وزارة التعليـــم العالـــي والبحـــث العلمـــي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم: القانون الخاص

المرجع: 04

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

الصيغة الإلكترونية للعقد المدني

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: الحقـــوق

التخصص: القانون الخـــاص

من إعداد الطالب(ة):

محمـــــد بن مهيـــدي

تحت إشراف الأستاذ(ة):

أ.د باســم شهـــاب

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة)	**بن عزوز ســـارة**	رئيسا
الأستاذ(ة)	**باســـــم شهـــاب**	مشرفا مقررا
الأستاذ(ة)	**مزيـــود بصيفـــي**	مناقشا

السنة الجامعية: 2019/2018

نوقشت يوم: 03 / 07 / 2019

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا

أَوْفُــوا بِالْعُقُــودِ ﴾

سورة المائدة الآية الأولى

شكـــر و تقدير

الحمد والشكر لله الذي أعانني وألهمني على استكمال هذه المذكرة المتواضعة وأتقدم بخالص الشكر الجزيل إلى الأستاذ المحترم الدكتور محمد باسم شهاب مشرفا على هذه المذكرة وعلى كل ما بذله من جهد جهيد معي وما خصه من وقت لي لترى هذه المذكرة النور فله جزيل الشكر والتقدير والاحترام.

كما لا أنسى جميع الأساتذة الأفاضل الذين لم يبخلوا علينا لا بعلمهم ولا حتى بتوجهاتهم القيمة فلهم جزيل الشكر والاحترام.

وكما لا يفوتني أن أذكر الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة الذين تحملوا على عاتقهم قراءة هذه المذكرة ومناقشتها.

الإهـــــداء

من قال فيهما سبحانه و تعالى :

((وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا (24)))

صدق الله العظيم

سورة الإسراء : الآية 24

إلى حضرة الوالدة الفاضلة
التي ربتني صغيرا وثقافتني كبيرًا
و أفهمتني معاني الرحمة و الحنان و علمتني أن الحق خير ما في هذا الكون وأقدس ما في هذا الوجود.
و الذي لولاها لما استطعت أن أحمل قلمًا أو أكتب حرفا أو أعلم علمًا...
بالإضافة إلى أسرتي الكريمة.
و لا أنسى بالذكر الوالد رحمة الله عليه وأسكنه الله فسيح جناته وجعل قبره روضة من رياض الجنة.
وكل من مد لي يد المساعدة والدعم، وإلى جميع الأساتذة الفضَّل ولا ننسى بالذكر إلى زملائي و زميلاتي التي جمعتني بهم الدراسة.
بالإضافة إلى جميع الأصحاب والأحباب الذين ساندوني في إكمال هذا البحث المتواضع وأعانوني متمنيين لي النجاح بكل إخلاص وصدق وعلى وجه الخصوص الأستاذ رفيق محمد بكاي.
وفي الأخير لا يسعني إلا أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من ساهم من قريب أو بعيد في إثراء هذا البحث.

قائمة المختصرات

01- المختصرات باللغة العربية

ج ر: الجريدة الرسمية

د م ج: ديوان المطبوعات الجامعية.

ص ص: من الصفحة إلى الصفحة.

ص: صفحة.

ط: طبعة.

د ن: دون سنة

د ط: دون طبعة

ق م ج: القانون المدني الجزائري.

م: المادة.

02- المختصرات باللغة الأجنبية

IMF: International Monetary Fund
IBRD: International Bank of Reconstruction and Development
NET: Network.
B2C: Business-To-Consumer.
B2B: Business-To-Business.
WEB: World Wid Web.

مقدمـــة

مقدمـــــة

أدى تفكير الإنسان إلى التطور التكنولوجي، الذي شهده العالم في العصر الحديث، مع بداية القرن العشرين؛ وذلك من خلال الابتكار والإبداع والإنتاج، الذي وصل إليه العقل البشري في جميع مجالات الحياة. وعلى وجه الخصوص في عالم الحاسوب والأنترنت.

فالعصر الحالي في تزايد المستمر والتطور السريع، في مجالات عدة بتنوعها وتعدد أشكالها واختلاف مصادرها من خلال الوسائل والتقنيات الحديثة عبر شبكة الأنترنت، وفي ظل هذا التطور أصبحت هناك ضرورة لمواكبة كل هذه التغيرات التي أثرت بشكل واضح على نمط الحياة الإنسانية على الصعيد الاقتصادي والتجاري والاجتماعي.

حتى أصبح يطلق عليه بعصر "المعلوماتية" فأصبح هذا الأخير يخدم البشرية وتسهيل معاملاتهم اجتماعيا، اقتصاديا وحتى قانونيا خاصة في إبرام العقود كعقود البيع والعقود التجارية وغيرها من العقود الأخرى.

تعد المعاملات التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية من أهم السبل التي ينتهجها الأشخاص، وهذا راجع إلى الوسيلة المستخدمة في إتمام وانجاز سريع وفعال للمعاملة المطلوب إبرامها، أو الحصول عليها سواء وصفت بأنها معاملة مدينة أو معاملة تجارية.

ومما ساعد في تطوير العقود وطرق إبرامها ظهور التجارة الإلكترونية وانتشرت بانتشار الوسائط الإلكترونية المستخدمة في إتمام العقد.

الأمر الذي دفع السلطات التشريعية إلى صياغة الأحكام والقواعد اللازمة لتنظيم المعاملات التعاقدية والتجارة الإلكترونية من أجل تسهيل اللجوء إليها في ظل الحماية القانونية لها، وامتد هذا العمل القانوني إلى المنظمات الدولية المختلفة التي تحاول إعداد مشروع لقوانين نموذجية لتنظيم التجارة والمعاملات الإلكترونية.

وتتجلى أهمية الموضوع في كونه يعتبرالعقد الإلكتروني من الأمور المستجدة على الساحة الدولية وحتى الوطنية التي تستهوى أي كاتب ولقد عالجها ولا يزال يتناولها العالم في كل محفل من المحافل الدولية المنعقدة، وخاصة وأن مظاهر التعاقد زادت إتساعا كما تولت

القوانين والاتفاقيات الدولية الإهتمام بهذا الموضوع.

كما أن الأهمية القصوى للموضوع فهي تمس شريحة كبيرة من مستخدمي الأنترنت لأن شبكة الأنترنت تعتبر ظاهرة عالمية تستهوى جميع شرائح المجتمع، خاصة في مساعدة المتعاملين وما يتعلق بانعقاد العقد الإلكتروني.

وحماية لهوية المتعاقدين والمستهلك مما يتطلب إيجاد أساليب للحماية من خلال الاتصالات الإلكترونية.

يتطلب الموضوع لمعالجته من الناحية العلمية عدة مناهج مختلفة وهذا بغية الوصول إلى الحقيقة العلمية ومن بينها:

المنهج التاريخي الذي يعتبر هو حلقة وصل بين الماضي والحاضر فالماضي يعرفنا على المفاهيم مدى تعامل الأطراف فيما بينهم، أما الحاضر والمستقبل يفيدنا في مسايرة المجتمعات لها، وهذا بأخذ بعين الاعتبار المستجدات الراهنة.

أما عن المنهج الوصفي فهو حتمية لا مفر منها لأن طبيعة الموضوع تلزمنا بإعطاء وصف لصيغة وطبيعة العقد الإلكتروني، وهذا لإعطاء نظرة للقارئ والإحاطة بالموضوع.

والبحث العلمي فهو يعتمد بالدرجة الأولى على المنهج التحليلي الذي يعتمد على التسلسل في الأفكار والمنطق في التحليل والذي ينطلق الباحث من معطيات وبديهيات أولية وصولا إلى نتائج يستخلصها.

أما عن الصعوبات التي اعترضتنا فتتمثل في كون الدراسة لا تخلو من صعوبات، وبما أن الموضوع البحث هو ذو طبيعة قانونية حديثة لم نجد المراجع المرجوة التي تناولت الموضوع بجميع حذافيره وإن وجدت فهي قليلة، وخاصة في التشريع الجزائري، بالإضافة إلى ضبط مفهوم العقد الإلكتروني وهذا لاتساع مجال الدراسة، والإشكالات القانونية التي يطرحها الموضوع على المستوى الدولي والوطني، علاوة على أنه ذو طابع تجاري اقتصادي عالمي.

وتتمثل إشكالية الرئيسية للدراسة في التالي:

ما مدى إخضاع القواعد والأحكام العامة للصيغة الإلكترونية للعقد وفقا لمستجدات العصر؟

وتندرج ضمن هذه الإشكالية أسئلة فرعية:

- ما هي ماهية العقد الإلكتروني؟
- وما هي الأسس والقواعد الواجبة لتكوين العقد الإلكتروني؟
- كيف يتم معالجة القضايا القانونية التي نتج عن هذا العقد؟

أما بخصوص خطة الدراسة فقط قسمناها إلى فصلين؛ حيث تطرقنا في الفصل الأول إلى المضامين الأساسية للعقد الإلكتروني، فتناولنا في المبحث الأول جميع المفاهيم الخاصة بماهية العقد الإلكتروني.

أما المبحث الثاني كسابقه تكلمنا عن العقد من جميع جوانبه وخاصة تكوين العقد، هذا للتوضيح للقارئ.

أما الفصل الثاني فقد تناولنا فيه الأحكام الشكلية للعقد الإلكتروني وهذا كله في المبحث الأول.

أما المبحث الثاني خصصنا للحديث عن فض المنازعات المتعلقة بالعقد الإلكتروني.

ثم توصلنا في الأخير إلى أهم النتائج والاستنتاجات، كخاتمة لموضوع البحث.

الفصل الأول

المضامين الأساسية

للعقد الإلكتروني

الفصل الأول: المضامين الأساسية للعقد الإلكتروني

لقد خلق الله عزو جل الإنسان وفضله على سائر البشر، وهذا كله لما يمتاز به من تميزه عن غيره من الكائنات وهي نعمة العقل، لهذا يعتبر العقل البشري هو احد الوسائل التي ساعدت ولا تزال يوم بعد يوم في زيادة التطور الحاصل في شتى المجالات بأنواعها.

والعالم اليوم وخاصة مع مطلع القرن العشرين فهو في عصر النهضة والتقنية والذي أدى بتفكير الإنسان إلى التطور التكنولوجي، وذلك من خلال الابتكار والإبداع والإنتاج ونخص بالذكر مجال الرقمنة أو كما يعرف بعالم الحاسوب، بالإضافة إلى اهم شريان للحياة في العصر الحالي وهي الأنترنت، وبظهور الفايسبوك وتويتر وسكايب وغيرها من البرامج التواصل الاجتماعي التي عملت على توعية الإنسان؛ وتوفر المعلومة هذا من جهة ومن جهة أخرى لا يخفى على أحد المساوئ التي تنتج عن هذه الأخيرة، وكل هذا أصبح يطلق عليه بعصر "المعلوماتية".

والعالم اليوم يعيش نوعا ما حروب كلامية ولقد ظهرت وطغت على الساحة الدولية ومنها الربيع العربي، الإرهاب الدولي، الاحتباس الحراري، حركات التحرر، ... إلخ؛ ومن بين هذه المفاهيم وهي كلمة "العقد الإلكتروني" وهذا كله ظهر مع ظهور المعلوماتية كما سبق وأن شرحنا.

لهذا وللإحاطة بالموضوع من جميع الجوانب ومعرفة جميع المفاهيم سوف نتناول في المبحث الاول ماهية العقد الإلكتروني، أما المبحث الثاني سوف نتطرق فيه إلى تكوين العقد الإلكتروني.

المبحث الأول: ماهية العقد الإلكتروني

العقد عموما وكمبدأ عام شريعة المتعاقدين؛ إذ يعتبر من أهم مصادر الالتزام، والحياة العملية الواقعية، وحتى القوانين الدولية وحتى الوطنية في قوانينها، وخاصة منها القانون المدني أعطت هذا العقد حقه وهذا نتيجة للتعامل الواسع به لأنه يعتبر أساس أي تعامل.

فالعقد يقوم على اتفاق إرادتين أو أكثر بحيث يكون ملزم للجانبين أو ملزم من جانب واحد محدثا أثرا قانونيا.

ولأهمية العقد وما يترتب عنه من أحكام بين المتعاقدين فيما يتعلق بالتعاقد الإلكتروني وما ينتج عنه من أثار، فكان لزاما علينا التطرق في المطلب الاول إلى مفهوم العقد الإلكتروني، أما المطلب الثاني فتناولنا فيه خصائص العقد الإلكتروني وتمييزه عن العقود الأخرى.

المطلب الأول: مفهوم العقد الإلكتروني

إن أي مصطلح من المصطلحات لم توجد من العدم بل مرت بمراحل، ولعلى أبرزها العقد أو ما يعرف بعقد البيع الذي عرف منذ القدم بالإضافة إلى عدة عقود، ومع التطور الحاصل في المجال التكنولوجي وحتى لا ننسى نحن اليوم في حرب مصطلحات ولقد ذهبت الحرب العسكرية، وأصبحت الآن التكنولوجيا هي التي تسيطر على كل شيء بما فيها العسكرية التي أصبحت لا المسافة ولا الهدف يعرقل الغزو.

فظهر للوجود ما يعرف بالعقد الإلكتروني وللحديث عن هذا الأخير سوف نتناول الموضوع بشيء من التفصيل في الفروع التالية.

الفرع الأول: تعريف العقد الإلكتروني

أولا: التعريف اللغوي والاصطلاحي والقانوني للعقد الإلكتروني

مصطلح"العقد الإلكتروني" هو مركب وصفي يتكون من كلمتين وهما:

"العقد" و "الإلكتروني".

1- تعريف العقد لغة واصطلاحا

أ) تعريف العقد لغة

العقد نقيض الحل. عَقَدَهُ يعقِدهُ عَقْداً وتَعْقاداً، وعَقَّدَه[1]. وكذلك العقد هو ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعا[2]، والعقد ما عقد من البناء والعهد واتفاق بين طرفين يلتزم بمقتضاه كل منهما تنفيذ ما اتفقا عليه كعقد البيع والزواج وعقد العمل[3].

([1]) محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري: لسان العرب، المجلد 3، دار صادر، ط1، بيروت، 2005، ص296.

([2]) محمد علي بن علي الجرجاني: التعريفات، دار الكتاب العربي، ط1، بيروت، ص196.

([3]) المعجم الوسيط: دار الدعوة، ط4، مصر، ص614.

ب) تعريف العقد اصطلاحا

لقد عرفه الأستاذ السنهوري على أنه: " توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه"[1].

وهناك من عرفه على أنه توافق ارادتين على إحداث أثر قانوني أيا كان الأثر المقصود[2].

أما العقد في الفقه الاسلامي لم يحاول فقهاء المسلمين وضع نظرية عامة للعقد، بل تناولوا العقود المسماة عقدا، وبحثوا كل عقد في أركانه وفي أحكامه. فبحثوا البيع والهبة والإجارة بأنواعها والمزارعة والمساقاة والشركة والعارية والقرض والوديعة والكفالة والحوالة والرهن والصلح[3].

أشار القرآن الكريم للعقد في مواضع مختلفة منها قوله تعالى: **(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)** [4].

وللعقد عند الفقهاء معنيان عام وخاص والمعنى العام الأقرب إلى المعنى اللغوي والشائع عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة فهو كل ما عزم المرء على فعله، أما المعنى الخاص فهو ارتباط الايجاب بالقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله[5].

ومن هذا المنطلق لتعريف العقد الكلاسيكي يمكن تعريف التعاقد عبر الأنترنت[6] بمعنى أخر العقد الإلكتروني.

([1]) عبد الرازق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج1 دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص138.

([2]) بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول التصرف القانوني، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، الجزائر، 2005، ص42.

([3]) عبد الرازق أحمد السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1954 ص32.

([4]) سورة المائدة الآية: 01.

([5]) فتيحة سيد عثمان: دور الارادة في إنشاء العقد، مجلة العدل، العدد 23، 2010، ص90

([6]) أسماعيل عبد النبي شاهين: أمن المعلومات في الأنترنت بين الشريعة والقانون بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والأنترنت، جامعة الامارات العربية المتحدة، المجلد الثالث، ط3، 2004، ص972.

2- تعريف العقد الإلكتروني لغة واصطلاحا

أ) تعريف العقد الإلكتروني لغة

الإلكترون هو دقيقة ذات شحنة كهربائية سالبة، شحنتها هي الجزء الذي لا يتجزأ من الكهربائية[1]، وقد استخدمت الإلكترونيات في التصنيع ودخلت في كثير من المجالات فظهر الراديو الذي يستقبل هذه الموجات الإلكترونية ثم ظهر التلفزيون والتلكس والهاتف والفاكس والحاسب الآلي وغيرها من الأجهزة التي تعمل عن طريق الإلكترونيات[2].

ب) تعريف العقد الإلكتروني اصطلاحا

من الفقهاء من عرفه بالاعتماد على إحدى وسائل إبرامه معتبرا أن العقد الإلكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه عبر الأنترنت، والملاحظ على هذا التعريف أنه حصر وسيلة إبرام العقد الإلكتروني في شبكة الأنترنت متجاهلا الوسائل الأخرى لإبرامه مثل التيليكس والفاكس والمينيتل في فرنسا، أما البعض الأخر من الفقهاء فقد عرف العقد الإلكتروني هو كل اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية وذلك بفضل التفاعل بين الموجب والقابل.

ومن الفقهاء ما يكتفي بالقول بأن يكون العقد مبرما ولو جزئيا بوسيلة إلكترونية لاعتباره عقدا إلكترونيا، بأن العقد الإلكتروني هو الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية كليا أو جزئيا أصالة أو نيابة [3].

ثانيا: تعريف العقد الإلكتروني قانونيا

أ) تعريف العقد الإلكتروني في المواثيق الدولية

فهو التعريف الذي جاء به القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية حيث نصت المادة 2 من القانون النموذجي بأنه: "يراد بمصطلح تبادل البيانات الإلكترونية

([1]) المعجم الوسيط: مرجع سابق، ص 24.

([2]) عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر: العقود الإلكترونية دراسة فقهية مقارنة، الموقع الإلكتروني: تاريخ الاطلاع: 2019/04/29 http://www.lawjo.net/vb/showthread.php?10381

([3]) محمد سامي سلمان: العقد الإلكتروني، بحث مقدم إلى مجلس كلية القانون، الجامعة القادسية، العراق،2017، ص04.

نقل المعلومات من حاسوب إلى حاسوب آخر".

إضافة إلى ما نصت عليه المادة 2 من التوجيه الأوربي رقم 97-07 الصادر عن البرلمان الأوربي على أنه: " كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام بيع أو تقديم الخدمات عن بعد نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد أو تنفيذه"[1].

لقد تناولت م 1 فقرة 1 من القانون العربي الإسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية تعريف التجارة الإلكترونية وذلك بقوله: " في تطبيق أحكام هذا القانون يقصد بالكلمات والعبارات الآتية، المعاني الموضحة قرين كل منها:

1. التجارة الإلكترونية: المعاملات التجارية التي تباشر بواسطة وسائل إلكترونية"[2].

ب) تعريف العقد الإلكتروني في التشريعات الغربية

عرف المشرع الفرنسي العقد الإلكتروني بمقتضى المرسوم رقم 2000/741 والذي حاول من خلاله وضع تنظيم شامل للتعاقد الإلكتروني في ضوء التوجيه الأوربي رقم 97-07 بشأن حماية المستهلك في التعاقد عن بعد [3].

ويعرف جانب من الفقه الأمريكي العقد الإلكتروني بأنه "هو ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشترى والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفا ومعالجة إلكترونيا، وتنشئ التزامات تعاقدية"، ويذهب بعض الفقه إلى تعريف العقد الإلكتروني بأنه" اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول علي شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية ، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل"[4].

كما عرفه المشرع الكندي في القانون الخاص بولاية كبيك لحماية المستهلك بالقسم 20

([1]) نذير برني: العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء الدفعة 14، الفترة التكوينية 2006/2003، ص07.

([2]) القانون العربي الإسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية، اعتمد بقرار مجلس وزراء العدل العرب رقم 812/د25 تاريخ 2009/11/19 وللاطلاع عليه تصفح الموقع الإلكتروني:https://carjj.org/node/1232 تاريخ الإطلاع: 2019/05/25.

([3]) خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص49.

([4]) خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص50.

منه، التعاقد عن بعد بأنه: " تعاقد بين تاجر ومستهلك بدون تواجد مادي بينهما سواء في حالة الإيجاب أو القبول حال كون الإيجاب غير موجه لمستهلك معين"[1].

وبالنسبة للمشرع الإيطالي أصدر سنة 1999 قرارا بشأن التجارة الإلكترونية، إعمالا بتوجيهات البرلمان والمجلس الأوربي رقم 7/97 في شأن حماية المستهلك في مجال العقود عن بعد[2].

