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

UNIVERSITE
Abdelhamid Ibn Badis
MOSTAGANEM

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون الخاص

المرجع: 05

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

النظام القانوني لعقد البيع الإلكتروني الدولي

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة:القانون الخاص

التخصص: القانون الخاص

من إعداد الطالب :

بونوة الشارف

تحت إشراف الأستاذ:

فرحات حمو

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ	بلبنة محمد	رئيسا
الأستاذ	فرحات حمو	مشرفا مقررا
الأستاذ	سلايم عبد الله	مناقشا

السنة الجامعية: 2019/2018

نوقشت يوم: 2019/07/10

إهـداء

أتقدم بهذا العمل المتواضع الذي تم بعون الله إلى الغاليين على كل إنسان و سبب وجودهما في هذه الدنيا و الذين منح الله لهما مرتبة عالية ومقام عزيز وعظيم عنده، جزاهما الله عني خير الجزاء في الدارين أبي وأمي الغاليين على قلبي.

وأهدي هذا العمل المتواضع أيضا إلى أخواتي الذين تقاسموا معي عبء الحياة وإلى زملائي الذين ساعدوني بمراجع وكتب ومجلات كما أهدي ثمرة جهدي إلى أستاذي الكريم الدكتور "فرحات حمو" الذي كلما إظلم الطريق أمامي لجأت إليه فأناره لي وكلما دب اليأس في نفسي زرع فيا الأمل لأسير قدما وكلما سألت على معرفة زودني بها وكلما طلبت كمية من وقته الثمين وفره لي بالرغم من مسؤولياته المتعددة.

الطالب: بونوة الشارف

شكر وعرفان

أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ القدير الدكتور "فرحات حمو" على مساعدته لي رغم التزاماته الكثيرة وعلى تقديمه لملاحظاته القيمة أنارت لي طريق البحث والتقصي مما زاد من إصراري لإتمام هذا العمل فله كل العبارات الشكر والتقدير عرفانا مني بالجميل.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى أساتذتي الكرام الذين ساهموا في تكويني طيلة فترة الدراسة النظرية.

كما أتقدم بالشكر إلى إدارة كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة مستغانم وإطاراتها خاصة أعوان المكتبة الذين يسروا لي الأمور لإنجاز هذا العمل.

وإلى كل من أعانني وساعدني من بعيد أو قريب، بمرجع أو وجهني إلى فكرة أو شد أزري بكلمة طيبة أو تكرم علي بصالح الدعاء.

الطالب: بونوة الشارف

مقدمـــــــــة

المقدمة :

يجتاح العالم اليوم ركب غير مسبوق من إتصالات وتقنيات عالية ومتجددة حيث ما تم إكتشافه في اليوم السابق يتضاءل أمام اليوم الجديد إن هذا التطور ليس وليد الصدفة بل بالتضحيات ومجهودات في سبيل العلم فتتطور قدرات العلمية يوما بعد يوم وكذلك دول العالم في سياق معها وتلهث خلفها إلى حد إنقطاع الأنفاس حيث تغلغلت في كل مناحي الحياة علمية وإقتصادية وسياسية وتجارية وعسكرية وأصبحت الدول بل والإنسان أسير هذه التكنولوجيا بسبب ما تقدمه من توفير المال والجهد والوقت.

ومن أبرز الإستخدامات الحديثة التقنية الإلكترونية بل وأكثرها شيوعا عمليات إبرام العقود والتصرفات القانونية حتى وإن اصطلح على تسميتها بالتجارة الإلكترونية، ويبدو أن عملية إبرام العقود بالطرق الإلكترونية تولدت عنها مسائل شائكة لما تثيره من مشكلات قانونية إجتهد البعض في محاولة وضع الحلول لها سواء من خلال القواعد التقليدية في القانون المدني أو من خلال القواعد المستخدمة في القانون التجارة الإلكترونية، والتي أقرتها بعض الدول ومنها الجزائر، أو القواعد النموذجية التي وضعتها هيئة الأمم المتحدة.

ومن خلال بحثنا هذا سوف نحاول معالجة هذا المنهج بإستخدام منهج تحليلي مقارن وبذلك نقسم الدراسة إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول القواعد العامة في تكوين العقد البيع الالكتروني الدولي أما المبحث الثاني فنخصصه في تنفيذ عقد البيع الإلكتروني الدولي وتسوية المنازعات المترتبة عنه.

