وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

Ministère de l'enseignement supérieur et de la Recherche scientifique

جامعة عبد الحميد ابن باديس ـ مستغانم ـ

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم : قانون خاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

دراسة مقارنة للتجارة الإلكترونية في الدول العربية

من إعداد الطالبة :

وسيلة إيمان سعيدان

تحت إشراف الأستاذة:

بن عثمان فادية بوخدمي

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ	زريفي محمد	رئيسا
الأستاذ(ة)	بن عثمان بوخدمي فادية	مشرفا مقررا
الأستاذ(ة)	بوعزة حمادي نادية	مناقشا

السنة الجامعية:2022/2021

تاريخ المناقشة: 2022/07/11.

بسم الله الرحمن الرحيم
محمد سلقامي

شكر و تقدير

يسرني أن أتقدم بجزيل الشكر و التقدير إلى أستاذتي د. بوخدمي فادية على تفضلها بالاشراف على مذكرتي ، و على ما قدمته لي من إرشاد لإنجاز هذه المذكرة.

أشكر كل أساتذتي اللذين علموني حرف منذ بداية مساري الدراسي حتى مرحلة الماستر.. فلهم مني أسمى عبارات و التقدير و الإحترام.

إلى كل أعضاء المكتبة المركزية لجامعة عبد الحميد ابن باديس ، و خاصة إلى أعضاء كلية الحقوق و العلوم السياسية مستغانم.

كما يسرني أن أتقدم بجزيل الشكر و العرفان للجنة المناقشة الموقرة على تفضلها لمناقشة هذه المذكرة، فجزاهم الله خيرا.

الإهداء

لا يوجد أي إهداء يمكن أن يعبر عن الحب و التقدير و التفاني، و الاحترام الذي أحظى به دائما لوالدي، لا شيء في العالم يساوي جهودكم المبذولة ليل و نهار لتعليمي و رفاهيتي.
هذا العمل هو ثمرة تضحياتكم من أجل تعليمي.

إلى جدي و جدتي أطال الله في عمرهما .

إلى قرتيْ عيني و من كانوا و سيظلون سندي في الحياة أختي نور المنى و منال لطيفة،
إلى أخي الذي لا طالما ساندني مراد بوعجاج .
و إلى صديقتا قلبي خيرة و أمينة أدامكما الله لي.
و إلى كل عائلتي من قريب و بعيد.

مقدمة

مقدمة:

أدى التطور التكنولوجي إلى العديد من التغييرات و التطورات في مختلف المجالات الاقتصادية. أدى النمو السريع لتكنولوجيا المعلومات و الاتصالات إلى آثار كبيرة، سواء على مستوى الشركات و المؤسسات من حيث أشكالها و أدائها و كيفية تسويق خدماتها، أو على مستوى الاقتصاديات الوطنية. ساهم التقدم التكنولوجي بشكل فعال في تكامل الأسواق الدولية حيث تم التغلب على الحواجز المكانية و الزمنية بين الأسواق الوطنية المختلفة و انخفاض تكلفة الاتصالات مما كان له تأثير كبير في زيادة سرعة حركة رأس المال من سوق واحد إلى آخر.

غيرت الانترنت العالم التجاري حيث تعرف هذه الأخيرة على أنها شبكة عالمية تربط عدة آلاف من الشبكات و ملايين أجهزة الكمبيوتر من مختلف الأنواع و الأحجام في العالم. الغرض من الإنترنت هو أنها وسيلة للأفراد و المنظمات للتواصل و تبادل المعلومات. لتحقيق ذلك، من الضروري الالتزام بمجموعة من معايير الاتصال حيث تعتمد جميع أجهزة الكمبيوتر المتصلة بالإنترنت على معيار يسمى معيار الإنترنت الذي يقسم الرسائل الإلكترونية إلى وحدات بيانات تسمى الحزم، و يتحكم في توجيه البيانات من المرسل إلى المستقبل. يقع معيار الإنترنت ضمن مجموعة معايير التحكم في الإرسال. إنها مجموعة من المعايير التي طورتها وزارة الدفاع الأمريكية، للسماح بالاتصالات عبر شبكات من أنواع مختلفة.

ساهم الإنترنت في تحقيق الانتشار الفعلي للتجارة الإلكترونية، و توفر هذه التجار عن طريق الإنترنت حركات بيع و شراء السلع و الخدمات، كما يسمح بالحركات الإلكترونية التي تدعم توليد الفوائد مثل عمليات تحديد الطلب على تلك السلع و الخدمات، كما أن التجارة تشبه السوق الإلكترونية في كون الموردون يتواصلون فيه. ألقت هذه الطفرة التكنولوجية الناشئة بظلالها على المجال التعاقدي، حيث أدى التقدم التكنولوجي الهائل إلى تغيير جوهري في الطريقة التقليدية التي يتم بها إبرام العقود، كما ظهرت العقود الإلكترونية و توسعت التجارة الإلكترونية بطريقة غير مسبوق ، و أصبحت شبكة المعاملات الدولية أساس جميع المعاملات.

نظرا للانتشار السريع للتجارة الإلكترونية، تبدل معظم الدول العربية جهودا حثيثة لتطوير بيئة الأعمال الإلكترونية و توفير إطار قانوني و تشريعي مناسب لعمليات التجارة الإلكترونية.

تكمن دوافعنا في اختيار هذا الموضوع بشكل رئيسي لأنه من المواضيع الحديثة التي دخلت الوطن العربي بشكل عام و الجزائر بشكل خاص، بعد أن احتكرت الدول الغربية هذا النوع من التجارة الإلكترونية.

سنحاول في هذه الدراسة الحديث عن التجارة الإلكترونية في الدول العربية، و تهدف هذه الدراسة على الوقوف على آفاق النظام القانوني الذي يحكم هذه التجارة وفقا للتشريع الجزائري، سواء في القانون المدني أم في قانون التجارة الإلكترونية، و كذلك قي كل من التشريع المصري و الأردني، و العراقي.

طبعا كل بحث لا يخلوا من الصعوبات التي في مجملها لا تخرج مما يمكن لاي باحث أن يتلقها ، و هي:

- قلة المراجع و كونها ليست متاحة للجميع .
- عدم وجود دراسة سابقة تجمع هذه القوانين.

تعتمد الدراسات السابقة في مجال التجارة الإلكترونية في الغالب على القواعد العامة للقانون المدني بالإضافة إلى التشريعات الأجنبية الغربية.

في ضوء هذه المعطيات، نطرح الإشكالية الآتية: **ما مدى مواكبة التشريعات العربية للتطور التكنولوجي في مجال التجارة الإلكترونية و معاملاتها؟**

للإجابة على الإشكالية اعتمدنا على المنهج التحليلي من أجل تحليل النصوص القانونية المتعلقة بهذه الدراسة ، كذلك اعتمدنا على المنهج المقارن الذي يأتي في إطار المقارنة بين التشريعات العربية (الجزائري، المصري، الأردني، العراقي) .

يتم دراسة هذا الموضوع من خلال فصلين، حيث يتناول الفصل الأول مفهوم التجارة الإلكترونية و العقد الإلكتروني و ذلك عن طريق مفهوم التجارة الإلكترونية و العقد الإلكتروني (المبحث الأول) و وسائل إثبات المحررات الإلكترونية و آليات الدفع (المبحث الثاني) ، في حين أن يتناول الفصل الثاني الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني و

المنـازعـات العقديـة الإلكترونيـة و ذلك من خلال الحمـايـة القـانونيـة للمســـتهلك الإلكتروني (المبحث الأول) و المنـازعـات الإلكترونيـة العقديـة و مـدى تطـابق قواعد الإســـنـاد عليها (المبحث الثاني).

الفصل الأول

مفهوم التجارة الإلكترونية و العقد الإلكتروني

الفصل الأول: مفهوم التجارة الإلكترونية و العقد الإلكتروني

بدأ الاهتمام بالتجارة الإلكترونية بسبب حقيقة أنها يمكن أن تغير مستقبل الأعمال. على الرغم من ظهور مصطلح التجارة الإلكترونية مؤخرا، إلا أن استخدام الوسائل الإلكترونية مثل أجهزة الكمبيوتر و شبكات الاتصال، و الذي أطلق عليه التبادل الإلكتروني للبيانات بدءا من القرن العشرين، اقتصر على المؤسسات و الشركات و البنوك الضخمة .

و نتيجة للتطورات التكنولوجية في مجال الإلكترونيات و وسائل الاتصال، التي أصبحت في متناول المؤسسات و الشركات و الأفراد بسبب رخص ثمنها و صغر حجمها و سهولة استخدامها. رافقت هذه التطورات التكنولوجية تحولات تجارية و تنظيمية في الاتصال تتجه نحو تحرير هذا القطاع الذي حظي باهتمام من طرف التشريعات التي احتكرت استخدامه.

و بالتالي سوف نلقي الضوء في دراستنا لهذا الفصل على مفهوم التجارة الإلكترونية و العقد الإلكتروني (المبحث الأول)، و إبرام العقد الإلكتروني (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم التجارة الالكترونية و العقد الالكتروني

التجارة الالكترونية هي تجارة العصر القادم، و قد أتت بصيغة جديدة لمفهوم عملية البيع و الشراء أو تبادل المنتجات و الخدمات و المعلومات من خلال الشبكات الالكترونية (الانترنت).[1]

التطورات في المعاملات التجارية التي ظهرت نتيجة التجارة الإلكترونية سهلت على التجار و الزبائن عملية إدارة تجارتهم و إتمام معاملاتهم. و هذا ما جعل دخول العقود الإلكترونية في جميع فروع الحياة الأسرية بما في ذلك البحث التجاري و العلمي ، و حتى لا تخرج التجارة الالكترونية عن نطاقها الأساسي الذي جاءت به كان من الضروري تحديد ما هي العقود الإلكترونية من اجل تفادي الإشكالات التي من الممكن أن تواجه هذه العقود.[2]

و سنعرض فيما يلي المطلب الأول الذي سيتضمن التعريف بالتجارة الالكترونية و بالعقد الالكتروني.

[1] ـ هبة ثامر محمود عبد الله ، عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة) ، منشورات زين الحقوقية مكتبة السنهوري ،الطبعة الأولى ، سنة 2011، ص 50

[2] ـ محمد فواز محمد المطالقة ، المرجع السابق ، ص 22

و في المطلب الثاني سنتطرق إلى إبرام العقد الإلكتروني.

المطلب الأول: التعريف بالتجارة الإلكترونية و بالعقد الإلكتروني

عند الحديث عن العقود الالكترونية، من الضروري أولا توضيح مسألة أولية مرتبطة ارتباطا وثيقا بالعقود، لا بل تعد المجال الرئيسي الذي يعبر عنه بعض فقهاء القانون الذين يعيشون و يتواجدون به و يكثر إجراء مثل هذا النوع من التعاقد. المجال هو التجارة الالكترونية التي تمارس من خلال وسائل الاتصال الحديثة [1]، و التي يعرفها جانب من الفقه بأنه شكل من أشكال التعاقد عن بعد يؤدي إلى قضايا علمية و قانونية تتعلق بمختلف فروع القانون ، و خاصة في مجال القانون المدني و القانون التجاري و القانون الدولي الخاص ...

الفرع الأول: تعريف التجارة الإلكترونية و خصائصها

اختلفت مفاهيم التجارة الإلكترونية باختلاف وجهات النظر عند تفسيرها، و يعود هذا الاختلاف إلى تعدد مجالات تطبيقها، و التطور المستمر الذي يحدث في أساليبها و أهدافها، وهو ما ينعكس في مفهومها.[2]

أولا:التعريف الفقهي للتجارة الإلكترونية.

تعرف التجارة الإلكترونية، من قبل جزء من الفقه القانوني، بأنها نوع من البيع و الشراء بين المستهلكين و المنتجين، أو بين الشركات بعضها البعض، باستخدام تكنولوجيا المعلومات و الاتصالات. و عرفها البعض الآخر بأنها استخدام الوسائل التكنولوجية وشبكات المعلومة لممارسة أي نشاط تجاري، و هذا يشمل وسائل الاتصال التي تعمل كوسيط في عمليات تصميم و إنتاج و إعلان و عرض و توزيع و بيع السلع و الخدمات. و كذلك تسوية المدفوعات.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا التعريف قام بتعداد وسائل ممارسة التجارة الإلكترونية، و إلى مختلف مجالات التجارة الإلكترونية، حيث إنه لا يقتصر فقط على عملية البيع و الشراء، بل يشمل أيضا العمليات الأخرى التي يمكن يتم تنفيذها إلكترونيا.

[1] ـ محمد ذعار العتيبي ، النظام القانوني للعقد الالكتروني "دراسة مقارنة بين التشريعيين الكويتي و الأردني" ، رسالة ماجستير مقدمة استكمالا للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط ، 2013/2012 ، ص 13

[2] ـ عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية و الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص15.

و يعتقد البعض الآخر أن التجارة الإلكترونية تشمل أي شكل من أشكال المعاملات التجارية التي تتم إلكترونيا من خلال شبكة المعلومات الدولية (الانترنت)، و تتم هذه المعاملات بين الشركات، أو بين الشركات و عملائها، أو بين الشركات و الحكومات. و يشمل التجارة الخارجية و التجارة المحلية، و يمكن أن تقوم بوظائف جديدة في عمليات التبادل التجاري، بما في ذلك الإعلان و التسويق و المفاوضات و تسوية المدفوعات و الحسابات و فتح الامتيازات و التراخيص و إعطاء أوامر الشراء و البيع و تبادل بعض السلع و الخدمات.
و هناك اتجاه آخر يتمثل في أن تعريف التجارة الإلكترونية يتعلق بجميع أشكال المعاملات التجارية التي تتم بين الشركات و الأفراد، و التي تقوم على التبادل الإلكتروني للبيانات سواء كانت مكتوبة أو مرئية أو سمعية. كما يمتد هذا التعريف ليشمل آثار عملية تبادل البيانات و المعلومات التجارية إلكترونيا و مدى تأثيرها على المؤسسات و العمليات التي تدعم و ترصد الأنشطة التجارية المختلفة.[1]

و من الجوانب الأخرى للفقه يعرفها بأنها عرض المشروع للسلع و الخدمات على موقع إلكتروني من أجل الحصول على طلبات من العملاء. لذلك، لا تقتصر التجارة الإلكترونية في شكلها الكامل على نشاطها أو نطاقها فقط على إبرام العقود، سواء عن طريق البيع أو عروض الخدمة المباشرة، بل تمتد لتنفيذ العقد من خلال تسليم البضائع أو تقديم الخدمة بالإضافة إلى لدفع الثمن.

و يميل البعض إلى تعريفها على أنها جميع المعاملات التي تتم عبر الانترنت، حتى لو لم تكن ذات طبيعة تجارية، لكن في الغالب تتمتع بهذه الصفة من جانب صاحب السلعة أو الخدمة على الأقل، الذي في معظم الأحيان يكون تاجرا.

و أضاف أن هذه المعاملة لا تختلف عن مفهومها التجاري في مفهومها كممارسة للعمل التجاري كالمعتاد، و لكن خصوصيتها ترجع إلى وسائل إجرائها.

من بين جميع الاتجاهات الفقهية المختلفة التي سبقت، يمكننا تعريف التجارة الإلكترونية كنظام إلكتروني يسمح بالتعامل في السلع و الخدمات بصيغة افتراضية أو رقمية، و تنفيذ العقود المتعلقة بهذه السلع و الخدمات.[2]

[1] ـ عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق ، ص16.
[2] ـ عصام عبد الفتاح مطر،المرجع السابق، ص 17،18.

ثانيا:التعريف التشريعي للتجارة الإلكترونية

البند الأول ـ التعريف التشريعي للتجارة الإلكترونية في المواثيق الدولية

لقد عرفة منظمة التجارة الدولية التجارة الالكترونية بأنها "إنتاج و تسويق و بيع و توزيع منتجات من خلال شبكات الاتصال".[1]

لم يعرف(UNICITRAL) أما بالنسبة للقانون النموذجي الذي وضعته الإنسترال التجارة الإلكترونية و إنما عرف رسالة البيانات (Data message) في المادة (2/أ) على أنها : المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها و تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة (مثل تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو التلكس أو النسخ البرقي).[2]

و تجدر الإشارة إلى أن القانون الذي وضعته لجنة الانسترال، الرغم الاسم الذي وضعته هذه اللجنة الذي يشير إلى التجارة الإلكترونية، لكنه لا يقدم تعريفا. يوصف هذا السلوك بأنه متعمد، من أجل مراعاة المفهوم الواسع للتجارة الإلكترونية.[3]

كما أن عرفته المادة 14 من القانون الخاص بالتجارة الإلكترونية المسمى بقانون الثقة في الاقتصاد الرقمي الذي يحمل رقم2004-575 المؤرخ في 2004/06/21 على أنه:" نشاط اقتصادي يقوم شخص من خلاله بتأكيد تبادل السلع أو الخدمات عن بعد بطريقة إلكترونية".[4]

البند الثاني ـالتعريف التشريعي للتجارة الإلكترونية في تشريعات الدول العربية

لقد سن المشرع الجزائري مؤخرا القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، و الذي قد جاء بتعريفها في المادة 06 الفقرة الأولى منه على أن "التجارة الإلكترونية: النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع و خدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني ، عن طريق الاتصالات الإلكترونية."[5]

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري حصر الأنشطة التجارية التي تعتمد على شبكات الاتصال الالكترونية على شخص قانوني يعمل كمورد الكتروني، وأن هذا النشاط يتم توجيهه

[1] ـ طالب حسن موسى،قانون التجارة الالكترونية الدولية،دار الثقافة،ط1،الأردن،2016،ص116.
[2] ـ نضال إسماعيل برهم،أحكام عقود التجارة الإلكترونية،دار الثقافة،الطبعة الأولى،الأردن،2005،ص15.
[3] ـ طالب حسن موسى،نفس المرجع ،ص116.
[4] ـ محمد بافكر،المعاملات التجارية الالكترونية في ظل القانون رقم18-05،مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال،جامعة أدرار،الجزائر،2019/2018،ص4.
[5] ـالمادة 01/06 من قانون رقم 18-05 مؤرخ في 24 شبعان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018 ،العدد 28، المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

عن بعد عبر الاتصال الالكتروني إلى شخص قانوني آخر و هو المستهلك الالكتروني. لذلك فإن التاجر التقليدي المعروف بالقانون التجاري له مركز قانوني مختلف لا ينخرط في التجارة الالكترونية، و لكنه يستخدم جزئيا وسائل الاتصال الإلكترونية تسهيلا عنه معاملاته التجارية التقليدية و التعاقد عليها.[1]

أما بالنسبة للتشريعات العربية فلقد قننت موضوع التجارة الإلكترونية منذ سنة 2000 كمصر و الأردن الذي أصدرت أول قانون المعاملات الالكترونية لها في سنة 2001 و الذي تم تعديله سنة 2015.

عرف مشروع التجارة الالكترونية المصري في المادة الأولى منه التجارة الالكترونية بأنها:" كل معاملة تجارية تتم عن بعد باستخدام وسيلة إلكترونية".[2]

و بالنسبة لقانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 15 لسنة 2015 لم يأتي بتعريف محدد للتجارة الالكترونية، إلا أنه في المادة 02 أعطى شرح لبعض الكلمات و العبارات التي وردت في هذا القانون بعض الأمثلة منها:

- المعاملات:أي إجراء يقوم بين طرف أو أكثر لإنشاء التزام على طرف واحد أو التزام متبادل بين طرفين أو أكثر سواء كان يتعلق هذا الإجراء بعمل تجاري أو مدني أو يكون مع دائرة حكومية.
- المعاملات التجارية: المعاملات تنفذ بوسائل الكترونية.
- الوسائل الالكترونية :تقنية استخدام وسائل كهربائية ،أو مغناطيسية، أو ضوئية، أو كهرومغناطيسية، أو أي وسيلة مشابهة .

و أضاف في الفقرة الأولى من المادة 03: تسري أحكام هذا القانون على المعاملات التي تتم بوسائل الكترونية. [3]

و نستنتج من المادتين سابقتين قد ذكر المشرع الأردني من أنه نظم وسائل و أدوات ممارسة التجارة الالكترونية متجاهلا وضع تعريف محدد لها.

[1].بوزانة أيمن،د.حمدوش وفاء، التجارة الالكترونية في سياق القانون رقم 18-05 و المراسيم التنفيذية المتعلقة بالسجل التجاري الالكتروني في الجزائر،مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية ـالمجلد06ـالعدد01،الجزائر،2021،ص1837.

[2] ـ عصام عبد الفتاح مطر،المرجع السابق،ص20.

[3] ـ المادة 02 و 03 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 15 لسنة 2015

و لقد ظهر مصطلح التجارة الالكترونية في العراق، عام 2007، بطريقة ضعيفة جدا، مما جعلها هشة و خيالية من المقومات الصحيحة. و مع ذلك ،فقد بدأ ينتشر في بعض المناطق لان معظم العملاء العراقيين مازالوا يفضلون النظر إلى العنصر قبل التفاوض على السعر، و بعض العاملين في المجال يتخذون طرق ملتوية في البيع و الشراء ، مما يجعل عددا كبيرا من العملاء لا يحبذون ذلك خاصة عند شراء السلع الإلكترونية.[1]

لم ينص التشريع العراقي باستثناء قانون التوقيع الإلكتروني رقم 78 لسنة 2012 ، على آلية تشغيل التجارة الإلكترونية ، و هي شبيهة بالتشريع الأردني الذي لم تحدد تعريفا محددا لهذا النوع من التجارة ، كما تشير المادة 01 الفقرة 06 من القانون رقم 78 معنى مصطلح المعاملات الالكترونية أنها عبارة عن الطلبات و المستندات و المعاملات التي تتم بوسائل الالكترونية .

و من نفس المادة فقرة 07 أشار إلى معنى الوسائل الالكترونية أنها أجهزة أو معدات أو أدوات كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو كهرومغناطيسية أو أخرى مشابهة تستخدم في إنشاء المعلومات و معالجتها و تبادلها و تخزينها.[2]

و يجدر الإشارة إلى تقارب الكبير لمعاني المصطلحات التي جاء بها المشرع الأردني و العراقي.

ثالثا:خصائص التجارة الإلكترونية :

لم يتطرق التشريع القانونية لخصائص التجارة الإلكترونية إنما تركت المجال للفقهاء القانونيين ، أولا من الضروري التمييز بين التجارة الإلكترونية و الأعمال الإلكترونية لكون أن الأخيرة أكثر شمولا و أوسع نطاقا ، و هي تقوم على فكرة أتمت الأداء و تحويل أساليب العمل الإداري المختلفة و الأنشطة الإنتاجية و المالية و الخدمية. و هذا يشمل المفهوم المصانع الإلكترونية الآلية و رسائل البريد الإلكتروني المصرفية و شركات التأمين الإلكترونية و الحكومة الإلكترونية.

أما التجارة الإلكترونية هي نشاط تجاري تباع فيه المنتجات و الخدمات و المعلومات أو شراؤها أو مبادلتها باستخدام الآليات التكنولوجية وفي بيئة تكنولوجية. و هذا التغيير في

[1] - https://read.opensooq.com، ميس دويك ، التجارة الإلكترونية في العراق، مجلة سوق المفتوح ، 2020/06/11.
[2] - المادة 01 من قانون التوقيع الالكتروني و المعاملات الالكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012

أنظمة الأعمال المؤسسية هو نتاج طبيعي للتطور السريع لتكنولوجيا المعلومات و الاتصال، و هو سبب ظهور التجارة الالكترونية و تطورها.

هذا و تتسم التجارة الالكترونية بالعديد من الخصائص التي تميزها[1] عن التجارة التقليدية و التي هي كالآتي:

أ. أنشطة التجارة الإلكترونية عالمية بطبيعتها، بغض النظر عن المنطقة أو الحدود الجغرافية، فإن أي أنشطة تجارية توفر سلعا أو خدمات على الانترنت لا تعني بالضرورة الانتقال إلى منطقة جغرافية معينة[2]، و لكن يعني اللقاء عبر الانترنت، أي أن السوق أو المركز التجاري ليس مبنى أو ما شابه و لكنه متجر على ويب يحتوي على معاملات تجارية، حيث نادرا ما يكون معرفا، كلا طرفي العملية التجارية متنافيان و يمكنهما التعامل دون رؤية بعضهما البعض . يتيح إنشاء موقع ويب تجاري على الانترنت لمالك الشركة، حتى لو كانت صغيرة اختراق لسوق الانترنت و المستخدمين حول العالم .[3]

ب. تستهدف التجارة الالكترونية أشخاصا معينين من خلال تعديل الإعلانات على الويب ، من خلال تحديد معلومات مثل العمر و الجنس و طبيعة عمل الفرد الذي يريد معرفة المنتج مرة أخرى .[4] كما أصبح تواصل سهلا لأنها آلية اتصال فعالة للغاية على مستوى العالم لأنه اتصال ثنائي الاتجاه بين العملاء و التجار ، و يمكن تسليم السلع و الخدمات بشكل تقليدي و إلكتروني مباشرة عبر الانترنت.[5]

ت. تتم عملية تبادل التجارة الالكترونية بأعلى كفاءة و أكثر فعالية و أقل تكلفة حيث أنها تعتمد على التبادل الإلكتروني للبيانات و الوثائق مثل إرسال التحويلات المالية و القانونية و السفتجات و أنظمة المعلومات الأخرى.

ث. تسهل التجارة الالكترونية العديد من المعاملات و الصفقات التي يمكن إجراؤها بسهولة دون تبادل المستندات الورقية، و يعرف هذا باسم إنشاء مجتمع بلا أوراق، و يكون هذا

[1] ـ زويتة محمد صالح و أ.كريدر شريف،التجارة الالكترونية العربية...الواقع و التحديات،مجلة الاقتصاد الجديد، العدد02،الجزائر،2010 ،ص ص 176 177.

[2] ـ ريم هند و أ.بوجاني عبد الحكيم، التجارة الالكترونية، مجلة البصائر للدراسات القانونية و الاقتصادية، العدد خاص،2021،ص172.

[3] ـ د.زويتة محمد صالح و أ.كريدر شريف،المرجع السابق، ص177.

[4] ـ يامة إبراهيم، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية في الجزائر"دراسة على ضوء القانون 05/18"، جامعة أحمد دراية بأدرار، مجلة القانون و العلوم السياسية، المجلد05، العدد02، 2019، ص04.

[5] ـ ريم هند و بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق،ص172.

التبادل في نفس الوقت على مدار الساعة، و هذا يساعد على تحقيق أقصى قدر ممكن من الفائدة لكل من المنتجين الالكترونيين و المستهلكين الالكترونيين.[1]

الفرع الثاني:الفرق بين التجارة الإلكترونية و الأعمال الإلكترونية

لم يتطرق التشريع إلى التمييز بين التجارة الإلكترونية و الأعمال الإلكترونية و التجارة التقليدية بل ترك المجال إلى أصحاب التخصص

أولا: أوجه الإختلاف بين التجارة الإلكترونية و الأعمال الإلكترونية

الأعمال الإلكترونية هي العمل الذي يتم بمساعدة الإنترنت أو من خلال تبادل البيانات الإلكترونية، و تعد التجارة الإلكترونية أحد المكونات الهامة للأعمال الإلكترونية. لا يقتصر العمل الإلكتروني على بيع و شراء البضائع فقط، بل يشمل أيضا الأنشطة الأخرى التي تعد جزءا من الأعمال التجارية مثل تقديم الخدمات للعملاء أو التواصل مع الموظفين أو العملاء أو شركاء الأعمال بحيث تتم جميع العمليات التجارية الأساسية باستخدام الوسائط الإلكترونية.[2]

ـ البند الأول ـ أنواع و مكونات الأعمال الإلكترونية

تنقسم أنواع الأعمال الإلكترونية إلى نوعان:

- Pure Play: الأعمال الإلكترونية متاحة على الانترنت فقط دون وجود مادي.

- Brick and click: يطلق على الأعمال التجارية الإلكترونية التي تتضمن وجودا على الانترنت و حضورا ماديا.[3]

أما بالنسبة إلى مكونات الأعمال الإلكترونية فتتعدد على حسب ما يلي:

ـ تدور ذكاء الأعمال حول الأنشطة التي قد تقوم شركة صغيرة بجمعها و تخزينها وتحليل و الوصول إلى معلومات حول السوق أو المنافسة للمساعدة في اتخاذ القرار عند إجرائه عبر الانترنت، تكون محاذاة الأعمال فعالة و سريعة، مما يساعد الشركات على تحديد الاتجاهات الجديرة بالملاحظة و اتخاذ قرارات أفضل بشكل أسرع.

[1] ـ زوبتة محمد صالح و كريدر شريف،المرجع السابق، ص177.

[2] -Nassar M.Al-Halalmeh, Electronic Commerce In The Law, Dar Al Thaqafa, First Edition, Ammen-Jordan,2012,P85.

[3] - Nassar M.Al-Halalmeh The previous reference ,P85.

ـ إدارة علاقات العملاء هي نهج لخدمة العملاء يعتمد على بناء علاقات طويلة الأمد و مستدامة مع العملاء و التي تضيف قيمة إلى العميل و الشركة. إنها إستراتيجية على مستوى الشركة يتم إجراؤها من خلال جمع المعلومات من جميع مصادر البيانات لإعطاء نظرة شاملة واحدة لكل عميل في الوقت المناسب، الهدف هو تقليل التكاليف و زيادة الربحية مع توفير رضا العملاء.[1]

ـ سلسلة التوريد عبارة عن شبكة من البائعين الذين يزودون المكونات الخام اللازمة لصنع منتج أو تقديم خدمة.الهدف هو تحسين الطريقة التي تعثر بها الشركة على تلك المكونات الخام بكفاءة و فعالية و من ثم تسليم المنتج أو الخدمة للعميل.

ـ نظام تخطيط موارد المؤسسات هو دمج جميع أقسام و وظائف الشركة في نظام كمبيوتر واحد يمكنه تلبية الاحتياجات المحددة لكل قسم، الهدف هو توفير المعلومات بسرعة و كفاءة لمن يحتاجها.

ـ التجارة الإلكترونية هي تسويق و شراء و بيع السلع و الخدمات عبر الانترنت. توليد الإيرادات و عادة ما ترتبط التجارة الإلكترونية بالتسويق الإلكتروني.

ـ تتم العمليات الإلكترونية داخل الشركة عبر الانترنت و البريد الإلكتروني و الرسائل الفورية. الهدف هو تبسيط إجراءات العمل و السماح بتبادل المعلومات بسهولة داخل المنظمة.

ـ يمكن أن يحدث التعاون داخليا أو خارجيا، و غالبا ما يشمل شركاء الأعمال. الهدف هو مساعدة الفريق أو شركاء العمل على التواصل مع بعضهم البعض بشكل أكثر فعالية و كفاءة، و إدارة المشاريع و المواد المشتركة.

ـ الأنشطة عبر الانترنت بين الشركات هي الاتصال و تبادل المعلومات عبر البريد الإلكتروني و المراسلة الفورية و مجموعات الأخبار و لوحات الإعلانات و الغرف الافتراضية و الاجتماعات عبر الانترنت.[2]

[1] ـ محمد عمر الشويرف،التجارة الإلكترونية في ظل النظام التجاري العالمي الجديد،دار زهران، 2013، الأردن، ص65.
[2] ـ محمد عمر الشويرف، المرجع السابق، ص66.