ج- تعريف العقد الإلكتروني في التشريعات العربية

عرف المشرع التونسي بنص القانون رقم 83 لسنة 2000 المؤرخ في 09 أوت 2000 الخاص بالمبادلات التجارية والإلكترونية بشكل ضمني في الفصل 28 أنه:" ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة الكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك"[3].

أما قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 فقد عرف العقد الإلكتروني في المادة الثانية منه بشكل صريح بأنه: "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كليا أو جزئيا".

وأضافت نفس المادة إلى ذلك تعريفًا خاصا للوسائل الإلكترونية التي يبرم بواسطتها العقد على أنه" :أية تقنية لاستخدام وسائل كهربائية، مغناطيسية، ضوئية أو أية وسائل مشاة في تبادل المعلومات وتخزينها" [4].

وهو ما ذهب إليه المشرع الاماراتي حيث تنص المادة 2 من القانون الإماراتي رقم 02 لسنة 2002 المتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية على أنه يقصد بالمعاملات الإلكترونية "أي تعامل، عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات

([1]) بلقاسم حامدي: إبرام العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014-2015، ص ص25-26.

([2]) خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص50.

([3]) بلقاسم حامدي: مرجع سابق، ص17.

([4]) أحمد درباحي: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، العدد 10 قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جوان 2013، ص97.

الإلكترونية"[1].

فبالنسبة للمشرع الجزائري فقد عرّف العقد بنص المادة 54 من ق م [2] بقولها: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

عند استقراء المادة السالفة الذكر نلاحظ أن ق م ج لم يتعرض للنظم القانونية التي تحكم العقد الإلكتروني ولم يتناول تعريفه[3]. غير أنه أشار إلى الأحكام المطبقة على الممارسات التجارية[4] ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني[5].

وما يمكن استخلاصه من جميع القوانين سواء كانت دولية أو حتى وطنية فنلاحظ أن القوانين الدولية دائما هي السباقة في فتح شهية الدول للغوص في أي موضوع سواء كانت متقدمة أو حتى متخلفة، والشيء الملفت للانتباه هو أن جميع القوانين لم تعرف بما فيه الكفاية العقد الإلكتروني بل عملت على تبيان أطراف التعاقد فقط وكذلك الوسيلة التي يتم بها التعاقد وهي إلكترونية، غير أن هناك وسائل أخرى للتعاقد إلكترونيا.

الفرع الثاني: تطور مفهوم العقد الإلكتروني

كانت بداية الأولى لتطور العقد الإلكتروني مع ظهور اتفاقية الجات سنة 1947[6] بعدها ظهرت فكرة إنشاء منظمة التجارة الدولية لأول مرة من قبل ولايات المتحدة الأمريكية قبل بدء عمل الجات، حيث أعدت الحكومة الأمريكية عام 1945 مشروعا لإنشاء منظمة دولية

([1]) محمد السعيد بوخليفي قويدر: النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، مذكرة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، 2015-2016، ص08.

([2]) أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ج ر العدد 78 الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

([3]) بلقاسم حامدي: مرجع سابق، ص16.

([4]) قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المتضمن تحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر العدد 41 الصادرة بتاريخ 27 يونيو 2004.

([5]) قانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 مايو 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر، العدد 28، الصادرة بتاريخ 16 مايو 2018، ص05.

([6]) لمزيد من التفاصيل أنظر: عبد الواحد العفوري: العولمة والجات" الفرص والتحديات، مكتبة مدبولي، القاهرة 2000 ص32.

للتجارة، على غرار إنشاء صندوق النقد الدولي IMF والبنك العالمي IBRD ، مع مرور الوقت وتشعب عمليات التجارة الدولية وتطورها خاصة في الثمانينات، نادى البعض بإنشاء منظمة التجارة الدولية في جولة الأورجواي، وعلى الرغم من المعرضة الأمريكية إلا أنها وافقت مؤخرا. وتتضمن اتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية 16 مادة عامة تغطي مختلف الجوانب القانونية والتنظيمية التي تحكم عمل هذه المنظمة.

واستتبع هذا التطور منذ عام 1947 تطور ملحوظ في مجال التعاقد الإلكتروني بواسطة الوسائل المتاحة في كل حقبة زمنية، حتى وصل هذا التطور ذروته مع ظهور شبكة المعلومات العالمية "الأنترنت" في نهاية القرن الماضي[1].

ففي هذا العصر الرقمي الذي تنتشر فيه الأنترنت انتشاراً هائلاً، شاع مفهوم التجارة الإلكترونية التي تتيح العديد من المزايا، فبالنسبة لرجال الأعمال، أصبح من الممكن تجنب مشقة السفر للقاء شركائهم وعملائهم، وأصبح بمقدورهم الحد من الوقت والمال للترويج لبضائعهم وعرضها في الأسواق. أما بالنسبة للزبائن فليس عليهم التنقل كثيراً للحصول على ما يريدونه، أو الوقوف في طابور طويل، أو حتى استخدام النقود التقليدية، إذ يكفي اقتناء جهاز كمبيوتر، وبرنامج مستعرض للإنترنت، واشتراك بالأنترنت[2].

ظهرت النواة الأولى لشبكة الأنترنت كمشروع أمريكي رعته ومولته وكالة مشاريع البحوث المتقدمة في وزارة الدفاع الأمريكية التي اهتمت آنذاك ببناء شبكة متماسكة يمكن أن تصمد في ظروف صعبة خاصة في نقل المعلومات الحكومية والعسكرية خلال حدوث كارثة نووية وهو مشروع "ARPA" في عام 1960 [3].

ولا تقتصر التجارة الإلكترونية (E-Commerce) على عمليات بيع وشراء السلع

([1]) ماجد محمد سليمان أبا الخيل: العقد الإلكتروني، مكتبة الرشد، ناشرون، ط1، المملكة العربية السعودية، 2009 ص21.

([2]) أسامة أبو الحسن مجاهد: التعاقد عبر الأنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2002، ص03.

([3]) أحمد خالد العجلوني: التعاقد عن طريق الأنترنت دراسة مقارنة، دار الثقافة والدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع عمان الأردن، 2002، ص 14.

والخدمات عبر الأنترنت، إذ أن التجارة الإلكترونية، كانت تتضمَّن دائما معالجة حركات البيع والشراء وإرسال التحويلات المالية عبر شبكة الأنترنت، ولكن التجارة الإلكترونية في حقيقة الأمر تنطوي على ما هو أكثر من ذلك بكثير، فقد توسَّعت حتى أصبحت تشمل عمليات بيع وشراء المعلومات نفسها جنبا إلى جنب مع السِلَع والخدمات، ولا تقف التجارة الإلكترونية عند هذا الحد، إذ إن الآفاق التي تفتحها التجارة الإلكترونية أمام الشركات والمؤسسات والأفراد لا تقف عند هذا الحد.

من هذا المنطلق تعتبر التجارة الإلكترونية نظام يُتيح عبر الأنترنت حركات بيع وشراء السِلع والخدمات والمعلومات، كما يُتيح أيضا الحركات الإلكترونية التي تدعم توليد العوائد مثل عمليات تعزيز الطلب على تلك السِلع والخدمات والمعلومات، حيث إن التجارة الإلكترونية تُتيح عبر الأنترنت عمليات دعم المبيعات وخدمة العملاء.

ويمكن تشبيه التجارة الإلكترونية بسوق إلكتروني يتواصل فيه البائعون (موردون، أو شركات، أو محلات) والوسطاء (السماسرة) والمشترون، وتُقدَّم فيه المنتجات والخدمات في صيغة افتراضية أو رقمية، كما يُدفَع ثمنها بالنقود الإلكترونية.

ويُمكن تقسيم نشاطات التجارة الإلكترونية بشكلها الحالي إلى قسمين رئيسين هما:

1. تجارة إلكترونية من الشركات إلى الزبائن، ويُشار إليها اختصارا بالمصطلح B2C، وهي تمثِّل التبادل التجاري بين الشركات من جهة والزبائن الأفراد من جهة أخرى.
2. تجارة إلكترونية من الشركات إلى الشركات، ويُشار إليها اختصارا بالرمزB2B ؛ وهي تمثِّل التبادل التجاري الإلكتروني بين شركة وأخرى[1] .

الفرع الثالث: وسائل العقد الإلكتروني

استخدمت عدة وسائل في إبرام العقود، حيث تطورت تلك الوسائل عبر حقب زمنية متفاوتة، ونقسمها على النحو التالي:

(1) محمد السحلي: أنظر، الموقع الإلكتروني: http://www.sohli.com تاريخ الاطلاع: 2019/05/02 .

أولا: وسائل التعاقد التقليدية

1-الرسالة

تعتبر الرسالة من وسائل المراسلة والاتصال قديمة العهد، كانت تستعمل بشكل كبير بين التجار، لاسيما في التعاقد بين غائبين، إلا أنها تتم بطريقة بدائية تستلزم وقتا طويلا لوصول الرسالة إلى المرسل إليه، من هذه الطرق؛ إرسالها بواسطة رسول ينقل إرادة أحد المتعاقدين إلى الآخر، هذا الأخير الذي يحمل منه رسالة جديدة إلى الأول، من ثم عبر البريد الذي تطورت وسائله مع الزمن من النقل بواسطة العربات حتى النقل بالطائرة.

2-التلغراف

يعتبر التلغراف أول وسيلة اتصال سلكية عرفها العالم وهو عبارة عن جهاز جرى اختراعه على يد العالمين الألمانيين جاوس وويبر عام 1834 م ثم تطور فيما بعد على يد علماء إنجليز وأمريكا وقد أدى استخدامه آنذاك إلى إحداث تطورات مذهلة في مجال التعامل والاتصال عن بعد[1].

3-جهاز المينيتل

ظهر هذا الجهاز في فرنسا في منتصف الثمانينيات وكان ظهور خدماته نتيجة تعاون بين الهيئة العامة للاتصالات السلكية واللاسلكية التابعة لوزارة البرق والبريد، والهاتف وبين متعهدي الخدمات.

يعد جهاز المينيتل من وسائل إبرام العقود، وهو جهاز قريب الكمبيوتر الشخصي لكنه صغير الحجم نسبيا، يتكون من شاشة صغيرة ولوحة مفاتيح تشمل على حروف وأرقام قريبة الشبه بلوحة مفاتيح الكمبيوتر، وهو وسيلة اتصال مرئية ينقل الكتابة على الشاشة دون الصور، ويلزم لتشغيله أن يوصل بخط الهاتف[2] .

([1]) بلقاسم حامدي: مرجع سابق، ص11.

([2]) ماجد محمد سليمان أبا الخيل: مرجع سابق، ص26.

4- التيليكس

هو جهاز لإرسال المعلومات عن طريق طباعتها وإرسالها مباشرة ولا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال المعلومات واستقبالها، إلا إذا لم يكن هناك من يرد على المعلومات لحظة إرسالها.

5- الفاكس

هو عبارة عن جهاز استنساخ بالهاتف يمكن به نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبوعة بكامل محتوياتها نقلا مطابقا لأصلها، فتظهر المستندات والرسائل على جهاز فاكس آخر لدى المستقبل[1].

6- البيجر

يتيح جهاز البيجر[2] معرفة أرقام المكالمات الهاتفية المتصلة به في أي لحظة، وبعد التعديلات التي أدخلت على هذا الأجهزة أصبحت قادرة على استقبال رسائل كتابية تظهر على شاشة الجهاز وعن طريق هذه الرسائل يمكن تصور الاتفاق على إبرام عقد من العقود كعقد بيع مثلا أو عقد مقاولة، وذلك عن طريق إرسال رسائل متبادلة بين حاملي جهاز البيجر[3].

7-التلفزيون

ظهر بداية في الولايات المتحدة الأمريكية، وكان ذلك عام 1978 بمناسبة بيوع المزادات المبرمجة على محطة الراديو المحلي بولاية فلوريدا، ومع تطور نظام الكابل أصدر المشرع الأمريكي قانون الكابل التلفزيوني للمنافسة وحماية المستهلك عام 1992 فالتعاقد المبرم عبر التلفزيون عبارة عن طلب سلعة أو منتج بواسطة التليفون أو المينيتل

([1]) برني نذير: مرجع سابق، ص10.

([2]) هو جهاز صغير الحجم، مخصص في المقام الأول لأغراض الاستدعاء والتتبع، وظهر ذلك قبل ظهور الموبايل.

([3]) ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص27. وكذلك انظر محمد أمين الرومي: التعاقد عبر الأنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2004، ص48.

تاليا على عرض المنقول بواسطة وسائل الاتصال السمعية المرئية التلفزيون[1].

ثانيا: الوسائل التعاقد المستحدثة

تطورت وسائل الاتصال بشكل ملحوظ في عصر الحالي خاصة بظهور تكنولوجيات الحديثة واستعمالها في عدة مجالات منها إبرام العقود وتبادل الاتفاق بين المتصلين ببعضهم عبر وسائل سمعية، بصرية وحتى مقروءة، مما تتميز بالسهولة وسرعة الحصول على المعلومة وتوافرها، وتتثمل هذه الوسائل فيما يلي:

1- الحاسب الآلي

للحاسوب عدة مصطلحات، تدل على الحاسب الآلي فعلى سبيل المثال: الحاسب الإلكتروني، العقل الإلكتروني الكمبيوتر... وأشهر هذه المصطلحات كلمة "الكمبيوتر" خاصة بالمشرق العربي، وهذه كلمة إنجليزية مشتقة من الفعل "حسب". أما استعمالها في المغرب العربي، يطلق عليها "أردينا تور" فهي كلمة فرنسية تعني "الآمر" أو معطي الأوامر وفي دول الخليج يطلقون عليه الحاسوب.

ويعرف الحاسب الآلي على أنه جهاز إلكتروني يقوم باستقبال البيانات، ومن ثم معالجتها، ويتم تخزينها أو إظهارها للمستخدم بصورة أخرى، كما يمكنه أيضا نقل هذه البيانات إلى جهاز حاسب آخر. بمعنى تبادل المعلومات بين الحواسب.

ويقصد بالبيانات، وهي أية معلومات مكتوبة بطريقة تمكن الحاسب أن يتعامل معها فالمعلومات التي لا يستطيع الحاسوب التعامل معها لا تعتبر بيانات بالنسبة للحاسب[2].

وقد ترتب على شيوع استخدام أجهزة الحاسب الآلي، وغيره من وسائل التقنية الحديثة أن توارت وسائل وأدوات التجارة التقليدية من سجلات ودفاتر وفواتير وخطابات متبادلة بين الجهات التجارية، وحل محل هذه الوسائل الوسائط والدعامات الإلكترونية التي يعتمد عليها الحاسب الألي، وبذلك ظهر ما يمكن تسميته بالمعاملات التجارية غير الورقية أو التجارة

([1]) ماجد محمد سليمان أبا الخيل: مرجع سابق، ص94.

([2]) محمود عبد الرحيم الديب: الحماية القانونية للملكية الفكرية في مجال الحاسب الآلي والأنترنت، دار الفكر الجامعي ط1، مصر، 2007، ص19.

الإلكترونية[1].

2- الموقع الإلكتروني (www أو web)[2]

يقصد بالموقع الإلكتروني كل مكان يمكن زيارته على شبكة المعلومات العالمية، التي تحتوي الملايين منها لكل من هذه المواقع عنوان خاص ... وبعد ذلك تظهر الصفحة الرئيسية للموقع التي يمكن من خلالها الوصول إلى الصفحات الأخرى التي يتضمنها الموقع والتي يرغب الزائر في الحصول على معلومات منها أو التعاقد حول مختلف السلع والخدمات المعروضة عليها[3].

3-البريد الإلكتروني (e-mail)

يستطيع مستخدم الأنترنت إرسال رسائل إلى أي شخص له عنوان بريد إلكتروني، كما يمكنه تلقي الرسائل من أي مستخدم آخر للأنترنت[4].

وللتعاقد عبر البريد الإلكتروني أنواع متعددة منها:

- أن بعض الشركات تقوم بإرسال رسائل دعائية لنوع معين من السلع أو الخدمات في البريد الإلكتروني الخاص بالشخص، فإذا نظر صاحب البريد هذه الرسالة ورغب في السلعة أو الخدمة قام بمراسلة الشركة حول التعاقد معهم على هذه السلعة أو الخدمة ثم تتم المبايعة كالطريقة السابقة في التعاقد عبر شبكة المواقع[5].

4- الهاتف المرئي

لقد تطور الهاتف العادي وأدخلت عليه تعديلات، فظهر ما يعرف بالهاتف المرئي الذي يمكن صاحبه من الكلام مع شخص ومشاهدته في نفس الوقت، ويعد هذا الجهاز من

([1]) أبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية للتعامل عبر وسائل الاتصال الحديثة، مؤتمر القانون والكمبيوتر والأنترنت، جامعة الكويت، ص995.

([2]) الويب أو www أو web): هي اختصار لعبارة world wid web

([3]) كيسي زهيرة: الإطار القانوني للتعبير عن الإرادة في العقود المبرمة عبر الأنترنت، مجلة الاجتهاد، العدد 02، المركز الجامعي لتمنراست الجزائر، 2012، ص17.

([4]) أسامة أبو الحسن مجاهد: الجوانب القانونية للتجارة الإلكتروني، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، ط1، القاهرة 2003.

([5]) عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر: مرجع سابق، ص07، أحمد خالد العجلوني: مرجع سابق، ص16.

أكثر وسائل الاتصال الفورية فاعلية وانتشارا في العالم المتطور[1].

5- وسائل التواصل بالمشاهدة والمحادثة المباشرة

يشمل الحديث عن عدة أنواع من الاتصالات حيث يمكن الحديث عبر الهاتف الذكي عن طريق الأنترنت، ويمكن تبادل المحادثات بين عدة أشخاص بشكل فوري، ويمكن أن يتضمن تبادلاً للأصوات والصور، ومن ذلك ما يلي:

- تبادل مباشر للعبارات بين شخصين يستخدمان برنامجاً يسمى غرفة المحادثة، أو الدردشة، يمكنهما من تبادل الحديث كتابة يراها كل منهما في الحال، بطريقة أوفر مادياً وأسرع في جلب الرد، ويمكن أن تكون بين أكثر من شخصين وفي أماكن مختلفة.

- تبادل الحديث بالصوت والصورة، أو من خلال برنامج آخر يمكن من خلاله إرسال الصوت والصورة: صور فيديو للتعبير عن الحركة مع الصوت، وتسمى غرفة الفيديو، وفي بعض البرامج يقوم المجتمعون أيضاً بالمشاركة بالوثائق وطباعة الرسائل وتبادل الملفات. كما بتم تبادل الحديث عن طريق لاقط صوت ويكون في برنامج (غرفة المحادثة) وقد يلحق بها كاميرات يستخدمها المتحدث وتنقل الصورة مباشرة إلى الطرف الآخر، تبادل الحديث صوتياً كما في الهاتف العادي، وبأسعار اتصال الأنترنت، مما يقلل كلفة الاتصال لأصحاب العلاقات التجارية، وفي هذه الحالة يكون مجلس العقد كمجلس العقد في الهاتف[2].

المطلب الثاني: خصائص العقد الإلكتروني وتمييزه عن العقود الأخرى

أصبح من السهل استقطاب عدد كبير من الأشخاص، في وقت وجيز، وبتكاليف منخفضة، وتقريب الحدود الجغرافية والإقليمية عبر شبكة الأنترنت، وهذه الخصية التي يتميز بها العقد الإلكتروني عن غيره من العقود.

([1]) محمود عبد المعطي خيال: التعاقد عن طريق التلفزيون، مطبعة النسر الذهبي، القاهرة، 2000، ص03.

([2]) علي بن عبدالله الشهري: التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت، أحكامها وآثارها في الفقه الإسلامي والنظام السعودي المملكة العربية السعودية، ص09، أحمد العجلوني: التعاقد عن طريق الأنترنت، الدار العلمية ومكتبة دار الثقافة، ط 1 عمان، الأردن، 2002، ص18.

الفرع الأول: خصائص العقد الإلكتروني

للعقد الإلكترونية خصوصية يتميز بها عن العقود التقليدية تتمثل فيما يلي:

أولا: العقد الإلكتروني عقد تفاعلي

وهذه التفاعلية مستقاة من الحضور الافتراضي المعاصر بين المتعاقدين على الرغم من عدم الحضور المادي بسبب بعدهما وانفصالهما عن بعضهما البعض.

ثانيا: عقد الإلكتروني عقد تجاري واستهلاكي

يطلق عليه عقد التجارة الإلكترونية، حيث أن عقود البيع الإلكتروني تستحوذ على الجانب الأعظم من مجمل العقود، كما انه يتسم بطابع الاستهلاك على نحو ما جاء بالتوجيه الأوربي بشأن حماية المستهلك رقم 97-07، وكذا قانون الاستهلاك الفرنسي المادة 03/113 من قانون الاستهلاك فغاليا ما يتم بين تاجر ومستهلك أو مهني، لذلك يخض للقواعد الخاصة بحماية المستهلك[1].