الفصل الأول

القواعد العامة

في تكوين عقد البيع الالكتروني الدولي

الفصل الأول: القواعد العامة في تكوين عقد بيع الالكتروني الدولي

تمهيد:

هناك من الفقه من يرى أنه لا إختلاف بين عقد البيع التقليدي وعقد البيع الإلكتروني إلا مايتعلق بالبيئة التي يبرم فيها وهي البيئة التكنولوجية لذلك يجدر بنا أن نبحث في هذه القواعد العامة و نخصص لذلك مبحثين أولهما نتناول فيه ماهية عقد البيع الإلكتروني وثانيهما الأثار المترتبة عليه.

المبحث الأول : ماهية عقد البيع الالكتروني الدولي

ولئن كان عقد البيع الإلكتروني سواء المحلي أو الدولي يخضع لكثير من القواعد القانونية التطبيقية التي كرستها نظرية العقد إلا أن خصوصية هذا العقد يجعلنا نطرح الإشكال التالي :

مامدى كفاية القواعد القانونية التقليدية في تنظيم وضبط عقد البيع الإلكتروني الدولي وماهي الأثار التي يرتبها هذا بالنظر إلى ضيق القواعد الخاصة التي جاء بها قانون التجارة إلكترونية لذا سنتناول في هذ المبحث مطلبين أساسيين نتناول في الأول التعريف على ضوء الطريقة التي ينعقد بها وخصائصه وثانيا أركان عقد البيع الدولي.

المطلب الأول : تعريفه على ضوء الطريقة التي ينعقد بها وخصائصه

I. التعريف :

وهو إتجاه الذي ركز أنصاره في تعريفهم للعقد الإلكتروني على الوسيلة التي يتم إبرامه من خلالها هذا العقد، وعرفه بأنه:" إتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة الدولية مفتوحة للإتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرتبة بفضل تفاعل بين الموجب والقابل"[1]. أو هو "تلاقي عرض لسلع أو خدمات معبر عنه بطريقة سمعية بصرية بواسطة شبكة دولية للإتصالات وقبول يمكن التعبير عن بطريقة تفاعلية.

وعموما العقد الإلكتروني يتميز وفق هذا الإتجاه، بإنعقاده عبر وسائل الكترونية مقبولة وفق الرأي القانوني، وهو التعريف الذي يتوافق إلى حد بعيد مع أهداف دراستنا، بالرغم من هناك من يعتبر مثل هذه التعريفات مبثورة وناقصة لإهمالها مرحلة التنفيذ، في حين إنتقدها البعض الأخر، بعدم تفرقتها بين العقود الدولية والعقود الوطنية رغم أن الإنترنت لا تعبأ بمثل هذه الفوارق، ولتركيزها على وسيلة الإنترنت دون الوسائل الأخرى، غير أننا لا نؤيد مثل هذه الإنتقادات، من الوسائل الأخرى لم تثر أية تحديات قانونية كالتي أثارها الإنترنت من جهة، ومن جهة ثانية العقد الإلكتروني لا يفترض بضرورة التنفيذ الإلكتروني، كون تنفيذ العقد حتى في العقود التقليدية لا يحكم تكييف العقد، بل مرحلة إبرامه التي بناءا عليها يتحرر تكييفه.

لذا نجد البعض[2]، وتفاديا للإنتقادات السابقة أوسع أكثر واستعمل مصطلح العقد القضائي أو الإفتراضي أو الرقمي، تفاديا لإستعمال الوصف الإكتروني الذي يفتح المجال لتقنيات أخرى غير الإنترنت، ورأى أنصار هذا الإتجاه في العقود الإلكترونية، أنها مجرد

---

[1] أنظر: د أحمد عبد الكريم سلامة " الأنترنت والقانون الدولي الخاص: فراق أم تلاقي؟" بحث متقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والأنترنت، المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة 12-13 ماي 2000، ص28.

[2] التفاعل يمكن تعريفه بأنه" إمكانية التبادل بين مستعمل النظام والآلة بواسطة نهاية طرفين المتمثلة شاشة للرؤية.