ـ البند الثاني ـ الفرق الرئيسي بين التجارة الالكترونية و الأعمال الإلكترونية

شراء و بيع السلع و الخدمات عبر الانترنت يسمى التجارة الإلكترونية، في حين أن الأعمال الإلكترونية هي وجود تجاري إلكتروني يتم من خلاله تنفيذ جميع الأنشطة التجارية عبر الانترنت.

التجارة الإلكترونية هي عنصر رئيسي في الأعمال الإلكترونية.

تشمل التجارة الإلكترونية المعاملات المتعلقة بالمال، بينما تشمل الأعمال الإلكترونية جميع الأنشطة المالية بالإضافة إلى الأنشطة مساعدة أخرى.

تتطلب التجارة الإلكترونية موقعا إلكترونيا يمكنه تمثيل النشاط التجاري، على العكس من ذلك، تتطلب الأعمال التجارية الإلكترونية موقعا إلكترونيا و إدارة علاقات العملاء و تخطيط موارد المؤسسة لتشغيل الأعمال التجارية عبر الانترنت.

تستخدم التجارة الإلكترونية الإنترنت للتواصل مع بقية العالم، بينما تستخدم الأعمال الإلكترونية الإنترنت و الإنترانت و البيانات التواصل مع الأطراف.

ثانيا:التمييز بين التجارة الإلكترونية و التجارة التقليدية

التجارة التقليدية هي جزء من الأعمال الإلكترونية، و التي تشمل جميع الأنشطة التي تسهل التبادل. هناك نوعان من الأنشطة التي تدخل في التجارة، و هما التجارة و المساعدون التجاريون. يشير مصطلح التجارة إلى شراء و بيع السلع و الخدمات نقدا أو عينيا و المواد المساعدة للتجارة، و يشمل جميع تلك الأنشطة مثل الأعمال المصرفية و التأمين و النقل و الإعلان و التأمين و ما إلى ذلك، و التي تساعد في إتمام التجارة الدولية بنجاح، التبادل العرقي بتعبير أدق، تشمل التجارة جميع الأنشطة التي تسهل تبادل السلع و الخدمات، من الشركة المصنعة إلى المستهلك النهائي. عندما يتم إنتاج البضائع، فإنها لا تصل إلى العميل مباشرة لأنه يجب أن تمر من أنشطة مختلفة، و التي يتم تضمينها في التجارة. و تتمثل مهمتها الرئيسية في تلبية رغبات المستهلكين من خلال إلحاح البضائع لهم، في الوقت و المكان المناسب.

أما التجارة الإلكترونية فهي تشير إلى تبادل السلع أو الخدمات أو الأموال أو المعلومات بين الشركات و المستهلكين الذين يستخدمون الشبكة الإلكترونية. ويعني بالتجارة الإلكترونية

التجارة التي توفر المساعدة للأنشطة التجارية ، من خلال استخدام الوسيلة الإلكترونية، أي يتم إجراء جميع الأنشطة مثل الشراء و البيع و الطلب و الدفع عبر الإنترنت. تتم مناقشة نطاق التجارة الإلكترونية في النقاط التالية:

ـ التجارة بين الشركات : عندما تتم المعاملة التجارية بين بيتين تجاريين، من خلال القناة الإلكترونية، فإنها تسمى التجارة B2B.

ـ الأعمال التجارة للمستهلك: عندما يتم تبادل السلع و الخدمات بين كيان الأعمال و العميل، عبر الإنترنت، تعرف باسم التجارة B2C.[1]

ـ التجارة العميل إلى العميل: عندما يتم شراء و بيع السلع و الخدمات بين العملاء باستخدام الوسيلة الالكترونية، فإنها تسمى C2C.

التجارة البينية: عندما يتم التبادل داخل الشركة أو دار الأعمال، باستخدام الوسائط الإلكترونية، يطلق عليه Intra B-commerce.[2]

ـ البند الأول ـ الاختلافات الأساسية بين هذين الاثنين

تشمل التجارة الإلكترونية التسوق من خلال استخدام الأجهزة الإلكترونية مثل أجهزة الكمبيوتر المحمولة أو أجهزة الكمبيوتر أو الهاتف المحمول أو الكمبيوتر ألوحي. في حين أن التجارة التقليدية هي طريق تقليدي لشراء السلع من خلال المعاملات وجها لوجه.

تعمل التجارة الإلكترونية بالكامل على وضع عبر الإنترنت بينما يعمل التقليد على الوضع اليدوي.

التجارة الإلكترونية مفيدة عندما يحتاج المرء إلى توفير الوقت و المال عند الانتقال من الأماكن. التجارة التقليدية هي المكان الذي لم يصل فيه التسويق الرقمي بعد.

التجارة الإلكترونية أسهل في استخدام لأولئك الذين يعرفون على الأقل أبسط استخدامات الأجهزة الإلكترونية و يمكنهم تشغيل هذه الأجهزة و التعامل مع المعاملات. ليس هذا هو الحال بالنسبة للتجارة التقليدية التي يمكن لأي شخص القيام بها، بغض النظر عما إذا كانوا متعلمين أم لا.[3]

[1] ـ سليم سعداوي، عقود التجارة الإلكترونية"دراسة مسابقة" ، دار الخلدونية، طبعة الأولى،الجزائر، 2008، ص54.

[2] ـ محمد نور برهان و عز الدين خطاب، التجارة الإلكترونية،الشركة العربية المتحدة للتسويق و التوريدات ، مصر، 2008، ص18.

[3] ـ محمد نور برهان و عز الدين خطاب، المرجع السابق، ص38.

التجارة الإلكترونية متاحة على مدار الساعة بينما التجارة التقليدية متاحة فقط خلال ساعات محدودة يحتاج العملاء إلى التخطيط لأوقات التسوق وفقا لأوقات المتجر، عندما يتعلق الأمر بالتجارة التقليدية و لكن يمكنهم التسوق فيما يريدون عندما يتعلق الأمر بالتجارة الإلكترونية.
التجارة الإلكترونية لها عيب واحد وهو أن المنتجات المعروضة للبيع لا يمكن رؤيتها إلا من خلال الشاشة. بينما يفوز العمل التقليدي هنا لأنه يسمح للعميل بفحص المنتج بشكل صحيح كما يحلو له.
عادة ما تبيع التجارة الإلكترونية مباشرة من الشركة إلى العميل، و هذا ليس هو الحال بالنسبة للتجارة التقليدية في التجارة التقليدية، هناك فترة طويلة يجب إتباعها قبل أن يصل المنتج من الشركة إلى المتجر حيث سيشتري العملاء المنتج.[1] تزيد هذه السلسلة التالية من استغلال موارد الإنتاج المنتجات و عادة ما يضطر العملاء لشرائها بسعر أعلى مما لو اشتروها مباشرة من المتاجر عبر الإنترنت.[2]
لا تحتاج التجارة الإلكترونية إلى الكثير من الموارد البشرية للحفاظ عليها، بينما عندما يتعلق الأمر بالتجارة التقليدية، يحتاج صاحب المتجر عادة إلى توظيف عمال. لا تحمي التجارة الإلكترونية الشركة من الاضطرار إلى دفع أجور العمال المستأجرين فحسب، بل توفر أيضا المال في الاضطرار إلى شراء متجر فعلي و الحصول على البنية التحتية المناسبة و صيانة المخزن. لا تحتاج التجارة الإلكترونية إلى مستودعا حيث يمكنهم تخزين الأشياء الإضافية.
يمكن الوصول إلى التجارة الإلكترونية في جميع أنحاء العالم بينما تقتصر التجارة التقليدية على المدينة أو المنطقة التي يوجد بها المتجر الفعلي.
و بالتالي، كما يمكن لأي شخص الحكم من البيانات بشرط أن تكون التجارة الإلكترونية أكثر تفوقا على التجارة التقليدية.

الفرع الثالث: تعريف العقد الإلكتروني و خصائصه

نتطرق فهذا الفرع إلى تعريف الفقهي و التشريعي للعقد الإلكتروني ، و نذكر أهم خصائصه.

[1] ـ طالب حسن موسى، المرجع السابق، ص100.
[2] ـ طالب حسين موسى، نفس المرجع، ص101.

أولا: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني

اختلف الفقه في تحديد طبيعة العقود الالكترونية سواء من حيث تعريفها أو من حيث خصائصها التي تميزها عن العقود الأخرى بشكل عام. و يعود هذا الاختلاف إلى التنوع الكبير في العقود الإلكترونية التي تتم عبر الإنترنت.[1]

ذهب البعض إلى تعريفه على أنه اتفاق بين شخصيين أو أكثر يتقارب فيه العرض و القبول من خلال تقنيات الاتصال عن بعد، بهدف إنشاء أو تعديل أو إنهاء رابطة قانونية.

هناك اتجاه آخر يرى تعريفه على أنه اتفاق يلتقي فيه العرض و القبول ـ فيما يتعلق بالأموال و الخدمات ـ من خلال شبكة دولية للاتصالات عن بعد، و ذلك بوسائل سمعية و بصرية تتيح تفاعل الحوار بين مقدم العرض و المقبل.

يعرفها الاتجاه الثالث بأنه تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية في السلع و الخدمات التي تتم بين مشروع تجاري و آخر، أو بين التاجر و المستهلك، باستخدام تكنولوجيا المعلومات و الاتصالات.

يرى الاتجاه الأخير تعريفه على أنه اتفاق مبرم و منفذ كليا أو جزئيا من خلال تقنية اتصال عن بعد دون حضور مادي متزامن، مع عرض و قبول يمكن التعبير عنه من خلال نفس الوسائط، من خلال التفاعل مع بعضهما البعض لإرضاء الاحتياجات المتبادلة من خلال استكمال العقد.[2]

ثانيا: التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني.

البند الأول ـ تعريف العقد الإلكتروني في المواثيق الدولية

من دراستنا لبعض التشريعات فقد وجدنا هناك عدة تعاريف لتبادل البيانات الإلكتروني، فقد عرفها قانون الأونسترال النموذجي المعد من طرف لجنة القانون التجاري التابعة للأمم المتحدة المسماة: الأونسترال.

حدد هذا القانون تعريف العقد الإلكتروني من خلال تحديد الوسائل التي يتم من خلالها إبرام العقد،

[1] ـ سليم سعداوي، المرجع السابق،ص12.

[2] ـ عصام عبد الفتاح مطر،التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية و الأجنبية،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،2015،ص134

حيث نصت المادة 02 الفقرة/أ على ما يلي:"يراد بمصطلح رسالة بيانات: المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة. و يراد بمصطلح تبادل البيانات الإلكترونية نقل المعلومات إلكترونيا من حاسب إلى حاسب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات". [1]

تنص المادة 11 من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي أعدته لجنة القانون التجاري التابعة للأمم المتحدة على ما يلي:" في سياق تكوين العقود و ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض و قبول العرض، و عند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض".

و عرفت نصوص قانون التجارة الإلكترونية المسمى قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي و الذي يحمل الرقم575/2004 المؤرخ في 21/06/2004 العقد الإلكتروني بأنه أي صفقة أو عقد لاتفاقية يتم إبرامها و تنفيذها، كليا أو جزئيا عن طريق المراسلات الإلكترونية .

انتقدا هذا التعريف لعدم شموليته، حيث استخدم مصطلح المراسلات الإلكترونية بدلا من مصطلح الوسائل الإلكترونية.[2]

البند الثاني ـ تعريف العقد الإلكتروني في تشريعات الدول العربية

إن مشروع قانون التجارة لإلكترونية المصري، فقد كان تعريفه أكثر عمومية فيما يتعلق بتبادل البيانات الإلكترونية،لذلك أطلق عليه في مادته الأولى اسم المحرر الإلكتروني و عرفه بأنه:" كل انتقال أو إرسال أو استقبال أو تخزين لرموز أو إشارة أو كتابة أو صورة أو صوت أو معلومات أيا كانت طبيعتها من خلال وسيط إلكتروني". مما سبق يمكن القول أن أي تداول للبيانات بأي طريقة كانت من خلال أجهزة إلكترونية و بالتالي، فإن أي تصرف ينجم عن تبادل هذه البيانات يكون تابعا للأصل، أي أنه يتميز بطابع إلكتروني، و بالإشارة إلى مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري، نجد أنه ذهب لتعريف العقد الإلكتروني بأنه:" كل عقد

[1] ـ محمد بافكر،المعاملات التجارية الالكترونية في ظل القانون رقم18-05،مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال،جامعة أدرار،الجزائر،2019/2018،ص3.

[2] ـ محمد بافكر،المرجع السابق،ص4.

تصدر منه إرادة أحد الطرفين أو كليهما أ, يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كليا أو جزئيا عبر وسيط إلكتروني".[1]

و عرفه قانون المعاملات الأردني في المادة الثانية، بأنه:" الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كليا أو جزئيا". و قد حدد المشرع الأردني العقد الإلكتروني على أساس طريقة عقده، مما أعطى مفهوما جديدا للتعاقد من خلال وسائل الاتصال الالكترونية الحديثة. هذا ما نصت عليه المادة 09 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 15 لسنة 2015.[2]

مما سبق نجد أن المشرع الأردني قد تطرق إلى تعريف العقد الإلكتروني و كذلك الحال بالنسبة لمشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري. أما بالنسبة للمشرع الأردني ، فإن كل اتفاقية يتم إبرامها كليا أو جزئيا تعتبر عقدا إلكترونيا يشمل جميع المعاملات و العقود المبرمة عبر الانترنت، و قد جاء التعميم المطلق لهذا التعريف في محاولة احتواء جميع الإجراءات التي يتم إبرامها عبر الإنترنت و الوسائل الإلكترونية. بسبب تطورها و تجديدها بشكل يومي، بحيث تواجه هذه المستجدات و تضمينها في التعريف العام.[3]

وضع المشرع الجزائري مبدأ عاما في المادة 60 من الأمر 58/75، و الذي يتضمن القانون المدني الجزائري، و الذي ينص على حرية التعبير عن الإرادة كوسيلة تمنح الطرفين الحرية الكاملة في اختيار طريقة التعبير عن الإرادة، و هي مسألة نفسية للعالم الخارجي. سمحت المادة 60 من القانون المدني الجزائري بحرية اختيار طريقة التعبير عن الإرادة يكون باللفظ و بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يمكن أن يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه". [4]

و هذا يعد بمثابة برهان على إمكانية التعبير عن الإرادة عن طريق وسائل إلكترونية، مما يبرز مشروعية العقد الإلكتروني.[5]

و تنص المادة 06 فقرة 02 من القانون رقم 05/18:

[1] ـ محمد فواز المطالقة،المرجع السابق، ص25

[2] ـ https://jordan-lawyer.com، العقد الإلكتروني، مجلة حماة الحق ، 2020/11/20.

[3] ـ محمد فواز المطالقة،نفس المرجع ،ص26

[4] ـ المادة 60 من الأمر58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر لسنة 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية، العدد 31.

[5] ـ محمد بافكر، المرجع السابق ، ص 06

"العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأول عام 1425 الموافق ل 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، و يتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي و المتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني".[1]

ما يجب الإشارة له في هذه المادة انه وفق القانون 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. يتم إبرام العقد الإلكتروني عن بعد و دون حضور فعلي و متزامن لأطرافه من خلال اللجوء الوهمي إلى تكنولوجيا الاتصالات الإلكترونية. و بالتالي نستنتج أن المشرع الجزائري لم يقيد الوسائل الإلكترونية التي يتم من خلالها الاتصال لإبرام العقد الإلكتروني. و لم يخضع القانون المدني الجزائري للأنظمة القانونية التي تحكم العقد الإلكتروني، لكن تم إصدار قانون التجارة الإلكترونية، و هو القانون رقم 18-05 الذي ينظم المعاملات التجارية الإلكترونية الصادر في 10 مايو 2018.[2]

حسب نص المادة 06 فقرة 01 نجد أن المشرع الجزائري لم يقيد الوسائل الإلكترونية التي يبرم بها العقد الإلكتروني، و إنما يتم بكل الوسائل الإلكترونية الممكنة التي يستطيع الإنسان اكتشافها في الحاضر القريب، علاوة على ذلك، ووفقا للمادة 06 فقرة 01 من القانون رقم 05/18، فإن موضوع العقد الإلكتروني هو السلع و الخدمات، و لا يقتصر هذا العقد على التجارة فقط، و يمكن أن يكون أحد أطراف هذا العقد مستهلكا، شخص طبيعي أو شخص اعتباري مدني.

لذلك، يمكن القول إن المشرع الجزائري قد تبنى المعيار الموسع لنطاق المعاملات التجارية الإلكترونية، سواء من حيث الوسائل التي تتم بها أو الأشخاص الذين يتعاملون معها، و أكد على خاصية البعد. على غرار المشرع الأردني، وضع الأخير تعريفا مباشرا محددا للعقود و ذلك في محاولة لاحتواء جميع الإجراءات التي تتم عبر الإنترنت تاركا المجال مفتوحا لإدراج إجراءات جديدة تتم بشكل إلكتروني.[3]

[1] ـ المادة 06 /02 من القانون رقم 18-05 مؤرخ المتضمن بالتجارة الإلأكترونية، السالف الذكر.
[2] ـ محمد بافكر، نفس المرجع، ص06.
[3] ـمحمد بافكر، مرجع سابق، ص07.

و يعرف القانون المدني العراقي العقد الإلكتروني بأنه:" هو ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع و المشتري و التي تكون قائمة على صيغة معدة سلفا و معالجة إلكترونيا و تنشئ عنه التزامات تعاقدية".[1]

أما بالنسبة لتعريف العقد الإلكتروني في التشريع العراقي، فقد تم تعريفه في البند 11 من المادة الأولى من قانون التوقيع الإلكتروني العراقي رقم 78 لسنة 2012 بأنه:" ارتباط الإيجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الأخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه و الذي يتم بوسيلة الكترونية".

كما نرى أن المشرع العراقي ميز العقد الإلكتروني بالطريقة التي يتم بها، و هذا يعني بحسب ما رآه أن الوسيلة الإلكترونية هي ما يميز العقد الإلكتروني.[2]

ثالثا:خصائص العقد الإلكتروني.

تمثل الوسيلة أو الطريقة التي يتم بها إبرام العقد الإلكتروني أهم نقطة في خصوصيته، حيث يتضح أنه ينتمي إلى فئة العقود المبرمة عن بعد، مع العلم أنه لا يشكل نوعا جديدا من العقود يضاف إليه. العقود التقليدية المتداولة بقانون، و لا تخرج كليا عن القواعد القانونية المنظمة لأحكام العقد بشكل عام. و ما ورد في القوانين المدنية إلا أن التعاقد الإلكتروني يختلف عن الشكل التقليدي للتعاقد، و بالتالي فإن أهم الخصائص التي تميزه يمكن تلخيصها بما يلي:

أ. يمكن تقسيم العقود الإلكترونية بشكل عام من حيث مدى ارتباط العقد و تنفيذه إلى جزأين:

ـ العقود التي يتم إبرامها و تنفيذها مباشرة عبر الشبكة، و هي عقود غير ملموسة، و تكون إما مسموعة أو مرئية، دون إمكانية لمسها باليد، مثل الحصول على معلومات أو استشارات أو برامج كمبيوتر.

[1] ـ محمد علي محمد بني مقداد، المسؤولية المدنية المترتبة على كذب الإعلان التجاري الإلكتروني الكاذب، كلية الحقوق، جامعة علجون الوطنية، مجلة جامعة تكوين للحقوق السنة(6) المجلد(6) العدد(2) الجزء(1)، المملكة الأردنية الهاشمية،2021، ص 172.

[2] ـ محمد هادي فرج الفهداوي، الأهلية القانونية للتعاقد في البيئة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، رسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجيستر في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، حزيران 2020،ص 28.

ـ العقود التي يتم إبرامها من خلال الشبكة و تنفيذ خارجها في العالم المادي، مثل المبيعات التي يتم استبدالها بالسلع المادية.[1]

ب. العقد الإلكتروني هو عقد يتم إبرامه عن بعد لأن طرفي العقد غير موجودين في مجلس العقد من حيث المكان، يعرف قانون مكتب الدعاية و النشر و الإعلان الاتصال عن بعد بأنه: "كل انتقال أو إرسال أو استقبال لرموز أو إشارات أو كتابة أو صور أو أصوات أو معلومات، مهما كانت طبيعتها، عن طريق الألياف الضوئية أو اللاسلكية، غيرها من الأنظمة الكهرومغناطيسية".[2] و يعتبر عقدا بين شخصين حاضرين من حيث الزمان، حيث أن التفاعل الذي يتم بين العقدين عبر شبكة المعلومات (الإنترنت) يعتبر تفاعلا بين اثنين من الحاضرين.[3]

ت. زيادة مجالات اختيار أمام التجار، حيث يمكنهم عرض العديد من الخيارات على شاشة الكمبيوتر، حيث تحقق التجارة الإلكترونية بشكل عام كفاية عمل الأسواق التنافسية الكاملة في جميع أنحاء العالم، حيث توفر فرصا متساوية للجميع و المؤسسات الصغيرة على حد سواء، لعرض منتجاتها أو خدماتها بحرية دون تمييز أو قيود.

ث. هذا النوع من العقود تحكمه الاتفاقيات و المعاهدات الدولية، حيث أن اللائحة القانونية للتجارة الإلكترونية و ما تحتويه تحدد أركان العقد و انعكاساته و كيفية تنفيذه، وقد تم تنظيمه على المستوى الدولي عبر العالم. منظمة التجارة و الأمم المتحدة ـ لجنة منظمة التعاون و التنمية في الميدان الاقتصادي و منظمة التعاون الاقتصادي و التنمية حيث قانت بتنظيم هذه المنظمات قضايا خاصة، الانسترال بالتجارة الالكترونية عن طريق الاتفاقيات.[4]

ج. تتميز العقود الالكترونية بالانتماء إلى فئة التجارة الإلكترونية، و ليس التجارة التقليدية، حيث تتم الأولى بالوسائل الإلكترونية الحديثة عبر الإنترنت، و بسرعة كبيرة، حيث تتم

[1] -Mohammed Ali Mohammad Bani-Maqdad ,Civil liability arising from a false electronic commercial advertisement, Takrit university Journal For Rights years (6) vol (6) NO (2) part (1) (2021) , P173.

[2] - Mohammed Ali Mohammad Bani-Maqdad, Même source , P173.

[3] ـ كاظم كريم علي، العقد الإلكتروني:دراسة قانونية مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، مجلد 01، العدد01، جامعة بابل كلية القانون، العراق، 2009، ص136.

[4] - Mohammed Ali Mohammad Bani-Maqdad, source précédente, P173 .

عملية البيع و الشراء في غضون دقائق قليلة، و بدون رقابة فعالة، بينما تعتمد التجارة التقليدية على الأوراق و المستندات، و بالتالي يمكن السيطرة عليها. [1]

الفرع الرابع: الفرق بين العقد الإلكتروني و العقود الأخرى

سنتناول فهذا الفرع تمييز العقد الإلكتروني بحسب الطريقة التي ينعقد بها و من حيث طبيعة البيئة المحيطة بها.

أولا: تمييز العقد الإلكتروني بحسب الطريقة التي ينعقد بها

من دراستنا لتعريف العقد الإلكتروني، و تحديد هذا العقد من مجموعة العقود المبرمة عن بعد نجد أن هذا العقد يخضع للقواعد العامة لنظرية العقد، و بناءا على هذه القواعد يتم قياسه و تطبيقه. على الرغم من وجود نصوص خاصة تنظم التجارة الإلكترونية في بعض البلدان، إلا أن هذه النصوص تخضع لبعض النقص و الغموض مما يجعل من الضروري الرجوع إلى القواعد العامة لنظرية العقد. إن وجود غموض أو نقص في النصوص التشريعية لهذا العقد يؤدي إلى اللبس و عدم التمييز بين هذا العقد و العقود الأخرى، بالإضافة إلى التطورات المستمرة في هذه العقود. الأمر الذي دفعنا لمحاولة تمييز العقد الإلكتروني عن العقود الأخرى التي يمكن إبرامها إلكترونيا، وتجدر الإشارة إلى أن جميع العقود يمكن أن تكون إلكترونية سواء كانت عقود بيع أو إيجار أو عقد... إلخ.[2]

فأولى العقود التي سنقوم بدراستها هو عقد البيع الذي عرفه كل من التشريع الجزائري و الأردني و المصري و العراقي[3]، و من خلال نص التشريع المدني يمكن أن نعرف عقد البيع بأنه: عقد ملزم لطرفيه بحيث يقوم الأول بدفع مقابل مالي للطرف الثاني لنقل ملكية شيء مادي أو حق مالي مقابل للمحل الذي تم تسليمه. من هذا التعريف يمكن القول أن من أهم آثار هذا العقد هو التزام البائع بنقل ملكية البيع للمشتري مقابل الثمن الذي يتم الاتفاق عليه و يقوم المشتري بتسليمه للبائع ليقوم البائع بتسليم المبيع للمشتري و نقل ملكيته إليه و يكون هذا التصرف جائزا على كافة الأموال أي على كل عين أو حق له قيمه مادية في التعامل، مما

[1] - Mohammed Ali Mohammad Bani-Maqdad, Même source , P173.

[2] ـ محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص31.

[3] ـالمادة(351) من القانون المدني الجزائري"**عقد** يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي". المادة(465) من القانون المدني الأردني" البيع تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض". المادة(418) من القانون المدني المصري"البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي". المادة(506) من القانون المدني العراقي" مبادلة المال بالمال".

يمكن نقل ملكية حق عيني أو حق شخصي أو معنوي، ذلك كله بمقابل مردود مالي كي يتم عقد البيع .

و أوجب المشرع توافر ثلاثة أركان أساسية في عقد البيع و هذه الأركان هي الرضا لكونه يعد من العقود الرضائية، أما الركن الثاني فهو محل التعاقد و هو المبيع أي محل التزام البائع التي أوجب المشرع توافر شروط في المبيع و هي أن يكون مالا منقولا. كذلك مالا موجودا و من الممكن تمييزه عن غيره و معلوما. ولا يسعنا في هذا الموضوع أن نقوم بدراسة الشروط الواجب توافرها في المبيع لكوننا سندرس هذه الأركان لاحقا أما الركن الثالث فهو تأثمن الذي يحصل عليه البائع من المشتري مقابل المبيع الذي يقدمه المشتري و يكون الثمن مساويا لقيمة المبيع و حسب ما تم الاتفاق عليه.[1]

ففي عقد البيع التقليدي يكون المتعاقدين حاضرين في مجلس العقد غالبا لتبادل التعبير عن الإرادة. أما العقد الإلكتروني فيختلف بالرغم من تواجد طرفي العقد في مجلس العقد،أن كلا منهما في مكان مختلف و يبتعد عن الآخر، بالرغم من تبادل البيانات مباشرة من خلال شاشات الحاسب الآلي و بواسطة شبكة الإنترنت مما يكون هذا العقد من العقود المبرمة عن بعد.

فالعقود التي تبرم عن بعد هي إبرام اتفاق أو التقاء إرادتين على القيام بتقديم منتج أو خدمة، من خلال تقديم مبادرة من المورد بعرض المنتج للمستهلك دون حضور مادي معاصر لطرفي العقد من خلال استخدام إحدى وسائل الاتصال عن بعد من أجل تلاقي طرفي العقد على محله. من هذا التعريف يمكن التوصل إلى أن هذا العقد يتم بالحضور المعنوي لطرفيه في مجلس العقد و عدم تحقق الحضور المادي في الغالب سواء أكان من خلال إرسال نماذج أو كتالوج أو النشر من خلال شبكة الإنترنت أو الإعلان من خلال الوسائل المرئية أو المسموعة، فيكون هذا التصرف إيجابا بحاجة لقبول ممن يجد في نفسه حاجة للمنتج المعلن عنه، أما في العقود المبرمة عن بعد فيتم الرد بالقبول من خلال الوسيلة التي عمل بها عن الإيجاب أو أي وسيلة اتصال أخرى.[2]

[1]ـ محمد فواز المطالقة، المرجع السابق،،ص33.

[2] ـ أدم وهيب النداوي، شرح القانون المدني العقود المسماة في القانون المدني، المبيع، الإيجار، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1999،ص30،29.

ثانيا:تمييز عقد التجارة الإلكترونية عن العقود المحيطة بالبيئة الإلكترونية

تعد عقود التجارة الإلكترونية من العقود المتعددة و المرتبطة ارتباطا كليا بالوسائل الإلكترونية، سواء في مرحلة المفاوضات العقدية أو في مرحلة إبرام العقد و التي يتم تنفيذها على شبكة الإنترنت. فمن العقود ما يتم تنفيذها بشكل كلي من خلال شبكة الإنترنت، حيث تتم المفاوضات العقدية، و تلاقي الإيجاب مع القبول، و الوفاء بالثمن، و التسليم من خلال شبكة الإنترنت مثل تسليم برامج الحاسب أو البيانات أو أي من المعلوماتية أو الكتب...الخ من السلع التي يمكن تداولها و نقلها من خلال شبكة الإنترنت. و دون النظر لتسمية العقد الذي تم إبرامه من خلال شبكة الإنترنت، يتسم العقد بالسمة الإلكترونية نتيجة لإبرامه كليا أو جزئيا بوسائل إلكترونية. فالأساس في العقد الإلكتروني توافر استخدام إحدى الوسائل الإلكترونية أثناء إبرام العقد.[1]

ـ البند الأول ـ عقد استخدام الشبكة

نظرا لمباشرة المعاملات الإلكترونية تتطلب الدخول إلى شبكة الاتصال في الفضاء الإلكتروني عن طريق أحد موردي الدخول إليها، فإنه يتوجب على من يريد الدخول إلى الشبكة إبرام عقد لهذا الغرض.

وقد عرف بعض الفقه هذا العقد بأنه العقد الذي يلتزم بمقتضاه مقدم الخدمة بتمكين العميل من الدخول إلى الانترنت من الناحية الفنية ، وذلك بإتاحة الوسائل التي تمكنه من ذلك وأهمها برنامج الاتصال الذي يحقق الربط بين جهاز الحاسوب والشبكة ، والقيام ببعض الخطوات الفنية الضرورية لتسجيل العميل ، وذلك مقابل التزام العميل بسداد رسوم الاشتراك المقررة.[2]

عقد الدخول إلى الشبكة هو عقد ملزم للجانبين ، إذ يقع على مقدم الخدمة التزام أساسي بتقديم خدمة الدخول ، وهو التزام بتحقيق نتيجة ، في حين يلتزم مستخدم الانترنت بسداد قيمة الاشتراك مقابل الدخول والإبحار في الشبكة.

يعتبر عقد الدخول إلى الشبكة من أهم العقود الإلكترونية المألوفة وأكثرها شيوعا على الانترنت بالنظر إلى أن هذه الشبكة أصبحت ل ها أهميتها المتزايدة بين الأفراد والشركات.

[1] ـ محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 36.

[2] ـ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز ، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية, دار النهضة العربية، مصر، طبعة 2006، ص96.

يلاحظ أن هذا العقد يتخذ صورة عقد الإذعان ، حيث أن العميل لا يتاح له إلا أن يقبل شروط العقد ويلتزم بكافة أجزائه وأحكامه، وإما أن يرفضه .[1]

كما يلاحظ على هذا النوع من العقود أن لها قاسما مشتركا يتمثل في أنـه رغـم اتساع نطاقها لتشمل كافة أرجاء الكرة الأرضية، وبغض النظر عن اخـتلاف موضـوع التعاقدات، فإنه يوجد تماثل بينها، سواء تمت في الجزائر أو في مصر أو لبنان أو واشـنطن أو باريس فإنها تتم بصورة واحدة ، والسبب في ذلك أن التقنية واحدة والمـشاكل متـشابهة يقتضـي لحلها حلولا متشابهة.