ثالثا: العقد الإلكتروني عقد مقترن بحق العدول

وفقا للقواعد العامة وبموجب القوة الملزمة للعقد، أن أيا من طرفي التعاقد لا يستطيع الرجوع عنه، وللمشتري حق العدول لعدم تمكنه من معاينة السلعة[2].

فأول ما يهم المستهلك معرفته في التعاقد الإلكتروني، لكونه يتم عن بعد ولا تكون السلعة تحت يده كما في التعاقد التقليدي، هو البيانات والمعلومات التي تتصل بالخصائص الأساسية والسمات الجوهرية للمنتج الذي يسعى إلى الحصول عليه[3].

وهو ما أكدته المادة 12 في فقرتها 2 و 3 حيث نص على ما يلي: "وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الإلكتروني، بحيث يتم تمكينه من التعاقد بعلم ودراية تامة " التحقق من تفاصيل الطلبية من طرف المستهلك الإلكتروني، لا سيما فيما يخص ماهية

([1]) خالد إبراهيم ممدوح: مرجع سابق. ص ص74-76.

([2]) ماجد محمد سليمان أبا الخيل: مرجع سابق، ص38.

([3]) خالد براهيم ممدوح: مرجع سابق، ص76. مصطفى أبو مندور موسى، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة،2000، ص290.

المنتوجات أو الخدمات المطلوبة، والسعر الاجمالي والوحدوي، والكميات المطلوبة بغرض تمكينه من تعديل الطلبية، وإلغائها أو تصحيح الأخطاء المحتملة"[1].

رابعا: استخدام وسائط الإلكترونية في إبرام العقد

لا يختلف العقد الإلكتروني من حيث الموضوع أو الأطراف عن سائر العقود التقليدية ولكنه يختلف من حيث طريقة إبرامه باستخدام وسائط إلكترونية التي دفعت إلى اختفاء الكتابة التقليدية التي تقوم على الدعائم الورقية لتحل محلها الكتابة الإلكترونية التي تقوم على دائم إلكترونية.

خامسا: خصوصية الإثبات في العقد الإلكتروني

أفرز التطور الحاصل في مجال المعلوماتية عن ظهور وسائل إثبات جديدة خاصة بالعقود الإلكترونية، فظهر التوقيع الإلكتروني كبديل للتوقيع التقليدي بسبب تغير الأوعية الحاملة للمعلومات من دعائم مادية إلى دعائم رقمية وإلكترونية[2].

الفرع الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن باقي العقود

يتميز العقد الإلكتروني عن باقي العقود، كونه لا يخضع لتنظيم خاص به يميزه عن غيره من العقود.

أولا: تمييز العقد الإلكتروني عن بعض العقود بالظر إلى طريقة التقاعد[3]

أ- التعاقد الإلكتروني والتعاقد التقليدي

يتفق التعاقد الإلكتروني مع التعاقد التقليدي بتطابق الايجاب والقبول معا، في نفس مجلس العقد، أي من حيث الزمان والمكان، ولا يتحقق ذلك في التعاقد الإلكتروني، فمن المفترض أساسا وجود المتعاقدين في مكانيين منفصلين[4].

([1]) المادة 12 فقرة 2 و3 من القانون بالتجارة الإلكترونية، ص07.

([2]) يوسف مسعودي: القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 09 جامعة ورقلة، جوان 2013، ص147.

([3]) خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق، ص92. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، مرجع سابق ص28.

([4]) خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق، ص92.

ب- التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التليفون

قد يتفق التعاقد الإلكتروني مع التعاقد بالتليفون في أن كل منهما تعاقد فوري ومباشر حيث يتلاشى عنصر الزمن فهي جميعا عقود تبرم بين غائبين من حيث المكان على الأقل على أن العقد الإلكتروني يظل متميزا عن التعاقد بالتليفون من نواحي عديدة، حيث أن ما يميز التعاقد بالتليفون أنه تعاقد شفوي قد يتطلب صدور تأكيد كتابي من الموجب البائع في حالة عقد البيع[1].

ج- التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق الكتالوج

الكتالوج عنصر جوهري ووسيلة أساسية في التعاقد الإلكتروني، فقد يتخذ شكلا ورقيا كتابيا يحتوي على بيانات مكتوبة وصور ورسومات للمنتوجات والخدمات المعروضة، كما قد يكون في شكل إلكتروني موجود على شبكة الأنترنت "موقع الويب"، ويتضمن مجموعة من المعلومات والبيانات اللازمة لعملية التقاعد مثل اسم الشركة ومقرها الرئيسي وعنوان بريدها الإلكتروني[2].

ثانيا: تمييز العقد الإلكتروني عن عقد إنشاء موقع (إنشاء متجر افتراضي)

يعرف الموقع الواب أنه خدمة تقدم عبر شبكات الاتصال المتعددة و يتكون من النصوص والصور الثابتة والمتحركة الأصوات والمعالجة بلغة كمبيوتر خاصة تسمى لغة والموضوع تحت تصرف مستخدم الشبكة. وعقد إنشاء موقع يتم بين مقدم الخدمة والعميل حيث يقوم هذا الأخير بطلب إنشاء موقع خاص به أو من خلال أحد المواقع الأخرى، وذلك بواسطة جهاز الحاسب الآلي الذي يملكه مقدم الخدمة والمتصل بشبكة الأنترنت، ويفضل أن يكون إنشاء هذا الموقع خاص بكل عميل وليس عبر المواقع المملوكة للغير[3]، ويتميز بتلاقي الأطراف بصفة تفاعلية عبر الأنترنت.

([1]) بلقاسم حمادي: مرجع سابق، ص37.

([2]) خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق، ص96.

([3]) حبيبة ححيط ، مريم جعودي: النظام القانوني للعقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، مذكرة الماستر، فرع القانون، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص20.

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني

اختلف الفقهاء حول طبيعة القانونية للعقد الإلكتروني حيث اعتبره البعض من عقود الرضائية، وبعض الفقه يرى أنه من عقود الاذعان، والجانب ألأخر من الفقه يرى إلى ألية الانعقاد إما عن طريق البريد الإلكتروني أو عبر المواقع الأخرى.

أولا: عقد الإلكتروني من العقود الرضائية

اعتبر العقد الإلكتروني عقد رضائي، نظرا لما تتيحه الأنترنت من إمكانية الانتقال من موقع إلى أخر واختيار الشخص ما يشاء وتركه لما يشاء ممّا يجعل مبدأ الرضائية يسود العقود الإلكترونية.

ويرى البعض أنه للتمييز بين الرضائية والإذعان في العقد الإلكتروني وجب التمييز بين الوسيلة المستخدمة لإثباته، فإذا تم التعاقد عبر البريد الإلكتروني أو من خلال برامج المحادثة أو باستخدام الوسائل السمعية المرئية، كنّا بصدد عقد رضائي حيث تمكن هذه الوسائل الأطراف المتعاقدة من تبادل وجهات النظر، وحق التفاوض حول شروط العقد والمفاوضة بين العروض المقدمة له.

أمّا التعاقد عبر مواقع الواب والتي تستخدم غالباً عقود نموذجية تكون شروطها معدة سلفاً من قبل الموجب وبالتالي الزبون "المستهلك" لا يملك حق التفاوض أو المفاضلة، مما يجعل منه الطرف الضعيف في العقد[1].

ثانيا: عقد الإلكتروني عقد إذعان

يرى بعض الفقه الانكليزي والفرنسي والعربي إلى أن العقد الإلكتروني هو عقد اذعان على اعتبار أن المتعاقد لا يملك الا أن يضغط في عدد من الخانات المقترحة أمامه في موقع المتعاقد الآخر على مواصفات معينة ومنها مواصفات السلعة وثمنها المحدد مقدما ولا يملك أن يناقش أو يعارض المتعاقد الآخر حول شروط التعاقد التي يوردها على الموقع، فهو لا يكون أمامه إلا التوقيع في حالة القبول أو عدم التوقيع في حالة الرفض، ويعتمد أنصار هذا

(1) حبيبة ححيط ، مريم جعودي: مرجع سابق، ص12.

الاتجاه الى تغليب المعيار الاقتصادي[1].

فعقد الاذعان كسائر العقود ينعقد بموجب إرادتين لا بإرادة واحدة، وأن كل تصرف قانوني يتم بإرادتين هو عقد ولو لم يكن طرفاه متساويين من الناحية الاقتصادية[2].

ثالثا: آلية إبرام العقد الإلكتروني

يجب التمييز بين نوعين من العقود الإلكترونية عند تحديد الطبيعة القانونية إذ أن العقود الإلكترونية من حيث آلية ابرامها هي إما عقود يتم إبرامها عن طريق البريد الإلكتروني للمتعاقدين أو عن طريق المواقع الإلكترونية، فالعقود التي يبرم عن طريق المواقع الإلكترونية قد تحتوي على سمات عقود العقد الإلكتروني الاذعان.

أما بالنسبة الى العقود التي تبرم عن طريق البريد الإلكتروني فغالبا ما تكون عقود رضائية إذ يتم التفاوض على ابرام العقد عن طريق ارسال الرسائل الإلكترونية بين المتعاقدين عن طريق المواقع الشخصية الإلكترونية الى ان يقترن ايجاب احد المتعاقدين بقبول الآخر فينعقد العقد[3].

رابعا: عقد التراضي وعقد الموافقة

في الشكل التقليدي للعقد أن البنود والشروط تقاس وتناقش وتخضع للمساومات والمفاوضات، يقوم بذلك الفريقان بحرية ومساواة فهناك عرض وقبول، فيصبح العقد شريعة المتعاقدين، بينما أن عقد الموافقة يقتصر على مشروع اتفاق منظم بصورة مسبقة، وهذا المشروع يقدم للعموم بمعنى أنه يمكن لكل أحد أن يقبله[4].

([1]) انظر الموقع الإلكتروني: https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=37029 تاريخ الاطلاع 2019/05/08.

([2]) أعشب محفوظ بن حامد: عقد الاذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1990. ص36.

([3]) حبيبة ححيط ، مريم جعودي: مرجع سابق، ص12.

([4]) موريس نخلة: الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، ج3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007 ص178 وما بعدها.

المبحث الثاني: تكوين العقد الإلكتروني

لصحة أي تصرف قانوني يشترط توافر الإرادة التي تعتبر المحرك الأساسي للتصرفات القانونية والشرعية.

وقد عرف الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء الإرادة فقال هي: "مجرد اعتزام الفعل والاتجاه إليه" والإرادة بهذا المفهوم تستدعي نشاطا ذهنيا معينا ولذا يشترط المشرع فيمن تصدر عنه أن يكون متمتعا بنصيب معين من القوى الذهنية وهذه القوى لا تتوافر إلا إذا بلغ الشخص سنا معينة و كان سليما من كل الآفات العقلية[1].

ولإنشاء العقد وصحته يجب أن يقوم على متطلبات الرضا، المحل والسبب المطلب الأول، إضافة إلى مجلس العقد وما يتعلق به المطلب الثاني وهذا ما سنبينه وفقا لأحكام العامة للعقد بما جاء به القانون المدني، ووفقا لخصوصية العقد الإلكتروني.

المطلب الأول: متطلبات قيام العقد الإلكتروني

يتطلب لإنشاء العقد الأركان الأساسية ليعطيه الصبغة القانونية وصحة العقد وسلامته وهي المتمثل في الأركان العامة للعقد سواء كان العقد التقليدي أو العقد الإلكتروني.

الفرع الأول: الايجاب والقبول لأبرام العقد الإلكتروني

أولا: الايجاب والقبول خطوة الأولى في إبرام العقود

بالرجوع إلى نص المادة 59 من ق م ج أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية" [2].

1-الايجاب

يعبر عن إرادة قطعية لا رجعة فيها للموجب في إبرام العقد، ومن ثم فيجب أن لا يكون الإيجاب مصحوب بتحفظ، غير أن هذا إيجاب تشوبه تحفظات تكون إما ضمنية أو صريحة بقرار إبرام العقد فيمكن اعتبارها مجرد دعوة للتعاقد.

([1]) محمد تقية: الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1984، ص ص24-26.

([2]) المادة 59 من القانون المدني.

2- القبول

يعرف القبول بأنه الرد الإيجابي على الإيجاب من طرف الموجب له[1]، فالقبول هو الموافقة على إنشاء العقد، بناء على الإيجاب وغالبا يتأخر صدوره عن صدور الإيجاب ويسمى الإرادة الثانية والإيجاب هو الإرادة الأولى[2].

3-موقف المشرع الجزائري من الإرادتين

من خلال القانون المدني الجزائري ما ورد في المادة 59 ق م لقولها: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

ومن ناحية أخرى في حالات أخرى لضمان استقرار المعاملات وذلك ما نصت عليه المادة 61 ق م على أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره القانوني في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه إيجاب فقبله، ثم عدل عن القبول، ولكن قبوله وصل إلى الموجب قبل وصول العدول، فإن العقد ينعقد على أساس الإرادة الظاهرة بالرغم من العدول وهو تعبير عن الإرادة الباطنة [3].

4- شروط الإرادة

* أن تنتج عن شخصية قانونية، يجب لقيام العقد أن توجد الإرادة لكل من طرفيه وذلك بأن يعي الشخص الأمر الذي يقصده ويريده، وعلى ذلك لا يعتد بإرادة فاقد التمييز كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه، وذلك لا يعتد بإرادة من فقد وعيه بصفة مؤقتة كالسكران، ويلزم أن تتجه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين فلا عبرة بالإرادة إذا اتجهت إلى مجرد التماشي مع مقتضيات الآداب والمجاملات كمن يدعو شخصا إلى ركوب سيارته أو صديق مثلا.

* اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، يلزم أن تكون في صاحب توجيه الإرادة إلى الطرف الآخر، فلا يكفي وصول التعبير إلى هذا الطرف وأنه يعلم به بل يلزم أن بكون هذا نتيجة

([1]) علي فيلالي: النظرية العامة للالتزامات، موفم للنشر، ط1، الجزائر، 2005، ص ص92-96.

([2]) محمد صبري السعدي: النظرية العامة للالتزامات- العقد، الإرادة المنفردة، مصادر الالتزام، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص81.

([3]) محمد صبري السعدي: مرجع سابق، ص98.

للتوجيه الإرادي من صاحبها. فإذا لم تتجه نية صاحب الإرادة إلى إحداثها في ذهن من وجه إليه لم يكن له أي أثر وعلى ذلك إذا حرر شخص رسالة إلى آخر و لم يرسلها له بل أرسلها إلى شخص آخر دون إذن منه فإن علم الطرف الآخر بما في الرسالة لا يلزم صاحب التعبير بأي شيء، ويتم توجيه الإرادة عن طريق الإصدار أو التصدير غير أن الإصدار لا يكفي ليتم التوجيه بل يجب أن يصل التوجيه بعلم من وجه إليه و بذلك ينتج التعبير عن الإرادة أثره بهذا العلم [1].

ثانيا: طرق التعبير عن الايجاب والقبول في العقد الإلكتروني

أولا: الإيجاب في العقد الإلكتروني

عرفه البعض بأنه "كل اتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان"[2].

وللتعبير عن الإيجاب الإلكتروني هناك ثلاثة طرق للتعبير، هي:

1- الإيجاب عبر صفحات "الواب"

وهو إيجاب مستمر على مدار الساعة، موجه للجمهور في شتى بقاع الأرض وعادة لا يكون محددا بزمن معين، وغالبا ما يكون معلقا على شرط عدم النفاذ، ففي هذه الحالة يحرص المعلن على شبكة الأنترنت على أن يجعل المستهلك هو الشخص الموجب ويكون هو القابل.

2- الإيجاب عبر المحادثة أو المشاهدة

يتحول الكومبيوتر في هذا الإيجاب إلى هاتف مرئي يرى آل طرف الآخر عبر كاميرا خاصة، فيصدر من أحد الطرفين إيجاب يصادفه قبول من الطرف الأخر، وهنا نكون بصدد تعاقد بين حاضرين حكما.

3- الإيجاب عن طريق البريد الإلكتروني

يكون هذا الإيجاب موجها لشخص واحد فيكون في هذه الحالة غير ملزم، إلا إذا تضمن

([1]) بلحاج العربي: مرجع سابق، ص 114.

([2]) ماجد محمد سليمان أبا الخيل: مرجع سابق، ص40

الإيجاب إلزاما للموجب بالبقاء على إيجابه لفترة محددة، وقد يكون موجها لعدة أشخاص فيكون عند الشك مجرد دعوة إلى التفاوض والتعاقد وليس إيجابا من قبل المنتج أو المهني[1].

ثانيا: شروط صحة الايجاب الإلكتروني

لإنتاج أثر قانوني في انعقاد العقد يجب أن يتوفر الايجاب الإلكتروني على شروط لصحته:

– أن يكون الإيجاب واضحاً محدداً، فيكون واضح الدلالة على مراد المتعاقد لأنه يعبر عن إرادته الباطنة، فإذا كان في دلالته خفاء لم يتحقق الربط بينهما، ويقتضي هذا الشرط أن يكون الإيجاب متضمناً كافة العناصر الأساسية لقيام التعاقد المراد إبرامه.

– أن يكون الإيجاب جازماً، والمراد به أن يعبر عن إرادة مفيدة للبت في العقد بصورة لا تردد معها ولا تسويف، وإلا كانت نية الارتباط والتعاقد منفية؛ لأن التردد في حكم الرفض وعندئذ فلا عقد ولا التزام. ولا يعد إيجاباً مجرد الدعوة إلى التفاوض أو الإعلان، إلا إذا قامت دلائل تفيد قطعاً أن المراد به الإيجاب[2].

ثالثا: القبول في العقد الإلكتروني

أولا: تعريف القبول الإلكتروني

يعرف القبول بأنه موافقة الموجب له على الإيجاب الموجه إليه بالشروط التي تضمنها ودون تعديل، بحيث يترتب عليه انعقاد العقد إذا ما اتصل بعلم الموجب والإيجاب ما زال قائما.

وقد سمحت العديد من النصوص بالتعبير عن الإرادة "الإيجاب والقبول" من خلال رسائل البريد الإلكتروني، ويرى البعض أن القبول وسيلة مكتوبة عبر تقنيات الاتصال السريعة يضفي على العقد نوعا من الثقة والطمأنينة للمتعاقدين، حيث يمكن إثبات هذا القبول

([1]) إسماعيل قطاف: العقود الإلكترونية وحماية المستهلك، مذكرة ماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2005–2006، ص13.

([2]) علي بن عبدالله الشهري: مرجع سابق، ص ص21–22.

بورقة مكتوبة[1].

ثانيا: شروط صحة القبول الإلكتروني

يشترط فيه ما يشترط في القبول العادي، ومنها:

– أن يصدر القبول والإيجاب ما زال قائماً، فلا يتفرق العاقدان قبل صدور القبول، ولا يشتغل أحدهما بما يقطعهما عن العقد عرفاً، فإن تفرقا أو تشاغلا فلا ينعقد العقد؛ لأنه إعراض عن العقد، وإن كان أحدهما غائباً فيكون اتصال القبول بمجرد وصول الإيجاب إلى علمه.

وقد يكون اجتماع العاقدين حكمياً كما في حالة التعاقد عن طريق الاتصال المباشر عبر الأنترنت سواء كان صوتياً أم مرئياً، وفي حالة التعاقد عن طريق غرف المحادثة بالكتابة أو مجموعات الأخبار المباشرة، فإذا كان معها صوت أو صورة كان أولى، وفي هذه الحالات يقرب المجلس من مجلس العقد الحقيقي، حيث يصدر القبول عقب الإيجاب مباشرة، وإلا فيتصل القبول بالإيجاب إلى آخر المجلس.

وأما على اتصال مباشر، ولم يتشاغلا بما يقطعه عرفاً، فإذا انقضت المحادثة أو الاتصال دون صدور قبول سقط الإيجاب، وكأنه لم يكن.

– أن يكون القبول موافقاً للإيجاب، وذلك لأن التوافق والتطابق بين القبول والإيجاب يدل على الرضا، ومن ثم يجب أن يشتمل القبول على جميع جزئيات الإيجاب، وإذا انعدم التوافق بين الإيجاب والقبول انعدم التراضي. وقد يكون التوافق حقيقياً إذا ورد كل من الإيجاب على القبول على شيء واحد، وقد يكون ضمنياً إذا كانت مخالفة القبول للإيجاب لمصلحة الموجب، إذ ينعقد العقد مع هذه المخالفة؛ لأنها تدل في حقيقتها على الرضا بأبلغ وجه[2].

([1]) بلقاسم حامدي: مرجع سابق، ص84.

([2]) علي بن عبدالله الشهري: مرجع سابق، ص23.

الفرع الثاني: الوكيل الإلكتروني

أولا: تعريف الوكيل الإلكتروني

اختلفت الآراء الفقهية حول تعريف الوكيل الإلكتروني؛ فيعرفه بعض الفقه على أنه برنامج يعلم كيف يقوم بالأعمال التي تكون مناسبة للمستخدم".