عقوبة عادية تستعمل في إبرامها الوسائل الإلكترونية وهو الأمر الذي لا يثير أي إشكال، سوى أنها وسائل وفرت اللامادية للعقد، ولا تأثر على باقي الإلتزامات العقدية، بإعتبارها مجرد وسيلة الإبرام وليست محلا أو موضوعا للتعاقد[1]، وبناء على الإتجاه السابق، يمكن تعريف العقد الإلكتروني أيضا بأنه" الثناء الإيجاب صادر من طرف، محله عرض مطروح بطرق سمعية أو بصرية أو كلاهما على شبكة الإتصالات، بقبول صادر من طرف أخر بذات الطرق وتحقيق لعملية معينة يرغب الطرفان في إنجازها، وهي في العادة مبادلة القيم أو الأموال.وهو ما يوافق تركيزنا على وسيلة الإنترنت دون سواها من وسائل التعاقد الإلكترونية الأخرى، ويجعلنا بغرف العقد الإلكتروني، بأنه ذلك العقد الذي يتم إبرامه عبر شبكة الإنترنت، بحيث هو عبارة عن عقد عاوي فيرى أنه يكتسب الطابع الإلكتروني من خلال الطريقة التي يبرم بها، أو من خلال الوسيلة التي يتم من خلالها.

وبالتالي يمكن القول بأن العقد الإلكتروني لا يختلف عن غير من العقود، سوى من حيث الوسيلة التي يبرم من خلالها، والتي سمحت بالتفاعل بين الموجب والقابل وماعدا ذلك فهو لا يختلف عن أي عقد من العقود المتعارف عليها في القاعدة العامة فبخصوص محله فهو يمكن أن يرد على أي شيء من السلع أو الخدمات، مادامت ليست خارجة عن التعامل، ومن حيث أطرافه، فهم أنفسهم في أي تجارة أخرى، وهو الأمر الذي لا حظنا بإطلاعنا على مختلف القوانين التي نظمت التجارة الإلكترونية أو عقوده[2].

وبالتالي لا يخرج مفهوم العقد الإلكتروني بإعتباره من العقود المبرمة عن بعد، نجد الوجيه الأوروبي الصادر في 20 ماي 1997 تحت رقم: 7/97 الذي عرف في مادته الثانية في العقد عن بعد بأنه " كل عقد يتعلق بأموال أو خدمات يبرم بين المورد والمستهلك ضمن إطار نظام البيع أو تقديم خدمة عن بعد ينظمه المورد، بإستخدام عدة جمل تقنية عن

[1] مثل المادة 2 من القانون الأردني رقم : 85 لسنة 2001 والمادة الأولى من مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري 3 مراد محمود يوسف مطلق " التعاقد عن طريق وسائل التعاقد الإلكتروني – دراسة مقارنة عين الشمس ، 2007، ص83.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة – نظرية العقد الدولي – دار النهضة العربية – القاهرة مصر 1989.

بعد وصولا إلى إبرام العقد وتنفيذ" وقد حدد هذا التوجيه نفسه في ذات المادة وسائل الإتصال عن بعد دون الحضور المادي للطرفين المتعاقدين ناصا بأنها:" كل وسيلة تستخدم للإتصال عن بعد بدون حضور مادي متزامن لمقدم الخدمة والمستهلك، وتؤدي إلى إبرام العقد بين الأطراف". وفي الملحق الأول من التوجيه حدد هذه الوسائل في:" الهاتف إجتماعات الفيديو، الكتالوج الإلكتروني شاشة التلفزيون، الحاسوب، البريد الإلكتروني، وهي الوسائل التي أورده على سبيل المثال لا الحصر، وعرفت الإتصالات عن بعد في القانون الفرنسي، بموجب المادة 1/2 من القانون المؤرخ في: 1986/12/30 المتعلق بحرية الإتصال بأنها" كل إنتقال أو إرساء أو استقبال لرموز أو إشارات أو كتابة أو صور أو الأصوات أو معلومات أيا كانت طبيعتها، بواسطة ألياف بصرية أو كهرباء لاسلكية أو أية أنظمة الكترومغناطيسية أخرى"، مما يجعل من شبكة الإنترنت وسيلة للإتصال السمعي البصري عن بعد"[1].

ويجعل من العقد المبرم عبرها نوعا من العقود المبرمة عن بعد، التي تجمع بين غائبين لا يجمع بينهما مجلس عقد واحد مادي، لكن حضور إفتراضي متزامن نظرا لخاصية التفاعلية التي تتميز بها الإنترنت.