يضاف إلى ذلك أن مسؤولية مقدم الخدمة هي مسؤولية تعاقدية ، تقوم في حالة عدم تنفيذ التزامه بتمكين ا لعميل من الدخول إلى الشبكة ، غير أنه لا يعد مسؤولا عن محتوى المعلومة وذلك أنه لا يملك الوسائل الفنية التي تمكنه من رقابة صحة تلك المعلومات أو مشروعيتها وقد يضع مقدم الخدمة شروطا تعفيه من المسؤولية أو تحد منها.[2]

ويمكن القول أن الدخول إلى الشبكة أ وعقد الاشتراك فيما يسميه البعض ، هو عقـد إلكتروني محله استغلال شبكة الانترنت ، في حين أن العقد الإلكتروني موضوع دراسـتنا هو العقد الذي يبرم في بعض صوره بواسطة شبكة الانترنت ، ما يعني أن هذه الأخيرة تعد وسيلة للتعاقد أو للتعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني في حين تعتبر موضوعا للعقد في عقد الاشتراك و هو ما يجعل الاختلاف بين العقدين واضحا.

[1] ـ فيصل محمد كمال عبد العزيز، نفس المرجع، ص 97.

[2] ـ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منـشأة المعـارف ، الإسـكندرية ، مصر، 2006، ص27

ـ البند الثاني ـ عقد الإيجار المعلوماتي

عقد الإيجار المعلوماتي أو عقد الإيواء كما يفضل بعض الفقه تسميته ، هو ذلك العقد الذي يتضمن التزاما من مقدم الخدمة باستقبال موقع العميل ، أو متجره الافتراضي على الشبكة لمدة معينة وفي مقابل معين.

عرفه آخرون بأنه عقد بمقتضاه يضع مقدم الخدمة تحت تصرف المشترك بعض إمكانيات أجهزته أو أدواته المعلوماتية على شبكة الانترنت.[1]

فأساس هذا العقد يقوم على توافر بيانات و معلومات يتم نقلها للغير، و تتكون المعلومة من عنصرين أساسين هما صياغة المعلومات أو البيانات، بحيث تكون متناسقة و مرتبطة مع بعضها البعض و مؤدية لإحداث آثار نتيجة لتبادل هذه البيانات. أما العنصر الثاني فهو النقل، و يقصد به انتقال المعلومات للكافة، أو إلى من وجهت إليه المعلومات دون تحديد قيود زمنية أو مكانية، فأصبحت المعلومة تنتقل بوسائل إلكترونية و لم تعد مقتصرة على الوسائل التقليدية، مما أصبح نقلها يتم بسهولة و يسر و أكثر دقة من السابق و أصبحت متاحة للكافة.[2]

بمقتضى هذا العقد يلتزم مقدم الخدمة باستقبال العميل ، ويتيح له استعمال ما لديه من أجهزة وأدوات ووضعها على الشبكة تحت تصرف العميل لمدة معينة مقابل التزام هذا الأخير بدفع المبلغ المتفق عليه.

يرتبط هذا العقد ارتباطا وثيقا بالشبكة الدولية ، حيث يقوم على ضرورة المرور الفني الإلزامي عبر الانترنت ، فيتخذ العميل موقعا على الشبكة وعن طريق هذا الموقع يتمكن من التعامل مع الغير وقد كيف بعض الفقه هذا العقد بأنه عقد إيجار للأشياء تسري عليه الأحكام العامة لعقد الإيجار على أساس أن مقدم الخدمة يضع إمكانياته الفنية وبعض أجهزته تحت تصرف المشترك، و أغلب ما تكون هذه الخدمات إتاحة الانتفاع بمساحات على القرص الصلب لإحدى أجهزة الحاسب الخاصة به أو ، و أغلب ما تكون هذه الخدمات إتاحة الانتفاع بمساحات على القرص الصلب لإحدى أجهزة الحاسب الخاصة به أو إتاحة مكان على شبكة الإنترنت، أو تقديم أي جزء من المعلومات ليتم الانتفاع بها خلال المدة التي يتم تحديدها، من ثم يتم إعادتها إلى صاحبها بعد الانتهاء من حق الانتفاع. و يمكن تكييف هذا العقد من عقود

[1] ـ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص28.
[2] ـ محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص39.

الإيجار، لأن غايته تمكين المستخدم من الانتفاع بالعين المؤجرة، بينما تبقى ملكية المعلومة لأصاحبها، أكد المشرع المصري و الجزائري و الأردني، العراقي ذلك في نصوصه التي تطرقت لهذا العقد.[1]

مما سبق نجد أن عقد الإيجار المعلوماتي من العقود الأساسية لتوافر استخدام شبكة الإنترنت، فمن خلاله تتوفر آلية الاتصال، و برامج الإنترنت. فمتى توفرت هذه المواد فإن استخدام شبكة الإنترنت يكون سهلا و في متناول الجميع، و يتم إجراء كافة التصرفات المباحة من خلال الشبكة، كإبرام العقود الإلكترونية، و التجول في المواقع، و التسوق، و التصرفات...الخ.

فعقد الإيجار المعلوماتي يمكن أن يكون من العقود الإلكتروني، إذا أبرم كليا أو تمت أي مرحلة من مراحله عبر وسائل إلكترونية. فعقد الإيجار المعلوماتي يوفر للمستخدمين الغاية التي يرغب بها من خلال قنوات المعلومات التي تزودنا بما نسعى إليه من استخدامنا لشبكة الإنترنت.[2]

المطلب الثاني: إبرام العقد الإلكتروني

إن العقد الإلكتروني أحد تطورات القرن الماضي بعدما زاد استخدام المعلوماتية و تطور التجارة الإلكترونية، مما أدى إلى ظهور العقد الإلكتروني، لكونها لم تكن معروفة عند سن القانون المدني. و من خلال تحديد العقد بشكل عام سنحاول تعريف و شرح العقد الإلكتروني، و قد عرفها بعض فقهاء القانون على أنها: اتفاق طوعي لإنشاء التزام أو نقل. بينما ذهب البعض الآخر من الفقه لتعريفه على النحو التالي: اتفاق ملزم قانونا بين اثنين أو أكثر يتضمن حقوق و التزامات طرفي العقد إما في شكل شفهي أو مكتوب.[3]

و مما سبق نجد أن العقد تلاقي إيجاب و القبول دون اهتمام لتسميته سواء كان تقليديا أو إلكترونيا، و بالتالي يعتبر عقد التجارة الإلكترونية مساويا لبقية العقود التجارية من خلال

[1] ـ عقد منظم بالمادة المادة 558 من التشريع المدني المصري" عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم" و المادة 467 من التشريع المدني الجزائري" لإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم. يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقدا أو بتقديم أي عمل آخر" و المادة 608 من التشريع المدني الأردني"الإيجار تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من الشيء المؤجرة لمدة معنية لقاء عوض معلوم" و المادة 722 من التشريع المدني العراقي" لإيجار تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة و به يلتزم المؤجر ان يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور.

[2] ـ محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص40.

[3] ـ محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص55.

استناده على مبدأ التراضي، بحيث يكون من الضروري لإبرامها تلاقي العرض بالقبول و موافقتهم على إبرام العقد. وفقا للقواعد العامة، فإن كلا من العرض و القبول يعبران عن إرادة الشخص الذي صدر منه، و هما مصطلحان مستخدمان يحددان إنشاء العقد، و أي كلمة تصدر أولى هي عرض و الثانية هي القبول.

قد يكون التعبير عن الإرادة شفهيا أو كتابيا أو بعلامة عرفات المعتادة، أو عن طريق التبادل الفعلي الذي يشير إلى الموافقة، و اتخاذ أي مسار آخر لا يترك ظروف الموقف موضع شك فيما يتعلق بدليلها على الموافقة.[1]

الفرع الأول: التراضي في العقد الالكتروني

يتساوى عقد التجارة الإلكترونية مع باقي العقود التجارية بكونه يقوم على مبدأ الرضا، بحيث يلزم لعقده ربط العرض بالقبول و موافقتهم على إبرام العقد. وفق القواعد العامة، فإن كلا من الإيجاب و القبول يعبران عن إرادة من أصدره، و بالتالي يترتب على هذا العقد آثار قانونية، و يصعب تخيل إنشاء سند تعاقدي بين طرفي العقد. إذا كانت إرادة طرفي العلاقة لا تتطابق مع العرض و القبول لإتمام العقد من خلال توافر الرضا.

و غالبا ما يسبق عملية التعاقد مفاوضات قد تسفر عن التقاء إرادة المتعاقدين على إبرام العقد بشرط توافر شروط معينة في الإرادتين، و يكون العبرة بما جاء في العقد دون المفاوضات السابقة على انعقاده. و إذا لم تؤد المفاوضات إلى الوصول إلى عملية التعاقد، فإنه لا يترتب على قطع المفاوضات آثار قانونية، كما لا يكون من قطعها مسؤولا عن ذلك إلا إذا توافرت شروط المسؤولية التقصيرية.

و وفقا للمادة (1/11) من قانون الإنسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية فإنه:" و في سياق تكوين العقود، و ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام وسائل البيانات للتعبير عن العرض و قبول العرض. و عند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد، لا يفقد العقد صحته أو قابليته لمجرد كاستخدام رسالة بيانات لذلك الغرض".[2]

[1] ـ نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية،ط1، دار الثقافة، الأردن،2005، ص31

[2] ـ نضال إسماعيل برهم، المرجع السابق،ص32

أولا: الإيجاب في العقد الإلكتروني

يعرف الإيجاب بأنه التعبير البات المنجز الصادر من أحد المتعاقدين و الموجه إلى الطرف الآخر بقصد إحداث آثر قانوني و يعتبر الإيجاب الخطوة الأولى في إبرام كافة العقود، إذ يفتح الباب أمام احتمال وجود العقد عند صدوره.

و يمكن تعريف الإيجاب كذلك بأنه إبداء إرادة أحادية الجانب مبينة و جازمة و مجردة من اللبس، بما فيه الكفاية لكي يكون قبول من وجه إليه العقد كافيا لتكوين العقد.[1]

يعرف التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين الإيجاب في العقود المبرمة عن بعد بأنه اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة، بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة و يستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان.

فالإيجاب عمل إرادي ينزع إلى إقامة علاقة شخصية، فيجب من أجل هذا، أن يكون موجها إلى الغير.بهدف السعي إلى إجراء عقد. في رد فعل من قبل الغير، كما يجب أن يقترن لا يخضع الإيجاب لأية شروط شكلية، حيث من الممكن أن يكون شفويا أو مكتوبا أو بأية وسيلة كانت، و يشترط فيه أن يكون محددا و واضحا لا يشوبه غموض، يتضمن كل العناصر الأساسية اللازمة لإبرام العقد، كتحديد المبيع و الثمن، كما يجب أن يتصل الإيجاب بعلم من وجه له.[2]

أم الإيجاب من الناحية القانونية، فنجد المشرع الجزائري على غرار أغلب التشريعات المقارنة لم يضع أي تعريف للإيجاب سواء بصورته التقليدية أو الإلكترونية، بل اكتفى فقط بذكر الوسائل التي يتم بها التعبير عن الإرادة وهذا ما نص عليه في المادة 59 من القانون المدني الجزائري :"يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"، والتعبير عن الإرادة بهذا المعنى ه والمظهر الخارجي الذي تتخذه الإرادة بعد أن كانت أمرا كامنا في النفس لا يعلمها إلا صاحبها ، فلكي يعتد بها القانون يجب أن تظهر إلى العالم الخارجي . وجاء في المادة 01/60 من القانون المدني الجزائري

[1] ـ عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص145,
[2] ـ نضال إسماعيل برهم، المرجع السابق، ص 35.

والتي تنص على أنه ":التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه".[1]

إذا يمكن اعتبار التعبير عن الإرادة بوسائل الاتصال الإلكترونية ضمن طرق التعبير بالكتابة إلا أنها كتاب من نوع خاص، حيث يتم تسجيل المعلومات في ذاكرة الحاسوب بطريقة إلكترونية فهي ليست كتابة على الورق، ولكنها كتابة إلكترونية ويمكن قراءتها من قبل الحاسوب ومن قبل المتعاقد بعد تحويلها من لغة الآلة إلى لغته عن طريق نظام معالجة معلومات خاص في الحاسوب عبر تقنيات الاتصال سواء كانت مسموعة أم مرئية أو كلتيهما، ويتضمن كافة الشروط والعناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، بحيث ينعقد به العقد إذا ما تلاقى معه القبول.[2]

ذلك فان الإيجاب في التعاقد الالكتروني هو تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية، ويتضمن كافة العناصر اللازمة لإبرام العقد بحيث يستطيع من وجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، وبذلك فهو لا يختلف عن الإيجاب التقليدي إلا في الوسيلة المستخدمة فقط مع بقاء الجوهر فسه فوصف الإيجاب الالكتروني لا يغير من ذاتية الإيجاب بمجرد أنه تم عبر شبكة الاتصالات.[3]

على عكس المشرع الجزائري، هناك التشريعات من نظمت في قوانينها الداخلية قواعد خاصة تنظم التجارة الإلكترونية، فنجد منها القانون المدني الأردني الذي عرف الإيجاب التقليدي في مواده مواد 91 إلى 95 و تقابلها المواد 77 و ما يليها في القانون المدني العراقي. و يستنتج منها لكي يكون العرض إيجابا لابد من تحقق ما يلي:

يمكن أن يكون الإيجاب لفظا أو كتابة أو إشارة أو باتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على الإرادة. و إن الموجب يلتزم بما جاء فيه لو اقترن قبول به. و هذا ما عرفته أيضا ـ مادة 1/2 بند 2 ـ من المبادئ التي وضعها المعهد الدولي التجارة الدولية سنة 2010. و كذلك يعتبر إيجابا كل من عرض البضاعة أو الخدمة مع بيان ثمنها. و النشر و

[1] ـ المادة 60 من الأمر 75-58 ، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم، السالف الذكر.

[2] ـ العربي شحط أمينة، التراضي في العقد الالكتروني في ظل التغيرات المستجدة، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، المجلد14/العدد03، الجزائر، 2021،ص158.

[3] ـ العربي شحط أمينة، نفس المرجع،ص159.

الإعلان و بيان الأسعار سواء أكان موجها لشخص معين أم للجمهور. و عند الشك في هذه الحالة يعتبر دعوة للتفاوض.[1]

لم يتطرق قانون التوقيع الإلكتروني و المعاملات الإلكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012 لتعريف الإيجاب في المعاملات الالكترونية ضمن تعريفه لبعض المصطلحات الواردة في المادة الأولى منه، و لكن أجازت الفقرة أولا من المادة 18 منه التعبير عن إرادة طرفي العقد بوسيلة الكترونية حيث نص على أنه:" يجوز أن يتم الإيجاب و القبول في العقد بوسيلة الالكترونية".[2]

و هو الحال بالنسبة لقانون المعاملات الإلكترونية الأردني حيث نصت المادة 13 منه على ما يلي:

" تعد رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبول قانونا لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي".

و بالرجوع إلى المادة الثانية من نفس القانون ، نجد أن المشرع الأردني قد عرف رسالة المعلومات بقوله:" هي المعلومات التي يتم إنشاؤها، أو إرسالها، أو تسلمها، أو تخزينها بوسائل إلكترونية، أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ الورقي".[3]

فيستنتج مما تقدم أنه يمكن التعامل بالإيجاب الإلكتروني. و أنه مغطى بالأحكام المشار إليها قبل قليل. و الكلمة الإلكترونية إذا أضيفت إلى الإيجابي لا تؤثر على أصلها، و هو المعنى المقصود لها وفق هذه الأحكام. و بمعنى أخر حسب النظرية العامة للعقد. إنه مجرد وصف لا أكثر. يشترط في العرض أن يكون نهائيا و قاطعا. كما يسقط إذا كان معلقا على شرط، و تخلف الشرط، أو محدد بمدة، و فاتت، أو رفضه الموجه إليه الإيجاب، كأن يقوم بإغلاق حاسوبه دون الرد عليه، أو ينتقل إلى موقع آخر غير موقع الموجب أو إرسال رسالة عبر بريده الإلكتروني برفضه أو بتعديله. و الإيجاب الإلكتروني قد يكون خاصا بشخص محدد أو

[1] ـ طالب حسن موسى، المرجع السابق، ص126.
[2] ـ المادة 18 من قانون التوقيع الالكتروني و المعاملات الالكترونية العراقي رقم 78 ، السالف الذكر.
[3] ـ المادة 02 و 13 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 15 ،السالف الذكر.

بأشخاص محددين عن طريق إرساله بواسطة بريدهم الإلكتروني. و قد يكون عاما موجها إلى أشخاص غير محددين عن طريق النشر في مواقع الويب.[1]

أما بالنسبة للتشريع المصري فقد استوحى فكرة مجلس العقد من الفقه الإسلامي ضرورة إصدار الإيجاب و القبول بنفس المكان و نفس الزمان و قد نصت الفقرة الثانية من المادة 94 من القانون المدني المصري:" مع ذلك يتم العقد و لو لم يصدر القبول فورا إذا لم يوجد ما يدل على إن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب و القبول و كان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد ".[2]

ثانيا: القبول في العقد الإلكتروني

القبول هو التعبير الصادر عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب يفيد موافقتـه على ما جاء في الإيجاب ويعد القبول التعبير الثاني عن الإرادة، حيث يتكون العقد من اقترانه بالإيجاب ، وهو كتعبير عن الإرادة يمكن أن يتخذ أية صورة من صور التعبير عن الإرادة، كأن يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة أو باتخاذ موقف لا تدع ظـروف الحـال شكا في دلالته على مقصود صاحبه . و القبول كتعبير عن الإرادة يجب أن يكون باتا، وأن يتجه إلى إحداث أثر قانوني ينقل فيه من صدر عنه رغبة جادة ونهائية قي الدخول فـي رابطة عقدية.[3]

أما فيما يخص تعريف القبول الإلكتروني من الناحية القانونية، نجد المشرع المـدني الأردني تضمن نص المادة 91 التي عرفت القبول بأنه: "اللفظ الثاني الذي يستعمل عرفا لإنشاء العقد ".[4]

الواقع أن القبول في العقد الإلكتروني لا يختلف عن القبول في العقد التقليـدي سوى في أنه يتم عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني، ولذلك فهو يخضع بحسب الأصل للقواعد التي تنظم القبول في نظرية العقد ، لكنه يحتوي على شي ء من الخصوصية تجعله جديرا بالبحث والتنظيم فمن حيث المبدأ لا يخضع القبول ، باعتباره تعبيرا عـن الإرادة ، لشكل معين فلكل متعاقد أن يفصح عن إرادته بالوسيلة التي يختارها ولا يهم نـوع هـذه الوسيلة طالما أنها تعبر

[1] ـ طالب حسن موسى، المرجع السابق، ص126،127.

[2] ـ نوارا كاظم الزاملي، ميعاد إبرام العقد الإلكتروني، مجلة القادسية للقانون و العلوم السياسية، المجلد الثاني ، العدد الثاني، 2009، ص358.

[3] ـ عجالي خالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري ـ دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق،جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2014، ص179 .

[4] ـ المادة 91 من القانون المدني الأردني رقم 43، المنشور على الصفحة 02 من عدد الجريدة الرسمية رقم 645 بتاريخ 08/01/1976.

عن الإرادة .فيصح أن يصدر القبول في العقد الإلكتروني عن طريق البريد الإلكتروني أو المحادثة المباشرة ، أو كتابة عن طريق الموقع ما لم ينص القانون أو يشترط الموجب طريقة معينة للقبول، فقد يشترط الموجب أن يكون القبول بنفس الوسيلة التي تم بها الإيجاب كالموقع مثلا، فلا ينعقد العقد إلا إذا جاء القبول بنفس الطريقة المطلوبة.

إذا لم يحدد الموجب وسيلة لإرسال القبول، فإن الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول يجب إرسالها إلى نظام المعلومات التابع للموجب أ وإرسال القبول بنفس الطريقة التي تلقى بها العرض.

وبما أن صور التعاقد الإلكتروني تتخذ أشكالا متعددة ، فإن التعبير عن القبول الإلكتروني يتم بعدة طرق منها النقر مرة واحدة على خانة الموافقة حيث توجد عبارة ـ أنا موافق ـ وتستخدم مواقع الويب التي تتعامل باللغة الفرنسية في الغالب عبارات تدل على الموافقة مثل عبارة j'accepte l'offre أو d'accord أما مواقع الويب باللغة الإنجليزية فتستخدم عبارة I agree أو ok.[1]

و مع ذلك فقد يشترط الموجب في إيجابه، و بغرض التأكد من صحة إجراء القبول، أن يتم عن طريق النقر مرتين double click على الأيقونة المخصصة للقبول و الموجودة على الشاشة، و في هذه الحالة فإن النقر مرة واحدة لا يرتب أثرا بشأن انعقاد العقد و يصبح القبول عديم الأثر، و غالبا ما يلجأ الموجب غلى هذه الطريقة للتأكد من موافقة القابل على التعاقد. و حتى لا يتذرع القابل بأن النقرة الأولى كانت عن طريق السهو أو الخطأ، فالنقر مرتين دليل على موافقة القابل على إبرام العقد.[2]

و نجد أن المشرع الجزائري و المشرع العراقي قد أغفلا عن وضع تعريف للقبول سواء التقليدي أو الإلكتروني، وهذا ما فعله مع الإيجاب أيضا، حيث اكتفى فقط بذكر الوسائل التي يتم بها التعبير عن الإرادة وذلك في نص المادة 60 من القانون المدني الجزائري السالف ذكرها. و لم يرد أيضا في قانون التوقيع الإلكتروني و المعاملات الإلكترونية العراقي أي

[1] ـ بوشنافة جمال، خصوصية التراضي في العقود الإلكترونية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، جامعة الدكتور يحي فارس، المدية، 2018،ص 136.

[2] ـ ياسمين كاظم حسن، المرجع السابق ، 208.

تعريف للقبول في المعاملات الإلكترونية و لم يعالج أحكامه بل إكتفى فقط بتعريف العقد الإلكتروني.

و لقد آثار الفقه مسألة السكوت ودلالته عن القبول في بيئة العقد الإلكتروني، فالأصل أن مجرد سكوت من وجه إليه الإيجاب لا يعد قبولا وذلك تطبيقا للقاعدة الشرعية القائلـة بأنه لا ينسب لساكت قول.

واستثناء من هذه القاعدة قرر الفقه ، ونص التشريع على اعتبار السكوت قبـولا إذا كان سكوتا ملابس اقترنت به ظروف دلت على القبول ، وفي هذا الإطار نصت المادة 68 من التشريع المدني الجزائري عل ى ما يلي : "إذا كانت طبيعة المعاملة ، أو العرف التجاري ، أو غير ذلك من الظروف ، تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب .و يعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".[1] و تقابلها المادة 95 من التشريع المدني الأردني.[2]

و وفقا لهذا النص فإن السكوت يعتبر قبولا متى وجدت تعاملات سابقة بين الطرفين يمكن أن يستنتج منها رضا المتعاقد دون انتظار قبول صريح منه. هذا عن دلالة السكوت في القواعد العامة ، غير أن هذه الحالات الاستثنائية لا يمكن قبولها على علتها في شأن القبول الإلكتروني نظرا لحداثة التعاقد عبر شبكة الانترنت فلا يمكن القول بأن العرف يلعب دورا هاما و فعالا في هذا المجال لعدم وجود معاملات كثيرة و مستقرة تصل إلى مرحلة العرف، و بالنسبة للإيجاب الموجه لمنفعة الموجب إليه فهي حالة تتضمن عملا من أعمال التبرع دون أن يقع ثمة التزام على عاتق من وجه إليه الإيجاب فهو فرض غير مألوف على الإنترنت، و كذلك فإنه من الصعوبة اعتبار السكوت الملابس تعبيرا عن القبول الإلكتروني، كما في حالة التعامل السابق بين المتعاقدين و الذي يحدث كثيرا عبر شبكة المعلومات الالكترونية،فإن ذلك لا يكفي من الناحية العلمية لاعتبار السكوت قبولا إلا إذا كان هناك اتفاق صريح أو ضمني بين أطراف التعاقد على ذلك.[3]

[1] ـ المادة 68 من الأمر 75-58 ، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم، السالف الذكر.
[2] ـ المادة 95 القانون المدني الأردني، رقم 43، السالف الذكر.
[3] ـ عجالي خالد، المرجع السابق، ص182.

مما سبق يمكن القول أنه سواء جاءت صور القبول عبر البريد الإلكتروني أو كانت بشكل مباشر على الشبكة من خلال الضغط أو اللمس، فكلاهما رد إيجابي على الإيجاب مارسه القابل بتصرف ظاهر و جازم، وعليه لا يوجد مكان للقبول الضمني و السكوت كتعبير عن الإرادة في المعاملات الإلكترونية، لأن الأصل في القبول في العقد التقليدي أن يتم صراحة و ضمنا،لكن القبول الإلكتروني يتم صراحة لا ضمنا لأنه يتم بواسطة الآلة أي برامج و أجهزة إلكترونية تعمل بشكل آلي و هذه الأجهزة لا تستطيع استخلاص إرادة المتعاقدين الضمنية.[1]

الفرع الثاني: مجلس العقد الإلكتروني

يحظى تحديد الزمان و المكان بأهمية خاصة في كل ما يتصل بالتعاقد، فمن تحديد مكان انعقاد العقد إلى زمان انعقاده، مسائل متنوعة نظمتها القواعد العامة في التعاقد في القانون المدني، و كان من الواجب تناولها في التنظيم هنا بما يتفق و البيئة الإلكترونية. و يترتب على تحديد المكان تحديد القانون واجب التطبيق و المحكمة المختصة بنظر في النزاع.[2]

يبرم العقد بتلاقي الإيجاب و القبول و يتم هذا التصرف في المكان و الزمان الذي يتم الاتفاق عليه بين طرفي العقد، أما إذا لم يتم تحديد زمان و مكان العقد فيتم الرجوع إلى القواعد العامة لنظرية العقد و لأحكام قانون التجارة و المعاملات الإلكترونية. فلتحديد زمان و مكان إبرام العقد دور أساسي في هذا النوع من العقود التي تبرم بين غائبين، و يكون التبادل بين طرفي العقد من خلال شبكة الإنترنت عبر البريد الإلكتروني و المراسلات من خلال المواقع الإلكترونية، سواء أكانت مراسلات مكتوبة أو مسموعة أو مرئية ، فكل ذلك يتم من خلال أجهزة الحاسب المرتبطة بشبكة الإنترنت، إلا أن البعد المكاني يبقى متوافرا في هذه التعاقدات بالرغم من الاتصال الفوري و الرؤية بالعين المجردة من خلال الشاشات و المعاصرة الزمنية.[3]

و انقسم الفقه في تحديد زمان و مكان القبول إلى أربعة مذاهب نجملها على النحو التالي:

[1] ـ بوشنافة جمال، المرجع السابق، ص 137.
[2] ـ نضال إسماعيل برهم، المرجع السابق، ص58.
[3] ـ محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص70.

أولا: التحديد الفقهي لزمان و مكان القبول

المذهب الأول: إعلان القبول: و تفترض أن لحظة إعلان القبول هي لحظة انعقاد العقد، و حجة أصحاب هذه النظرية أن العقد ينعقد بمجرد توافق الإرادتين، و لا يهم بعد ذلك علم الموجب بالقبول من عدم علمه. و لكن يعاب هذه النظرية أنه قد تمضي فترة زمنية حتى يعلم الموجب بالقبول لكي يقوم بتنفيذ العقد كما أنه ليس من الضروري أن تكون الإرادتان متوافقين بإعلان القبول، إذ يجوز أن يرجع الموجب عن إيجابه و لا يصل الرجوع إلى القابل إلا بعد إعلان القبول، كما أنه ليس صحيحا أن القبول ينتج أثره بمجرد إعلانه، لأن القبول إرادة و الإرادة لا تنتج أثرها إلا من وقت العلم بها. [1]

المذهب الثاني: إرسال القبول: من المذهب السابق نشأ هذا المذهب، مع إحداث بعض التعديلات على المذهب الأول باشتراط أن يكون وقت القبول من اللحظة التي يتم فيها الجزم بالقبول، و يتم ذلك بقيام القابل بإرسال القبول إلى الموجب، فإذا تم إرسال بريد إلكتروني إلى القابل أو الضغط على الأيقونة المخصصة على الموقع الخاص بالإيجاب فإن هذه اللحظة هي وقت القبول، لأن القابل لا يمكنه استرداد قبوله الذي أرسله لأنه أرسل عبر الوسائل الإلكترونية إلى الموجب و لا يمكن الدخول لهذه الوسائل و استرداد ما تم إرساله.

يؤخذ على هذا الرأي انه من الممكن حدوث خلل أو عطل في الأجهزة الإلكترونية أثناء إرسال الرسالة مما يحول دون إتمام إرسالها و وصولها إلى الموجب. و في هذه الحالة فإن الموجب لا يكون على علم بالقبول الذي يتم إرساله، أما القابل فيكون بانتظار التصرف المقابل و المرجو من الموجب، إلا أن الموجب، لا يعلم بذلك، مما يمكن معه مساءلة الموجب عن عدم الوفاء بالالتزام في العقد الذي لا علاقة له به، لأن الأمر خارج عن إرادته كونه لم يتسلم القبول لحدوث خلل في نظام معالجة البيانات أو إرسال الرسائل الإلكترونية. و أدى ذلك للبحث عن وقت أكثر دقة في تحديد لحظة القبول و ظهر المذهب الثالث.[2]

المذهب الثالث: استلام القبول: تفترض هذه النظرية أن العقد ينعقد تاما عندما تصل رسالة القبول للموجب و لا أهمية بعد ذلك إذا علم الموجب بمضمون القبول أم لم يعلم، و إذا كان

[1] ـ نضال إسماعيل برهم، المرجع السابق، ص59.
[2] ـ محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص71.

بمقدوره أن يعلم بالإطلاع على رسالة القبول و لم يفعل يكون مهملا و يتحمل مسؤولية إهماله، و يعاب على هذا الاتجاه أن وصول القبول و تصديره لا يضيف إلى إعلان القبول شيئا.[1]

المذهب الرابع: العلم بالقبول: نشأ هذا المذهب لسد الفراغ الناشئ عن اتخاذ المذاهب السابقة، و يقوم على العلم بالقبول من قبل القابل بشكل واضح و صريح، فإذا تم إرسال رسالة البيانات متضمنة القبول و تم استلامها من قبل الموجب و علم بالتعبير عن إرادته بإبرام التعاقد الذي تم إرسال الإيجاب من أجله فمن هذه اللحظة يعتد بالقبول و يعتبر هذا الوقت هو وقت القبول.[2]

ثانيا: التحديد القانوني لزمان و مكان القبول

مجلس العقد فكرة من ابتداع فقهاء الشريعة الإسلامية صاغوها في شكل نظرية بلغت من الإتقان درجة كبيرة ، ومؤدى هذه الفكرة تحديد المدة التي يجب أن تفصل بين الإيجاب والقبول حتى يتمكن من عرض عليه الإيجاب من أن يتدبر أمره فيقبل الإيجاب أو يرفضه على ألا يسمح له في أن يتراخى إلى حد الإضرار بالموجب بإبقائه معلقا دون رد وعلى هذه الفكرة نشأت نظرية مجلس العقد.