كما عرفه أحد التقنيين في شركة IBM؛ بأنه: "برنامج يساعد الناس على القيام بأعمال لحسابهم".

بينما يعرفه الآخرون بشكل يوضح الهدف منه وإبراز الخصائص التي يتمتع بها بأنه "برنامج من برامج الحاسب الآلي يقوم بعمل مهين نيابة عن الشخص الذي يستخدم الحاسب الآلي، ويكون له في قيامه بهذا العمل قدر من الاستقلالية فلا يتطلب قيامه بهذا العمل تدخل مباشر من الشخص الذي يمثله".

ثانيا: دور الوكيل الإلكتروني

يستخدم الوكيل كوسيط لمساعدة البائع والمشتري في مجال الخدمات والمنتجات على شبكة الأنترنت، والقيام بخطوات البيع والشراء بدءاً من مرحلة جمع المعلومات والمفاضلة بين المنتجات والخدمات، مرورا بمرحلة التفاوض وإبرام العقد وانتهاءً بتنفيذه.

وما يميز الوكيل أن تكون له القدرة على التعامل مع الأخرين المتواجدين على شبكة الأنترنت من خلال التفاعل والتواصل فيما يتعلق بالسلعة أو الخدمة الموكل فيها.

إضافة إلى الاستقلالية في أداء دور التعاقدي، وهذا أن يتصرف وفقا لخبراته الخاصة من بناء معلومات وتجارب سابقة وتجارب وكلاء الأخرين الذي يتبادل معهم هذه الخبرات[1].

الفرع الثالث: عوارض الأهلية وما يعيبها في العقد الإلكتروني

أولا: عوارض الأهلية

تنص المادة 78 من القانون المدني "أن كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته

([1]) شريف محمد غنام: دور الوكيل الإلكتروني في التجارة الإلكترونية، دراسة في ضوء أحكام اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية 2005، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012، ص22.

عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون"[1].

تكون الأهلية معدومة في حالة الصبي غير المميز والمعتوه وانعقاد العقد من هؤلاء يكون باطلا بطلانا مطلقا، ولا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد الأهلية أو ناقصها. وعليه فمن بلغ سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة، ولم يحجر عليه فيعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 ق.م[2].

والعوارض أربعة: الجنون، والعته، والغفلة، والسفه.

* المجنون: وهو من فقد عقله فهو عديم التميز.

* المعتوه: وهو ضعيف القوى العقلية (مميز).

* السفيه: وهو من يبذر أمواله.

* ذو الغفلة: وهو الذي يغبن في المعاملات المالية لسذاجته[3].

أما النسبة للعقود الإلكترونية، فإن مسألة التأكد من توافر شرط الأهلية تثير صعوبة ومشاكل كبيرة، أهمها أنه يصعب على البائع عن بعد التحقق من أهلية المتعاقد الآخر على الشبكة وهي مشكلة حقيقية تظهر دائما في العقود التي تبرم دون حضور مادي للأطراف- كما هو الحال بالنسبة للعقود الإلكترونية – بسبب عدم اجتماع المتعاقدين في مجلس واحد، وبالتالي يصعب على التاجر أو المتعاقدين عبر الأنترنت، معرفة مدى توفر شرط الأهلية في الطرف الثاني.

ثانيا: حكم البيع إلى ناقص الأهلية

تنظيم القواعد القانونية في الدول المختلفة حماية ناقص الأهلية بجعل العقود التي يبرمها هؤلاء قابلة للإبطال لمصلحتهم، وفي العقود التجارة الإلكترونية تتعارض مصلحتان:

الأولى: مصلحة القاصر في إبطال تعاقده وفقا للقواعد العامة.

([1]) المادة 78 من القانون المدني الجزائري.

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

([3]) الموقع الإلكتروني: https://www.droit-dz.com/forum/threads/10617 تاريخ الاطلاع 2019/05/10

الثانية: مصلحة التاجر أو المتعاقد مع القاصر بحسن نية، الذي يرى انهيار عقوده إذا طعن القاصر في العقد بالإبطال؛ لا سيما أن التاجر في عقد البيع ليس في مقدوره التيقن من عمر المتعاقد الأخر معه في كل حالة[1].

وكحل لهذا الإشكال، يرى جانب من الفقه ضرورة تبني نظرية الظاهر واعتبار العقد الذي أبرمه القاصر صحيحا، إذا ظهر على الشبكة بمظهر الشخص الراشد حماية لمصلحة التاجر من إهمال البعض في رقابة القصر في استعمال شبكة الأنترنت[2].

ثالثا: عيوب الإرادة

تتسم التعاملات التعاقدية الإلكترونية بالتعقيدات التكنولوجية وخاصة أن العقد يتم عن بعد بين طرفين غائبين غير متكافئين في أغلب الأحيان[3]، مما قد يؤثر على صحة تطابق الارادتين وعدم خلوها من الموانع والعيوب، وتشمل عيوب الارادة على ما يلي:

أولا: عيب الغلط

يمكن تعريف الغلط بأنه حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع. وغير الواقع أما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها[4]. بمعنى أن الغلط؛ هو وهم يقوم في ذهن الشخص فيتصور له الأمر على غير حقيقته"[5].

ويكون العقد باطلا إذا مس أحد أركان العقد أو وقع المتعاقد في غلط جوهري[6] بوجود إرادة غير حقيقية أو غير موجودة وهذا يقع خاصة في العالم الافتراضي "شبكة الأنترنت"

([1]) سمير برهان: الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، إبرام العقد في التجارة الإلكترونية، المجلس الأعلى للثقافة، ط1 القاهرة، 2003، ص108

([2]) إسماعيل قطاف: مرجع سابق، ص20.

([3]) عبد العالي فارس: حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، مذكرة الماستر، تخصص قانون الأعمال، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 2014/2013، ص29.

([4]) عبد الرازق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص289.

([5]) رمضان أبو السعود: مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2003، ص107.

([6]) حامد قاسم: مرجع سابق، ص132.

كأن لم يكن، وهو الغلط المانع الذي يقع في الحالات التالية:

* **الغلط في صفة جوهرية في الشيء[1]:** يقع هذا الغلط في صفة الشيء التي يراها المتعاقدان الجوهرية، فإن الغلط لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا كان هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد[2]. كأن يبرم الشخص عقدا الكترونيا عبر شبكة الأنترنت معتقدا أنه اشترى برنامجا لممارسة حق الاستغلال، في حين كان قصد البائع منه حق الاستعمال فقط، فمنع من التراضي لعدم تطابق الارادتين وبالتالي من نشوء العقد[3].

* **الغلط في شخص المتعاقد[4]:** يقع على الغلط في شخص المتعاقد، فإن الغلط لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد[5]، وهذا الغلط في صفة ثانوية للشخص إذا لم تكن شخصية محل اعتبار، وكثيرا ما يقع مثل هذا الغلط في العقود الإلكترونية كالغلط في تحرير البيانات أو البيع.

* **الغلط عن طريق التعاقد بالوسيط الإلكتروني" الجهاز المؤتمت"[6]** : يكون هذا العقد باطلا إذا لم يكن بإمكان الشخص الذي وقع في الغلط تداركه او تصحيحه، وفق المعايير التي جاءت بها المادة 12 فقرة 3 من مشروع اتفاقية الأونيسترال[7] للتعاقد الإلكتروني. على عكس ما جاءت به المادة 11 فقرة 2 من قانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية، حيث

([1]) المادة 82 فقرة 2 من القانون المدني "ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية".

([2]) عبد الرازق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص299.

([3]) حامد قاسم: مرجع سابق، ص132.

([4]) المادة 82 فقرة 3: "إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

([5]) عبد الرازق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص300.

([6]) التعاقد الإلكتروني المؤتمت (Automated e-contracting) أتمَتَ الماكينةَ جعلها أوتوماتيكيّة، تعمل بالتشغيل الذاتيّ أو الآليّ، الموقع الإلكتروني: https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D9%85%D8%A4%D8%AA%D9%85%D8%AA

([7]) لمزيد من التفاصيل أنظر الموقع الإلكتروني: http://www.uncitral.org/uncitral/ar/about_us.html

يكون العقد قابلا للإلغاء وليس باطلا[1].

ثانيا: عيب التدليس

هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، والتدليس لا يجعل العقد قابلا للإبطال إلا للغلط الذي يولده في نفس المتعاقد[2]. ويتكون التدليس من عنصرين: عنصر المادي ويتمثل في الطرق الاحتيالية، أم العنصر الثاني يتمثل في العنصر المعنوي يتمثل في نية التضليل والخداع.

ويتمثل التدليس في العقود الإلكترونية؛ في الدعايات والإعلانات الكاذبة والمضللة للمنتجات والخدمات عبر شبكة الأنترنت، ولم يقتصر التدليس على شقه المدني فقط وإنما امتد على المستوى الجنائي، من جرائم التزوير والاحتيال والتزييف.

ومن صور التدليس إنشاء موقع وهمي على الأنترنت لا وجود له على الإطلاق[3]، مما يصعب تحديد هوية أو كشف افعالهم، ولا أثر للموقع سوى صور زائفة، وأن المتعاقد الأخر المستثمر قبل الأموال المودعة الكترونيا ثم اختفى عن الأنظار وشبكة الأنترنت[4].

ثالثا: عيب الإكراه

وهو ضغط مادي أو أدبي يقع على الشخص فيولد لديه رهبة أو خوفا يحمله على التعاقد، والاكراه مستبعد في التعاقد الإلكتروني، أو على الأقل غير متصور لأن التعاقد الإلكتروني يتم بين طرفين يفصل بينهما مكان ويجمعهما مجلس عقد حكمي وليس حقيقيا[5] .

وفي رأينا يمكن أن يكون الاكراه دافعا للتعاقد إلكترونيا كأن يقوم أحد المتعاقدين بتخويف والاكراه النفسي عن طريق تهديد الطرف الأخر بالقرصنة والاختراق للموقع، أو نشر فيرس لإتلاف البيانات والمعطيات الشخصية المحفوظة في جهاز الحاسوب عبر شبكة

([1]) طرق الاحتيالية التي يلجأ إليها أحد المتعاقدين لإبرام العقد.

([2]) عبد الرازق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص318.

([3]) حازم الصمادي: المسؤولية في العمليات المصرفية الإلكترونية، دار وائل للنشر والتوزيع، ط1، عمان، 2003 ص57. كذلك خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق، ص182. وكذلك حامدي بلقاسم: مرجع سابق، ص136.

([4]) حامدي بلقاسم: مرجع سابق، ص ص 136-137.

([5]) خالد ممدوح إبراهيم: المرجع نفسه، ص188.

الأنترنت خاصة بسبب التبعية الاقتصادية في الاستغلال المتعسف مما يضطر إلى التعاقد تحت الرعبة المنبعثة في نفسه بسبب التهديد.

رابعا: عيب الغبن

بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه[1]. والغبن لا يؤثر في العقد الإلكتروني، ويترتب على ذلك أنه إذا جاء الغبن نتيجة أحد عيوب الرضا فإنه لا يطعن على العقد تأسيسا عليه وإنما تأسيسا على العيب الذي جاء نتيجة وقوعه في غلط في قيمة المبيع او في صفة جوهرية له[2].

الفرع الرابع: محل وسبب عقد الإلكتروني

يشترط في المحل أو الموضوع؛ أن يكون أمرا ممكنا أو شيئا موجودا ... كما يجب ان يكون معينا، وذلك إن لم يكن موضوع الموجب معينا فلا يكون رضى صحيح ولا قبول بإجراء العقد.

أما فيما يخص السبب باعتباره الباعث والغرض المباشر الذي يقصد به الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه، ويشترط في السبب أن يكون مشروعا؛ فعدم مشروعيته هو السبب غير المباح والمحرم في القانون لأنه مخالف للآداب أو للنظام العام... وإن صفة عدم المشروعية للسبب تؤدي إلى البطلان المطلق للعقد[3].

يتم وصف المنتجات محل التعاقد عادة على الخطأ أي على الشبكة نفسها، وغالبا ما يكون الوصف مصحوبا بصورة كما هو الحال في الكتالوج الورقي التقليدي، كما يلاحظ أن المشتري المحتمل يتلقى بعض الرسائل التي تتضمن تأكيدا لجودة المنتجات المعروضة عليه لذلك حرصت على شرط التعيين أو قابل للتعين لمحل العقد النموذج الفرنسي للتجارة الإلكترونية على وجوب تحديد الصفات الرئيسية للسلع والخدمات المعروضة[4].

([1]) عبد الرازق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص320.

([2]) خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق، ص188.

([3]) موريس نخلة: الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، ج3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2007، ص ص234-235.

([4]) أسامة أبو الحسن مجاهد: مرجع سابق، ص59.

المطلب الثاني: مجلس العقد الإلكتروني

بعد توافق الإرادتين وتطابق الإيجاب بالقبول كإجراء مبدئ، ومن ثم يجب لإتمام العقد أن يشتمل هذا الأخير على مجلس العقد مما يدل على زمان ومكان اجتماع المتعاقدين.

الفرع الأول: مفهوم مجلس العقد

أولا: تعريف المجلس العقد في اللغة والاصطلاح

أ) مجلس العقد لغة

المجلس – بِكَسْرِ اللاَّمِ – على وزن "مفعِل"؛ مصدره ميمياً، فيرد اسما للزمان، واسما للمكان، من مادة "الجلوس" واستعماله المناسب هنا هو اسم للمكان، أي موضع الجلوس. ومن الواضح أن كلمة "المجلس" تحمل معنى "مجلس العقد" فهي ليست لمطلق مجلس، بل لمجلس العقد خاصة، وهذا التقييد تشير إليه "أل" فهي للدلالة على المعهود في الذهن والمراد مكان التبايع أو التعاقد[1].

ب)مجلس العقد في الاصطلاح

فقد عرف الفقهاء مجلس العقد بأنه هو الاجتماع الواقع لعقد البيع [2].

ومنهم من عرف مجلس العقد على أنه الوحدة الزمنية التي تبدأ من وقت صدور الإيجاب، وتستمر طوال المدة التي يظل فيها العاقدان منصرفين إلى التعاقد، دون ظهور إعراض من أحدهما عن التعاقد، وتنتهي بالتفرق، وهو مغادرة أحد العاقدين للمكان الذي حصل فيه العقد[3].

ثانيا: شروط مجلس العقد الإلكتروني: يتوفر في مجلس العقد شرطين يتمثلا في:

أ) اجتماع المتعاقدين في مكان افتراضي

لتكوين مجلس العقد تكوينا فعليا حضور المتعاقدين أو أحدها أو من ينوب عنهما مثل الولي والوصي والقيم أو من يقوم مقامهما في مكان مجلس العقد ... فالحضور يمكن أن

([1]) الموسوعة الفقهية الكويتية: الموقع الالكتروني: http://www.almeshkat.net تاريخ الاطلاع: 2019/05/10.

([2]) أنظر الموقع الإلكتروني https://www.kutub-pdf.net/book/5649 تاريخ الاطلاع: 2019/05/10.

([3]) الموسوعة الفقهية الكويتية: المرجع السابق.

يكون حقيقيا أو يكون حكميا بحضور الإرادة المتمثلة بالكتابة أو الرسول لأن حضور هذه الإرادة هو بمثابة حضور بالنفس.

أما مجلس العقد الإلكتروني فإنه لا يختلف بشأن هذا الشرط، حيث يشترط اجتماع المتعاقدين في مكان معين أو احدهما على الأقل، فالحضور الافتراضي متحقق في مجلس العقد الإلكتروني.

ب) الانشغال بصيغة التعاقد وعدم الاعراض عنها

يرى بعض الفقهاء أن مجلس العقد الحقيقي، وهو مجلس التعاقد بيم حاضرين يبدأ بصدور الايجاب، في حين يرى البعض أن التعاقد يبدأ بالعلم بالإيجاب وليس بصدور الإيجاب، أما التعاقد بين غائبين فإن بدأ الانشغال بالصيغة يبدأ من تاريخ علم الطرف الأخر بالإيجاب لأنه تعاقد عن بعد حيث لا يجمع الطرفين مكان واحد، ويستمر مجلس العقد مادام الطرفان منشغلين بالتعاقد ولم يعرضا عنه[1].

الفرع الثاني: زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني

تنص المادة 67 من ق م 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".

أولا: زمن إتمام العقد في التعاقد بين غائبين

أجمع الفقهاء على أن العقد ينعقد بين الغائبين كما في آلات الاتصال الحديثة بمجرد إعلان القبول، ولا يشترط العلم بالقبول بالنسبة للطرف الموجب الذي وجه الإيجاب.

فلو كان المتعاقدان يتحدثان بالهاتف أو باللاسلكي، وقال أحدهما للآخر: بعتك الدار أو السيارة الفلانية، وقال الآخر: قبلت، انعقد العقد، بمجرد إعلان القبول، ولو لم يعلم الموجب بالقبول، بأن انقطع الاتصال بينهما:

([1]) عقيل فاضل حمد الدهان: الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق المجلد 18، العدد 10، 2007، ص06.

1- إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد، ولا يرى أحدهما الآخر معاينة، ولا يسمع كلامه، وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة "الرسول" وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي "الكومبيوتر" ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله.

2- إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين، وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي، فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقداً بين حاضرين.

3- إذا أصدر العارض بهذه الوسائل إيجاباً محدد المدة يكون ملزماً بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة، وليس له الرجوع عنه.

4- ما يتعلق باحتمال التزييف أو التزوير أو الغلط يرجع فيه إلى القواعد العامة للإثبات[1].

يتنوع مجلس العقد إلى نوعين: حقيقي وحكمي.

فمجلس العقد الحقيقي يقصد به مجلس العقد الذي يجمع المتعاقدين في مكان واحد فيكونان على اتصال مباشر، بحيث يسمع أحدهما كلام الأخر مباشرة حل كونهما منصرفين إلى التعاقد ... أما مجلس العقد الحكمي فهو المجلس الذي يكون أحد المتعاقدين غير حاضر فيه كما هو الحال في التعاقد بالهاتف[2].

ثانيا: اتحاد مجلس العقد في التعاقد

المراد باتحاد المجلس اتحاد الزمن أو الوقت الذي يكون فيه المتعاقدان مشتغلين بالتعاقد، وليس المراد من اتحاد المجلس كون المتعاقدين في مكان واحد.

فمجلس العقد هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مقبلين على التفاوض في العقد، وعن هذا قال الفقهاء: " إن المجلس يجمع المتفرقات"[3].

([1]) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سوريا، د س، ص157.

([2]) طارق كاظم عجيل: موقع الإلكتروني: http://www.the électronique.transactions.conférence.com تاريخ الاطلاع: 2019/05/09

([3]) أسامة بن الزهراء: مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الموقع الإلكتروني: http://www.ahlalh-deeth.com تاريخ الاطلاع: 2019/05/10

ثالثا: خيار المجلس العقد

اختلف الفقهاء في خيار المجلس، فذهب معظمهم إلى القول به، وذهب آخرون إلى إنكاره واعتبار العقد لازما من فور انعقاده بالإيجاب والقبول.

فجمهور الفقهاء من السلف والخلف، ومنهم الشافعية والحنابلة، ذهبوا إلى إثباته، فلا يلزم العقد عند هؤلاء إلا بالتفرق عن المجلس أو التخاير واختيار إمضاء العقد وذهب الحنفية والمالكية وبعض فقهاء السلف إلى نفي خيار المجلس [1].

أن يكون لكل من الموجب والقابل الحق في فسخ العقد بعد صدور الإيجاب والقبول منهما ما داما في مجلس العقد.

وفي التعاقد عبر البريد الإلكتروني إذا كان التعاقد يتم بالكتابة مباشرة بين الطرفين فإن مجلس العقد يبدأ من حين صدور الإيجاب ويستمر حتى خروج أحد الطرفين من الموقع.

أما إذا كان التعاقد لم يتم مباشرة فإن مجلس العقد يبتدئ من حين اطلاع القابل على المعروض عليه ويستمر حتى تنتهي المدة المحددة إذا وجدت، وإلا رجع في ذلك إلى الأعراف.

وفي حال التعاقد عبر المحادثة والمشاهدة فإن مجلس العقد يبتدئ من حين صدور الإيجاب ويستمر حتى الانتهاء من المحادثة.

وتكون الخيارات في مجلس العقد حسب التالي:

- يكون من حق الطرف الموجب أن يتراجع عن إيجابه قبل اقترانه بالقبول "خيار الرجوع عن الإيجاب" إلا في حالة تحديده بمدة فإنه يكون ملزماً بالبقاء عليها.
- من حق الطرف الراغب في التعاقد أن يتأمل الأمر المعروض عليه وليس ملزماً بأن يختار العقد مباشرة "خيار القبول".
- بعد التعاقد من قِبل الطرفين يكون من حقهما جميعاً أن يتراجع أحدهما عن العقد بدون رضا الآخر وذلك مادام الاتصال بالموقع المخصص للتعاقد لازال قائماً "خيار المجلس" إلا

(1) الموسوعة الفقهية الكويتية: موقع الإلكتروني http://www.almeshkat.net

في حالة وجود شرط عدم الخيار فإن العقد يكون باتاً وليس من حق أحدهما التراجع إلا في حال رضا الطرف الآخر "الإقالة"[1].

