surgissant dans ledit acte électronique. Il est tout a fait normal que des conflits surgissant dans ledit acte électronique. Il est tout a fait normal que des conflits naissent entre les parties de ces actes, commençant par le problème de la loi applicable et allant a la capacité des règles de la loi traditionnelles et contemporaines a trouver les solutions adéquates. A signaler également la problématique de désigner la juridiction compétente pour régler de tels conflits qui peuvent naitre de ce type d'actes et les moyens de leur règlement.

Mots clés: Acte électronique (en ligne), Commerce , électronique, Conflits (litiges) de l'acte électronique, Transactions électroniques, Loi applicable, Technologie de l'information et communication, Arbitrage.

Summary of the study

The E-commerce deeds (on line) provoke many problems considering the rising use of the internet in several fields, especially in the economical and commercial field; such the contracts dealing with goods (merchandises) and services. The e-commerce deed and the disputes related to are actually considered as the most important topics in the field of the technique of information and communication, as well as the procedure of settlement of these conflicts related to the said e-commerce deed. It is normal that such conflicts arise between the parts of these acts, starting by problem of the aplicable law in these litigations, moving then to the traditional and new rules of the law able to find the suitable settlement to the said conflict. It to also important to note the problem to designate the competent and qualified jurisdiction able to settle such litigations arising from theses deeds, and the means of the settlement.

Key Words

E-commerce deed (on line) ,E-commerce, Conflicts, of the e-commerce act, E-commerce transaction(deals) ,Applicable law, Technology of information and communication.

فهرس المحتويـــــــات

فهرس المحتويات

إهداء	
شكر وتقدير	
مقدمة	أ- ج
الفصل الأول: مفهوم العقد الإلكتروني	04
المبحث الأول: العقد الإلكتروني	05
المطلب الأول: العقد الإلكتروني وخصائصه	05
الفرع الأول: العقد الإلكتروني	06
الفرع الثاني: خصائص العقد الإلكتروني	09
المطلب الثاني: تميز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود	11
الفرع الأول: تميز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود بحسب طريقة التعاقد	11
الفرع الثاني: تميز العقد الإلكتروني عن العقود المحيطة بالبيئة الإلكترونية	15
المبحث الثاني: إثبات العقد الإلكتروني	18
المطلب الأول: الكتابة الإلكترونية	18
الفرع الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية	19
الفرع الثاني: شروط الكتابة الإلكترونية	20
الفرع الثالث: حجية الكتابة الإلكترونية	22
المطلب الثاني: التوقيع الإلكتروني	24
الفرع الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني	24
الفرع الثاني: صور التوقيع الإلكتروني	25
الفرع الثالث: حجية التوقيع الإلكتروني	27
الفصل الثاني: تسوية منازعات العقد الإلكتروني	29
المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني	30
المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق في حالة اتفاق الأطراف	31

فهرس المحتويـات

الفرع الأول: الاعتراف بمبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق	31
الفرع الثاني: كيفية تحديد الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني	33
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق في حالة غياب اتفاق الأطراف	35
الفرع الأول: الإسناد الجامد للعقد الإلكتروني	35
الفرع الثاني: الإسناد المرن للعقد الإلكتروني	39
المبحث الثاني: الاختصاص القضائي بنظر منازعات العقد الإلكتروني	40
المطلب الأول: القواعد العامة في تحديد المحكمة المختصة بتسوية منازعات العقد الإلكتروني	40
الفرع الأول: اختصاص محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه	41
الفرع الثاني: اختصاص المحكمة المتفق اللجوء إليها	41
الفرع الثالث: اختصاص محكمة إبرام العقد وتنفيذه	42
المطلب الثاني: التحكيم الإلكتروني كبديل لفض منازعات العقد الإلكتروني	43
الفرع الأول:تعريف التحكيم الإلكتروني	43
الفرع الثاني: تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني	45
الخـاتمة	48
قائمة المصادر والمراجع	51
فهرس المحتويات	56