رغم أن فكرة مجلس العقد لم تعالج من طرف الفقه الغربي والتشريعات الغربية، فإن التشريعات المدنية العربية قد تلقفتها بعدما اعتنقها التشريع المدني المصري في المادة 94 منه:" إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد، دون أن يعين ميعاد القبول .و كذلك الحال إذا الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل.

مع ذلك يتم العقد، 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 قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد.[3]

وضع المشرع المصري قرينة في المادة 97 منه تفيد اعتناقه للمذهب الرابع " العلم بالقبول" ما لم يوجد اتفاق أو نص مخالف.[4]

[1] ـ نضال إسماعيل برهم، المرجع السابق، ص59.
[2] ـ محمد فواز المطالقة، نفس المرجع، ص 71.
[3] ـ المادة 94 من القانون المدني المصري رقم 131 صادر بقصر القبة في 09 رمضان سنة 1367 الموافق ل 16 جويلية سنة 1948.
[4] ـ المادة 97 من القانون المدني المصري:" 1ـ يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان و في الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. 2ـ و يفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان و الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول".

أما في حال عدم وجود اتفاق مسبق لتحديد وقت إبرام العقد فقد تدخل المشرع في القانون المعاملات الإلكترونية، و اعتبر وقت إبرام العقد من وقت وصول رسالة البيانات المتضمنة لقبول الطرف الآخر فمتى تم وصول القبول إلى البريد الإلكتروني الخاص بالموجب أو بموقعه، فيتم تلقائيا إدراج الوقت و التاريخ الذي وصل به إلى القابل، يتم ذلك دون أخذ أي أمر من أي طرف.[1]

إلا أن وقت و تاريخ الاستلام لا يخلوان من التحريف و التزوير من قبل صاحب أي مصلحة بالتلاعب بالتعاقد، فيمكنه القيام ببعض التغييرات على الوقت و تاريخ جهاز الحاسب الخاص به بإدراج التاريخ غير الصحيح في الرسالة التي يتم استقبالها ليعتد به في حالة حدوث أي خلاف بين الطرفين. لم يعالج المشرع هذا الموضوع في نصوص القانون، و قد وجدت أن هذا الإشكال يمكن معالجته من خلال المطابقة بين التقرير الذي تم تسليمه إلى القابل و تاريخ الاستلام لدى الموجب الذي يدرج مع الرسالة المتضمنة للقبول، لأن الوقت بين هذين الأمرين لا يمكن أن يتجاوز أكثر من دقائق معدودة و بالتالي فإنه من السهل إثبات التلاعب الذي تم و إعادة الحق لصاحبه.

إلا أن المشرع المصري أخذ بمذهب مغاير لما هو معمول به في التشريع المدني الذي أخذ بمذهب العلم بالقبول، إلا أن القاعدة الفقهية تنص على أن النص الخاص يقيد العام يؤخذ عندئذ بمبدأ استلام القبول بالنسبة للعقود الإلكترونية، هذا بالنسبة إلى التشريعات التي أخذت بمذهب استلام القبول.[2]

ورد مصطلح مجلس العقد في التقنين المدني الجزائري في المادة 64 منه التي جاء فيها " إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل للقبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص لآخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل.

غير أن العقد يتم ولو لم يصدر القبول فورا، 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".[3]

---

[1] ـ محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص72.

[2] ـ محمد فواز المطالقة، نفس المرجع، ص73.

[3] ـ المادة 64 من الأمر 75-58 ، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم، السالف الذكر.

لقد أخذ المشرع الجزائري بنظرية العلم بالقبول في تحديد لحظة انعقاد العقد في المادة 67 من القانون المدني التي تنص على أنه: "يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان 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".[1]

وهذا يقتضي أن يطلع الموجب على الرسالة المتضمنة للقبول، ويعتمد أصحاب هذه النظرية على تطابق أو توافق الإرادتين الذي يقتضي حتما أن يكون كل متعاقد على علم بإرادة المتعاقد الآخر، فالأخذ بهذه النظرية يؤجل الآثار المترتبة على القبول مما يوفر فرصا إضافية للموجب له الرجوع عن قبوله، ويعاب على هذه النظرية صعوبة إثبات العلم بالقبول، خاصة بالنسبة للتعاقدات التي تتم بالوسائل الإلكترونية.[2]

وتطبيقا لهذه النظرية بشأن العقود المبرمة بالبريد الإلكتروني أو الفاكس، يمكن القول بأن العقد ينعقد في هذه الحالة في اللحظة التي يعلم فيها الموجب بالقبول أي بقيامه بفتح صندوق بريده الإلكتروني، والإطلاع على رسالة القابل، أي تحققه من قبول الأخير بالإيجاب المعروض عليه، أو في حالة وصول الرسالة إلى جهاز الفاكس المرسل إليه والإطلاع عليها من قبل الموجب في حالة التعاقد عبر الفاكس.

إن تكريس نظرية العلم بالقبول من طرف المشرع جعل البعض من الفقه يعتقد أن اعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين حكما أو بين غائبين ليس له أي تأثير من الناحية العملية على مكان وزمان انعقاد العقد، طالما أن المشرع اعتمد مذهب العلم بالقبول.[3]

و تناولت المادة87 من القانون المدني العراقي في نصها على ما يلي:

1ـ يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

2ـ ويكون مفروضا أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما.[4]

---

[1] ـ المادة 67 من الأمر 75-58 ، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم، السالف الذكر.

[2] ـ/ مراد طنجاوي، مجلس العقد الإلكتروني،مجلة البحوث و الدراسات العليا، المجلد 09 ، العدد01، كلية الحقوق جامعة المدية،ص 08.

[3] ـ برني نذير، العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء الجزائري، الدفعة الرابعة عشر، ص31.

[4] ـ المادة 87 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

من المادة سابقة الذكر نستنتج أن المشرع العراقي قد تخير من بين هذه النظريات نظرية العلم بالقبول لأنها الأكثر انسجاما مع القواعد العامة ، فالعقد ينعقد في لحظة علم الموجب بقبول الموجب له مع وضع قرينه على هذا العلم وهي أن وصول القبول قرينة على العلم به من قبل الموجب، إلا إذا اثبت هذا الأخرى خالف ذلك أي عدم علمه بالقبول.[1]

أما بالنسبة للمشرع الأردني فلم يعالج مكان انعقاد العقد الإلكتروني في قانون المعاملات الإلكترونية، لذلك لا بد من الرجوع إلى القانون المدني في هذه الحالة، و بما أن العقد الإلكتروني يندرج تحت زمرة العقود التي تبرم عن بعد بين غائبين من حيث المكان، فإن عدم الحضور المادي بين المتعاقدين، يؤدي بنا إلى رد هذا العقد إلى التعاقد بين غائبين، أو التعاقد بالمراسلة، و عندئذ نطبق نص المادة 101 مدني أردني، و التي تنص بأنه: "إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد، يعد التعاقد قد تم في الزمان و المكان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك".[2]

و هكذا، فقد أخذ المشرع الأردني بنظرية صدور "إعلان" القبول، أي أن العقد الإلكتروني يبرم بمجرد أن يعلن القابل قبوله سواء علم الموجب أو لم يعلم بهذا القبول، و من ثم يكون مكان انعقاد العقد الإلكتروني و زمانه هو مكان وجود القابل و زمانه.[3]

نستنتج في الأخير أن مجلس العقد الإلكتروني هو نفسه مجلس العقد التقليدي ، و الفرق بينهما هو الوسيلة المستخدمة في التعاقد ، و التي تضفي سمة الالكترونية على مجلس العقد، إلا أن لاستخدام الوسائل الالكترونية أثر في ظهور طرق جديدة للتعبير عن الإرادة تتميز بالسرعة و اختصار الوقت ، حتى هناك من يطلق عليها وسائل الاتصال الفورية ، فينعقد العقد المبرم من خلالها فورا مباشرة بعد تعبير القابل عن إرادته و الذي قد يكون في نفس لحظة إصدار الإيجاب ، أو في الوقت الذي يليه ، و المقصود ألا ينشغل القابل بغير العقد بين لحظة الإيجاب و لحظة القبول . كما أن زمان توافق الإرادتين يختلف من وسيلة إلى أخرى ، بل ويختلف في الوسيلة المستعملة من تقنية إلى أخرى ، فمثال التعاقد عن طريق البريد الالكتروني هو تعاقد بين غائبين زمانا لوجود الفارق الزمني بين الإيجاب والقبول عادة، أما التعاقد عن

[1] ـ درع حماد عبد، نظرات في قانون التوقيع الإلكتروني و المعاملات الإلكترونية العراقي، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية و السياسية، العدد العاشر،كلية القانون، الجامعة العراقية، ص80.

[2] ـ المادة 101 من القانون المدني الأردني رقم 43، السالف الذكر.

[3] ـ محمد ذعار العتيبي، المرجع السابق، ص56.

طريق غرف المحادثة المباشرة هو تعاقد بين حاضرين زمانا لعدم وجود الفارق الزمني ، و تحقق هذه التقنية التواجد المتزامن لأطراف العالقة التعاقدية في فضاء الانترنت ، رغم التباعد المكاني و مع ذلك فإن التشريعات مازالت تعتبر التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة تعاقد بين غائبين مكانا ، و ذلك نظرا لعدم التواجد في مكان واحد ، لأن غرضها الأساسي هو ربط التواصل بين أطراف في أماكن متباعدة . و الحال هكذا فقد حاول قانون الإونسترال بشأن التجارة الالكترونية وضع قواعد عامة، تسترشد بها الدول عند تنظيمها لمسألة المعاملات الالكترونية ، قصد توحيد الإطار القانوني الذي يحكم هذه المعاملات.[1]

الفرع الثالث: المحل و السبب في العقد الإلكتروني

أولا: المحل في العقد الإلكتروني

محل العقد هو الالتزامات التي يولدها العقد، وهو بهذه المثابة يعتبر ركنا في الالتزام ولكن ليس غريبا عن العقد وبالتالي فإن ما يعتبر محلا مباشرا للالتزام يعتبر في نفس الوقت محلا غير مباشر للعقد الذي يولده، "ويميز الفقه بين محل العقد ومحل الالتزام، فمحل العقد هو العملية القانونية التي يقصد الطرفان تحقيقها بمقتضى العقد، أما محل الالتزام فهو الأداء الذي يلتزم به المدين لمصلحة الدائن، ويتمثل في عمل أو امتناع عن عمل أو إعطاء". ويمكن إجمال الشروط الواجب توافرها في محل العقد الإلكتروني ليكون عقداً صحيحاً على النحو التالي:

ـ البند الأول ـ أن يكون معينا أو قابلا للتعين

حتى يكون محل العقد الإلكتروني معينا أو قابلا للتعين يجب أن يتم وصف الخدمة أو المنتج عبر تقنيات الاتصال الحديثة بصورة دقيقة وكاملة بعيداً عن الإعلانات الخادعة أو المضللة، وبالنظر إلى المنتجات المعروضة والتي هي محل للتعاقد فغالبا ما يكون وصفها مصحوباً بصور مثل ما هو عليه الكتالوج الورقي التقليدي وذلك؛[2]لأنه في التعاقد الإلكتروني لا يمكن رؤية محل العقد رؤية مباشرة، ويتسم العرض عادةً بهذه الطريقة بالطابع الإعلاني أكثر من

[1] ـ مراد طنجاوي، المرجع السابق، ص10.

[2] ـ الجمال:سمير حامد، لتعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص176

كونه التزاما قانونيا يقع على عاتق مقدم الخدمة أو المنتج ولكنه يتمتع بقيمة قانونية تتمثل في التزام مقدم الخدمة أو المنتج بالجودة.[1]

بالنظر إلى نص المادة (161) من القانون المدني الأردني [2]يتضح من نصها وجوب أن كون المبيع موصوفا وصفا دقيقا نافيا للجهالة، وكذلك الحال في نص المادة (133) من القانون المدني المصري[3]حيث أوجبت أن يكون المحل معيناً بنوعه ومقداره. و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 94 من القانون المدني الجزائري [4]كما ذكرنا سابقا و يعني هذا الشرط تحديد محل الالتزام تحديدا كافيا ينفي الجهالة به، و إن لم يكن محددا وقت إبرام العقد فيكفي أن يكون قابلا للتعيين أو للتحديد في المستقبل و إلا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا.

و هذا ما غاب عن كل من المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني والمشرع المصري في مشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري لسنة 2001 ، و المشرع الجزائري في قانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية. [5]

و تفرض خصوصية العقد الإلكتروني وعلى وجه التحديد البيع عبر الإنترنت نجد أن هناك أشياء لا تصلح محلاً له مثل العقار وذلك؛ لأن ملكيته لا تنقل من البائع إلى المشتري إلا بشكلية معينة وهي التسجيل وبالتالي لا يصلح أن يكون محلاً لعقد البيع الإلكتروني ألا المال المنقول سواءً كان مادياً أم معنويا.[6]

ـ البند الثاني ـ أن يكون المحل ممكنا

من شروط المحل في القوانين المدنية الجزائرية و المصرية و الأردنية، أن يكون هذا المحل ممكنا غير مستحيل هذا ما أكدته المادة 93 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها كل من المادة 132 من القانون المدني المصري ، و المادة 159 من القانون المدني الأردني[7]،

[1] ـ الجمال:سمير حامد،نفس المرجع، ص176.

[2] ـ المادة 161 من القانون المدني الأردني:" 1ـ يشترط في عقود المعاوضات المالية أن يكون المحل معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجودا وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنتفي.."

[3] ـ المادة 133 من القانون المدني المصري:"1- إذا لم يكن محل الإلتزام معينا بذاته ، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطال .
2- ويكفى أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشئ ، من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط".

[4] ـ المادة 94 من القانون المدني الجزائري: "إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته، و يجب أن يكون معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه، و مقداره إلا كان العقد باطلا و يكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره، و إذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من حيث جودته و لم يمكن تبيين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط".

[5] ـ لجمال، سمير حامد: المرجع السابق. ص176

[6] ـ محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص82.

[7] ـالمادة 93 من القانون المدني الجزائري: "إذا كان محل الإلتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا". و المطابقة لكل من المادة 132 من القانون المدني المصري و المادة 159 من القانون المدني الأردني.

و لا يمكن تصور الالتزام بشيء مستحيل لا تكليف فيه، لذلك أكد كل من التشريع المدني الجزائري و المصري و الأردني على أن استحالة المحل تؤدي إلى بطلان العقد، فمحل العقد الذي يكون عملا أو امتناعا عن العمل يجب أن يكون ممكنا، و الإمكان يقابل الوجود فإذا كان المحل مستحيلا فإن الالتزام لا ينشأ و يبطل العقد.

و الاستحالة المقصودة هي الاستحالة المطلقة (الموضوعية) و ليست النسبية (الشخصية الذاتية) التي تعود على الملتزم، فلا يستطيع أحد القيام بهذا الالتزام دون تفرقة، ما إذا كانت الاستحالة مطلقة، أما إذا استطاع أحد غير الملتزم القيام به فإن الاستحالة تكون نسبية، لأنها متعلقة بظروف الملتزم ذاته و ليس بمحل الالتزام.[1]

ـ البند الثالث ـ مشروعية المحل

يجب أن يكون محل العقد مشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب ليقوم به العقد وهذا ما نصت عليه المادة 163 من القانون المدني الأردني:"1 - يشترط أن يكون المحل قابلا لحكم العقد. 2 ـ فإن منع الشارع التعامل في شيء أو كان مخالفا للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا." و هذا ما قضت به المادة 135 من القانون المدني المصري:"إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطل". و هذا ما أكده المشرع الجزائري في قانونه المدني.

ينطبق هذا على المحل في عقد التجارة الإلكترونية سواءً المبرمة عبر الإنترنت أو بأية وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة من حيث اشتراط مشروعية المحل وعدم مخالفته للنظام العام والآداب ويعتبر المحل مخالفا للنظام العام والآداب إذا ورد بشأنه نص يحرمه ومن الأمثلة على ذلك خروج الشيء عن التعامل لكونه من الأشياء المحرمة التي نص الشارع أن التعامل بها مخلا بالنظام العام، كالمخدرات فلا يكون جائزاً التعامل بها بالأصل إلا لأغراض طبية محددة .و يكون محل العقد غير مشروع إذا كان المقصود من وراء العملية القانونية ما يحرمه القانون لما فيه مخالفة للنظام العام أو الآداب ومن ذلك التعامل في التركة المستقبلية.[2]

[1] ـ محمد فواز المطالقة، نفس المرجع، ص 79.
[2] ـ محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص82.

ثانيا: السبب في العقد الإلكتروني

قصد بالسبب الدافع أو الباعث الرئيس الذي حمل المتعاقد على قبول التعاقد، فالشخص لا يبرم عقدا من العقود إلا بوجود باعث يدفعه إلى ذلك، فإذا تعددت البواعث فالغالب أن يكون منها باعثا رئيسيا يكون هو الدافع إلى التعاقد ولولاه لما فكر الشخص في إبرام العقد وقد يكون الباعث أمرا نفسيا والقانون لا يأخذ بالأمور النفسية لذلك لا يتعين على من يتعاقد أن يصرح بالباعث أو السبب الذي دفعه إلى إبرام العقد، وفي هذه الحالة تقوم قرينة قانونية على أن للالتزام سببا وأن هذا السبب مشروع، وفي حالة خروجه إلى حيز الوجود لسبب أو لآخر بأية وسيلة اشترط القانون أن يكون مشروعا أي غير مخالف للنظام العام والآداب، فإذا كان غير مشروع فالعقد يكون باطلا بطلانا مطلقا لعدم مشروعية السبب. [1]

و قد ورد في نص المادة 165 من القانون المدني الأردني:" 1- السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد. 2- ويجب أن يكون موجودا ، صحيحا ومباحا غير مخالف للنظام لعام أو الآداب". و السبب يعتبر ركنا من أركان العقد حيث إن العقد (الالتزام) كما له محل يقوم عليه كذلك يجب أن يكون له سببا يستند إليه.[2]

أما المادة 136 من القانون المدني المصري، فقد ورد فيها أن العقد يعتبر باطلا في حالة عدم وجود سبب للالتزام أو كونه مخالفا للنظام العام أو الآداب وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بأن "السبب غير المشروع الذي من شأنه أن يبطل العقد وفقاً للمادة 136 من القانون المدني المصري يجب أن يكون معلوماً للمتعامل الآخر فإذا لم يكن على علم به، أو ليس في استطاعته أن يعلمه، فلا يعتد بعدم مشروعيته. و تقابلها المادة 98 من القانون المدني الجزائري و التي تقرر بأن:" كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك". و هو يكون مشروعا إذا لم يكن مخالفا لنص من نصوص القانون الآمرة أو للنظام العام و الآداب بصفة عامة. و يعتبر غير مشروع كما جاء في نفس المادة :" و يعتبر السبب المذكور في العقد ألا هو السبب الحقيق حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك".[3]

[1] - عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص178.
[2] - المادة 165 من القانون المدني الأردني رقم 43، السالف الذكر.
[3] - مصطفى محمد الجمال، مصادر الالتزام، الفتح للطباعة و النشر ، طبعة الأولى، ص182/181.

يتضح من ذلك أن المشرع المصري و الجزائري لم يتخل عن فكرة السبب بل اعتبرها أمرا جوهريا في التعاقد فإذا تخلف وجود السبب أو كان غير مشروع اعتبر العقد باطل.

فيما يخص إثبات السبب تقضي الفقرة الأولى من المادة 137 من القانون المدني المصري "كل التزام لم يذكر له سبباً في العقد يفترض أن له سبباً مشرعاً، ما لم يقم الدليل على غير ذلك ". و تقابلها الفقرة الثانية للمادة 98 من القانون المدني الجزائري في الجزء الثاني منها على أنه:" إذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه". فإذا أثبتت صورية السبب المذكور في العقد فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يقيم الدليل على ذلك. [1]

يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك فإذا قام الدليل على صورية السبب الحقيقي، فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر أن يثبت ما يدعيه. و كذلك المادة 166 من القانون المدني الأردني:" 1 ـ لا يصح العقد إذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه. 2ـ و يفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقم الدليل على غير ذلك". [2]

لا بد من الإشارة لوجود قاعدتان أساسيتان لإثبات السبب أولها افتراض توافر السبب المشروع في الالتزام ولو أغفل ذكره في العقد إلى أن يقوم الدليل على غير ذلك ويكون عبء إثبات عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته على عاتق المدين الذي يطعن في العقد . أما الثانية إثبات عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته على عاتق المدين الذي يطعن في العقد فهي افتراض مطابقة السبب المذكور في العقد للحقيقة إلى أن يقوم الدليل على صوريته فإذا أقيم وجب على الدائن أن يثبت توافر الالتزام على سبب حقيقي تلحق به صفة المشروعية .و هذا يعني أن السبب إذا ذكر في العقد يكون حقيقياً إلا أن ذلك يعتبر قرينة قابلة لإثبات العكس، ويقع عبء إثبات الصورية على من يدعيها، وبالمقابل فإن عدم ذكر سبب الالتزام في العقد لا يبطله. [3]

[1] ـ مصطفى محمد الجمال، نفس المرجع، ص182/181.
[2] ـ المادة 166 من القانون المدني الأردني رقم 43، السالف الذكر.
[3] ـ لما عبد الله صادق سلهب،مجلس العقد الإلكتروني، أطروحة استكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون ، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2008، ص39.

أخيرا فإن العقود الإلكترونية والتي تتضمن أفعالاً خادشة للحياء تكون باطلة لكون السبب غير مشروع مع الأخذ بعين الاعتبار اختلاف مفهوم الآداب العامة من دولة إلى أخرى وفقاً لتحرر المجتمع، وهذا يتطلب بطبيعة الحال ضرورة التنسيق بين الدول على المستوى الإقليمي والدولي .

بالرغم من الاختلافات التي يمكن أن يختص بها العقد الإلكتروني عن غيره من العقود، إلا أنه يقوم على أساس واحد هو أصل كافة العقود، وهو تلاقي إرادة طرفي العقد من الموجب والقابل على محل العقد وآثاره، أي أن هذا العقد يقوم على ذات الأركان العامة للعقد التقليدي وهي الرضا والمحل والسبب، ويمكن القول أن القواعد الحاكمة للسبب في القواعد العامة لمصادر الالتزام في العقد التقليدي لا تختلف عنها في العقد الإلكتروني مما يعني عدم وجود خصوصية للقواعد المنظمة للسبب في العقد الإلكتروني[1].

المبحث الثاني: وسائل إثبات المحررات الإلكترونية و آليات الدفع الإلكتروني

في ظل الانتشار المتنامي للتجارة الإلكترونية و التعاملات الحديثة التي تتم عن بعد بواسطة وسائل تقنية حديثة تنقل المعلومات و البيانات إلكترونيا عبر شبكة الإنترنت، كان من الضروري اتجاه الأنظار ـ خاصة لدى القانونيين ـ إلى الإثبات و وسائله التقليدية، لمحاولة تطويع تلك الوسائل بحيث تتلاءم مع مستجدات هذا التطور خاصة لو أخذنا في الاعتبار أن قواعد الإثبات وضعت على أساس التصور التقليدي للمستند الورقي المتضمن كتابة و توقيعا، في حين نجد أن كافة المعاملات الإلكترونية الحديثة تتم بواسطة وسائل تقنية حديثة عبر شبكة الإنترنت، و هي بعيدة تماما عن الأشكال الورقية للمستندات مما يمثل في حقيقة الأمر فجوة عميقة بين الواقع و القانون الذي لا يمكن تداركه إلا بالتفكير بصورة جدية في مدى ملاءة تلك القواعد القانونية الحالية أو التقليدية المنظمة لمسائل الإثبات لهذا التطور الهائل.[2]

نظرا لغياب الوسيط المادي الذي يتم تحرير العقد و تدوين شروطه عليه، و اتخاذه شكلا آخر غير مادي و هو الدعائم الإلكترونية، فقد أدى ذلك إلى ظهور ما يسمى بالإثبات الإلكتروني.

[1] ـ لما عبد الله صادق سلهب، نفس المرجع، ص40.
[2] ـ عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص179.

بالإضافة إلى ذلك فقد ظهرت مشكلة أخرى بسبب التطور التكنولوجي في مجال المعلوماتية والاتصال أدى إلى ظهور آليات الدفع الإلكترونية الحديثة .

من هنا فقد نشطت الجهود الدولية و الإقليمية لبحث السبل الكفيلة بتوفير الأمان و الثقة، و هما من أهم الأسس التي يقوم عليها التبادل الإلكتروني.

و عليه فإنه يمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين حيث سنتناول في المطلب الأول وسائل إتباث المحررات الإلكترونية،و نتطرق في المطلب الثاني إلى آليات الدفع الإلكترونية الحديثة.

المطلب الأول: وسائل إتباث المحررات الإلكترونية

إن العقد المبرم بالطريقة التقليدية يعتمد على الكتابة والتوقيع التقليديين كعامل إسناد في الإثبات ، في حين أن العقد الذي يبرم عن طريق شبكة المعلوماتية يقوم على تبادل البيانات الكترونيا على دعامات غير ورقية داخل أجهزة الاتصال أو خارجها والتوقيع عليها ممن يرسل الرسالة الالكترونية بواسطة التوقيع الالكتروني [1]، لذا سنتناول في هذا المطلب المحررات الإلكترونية ، و حجية القانونية للمحررات الإلكترونية .

الفرع الأول: المحرر الإلكتروني

لدراسة المحررات الإلكترونية لا بد من تطرق إلى تعريفها تم شروطها

أولا: تعريف المحرر الإلكتروني

يقصد بالمحررات الإلكترونية رسالة البيانات التي يتم إرسالها من قبل طرفي العلاقة العقدية هي الركيزة الأساسية التي يستند عليها في إتباث التصرفات القانونية التي تبرم إلكترونيا، لأنها تحوي في مضمونها المحررات الإلكترونية التي تتضمن إرادة طرفي العلاقة، مما يوجب علينا تعريف المحرر الإلكتروني من خلال ما نصت عليه بعض التشريعات الخاصة بالتجارة الإلكترونية، كقانون الأونسترال النموذجي و بعض قوانين التجارة الإلكترونية العربية[2]، لتحديد المقصود بالمحرر الإلكتروني بتعريف قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي عرفه بأنه: رسالة بيانات . وعرف هذه الرسالة بأنها : المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلمها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل

[1] ـ كاظم كريم علي، المرجع السابق، ص145.
[2] ـ محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص203.

مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال ل الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ الرقمي. [1]

أما المشرع المصري ، فأخذ بلفظ المحرر الإلكتروني في قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 ،وعرفه في المادة الأولى على أنه: رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ ، أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأي وسيلة أخرى مشابهة". [2]

بالنسبة للمشرع الأردني، لم يأخذ بلفظ المحرر الإلكتروني إنما بالسند الإلكتروني في قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2015، و عرفه في المادة الثانية الفقرة 08 على أنه: السند الذي يتم إنشاؤه و التوقيع عليه و تداوله إلكترونيا[3]. أما المشرع الجزائري و العراقي لم يعرفوا المحرر الإلكتروني إنما اكتفوا بتعريف الكتابة الإلكترونية.

يستخلص مما سبق أن التشريعات اختلفت في تعريفها ومسمياتها للسند الإلكتروني، أما بعض الفقه فعرف المحرر الإلكتروني بأنه: ما هو مكتوب على نوع معين من الدعامات سواء أكان رقميا أم غير ذلك من الوسائل الإلكترونية. بينما ذهب البعض الآخر لتعريفه من خلال رسالة البيانات الإلكترونية بأنه: (معلومات إلكترونية ترسل أو تستلم بوسائل إلكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه). و هذا التعريف أيضا أعطى المحرر الإلكتروني مجالا واسعا بحيث لم يقصره على ما تم تبادله عبر شبكة الإنترنت و حسب بل أجاز ذلك بوسائل إلكترونية أخرى كأن تكون رسالة البيانات مرسلة عن طريق الفاكس أو التلكس أو أية وسيلة تقنية متاحة في المستقبل. [4]

ثانيا: شروط المحرر الإلكتروني

لكي تعتبر المستخرجات الإلكترونية محررا الكترونيا يجب أن يتوافر فيها شرطان هما : الكتابة الإلكترونية، والتوقيع الإلكتروني.

[1] ـ راجع المادة الثانية من قانون الأنسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية
[2] ـ راجع المادة الأولى من التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004.
[3] ـ راجع المادة الثانية من قانون التوقيع الإلكترونية الأردني رقم 15 ،السالف الذكر.
[4] ـ محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص205.

ـ البند الأول ـ الكتابة الإلكترونية

تعد الكتابة الالكترونية الركيزة التي يرتكز عليها في الثبات فالكتابة هي أسلوب للتعبير يتضمن تسطير وجمع الحروف والكلمات في شكل مادي ظاهر، ويعبر عن معنى متكامل أو فكرة صادرة من الشخص الذي نسبت إليه، ويجب أن نشير إلى أن التشريعات لم تضع تعريفا موحدا للكتابة الإلكترونية بل هناك من التشريعات من لم يعرف الكتابة الإلكترونية مثل المشرع الأردني بل عرف المحررات الإلكترونية التي على أساسها تعرف الكتابة الإلكترونية، وعليه فإن أول ما ظهرت المعاملات الإلكترونية كانت في مجال التجارة الدولية، إذ سعت هيئة الأمم المتحدة وذلك من خلال لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي إلى تسهيل مثل هذه المعاملات والتي أصدرت قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1662 ، وقانون الأونسترال بشأن التوقيعات الإلكترونية، حيث أننا نجد قانون الأونسترال للكتابة الإلكترونية لم يعرف الكتابة الإلكترونية[1].

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري تعريفا للكتابة حيث نص على أن " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل الحروف وأوصاف وأرقام أو أية عالمات أو رموز ذات معنى مفهوم مما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرساله".

و يجدر الإشارة إلى أن نص المادة 323 ق مكرر يعتبر أول نص عرف من خلاله المشرع الجزائري الكتابة الالكترونية التي يمكن استعمالها كوسيلة أثبات التصرفات القانونية بصفة عامة والتصرفات الالكترونية بصفة خاصة وذلك لتفادي الجدل الذي يثور حول الاعتراف بالكتابة الالكترونية كدليل إثبات كون الكتابة التقليدية كانت مرتبطة بشكل وثيق بالدعامة المادية أو الورقة إلى درجة عدم إمكانية الفصل بينهما[2].

وقد عرف قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012 الكتابة الإلكترونية على أنها " كل حرف أو رقم أو رمز أو إي علامة أخرى تثبت على وسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أي وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإثبات". و عرف قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 في المادة

[1] ـ مبروك حدة، حجية السندات الإلكترونية في الإثبات" دراسة مقارنة"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد 17 جانفي، الجزائر،2018،ص 42.

[2] ـ المادة 323 مكرر من الأمر 75-58 ، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم،السالف الذكر.