الفرع الثالث: أثار العقد الإلكتروني من حيث الزمان والمكان

أولا: تحديد الوقت الذي يجوز فيه الرجوع عن الايجاب غير الملزم للموجب وكذلك رجوع القابل عن قبوله.

ثانيا: وقت تحديد اثار العقد الإلكتروني؛ أن اثار العقد تبدأ بالضهور بمجرد انعقادهُ كانتقال الملكية في بيع المنقول المعين بالذات وما يترتب عليه من انتقال ملكيه المنقول الى من وقت تمام العقد اي وقت اعلان القبول اذا نظريه الاعلان ومن وقت العلم إذا ما اخذنا بنظريه العلم بالقبول.

ثالثا: تحديد مده سريان العقد؛ تظهر أهميه تحديد زمان ابرام العقد الإلكتروني وكذلك له أهميه كبيرة في حال إعلان إفلاس التاجر الذي يبرم عقد الكترونياً؛ لمعرفه في حال نفاذها في حق الدائن من عدم نفاذها إفلاس التاجر في أي عقد تقليدي له تأثير على دائني المفلس لما قد يرتبه العقد من زيادة في التزامات التاجر المفلس له وزيادة في حقوقه، وبالتالي لابد من تحديد وقت إبرام هذا العقد لكي يتم معرفته فيما بعد إذا كان سوف ينفذ في حق دائني التاجر المفلس من عدم نفاذه [2].

الفرع الرابع: تنفيذ العقد الإلكتروني

كما أن إبرام العقود الإلكترونية يتم عن بعد، فإن تنفيذه أيضا يمكن أن يتم عن بعد دون انتقال الأطراف المادي والتقاؤهم في مكان معين، مثل عقود الخدمات المصرفية بين البنك والعميل (البطاقات الائتمانية)، وعقود الاستشارات القانونية بين المحامي وموكله، وعقود الاستشارات الطبية بين المؤسسات الطبية، وكل هذه العقود يتم تنفيذها عن بعد عبر شبكة

([1]) عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر: العقود الإلكترونية، دراسة فقهية مقارنة، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد 05، جامعة الامارات العربية المتحدة، 2003، ص2132.

([2]) محمد سامي سلمان: مرجع سابق، ص16، عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري "دراسة مقارنة" عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 1997، ص159.

للاتصالات عن بعد؛ أي أن العقد يتم تنفيذه على الشبكة مباشرة[1].

فالأصل في التسليم أن يسلم المبيع في المكان الذي وجد فيه، وإذا اشترط في مكان معين يجب الوفاء بالشرط، وبتطبيق هذا الحكم على عقد الإلكتروني "التجارة الإلكترونية" يجب التمييز بين السلع التي تباع وتنقل إلكترونيا، وبين السلع المارية التي يجب تسليمها في مكان يتم الاتفاق عليه ويتم وفق حالتين:

الحالة الأولى: يتم تسليم السلع على الشبكة نفسها كبيع البرامج؛

الحالة الثانية: فيتم إرسال السلع على العنوان المحدد، وبذلك يتضح ان زمان تسليم المبيع ومكانه يحدده العقد[2].

وخلاصة القول أن العقد الإلكتروني يخضع مبدئيا للقواعد والأحكام العامة للعقد باعتباره أهم مصدر للالتزامات إذ يتم التعاقد بالاتفاق والتراضي والتطابق الإيجاب والقبول.

ومما يميز العقد الإلكتروني كونه ينعقد عبر وسائل والمواقع الإلكترونية، كما أنه يقرب المسافات حتى سمي بالعقد عابر للحدود، وكذلك اختصار للوقت.

فالعقد الإلكتروني لا يخلو من الصعوبات والمعوقات؛ كون العقد يتم إبرامه عن بعد بمعنى بين متعاقدين لا يجمع بينهما مجلس عقد واحد، إضافة إلى صعوبة التحقق من هوية المتعاقد والتحقق من صحة وسلامة الإرادة.

بالنسبة للمستهلك يجد صعوبة في دقة المبيع وأوصافه، لاسيما عن طريق الدعاية والاعلانات المزيفة في العالم الافتراضي "الأنترنت"، لذا لجا المشرع والمنظمات الدولية إلى إطفاء الشكلية لأبرام العقد الإلكترونية وحماية خاصة للمستهلك.

فما أهمية الشكلية الإلكترونية في التصرفات المبرمة عبر الأنترنت ؟ وما مدى حجيتها في الإثبات ؟ وهذا ما سنوضحه من خلال الفصل الثاني.

([1]) إبراهيم المحامي: موقع الإلكتروني: https://books.google.dz/books?id=0kqsDQAAQBAJ&pg تاريخ الاطلاع: 2019/05/10.

([2]) خالد بن محمود الجهني: التجارة الإلكترونية في ميزان الشريعة الاسلامية، منشأة عباس، مصر، 2004، ص20.

الفصل الثاني

الأحكام الشكلية
للعقد الإلكتروني

الفصل الثاني: الأحكام الشكلية للعقد الإلكتروني

لإنشاء الالتزام من الضروري توفر ركن الشكلية فهذا الركن كاف لقيام العقد وإحداث أثاره القانونية، تعتبر الشكلية للعقد الإلكتروني أساسا في الكتابة الإلكترونية وكذا التوقيع الإلكتروني، وتعتبر الشكلية عموما ذات أهمية بالنسبة للتصرف في كونها قد تكون ركنا فيه أو وسيلة لإثباته، أو قرينة على صحته، وذات أهمية أيضا بالنسبة لأطراف التصرف باعتباره وسيلة للتعبير عن الإرادة، كما تكون الشكلية وسيلة للإثبات أو الانعقاد.

فعدم الحصول على الدليل الكتابي قد يؤدي إلى عدم انعقاد العقد وفقا لمبدأ حجية الإثبات بالكتابة والتوقيع كمبحث الأول، وكذلك الحديث عن التحكيم، خاصة في طرح المنازعات أمام القضاء في ظل استخدام وسائل التعاقد الحديثة من خلال المبحث الثاني.

المبحث الأول: التدوين الإلكتروني ومدى حجيته

كل متعاقدين في أي من العقود أن يوثقا العقد بجميع شروطه وتفصيلاته الصغيرة قبل الكبيرة، قال الله تعالى: { **ولا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَى أَجَلِهِ** } [1].

فالكتابة الوسيلة الفعالة في إثبات العقود متى توافرت على الشروط الموضوعية خاصة إذا كانت الكتابة الإلكترونية، وهذا ما سنوضحه من خلال هذا المبحث.

المطلب الأول: ماهية الكتابة الإلكترونية

لتفادي إجراءات الشكلية والرسمية في العقود فإن هناك من القوانين الوطنية المختلفة من استبعدت تطبيق القواعد الخاصة بالعقود الإلكترونية علي بعض التصرفات القانونية الهامة وفضلت إبرامها في الشكل التقليدي دون الشكل الإلكتروني، باعتبار أن هذه الأمور ليست متعلقة بالنشاط التجاري وليس لها علاقة بالمعاملات التجارية الإلكترونية، وإنما هي فقط مجرد تصرفات مدنية أو شخصية بحتة ، كالزواج والهبة والوصية، أو لكونها تصرفات لها أهميتها وخطورتها ، مثال ذلك رهن السفينة ، وتسجيل العقار، والحقوق العينية الواردة على العقار بصفة عامة، وأحكام وقرارات المحاكم وأوراق ومستندات التقاضي[2].

([1]) سورة البقرة الآية 282.

([2]) خالد ممدوح ابراهيم: الموقع الإلكتروني: http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net

تعتبر الكتابة ركن من أركان الشكلية للعقد، كما أنها يعتد بها كوسيلة لإثبات التصرف بكتابته الذي كان يقوم على دعامات ورقية، أما مع تطور وسائل الحديثة كالأنترنت أو البريد الإلكتروني فحلت محل الكتابة الورقية الخطية في شكلها التقليدي.

الفرع الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية

اختلف فقهاء القانون بخصوص مفهوم الكتابة الإلكترونية فبعض الفقهاء يروا مفهوم الكتابة يقتصر على الإثبات فقط، ومنهم من يرى مفهومها من الجانب الواسع[1].

فيعرفها البعض بمفهومها الواسع مجموعة من الرموز المرئية التي تعبر عن القول أو عن الفكر. فهي أسلوب للتعبير تتشكل من حروف وبيانات في شكل مادي ظاهر، أو حتى بالرموز المختصرة ما دامت مفهومة من طرفي العلاقة، أو يحتفظان بمفاتيح لهذه الرموز معتمدة منهما، وتعبر عن معنى مكتمل أو فكرة مترابطة صادرة من الشخص الذي نسبت إليه[2]، وهو ما يتطلب شكلا معينا... فالكتابة غالبا ما تكون على الورق وتسمى هذه الأوراق بالمحررات[3].

بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد وضع تعريفاً للكتابة في مجال الإثبات، وأنه أعطى لها مفهوما واسعاً ويتضح ذلك من خلال نص المادة 1316 من التقنين المدني الفرنسي بعد التعديل[4] على أنه: "ينشأ الدليل الكتابي أو الإثبات بالكتابة نتاج تتابع مجموعة من الحروف أو الأشكال أو الأرقام، أو أي إشارات أو رموز أخرى تعطي دلالة مفهومة، أيا كانت الدعامة المثبتة لها، وأيا كانت طريقة نقلها"، فهذا التعريف هو مجرد تطبيق لمبدأ الحياد التقني، بحيث يستوعب مفهوم الكتابة والمحررات الورقية والمحررات الإلكترونية، وغيرها

([1]) محمد حسن قاسم: التعاقد عن بعد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2005، ص104.

([2]) سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، ج1، الأدلة المطلقة، ط5 القاهرة 1991، ص231.

([3]) أسامة أحمد شوقي المليجي: قيمة مستخرجات التقنيات الحديثة ومدى حجيتها في الاثبات المدني، القاهرة، 2003 ص234.

([4]) القانون رقم 2000/230 الصادر في 13 مارس 2000 المتعلق بتطويع قانون الإثبات لتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني، حيث جاء هذا القانون بتعديل مهم شمل خاصة المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي، محمد محروك خصوصيات التوقيع الإلكتروني وحجيته في الاثبات، جامعة القاضي عياض، مراكش، ص28.

مما يسفر عنه التطور التكنولوجي في تقنيات الكتابة والدعامة التي تقع عليها، وبذلك يكون المشرع قد منع التمييز بين أنواع الكتابة على أساس الدعامة المثبتة عليها[1].

عرف القانون النموذجي الأونيسترال. في المادة 2 بأنها: "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي"[2].

أما المشرع الجزائري فقد أدرج التوقيع الإلكتروني سنة 2005 "القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني" الذي تم من خلاله الاعتراف بالكتابة الإلكترونية كوسيلة اثبات في المادتين 232 مكرر 1 و 323 مكرر.

الفرع الثاني: خصائص الكتابة الإلكترونية

للكتابة الإلكترونية خصائص تتصف بها منها:

1- استرجاع المعلومات: يمكن استرجاع المعلومات المدونة والمخزونة ببرامج خاصة تقوم بتحويل رموز الوسيلة الإلكترونية إلى حروف مقروءة وواضحة، وهو من شأنه أن يجعل الكتابة مقروءة وباللغة التي تم تحرير الكتابة بها.

2- حفظ الكتابة: تحفظ الكتابة الإلكترونية من طرف جهات تدعى مزود خدمة التصديق الإلكتروني، حيث تصدر شهادة التصديق الإلكتروني، ولا يسمح هذا الطرف بأي تعديل يمس الكتابة الإلكترونية.

3- تشفير البيانات: تعتمد هذه الخاصية على الخوارزميات في إجراء عمليات حسابية ومعادلات؛ فتجعل من المحرر الإلكتروني مجرد رموز وإشارات غير مفهومة عن طريق التشفير ويطبق عليها "مفتايح التشفير"، ويقابل هذه العملية عملية فك التشفير وإعادة

([1]) محمد عمار تيبار: مدى حجية المحرر الإلكتروني في مجال الإثبات في القانون الليبي، كلية القانون جامعة الفاتح، أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية "تكوين العقد وإثباته"، دروس الدكتوراه لدبلومى القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، جامعة عين شمس، 2004/2003، ص311.

([2]) عابد عبد الفتاح قايد: الكتابة الإلكترونية في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2007، ص76.

المعلومات والبيانات إلى صيغتها الأصلية، ويطلق عليها "مفتاح فك التشفير"[1].

الفرع الثالث: أهمية الكتابة الإلكترونية

تبنت بعض التشريعات الدولية والعربية مثل الولايات المتحدة وفرنسا وتونس والأردن والامارات العربية المتحدة والبحرين على دور الكتابة الإلكترونية في استيفاء الشكل المطلوب لانعقاد التصرفات القانونية الشكلية الورقية ... فالكتابة الإلكترونية يتم تحريرها على دعامة الكترونية وتخزينها بحيث يسهل الرجوع إليها في أي وقت من خلال شاشة الحاسوب[2].

وتتجلى أهمية الكتابة في إمكانية الاحتجاج في مواجهة الآخرين فإن المحرر يجب أن يكون مقروءا، وبالتالي يجب أن يكون مدونا بحروف أو رموز معروفة ومفهومة للشخص الذي يراد الاحتجاج عليه بهذا المحرر، وبالنظر إلى أنه يضمن قراءة هذه المحررات في جميع الأحوال باستخدام الحاسب الآلي وهو ما يعني استيفاءها للشرط المتعلق بإمكان القراءة والفهم طالما أن اللغة التي تظهر على الشاشة هي لغة مفهومة ومقروءة لأطراف العقد.

فوظيفة الكتابة تحدد في وجود التصرف القانوني، بما يمكن الأطراف من الرجوع إليه في حالة خلاف[3].

الفرع الرابع: حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات

لم تعد الكتابة كدليل في الإثبات قاصرة على الكتابة المفرغة في محرر ورقي بل تشمل أيضاً التي تضمنتها دعامة إلكترونية أيا كان شكلها و متى توفرت فيها الشروط المتطلبة قانوناً[4]

نص المشرع الجزائري على حجية الكتابة في الشكل الإلكتروني حيث لم يفرق بين

([1]) هاني سليمان الطعيمات: حجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين في إثبات المعاملات المالية "دراسة فقهية قانونية مقارنة" المجلة الاردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد14، العدد2، 2018، ص ص80-81.

([2]) عبد الله خيري عبد الله مرتضى: الشرط الكتابي في العقد الإلكتروني، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 05 يوليو 2016، ص18.

([3]) حسن عبد الباسط جميعي: إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنيت، دار النهضة، العربية 2000، ص19.

([4]) محمد حسن قاسم: مرجع سابق، ص147.

الكتابة على الورق والكتابة الإلكترونية، ويتضح ذلك من خلال نص المادة 323 مكرر 1 على ما يلي: "يعتبر الاثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي اصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

وحتى تحقق الكتابة دورها في الاثبات يجب ان تتوفر على الشروط التالية:

أولا: إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها

حاول المختصين إيجاد بعض الحلول التقنية لتأكيد الهوية باستعمال وسائل تعريف الشخصية عبر كلمة السر أو الأرقام السرية، و كذا وسائل التشفير أو ما يعرف بوسيلة المفتاح العام والمفتاح الخاص، ووسائل التعريف البيولوجية للمستخدم، كبصمات الأصابع المنقولة رقميا أو تناظريا وسمات الصوت أو حدقات العين أو غيرها، وهي وسائل أريد منها ضمان تأكيد الاتصال من جهة وإثبات هوية الشخص الذي أصدر الوثيقة الإلكترونية من جهة أخرى لكن تأكد بعد تجربتها أن لكل منها ثغرات أمنية ولذلك تعد غير كافية[1].

ثانيا: أن تحفظ غي ظروف تضمن سلامتها

يشترط للاعتداد بالكتابة حتى تؤدي وظيفتها في الإثبات أن يتم تدوينها على وسيط يسمح بثباتها عليه، وحفظها بصورة مستمرة، حتى يمكن لأصحاب الشأن الرجوع إليها إذا لزم الأمر[2]، فأوجب المشرع ضرورة حفظ الوثيقة الإلكترونية من أجل الحفاظ على حقوق الأفراد الذين يتعاملون بها أو من كان لهم حقوق ثابتة بها.

ويمكن حفظ الوثيقة الإلكترونية على حامل إلكتروني، ويسمى الوسيط أيضا، وهو وسيلة قابلة لتخزين وحفظ واسترجاع المعلومات بطريقة إلكترونية كأن تحفظ في ذاكرة الحاسب الآلي نفسه في أسطواناته الصلبة Disques Durs أو على الموقع في شبكة الأنترنيت أو على شبكة داخلية تخص صاحب الشأن، وقد تتمثل في قرص مدمج CD-ROM أو قرص

([1]) نذير برني: مرجع سابق، ص51.

([2]) حسن عبد الباسط جميعي: مرجع سابق، ص21.

مرن Disquette informatique، أو قرص فيديو رقمي DVD [1].

التزام المرسل بحفظ الوثيقة الإلكترونية في ذات الشكل الذي أرسلها به، حتى تكون حجة عليه متى تعلق حق للغير بهذه الوثيقة، فإذا ادعى خلاف ذلك، كانت الصورة المسلمة إليه حجة عليه وحجة للطرف الآخر الذي يتمسك ضده بهذه الوثيقة الإلكترونية [2].

ثالثا: عدم التعديل عليها

يشترط لإضفاء الحجية الثبوتية على المحرر الكتابي التقليدي ألا يقبل التحريف أو التعديل بظهور تم إدخاله من تعديلات، أي ان يكون خالياً من أي عيب يؤثر في صحته وبعبارة أخرى كل تعديل أو تغيير يطرأ في مضمون المحرر الكتابي التقليدي سواء بالكشط أو بالمحور أو الحشو، وغير ذلك من العيوب المادية يفقد هذا المحرر قيمته القانونية، تحديداً حجيته في الإثبات، أو في الأقل ينقصها بحيث لا يرقى إلى درجة الدليل الكتابي التقليدي الكامل[3].

المطلب الثاني: التوقيع الإلكتروني ومدى حجيته

الفرع الأول: مفهوم التوقيع الإلكتروني

تعريف التوقيع الإلكتروني أنه:" كل إشارات أو رموز أو حروف مرخص بها من الجهة المختصة باعتماد التوقيع، ومرتبطة ارتباطا وثيقا بالتصرف القانوني، تسمح بتمييز شخص صاحبها وتحديد هويته، وتتم دون غموض عن رضائه بهذا التصرف القانوني"[4].

فيعد التوقيع الإلكتروني علامة شخصية خاصة ومميزة يضعها الشخص باسمه

([1]) نذير برني: مرجع سابق، ص52.

([2]) عبد الفتاح بيومي حجازي: النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2002 ص149.

([3]) محمد عمار تيبار: مرجع سابق، ص 09، عبد العزيز المرسى حمود: مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية في ضوء قواعد الإثبات النافذة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 21، أبريل 2002 ص27.

([4]) عبد الحميد ثروت: التوقيع الإلكتروني، ماهيته – مخاطره، وكيفية مواجهتها مدى حجيته في الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص50

أو ببصمته، أو بأي وسيلة أخرى على مستند لإقرار والالتزام بمضمونه[1].

أما عن المشرع الجزائري فقد تطرق إلى تعريف التوقيع الإلكتروني في ظل القانون 15-04 في المادة 2 [2] بأنه: "بيانات إلكترونية في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق".

الفرع الثاني: أنواع التوقيع الإلكتروني

أولا: التوقيع الخطي عن طريق الماسح الضوئي "scanner" أو باستخدام القلم الإلكتروني Pen-op

أنشئ الماسح الضوئي خصيصا لنقل الصور الفوتوغرافية والوثائق الأصلية كما هي الدعامات الإلكترونية الموجودة على جهاز الكمبيوتر[3]، ويتم تخزينها على أي دعامة الكترونية أو مغنطيسية محمولة مثل الأقراص المرنة أو المدمجة، على نحو يتيح للموقع استخدامه في التوقيت الذي يختاره في التوقيع على أي عقد أو محرر الكتروني.

يمكن استخدام القلم الإلكتروني في نقل التوقيع الخطي إلى الحاسوب، ويتطلب هذا التوقيع استخدام قلم الكتروني حساس، يمكنه الكتابة على جهاز الحاسوب المعد لهذا الغرض وذلك عن طريق قيام الموقع بوضع توقيعه يدويا من خلال استخدام القلم الإلكتروني على شاشة الجهاز ويخزن كمجموعة من القيم الرقمية التي يمكن ان تضاف إلى رسالة البيانات[4].

ثانيا: التوقيع بالرقم السري (PIN)

يستعمل هذا التوقيع فيما يعرف بالبطاقات البلاستكية الممغنطة في مجال المعاملات التي تستخدم في السحب النقدي من خلال أجهزة الصراف الآلي أو من خلال سداد ثمن

([1]) يحي بكوش: أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1981، ص 130.

([2]) قانون رقم 15-04 مؤرخ في 01 فبراير 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج. ر العدد 06، صادرة في 10 فبراير 2015.

([3]) سعيد السيد قنديل: التوقيع الإلكتروني، ماهيته-صورة- حجيته في الإثبات بين التدويل والاقتباس، ط2، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2006، ص66.

([4]) محمد عمار تيبار: مرجع سابق، ص30.

السلع والخدمات في المحلات التجارية و أصبحت تستعمل للدفع عبر الأنترنت.

ويكون التوقيع فيها بإدخال البطاقة في مكان الجهاز الذي يتعرف على البطاقة، ثم يطلب منه إدخال الرقم السري (PIN) الخاص للتأكد من حامل البطاقة[1].

ويعتمد التوقيع الرقمي على التشفير المتماثل وغير المتماثل:

أ- **التشفير المتماثل:** وهو الذي يقوم على فكرة الرقم السري والمعلوم من قبل صاحب التوقيع والجهاز فقط.

ب-التشفير غير المتماثل: وهو الذي يعتمد على زوج من المفاتيح[2]، المفتاح العام والذي يسمح لكل شخص القيام بقراءة الرسالة عبر الأنترنت دون الاستطاعة من إدخال أي تعديل عليه، والمفتاح الخاص وهو الذي لا يملكه الا صاحب التوقيع الرقمي إذ لا يمكن لأي عميل إجراء أي تعديل على الرقم، وان المفتاح الخاص يعتمد من قبل الجهة المختصة بإصداره للتحقق من شخصية الموقع.

وبدأ استخدام هذا النظام في التعاملات البنكية عن طريق بطاقات الائتمان التي تحوي على رقم سري لا يعرفه سوى العميل الذي يدخله في جهاز الصراف الآلي لسحب النقود من رصيده[3].

ثالثا: التوقيع البيومتري (الخواص الذاتية)

يتميز الإنسان عن غيره بالخواص المادية مشتملة بصمة شبكية العين، بصمة الإصبع أو البصمة الصوتية.

([1]) منصور عزالدين، خميسة كميني: الاثبات في الشكل الإلكتروني، في ظل القانون 05-10 المعدل والمتمم لأحكام القانون المدني، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، 2005-2008، ص21، خالد مصطفى فهمي: النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء التشريعات العربية الاتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة الأزاريط 2007، ص60.

(2) ولقد بينت اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري في المادة (1/11-12) المقصود بمفتاح التشفير العام ومفتاح التشفير الخاص، إبراهيم الربيعي، علاء عبد الأمير موسى: توثيق قرارات التحكيم الإلكتروني بالتوقيع الإلكتروني بحث مقدم لكلية القانون جامعة بابل، 2014، ص19.

(3) إبراهيم الربيعي، علاء عبد الأمير موسى: مرجع سابق، ص19، عبد الفتاح بيومي: التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004، ص23.

ومما لا شك فيه أن ارتباط هذه الخصائص الذاتية بالإنسان تسمح بتمييزه عن غيره بشكل موثوق به إلى أقصى الحدود وهو ما يتيح استخدامها في التوقيع على التصرفات المبرمة عن طريق الأنترنت[1]، يتم التحقق من شخصية المستخدم أو المتعامل مع التوقيع البيومتري، وتتم عملية التوقيع البيومتري عن طريق أجهزة إدخال المعلومات إلى الحاسب الآلي مثل الفأرة Mouse، ولوحة المفاتيح Keyboard، التي تقوم (من خلال تقنيات أو أجهزة معينة) بالتقاط صورة أو عدة صور دقيقة لعين المستخدم، أو يده، أو بصمته الشخصية، ثم تسجيله بطريقة مشفرة في ذاكرة الحاسب الآلي، ليقوم هذا الأخير بعد ذلك بمطابقة صفات المستخدم مع هذه الصفات المخزنة، ولا يسمح له بالتعامل إلا في حالة المطابقة[2].

فهذا النوع من التوقيع مثله مثل كل أنواع التوقيع الإلكتروني رهين في شأن تأمين الثقة به من ناحية أولى، ومن ناحية ثانية باعتراف القضاء أو المشرع بكفاءة هذه التكنولوجيا في تأمين التوقيع وبالتالي إمكانية الاعتداد به في الاثبات[3].

الفرع الثالث: شروط التوقيع الإلكتروني

أولا: إصدار شهادة التصديق الإلكتروني

أجازت التشريعات المقارنة تأسيس جهات تعنى بإصدار شهادات المصادقة الإلكترونية المؤمنة بدورها بتوقيع الكتروني للجهة الصادر عنها.

حيث يستطيع أي طرف في التعامل من التعرف على هوية الطرف المقابل، وبمصداقية توقيعه بمجرد الاطلاع على شهادة المصادقة[4].

ويمكن التأكد من صحة هذه الشهادة بأعمال المفتاح العام للمرسل، غير أنه يقتصر دور سلطة التصديق على ضمان الرابطة بين التوقيع وصاحبه، ومدى تطابقه مع المفتاح الخاص

([1]) حسن عبد الباسط جميعي: مرجع سابق، ص41.

([2]) سهيلة طمين: الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير في القانون، قانون الدولي للأعمال، جامعة تيزي وزو 2011، ص57.

([3]) حسن عبد الباسط جميعي: مرجع سابق، ص41.

([4]) عادل أبو هشيمة محمود حوته: عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، ط 02 دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص ص195-196.

الموجود في حيازة الموقع، دون أن تتدخل في كشف مضمون الرسالة الذي لا يمكن لها أن تدركه بحكم سرية المعلومة المضمنة والمشفرة بمفتاح خاص لا يعلمه إلا صاحبه[1].

فالشخص الراغب في تصديق توقيعه يقوم بإرسال الطلب والأوراق عبر الفاكس أو البريد الإلكتروني إلى جهة التوثيق إن سمحت بذلك، وتقوم جهة التصديق بمراجعة ومطابقة الأوراق مع جواز السفر والهوية الشخصية، والتي تؤكد هويته، حيث تتولى مهمة التأكد من صحة هذه البيانات المقدمة إليها عبر ممارستها عناية معقولة لضمان صحة كل ما سيتم ذكره من بيانات جوهرية خاصة بالموقع في شهادة التصديق الإلكتروني، فلا يجوز أن تسلم جهة التصديق بتلك البيانات المقدمة من الموقع المتعاقد معها، وتمنحه شهادة التصديق الإلكتروني بل يجب عليها التأكد من سلامة وصحة البيانات المقدمة إليها، وفي حال مخالفتها لهذا الواجب تقع تحت طائلة المسؤولية في مواجهة أي شخص يعتمد على تلك البيانات الخاطئة المدرجة في شهادة التصديق الإلكتروني، فلا يمكن لجهة التصديق إصدار شهادة توثيق التوقيع الإلكتروني دون البحث والتحري عن صدق وصحة المعلومات التي زودت بها ومن ثم التدقيق والتمحيص فيها ومن ثم تقوم بإصدار شهادة تصديق التوقيع الإلكتروني ومعها التوقيع الإلكتروني الخاص بالموقع[2].

ثانيا: تحديد هوية الموقع

يجب تحديد هوية صاحب التوقيع ومعبرا عن إرادته بالالتزام بمضمون المستند الإلكتروني إذ يعد هذا الشرط بديهيا، إذ أنه كما يعتبر الإمضاء وبصمة الابهام والختم في التوقيع التقليدي دالا على هوية الموقع.

ويجب في التوقيع الإلكتروني إن لم يكن مشتملاً على اسم الموقع فإنه يكفي أن يحدد شخصية الموقع على الرسائل الإلكترونية.

([1]) علي سيد قاسم: بعض الجوانب القانونية للتوقيع الإلكتروني، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، العدد 72 ص20.

([2]) هلا الحسن: تصديق التوقيع الإلكتروني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 26، العدد الأول 2010، ص533.

فتحدد هوية الموقع من خلال الرجوع إلى إصدار التوقيعات الإلكترونية وشهادة التصديق المعتمدة والتي تبين شخصية وهوية مستخدم التوقيع الإلكتروني[1].

وهو ما أكدته المادة 7 فقرة 3 من قانون رقم 15-04 على متطلبات التوقيع الإلكتروني بأن: "التوقيع الإلكتروني الموصوف هو التوقيع الإلكتروني الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية... أن يمكن من تحديد هوية الموقع".

ثالثا: ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده:

لكي يرتبط التوقيع بالموقع وحده دون غيره فإنه يجب أن يعبر عن إرادة الموقع في الالتزام بالتصرف القانوني الذي يتضمنه المحرر الإلكتروني ويدل على رضائه به وإقراره[2] كما يجب ان يكون هناك ارتباط بين التوقيع والمعلومات التي يجري التوقيع عليها، فلا يمكن ان يكون هناك التوقيع غير متعلق بمعلومات مرفقة معه، وعليه يجب ان يكون التوقيع متصلا اتصالا ماديا ومباشرا بالمحرر المكتوب[3].

الفرع الرابع: حجية التوقيع الإلكتروني

نص المشرع في المادة 327 فقرة 2 على أنه: "يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفقا للشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1"، ويكون بذلك المشرع قد سوى في الحجية بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني، وهو ما يسمى بالتعادل الوظيفي بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني، أي أن التوقيع الإلكتروني يمكن أن يقوم بذات الوظائف التي يقوم بها التوقيع الخطي من حيث تحديد هوية صاحبه وإقراره بمضمون التعامل الذي استخدم هذا التوقيع في إنجازه[4]. وقد أبدت أغلب التشريعات التي اعترفت بالتوقيع الإلكتروني في إثبات التصرفات

---

(1) لورنس محمد عبيدات: إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص130.

(2) إسماعيل نجم الدين نامق، ناسؤ حمه شين عبد الكريم: ماهية التوقيع الإلكتروني وحجيته في القرارات الإدارية "دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة دراسات قانونية وسياسية، السنة الرابعة، العدد08، 2016، ص134.

(3) إسماعيل نجم الدين نامق، ناسؤ حمه شين عبد الكريم: مرجع سابق، ص134، إيمان مأمون سليمان: الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2005، ص277.

(4) نذير برني: مرجع سابق، ص 58، وسامي بديع منصور: الإثبات الإلكتروني في القانون اللبناني معاناة قاض، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بيروت العربية الجزء الأول الجديد في التقنيات المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة 2004، ص365.

القانونية مجموعة من الضوابط الصارمة، وتدخلت الدولة في هذا الخصوص بإنشاء هيئة عامة يناط بها مهمة التوثيق بما يؤدي إلى نوع من التنظيم الرسمي لاستخدام الأنترنيت في المعاملات التجارية وإبرام العقود بصفة عامة، وبالتالي إضفاء نوع من الثقة على التعامل الذي يتم عبر شبكة الأنترنيت[1].

الفرع الخامس: جهات التصديق (الموثق الإلكتروني)

أولا: جهة المخولة قانونا في إصدار شهادة التصديق الإلكتروني

تعددت تعريفات جهات التصديق الإلكتروني على اختلاف المصطلحات المعتمدة، إذ عرفت بأنها شركات أو أفراد أو جهات مستقلة ومحايدة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق معاملاتهم الإلكترونية فتعد طرفا ثالثا محايدا[2].

تتولى جهات التصديق إصدارها شهادة التصديق الإلكتروني التي تحقق الثقة لدى الغير بصحة البيانات التي تحتويها وخاصة ما يتعلق بهوية الموقع ونسبة التوقيع الإلكتروني إليه مما يدفع المطلع عليها إلى التعاقد بثقة واطمئنان[3]، و يجب أن يتوافر في هذه الجهة بما يفي بمتطلبات تقديم هذه الخدمات، سواء على مستوى استخدام وسائل تقنية موثوق بها لإصدار وتسليم وحفظ الشهادات[4]، حيث لا يقتصر دور جهة التصديق على تحديد هوية المتعاملين في المعاملة الإلكترونية، بل تقوم فضلاً عن ذلك بالتحقق من مضمون التعامل وسلامته وكذلك جديته وابتعاده عن الاحتيال[5].

ثانيا: إجراءات منح شهادة التأهيل والترخيص لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني

منح شهادة التأهيل والترخيص لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني يكون من طرف السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني التي تعمل تحت متابعة ورقابة السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني المنصوص عليها في المادة 12 من القانون 15-04.

([1]) نذير برني: مرجع سابق، ص59.

([2]) خالد إبراهيم ممدوح: التوقيع الإلكتروني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010، ص23.

([3]) هلا الحسن: مرجع سابق، ص531.

([4]) سعيد السيد قنديل: مرجع سابق، ص79.

([5]) هلا الحسن: مرجع سابق، ص531.

وقبل اصدار الترخيص يتم منح شهادة التأهيل لمدة سنة قابلة للتجديد مرة واحدة من أجل تمكين الطالب من القيام بجميع الاجراءات وتحضير وتهيئة كل الوسائل اللازمة لتأدية مهامه كمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، وهذه الشهادة لا تمنح الحق لصاحبها في ممارسة الخدمات إلا بعد الحصول على الترخيص الذي يمكن المطالبة به بعد مرور المهلة المحددة ويمنح لمدة 05 سنوات يمكن تجديده ولا يمكن التنازل للغير سواء على شهادة التأهيل أو الترخيص فهما يمنحان بصفة شخصية وقد أوجب القانون من خلال المادة 37 منه أن يكون رفض منح شهادة التأهيل والترخيص مسببا ويبلغ مقابل إشعار بالاستلام، والمادة 31 بأن القرارات المتخذة من طرف السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني قابلة للطعن أمام السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ تبليغها، في حين نصت المادة 31 على امكانية الطعن في قرارات هذه الأخيرة أمام مجلس الدولة خلال شهر من تاريخ تبليغها، ولا يكون للطعن أي أثر موقف[1].

المبحث الثاني: فض المنازعات المتعلقة بالعقد الإلكتروني

نشأ التحكيم الإلكتروني في العالم نتيجة التطور المستمر، من خلال أكاديميين ومن قطاعات قانونية وتقنية مختلطة واستخدام التكنولوجي والذي يتوافق مع المستجدات واستحداث المراكز والمحاكم الافتراضية، فدعت الحاجة إلى تدخل المنظمات الدولية والدول لوضع التنظيم شامل لهذا النوع الجديد من أنواع التحكيم، وتنفيذ أحكامها في الدول المختلفة وتطبيق القوانين الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي وقوانين تنفيذ الأحكام الأجنبية والإقليمية.

فالدور الذي يقوم به التحكيم الإلكتروني في فض المنازعات المتعلقة بالعقد الإلكتروني مع مراعاة متطلبات المعاهدات والاتفاقيات الدولية المبرمة في مجال التحكيم " كمطلب الأول" وفي تنفيذ الأحكام الأجنبية، إضافة إلى التنظيمات والتشريعات الداخلية للدول التي ينتمي إليها الأفراد، لأن تنفيذ الأحكام التي يصدرها المحكمون ستنفذ في دولة أحد أطراف النزاع، هذا من خلال المطلب الثاني.

([1]) عز الدين منصور: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، مذكرة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، جامعة بسكرة، 2015-2016، ص49-50.

المطلب الأول: النظر في النزاع المتعلق بالعقد الإلكتروني

الفرع الأول: الجهات القضائية المختصة في حل النزاع بشأن العقد الإلكتروني

ظهرت بعض الآراء التي تنادي بوجوب إنشاء هيئة أو محكمة تحكيم خاصة بنزاعات العقود والمعاملات الإلكترونية، وذلك على غرار محكمة العدل الدولية او محكمة الجزاء الدولية[1]. إلا أنه توجد إحدى المنظمات تحاول أن تفعل ذلك وهي مشروع القاضي الافتراضي[2]، ما يعرف بمراكز التحكيم عن بعد ويمكن تعريفها على أنها وسيط محايد ونزيه موجود في شكل مراكز على شبكة الأنترنت يوافق أطراف النزاع على العمل معه للوصول إلى حل فرضي للنزاع مع إعطاء السلطة الكاملة للأطراف لحل النزاع دونما أي قرارات يفرضها الوسيط أو غيره، ولإعمال الوساطة الإلكترونية هذه ينبغي ويشترط موافقة أطراف النزاع التي تكون شرطاً في العقد الأصلي موضوع النزاع أو تأتي لاحقا وقد نصت على مثل هذا الشرط المادة الأولى من نظام الوساطة والتحكيم للمركز التابع للمنظمة الدولية لحماية الملكية الفكرية[3].

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني

يعتبر القانون الواجب التطبيق على منازعات السندات الرسمية الإلكترونية من المشاكل التي تعترض طريق الوثوق، والأخذ بها من أجل إثبات التصرفات القانونية التي تحدث بين الناس فإذا حدث هناك نزاع بين الطرفين المتعاقدين، والطرف الذي معه نسخة من السند الرسمي الإلكتروني المبرم عن بعد بين الطرفين، تضع أغلب التشريعات حل صريح المشكلة مكان إبرام التصرف القانوني الإلكتروني، من أجل تحديد المحكمة المختصة بفض النزاع[4].

([1]) ماجد محمد سليمان أبا الخيل: مرجع سابق، ص120.

([2]) عصام عبد الفتاح مطر: التحكيم الإلكتروني "ماهيته، إجراءاته وآلياته في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية والمعاملات التجارية وحقوق الملكية الفكرية"، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009، ص165-166.

([3]) نجم الدين أسامة، دور التحكيم الإلكتروني في فض منازعات عقود التجارة الدولية، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، الموقع الإلكتروني: https://www.droit.etentreprise.com تاريخ الاطلاع: 2019/03/27

([4]) أحمد عزمي الحروب: السندات الرسمية الإلكترونية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة بير زينب، ص117 ومحمد حسين منصور: المسؤولية الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى2007 ، 347.

فإذا كان التعامل الإلكتروني بين الجزائريين تم بالجزائر فإن تحديد القانون الواجب التطبيق لا يثير أي أشكال، فهو بطبيعة الحال القانون الجزائري ما لم يكن هناك اتفاق مخالف على ذلك، إذا اتفق موطن الطرفين مع محل التنفيذ وهو افتراض نادر فالعقد في هذه الحالة غالبا ما يكون داخليا[1].

أصبح الأصل في الاختصاص للقانون المختار؛ فالقانون الذي تنعقد الإرادتان على اختياره يصبح واجب التطبيق لحكم علاقتهما القانونية، وأساس تطبيق قانون إرادة المتعاقدين في الالتزامات التعاقدية هو احترام إرادتهما أخذا بمبدأ سلطان الإرادة.

ففي حالة عدم تحديد واختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، يتم الاستناد في ذلك إلى قانون الشخصي للدائن وقانون الشخصي للمدين، وقانون موطن كل منهما، وقانون البلد الذي تم فيه التصرف وقانون محل التنفيذ وقانون المحكمة التي يرفع النزاع أمامها[2].

أما إفشاء أسرار الحاسوب فهي تعتبر من قبل الأسرار الصناعية المحمية جنائيا، ولكي يعاقب فاعل هذه الجريمة يجب أن يكون السر ما زال غير متاح للكافة، ولا يستطيع أن يعلمه إلا العاملون في ذات المشروع مثل إفشاء كلمة السر، وحل الشفرات وغيرها.

فبرغم من وجود هذه الجرائم إلا أنه هناك صعبة تنفيذ العقوبة في جرائم الحاسوب منها:

* أن قواعد الاختصاص قانون الجنائي تحول تنفيذ العقوبة على المتهم، في حالة إثبات الجريمة من حيث القانون الواجب التطبيق.

* عدم وجود اتفاقيات دولية ملزمة لأطرافها بتسليم المجرمين، أو سريان تنفيذ العقوبة الأجنبية في دول أخرى[3].

([1]) إسماعيل قطاف: مرجع سابق، ص102.

([2]) حسن الهداوي: القانون الدولي الخاص،" تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة"، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص ص146-147.

([3]) محمود عبد الرحيم الديب: الحماية القانونية للملكية الفكرية في مجال الحاسب الآلي والأنترنت، دار الفكر الجامعي، ط1 مصر، 2007، ص101.

المطلب الثاني: التحكيم الإلكتروني

أولا: تعريف التحكيم لغة واصطلاحا

أ) تعريف التحكيم لغة

هو مصدر حكّمه في الأمر، أي جعله حكما، وهو تفويض الحكم لشخص، بمعنى التفويض في الحكم ويقال حكموه بينهم أي أمروه ان يحكم بينهم، والمحكم هو الشيخ المجرب المنسوب إليه الحكمة والحكمة هي العدل[1].