1/أ، على أن الكتابة الإلكترونية " كل حرف أو رقم أو رمز أو أي عالمة أخرى تثبت علـى دعامـة الكترونيـة أو رقميـة أو ضوئية أو أي وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك".[1]

و قررت المادة 15 كم ذات القانون على أنه:" للكتابة الإلكترونية و للمحررات الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية و التجارية و الإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة و المحررات الرسمية و العرفية في أحكام قانون الإتباث في المواد المدنية و التجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للضوابط الفنية و التقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".[2]

إن المعيار الـذي سلكه المشرع العراقي ونظيره المصري لتحديـد مفهـوم الكتابة لـم يجعله علـى سـبيل الحصـر، فقد اشـترط كل منهما أن تثبـت هـذه الكتابـة علـى دعامـة إلكترونيه أو رقميـة أو ضـوئية ولـم يحدد الدعامة التــي تـتم مــن خلالها الكتابة بوسيلة معينـة، بـل تركهـا لأيـة وسـيلة أخرى شـريطة أن تعطـي هـذه الأخيرة دلالة قابلة للإثبات والإدراك.[3]

نستخلص مما سبق أن هناك عدة شروط يجب توافرها في الكتابة الإلكترونية تتمثل في ما يلي:

1- يجب أن تكون الكتابة الإلكترونية مقروءة.

2- بقاء الكتابة الإلكترونية و عدم زوالها.

3 - عدم قابلية الكتابة الإلكترونية للتعديل أو التحريف.

فإن توافرت هذه الشروط كان للكتابة الإلكترونية نفس حجية القانونية المقررة للكتابة التقليدية.

و نخلص من ذلك إلى عدم وجود ارتباط بين فكرة الكتابة و الورق، فلا يشترط أن تكون الكتابة على ورق بالمفهوم التقليدي. و ذلك على التفصيل المتقدم و هو ما يفتح الباب أمام قبول كل الدعامات في الإتباث.[4]

[1] - جابر حسين علي التميمي و م. أحمد حمزه ناصر الخفاجي، وضع المحررات الإلكترونية في ضوء قواعد إثبات الأعمال القانونية في ظل التشريع العراقي،مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة، جامعة ميسان - كلية القانون ، العراق ، ص301.

[2] - المادة 15 من قـانون التوقيـع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004.

[3] - جابر حسين علي التميمي و أحمد حمزه ناصر الخفاجي، المرجع السابق، ص302.

[4] - عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص183.

ـ البند الثاني ـ التوقيع الإلكتروني

لا تعد الكتابة وحدها دليلا كاملا في إطار القواعد العامة في قانون الإثبات ما لم تكن موقعة، حيث يعد التوقيع هو العنصر الثاني للدليل الكتابي في عملية الإثبات، مما يقضي بان غيابه يفقد الدليل الكتابي طبيعته كدليل إثبات، ذلك أن التوقيع هو الذي ينسب الكتابة إلى من وقعها ولو كانت الأخير بخط غيره، حيث يأخذ التوقيع دورا جوهريا في إضفاء القوة القانونية و الثبوتية على المحرر الإلكتروني، فهو يعمل على نقل المحررات من مرحلة الإعداد إلى مرحلة الإنجاز في نظر القانون، كونه يتضمن إقرار صاحب الشأن على ما هو مدون في المحررات.

أما عن التعريف التشريعي للتوقيع الإلكتروني، فقد جاء تعريفها للتوقيع الإلكتروني مشابها ولكن مع اختلاف الألفاظ المستخدمة، فقد عرفه المشرع العراقي في المادة 1/ف رابعة من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم 78لسنة 2012 بأنه " علامة شخصية تتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو أصوات أو غيرها، له طابع متفرد يدل على نسبته إلى الموقع ويكون معتمد من جهة التصديق".[1] كما عرفه المشرع المصري في مشروع قانون التجارة الإلكترونية بأنه " حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات لها طابع منفرد تسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع وتميزه عن غيره" كما عرفة قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنه 2004 في المادة 1/ج بأنه " ما يوضع على محرر الكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح في تحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره". و قررت الفقرة (هـ) من ذات المادة بأن الموقع هو:" الشخص الحائز على بيانات إنشاء التوقيع، و يوقع عن نفسه أو عمن نفسه أو عمن ينيبه أو يمثله قانونا".[2]

بينما عرف القانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 15 لسنة 2015 في المادة 1/ ف 09 التوقيع الإلكتروني بأنه: البيانات التي تتخذ شكل حروف، أو أرقام، أو رموز، أو إشارات، أو غيرها و تكون مدرجة بشكل إلكتروني أو أي وسيلة أخرى مماثلة في السجل الإلكتروني

[1] ـ المادة 01 من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم 78،السالف الذكر.
[2] ـ المادة 01 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15، السالف الذكر .

، أو تكون مضافة عليه أو مرتبطة به بهدف تحديد هوية صاحب التوقيع و انفراده باستخدامه و تمييزه عن غيره.[1]

أما المشرع الجزائري، فقد أدرج التوقيع الإلكتروني لأول مرة من قبل المشرع، و لكن ليس بصفة صريحة و بدون تفصيل سنة 2005 في المادة 323 مكرر01. و بالإضافة إلى المادة 2/227، بينما في المادة 02 الفقرة 01 من القانون 04/15 [2]، فعرفت التوقيع الإلكتروني بأنه:" بيانات إلكترونية في شكل إلكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقا ببيانات إلكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق".

فالمشرع الجزائري بإصداره لهذا القانون قد فتح المجال إلى المبادرة للتعاملات التجارية التي فرضتها التطورات التكنولوجية.[3]

في نطاق التعريفات الفقهية يرى البعض تعريف التوقيع الإلكتروني بأنه رقم أو رمز سري أو شفرة خاصة مما لا يفهم معناه إلا صاحبه و من يكشف له عن مفتاحه، و بالتالي فهو يختلف عن شكل التوقيع التقليدي".[4]

يذهب الاتجاه الثاني إلى تعريفه على أنه:" كل إشارات أو رموز أو حروف مرخص بها من الجهة المختصة باعتماد التوقيع و مرتبطة ارتباطا وثيقا بالتصرف القانوني، تسمح بتمييز شخص صاحبها و تحديد هويته، و تتم دون غموض عن رضائه بهذا التصرف القانوني.

إن الاتجاه الثاني في تعريفه للتوقيع الإلكتروني هو الأقرب إلى الواقع حيث يركز على ضرورة قيام التوقيع الإلكتروني بالوظائف التقليدية للتوقيع - وهي تميز هوية الشخص، والتعبير عن رضائه الارتباط بالعمل القانوني لكنه لا يغفل إجراءات إصدار التوقيع الإلكتروني وتوثيقه، والتي غالبا ما يتولاه شخص مرخص له من الجهات المختصة بذلك، وهذه الإجراءات تضمن أن التوقيع يخص صاحبه وحده دون غيره، كما تسمح - عند الضرورة - بالتعرف على صاحبه، كما تتم عبر وسائل تمكن الشخص من الاحتفاظ بتوقيعه

[1] - المادة 01/ فـ09 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 15، السالف الذكر.

[2] - المادة 02 من قانون رقم 04/15 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق لأول فبراير سنة 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني.

[3] - حجوجة سارة و طريف أمينة و عطوات سلمى، التوقيع الإلكتروني كآلية للحماية في التعاملات التجارية الإلكترونية، مجلة الإقتصاد الإسلامي العالمية، العدد74 يوليو، 2018، 74.

[4] - عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص197.

تحت سيطرته، ولا تسمح للآخرين بالسطو عليه ، وهي تضمن في النهاية الاستيثاق من أن البيانات التي وقع عليها الشخص لا يمكن تعديلها أو المساس بها.[1]

مما سبق يمكن القول بأنه من الضروري توفر الضوابط التقنية التي تمكن الموقع من السيطرة بشكل مباشر دون غيره على الوسيط الإلكتروني الذي استخدمه في إنشاء التوقيع بما يمكنه من استخدامه بطريقة تمنع الغير من التعرف على تركيبه أو اختراقه، لذا فإن التوقيع الإلكتروني له قيمته القانونية في مجال الإثبات متى كانت الوسيلة التي يتم بها التوقيع تحت سيطرة صاحب الشأن دون غيره، وفي خالف ذلك فان التوقيع هنا لا ينتج أي اثر قانوني وبالتالي لا يمكن الاعتداد به في عملية الإثبات كونه لا يعبر عن هوية الموقع.[2]

و تتعدد صور التوقيع الإلكتروني بحسب الطريقة أو الأسلوب الذي يتم به. و لا شك أننا أمام تطور تقني مستمر للمتغيرات في مجال المعلومات و من أهم الصور:

ـ استخدام البطاقة الممغنطة والرقم السري: وينتشر ذلك في البنوك ومؤسسات الائتمان حيث تصدر بطاقات لعملائها تمكنهم من سحب النقود من أجهزة الصرف الآلي.

ـ تحويل التوقيع اليدوي إلى إلكتروني:يكون عن طريق التصوير بالماسح الضوئي ثم نقل الصورة إلى المحرر أو الملف المراد إضفاء الحجية عليه، ويتم ذلك عبر شبكة الاتصال الالكتروني.

ـ التوقيع الرقمي: ويتم بتحويل السند والتوقيع المكتوبين الكتابة العادية إلى معادلة رياضية وأرقام عن طريق اللوغاريتمات الرياضية ويتم التشفير بمفتاحين عام وخاص لقراءة هذه البيانات من طرف أطراف التعاقد.

ـ استعمال الخواص الذاتية الجسمانية للشخص: مثل بصمة الإصبع وبصمة الشفاه ومسح شبكة العين

ونبرة الصوت ويتم أخذ صورة للخاصية وتخزينها داخل الحاسوب في نظام حفظ الذاكرة .[3]

[1] ـ عصام عبد الفتاح مطر، نفس المرجع، ص198.
[2] ـ جابر حسين علي التميمي و م. أحمد حمزه ناصر الخفاجي، المرجع السابق، ص315.
[3] ـ مبروك حدة، المرجع السابق، ص 46.

الفرع الثاني: الحجية القانونية للمحررات الإلكترونية

حرصت بعض تشريعات التجارية الإلكترونية على تقرير الحجية القانونية اللازمة للمحررات و الرسائل الإلكترونية و تضمنت نصوص هذه التشريعات الإشارة إلى هذه الحجية و ترتيب الآثار القانونية على ثبوت هذه الحجية.

موقف المشرع الأردني من حجية السند الرسمي الكتروني ، ومن خلال نصوص قانون المعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001، نجد أنه اعترف بالكتابة الإلكترونية ، والتوقيع الإلكتروني ، ومنحهما حجية قانونية في الثبات ، ولكن هذه الحجية تتطابق مع حجية السندات العادية العرفية الورقية في الثبات دون الذهاب إلى تقسيم السندات الإلكترونية ، كما هي مفصلة في أدلة الثبات التقليدية حيث نصت المادة 7 من القانون[1] ، بأن يعتبر السجل الإلكتروني ، والعقد الإلكتروني ، والرسالة الإلكترونية ، والتوقيع الإلكتروني منتجا للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية ، والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها ، أو صلاحيتها في الثبات ، لكن المشرع استثنى التصرفات القانونية التي بحاجة لتوافر عنصر الشكلية المتمثلة بكاتب العدل ، وذلك بنص المادة 06 والتي جاء نصها كما يلي : لا تسري أحكام هذا القانون على ما يلي:

أ . العقود والمستندات ، والوثائق التي تنظم وفقا لتشريعات خاصة بشكل معين ، أو تتم بإجراءات محددة ومنها :

1ـ إنشاء الوصية ، وتعديلها.

2ـ إنشاء الوقف، وتعديل شروطه.

3ـ معاملات التصرف بأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها ، وسندات ملكيتها ، وإنشاء الحقوق العينية عليها باستثناء عقود الإيجار الخاصة بهذه الموال .

4ـ الوكالات، والمعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية

5ـ الإشعارات المتعلقة بإلغاء ، أو فسخ عقود خدمات المياه والكهرباء ، والتأمين الصحي والتأمين على الحياة

6ـ لوائح الدعاوى ، والمرافعات ، وإشعارات التبليغ القضائية ، وقرارات المحاكم

[1] ـ المادة 07 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 ، السالف الذكر .

ب. الوراق المالية إلا ما تنص عليه تعليمات خاصة تصدر عن الجهات المختصة استنادا لقانون الوراق المالية النافذ المفعول.[1]

في مصر، فقد نص مشروع قانون التجارة الإلكترونية لعام 2001 على أنه يعتبر التوقيع الإلكتروني توقيعا في مفهوم قانون الإثبات ويتمتع بالحجية المقررة للتوقيع العادي على أن يستوفي الشروط والأوضاع المقررة في القانون واللائحة التنفيذية.

كما تنص المادة 10 من المشروع على أنه "تتمتع المحررات الإلكترونية بالحمية المقررة للمحررات والتوقيعات العرفية في قانون الإثبات وذلك في شأن ما يرد في هذه المحررات من حقوق والتزامات وذلك بعد استيفائها الشروط والأوضاع المقررة في اللائحة التنفيذية.[2]

و قد منح قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 الحجية الكاملة للمحررات والتوقيعات الإلكترونية مساويا بينها وبين المحررات التقليدية في هذا الشأن.

فقد نصت المادة 14 من القانون على الآتي:

"للتوقيع الإلكتروني، في نطاق المعاملات التجارية والمدنية والإدارية ذات الحجية المقررة للتوقيعات 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 القانون."

كما نصت المادة "15" من ذات القانون على أنه :

للكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية أو العرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد التجارية والمدنية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون[3].

و أشارت المادة 16 من ذات القانون إلى أن:

[1] ـ المادة 06 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85، السالف الذكر.
[2] ـ المادة 10 من مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري لعام 2001.
[3] ـ المادة 14،15، من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 ، السالف الذكر.

الصورة المنسوخة على الورق من المحرر الإلكتروني الرسمي حجة على الكافة بالقدر الذي تكون فيها مطابقة لأصل هذا المحرر، وذلك ما دام المحرر الإلكتروني الرسمي والتوقيع الإلكتروني موجودين على الدعامة الإلكترونية"

وتضمنت المادة 18 من ذات القانون أن المحررات الإلكترونية تكون لها الحجية القانونية الكاملة في الإثبات متى ارتبط التوقيع الإلكتروني بالمحرر على نحو يسمح بتحديد هوية الموقع، وأن يسيطر الموقع وحده - دون غيره - على الوسيط الإلكتروني الذي يتم من خلاله تحرير المحرر الإلكتروني، و على نحو يسمح بكشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر والتوقيع الإلكتروني[1].

رغم من أن المشرع قد منح المحررات الإلكترونية قوة المحررات العرفية ، إلا أن المشرعين قام بتقسيم المحررات الإلكترونية إلى نوعين محررات رسمية و أخرى عرفية، فالمحررات الإلكترونية يتم اعتمادها من قبل الدوائر حكومية أو مؤسسة رسمية، سواء أكان الاعتماد بصورة كلية أو جزئية. و بالرجوع إلى الشروط التي أوجب توافرها في المحررات الرسمية، نجد المشرع أوجب في قانون الاتباث أن يقوم موظف مختص بإصدار المحرر أو التأشير عليه ليعتبر المحرر رسميا. [2]

من خلال استقراء النصوص القانونية للتشريع الجزائري نجدها لا تسمح بإنشاء السندات الرسمية في شكل إلكتروني، وهذا ما يتضح من استمرار النصوص التي تشترط القالب الرسمي الخطي مثل العقود المترتبة على العقارات والمحلات التجارية، وإن كان جانب من الفقه يؤيد ذلك حيث يرى أن المادة 324 من القانون المدني[3] تشترط حضور الضابط العمومي والحضور المادي الأطراف العقد أمامه لصحته، ويرى الأستاذ كمال العياري " في الحقيقة يعود هذا الاحتراز إلى أن المشرع مازال محتفظا ببعض الخشية إزاء هذه المعاملات ولا يروم ضمن منظومة لم تستكمل بعد فترة التجربة" وتطبيقا لذلك فإن الأحكام المتعلقة بالكتابة العراقية هي التي تطبق على الكتابة التي تكون في الشكل الإلكتروني، لذا يمكن إثبات العقود والتصرفات القانونية التي تفوق قيمتها مائة ألف دينار بالكتابة المبرمة في الشكل الإلكتروني،

[1] ـ المادة 18،16 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15،السالف الذكر.
[2] ـ محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص242.
[3] ـ المادة 324 من الأمر 75-58 ، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم، السالف الذكر.

تطبيقا لنص المادة 333 من القانون المدني من جهة، ولا يمكن معارضة الكتابة في الشكل الإلكتروني بشهادة الشهود تطبيقا من جهة أخرى، غير أن اليمين الحاسمة قد تقوض الدليل الثابت بالكتابة في الشكل العرفي.

من خلال ما سبق نجد أن السندات الرسمية الإلكترونية الموقعة إلكترونيا تتمتع بحجية السندات العرفية فقط، مما يعتبر استبعادا غير مباشر للسندات الرسمية الإلكترونية، كما أن المشرع الجزائري ولحد الساعة لم يصدر أي نص قانوني ينظم عمل الموثق الإلكتروني، غير أنه توجد جهود من قبله تهدف إلى إقرار مبدأ رسمية السندات الإلكترونية.[1]

أما بالنسبة للمشرع العراقي قد خطا خطوة متقدمة فيما يتعلق بالتوقيع الإلكتروني حيث ساوى بني التوقيع الإلكتروني والتوقيع العادي سواء كان المحرر رسميا أو عاديا عرفيا هذا ما أشار إليه في المادة 06 من القانون قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي.

كان أحرى بالمشرع العراقي أن يقرر اعتبار الكتابة الإلكترونية بديلا عن الكتابة بصفة عامة أي سواء كانت الكتابة مطلوبة لإثبات أم للانعقاد وقد كان المشرع العراقي واضحا في استبعاد هذا الأثر في المادة 03 منه والتي حددت نطاق المعاملات التي يسري عليها القانون والاستثناءات الواردة علية فقد استثنى في البند د من الفقرة ثانيا من المادة المذكورة من نطاق تطبيق القانون المعاملات التي رسم هلا القانون شكلية معينة وبهذا الاستثناء عرب المشرع عن إرادة صرحية في استبعاد الكتابة الإلكترونية عندما تكون الكتابة مطلوبة لانعقاد العقد واقتصار دور الكتابة على الإتباث.[2]

[1] ـ جديد حنان، السندات الرسمية الإلكترونية، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، العدد 22، المجلد الاول، ص259.

[2] ـ درع حماد عبد، المرجع السابق، ص 97.

المطلب الثاني: وسائل الدفع الإلكتروني

في ضوء اكتساح استخدام التكنولوجي وانتشار التجارة الالكترونية أصبح من الضروري ابتكار وسائل دفع حديثة تمثلت في وسائل الدفع الالكترونية ،و عرفها التشريع الجزائري من خلال قانون النقد والقرض في المادة 69 من الأمر رقم 11/03 المؤرخ 26 أوت سنة 2003 على أنها :" تعتبر وسائل الدفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل الأموال مهما يكن السن أو الأسلوب التقني المستعمل. و عرفها أيضا قانون رقم 05/18 متعلق بالتجارة الإلكترونية الجزائرية في المادة 05/ ف 05 على أنها: كل وسيلة دفع مرخص بها طبقا للتشريع المعمول به تمكن صاحبها من القيام بالدفع عن قرب أو عن بعد، عبر منظومة إلكترونية. [1]

و عرفها قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 15 لسنة 2015 في المادة 21/ ف 01 على أنه:" يعتبر تحويل الأموال بوسائل إلكترونية وسيلة مقبولة لإجراء الدفع".[2]

لم يعرف قانون التوقيع الإلكتروني و المعاملات الإلكترونية وسائل الدفع الإلكترونية لكن في المادة 24 منه أجاز تحويل الأموال بوسائل الكترونية.

و بالتالي سنتطرق في هذا المطلب إلى وسائل الدفع الالكترونية المتاحة فى مصر والعراق و وسائل الدفع الإلكترونية المتاحة في الأردن و الجزائر .

الفرع الأول: وسائل الدفع المتاحة في مصر و العراق

سنتطرق أولا إلى وسائل الدف المتاحة في مصر تم في العراق

أولا: وسائل الدفع المتاحة في مصر

اعتمدت مصر الإطار القانوني المناسب لثورة المعلومات الجديدة مع قانون حقوق الملكية الفكرية وقانون المعاملات التجارية وقانون الأعمال الالكترونية حيث تناولها في القانون التجاري ونصت المادة 329 / 1 من نفس القانون على التحويل المصرفي بحسب المستفيد، وقانون التجارة الإلكترونية ، وقانون حماية المستهلك ، والقانون الخاص بالقرصنة وجرائم الكومبيوتر وذلك من خلال النص على جريمة غسيل الأموال فقد عرف المشرع المصري

[1] ـ المادة 69 من الأمر رقم 11/03 المؤرخ 26 أوت سنة 2003 المتعلق بقانون التقد ة القرض . و المادة 05 من أيضا قانون رقم 05/18 متعلق بالتجارة الإلكترونية الجزائرية.

[2] ـ المادة 21 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 15 ،السالف الذكر.

الأموال في المادة الأولى من قانون مكافحة غسل الأموال رقم 80 لسنة 2002 بقوله : "العملة الوطنية والعملات الأجنبية والأوراق المالية والأوراق التجارية ، وكل ذي قيمة من عقار أو منقول مادي أو معنوي ، وجميع الحقوق المتعلقة بأي منها ، والصكوك والمحررات المثبتة لكل ما تقدم ، وبطاقة الدفع الإلكتروني هي منقول مادي لها قيمة مادية بسبب الحق المالي المتعلق بها وهو مبلغ الرصيد في الحساب [1]، فضلا عن قانون التوقيع الإلكتروني بموجب القانون 2004/15 الذي أعطى تعريفا له بالإضافة إلى تعريفه شهادة التصديق الإلكتروني بأنها " شهادة تبين العلاقة ما بين الموقع والمحرر الإلكتروني المنسوب إليه وتحدد اللائحة التنفيذية الشروط والأوضاع التي تصدر بها الشهادة ما قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري فعد جهة الترخيص هيئة تنمية صناعة التكنولوجيا والمعلومات ، وبين في المادة 8 عدم جواز مزاولة خدمات التصديق الإلكتروني إلا بعد الحصول على ترخيص من الهيئة بموجب.[2]

ونتناول فيما يلي استعراض وسائل الدفع الإلكترونية المتوافرة في السوق المصرية من خلال بنوك القطاع العام المصرية (بنك مصر والبنك الأهلي)

ـ البند الأول ـ بنك مصر

يقوم بنك مصر بإصدار عدد كبير من بطاقات الخصم و الدفع الفورية بالإضافة إلى البطاقة المصرفية الشخصي ففي عام 1992 بدأ بنك مصر في تقديم خدمه جديدة في ذلك الوقت تتمثل في بطاقات الائتمان فيزا، تلاها إصدار بطاقات الماستر كارد، و انتشرت تلك الخدمة في جميع أنحاء الجمهورية بسبب انتشار فروع البنك ولم يهمل البنك ذلك. وضع الأسس الفنية المتقدمة لتقديم هذه الخدمة للعملاء سواء حاملي البطاقات أو التجار المتعاقدين مع البنك لقبول معاملة بطاقة الدفع هذه في وقت كان بنك مصر أول بنك مصري يصدر بطاقة المصرفية الشخصية وقدم خدمة المصرفية من خلال القنوات الآلية.

ـ البند الثاني ـ البنك الأهلي

في عام 1994، بدأ البنك الأهلي المصري في نشر وتطوير الخدمات المصرفية للأفراد من خلال توفير نظام متكامل من الأنشطة المصرفية الأساسية التي يتم توفيرها للأفراد بناء

[1] ـ المادة 01 من قانون مكافحة غسل الأموال رقم 80 لسنة 2002.
[2] ـ المادة 08 من القانون رقم 15 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية المصرية ، السالف الذكر.

على تطبيق أحدث أنظمة الدفع الإليكتروني وباستخدام أجيال جديدة من الأدوات النقدية المتقدمة و الدفع الإليكتروني. بنوعيها بطاقات الحسم وبطاقات الائتمان .

ثانيا : وسائل الدفع المتاحة في العراق

لقد نظم المشرع العراقي وسائل الدفع الإلكترونية من خلال مجموعة من القوانين التي التعرض إليها ومن بين هذه النصوص نذكر :نص القانون التجار العراقي رقم 30 لسنة 1984 على ما يلي "النقل المصرفي عملية يقيد المصرف بمقتضاها مبلغا معينا في جانب المدين من حساب الآمر بالنقل بناء على أمر كتابي منه وفى جانب الدائن من حساب آخر".[1] كما نظم المشرع العراقي مؤخرا العمليات المصرفية من خلال مقتضيات المواد (24- 27) من الفصل السابع من خلال قانون التوقيع الإلكتروني رقم 78 لسنة 2012 [2]وقد خول للبنك المركزي العراقي تنظيم أعمال التحويل الإلكتروني للأموال باعتباره مسؤولا عن أنظمة الدفع وفق قانونه 56 لسنة 2004 و المسؤول عن السياسة النقدية في البلاد وذلك من خلال المادة 27 من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم 78 لسنة 2012 والتي نصت على الاعتماد على وسائل الدفع الإلكترونية.[3]

الفرع الثاني: وسائل الدفع المتاحة في الأردن و الجزائر

سنتناول أولا في هذا الفرع وسائل الدفع المتاحة في الأردن ثم في اجزائر

أولا: وسائل الدفع المتاحة في الأردن

لقد جاء المشرع الأردني هو الأخير بمجموعة من القوانين التي نظمت وسائل الدفع وحمايته من بينها ولهذا استجاب المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية بالاعتراف بالتوقيع الإلكتروني حيث عرفته المادة الثانية بأنه :" البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره من أجل توقيعه وبغرض الموافقة على

[1] ـ الفقرة الأول من المادة 258 قانون التجارة العراقى رقم 30 لسنة 1984.
[2] ـ المواد من 24 إلى 27 من قانون رقم 78 المتعلق بقانون التوقيع الإلكتروني العراقي، السالف الذكر.
[3] ـ المادة 27 قانون التوقيع الإلكترونى والمعاملات الإلكترونية رقم 78 السالف الذكر.

مضمونه"[1]. وقد كان هذا النص بمثابة الميلاد الجديد لمفهوم التوقيع الإلكتروني في القانون الأردني ، وخصوصاً أن البنوك كانت تتعامل في التوقيع الإلكتروني أيضاً من خلال بطاقات الصراف الآلي ولكن دون حماية تشريعية واضحة حيث كان الأمر يدخل في إطار القواعد العامة والأعراف المصرفية والعقد الموقع مع العميل. [2]

ما فيما يخص حماية وسائل الدفع الإلكتروني فإن المشرع الأردني تطرق إلى النص على بعض الجرائم .فلقد عرفت المادة الثانية من مشروع قانون مكافحة عمليات غسيل الأموال الأردني المال بأنه : "كل عين أو حق سواء أكان مادياً أم معنوياً ، منقولاً أم غير منقول ، محسوساً أم غير محسوس ، موجوداً داخل المملكة أم خارجها ، وكذلك أي وثيقة أو سند مهما كان شكلها أو طبيعتها تثبت ملكية العين لأحد الأشخاص أو نسبة الحق له"[3] ، ومن خلال هذا التعريف فإنّنا نرى أن بطاقة الدفع الإلكتروني تندرج تحت تعريف المال الوارد في هذا المشروع. كما نصت المادة الثالثة من ذات المشروع على ما يلي:

"يعد غسيلاً للأموال ...

أ- تبديل أي مال غير مشروع أو تحويله، أو توظيفه لغرض إخفاء مصدره، أو مكان وجوده، أو حركته، أو ملكيته .

ب- إخفاء، أو التمويه على طبيعة أي مال غير مشروع، أو مصدره، أو مكان وجوده، أو حركته، أو ملكيته، أو إعطاء أي معلومة مضللة بشأن ذلك".[4]

ثانيا: وسائل الدفع المتاحة في الجزائر

هناك العديد من أشكال وسائل الدفع الإلكترونية نذكر أهمها

- البند الأول - البطاقات غير الائتمانية

هي تلك البطاقات التي لا تتيح لحاملها فرصة الحصول على لتنمان وهي:

- عن طريق البطاقات مسبقة الدفع: أداة للدفع وسحب نقدي، صادرة عن بنك تجاري أو مؤسسة مالية، تمكن حاملها من الشراء بالائتمان حسب مصدره ، و الحصول على نقود عن

[1] - المادة 02 من القانون رقم 15 المتضمن المعاملات التجارية الأردنية، السالف الذكر.

[2] - إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، بحث حول التوقيع الإلكتروني ومدى أهميته في الإثبات " دراسة مقارنة " ، مؤتمر القانون والحاسوب ، جامعة اليرموك ، الأردن 2004،ص12.

[3] - المادة 02 من مشروع قانون مكافحة عمليات غسيل الأموال الأردني.

[4] - مغني سليمة، وسائل الدفع الإلكترونية و إنعكساتها على الوطن العربي و الجزائر خاصة، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في الحقوق ، تخصص إدارة أعمال، جامعة خميس مليانة، 2014/2013،ص65.

قرض من مصدره أو من غيره بضمانها، وتتيح الوصول إلى خدمات خاصة. البطاقة المدفوعة مسبقا هي بطاقة أساسية تستند فكرتها على أنك تقوم بإيداع مبلغ محدد في حساب بطاقة الائتمان المدفوعة مسبقا، و في كل مرة تقوم فيها بعملية الشراء باستخدام البطاقة مسبقة الدفع سيتم خصم من الرصيد الائتمان المتاح .

ـ البطاقة المدينة: ويتطلب هذا نوع من البطاقات وجود حساب بنكي جاري لصاحب البطاقة، حيث يتيح استخدام البطاقة عملية التسوية أو الدفع من خلال تمكين المستفيد من سحب الأموال من حساب صاحب البطاقة الذي يفترض أن يكون حسابه مدينا

ـ بطاقة الخصم: هي البطاقة التي تصدرها البنوك أو جهات الأخرى التي رخص لها القانون ذلك صراحة، تستخدم من طرف صاحبها لخصم مبلغ من حسابه الجاري مباشرة لدفعه للتأجير.[1]

ـ البند الثاني ـ البطاقات الائتمانية

ظهرت البطاقة الائتمانية كمنتج للتطور الذي لامس النقود، هي بطاقة بلاستيكية وممغنطة يصدرها البنك لصالح عملائه بدلا من حمل النقود، تحمل اسم المؤسسة المصدرة وشعرها، وتوقيع حاملها، و لاسيما رقمه و اسم حامله و تاريخ صلاحيتها، وهناك عدة أنواع من البطاقات الائتمانية أهمها:

ـ بطاقة فيزا : Visa Card هي بطاقة صادرة عن شركة فيزا العالمية، هذه البطاقة قابل للتجديد و يمكن لمالكها سداد كافة التزامات المترتبة على البطاقة خلال مدة السماح.