ب) تعريف التحكيم اصطلاحا

التحكيم نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضائهم، ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية والتي يجوز حسمها بطريق التحكيم، وفقاً لمقتضيات القانون والعدالة وإصدار قرار قضائي ملزم لهم[2].

لا يختلف التحكيم الإلكتروني عن التحكيم العادي، إلا من خلال الوسيلة التي يتم فيها حيث تتم إجراءاته عبر شبكة الأنترنت بطريقة سمعية بصرية ودون الحاجة إلى التواجد المادي لأطراف النزاع والمحكمين في مكان معين.

ويتميز التحكيم الإلكتروني بجملة من الخصائص تميزه عن التحكيم التجاري التقليدي فهو يجنب المتعاقدين عدم الاعتراف القانوني بهذه العقود أو صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية.

كما يحقق التحكيم الإلكتروني السرعة في الفصل في النزاع مقارنة باللجوء للتحكيم التجاري العادي الذي يحتاج لوقت أطول بكثير مما يتطلبه هذا التحكيم.

ومن جهة أخرى يقلل من نفقات التقاضي والسفر والتنقل خاصة إذا تم استخدام الوسائل السمعية والبصرية المتاحة عبر شبكة الأنترنت في عقد جلسات التحكيم بين الأطراف

([1]) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي: النظام القانوني لاتفاق التحكيم، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى الإسكندرية، 2005، ص 15.

([2]) أحمد عبد الكريم سلامة: التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص19.

المتعاقدة والخبراء[1].

ويعد اختيار المحكمين من الأمور المهمة في عملية التحكيم، حيث يوضع الأمر بعد في هذا الاختيار في يد المحكم أو المحكمين المختارين، ويفصل هؤلاء في كل ما يتعلق بالموضوع، ولم يكن محلا لاتفاق الأطراف[2].

وتشتمل المنازعات الخاضعة للتحكيم الإلكتروني في ما يلي:

1- المنازعات المتعلقة بعقود خدمات المعلومات الإلكترونية؛

2- منازعات التجارة الإلكترونية؛

ثانيا: المحكمة المختصة في فض النزاع

يرجع اللجوء إلى المحكمة باتفاق الأطراف المعاملة الإلكترونية على ولاية محاكم دولة ما لفض النزاع الذي ينشأ بينهما، فمحاكم تلك الدولة تكون هي المختصّة بنظر النزاع.

وفي حالة عدم اتفاق طرفي المعاملة الإلكترونية على ولاية محاكم دولة ما للنظر والفصل في النزاع الذي ينشأ بينهما بشأن تلك المعاملة تكون المحكمة المختصّة بنظر النزاع في هذه الحالة هي محكمة الموطن المشترك لطرفيّ المعاملة إذا اتحدا في الموطن المشترك فإن اختلفا فإن المحكمة المختصة عندئذ تكون محكمة موطن المدعى عليه.

وفيما يخص النزاع بشأن العقود الإلكترونية المبرمة بين المهنيين والمستهلك فإن قانون الدولة التي يوجد بها محل إقامة المستهلك يكون هو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

كما تكون المحكمة المختصة بنظر النزاع في هذه الحالة هي المحكمة الكائن بها محل إقامة المستهلك ما لم يتفق طرفي النزاع على غير ذلك[3].

([1]) يوسف مسعودي: العقد الإلكتروني في العلاقات الدولية الخاصة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد9، جوان 2013 ص84.

([2]) عصام عبد الفتاح مطر: مرجع سابق ، ص140.

([3]) المواد 39-40-41 من القانون العربي الإسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية، اعتمد بقرار مجلس وزراء العدل العرب رقم 812/د25، تاريخ 2009/11/19.

ثالثا: الإجراءات المتبعة في التحكيم الإلكتروني

نصت التشريعات على أن يكون المحكم واحداً، وإن تعددوا يجب أن يكون عددهم وتراً. ويتم في التحكيم الإلكتروني إتباع إجراءات التحكيم العادية، ويضاف إليها باتفاق الأطراف قواعد إضافية خاصة بالتحكيم الإلكتروني لعل أبرزها كيفية التواصل بين المتخاصمين والمحكمين عن بعد عبر شبكة الأنترنت، وكيفية تقديم المستندات إلكترونياً وأهمية الحفاظ على سرية المعلومات التجارية والصناعية التي تهم الأطراف موضوع النزاع على أنه يجوز للأطراف تحديد إجراءات التحكيم الإلكتروني ضمن اتفاق التحكيم وذلك على النحو الآتي:

- التقدم لمركز التحكيم المعين عن طريق النموذج المبين على موقع الأنترنت؛
- يقوم كل طرف بتحديد أسماء ممثليه في نظر النزاع؛
- تحديد وسيلة الإيصال (البريد الإلكتروني، الفاكس، التلكس، ....)؛
- تقدم الوثائق والمستندات والأدلة بالطرق المبينة سلفا؛
- يبدأ تاريخ نظر النزاع باستلام المركز لطلب التحكيم؛
- تحدد محكمة التحكيم الإلكتروني أسماء المحكمين؛
- يحدد المركز موعد المحاكمة؛
- يقوم المركز بإخطار الطرف الآخر بوجود النزاع و بداية المحاكمة؛
- يتم إنشاء موقع الكتروني لكل محاكمة له كلمة سر وكلمة مرور خاصة به تسلم للأطراف.
- تتم كافة إجراءات التحكيم بطريقة الكترونية على موقع المركز الإلكتروني[1].

الفرع الأول: إصدار حكم التحكيم الإلكتروني

وبقبول هيئة التحكيم لمهمة التحكيم بعد تشكيل هيئة التحكيم تاما ومكتملا، وتاريخ هذا القبول هو بمثابة تاريخ بدء محكمة التحكيم في مباشرة المهمة الموكلة ليها.

ويصدر قرار التحكيم بعد شهر من فض المحاكمة وإنهاء الاجراءات ما تطرأ ظروف

([1]) نجم الدين أسامة، دور التحكيم الإلكتروني في فض منازعات عقود التجارة الدولية، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، الموقع الإلكتروني: https://www.droit.etentreprise.com تاريخ الاطلاع: 2019/03/27

استثنائية تحول دون ذلك مع توضيحها للمركزه الأفراد، ويشترط أن يصدر القرار كتابة مع التوقيع عليه[1].

ويتم ذلك الإبلاغ بإرسال بريد الكتروني مع الحصول على إفادة بالاستلام عند الاقتضاء[2].

ويجب أن يتوفر حكم التحكيم الإلكتروني على الشروط التالية:

- أن يكون الحكم مكتوبا؛
- أن يتضمن أسماء المحكمين، وأسماء المحامين؛
- أن يتضمن تاريخ ومكان صدور الحكم والأسماء الكاملة للأطراف وعناوينهم.
- أن يصدر حكم التحكيم حاسما وفاصلا للنزاع وفقا للقانون المطبق على الموضوع وإجراءات التحكيم؛
- توافر التسبيب القانوني؛
- نشر حكم التحكيم على الموقع الإلكتروني الخاص بالقضية وإعلام الأطراف بمحتواه[3].

الفرع الثاني: تنفيذ الحكم التحكيم الإلكتروني

بعد انتهاء من نظر النزاع وختام أقوال الخصوم يتعين على المحكمين إصدار حكم التحكيم الذي يعرف بأنه القرار الصادر عن المحكم الذي يفصل بشكل قطعي في المنازعة المعروضة عليه.

سواء كان حكما يفصل في الموضوع ككل أو في شق منه، وسواء تعلق بموضوع المنازعة ذاتها أو بالاختصاص أو بالإجراءات التي أدت بالمحكم إلى إنهاء الخصومة[4].

([1]) خالد محمد القاضي: موسوعة التحكيم التجاري الدولي، في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص309.

([2]) عصام عبد الفتاح مطر: مرجع سابق، ص 484.

([3]) سامية يتوجي: أهمية التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة معارف، المجلد 8 العدد 14، 2013، ص174، محمد عماد الدين: الموقع الإلكتروني:
http://slconf.uaeu.ac.ae.papers/n3/emad%20aldin%20mohamed.pdf

([4]) سامية يتوجي: مرجع سابق، ص174.

أولا: التنفيذ الدولي لأحكام التحكيم

يتم التنفيذ الدولي لأحكام التحكيم على أساس الاتفاقيات التالية:

- اتفاقية نيويورك سنة 1958؛ الصادرة في 10 جوان 1958 المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.
- الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي سنة 1961؛
- اتفاقية واشنطن سنة 1965؛ الصادرة في 18 مارس 1965 المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار.
- القانون النموذجي للتحكيم التجاري سنة 1985؛

ثانيا: إجراءات تنفيذ الحكم: تتم عملية إجراء تنفيذ الحكم في ما يلي:

- إيداع حكم التحكيم قلم كتاب المحكمة المختصة؛
- انقضاء ميعاد رفع دعوى بطلان حكم التحكيم؛
- استصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم؛
- التقدم بعريضة غالى القاضي المختص بإصدار الأمر بالتنفيذ؛
- إرفاق المستندات اللازمة لعملية التنفيذ أصل الحكم، صورة من اتفاق التحكيم، صورة من الأوراق الدالة على إيداع حكم التحكيم قلم كتاب المحكمة؛
- تقديم ما يفيد سلامة المعلومات المتضمنة في (الحكم والمشارطة) إذا كانا موقعين الكترونيا[1].

فالأصل في تنفيذ حكم التحكيم يتم بالتراضي بين أطراف خصومة التحكيم، وهو ما نصت عليه المادة 28 فقرة 6 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس "كل حكم تحكيم يكتسي طابع إلزامي بالنسبة للأطراف وذلك نتيجة خضوع نزاعهم للائحة الحالية، ويتعهد الأطراف بتنفيذ الحكم الصادر دون إمهال، وبتنازلهم عن كافة طرق الطعن التي يجوز لهم التنازل عنها قانونا".

([1]) هند عبد القادر سليمان: دور التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الإلكترونية، موقع الأنترنت:
http://www.rachelcenter.ps/news.php?action=view&id=14009

أما بالنسبة لمحكمة لندن للتحكيم الدولي وفقا للمادة 29 فقرة الأولى فإن "قرارات محكمة لندن للتحكيم الدولي ذات الصلة بجميع أمور التحكيم تكون نهائية وملزمة بجميع الأطراف ولهيئة التحكيم"[1].

أما موقف المشرع الجزائري من تنفيذ حكم التحكيم بوضع بعض القواعد التي تستلزمها طبيعة التحكيم الدولي، وهو ما نصت عليه المادة 1054 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2] على ما يلي: "تطبيق أحكام المواد من 1035 إلى 1038 [3] فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي".

ثالثا: الجهة القضائية المختصة باستصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم في التشريع الجزائري

حيث نصت المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي.

وتعتبر الأحكام قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني".

فالمشرع الجزائري قد أحال بشأن القواعد التي تحكم تنفيذ أحكام التحكيم الدولية الصادرة في الخارج أو أحكام التحكيم الدولية الصادرة في الجزائر إلى القواعد الخاصة بالتحكيم الداخلي مع وضع بعض القواعد التي تستلزمها طبيعة التحكيم الدولي.

([1]) عصام عبد الفتاح مطر: مرجع سابق ، ص487.

([2]) قانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج ر العدد 21 الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.

([3]) المادة 1035: "يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها، ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمه التعجيل.

يتحمل الأطراف نفقات إيداع العرائض والوثائق وأصل حكم التحكيم".

المادة 1036: "يسلم رئيس أمناء الضبط نسخة رسمية مهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف".

المادة1037: "تطبق القواعد المتعلقة بالنفاذ المعجل للأحكام على أحكام التحكيم المشمولة بالنفاذ المعجل".

المادة 1038: "لا يحتج بأحكام التحكيم تجاه الغير".

بالنسبة للاختصاص النوعي، طلبات تنفيذ أحكام التحكيم الدولية أو الاعتراف بها هي من اختصاص رئيس المحكمة.

أما بالنسبة للاختصاص الاقليمي، فإنه يتم التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان مقر هيئة التحكيم موجودا بالجزائر هنا الاختصاص يؤول إلى المحكمة التي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصها.

الحالة الثانية: إذا كان مقر هيئة التحكيم متواجد خارج الجزائر، وهنا الاختصاص لمحكمة محل التنفيذ[1].

نستخلص مما سبق أن العلاقات الناجمة عن العقود المبرمة عبر وسائل إلكترونية واختلاف الوسائط المتعددة التي يتم من خلالها تحرير العقد، في اعتبار ما يتم تدوينه على الدعامات المادية إلى الدعامة الإلكترونية؛ المتمثلة في الكتابة الإلكترونية المعتد بها ومدى حجيتها في الإثبات، إذا تمسك المتعاقد بالمحرر الإلكتروني كدليل كتابي كامل يمكن الرجوع إليها والوثوق بها، إضافة إلى التوقيع الإلكتروني باعتباره الشرط الجوهري للتعبير عن القبول، خاصة في تحديد هوية الشخص، يمكن الاستعانة به كدليل إثبات في حالة عدم وجود اتفاق ينظم حجيته، أو في غياب الاثبات بالكتابة، فهذا يخضع لقناعة القاضي وسلطته التقديرية في حالة لجوء الأطراف إلى التحكيم وهو التحكيم الإلكتروني.

التحكيم الإلكتروني من المفاهيم الحديثة لتسوية المنازعات الناشئة عن التعاملات الإلكترونية، غير أن النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني لا يختلف عن التحكيم العادي سواء على مستوى المحلي أو على المستوى الدولي.

فالقانون الواجب التطبيق في التعامل الإلكتروني بين الجزائريين إذا تم بالجزائر في هذه الحالة يطبق القانون الجزائري ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

أما في حالة العقد المبرم عبر الحدود، ففي هذه الحالة يكون عقد دولي يخضع من حيث

([1]) عبد القادر حمدوني: التحكيم التجاري الدولي وتطبيقاته على ضوء القانون الجزائري، مذكرة الماستر في الحقوق تخصص القانون الدولي العام، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الملحقة الجامعية مغنية، 2015/2014، ص ص75-76.

تحديد القانون الواجب التطبيق بشأن المنازعة الناشئة عنه والقضاء المختص لقواعد القانون الدولي الخاص.

وحتى يكون من السهل تحديد قانون الواجب التطبيق وطرح النزاع للمحكمة المختصة كان على المنظمات والهيئات التشريعية الدولية تنظيم المعاملات العقدية الإلكترونية بتوحيد القوانين وإجراءات دولية موحدة.

الخاتمـــة

الخاتمـــة

يعتبر موضوع العقد الإلكتروني من المواضيع الجديدة التي أصبحت حديثة ومعصرنة والحقيقة التي يمكننا أن ناكدها هي أن الشركات التجارية عبر الأنترنت فهي تسعى جاهدة وباستعمال جميع الطرق سواء في بلدانها الأصلية أو في الدول المضيفة لها إلى تحقيق أقصى قدر ممكن من الربح، وهي لا تكتفى بذلك بل تتوسع في أرجاء المعمورة بزرع ونشر مجموعة كبيرة من الشركات الوليدة، وهذا على حساب شيء واحد ووحيد وهو التعاقد بممارسة نشاطها التجاري في ظل العالم الافتراضي.

ففي هذه الدراسة الاهتمام الواسع للمنظمات الدولية والعالمية في صن تشريعاتها المنظمة للعقد الإلكتروني، سواء كان هذا التعاقد بين الأفراد فيما بينهم، أو بين الأفراد والشركات، أو بين الشركات.

والأمر الذي هو مجال للدراسة والجدل الفقهي هو عدم وجود تنظيم دولي يحدد أو يضبط قانون الواجب التطبيق والاختصاص حكم التحكيمي.

إن المشرع الجزائري هو كذلك بدوره ساير الركب العالمي وأصدر النصوص التشريعية التي تحمي المستهلك الإلكتروني وتحافظ على المورد الإلكتروني، وهو لا زال يساير التطور الحاصل في هذا وهذا من خلال المشاركة في الدورات والندوات التي تعقدها سواء المنظمات الدولية أو حتى الوطنية.

إذ يمكننا القول في الأخير أن العقد الإلكتروني هو ظاهرة عالمية من صنع الولايات المتحدة الأمريكية فهي تسيطر على الاقتصاد العالمي، ولكن ظهرت المنظمات الدولية والإقليمية التي تعالج موضوع تنظيم التجارة والعقود عن طريق الأنترنت.

ويعتبر البحث العلمي من الأمور التي يتشرف الباحث بها وخاصة في مجال تخصصه فهو كائن بشري له عقله الذي يفكر به ومن خلال الدراسة التي قمنا بها تحت عنوان "الصيغة الإلكترونية للعقد المدني" فتوصلنا إلى النتائج التالية:

- عدم وجود تسمية موحدة وتنظيم قانوني عالمي دقيق ينظم سلوك التعاقد عن بعد وحتى

وإن وجد فلا يرقى إلى الإلزامية.

- يعتبر من المواضيع المستحدثة لأنه لم يكن معروفا في القدم وهذا راجع للتطور الحاصل وخاصة في الدول المتطورة ويمكن ملاحظته وخاصة في التعاملات التجارية بين الشركات الكبرى التي تنتشر في أصقاع العالم ولا يمكن التعاقد تقليديا فهو يوفر الوقت والجهد.
- يعتبر العقد الإلكتروني من أبرز مظاهر العولمة.
- أصبح التعاقد عن بعد من أشخاص القانون الدولي الخاص المعاصر.
- مساهمة كل الدول في تطوير مفعوم التعاقد عن طريق الأنترنت.
- اعتبار المنازعات الواقعة على التعاقد هي منازعات تسال عنها الأطراف المتعاقدة ما يحتم فرض المسؤولية التعاقدية.

ومن خلال النتائج المتوصل إليها يمكننا أن نورد بعض التوصيات خدمة للبحث العلمي:

- وضع تنظيم دولي بمثابة معاهدة إلزامية تنظم جميع الأمور المرتبطة بالعالم الافتراضي ووضع الأسس العامة للتعاقد.
- إنشاء هيئة دولية تعنى بالمسائل التعاقدية وتشرف على السياسات المنتهجة للدول.
- نشر الوعي من خلال مشاركة جميع الفاعلين في المجال الاعلام وتكنولوجيات الحديثة وخاصة الجمعيات، وكذلك وسائل الإعلام التي تعتبر من الوسائل الناجحة.
- العمل على توحيد القوانين الخاصة بالتعاقد الإلكتروني وخاصة فيما بين الدول العربية.
- إنشاء محكمة دولية تكون مختصة في معالجة القضايا التي تطرح نزاعات في هذا الخصوص.

قائمـــة المصادر

و

المراجـــــع

قائمة المصادر والمراجـــع

أولا: المصادر والمراجع باللغة العربية

القرآن الكريم

أ) القواميس والمعاجم

1. إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار: المعجم الوسيط، دار الدعوة، الطبعة الرابعة، مصر.
2. علي محمد بن علي الجرجاني: التعريفات، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، بيروت.
3. محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري: لسان العرب: المجلد 3، دار صادر الطبعة الأولى، بيروت، 2005.

ب) المراجع العامة

1. أحمد عبد الكريم سلامة: التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
2. أعشب محفوظ بن حامد: عقد الاذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1990.
3. بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الجزء الأول التصرف القانوني، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2005.
4. حسن الهداوي: القانون الدولي الخاص،" تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة"، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.
5. خالد محمد القاضي: موسوعة التحكيم التجاري الدولي، في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، دار الشروق القاهرة، 2002.
6. رمضان أبو السعود: مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2003.

7. السعدي محمد صبري: النظرية العامة للالتزامات- العقد، الإرادة المنفردة، مصادر الالتزام، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
8. سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، ج1، الأدلة المطلقة، الطبعة الخامسة، القاهرة 1991.
9. عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي: النظام القانوني لاتفاق التحكيم، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2005.
10. عبد الرازق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
11. عبد الرازق أحمد السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1954
12. عبد الواحد العفوري: العولمة والجات" الفرص والتحديات، مكتبة مدبولي، القاهرة 2000.
13. علي فيلالي: النظرية العامة للالتزامات، موفم للنشر، الطبعة الأولى، الجزائر، 2005.
14. محمد تقية: الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984.
15. مصطفى أبو مندور موسى، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة،2000.
16. موريس نخلة: الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
17. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سوريا، د س.
18. يحي بكوش: أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1981.