ـ ماستر كارد :Master Card تأتي هذه البطاقة في المرتبة الثانية بعد فيزا كارد من حيث انتشارها، كما تتعامل مع العديد من المؤسسات و المحلات التجارية، لها عدة أشكال أهمها، ماستر كارد الذهبية، ماستر كارد الفضية،..... الخ.[2]

- النقود الالكترونية: عرف البعض النقود الإلكترونية على أنها التمثيل الإلكتروني للنقود التقليدية، و عادة يشار إلى وحدة النقود الإلكترونية أو الرقمية أيضا باسم العميل الذي يشتري العملات إلكترونية من البنك الذي يصدرها وتحميلها على الكمبيوتر العمل، هم في شكل

[1] ـ بورحلة سارة و نور الدين قدوري ، المرجع السابق، ص83.
[2] ـ بورحلة سارة و نور الدين قدوري ، المرجع السابق، ص69.

الوحدات الإلكترونية التي تعمل مكان العملات العادية، وهي بنفس القيمة المحدد لتلك العملات العادية.

- الشيكات الالكترونية: يشبه الشيك التقليدي، أمر بالدفع من السحب إلى المسحوب عليه لدفع مبلغ مسمى إلى المستفيد(أو لحامله)، غير أنه يختلف عنه في أنه يرسل إلكترونيا عبر الإنترنت، فبعد أن يستلم المستفيد الشيك يرسله إلى البنك ليتم تحويل المبلغ لفائدته ، ثم يعيده إلى المستفيد مؤكدا له التحويل. وهنا تظهر أهمية التوقيع الإلكتروني، الذي أصبح اليوم معترف به قانونيا في بعض البلدان.

- التحويل المالي الإلكتروني: يقصد بنظام تحويل الأموال الإلكتروني مجموعة القواعد والإجراءات المعتمدة في تحويل الأموال من خلال بنوك الكترونية أو بنوك انترنت المرخص لها للقيام بهذه العملية. يتم إصدار أمر التحويل عن طريق الكمبيوتر أو الهاتف المحمول. لذا لابد أن يتوفر لي الزبون في حاسوبه برنامج يسمح له بإجراء العملية، وإلا سيضطر إلى الاتصال بوسيط متخصص.[1]

[1] - بورحلة سارة و نور الدين قدوري، المرجع السابق، ص 84.

الفصل الثاني

الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني و المنازعات العقدية الإلكترونية

الفصل الثاني: الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني و المنازعات العقدية الإلكترونية

أصبح الإنترنت عملاقا عالميا يعبر الحدود بين الدول المختلفة لتقديم العديد من الخدمات في مختلف المجالات، و يتيح للشخص و هو في مكانه التجول في العالم كله للحصول على ما يريد من مصادر المعلومات المختلفة،و يمكنه أيضا التسوق و إبرام العقود دون يترك مكانه، و هو الأمر الذي أدى إلى ظهور عالم التجارة الإلكترونية، و تعد ثمرة التطور التاريخي في مجال نظم الاتصالات و المعلومات و خارج الإطار، من الأنشطة المادية في ظل عالم مادي إلى أنشطة غير مادية تقودنا إلى عالم افتراضي، مما أدى إلى ظهور مشاكل في هذا النوع من العقود و سيكون موضوعا في المستقبل يتطلب تحديد الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني (المبحث الأول) ، و تحديد المنازعات الإلكترونية التعاقدية و مطابقة قواعد الإسناد إليها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني

أدى التطور في مجال الاتصال و التواصل بين الناس في مختلف أنحاء العالم إلى ظهور نوع جديد من التجارة، و هو التجارة الإلكترونية التي تتم بين الغائبين. بالإضافة إلى ذلك، يشهد العالم اليوم تقدما واضحا و ملموسا في مجال الصناعات الاستهلاكية، وبالتالي رغبة الفرد في إمداد هذه الصناعات و الاستفادة منها في مجال حياته اليومية، و لكن لا يخفى على الجميع أن المنتج محاولة تحقيق أكبر قدر من المكاسب ، حتى لو كان ذلك على حساب إنتاج سلع رديئة تضر بالمستهلك ، ومن أهم المشاكل التي تواجه التجارة الإلكترونية حماية المستهلك ، حيث تشير الإحصائيات إلى أن عدد المستهلكين في تزايد. إلكترونيًا ، ويفتقر معظم المستهلكين إلى الخبرة والدراية في مجال السلع الاستهلاكية ، فضلًا عن صعوبة التحقق من

صلاحية السلعة لأداء الغرض المقصود لأن هذا النوع من المبيعات يتم من خلال واقع افتراضي لا يسمح المستهلك لرؤية وفحص السلعة بموجب العقد مباشرة. لا شك أن نجاح تجارة الإلكترونيات يعتمد على مدى
الحماية التي يتمتع بها المستهلك. بالنسبة للأفراد بشأن هذه المبيعات ، ولهذا سنتطرق في هذا الموضوع إلى المرحلة التي ما قبل إبرام العقد الإلكتروني وأثناء إبرامه في المتطلب الأول ، وفي المطلب الثاني سنتناول مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني.[1]

المطلب الأول : المرحلة ما قبل إبرام العقد و أثناء إبرامه

لقد أحاط المستهلك الإلكتروني بمجموعة من الآليات التي ستفرض عليه الحماية قبل اللجوء إلى إبرام العقد الإلكتروني وأثناء إبرام العقد ، وتحمل النتائج المترتبة عليه ، سواء كانت متعلقة بحمايته من الإعلانات الإلكترونية (الفرع الأول) و إلزام المورد الإلكتروني بإعلامه (الفرع الثاني) أثناء إبرام العقد وتجنب الوقوع في الشروط التعسفية من قبل المورد الإلكتروني (الفرع الثالث) .

الفرع الأول: حماية المستهلك من الإعلانات التجارية الإلكترونية

يسبق الأعمال الإلكترونية بشكل عام شكل من أشكال الإعلان والدعاية عبر الإنترنت. يتعرض المستهلك يوميًا لآلاف الإعلانات التجارية ، والتي غالبًا ما تجعله لكثرة عددها في حيرة من أمره لاختيار ورقة من يتعاقد معه ، مما دفع التشريعات العربية إلى التركيز على حماية المستهلك الإلكترونية أحد الإعلانات التجارية الإلكترونية التي قد تنطوي على الخداع والتضليل لدفع هذا الأخير لشراء المنتج.

و لم تتطرق التشريعات العربية إلى تعريف الإشهار في قانون التجارة الإلكترونية ، إلا المشرع الجزائري فقد عرف الإشهار في المادة 06 فقرة06 من قانون التجارة الإلكترونية كما يلي:" "الإشهار الإلكتروني" : كل إعلان هدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج

[1] ـ محمد جابر، الحماية المدنية للمستهلك في العقود الإلكترونية(دراسة مقارنة)، لارك للفلسفة و اللسانيات و العلوم الإجتماعية، الجزء الثاني من العدد 28، 2018،ص 434.

بيع سلع أو خدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية". و من نفس القانون جاءت المادة 30 / 01 منه على ما يلي:" دون المساس بالأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها في هذا المجال، كل إشهار أو ترويج أو رسالة ذات طبيعة أو هدف تجاري تتم عن طريق الاتصالات الالكترونية "..[1]

و لهذا عملت التشريعات العربية على وضع قواعد قانونية من أجل حماية المستهلك، حيث جاء في المواد 30، 31، 32،34، من القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية بتحديد شروط التي يجب توافرها في الإعلان الإلكتروني من أجل يضمن الحماية و الوقاية للمستهلك الإلكترونية و يمكن تجسيدها فيما يلي:

1- عدم مخالفة الإشهارات الإلكترونية النظام العام و الآداب العامة و يعني بذلك أن يكون محلها مشروعا لا يؤثر على المبادئ الاجتماعية و السياسية و الثقافية و الاقتصادية و التي تعد الأساس الذي يقوم عليه المجتمع، لأن العلاقة وثيقة بين الإعلان و المجتمع حيث الأول موجه للثاني، مع مراعاة الأسس الجوهرية للأخلاق الحميدة، الإضافة إلى ذلك فقد حرم المشرع الإعلانات التي تحل محلها مواد ممنوع تسويقها و بيعها في الجزائر.

2- كما اشترط المشرع الجزائري أن يكون الإعلان الإلكتروني واضحا، أي أن البيانات المستخدمة في الإعلان من المعلن كافية للتعبير عن السلعة أو الخدمة، من أجل إنارة مسار المستهلك و دفعه للتعاقد مع واعي و وصية مستنيرة،[2] حيث منع المورد الإلكتروني من مدح سلعته و وصفها بما ليس فيها. بتضليل المستهلك و تغليطه كما في حالة احتواء المصطلحات المستعملة في الإعلان غموض و يفهم منها أكثر من معنى.

3- ألزم المشرع كل معلن يصمم إعلانا إلكترونيا لمستهلك معين حسب ميوله و رغباته بالسماح له بالتعرف على هويته و بالتالي تحديد من صمم هذا الإعلان. [3]

[1] - المادة 06 و المادة 30 من الأمر 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، السالف الذكر.
[2] - صراح خوالف، الآليات القانونية لحماية المستهلك الإلكتروني في قانون التجارة الإلكترونية الجزائري، مجلة الفقه القانوني و السياسي، المجلد 01 ، العدد01، ص237.
[3] - المادة 30 فقرة 03 من الأمر 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الجزائرية، السالف الذكر.

4ـ في حالة الإعلانات التجارية التي تهدف إلى الترويج لسلعة، أو المنافسة بين عدة منتجين، يلتزم المشرع بتحديد و توضيح ما إذا كانت هذه الإعلانات مصحوبة بخصومات أو هدايا أو كفاءات من شأنها أن تحفز المستهلكين الإلكترونيين على التعاقد. [1]

5ـ يحظر الاستبيان المباشر القائم على إرسال الرسائل عن طريق الاتصال الإلكتروني باستخدام معلومات الشخص الطبيعي، بأي شكل من الأشكال، الذي لم يعبر عن موافقته المسبقة على تلقي الاستبيانات مباشرة من خلال الاتصالات الإلكترونية.[2]

6ـ يجب على المورد الإلكتروني إنشاء نظام إلكتروني يسمح من خلاله لكل شخص بالتعبير عن رغبته في عدم تلقي أي إعلانات منه عبر الاتصالات الإلكترونية، دون مصاريف أو مبررات. و يقوم في هذه الحالة المورد الإلكتروني بتسليم وصل استلام عن طريق الاتصالات الإلكترونية و يؤكد من خلاله المستهلك الإلكتروني تسجيل طلبه ، و يتم الأخذ بهذه الإجراءات لتلبية رغبته خلال 24 ساعة. [3]

7ـ في المادة 6 من قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006، و التي تنص على أنه يجب على كل مورد و معلن تزويد المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن طبيعة و خصائص المنتج و تجنب ما قد يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل، عن المستهلك أو ارتباكه أنه مخطئ .و تنص المادة 12/ فقرة أ من قانون حماية المستهلك الأردني لسنة 2006 على أنه يحظر نشر أي إعلان لا يتوافق مع واقع السلعة أو الخدمة، أو ما من شأنه أن يضلل المستهلك و يجعله يقع في الخطأ. و كذلك المادة 09 في فقرتها الأولى من قانون حماية المستهلك العراقي رقم 01 لسنة 2010 و التي تنص على أنه يمنع على المجهر و المعلن القيام بما يلي:ـ أولاـ ممارسة الغش و الخداع و التضليل و التستر على المواد المكونة الحقيقية و المواصفات المعتمدة في السلع و الخدمات جميعا.[4]

ـ المادة 30 فقرة 05 من الأمر 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الجزائرية، السالف الذكر .

[1] ـ صراح خوالف، المرجع السابق، ص237.

[2] ـ المادة 31 من الأمر 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الجزائرية، السالف الذكر.

[3] ـ المادة 32 من الأمر 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الجزائرية، السالف الذكر.

[4] - Thikra Mohammed Hussain Alyassin , The Legal Lies in the Commercial Advertisements, page 215.

الفرع الثاني: التزام المورد الإلكتروني بإعلام المستهلك الإلكتروني

الالتزام بإعلام الإلكترونية من أهم الآليات القانونية التي أقرها المشرع من أجل تحقيق التوازن المعرفي و حماية المستهلك خاصة في المجال الإلكتروني، حيث أن هذا النوع من العقود يتم عن بعد دون اجتماع الأطراف مما لا يتيح إمكانية معاينة الشئ المباع مما يزيد من مخاطر انكشافه للخداع أو الاحتيال بسبب احتمال إهمال خصائص أو عيوب موضوع العقد، مما يؤثر على قرار و إرادة المستهلك، و قد حدد الفقهاء الالتزام بالإبلاغ في العقد الإلكتروني على أنه التزام إيجابي قبل إبرام العقد الإلكتروني يفرض على المدين (المهني) بإبلاغ المستهلك عبر الإنترنت بالمعلومات و البيانات المتعلقة بموضوع العقد و شخصية المنتج و المورد و أي اعتبارات قد تؤثر على المستهلك و تجعله راضيا عن العقد.[1]

و لقد تناول المشرع الجزائري وتطرق المشرع الجزائري إلى الالتزام بوسائل الإعلام الإلكترونية بشكل عام من خلال المادة 3/15 من المرسوم تنفيذي رقم 13-378 يحدد الشروط والأحكام المتعلقة بمعلومات المستهلك ، والتي نصت على: "المعلومات حول المنتجات: أي معلومات تتعلق بالمنتج موجهة إلى المستهلك على ملصق أو أي مستند آخر مرفق به أو بأية وسيلة أخرى بما في ذلك الأساليب التكنولوجية الحديثة أو من خلال الاتصال الشفوي. و يتضح من المقال السابق أن المشرع الجزائري ترك المجال مفتوحا للوسائل المستخدمة في الإعلام المستهلك من خلال العبارة. أو بأي وسيلة أخرى".[2] و بالتالي ، فإن نيته موجهة نحو الوسائل الحديثة المتصلة بالإنترنت ، والتي تُستخدم لإعلام المستهلك الإلكتروني ، وكذلك في ضوء القانون رقم 04-02 في المادة 08 ، التي حثت البائع على التزام إبلاغ المستهلك من أجل حماية هذا الأخير من الشروط التعسفية المنصوص عليها: "يلتزم البائع ، قبل إتمام عملية البيع ، بإبلاغ المستهلك بأي شكل وبحسب طبيعة المنتج بمعلومات صادقة وصادقة تتعلق بمميزات هذا المنتج المنتج أو الخدمة وشروط البيع الجاري ممارسته ، وكذلك الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية للبيع أو الخدمة.[3] يكون التزام البائع

[1] ـ بن وادفل عماد، حماية المستهلك في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر تخصص قانون أعمال، جامعة العربي بن مهيدي ـ أم البواقي كلية الحقوق ، 2020/2019 ، ص 54،55 .

[2] ـ المادة 03/15 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13 المؤرخ في 09 نوفمبر 2013 يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد58.

[3] ـ المادة 08 من القانون رقم 04/02 المؤرخ في 09 جمادى الأولى 1425 الموافق 27 يوليو 2004المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية العدد 41.

هنا قبل إبرام العقد بحيث تكون إرادة المستهلك خالية من أي عيب على النحو المنصوص عليه من قبل المشرع جزائري ضمن قانون حماية المستهلك وقمع الاحتيال 09-03 ضمن المادة 01/71 إلزامية إعلام المستهلك جميع البيانات والمعلومات الأساسية المتعلقة بالمنتج المتعاقد عليه ، والتي من شأنها أن تنير إرادة المستهلك فيما يتعلق بواقع كل ما يتعلق بالعملية التعاقدية. [1] بالإضافة إلى ما ورد في نص المادة 52 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 والتي تنص على : يجب على مقدم الخدمة إبلاغ المستهلك بالخدمات المقدمة والتعريفات والحدود الممكنة للمسئولية التعاقدية وشروط تقديم الخدمة ، وتأكيدًا تم تطرق عليه من قبل و تنص المادة 01/53 من نفس المرسوم على ما يلي: يجب على مقدم الخدمة إبلاغ المستهلك بالخصائص الأساسية للخدمة المقدمة.[2]

ينص القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، في المادتين 01 و 11 منه ، على انه من ضروري على المورد الإلكتروني أن يقدم عرض تجاري بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة تشمل الطبيعة والأسعار والخصائص السلع والخدمات المقترحة بالإضافة إلى المعلومات الشخصية للمورد من رقم التعريف الضريبي والعناوين العادية وإلكتروني ورقم هاتفه وغيرها .[3]

و تجدر الإشارة أيضًا إلى أن المادة 352 من القانون المدني الجزائري هي الشريعة العامة التي تنص على التزام البائع بإبلاغ المشتري عن وصف البيع .

و لقد تطرق المشرع العراقي في المادة 06 فقرة 02الى التزام القانون في حماية المستهلك و الذي ذكر بأن للمستهلك الحق في الحصول على المعلومات الكاملة عن مواصفات السلع و التعرف على الطرق السليمة لاستعمالها أو لكيفية تلقي الخدمة بالشكل و اللغة الرسمية المعتمدة .[4] تلزم المادة 466 من القانون الأردني الإعلان عن البيع دون جهل وبأوصاف مميزة وحاضرة. كما نص القانون المصري في المادة 419 على أهمية الإبلاغ عن المواصفات الكاملة للسلعة أو الخدمة. في هذا المجال ، ركزت على المعلومات في التعاقد الإلكتروني

[1] ـ المادة 17/1 من القانون 09/03 في 11 ربيع الأول 1430 الموافق ل08 مارس 2009 المتضمن بحماية المستهلك و قمع الغش، الجريدة الرسمية العدد 15.

[2] ـ المادة 52 و المادة 53 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13 يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، السالف الذكر.

[3] ـ المادة 01 و 11 من الأمر 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية الجزائري، السالف الذكر.

[4] ـ المادة 06 من قانون حماية المستهلك العراقي، رقم 01 لسنة 2010.

والملزمة مقدم من أجل إعلام المستهلك في مرحلة ما قبل التعاقد الإلكتروني ، والمستهلك يعد طرف من خلال الأهلية كما إلزام قانون حماية المستهلك المصري 157 لعام 2006 من المورد والمعلن تزويد المستهلك بالمعلومات الصحيحة حول خصائص وطبيعة المنتج موضوع العقد كما جاء في المادة 05. تم الاتفاق على ذلك في قانون حماية المستهلك الأردني لعام 2006 في المواد06 إلى 12 بالنسبة للغة التي سيتم الإعلام عبها ، هناك اتفاق تشريعي بين القانون العراقي والمصري والأردني بخصوص التزام المزود بالكشف عن البيانات والمعلومات باللغة العربية.[1]

نستنتج مما سبق أن حاجة المستهلك إلى المعرفة ضرورية من وجهة نظر قانونية و علمية، حتى يكون الأخير على دراية كاملة بالشئ الذي يريد الحصول عليه.

الفرع الثالث:حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية

يُعرَّف الشرط التعسفي بأنه الشرط الذي يفرضه المورد على المستهلك نتيجة تعسفه ، في استخدام الأخير لقوته الاقتصادية. لغرض الحصول على ميزة غير عادلة ، فإن الشرط التعسفي له خصائص ، أي أنه شرط ينتج عنه عدم مساواة بين الحقوق والالتزامات الناشئة عن العلاقة التعاقدية ، وأنه شرط لا يخضع لمفاوضات فردية بين الموفر والمستهلك ، فضلاً عن كونه شرطًا مكتوبًا مسبقًا ، دون أن يكون للمستهلك أي تأثير على محتوى العقد الإلكتروني.

هذا ، ويميز الشرط التعسفي عن عقود الإذعان في أن عقود الإذعان هي عقود حقيقية قائمة بذاتها ، أي تتعلق بتوافق إرادة الطرفين ، حيث تهيمن الأساليب الاقتصادية الأقوى على شروط العقد. العقد بدون فرصة للطرف الضعيف لتعديل أحد شروطه، والشرط التعسفي هو شرط وارد في العقد المزمع إبرامه، يغطي في محتواه جميع الأمور المتعلقة به ، أو يقتصر على بعض منها ، هو أنه لا يعتبر عقدًا حقيقيًا في حد ذاته .[2]

يمكن اعتبار العقد الإلكتروني عقد الإذعان إذا لم يكن هناك تفاوض. يعتمد الأمر على مدى إمكانية التفاوض ، والذي يتم غالبًا عبر البريد الإلكتروني ، حول شروط العقد إذا كان العقد

[1] ـ سالم محمد عبود ، حماية المستهلك في عقود التسويق الالكتروني " دراسة تحليلية" ، المجلة العراقية لبحوث السوق و حماية المستهلك ، المجلد 07 العدد 01 ، 2015 ، ص 71 ، 72.

[2] ـ صقر إبراهيم صقر المرزوقي، الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني، مجلة الشريعة و القانون ، العدد 33 ، 2019، ص 217، 218

الإلكتروني يسمح بالتفاوض ، ويسمح للمستهلك بمراجعة وتعديل شروط العقد في بعض الأحيان ، فإنه لا يعتبر عقد الإذعان ، ولكن إذا لم تكن هناك ميزة للتفاوض أو المساومة ، وتأتي شروط العقد بطريقة صارمة لا تقبل المراجعة أو التدقيق ، وغالباً ما تتم من خلال مواقع الإنترنت ، فهي إذن عقد الإذعان.[1]

عندما يبرم المستهلك عقدا إلكترونيا، فإنه لا يساهم في صياغة العقد أو تحديد شروطه. بل يتم إعداد العقد مقدمًا من قبل المورد الإلكتروني ، والمستهلك الإلكتروني إذا كان حريصًا على إبرام العقد ، فلا خيار أمامه سوى القبول هذه الشروط هي بالضغط على الزر الذي يقول موافق عليها ، وبالتالي قبول الشروط التعسفية التي يفرضها المزود الإلكتروني ، الأمر الذي دفع المشرع الجزائري للتدخل من أجل منع هذه الشروط في عقود المستهلك الإلكترونية من خلال القانون 18/05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.[2]

نصت المادة 12 من هذا القانون على ما يلي: "تمر طلبية منتوج أو خدمة عبر ثلاث مراحل إلزامية: - وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الإلكتروني، بحيث يتم تمكينه من التعاقد بعلم ودراية تامة".[3]

نستنتج من نص هذا المقال أن المشرع الجزائري ألزم المزود الإلكتروني بأن يضع على علم المستهلك جميع شروط البيع حتى يعرف مدى التزاماته لحظة إبرام العقد ، وبالتالي فإن فرض المشرع الحماية على المستهلك الإلكتروني باعتباره الطرف الضعيف في العقد في مواجهة الطرف القوي على أساس أنه لا يمتلك الخبرة الكافية والدراية اللازمة. ولم يكتف المشرع بمنع الشروط التعسفية فقط ، بل فرض عقوبة جنائية على كل من وضع هذه الشروط في العقد ، وهي نفس العقوبة المذكورة سابقاً في عقوبة مخالفة الالتزام بالإبلاغ الوارد في نص العقد. [4]المادة 39 من القانون 18/05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.[5]

و كلا من التشريع العراقي و الأردني لم يتطرقوا للشروط التعسفية ، بينما المشرع المصري اتجه إلى وضع نصوص تحمي المذعن من تعسف الطرف الآخر ، وضع نصوص تحمي

[1] ـ صقر إبراهيم صقر المرزوقي ،نفس المرجع، ص 224.
[2] ـ صراح مخالف، المرجع السابق، ص 242.
[3] ـ المادة 12 من القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية الجزائرية، السالف الذكر.
[4] ـ صراح مخالف، نفس المرجع ، ص 242.
[5] ـ المادة 39 من القانون 18/ 05 المتعلق بالتجارة الالكترونية الجزائرية، السالف الذكر.

المدعن من الإساءة للآخر ، لأن العلاقة التعاقدية تفقد توازنها بينهما. ومن هذه النصوص ، على سبيل المثال ، منح القاضي الحق في تعديل الشروط التعسفية ، وإعفاء المذعن منها ، وتقرير بطلان كل اتفاقية على خلاف ذلك ، وهذه النصوص تفسير شروط العقد الغامض ، لصالح الطرف المذعن ، حتى لو كان دائنا ، على الرغم من أن المبدأ هو أن الشك يفسر لصالح المدين. [1]

المطلب الثاني : مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني

أتاح التشريع العربي للمستهلك الإلكتروني الحماية القانونية في مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني ، وذلك لتحقيق هدفين: الأول العمل على حسن سير العقود الإلكترونية ، والثاني حماية المستهلك الإلكتروني ، و لهذا سنتناول في الفرع الأول التزام المورد الإلكتروني بالضمان وفي الفرع الثاني حق المستهلك الإلكتروني في العدول.

الفرع الأول: التزام المورد الإلكتروني بالضمان

يعتبر الالتزام بضمان السلامة التزامًا بتحقيق نتيجة، وهي وجوب تعويض المستهلك عن جميع الأضرار التي تلحق به دون الحاجة إلى إثبات الخطأ. حدد المشرع الجزائري واجبات ومسؤوليات المورد الإلكتروني تجاه المستهلك ، والتي تعتبر في نفس الوقت ضمانات للمستهلك الإلكتروني يمكنه الالتزام بها لحماية حقوقه بعد إبرام العقد بحيث يجب على المورد الإلكتروني التقيد بما يلي:

- العمل على حسن تنفيذ العقد سواء من قبله أو من قبل مقدم الخدمة الخاص به ، لكنه غير مسؤول في حال كان عدم الأداء ناتجًا عن المستهلك أو بسبب قوة قاهرة .[2]

- كما يلتزم المورد الإلكتروني بإرسال نسخة إلكترونية من العقد إلى المستهلك الإلكتروني، بالإضافة إلى إعداد فاتورة لتسليمها إلى المستهلك الإلكتروني. في هاتين الحالتين، نلاحظ أن المشرع يمكن المستهلك من الحصول على دليل في حالة حدوث نزاع. [3]

- في حالة عدم احترام المورد الإلكتروني لموضوع العقد المتفق عليه أو المواعيد النهائية للتسليم ، يحق للمستهلك الامتناع عن دفع السعر وإعادة المنتج كما هو خلال فترة 4 أيام من

[1] - صقر إبراهيم صقر المرزوقي، المرجع السابق ، ص 225.
[2] - المادة 18 من القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية الجزائرية.
[3] - المادة 19 من القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية الجزائرية.

تاريخ التسليم الفعلي ، مع الحق في المطالبة بالتعويض وإعادة المبلغ المدفوع خلال مدة لا تتجاوز 15 يومًا من تاريخ التسليم. ونفس الحكم في حالة وجود عيب في المنتج. [1]

أما قانون حماية المستهلك العراقي رقم 1 لسنة 2010 فلم تشر أي مادة منه إلى هذا الضمان ، ولكن يبدو لنا أنه راضٍ عن القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني ، وكان المشرع أكثر ميلاً إلى إتباع مسار التشريعات الأخرى في الموافقة على مادة خاصة ضمن نصوص قانون حماية المستهلك العراقي يلزم المنتج أو البائع بتسليم عملية بيع مطابقة للمواصفات المتفق عليها في العقد. [2]

أما بالنسبة المشرع الأردني و المصري لحقوق المستهلك عند التعاقد الإلكتروني ، فإن الدعوى تتطلب احترام خصوصية المستهلك وحماية عملية الدفع الإلكتروني والتوقيع. و يلاحظ أن المستهلك في التعاقد الإلكتروني لا يستطيع معاينة الشيء المباع كما في العقد التقليدي، بل يرى الشيء من خلال شاشة كمبيوتر. وهكذا ، فإن كلا من المشرع الأردني في المادة 152 والقانون المدني المصري في المادتين 121 و 122 تعاملوا مع العيوب الملحوظة في التعاقد الإلكتروني، حيث تم تحديد عيب الرضا ، وهو الذي يعيب الإرادة ولا يؤثر على وجودها. و هكذا نجد أن حصانة وحماية التوقيع الإلكتروني قد تمت الإشارة إليها في قانون التنظيم الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004. بينما في المملكة الأردنية الهاشمية، قانون المعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001 وفي المادة 35 يمثل ضمان وحماية التوقيع الإلكتروني. محمد

الفرع الثاني: حق المستهلك الإلكتروني في العدول

يرى بعض الفقهاء أن للمستهلك الحق في العدول عن إبرام العقد الإلكتروني كما هو مقرر في العقود التقليدية، وهو مكمل لحق البصيرة. إذا حصل على عينة منه، فيحق له التراجع ومن ثم يمكنه إبرام العقد أو طلب فسخه لحمايته من أي شكل من أشكال التلاعب أو الاحتيال من قبل البائع . [3]

و قد تضمن المشرع الجزائري حق العدول من خلال نص المادتين 11 و 23 من قانون

[1] - المادة 20 من القانون 05/18المتعلق بالتجارة الالكترونية الجزائرية.
[2] - محمد جابر ، المرجع السابق، 442.
[3] - ذيب و نبيلة جيماوي، حماية المستهلك مدنيا من مخاطر التعاقد الالكتروني، مجلة الاجتهاد القضائي ، العدد 14 ، 2017 ص 652.

نصت المادة 11 على ما يلي: " يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر، المعلومات الآتية:... شروط وأجال العدول، عند الاقتضاء،.." .[1]

نستنتج من هذا النص أن المشرع الجزائري ألزم المورد الإلكتروني ، في مرحلة الالتزام بالمعلومات ، بأن يوضح للمستهلك الإلكتروني شروط الإلغاء والمواعيد النهائية للإلغاء ، أي أن كل ما يتعلق بهذا الإلغاء يتم الاتفاق عليه في المرحلة السابقة لإبرام العقد ، طالما وافق المستهلك الإلكتروني على الشروط والمدة التي حددها المورد الإلكتروني ، ثم يلتزم بها متى أراد المستهلك الإلكتروني ممارسة حقه في الإلغاء ، فعليه الالتزام بالشروط والمدة المحددة في العقد.[2]

أما المادة 23 فنصت على ما يلي: "يجب على المورد الإلكتروني استعادة سلعته، في حالة تسليم غرض غير مطابق للطلابية أو في حالة ما إذا كان المنتوج معيبا يجب على المستهلك الإلكتروني إعادة إرسال السلعة في غلافها الأصلي، خلال مدة أقصاها (4) أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، مع الإشارة إلى سبب الرفض، وتكون تكاليف إعادة الإرسال على عاتق المورد الإلكتروني.يلزم المورد الإلكتروني بما يلي: - تسليم جديد موافق للطلبية، أو - إصلاح المنتوج المعيب، أو - استبدال المنتوج بأخر مماثل، أو - إلغاء الطلبية وإرجاع المبالغ المدفوعة دون الإخلال بإمكانية مطالبة المستهلك الإلكتروني بالتعويض في حالة وقوع الضرر. يجب أن يتم إرجاع المبالغ المدفوعة خلال أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ استلامه للمنتوج".[3]

نكتشف من هذا النص أن المشرع الجزائري حدد الفترة التي يقوم خلالها المستهلك الإلكتروني بإعادة السلعة إلى المورد الإلكتروني ؛ هي مدة 4 أيام ، يبدأ حسابها من تاريخ استلام السلعة موضوع العقد ، ويتم تطبيق هذه المادة في حالة الخلاف بين الطرفين على فترة الإرجاع قبل إبرام العقد .

[1] - المادة 11 من الأمر 05/18 متعلق بالتجارة الالكترونية الجزائرية، السالف الذكر.
[2] - صراح مخالف،المرجع السابق ص 245.
[3] - المادة 23 من الأمر 05/18متعلق بالتجارة الالكترونية الجزائرية، السالف الذكر.