ج- المراجع الخاصة

1. أحمد خالد العجلوني: التعاقد عن طريق الأنترنت دراسة مقارنة، دار الثقافة والدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2002.
2. أسامة أبو الحسن مجاهد: التعاقد عبر الأنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2002.
3. أسامة أبو الحسن مجاهد: الجوانب القانونية للتجارة الإلكتروني، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، الطبعة الأولى، القاهرة، 2003.
4. أسامة أحمد شوقي المليجي: قيمة مستخرجات التقنيات الحديثة ومدى حجيتها في الاثبات المدني، القاهرة، 2003.
5. ثروت عبد الحيد: التوقيع الإلكتروني، ماهيته – مخاطره، وكيفية مواجهتها مدى حجيته في الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007.
6. حازم الصمادي: المسؤولية في العمليات المصرفية الإلكترونية، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2003.
7. حسن عبد الباسط جميعي: إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنيت، دار النهضة، العربية، 2000.
8. خالد إبراهيم ممدوح: التوقيع الإلكتروني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية2010.
9. خالد بن محمود الجهني: التجارة الإلكترونية في ميزان الشريعة الاسلامية، منشأة عباس، مصر، 2004.
10. خالد مصطفى فهمي: النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء التشريعات العربية الاتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريط،2007.
11. خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2011.
12. سعيد السيد قنديل: التوقيع الإلكتروني، ماهيته "صورة، حجيته في الإثبات بين التدويل والاقتباس"، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2006.

13. سمير برهان: الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، إبرام العقد في التجارة الإلكترونية، المجلس الأعلى للثقافة، الطبعة الاولى، القاهرة، 2003.
14. شريف محمد غنام: دور الوكيل الإلكتروني في التجارة الإلكترونية، دراسة في ضوء أحكام اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية 2005، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012.
15. عابد عبد الفتاح قايد: الكتابة الإلكترونية في القانون المدني، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الاولى، 2007.
16. عادل أبو هشيمة محمود حوته: عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 2005.
17. عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري "دراسة مقارنة"، عمان مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 1997.
18. عبد الفتاح بيومي حجازي: النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2002.
19. عبد الفتاح بيومي: التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، 2004.
20. عصام عبد الفتاح مطر: التحكيم الإلكتروني "ماهيته، إجراءاته وآلياته في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية والمعاملات التجارية وحقوق الملكية الفكرية"، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009.
21. لورنس محمد عبيدات: إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2009.
22. ماجد محمد سليمان أبا الخيل: العقد الإلكتروني، مكتبة الرشد، ناشرون، الطبعة الأولى المملكة العربية السعودية، 2009.
23.محمد أمين الرومي: التعاقد عبر الأنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية 2004.

24. محمد حسن قاسم: التعاقد عن بعد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2005.
25. محمد حسين منصور: المسؤولية الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى2007 .
26. محمود عبد الرحيم الديب: الحماية القانونية للملكية الفكرية في مجال الحاسب الآلي والأنترنت، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، مصر، 2007.
27. محمود عبد المعطي خيال: التعاقد عن طريق التلفزيون، مطبعة النسر الذهبي، القاهرة 2000.

ثانيا: الرسائل و المذكرات

أ- الرسائل الجامعية

1. إيمان مأمون سليمان: الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2005.
2. بلقاسم حامدي: إبرام العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014-2015.

ب-المذكرات الجامعية

1. الماجستير

1. أحمد عزمي الحروب: السندات الرسمية الإلكترونية دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير جامعة بير زينب.
2. إسماعيل قطاف: العقود الإلكترونية وحماية المستهلك، مذكرة ماجستير في القانون فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005-2006.
3. سهيلة طمين: الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة ماجستير في القانون، قانون الدولي للأعمال، جامعة تيزي وزو، 2011.

2. الماستر

1. ححيط حبيبة، جعودي مريم: النظام القانوني للعقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، مذكرة الماستر، فرع القانون، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2013.
2. عبد القادر حمدوني: التحكيم التجاري الدولي وتطبيقاته على ضوء القانون الجزائري مذكرة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الدولي العام، جامعة تلمسان، الملحقة الجامعية مغنية، 2015/2014.
3. محمد السعيد بوخليفي قويدر: النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، مذكرة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، 2015-2016.
4. منصور عز الدين: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، مذكرة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأعمال، جامعة بسكرة، 2015-2016.

ج- إجازات المدرسة العليا للقضاء

1. برني نذير: العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 14، الفترة التكوينية 2006/2003.
2. منصور عز الدين، خميسة كميني: الاثبات في الشكل الإلكتروني، في ظل القانون 05-10 المعدل والمتمم لأحكام القانون المدني، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، 2005-2008.

ثالثا: الملتقيات والمؤتمرات الوطنية والدولية

1. أبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية للتعامل عبر وسائل الاتصال الحديثة مؤتمر القانون والكمبيوتر والأنترنت، جامعة الكويت.
2. أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية "تكوين العقد وإثباته"، دروس الدكتوراه لدبلومى القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، جامعة عين شمس، 2004/2003.

3. أسماعيل عبد النبي شاهين، أمن المعلومات في الأنترنت بين الشريعة والقانون بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والأنترنت، جامعة الامارات العربية المتحدة، المجلد الثالث الطبعة الثالثة، 2004.

4. حمد عمار تيبار: مدى حجية المحرر الإلكتروني في مجال الإثبات في القانون الليبي كلية القانون جامعة الفاتح.

5. سامي بديع منصور: الإثبات الإلكتروني في القانون اللبناني معاناة قاض، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بيروت العربية، الجزء الأول، الجديد في التقنيات المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة 2004.

6. عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر: العقود الإلكترونية، دراسة فقهية مقارنة مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد 05، جامعة الامارات العربية المتحدة، 2003.

7. علي بن عبدالله الشهري: التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت، أحكامها وآثارها في الفقه الإسلامي والنظام السعودي، المملكة العربية السعودية.

8. محمد محروك، خصوصيات التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات، جامعة القاضي عياض، مراكش.

رابعا: المقالات القانونية

1. إبراهيم الربيعي، علاء عبد الأمير موسى: توثيق قرارات التحكيم الإلكتروني بالتوقيع الإلكتروني، بحث مقدم لكلية القانون جامعة بابل، 2014.

2. أحمد درباحي: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، العدد 10 قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جوان 2013.

3. إسماعيل نجم الدين نامق، ناسؤ حمه شين عبد الكريم: ماهية التوقيع الإلكتروني وحجيته في القرارات الإدارية "دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة دراسات قانونية

وسياسية، السنة الرابعة، العدد08، 2016.

4. سامية يتوجي: أهمية التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية مجلة معارف، المجلد 8 العدد 14، 2013.
5. عبد العزيز المرسى حمود: مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية في ضوء قواعد الإثبات النافذة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية العدد 21، أبريل 2002.
6. عبد الله خيري عبد الله مرتضى: الشرط الكتابي في العقد الإلكتروني، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 05، يوليو 2016.
7. عقيل فاضل حمد الدهان: الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد 18ــ العدد 10، 2007.
8. علاء عبد الأمير موسى: توثيق قرارات التحكيم الإلكتروني بالتوقيع الإلكتروني، بحث مقدم لكلية القانون جامعة بابل، 2014.
9. علي سيد قاسم: بعض الجوانب القانونية للتوقيع الإلكتروني، مجلة القانون والاقتصاد جامعة القاهرة، العدد 72.
10. فتيحة سيد عثمان: دور الارادة في إنشاء العقد، مجلة العدل، العدد 23، 2010
11. كيسي زهيرة: الإطار القانوني للتعبير عن الإرادة في العقود المبرمة عبر الأنترنت مجلة الاجتهاد، العدد 02، المركز الجامعي لتمنراست الجزائر، 2012.
12. محمد سامي سلمان: العقد الإلكتروني، بحث مقدم إلى مجلس كلية القانون، الجامعة القادسية، العراق،2017.
13. هاني سليمان الطعيمات: حجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين في إثبات المعاملات المالية "دراسة فقهية قانونية مقارنة"، المجلة الاردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد14 العدد2، 2018.
14. هلا الحسن: تصديق التوقيع الإلكتروني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية

والقانونية، المجلد 26، العدد الأول 2010.

15. يوسف مسعودي: العقد الإلكتروني في العلاقات الدولية الخاصة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد9، جوان 2013.

16. يوسف مسعودي: القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 09 جامعة ورقلة، جوان 2013.

خامسا: النصوص التشريعية والتنظيمية

أ- القوانين الخارجية

1. قانون التوجيه الأوربي رقم 97-07 بشأن التجارة الإلكترونية، الصادر في 20 ماي 1997.

2. القانون العربي الإسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية، معتمد من مجلس وزراء العدل العرب تحت رقم 812، الدورة 25، بتاريخ 19 تشرين الثاني (نوفمبر) 2009.

3. قانون رقم 2000-83 المؤرخ في 09 أوت 2000 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية التونسي.

4. قانون رقم 2000-85 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية الأردني.

ب- القوانين الداخلية

1. أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجريدة الرسمية العدد 78 الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

2. القانون رقم 2000/230 المؤرخ في 13 مارس 2000 المتعلق بتطويع قانون الإثبات لتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني، الجريدة الرسمية رقم 62 الصادرة في 14 مارس 2000.

3. قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المتضمن تحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية العدد 41 الصادرة بتاريخ 27 يونيو 2004 .

4. قانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجريدة الرسمية العدد 21 الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.
5. قانون رقم 15-04 مؤرخ في 01 فبراير 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية العدد 06، صادرة في 10 فبراير 2015.
6. قانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 مايو 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، الجريدة الرسمية العدد 28، الصادرة بتاريخ 16 مايو 2018.

سادسا: مواقع الأنترنت

1. http://www.rachelcenter.ps
2. http://slconf.uaeu.ac.ae
3. https://www.droitetentreprise.com
4. http://www.uncitral.org
5. https://books.google.dz
6. http://www.theélectronique.transactions.conférence.com
7. http://www.ahlalhdeeth.com
8. https://www.kutub-pdf.net
9. https://www.droit-dz.com
10. https://www.iasj.net
11. http://www.sohli.com
12. http://www.lawjo.net
13. http://www.joradps.dz
14. https://www.almaany.com
15. http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net
16. http://www.almeshkat.net

الفهـــرس

الفهـــــرس

الآيـــــة الكريمـــة
شكـــر و تقديـــــر
الإهـــــــــــداء
قائمة المختصرات
مقدمـــــة ---------- 1
الفصل الأول: المضامين الأساسية للعقد الإلكتروني ---------- 4
المبحث الأول: ماهية العقد الإلكتروني ---------- 4
المطلب الأول: مفهوم العقد الإلكتروني ---------- 5
الفرع الأول: تعريف العقد الإلكتروني---------- 5
أولا: التعريف اللغوي والاصطلاحي والقانوني للعقد الإلكتروني ---------- 5
1- تعريف العقد لغة واصطلاحا ---------- 5
أ) تعريف العقد لغة ---------- 5
ب) تعريف العقد اصطلاحا---------- 6
2- تعريف العقد الإلكتروني لغة واصطلاحا ---------- 7
أ) تعريف العقد الإلكتروني لغة ---------- 7
ب) تعريف العقد الإلكتروني اصطلاحا---------- 7
ثانيا: تعريف العقد الإلكتروني قانونيا---------- 7
أ) تعريف العقد الإلكتروني في المواثيق الدولية---------- 7
ب) تعريف العقد الإلكتروني في التشريعات الغربية---------- 8
ج- تعريف العقد الإلكتروني في التشريعات العربية---------- 9
الفرع الثاني: تطور مفهوم العقد الإلكتروني---------- 10
الفرع الثالث: وسائل العقد الإلكتروني---------- 12
أولا: وسائل التعاقد التقليدية ---------- 13
1- الرسالة---------- 13
2- التلغراف ---------- 13
3- جهاز الميناتل ---------- 13

4- التيلكس ---------- 14
5- الفاكس ---------- 14
6- البيجر ---------- 14
7- التلفزيون ---------- 14
ثانيا: الوسائل التعاقد المستحدثة ---------- 15
1- الحاسب الآلي ---------- 15
2- الموقع الإلكتروني (www أو web) ---------- 16
3- البريد الإلكتروني (e-mail) ---------- 16
4- الهاتف المرئي ---------- 16
5- وسائل التواصل بالمشاهدة والمحادثة المباشرة ---------- 17
المطلب الثاني: خصائص العقد الإلكتروني وتمييزه عن العقود الأخرى ---------- 17
الفرع الأول: خصائص العقد الإلكتروني ---------- 18
أولا: العقد الإلكتروني عقد تفاعلي ---------- 18
ثانيا: عقد الإلكتروني عقد تجاري واستهلاكي ---------- 18
ثالثا: العقد الإلكتروني عقد مقترن بحق العدول ---------- 18
رابعا: استخدام وسائط الإلكترونية في إبرام العقد ---------- 19
خامسا: خصوصية الإثبات في العقد الإلكتروني ---------- 19
الفرع الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن باقي العقود ---------- 19
أولا: تمييز العقد الإلكتروني عن بعض العقود بالظر إلى طريقة التقاعد ---------- 19
أ- التعاقد الإلكتروني والتعاقد التقليدي ---------- 19
ب-التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التليفون ---------- 20
ج- التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق الكتالوج ---------- 20
ثانيا: تمييز العقد الإلكتروني عن عقد إنشاء موقع (إنشاء متجر افتراضي) ---------- 20
الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني ---------- 21
أولا: عقد الإلكتروني من العقود الرضائية ---------- 21
ثانيا: عقد الإلكتروني عقد إذعان ---------- 21
ثالثا: آلية إبرام العقد الإلكتروني ---------- 22

رابعا: عقد التراضي وعقد الموافقة---------- 22
المبحث الثاني: تكوين العقد الإلكتروني---------- 23
المطلب الأول: متطلبات قيام العقد الإلكتروني---------- 23
الفرع الأول: الايجاب والقبول لأبرام العقد الإلكتروني ---------- 23
أولا: الايجاب والقبول خطوة الأولى في إبرام العقود---------- 23
1- الايجاب---------- 24
2- القبول---------- 24
3- موقف المشرع الجزائري من الإرادتين ---------- 24
4- شروط الإرادة---------- 24
ثانيا: طرق التعبير عن الايجاب والقبول في العقد الإلكتروني---------- 25
أولا: الإيجاب في العقد الإلكتروني---------- 25
1- الإيجاب عبر صفحات "الواب"---------- 25
2- الإيجاب عبر المحادثة أو المشاهدة---------- 25
3- الإيجاب عن طريق البريد الإلكتروني---------- 26
ثانيا: شروط صحة الايجاب الإلكتروني ---------- 26
ثالثا: القبول في العقد الإلكتروني ---------- 26
أولا: تعريف القبول الإلكتروني ---------- 26
ثانيا: شروط صحة القبول الإلكتروني ---------- 27
الفرع الثاني: الوكيل الإلكتروني ---------- 28
أولا: تعريف الوكيل الإلكتروني---------- 28
ثانيا: دور الوكيل الإلكتروني---------- 28
الفرع الثالث: عوارض الأهلية وما يعيبها في العقد الإلكتروني---------- 29
أولا: عوارض الأهلية---------- 29
ثانيا: حكم البيع إلى ناقص الأهلية---------- 30
ثالثا: عيوب الإرادة ---------- 30
أولا: عيب الغلط ---------- 30
ثانيا: عيب التدليس ---------- 32

ثالثا: عيب الإكراه---------- 32
رابعا: عيب الغبن ---------- 33
الفرع الرابع: محل وسبب عقد الإلكتروني ---------- 33
المطلب الثاني: مجلس العقد الإلكتروني ---------- 34
الفرع الأول: مفهوم مجلس العقد ---------- 34
أولا: تعريف المجلس العقد في اللغة والاصطلاح ---------- 34
أ) مجلس العقد لغة---------- 34
ب) مجلس العقد في الاصطلاح ---------- 34
ثانيا: شروط مجلس العقد الإلكتروني---------- 35
أ) اجتماع المتعاقدين في مكان افتراضي---------- 35
ب) الانشغال بصيغة التعاقد وعدم الاعراض عنها ---------- 35
الفرع الثاني: زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني ---------- 35
أولا: زمن إتمام العقد في التعاقد بين غائبين---------- 36
ثانيا: اتحاد مجلس العقد في التعاقد ---------- 37
ثالثا: خيار المجلس العقد ---------- 37
الفرع الثالث: أثار العقد الإلكتروني من حيث الزمان والمكان ---------- 38
الفرع الرابع: تنفيذ العقد الإلكتروني---------- 39
الفصل الثاني: الأحكام الشكلية للعقد الإلكتروني ---------- 40
المبحث الأول: التدوين الإلكتروني ومدى حجيته---------- 40
المطلب الأول: ماهية الكتابة الإلكترونية ---------- 40
الفرع الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية---------- 41
الفرع الثاني: خصائص الكتابة الإلكترونية---------- 42
1- استرجاع المعلومات ---------- 42
2- حفظ الكتابة ---------- 42
3- تشفير البيانات ---------- 42
الفرع الثالث: أهمية الكتابة الإلكترونية---------- 43
الفرع الرابع: حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات ---------- 43

أولا: إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها ---------- 44
ثانيا: أن تحفظ غي ظروف تضمن سلامتها ---------- 44
ثالثا: عدم التعديل عليها ---------- 45
المطلب الثاني: التوقيع الإلكتروني ومدى حجيته ---------- 45
الفرع الأول: مفهوم التوقيع الإلكتروني ---------- 45
الفرع الثاني: أنواع التوقيع الإلكتروني ---------- 46
أولا: التوقيع الخطي عن طريق الماسح الضوئي "scanner" أو باستخدام القلم الإلكتروني Pen-op ---------- 46
ثانيا: التوقيع بالرقم السري (PIN) ---------- 46
ثالثا: التوقيع البيومتري (الخواص الذاتية) ---------- 47
الفرع الثالث: شروط التوقيع الإلكتروني ---------- 48
أولا: إصدار شهادة التصديق الإلكتروني ---------- 48
ثانيا: تحديد هوية الموقع ---------- 49
ثالثا: ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده: ---------- 50
الفرع الرابع: حجية التوقيع الإلكتروني ---------- 50
الفرع الخامس: جهات التصديق (الموثق الإلكتروني) ---------- 51
أولا: جهة المخولة قانونا في إصدار شهادة التصديق الإلكتروني ---------- 51
ثانيا: إجراءات منح شهادة التأهيل والترخيص لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني ------ 51
المبحث الثاني: فض المنازعات المتعلقة بالعقد الإلكتروني ---------- 52
المطلب الأول: النظر في النزاع المتعلق بالعقد الإلكتروني ---------- 53
الفرع الأول: الجهات القضائية المختصة في حل النزاع بشأن العقد الإلكتروني ---------- 53
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني ---------- 53
المطلب الثاني: التحكيم الإلكتروني ---------- 55
أولا: تعريف التحكيم لغة واصطلاحا ---------- 55
أ) تعريف التحكيم لغة ---------- 55
ب) تعريف التحكيم اصطلاحا ---------- 55
ثانيا: المحكمة المختصة في فض النزاع ---------- 56

ثالثا: الإجراءات المتبعة في التحكيم الإلكتروني ---------- 57
الفرع الأول: إصدار حكم التحكيم الإلكتروني ---------- 57
الفرع الثاني: تنفيذ الحكم التحكيم الإلكتروني ---------- 58
أولا: التنفيذ الدولي لأحكام التحكيم ---------- 59
ثالثا: الجهة القضائية المختصة باستصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم في التشريع الجزائري - 60
الخاتمـــة ---------- 63
قائمة المصادر والمراجع ---------- 65
الفهـــرس ---------- 75

مـــلخص المذكرة

العقد الإلكتروني من العقود المستحدثة التي ظهرت بظهور شبكة الأنترنت، حيث أصبح يتم إبرامه عن بعد دون انتقال الأطراف مما سهل عليهم إنجاز معاملاتهم في ظرف وجيز؛ وتجاوز الحدود ومقاربة المسافات في جميع أنحاء العالم.

يخضع العقد الإلكتروني لأحكام العقود التقليدية المعتادة؛ من توافر أركان العقد المتفق عليها في جميع التنظيمات والتشريعات المحلية والدولية، أهمها الرضا، المحل والسبب، إضافة إلى الشكلية لتطفي على العقد إمكانية الإثبات وحجية القاطعة عند نشوب نزاع أو خلاف بين المتعاقدين، أهمها الكتابة والتوقيع؛ غير أنه يختلفا في الوسيط الذي يبرم من خلاله العقد ذو طابع افتراضي لطرفي العلاقة العقدية في مسألة تحديد مجلس العقد، وما يتعلق به من أحكام فقهية وقانونية.

يمكن لطرفي العقد اتفاق واختيار القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد تنازع القوانين ومبدأ سلطان الإرادة، وكيفية تحديد المحكمة المختصة في فض النزاع، ونظرا لأهمية التعاقد عبر وسائل الإلكترونية يجب صياغة اتفاق دولي ينظم تلك المعاملات خاصة في مجال التجارة الإلكترونية.

الكلمات المفتاحية: 1/ العقد الإلكتروني.
2/ التجارة الإلكترونية.
3/ الكتابة والتوقيع الإلكترونيين.
4/ التحكيم الإلكتروني.