كما اشترط المشرع على المستهلك الإلكتروني إعادة السلعة في عبوتها الأصلية ، بالإضافة إلى أنه لم يترك الحرية المطلقة للأخير لممارسة حقه في الإلغاء ، بل حصره في تقديم الأسباب التي دفعته للإلغاء. كما اشترط المشرع على المستهلك الإلكتروني أن يرجع السلعة في غلافها الأصلي، بالإضافة إلى أنه لم يترك الحرية المطلقة لهذا الأخير في ممارسة حقه في العدول، وإنما قيده بالإدلاء بالأسباب التي دفعته إلى هذا العدول. أما تكاليف إعادة إرسال السلعة فهي تقع على عاتق المورد الإلكتروني، معتبراً أنه أرسل سلعة لا تتطابق مع ما تم الاتفاق عليه في العقد، ولا تنتهي التزاماته هنا. بل ألزمه المشرع إما بإعادة إرسال سلعة مطابقة للأمر في حالة تسليم سلعة لا تتفق مع ما تم الاتفاق عليه. عند إبرام العقد ، إصلاح العيب إذا كانت البضاعة المودعة معيبة ، أو استبدال البضاعة بأخرى مماثلة إذا كان العيب لا يمكن إصلاحه ، أو الإلغاء الطلب وإرجاع السعر المدفوع من قبل المستهلك الإلكتروني خلال مدة 15 يومًا ، والتي يتم احتسابها من تاريخ استلام الصنف المعني. على الرغم من جميع الحقوق الممنوحة للمستهلك الإلكتروني ، والتوسع في مجال الحماية ، إلا أنه لم يؤثر على حقه في التعويض في حالة الإضرار بالسلعة المتعاقد عليها.[1]

أما قانون حماية المستهلك العراقي رقم 01 لسنة 2010 فقد بين في المادة السادسة منه الفقرة ثانية التي نصت :"للمستهلك وكل ذي مصلحة في حالة عدم حصوله على المعلومات المنصوص عليها في هذه المادة إعادة السلع كلا أو جزءا إلى المجهز ...".[2]

بالإضافة إلى ما أشار إليه قانون حماية المستهلك المصري في المادة 8 منه ، وهناك رأي في الفقه مفاده أنه في حالة عدم وجود اتفاق مخالف ، لا يمكن ممارسة حق الإلغاء فيما يتعلق بتقديم الخدمات التي بدأ التنفيذ بالاتفاق مع المستهلك وعقود توريد السلع والخدمات التي يتم تحديد أسعارها وفقًا للاختلاف في أسعار السوق التي لا يستطيع المنتج والبائع السيطرة عليها ، وأن حق الإلغاء يجب ألا يسمح للمستهلك بالاستفادة من الخدمة دون دفع ثمنها ، حيث يقتصر هذا الحق على البضائع التي لم يبدأ استخدامها بعد .[3]

[1] ـ صراح مخالف المرجع السابق ص 245، 246.
[2] ـ المادة 06 من قانون رقم 01 المتعلق بحماية المستهلك العراقي، السالف الذكر.
[3] ـ محمد جابر، المرجع السابق، ص 441.

لكن ما يجب ملاحظته هو أن حق المستهلك في العدول يجب أن يمارس في غضون فترة زمنية محددة حتى لا يبقى البائع أو المنتج في وضع غير مستقر ولضمان استقرار المعاملات ، فمن الضروري تحديد هذا الحق ، فحدد المشرع المصري مدة ممارسة هذا الحق في أربعة عشر. و لم يحدد المشرع العراقي في قانون حماية المستهلك العراقي فترة زمنية لممارسة المستهلك حقه في العدول.

يتضح لنا من خلال ما سبق أن حق العدول عن العقد يتقرر لمصلحة المستهلك نظرا لطبيعة هذا العقد و له أهمية كبيرة في هذا النوع من المبيعات لضمان الاستقرار بين طرفي التعاقد. لأن المستهلك لا يرى السلعة مباشرة ولكن من خلال وسائل الاتصال. يمكن إثبات هذا الحق عند البيع بشرط التجربة، حيث يكون للمشتري الحق في إعادة السلعة موضوع العقد كلما اتضح له أنه لا يصلح لأداء الغرض المقصود. [1]

المبحث الثاني: المنازعات الإلكترونية العقدية و مدى تطابق قواعد الإسناد عليها

تثار مشكلة تنازع القوانين عند قيام علاقة قانونية بين أشخاص القانون الخاص تشتمل على عنصر أجنبي يربطها بأكثر من نظام قانوني، و الفصل في هذه المسألة يتم وفقا لما يسمى بقواعد الإسناد أو منهج تنازع القوانين. هذا المنهج الذي يشكل إحدى أهم موضوعات القانون الدولي الخاص يعد المحور الرئيسي الذي انطلق منه الفقه منذ القرون الوسطى لمعالجة المسائل التي تطرحها العلاقات القانونية ذات الطابع الدولي حين تصدى الفقه للتوفيق بين مبدأي شخصية القوانين و إقليميتها عن طريق تركيز العلاقات القانونية تركيزا موضوعيا[2].

يعتمد منهج التنازع على و جود قاعدة إسناد أي تلك القاعدة القانونية الفنية التي تنظم العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي حيث يتحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق على منازعات تلك العلاقة.

تنفرد العلاقات التعاقدية ذات الطابع الدولي خاصة ذات الطابع المالي منها بقاعدة إسناد يتمحور مضمونها في منح الأطراف المتعاقدة حرية اختيار القانون الواجب التطبيق سواء تم

[1] ـ محمد جابر، المرجع السابق ص 441.

[2] ـأعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري ـ تنازع القوانين ـ ، الجزء الأول، الطبعة العاشرة، دار هومة للنشر، الجزائر، 2008،ص38.

التعبير عن إرادتهما في اختيار قانون العقد صراحة أو ضمنيا، وفقا لم يعرف بمبدأ قانون الإرادة الذي أشار إليه فقه المدرسة الإيطالية منذ القرن الخامس عشر علـى ؛ أن فكرة قانون الإرادة التي كانت مجرد تبرير لاحق لإسناد سابق للعقد إما إلى بلد إبـرام أو تنفيذ العقد أصبحت ضابط أساسي في إسناد عقود التجارة الدولية إلى جانب ضـوابط احتياطية أخرى يمكن للقاضي إعمالها في غياب قانون الإرادة[1].

لمحاولة توضيح آلية تحديد القانون واجب التطبيق لابد من بيان هذه الأمور، و لهذا سنقسم هذا البحث إلى مطلبان حيث سنتناول في المطلب الأول إسناد عقود التجارة الإلكترونية من حيث الموضوع أما في المطلب الثاني سنتطرق إلى إسناد عقود التجارة الإلكترونية من حيث الشكل.

المطلب الأول: إسناد عقود التجارة الإلكترونية

استقر فقهاء القانون الدولي الخاص في القرن التاسع عشر على إخضاع عقود التجارة الدولية بشكل عام لقانون الإرادة أي القانون الذي أشارت إرادة الأطراف إلى تطبيقه سواء تم التعبير عن هذا الاختيار بشكل صريح أو ضمني.[2]

ينطبق قانون الإرادة على عقود التجارة الالكترونية التي تكتسب طابعا دوليا، حيث بإمكان الأطراف المتعاقدة عبر الشبكة الدولية للانترنت الاتفاق على تحديد القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهما وفقا لما يعرف بالإسناد الشخصي للعقد الدولي (الفرع الأول) . و إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إسناد الشخصي لعقود التجارة الإلكترونية

يحكم العلاقات التعاقدية بين أشخاص القانون الخاص مبدأ سلطان الإرادة باعتبـار أن الإرادة المشتركة للأطراف تعد مصدرا منشأ للحقوق والالتزامات، وقد انبثق عن هذا المبدأ في العقود الداخلية عدة نتائج منها: حرية التعاقد، احترام إرادة المتعاقدين في تفسير العقد وكيفية تنفيذه؛

[1] - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين - ، الجزء الأول، مطبعة الفسيلة الجزائر،2008 ، ص96،97.
[2] - زروتي الطيب، نفس المرجع، ص229.

بينما تمخض عن هذا المبدأ في مجال العلاقات التعاقدية ذات الطـابع الدولي الخاص نتيجة مؤداها حرية الأطراف في اختيار القانون الذي ينضم العقد المبـرم بينهم.[1]

أولا: مفهوم مبدأ قانون الإرادة

المقصود بالإرادة هي الإرادة المشتركة للمتعاقدين وليس الإرادة المنفردة لأحدهما، فالدخول في المفاوضات العقدية يعني انتهاء دور الإرادة المنفردة، وتبدأ الإرادة بالتوحد في هذه المرحلة مرحلة التفاوض بحيث تتفاعل إرادة طرفي العقد مع بعضهما البعض للوصول إلى إرادة منتجة للآثار التي يرغب أو يسعى إليها الطرفان لكن في حالة اجتماع إرادة المتعاقدين على تحديد القانون الواجب التطبيق تنتهي إرادة المنفردة نتيجة تفاعل الإرادتين واتفاقهما على تحديد القانون الذي يتم إخضاع العقد للمبادئ العامة للقانون أو عادات و أعراف تجارة، ذلك في حدود النظام العام و الآداب العامة.[2]

حظي مبدأ قانون الإرادة باهتمام واسع، في الاتفاقيـات الدولية من بينها اتفاقية لاهاي 1955 للقانون الواجب التطبيق على عقد البيـع الـدولي للمنقولات المادية التي نصت في المادة الثانية منها على أنه"يخضع البيع لقانون البلد الذي يعينه المتعاقدين".

كما خولت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي جنيـف 1965 للمتعاقدين حق اختيار القانون الواجب التطبيق بمقتضى المادة1/7 حيـث جـاء فيهـا " للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على موضع النزاع".

نصت اتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية التي تـم إبرامها بين دول الاتحاد الأوروبي 1980 خولت بدورها للأطراف حرية اختيار القانون الذي يحكم العقد المادة3 ، و كذلك الشأن بالنسبة للاتفاقية العربية للتحكيم التجاري الدولي عمان1987 حيث تناولت المادة 23 منها مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق .[3]

كما تبنت هذا المبدأ العديد من التشريعات العربية فأدرجتها ضمن قواعد الإسناد الخاصة بتنازع القوانين في مسألة العقود، و من بينها الجزائر حيث نص علية المشرع الجزائري في

[1] ـ تكليت زوينة، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية الدولية، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، جامعة الجزائر(1)، كلية الحقوق، تخصص قانون الأعمال،2011/2010، ص10.

[2] ـ ضياء الدين ناصر إسماعيل محمد، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تخصص قانون دولي خاص، 2018/2017، ص6.

[3] ـ تكليت زوينة، المرجع السابق،ص 13.

المادة 18 / ف 01 المعدلة من القانون المدني[1]، حيث بين صراحة أن القانون المطبق على العقد يكون باختيار كلا المتعاقدين متى كان مرتبطا ارتباطا حقيقيا بهما أو بالعقد، و في حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، أو قانون محل إبرام العقد كما يلاحظ من خلال الموقف الصريح الذي استحدثه المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ يف 20 يونيو 2005 ،أنه أعطى الأولوية لإرادة المتعاقدين في اختيار القانون الذم يطبق على التزامهما العقدي ، و كذلك بعدما كان يأخذ بقانون الإرادة ضمنيا بعد قانون المكان الذم يبرم فيه العقد من خلال المادة نفسها قبل التعديل من القانون المدني[2]. و جاء في نص المادة1050 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية على أنه" تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف و في حالة غياب ذلك تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة".[3]

يتضح من نص المادة أن المشرع اتخذ من إرادة الأطراف ضابط أساسي في إسناد العلاقات التعاقدية ذات الطابع الدولي فنصوص المواد في هذا الشأن جاءت واضحة لا تأويل فيها، و هذا التوجه قد تم تكريسه في ظل قانون المرسوم التشريعي 09/93 المعدل لأحكام قانون الإجراءات المدنية خاصة المادة 458 مكرر 14.[4]

غير أنه و بعد صدور القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكتروني، و بالرجوع إلى نص المادة 02 منه، نجد أنه أسقط و استغنى عن إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق بخصوص العقود الالكترونية، و اعتمد على ضوابط موضوعية جامدة لتحديد القانون الواجب التطبيق تتمثل في تطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني متمتعا بالجنسية الجزائرية، أو مقيما إقامة شرعية بالجزائر، أو شخصا معنويا خاضع للقانون الجزائري، أو كان العقد محل إبرام و تنفيذ في الجزائر.[5]

[1] ـ المادة 01/18 المعدلة من القانون المدني الجزائري:"يسري على الالتزامات التعاقدية المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد".

[2] ـ عقلية بلقاسم و أحمد رباحي، القانون المطبق على منازعات العقود الإلكترونية في ظل قواعد الإسناد التقليدية " قانون الإرادة أنموذجا"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 07، العدد 01، 2021،ص1808.

[3] ـ المادة 1050 من قانون رقم 09/08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المعدل و المتمم.

[4] ـ موكه عبد الكريم، في التحكيم الإلكتروني: القانون واجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 12، 2018،ص350.

[5] ـ رمزي بورزام، أزمة إعمال قواعد الإسناد في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد13، عدد خاص (25) ، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2021، ص597.

أخذ المشرع المصري و المشرع الأردني هو الأخرى في تشريعاته بقانون سلطان الإرادة الذي يمكن إعماله على العقود الدولية أو على أي عقد إلكتروني آخر، فيتم تحديد قانون الإرادة من قبل طرفي العقد بشكل صريح أو ضمني و يستخلص ذلك من مضمون العقد في حال عدم تحديد قانون العقد بشكل صريح من خلال بعض الإيماءات الموجودة في بنوده، أما في حال عدم اتفاق إرادة الطرفين على تحديد قانون العقد فيتم إعمال نص المادة 19 و ف 1 من القانون المصري، يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع خول للمتعاقدين الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الاليكتروني لكن لم يمنح الحرية المطلقة للمتعاقدين و إنما حريتهم تمتد مشروعيتها من إرادة المشرع بمقتضى قاعدة إسناد منحهم حق الاختيار بنص صريح دون تجاوز أهداف المشرع.و تقابلها المادة 20 من القانون المدني الأردني [1]حيث تخضعان العقد لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين، فإذا لم يتحدا بالموطن فقانون مكان العقد. إلا أن الأغلب يقوم بإعمال القانون المختار الذي يكون ملزما للطرفين بالرغم من تقديم قانون الموطن المشترك و موطن محل التعاقد على القانون المختار.

يفهم مما سبق أن ضابط الإسناد الأول في هذا العقد هو قانون إرادة طرفي التعاقد القانون المختار إذا تم تحديد ذلك في بنود العقد أو في ملحق العقد يتضمن تحديد القانون. و في حال عدم تحديد قانون الإرادة فيتم إعمال ضابط الإسناد الثاني، الذي حدده المشرع المدني بقانون الموطن المشترك ليسري على العقد، و في حال عدم اتحاد الموطن فيتم البحث عن ضابط إسناد يتوالم مع هذا الوضع و قد حدده المشرع بقانون محل إبرام العقد ليطبق على العقد في حال نشوء نزاع.[2]

على غرار التشريعات الأخرى فإن المشرع العراقي لم ينص صراحة على الأخذ بقانون الإرادة ، لكن استنادا إلى نص المادة 30 من القانون المدني بوصفه من مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا و المادة 7/هـ ـ و ، التي تدل على اعتراف المشرع العراقي بالإرادة

[1] ـ المادة 20 من القانون الأردني المدني:" 1ـ يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك. 2ـ على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرت في شأن العقار". المادة 19 من القانون المدني المصري:" 1ـ يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتخذا موطنا، فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانون آخر هو يراد تطبيقه. 2ـ على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار".

[2] ـ محمد فواز المطالقة،المرجع السابق، ص129.

لانعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الأجنبية و بالتالي يكون من باب أولى الاعتراف بها لانعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية. [1]

جاء في العبارة الثانية من اتفاقية لاهاي ما يلي :" لم يتبين من الظروف أن قانون آخر هو الذي يطبق على العقد"، و على هذا النحو نصت المادة 25 من القانون المدني العراقي:" يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا أخر يراد تطبيقه".[2]

ثانيا: تطبيق مبدأ قانون الإرادة على عقود التجارة الإلكترونية

إن مجال تطبيق قانون الإرادة هو الالتزام التعاقدي بشكل عام، و ذلك في حال اتفاق المتعاقدين على اختيار القانون واجب التطبيق، سواء أكان بشكل مباشر أو ضمني. و يتم تطبيق القانون المختار على العقد من كافة نواحيه باستثناء الأهلية والشكل، لأنهما لا يدخلان في حقيقة نطاق العقد فالقانون الذي تم تحديده يسري على الأركان العامة للعقد وشروط صحة إثباته والآثار المترتبة عل هذا العقد، فإرادة المتعاقدين في العقود الدولية أوسع من العقود الداخلية، ذلك لأن الإرادة و القانون الداخلي مشيدة بالقواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على عكسها، كما إنها قاصرة على القواعد المفسرة والمميزة التي يجوز لهما مخالفتها[3].

منح قانون الإرادة لطرفي العقد حرية اختيار قانون العقد سواء أكان قانونا داخلية أم أي قانون أجنبي أخر، إلا أن هذا الإطلاق لم يسلم من الخلاف الفقهي فظهرت نظريتان فقهيتان تبحثان في السلطة الممنوحة لتحديد القانون واجب التطبيق على العقد، وهما النظريتان الشخصية والموضوعية وسوف نبينهما فيما يلي:

البند الأول- النظرية الشخصية

يعد العقد بالنسبة لهذه النظرية علاقة قانونية بين طرفيه تقوم على إرادتيهما المطلقتين في تحديد كافة أركانه والآثار المترتبة عليه، كذلك الحال بالنسبة للعقود الإلكترونية المبرمة

[1] - عبد الرسول عبد الرضا الأسدي و علي عبد الستار أبو كليفة، الضوابط العامة للاختصاص القضائي الدولي في منازعات التجارة الإلكترونية - دراسة مقارنة - ، مجلة العلوم الإنسانية... كلية التربية للعلوم الإنسانية، المجلد22 العدد 04 ، 2015، ص1594.

[2] - عقلية بلقاسم و أحمد رباحي، المرجع السابق،ص1809.

[3] - محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص142.

عبر الإنترنت والتي تبرم بناء على المفاوضات التي تسعى لتحقيق رغبات طرفي العقد وتحديد ما يرغبان به من تحديد محل التعاقد إلى أن يتم الوصول إلى القانون واجب التطبيق. وبالتالي فإن تطبيق قانون ما يبقي موقوفا على إرادة طرفي التعاقد في تحديد قانون العقد، بالإضافة إلى أن هذا القانون ليس له أية قوة قانونية أو إلزامية على العقد المبرم إلا في الحدود التي منحها له طرفا التعاقد ويندرج ذلك ضمن شروط العقد ويأخذ حكم الشرط التعاقدي وليس كشرط مستقل[1].

مما سبق نجد أن هذه النظرية يترتب عليها عدة نتائج، من أهمها من طرفي التعاقد الحرية في اختيار القانون واجب التطبيق، لمقدرتهم على تحديد القانون الأفضل للعقد والآثار المترتبة عليه واستبعاد اي حكم له اثر سلبي على العقد . فهذه النظرية تمنح طرفي العقد الحرية المطلقة في تنفيذ العقد بأفضل السبل التي يجدونها والتي تحقق غايتهم بشكل مباشر.

-البند الثاني - النظرية الموضوعية

نادى أنصار هذه النظرية ، بأن العقد لا يسمو على القانون ويتم إخضاع العقد لكافة أحكام القانون الذي تحدده الإرادة ويحتفظ القانون واجب التطبيق الذي حددته الإرادة بصفته الأميرة والناهية والملزمة، ولا تنكر هذه النظرية حق الأطراف في اختيار قانون العقد بل تخشى عدم إمكانية إيجاد قواعد قانونية تنظم هذا العقد، مما قد يؤدي لعدم إخضاعه لقانون محدد . فالإرادة يكمن دورها وفق هذه النظرية في تحديد العقد بنظام قانوني معين،[2] أي توطين العقد وتركيزه في موطن محدد. وأمر التوطين يخضع لتقدير السلطة القضائية التي تقوم بالبحث عن القواعد القانونية التي تتناسب والعقد ولا تخرج عن نطاق الموطن الذي تم إخضاع العقد له.[3]

بالرغم من النظريات السابقة نجد أن من حق طرفي العقد اختيار القانون واجب التطبيق، ويبقى هذا الاختيار قائما، ويتم إحالة ذلك إلى المبدأ العام في تحديد قانون العقد وهو مبدأ سلطان الإرادة التي السمو على أي أمر آخر بشرط أن لا تخالف النظام القانوني للدولة التي تم تركيز العقد بها.

[1] ـ محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000، ص91.

[2] ـ محمد فواز المطالقة.المرجع السابق، ص143.

[3] ـ محمود محمد ياقوت، نفس المرجع، ص 95،96.

هنالك بعض العقود توجب على طرفيها رسم إطار قانوني وإفراغ الإرادة في شكل معين، مثل المستندات المعرفية والرسمية هذا بالنسبة إلى العقود التقليدية، أما بالنسبة العقود الإلكترونية المشرع المصري في المادة 19و الأردني في المادة 20 أقرتا الطرفي العقد لاختيار القانون الذي يحكم شكل العقد، لأن القاعدة ليست آمنة بل اختيارية ، و هذا عكس ما جاء به المشرع الجزائري حيث تدخل من خلال القانون 05/18 في المادة 10 منه، نصت على أنه:" يجب أن تكون كل معاملة تجارية إلكترونية مسبوقة بعرض تجاري إلكتروني و أن توثق بموجب عقد إلكتروني يصادق عليه المستهلك الإلكتروني".[1] و نلاحظ من نص المادة و جوب توثيق المعاملة التجارية الإلكترونية بعقد إلكتروني، و يشترط فيه إلزامية المصادقة عليه من طرف المستهلك الإلكتروني، و هذا بعد قيام المورد الإلكتروني بعرض تجاري هدفه تبصير المستهلك الإلكتروني بطبيعة السلع أو الخدمة. و الذي أوجب الشكلية و جاء بقاعدة آمرة.

الفرع الثاني: تحديد إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق

إذا كانت مسألة اختيار القانون تبدو سهلة في ظل التعاقد بين الأطراف التي يجمعها مجلس عقد واحد فالأمر بخلاف ذلك في الحالة التي يتم التعاقد فيها عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، في مقدمتها الإنترنت أو شبكة المعلومات الدولية، و هي خدمة تعمل على اختصار المسافة و الجهد و الوقت، و لكن التعامل بين غائبين يشوبه الكثير من الشك ، لهذا فللأطراف الحق في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم لهذا لابد أن تكون هذه الإرادة واضحة و صريحة، أو أن يكون تعبير ضمنيا يستنبط من ملابسات العقد.[2]

أولا : الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق

للاختيار الصريح أهمية بالغة في تحديد قانون العقد، إذ يعد ضمانة حقيقية لنجاح العلاقات التجارية ذات الطابع الدولي، فهو من ناحية يبث الأمان القانوني لدى الأطراف المتعاقد باعتبار أن هذا القانون تم تطبيقه بناء على اختيارهم و لا مجال للشك من أنه سيخدم مصالحهم، و هو من ناحية أخرى يؤمن الحل الراجح عند حدوث أي نزاع محتمل بشأن العقد بعيدا عن

[1] ـ المادة 10 من القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الجزائرية.
[2] ـ غول سليمة و ميهوب علي، القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة الباحث القانوني ، المجلد 01، العدد01، 2020،ص57.

تأويلات القاضي أو المحكم في البحث عن القانون الواجب التطبيق تحت غطاء الإرادة الضمنية أو ما يسمى بظروف و ملابسات العقد.

و لقد خول كل من التشريع المدني الأردني في المادة20/ف1 ، و التشريع المصري المدني في المادة 19/ف1 منه إمكانية الاختيار الصريح لقانون العقد من خلال إدراج بند يحددان بمقتضاه القانون الواجب التطبيق، و لا تختلف طريقة الاختيار هذه بالنسبة لعقود التجارة الإلكتروني'، فبالرغم من أن المشرع لم ينص صراحة في أحكام القانون المدني الجزائري عن إمكانية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني إلا أنه بالرجوع إلى المادة 60 من القانون المدني نجد أنها نصت على صور التعبير عن الإرادة الذي قد يكون صريحا أو ضمنيا .. في بعض الحالات بينما لم يحصر التعبير عن الإرادة بطريقة معينة حيث يمكن التعبير عنها باللفظ أو الكتابة أو بمجرد الإشارة و بالتالي لا مانع من الأخذ بعين الاعتبار عن الإرادة في اختيار قانون العقد إذا تم بطريقة إلكترونية.[1]

ثانيا: الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق

معظم التشريعات العربية أخذت بالاتفاقية لاهاي و اتفاقية روما لعام 1980 التي نظمت الإرادة حيث جاء نص المادة 07/01 من اتفاقية لاهاي لعام 1986 على أنه:" اتفاق الأطراف فيما يتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم يجب أن يكون صريحا أو يمكن استنتاجه بوضوح من نصوص العقد أو من سلوك الأطراف أو بالنظر إليهما معا ". و نص المادة 03/01 من اتفاقية روما لعام 1980 على أنه:" يسري على العقد القانون الذي يختاره الأطراف، و يجب أن يكون هذا الاختيار صريحا أو مستمدا بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد". و بالتالي تؤكد غالبية تقنيات القانون الدولي الخاص المعاصرة على ضرورة البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين لأنه اختيار حقيقي و لكنه غير معلن يستخلصه القاضي من ظروف الحال، و هو ما يعبر عنه بالاختيار الضمني.[2]

المطلب الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق في ظل غياب اتفاق الطرفين

من المؤكد أنه إذا امتنع المتعاقدين عن تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري، و تعذر استخلاص إرادتهم الضمنية، فقد ذهبت بعض التشريعات إلى وضع ضوابط احتياطية

[1] ـ تكليت زوينة، المرجع السابق، ص16.
[2] ـ غول سليمة و ميهوب علي، المرجع السابق، ص56.

موضوعية يطبقها القاضي للوصول إلى القانون الواجب التطبيق على العقد و تتعين هذه الضوابط الجامدة (الفرع الأول)و الضوابط المرنة(الفرع الثاني).

الفرع الأول: الضوابط الجامدة

سنتطرق في هذا الفرع إلى قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة و قانون بلد إبرام العقد .

أولا: قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة

ـ البند الأول ـ قانون الموطن المشترك

يعد الموطن المشترك بمثابة أداة قانونية يعتمد عليها المشرع في تركيز بعض المسائل القانونية، فهو يعتبر ضبط إسناد مهم في إسناد المسائل المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، فالموطن المشترك للمتعاقدين يعتبر ضابط احتياطي في إسناد عقود التجارة الدولية في غياب اختيار القانون الواجب التطبيق.[1]

مبدئيا الاعتماد على الموطن المشترك لا يطرح أي صعوبة تذكر في إسناد العقود التي تبرم عبر الشبكة الدولية للانترنت وعلى هذا الأساس يمكن للقاضي أن يعول عليه عند تحديد القانون الواجب التطبيق، خاصة أن هناك العديد من التشريعات التي كرست هذا المعيار حيث نصت الفقرة الثانية 02 من المادة 18 من القانون المدني الجزائري على مايلي: " ... و في حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة".[2]

استقراء نص هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري قد جعل من الموطن المشترك لأطراف العالقة التعاقدية أول ضابط احتياطي يتم اللجوء إليه في حالة غياب قانون الإرادة في العقد، ولقد انتهجت العديد من التشريعات العربية هذا التوجه، حيث اعتبرت من الموطن المشترك الأطراف العقد ضابط الإسناد الأول عند سكوت الأطراف عن تحديد قانون معين يطبق على العقد، و من ذلك نجد المادة 20 من القانون المدني الأردني[3] و التي نصت في فقرتها الأولى على أنه يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا.

[1] ـ تكليت زوينة، المرجع السابق، ص32.
[2] ـ المادة 18 من القانون المدني الجزائري .
[3] ـ المادة 20 من القانون المدني الأردني.

وهو نفس ما انتهجه المشرع العراقي بموجب المادة 25 من القانون المدني العراقي[1] و التي تقابلها حيث اعتبرت المادة 19 من القانون المدني المصري[2]، هذه التشريعات أن قانون الموطن المشترك الأطراف العقد هو أنسب القوانين لحكم العالقة التعاقدية.

يرى بعض الشراع أنه من الصعب الاعتماد عليها في العالم الافتراضي عبر الانترنت لأن المورد يستطيع التحايل عن طريق جعل موقعه لتوريد المعلومات في دولة لا تجرم تلك الأعمال الغير الشرعية، وقد يكون مكان عارض غير دائم على سبيل المثال : من يقوم ببث معلومات غير مشروعة من خلال حاسب ألي منتقل عبر الحدود و بالتالي يصعب تحديد هذا المكان، بالإضافة إلى ذلك فان أي موقع على الشبكة يقدم خدمات يمكن مركز رئيسيا، أو مجرد فرع أو مكان تابع لمكان العمل، يستخلص من ذلك أن ضابط قانون الموطن المشترك، يصعب تطبيقه في مجال التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الانترنت، باعتبار أن العناوين الإلكترونية لا تعطي دلالة حقيقية على العنوان الحقيقي.

ـ البند الثاني ـ الجنسية المشتركة

لقد أثار مفهوم فكرة الجنسية جدلا واسعا، لتعدد تعريفات هذا المصطلح الأمر الذي أثرا على التشريعات الدول التي عرفت هي الأخيرة تغييرات مستمرة حول الموضوع.

أما الفقه السائد الذي جمع بين أراء الفقهاء يرى أن الجنسية هي عبارة عن رابطة سياسية و قانونية بين الفرد و الدولة، لكونها تمثل إنتماء الشخص قانونا إلى دولة معينة، و بالتالي فالجنسية لا يقصد منها إنتماء الشخص كجنس معين، و لا يقصد منها إنتماء الشخص إلى أمة معينة .[3]

و من بين تعريفاتها الحديثة فيصد بها التعبير القانوني عن الرابطة بين الفرد و الدولة التي قدمة له الجنسية.

[1] ـالمادة 25 من القانون المدني العراقي .
[2] ـ المادة 19 من القانون المدني المصري.
[3] ـ ضياء الدين ناصر اسماعيل محمد، المرجع السابق ، ص24.

و يجب الإشارة أن التعاريف السابقة تتفق كلها في أن الجنسية تمثل الرابطة التي تجمع بين الفرد و الدولة رغم اختلافهم في تحديد مكانتها بين يعتبرها من القانون العام و من يرجعها إلى القانون الخاص.[1]

أما إلى ما جاء به القانون عن الجنسية المشتركة كضابط إسناد في العقد التجاري الإلكتروني، حيث نصت أحكام الفقرة الثانية من المادة 18 من القانون المدني الجزائري على أنه: " في حالة عدم اختيار الأطراف لقانون يحكم عقدهم، فإنه يطبق قانون موطنهم المشترك أو جنسيتهم المشتركة". باستقراء أحكام هذه المادة نلاحظ بأن المشرع الجزائري قد جعل من الجنسية المشتركة لأطراف العقد ضابط إسناد احتياطي يتم استخدامه في حالة عدم اتحاد الأحزاب من حيث الموطن ، أي أن المشرع الجزائري اعتمد الأسلوب التدريجي في تطبيق الضوابط الاحتياطية ، ويمكن تبرير اعتماد المشرع الجزائري لهذا المعيار بالواقع. أن الأفراد عادة ما يكونون على دراية بقوانين الدولة التي هم من مواطنيها ، بل ويفترض أنهم يعرفون ذلك ، وبالتالي فهم لا يتفاجئون بتطبيق قانون أجنبي قد لا يخدم مصالحهم عند تطبيقه على العقد المعني.

اعتمدت معظم القوانين الوطنية للدول معيار الجنسية المشتركة للأطراف كضابط احتياطي يتم اللجوء إليه في حالة عدم وجود قانون الإرادة ، لكنها اختلفت في ترتيبها ، ومدى ذلك. إعطاء الأولوية على بقية الضوابط .[2]

كما نجد من التشريع الأردني لم يُشر إلى الجنسية المشتركة للأحزاب كضابط احتياطي كما هو الحال بالنسبة للمشرع المصري حيث نصت أحكام المادة 20 من القانون المدني الأردني على ما يلي: يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الموطن المشترك للإطراف فإن لم يتحدا من حيث الموطن فيطبق قانون الدولة التي أبرم فيها العقد ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك أي عند غياب قانون الإرادة.[3]

[1] ـ مناصف أمين، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، مذكرة مقدمة للحصول على شهادة الماستر، جامعة سوق أهراس، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، تخصص قانون أعمال، 2019،ص41.

[2] ـ مناصف أمين ،نفس المرجع، ص42.

[3] ـ
المادة 20 من القانون المدني الأردني.

هو نفس التوجه الذي انتهجه المشرع المصري ضمن أحكام المادة 19[1] و المادة 25 من القانون المدني العراقي.[2]

ثانيا : قانون بلد إبرام العقد

لعب مكان الإبرام دورًا رائدًا في الإسناد العقد الدولي عقد من قبل فقهاء العصور الوسطى ، ثم تم تبنيه من قبل العديد من التشريعات في القرن التاسع عشر كمسؤول عن إسناد العقد في غياب قانون الوصية ، والاعتماد على الأخير تمليه عدة اعتبارات . كما أن القانون الخاضع للإبرام هو الأنسب للرجوع إليه من قبل الأطراف المتعاقدة من أجل التأكد من مدى صحة الشروط التعاقدية المتفق عليها ، سواء كانت مرتبطة بقواعدها التوجيهية أو التكميلية. [3]

ما تزال بعض التشريعات تعتد بمكان إبرام العقد كضابط للإسناد كالقانون المدنى الجزائري المادة 18، القانون المدني المصري المادة 19 القانون المدني الأردني المادة 20 و المادة 25 من القانون المدني العراقي . رغم أن محل إبرام العقد يعد من بين الضوابط الاحتياطية التي تأتي في آخر المراتب بعد الموطن المشترك و الجنسية المشتركة المتعاقدين.

و يظن البعض أن الاعتماد على مكان إبرام العقد كضابط لإسعاد عقود التجارة الإلكترونية عند عدم اختيار المتعاقدين للقانون الذي سيخضع له العقد الإلكتروني لكون هذا الأخير يتم شبكة معلوماتية دولية مما يصعب توطين العقد في دولة معينة.

الفرع الثاني : الضوابط المرنة

يطبق منهج الإسناد المرن للرابطة العقدية،إما بالاعتماد على نظرية التركيز الموضوعي للعقد، أو بالاعتماد على نظرية الأداء المميز ، حيث تخول للقاضي السلطة التقديرية في الاجتهاد للبحث عن القانون الواجب التطبيق و هذا في حالة ما لم ينص في العقد القانون المختار و تعذر إعمال ضوابط الإسناد الجامد

أولا: نظرية التركيز الموضوعي للعقد الإلكتروني

[1] ـ المادة 19 من القانون المدني المصري : 1- يسري علي الالتزامات التعاقدية. قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطنا سري قانون الدولة التيتم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا أخر هو الذي يراد تطبيقه.

[2] ـ المادة 25 من القانون المدني العراقي: يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف ان قانوناً آخر يراد تطبيقه.

[3] ـ تكلية زوينة المرجع السابق ص 31.

تثير نظرية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية حول تحديد القانون المطبق على العقد الدولي بناءً على شروط وظروف العقد ، من أجل تركيز الارتباط العقدي في مكان معين ، التساؤل حول إمكانية تطبيق هذا إلى العقود الإلكترونية ، والتي تتميز بأنها قائمة في عالم افتراضي قائم. على الوسائط الإلكترونية بين طرفي العقد. و تكمن صعوبة توطين أو تركيز الرابطة العقدية في مجال العقود التجارية الإلكترونية بوضوح في العقود غير المادية والمبرمة والمنفذة بالكامل من خلال الوسائط الإلكترونية، متجاوزة جميع المعايير القائمة على الحدود المادية أو الجغرافية.[1]

أما بالنسبة للعقود الإلكترونية التي يتم إبرامها عبر الإنترنت ولكن تنفيذها خارج الشبكة - وفي هذه الحالة يمكن للقاضي أن يطبق عليها حكم الجمعية العقدية.

ولكن إذا تم تنفيذ العقد التجاري الإلكتروني خارج الإنترنت، في هذه الحالة يمكن للقاضي أن يجد مكانا من أجل تركيز العقد وبالتالي تطبيق قانونه عليه. هناك من رفض اعتماد نظرية التركيز الموضوعي وفق شروط العقد على أساس أنها جاءت فقط مع مراعاة بعض الأنظمة القانونية وأنها تمنح القاضي سلطة واسعة وغير محددة ، مما يؤدي في كثير من الأحيان إلى التطبيق. لقانون الحزب القوي. كما اعتبروا أن أساس هذه النظرية جغرافي ولا يتناسب مع طبيعة التعاملات الإلكترونية .[2]

ثانيا : نظرية الأداء المتميز على العقود الإلكترونية

تقوم نظرية الأداء المتميز للرابطة العقدية ، كما أوضحنا سابقاً ، من خلال قيام القاضي الموضوع بالبحث عن القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي عن طريق التنازل عن العقد لقانون المنزل المدني بأداء متميز ، ولأن عقود التجارة الإلكترونية لها خصوصية تميزها عن باقي العقود التقليدية ، لأنها تتم عن بعد وعبر الوسائط الإلكترونية ، مما يترك السؤال قائماً حول إمكانية تطبيق هذه النظرية على عقد التجارة الإلكترونية ، حيث يصعب أحياناً التأكد من موطن الأطراف ، أو على الأقل التحقق من صحتها.[3]

حسب أحكام المادة الثانية من القانون 18/ 05 يمكن موقف التشريع الجزائري من أعمال

[1] - . مناصف أمين، المرجع السابق، ص 61.
[2] - تكلية زوينة، المرجع السابق، ص 33
2 - مناصف أمين، نفس المرجع، ص63.

بالمنهج الإسناد المرن، و الذي كان بموقف واضح في تحديد القانون الواجب التطبيق في العبارة " يطبق القانون الجزائري.." و هذا ما أخد به المشرع العراقي في المادة 25 من قانون المدني في العبارة ياخد بقانون البلد و يقصد به القانون العراقي ،أما المشرع المدني في الفقرة اولا من المادة 19 قانون مدني . المشرع المصري أيضا في المادة 20 فقرة أولا ترك المجال المتعاقدين في الاختيار القانون المراد تطبيقه على العقد بشرط أن لا يكون مخالف للآداب العامة .

خاتمة

خاتمة:

اختلف مفهوم التجارة الإلكترونية لدى الفقهاء باختلاف و جهة نظر عند تفسيرها، و بسبب التطور المستمر الذي يحدث في أساليبها حيث اختلف الفقهاء في ما بينهم من أجل تحديد مفهوم التجارة الإلكترونية فهناك من عرفها على حسب تعداد وسائل ممارستها ، و البعض الآخر على حسب أشكال المعاملات التي تتم من خلال الإنترنت، و الاتجاه الأخير يعرفها بأنها جميع المعاملات التي تتم عبر الانترنت حتى و إن كانت لا تتمتع بطابع التجاري . و من جميع هذه الاتجاهات المختلفة يمكن تعريفها كنظام الكتروني يسمح بالتعامل في الخدمات بصيغة افتراضية أو رقمية ، و تنفيذ هذه العقود .

أما التشريعات العربية فلقد عرفها كل من التشريع الجزائري و المصري على كونها كل معاملة تجارية تتم عن بعد و باستخدام وسيلة إلكترونية. أما المشرع الأردني و العراقي نظم وسائل و أدوات ممارسة التجارة الإلكترونية متفاديا وضع تعريف محدد لها.

غير أن بالنسبة للفرق بين التجارة الإلكترونية و الأعمال الإلكترونية لم يتطرق إليها التشريع تركا المجال للفقه حيث اعتبر الأعمال التجارية أوسعا نطاقا من التجارية الالكترونية ، و تعد هذه الأخيرة من بين أحد مكوناتها الأساسية.

في حين أنه ذهبت التشريعات العربية إلى تعريف العقد الإلكتروني على انه ذلك العقد الذي ينعقد عن بعد عن طريق الاتصال الإلكتروني أو أي وسيلة إلكترونية.

و إتفقت التشريعات العربية في تساوى العقد الإلكتروني مع باقي العقود التقليدية في أركانه من حيث قيامه على مبدأ الرضا ، إذ لابد لانعقاد ارتباط الإيجاب و القبول .و في مجلس العقد غير أن يختلفان في الوسيلة المستخدمة في التعاقد و التي تضيف سمة الإلكترونية لمجلس العقد . و أما المحل و السبب يتطلب أن يكون معينا أو يقابلا للتعين ، و أن يكون ممكنا ، و مشروعا.

تعتبر الركيزة الأساسية لإثبات التصرفات القانونية التي تبرم إلكترونيا وسائل إثبات المحررات الإلكترونية. و نستنتج أن المشرع المصري أخد صراحة بمصطلح المحرر الإلكتروني ، أما المشرع الأردني أخد بمصطلح السند الإلكتروني و هو عبارة عن رسالة

تنشأ و توقع تم يتم تداولها إلكترونيا. أما المشرع الجزائري و العراقي فتطرقوا إلى أساسيات المحرر إلا وهما الكتابة و التي يجب أن تكون مقروءة ، غير قابلة للزوال، لا يمكن تعديلها و لا تحريفها و التوقيع و الذي هو عبارة عن بيانات شكلية إلكتروني تحدد صاحب التوقيع .

أما بالنسبة لحجية المحررات إلكترونية فلقد ساوى كل من التشريع الأردني و المصري و العراقي حجية الكاملة للمحررات إلكترونية بالمحررات العرفية في إثبات، و هذا عكس ما اخذ به المشرع الجزائري حيث يأخذ بالرسمية و بالتالي لا يسمح بإنشاء السندات الرسمية في شكل الكتروني .

عملة التشريعات العربية على وضع قواعد قانونية من أجل حماية المستهلك الإلكتروني من الإعلانات الإلكترونية حيث أوجبت المورد الإلكتروني أن يكون إعلان يتوافق مع الخدمة المقدمة.

من أهم الآليات القانونية التي وضعها المشرع من أجل حماية المستهلك الإلكتروني هي التزام المورد بإعلام الإلكتروني حيث تعتبر حاجة ضرورية أن يكون المستهلك الإلكتروني على دراية بالشئ الذي يريد الحصول عليه.

بالنسبة للحماية من الشروط التعسفية فلقد نص عليها المشرع الجزائري و المصري فنجد أنه تم إلزام المورد الإلكتروني أن يضع على علم المستهلك بجميع شروط البيع حتى يعرف هذا الأخير مدى التزامه لحظة إبرام العقد ، و بالتالي لا تفقد العلاقة التعاقدية توازنها. بينما المشرع الأردني و العراقي فلقد اغفلوا عن وضع هذه الحماية للمستهلك الإلكتروني.

التزام المورد الإلكتروني بالضمان من أجل تحقيق النتيجة حيث اتجه المشرع الجزائري إلى وضع واجبات و مسؤوليات المورد الإلكتروني تجاه المستهلك الإلكتروني، أما المشرع العراقي فقد استوفى بالقواعد العامة التي أقرها المشرع المدني ، أما بالنسبة لكل من التشريع المصري و الأردني فيتطلب الأول حماية خصوصية المستهلك و التوقيع أما الأخير يمثل الضمان حماية التوقيع الإلكتروني.

للمستهلك الحق في العدول فتتفق التشريعات العربية على انه يتقرر لمصلحة المستهلك لضمان استقرار بين طرفي التعاقد ، لكون هذا الأخير لا تكون السلعة مقدمة أمامه و إنما من

خلال وسائل الاتصال .

ينقسم إسناد هذه العقود التجارة الإلكترونية إلى ضابطان أول يكون في حالة تحديد القانون الواجب تطبيقه في حالة نزاع و يسمى أيضا بمبدأ سلطان الإرادة. و الضابط الثاني في حالة عدم اتحاد موطن المتعاقدين فيتم الأخذ بقانون محل إبرام العقد.

لتحديد القانون الواجب التطبيق في ظل غياب اتفاق الطرفين، لم يتم اعتماد معيار الجنسية المشتركة للأطراف كضابط احتياطي كل من المشرع الأردني و المصري و العراقي . يعد ضابط الموطن المشترك آخر ضوابط الاحتياطية . أما بالنسبة إلى تطبيق الضوابط المرنة فتخول للقاضي السلطة التقديرية للبحث عن القانون الواجب التطبيق .

و في الأخير ، و من خلال هذه الدراسة المنجزة، نرى أن التجارة الإلكترونية العربية لا تزال بحاجة إلى مزيد من القواعد القانونية المنظمة لها ، إذ يستلزم التعديل المستمر للقانون التجارة الإلكترونية، حتى تحقق المزيد من الحماية نظرا للتطور التكنولوجي السريع .

و نرى من وجهة نظرا لابد من أن يتضمن قانون التجارة الإلكترونية بكل الأحكام التي تنظم العقد، و القانون الواجب التطبيق، و الحماية القانونية للمستهلك. و عدم تركها للقواعد العامة التي جاء بها القانون المدني.

إذن هذا كله لا يعني لنا كل شيء بعد، حيث قال الله عز وجل في كتابه الكريم: **" و يسألونك عن الروح قل الروح من أمر ربي و ما أوتيتم من العلم إلا قليلا." الآية 85 سورة الإسراء.**

قائمة المراجع:

ـ التشريعات المحلية:

1ـ الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية ، العدد31.

2ـ قانون رقم 04/02 المؤرخ في 09 جمادى الأولى عام 1425 الموافق ل 27 يونيو 2004، المتضمن المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد41 .

3ـ قانون رقم 03/09 المؤرخ في 11 ربيع الأول 1430 الموافق ل 08 مارس 2009، المتضمن بحماية المستهلك و قمع الغش، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 15.

4ـ الأمر رقم 03/11 المؤرخ 26 أوت2003 المتعلق بقانون النقد و القرض، المؤرخ 26 أوت2003، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 52.

5ـ قانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير لسنة 2008 متضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، المعدل و المتمم.

6ـ قانون رقم 04/15 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق ل 01 فبراير 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكتروني، الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد06.

7ـ القانون رقم 05/18 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، الجريد الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 28.

8ـ المرسوم التنفيذي رقم 378/13 المؤرخ في 2013/11/09 يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 58.

ـ التشريعات الأجنبية:

1ـ قانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل.

2ـ قانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 ، المعدل.

3ـ قانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، المعدل .

4- قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984.
5- قانون الأنسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996.
6- مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري لسنة 2001.
7- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001.
8- قانون المصري لمكافحة غسل الأموال رقم 80 لسنة 2002.
9- قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004.
10-قانون رقم 01 لسنة 2010 المتعلق بحماية المستهلك العراقي.
11- قانون التوقيع الإلكتروني و المعاملات الإلكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012.
12- قانون المعاملات الأردني رقم 15 لسنة 2015.
13- مشروع قانون مكافحة غسيل الأموال الأردني.

- الكتب:

1- أدم وهيب النداوي، شرح القانون المدني العقود المسماة في القانون المدني، المبيع - الإيجار، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1999.
2- إعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين - الجزء الأول، الطبعة العاشرة، دار هومه للنشر، الجزائر، 2008.
3- الجمال: سمير حامد، لتعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة " دراسة مقارنة "، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
4- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين - ، الجزء الأول، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008.
5- سليم سعداوي، عقود التجارة الإلكترونية" دراسة مقارنة"، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2008.
6- طالب حسن موسى، قانون التجارة الإلكترونية الدولية، دار الثقافة، الطبعة الأولى، الأردن، 2016.

7- عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية و الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.

8- فيصل محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2006.

9- محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الإتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية،2000.

10- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، مشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 2006.

11- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية" دراسة مقارنة "، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الاولى، الأردن، 2006.

12- محمد عمر الشويرف، التجارة الإلكترونية في ظل النظام التجاري العالمي الجديد، دار زهران، الأردن، 2013.

13- محمد نوربرهان و د. عز الدين خطاب، التجارة الإلكترونية، الشركة العربية المتحدة للتسويق و التوريدات، مصر ، 2008.

14- مصطفى محمد جمال، مصادر الإلتزام، الفتح للطباعة و النشر، الطبعة الأولى، بدون سنة.

15- نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة، الطبعة الأولى، الأردن، 2005.

16- هبة تامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية "دراسة مقارنة"، منشورات زين الحقوقية مكتبة السنهوري، الطبعة الأولى، 2011.

الكتب باللاتينية:

1- Nassar Mal-Haalmeh , Electronic commercial in law, Dar al thaqafa, First edition, Ammen-Jordan, 2012 .

ـ المقالات العلمية:

1ـ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، بحث حول التوقيع الإلكتروني و مدى أهميته في الإثبات "دراسة مقارنة"، مؤتمر القانون و الحاسوب ، جامعة اليرموك، الأردن،2004.

2ـ العربي شحط أمينة، التراضي في العقد الإلكتروني في ظل التغيرات المستجدة، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد 03، الجزائر،2021.

3ـ بوشناقة جمال، خصوصية التراضي في العقود الإلكترونية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، جامعة الدكتور يحي فارس، المدية، 2018.

4ـ بورحلة سارة و نور الدين قدوري، فعالية آليات الدفع الإلكترونية في الجزائر " الواقع و التحديات" ، مجلة البحوث الإقتصادية المتقدمة، المجلد 04، العدد02، جامعة الوادي الجزائر، 2019.

5ـ بوزانة أيمن، د. حمدوش وفاء، التجارة الإلكترونية في سياق القانون 05/18 و المراسيم التنفيذية المتعلقة بالسجل التجاري الإلكتروني في الجزائر، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، المجلد 06، العدد01، الجزائر 2021.

6ـ جابر حسين علي التميم و م.د. أحمد حمزة ناصر الحفاجي، وضع المحررات الإلكترونية في ضوء قواعد إثبات الأعمال القانونية في ظل التشريع العراقي، مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة، جامعة ميسان، كلية القانون ، العراق.

7ـ جديد حنان ، السندات الرسمية الإلكترونية، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، العدد 22، المجلد الأول.

8ـ حجوجة سارة و د. طريف أمينة و د. عطوات سلمى، التوقيع الإلكتروني كآلية للحماية في التعاملات التجارية الإلكترونية، مجلة الإقتصاد الإسلامي العالمية، العدد 74 يوليو 2018.

9ـ درع حماد عبد ، نظرات في قانون التوقيع الإلكتروني و المعاملات إلكترونية العراقي، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية و السياسية، العدد العاشر، كلية القانون، الجامعة العراقية.

10- ذيب محمد و نبيلة جيماوي، حماية للمستهلك مدنيا من مخاطر التعاقد الإلكتروني، مجلة الإجتهاد القضائي، العدد 14، 2017.

11- ريم هند و بوجاني عبد الحكيم، التجارة الإلكترونية ، مجلة البصائر للدراسات القانونية و الإقتصادية، العدد خاص، 2021.

12- زويتية محمد صالح و أ.كريد شريف، التجارة الإلكترونية العربية ... الواقع و التحديات، مجلة الإقتصاد الجديد ، العدد 02 ، الجزائر ، 2010.

13- سالم محمد عبود ، حماية المستهلك في عقود التسويق الإلكتروني ، "دراسة تحليلية" ، المجلة العراقية لبحوث السوق و حماية المستهلك ، المجلد 07، العدد2015،01.

14- صراح خوالف، الآليات القانونية لحماية المستهلك الإلكتروني في قانون التجارة الإلكترونية الجزائري، مجلة الفقه القانوني و السياسي ، المجلد 01، العدد01.

15- صقر إبراهيم صقر المرزوقي، الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني، مجلة الشريعة و القانون، العدد 33، 2019.

16- طرشي محمد و د. بوفليح نبيل، التجارة الإلكترونية في الدول العربية بين الواقع و المأمول، مجلة إقتصاديات شمال إفريقيا، المجلد 14، العدد2018،19.

17- عبد الرسول عبد الرضا الأسدي و علي عبد الشار أبو كليفة، الضوابط العامة للإختصاص القضائي الدولي في منازعات التجارة الإلكترونية"دراسة مقارنة" ، مجلة العلوم الإنسانية... كلية التربية للعلوم الإنسانية ، المجلد 22، العدد 04، 2015.

18- عقلية بلقاسم و أحمد رباحي، القانون المطبق على المنازعات العقود الإلكترونية في ظل قواعد الإسناد التقليدية "قانون الإرادة النموذج" ، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 07، العدد01، 2021.

19- غول سليمة و ميهوب علي، القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة الباحث القانوني، المجلد 01، العدد01، 2020.

20- محمد جابر، الحماية المدنية للمستهلك في العقود الإلكترونية "دراسة مقارنة" ، لارك للفلسفة و السانيات و العلوم الإجتماعية، الجزء الثاني، من العدد 2018،28.

21ـموكه عبد الكريم، في التحكيم الإلكتروني: القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد12،2018.

22ـ محمد علي محمد بني مقداد، المسؤولية المدنية المترتبة على كذب الإعلان التجاري الإلكتروني الكاذب، كلية الحقوق جامعة علجون الوطنية، مجلة جامعة تكوين للحقوق السنة06، المجلد 06، العدد02 الجزء01، المملكة الأردنية الهاشمية،2021 .

23ـ نوارا كاظم الزاملي، ميعاد إبرام العقد الإلكتروني، مجلة القادسية للقانون و العلوم السياسية، المجلد الثاني، العدد الثاني، 2009.

24ـ يامة إبراهيم ، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية في الجزائر "دراسة على ضوء القانون 05/18" جامعة أحمد دراية بأدرار، مجلة القانون و العلوم السياسية، المجلد 05، العدد 02،2019.

المقالات العلمية باللاتينية:

1-Mohammed Ali Mohammed Bani-Maqdad- civil liability arising from a false electronic commercial advertisement, Takrit University, Journal for Rights ,years 06 vol, no 02, part 01 , 2021 .

ـ أطروحات و مذكرات التخرج:

1ـ برني نذير، العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرية العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء الجزائري، الدفعة الرابعة عشر.

2ـ بن وادفل عماد، حماية المستهلك في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر تخصص قانون أعمال ، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، كلية الحقوق 202/2019.

3ـ تكليت زوينة، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية الدولية، مذكرة للحصول على شهادة الماجيستر، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، تخصص قانون الأعمال 2011/2010.

4- ضياء الدين ناصر إسماعيل محمد، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، جامعة العربي بن مهيديأم البواقي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تخصص قانون دولي خاص، 2018/2017.

5- عبد الله أحمد السليطي، ضمانات حماية التعاقد الإلكتروني في القانون القطري، رسالة إستكمالا لمتطليات كلية القانون للحصول على درجة الماجستير، جامعة قطر كلية القانون.

6- عجالي خالد ، النظام القانوي للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، " دراسة مقانة" رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.

7- عيساوي سوهيلة، تنفيذ عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية ، 2017/2016.

8- لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، أطروحة إستكالا متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2008.

9- محمد ذعار العتيبي، النظام القانون للعقد الإلكتروني "دراسة مقارنة بين التشرعين الكويتي و الأردني" رسالة ماجستير مقدمة استكمالا للحصول على درجة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط ، 2013/2012.

10- مغني سليمة، وسائل الدفع الإلكتروني و إنعكساتها على الوطن العربي و الجزائر خاصة، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في الحقوق ، تخصص إدارة أعمال، جامعة خميس مليانة، 2014/2013.

11- مناصف أمين، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية ، مذكرة مقدمة للحصول على شهادة الماستر، جامعة سوق أهراس ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تخصص قانون أعمال ، 2019.

12- محمد بافكر، المعاملات التجارية الإلكترونية في ظل القانون رقم 05/18، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون الأعمال ، جامعة أدرار، الجزائر، 2019/2018.

13- محمد هادي فرج الفهداوي،الأهلية القانونية للتعاقد في البيئة الإلكترونية "دراسة مقارنة"، رسالة إستكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، حريزان ، 2020.

الفهرس:

مقدمة	02
الفصل الأول: التجارة الإلكترونية و العقد الإلكتروني	**06**
المبحث الأول: مفهوم التجارة الإلكترونية و العقد الإلكتروني	**06**
المطلب الأول: التعريف بالتجارة الإلكترونية و بالعقد الإلكتروني	**07**
الفرع الأول: تعريف التجارة الإلكترونية و خصائصها	**07**
أولا: التعريف الفقهي للتجارة الإلكترونية	**07**
ثانيا: التعريف التشريعي للتجارة الإلكترونية	**09**
ثالثا: خصائص التجارة الإلكترونية	**11**
الفرع الثاني: الفرق بين التجارة الإلكترونية و الأعمال الإلكترونية	**13**
أولا: أوجه الإختلاف بين التجارة الإلكترونية و الأعمال الإلكترونية	**13**
ثانيا: التمييز بين التجارة الإلكترونية و التجارة التقليدية	**15**
الفرع الثالث: تعريف العقد الإلكتروني و خصائصه	**18**
أولا: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني	**18**
ثانيا: التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني	**19**
ثالثا: خصائص العقد الإلكتروني	**22**
الفرع الرابع: الفرق بين العقد الإلكتروني و العقود الأخرى	**24**
أولا: تمييز العقد الإلكتروني بحسب الطريقة التي ينعقد بها	**24**
ثانيا: تمييز عقد التجارة الإلكترونية عن العقود المحيطة بالبيئة الإلكترونية	**26**
المطلب الثاني: إبرام العقد الإلكتروني	**30**
الفرع الأول: التراضي في العقد الإلكتروني	**30**
أولا: الإيجاب في العقد الإلكتروني	**31**
ثانيا: القبول في العقد الإلكتروني	**34**
الفرع الثاني: مجلس العقد الإلكتروني	**38**

أولا: التحديد الفقهي لزمان و مكان القبول	38
ثانيا: التحديد القانوني لزمان و مكان القبول	39
الفرع الثالث: المحل و السبب في العقد الإلكتروني	43
أولا: المحل في العقد الإلكتروني	44
ثانيا: السبب في العقد الإلكتروني	46
المبحث الثاني: وسائل إثبات المحررات الإلكترونية و آليات الدفع الإلكتروني	48
المطلب الأول: وسائل إثبات المحررات الإلكترونية	49
الفرع الأول: المحرر الإلكتروني	49
أولا: تعريف المحرر الإلكتروني	49
ثانيا: شروط المحرر الإلكتروني	50
الفرع الثاني: الحجية القانونية للمحررات الإلكترونية	57
المطلب الثاني: وسائل الدفع الإلكترونية	60
الفرع الأول: وسائل الدفع المتاحة في مصر و العراق	60
أولا: وسائل الدفع المتاحة في مصر	60
ثانيا: وسائل الدفع المتاحة في العراق	62
الفرع الثاني: وسائل الدفع المتاحة في الجزائر و الأردن	62
أولا: وسائل الدفع المتاحة في الأردن	62
ثانيا: وسائل الدفع المتاحة في الجزائر	63
الفصل الثاني: الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني و المنازعات العقدية الإلكترونية	67
المبحث الأول: الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني	67
المطلب الأول: المرحلة ما قبل إبرام العقد و أثناء إبرامه	68
الفرع الأول: حماية المستهلك من الإعلانات التجارية الإلكترونية	68
الفرع الثاني: التزام المورد الإلكتروني بإعلام المستهلك الإلكتروني	70

الفرع الثالث: حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية	73
المطلب الثاني: مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني	75
الفرع الأول: التزام المورد الإلكتروني بالضمان	75
الفرع الثاني: حق المستهلك الإلكتروني في العدول	76
المبحث الثاني: المنازعات الإلكترونية العقدية و مدى تطابق قواعد الإسناد عليها	79
المطلب الأول: إسناد عقود التجارة الإلكترونية	80
الفرع الأول: إسناد الشخصي لعقود التجارة الإلكترونية	80
أولا: مفهوم مبدأ قانون الإرادة	81
ثانيا:تطبيق مبدأ قانون الإرادة على عقود التجارة الإلكترونية	84
الفرع الثاني: تحديد إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق	86
أولا: الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق	86
ثانيا:الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق	87
المطلب الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق في ظل غياب اتفاق	87
الفرع الأول: الضوابط الجامدة	88
أولا:قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة	88
ثانيا: قانون بلد إبرام العقد	91
الفرع الثاني: الضوابط المرنة	91
أولا: نظرية التركيز الموضوعي للعقد الإلكتروني	91
ثانيا: نظرية الأداء المتميز على العقود الإلكترونية	92
خاتمة	95
قائمة المراجع	98
الفهرس	106
الفهرس	108

الملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى التعرف على أهم المؤشرات التي تبين واقع التجارة الإلكترونية في الدول العربية و أهم العراقيل التي تحد من تطورها، و تبين من خلال هذه الدراسة أن التجارة الإلكترونية في الدول العربية في نمو مستمر و متطور بنسبة معينة مقارنة ببدايات ظهور التجارة الإلكترونية، لكنها لا تزال بعيدة عما حققته الدول المتقدمة من تحقيق أرباح و معدلات نمو عالية، و يرجع ذلك إلى توفيرها للعوامل المشجعة لتطوير التجارة الإلكترونية، و أهمها عامل طرق الدفع الإلكتروني الحديثة، و القانون المعمول به، و الذي يعتبر في الوقت نفسه أهم عقبة تحد من تطور و ازدهار التجارة الإلكترونية في الدول العربية.

الكلمات المفتاحية: التجارة الإلكترونية، دول العالم العربي، العقود الإلكترونية ، المحررات الإلكترونية ، حماية المستهلك الإلكتروني، قواعد الإسناد

Abstract:

This study aims to identify the most important indicators that show the reality of e-commerce in Arab countries and the most important obstacles that limit their developmenttrade in Arab countries is constantly growing and changing in some proportion compared to the beginning of the advent of e-commerce. But it is still far from the benefits and high growth rates of developed countries. And this is due to their provision of encouraging factors of the development of electronic commerce, The most important factor is the modern electronic payment methods, the applicable law, At the same time, it is considered the most important obstacle to the development and prosperity of electronic commerce in Arab countries.

Keywords: e-commerce, Arab countries, electronic contracts, electronic publishing, , electronic consumer protection, attribution rules