وكخلاصة لتعريف العقد الإلكتروني، يمكننا القول بأن العقد الذي يبرم بطرق إلكترونية، أهمها شبكة الإنترنت، كليا أو جزئيا، في جميع مراحله أو في بعضها، ولا يهم بعد ذلك طريقة تنفيذه، مما يجعله مجرد عقد عادي كسائر العقود، وما الصفة الإلكترونية التي إكتسابها سوى للوسيلة المستعملة في إبرامه، وهو وجه الخصوصية التي يتميز بها، والتي في نفس الوقت جعلت منه عقدا ينتمي لطائفة العقود المبرمة عن بعد أو عقد فيما بين غائبين، ويبرم بطريقة المادية.

[1] وتعرف المادة 2/2من القانون الخاص بحرية الإتصالات الفرنسي السابق الإتصال السمعي البصري بأنه" كل ما يوضع في متناول الجمهور أو بعض طوائف ، من رموز أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو رسائل من أي نوع ، دون أن يكون لها صفة المراسلة الخاصة، أو ذلك بوسيلة من وسائل الإتصال عن بعد" مشاركة لدى أحمد عبد الكريم سلامة.

وهو العنصر المشكل لهذا النوع من العقود التي عرفت بناء على ذلك العقد الذي تكون بصدده لما يبرم الإلتزام بين شخصين أو أكثر يكون كل منهم مستعملا فيه جهازه المتصل بشبكة اتصالات كوسيلة للتعبير –إرسال– الإيجاب و القبول وهو ما يشكل العنصر المشكل لهذا العقد وبالتالي يتميز هذا النوع من العقود بطريقة انعقاده الإلكتروني، ويجعله ينتمي لطائفة العقود عن بعد، لذا يجب أن تراعي فيه القواعد الخاصة بهذا النوع من العقود وبدورنا نخلص إلى القول بأن العقد الإلكتروني، وبالنظر للطريقة التي ينعقد بها، يكتسب الطابع الإلكتروني الدولي وما عدا ذلك فهو يتفق مع أي عقد أخر من حيث موضوعه وأطرافه، وليست بعيدة عن العقود التي تعرفها.

وبالتالي فهو ليس عقدا جديدا بل وسيلة تأمينها، ونشير إلى أنه بالرغم من أن البعض يقسم العقود الإلكترونية من حيث إرتباطها بشبكة الإنترنت، إبراما وتنفيذا، العقود تبرم وتنفذ عبر الشبكة وأخرى تبرم عبرها وتنفذ خارجها غير أن ما يهمنا في دراستنا هو النوع الثاني، بإعتبارها إتفاقية فينا نتعلم السلع المادية التي لا تسمح طبيعتها بالتنفيذ الإلكتروني، من جهة ومن جهة ثانية، بإعتبار التنفيذ لا يقود لتكييف العقد وإنما طريقة إبرام التي عادة ما تكون محفوفة بالمخاطر وبالتالي حسن الإبرام يؤدي إلى تلاقي مشاكل التنفيذ.

لذا نجد بعض الفقه[1]يطرح مساءلة مهمة تتعلق حتى بتسمية العقد التي أثارت نوعا من الضبابية حول تصنيف هذا النوع من العقود بحيث نجده يرى في العقد الإلكتروني أما أن يكون مبرما عبر الإنترنت ومنفذا خارجها ويسميه في هذه الحالة " العقد عبر الخط".

وعقد يبرم وينفذ عبر الإنترنت ويسميه في هذه الحالة " العقد الإفتراضي"

وفي كلتا الحالتين العقد يعد عقد إلكترونيا، لكن عموما لا يجعل منها طائفة جديدة مستقلة عن باقي طوائف العقود حيث يرى أنه مثلما لم توجد طائفة " العقود التليفونية الكهربائية ولا البخارية " التي جاءت مع مختلف التطورات العلمية السابقة، فلا يجب أن

[1] James alescander. Op cit. pp .11-12. graham.

تكون هناك طائفة خاصة بعقود الإنترنت، وذهب البعض حتى الى القول بعدم الإعتراف بالعقد الإلكتروني وفضل بالتالي عبارة " العقد المبرم الكترونيا" أو " الطرق الإلكترونية" [1]، كون التسمية الأولى لا تستجيب لأي تكييف قانوني يضعها في إطار نوع أو طائفة من طوائف العقود المتعارف عليها[2]، في حين ذهب البعض الأخر، إلى التفرقة بين العقد المبرم بالطرق الإلكترونية والعقود حول الالكترونية، التي يقصد بها العقود المنصبة على استعمال المصادر الالكترونية المعلوماتية وبناءا على ما سبق يمكننا تعريف عقد البيع الإلكتروني الدولي بالنظر إلى لخلو اتفاقية فينا من تعريف لمن متفادية في ذلك إخلاف النظم القانونية في هذا الخصوص بأنه:

عقد يلتزم فيه البائع أن ينقل للمشتري عن بعد ملكية بضاعة من البضائع التي تدخل في نطاق تطبيق إتفاقية فينا، مقابل ثمن نقدي يدفعه المشتري، سواء بطرق التقليدية أو بالطرق الإلكترونية الحديثة، التي ستكون موضوع دراسة فيما بعد بغض النظر عن صفة أطرافه أو جنسيتهم، لكن بإشتراط وجود أماكن عملهم في دولتين مختلفتين، وألا يكون الغرض من عمله البيع وفقا للمادة (2/أ) من اتفاقية فينا الاستعمال الشخصي أو العائلي أو المنزلي، لذل فوجهة الجيدة الوحيدة بالنسبة لهذا العقد، هو الوسيلة المستخدمة في إتمامه، مما يجعله من العقود الدولية التي تتم عن بعد، ويبقى بيعا تقليديا دوليا للبضائع، خاضعا لإتفاقية فينا في الحالات التي تقبل فيها التطبيق، أو في الحالات التي يتفق فيها طرف العقد على مخالفة أحكامها، بإعتبار أحكامها مكملة يجوز تعديلها وتى الاتفاق على استبعادها تماما، كما يمكن أيضا إعمال النظرية العامة للعقود عليه، سيما إن كانت تستوعب المفاهيم العديدة، أو تلك الأحكام التي طبقت من قبل على أنواع خاصة من البيوع، كالبيع بالمراسلة أو بالهاتف أو الفاكس أو جهاز المتنال في فرنسا مع الأخذ بعين الإعتبار لبعض

[1] Contrats passes par voire électronique ou contrats passes en ligne voire uas Florance op cit.p21.

[2] Catala pierre, l'engagement électronique de l'enterprise, revue des sociétés (2) avril .juin 2001,p :258.

الخصوصيات خاصة تلك المتعلقة بالمفاهيم المرتكزة على المعايير المكانية والزمانية، والدعائم المالية الورقية واليدوية، وبالتالي على مستوى مفهوم عقد البيع الدولي للبضائع لا يمكن أن تكون اتفاقية فينا قد أثرا بما يحتم ضرورة تعديلها في هذا الصدد.

فعرف المشرع الجزائري : هو العقد لمفهوم القانون رقم 02/04 المؤرخ في 25 جمادى الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ويتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الإتصال الإلكتروني.

رأي أو وجهة النظر لأحسن تعريف لي هو: رغم إختلاف المفاهيم القانونية وأراء الفقهاء في إعطاء الوصف الحقيقي للعقد الإلكتروني وزيادة على ذلك خصوصية العقد الإلكتروني الدولي الذي لا يعترف بالحدود الجغرافية ولا أجناس البشرية إلا أن المشرع الجزائري أحسن في إعطاء تعريف للعقد البيع الإلكتروني وهذا ما أسند إليه في دراستي لهذا البحث.

II. خصائص العقد البيع الإلكتروني الدولي :

بالرغم من توصلنا إلى العقد الإلكتروني لا يتميز عن باقي العقود، سوى من حيث الوسيلة التي يبرم من خلالها، ألا أن ذلك لم يمنع من انفراده ببعض الخصائص الراجعة أساسا لخصائص التقنية المستعملة في إنعقاده، بإعتبارها وسيلة تقنية عالمية ومفتوحة، تتجاهل الحدود وتعتمد على الدعائم الإلكترونية اللامادية، بين أطراف في عادة ينتمون لدول مختلفة وهو ما أضفى عليه جملة من الميزات التقنية التي لا تخوض في تفاصيلها بإعتبارها نفس خصائص الإنترنت التي ترتبط بها كل من التجارة الإلكترونية والعقود الإلكترونية إرتباطا وثيقا وأخرى ذات إنعكاسات قانونية هامة أثارا كثير من الجدل الفقهي سنختصره أي أبعد الحدود في هذا المقام، عدا الحقيقية واحدة تكرست في تعريف العقد ذاته، وهو أنه من العقود عن بعد، لكن بطريقة تفاعلية حديثة لم تعرف مع باقي الوسائل التي استعملت في

التعاقد عن بعد، وهو ما يتبين لنا من خلال النقاط التالية، التي ستخصص كل منها لخاصية من خصائص العقد الإلكتروني .

أولا: عقد البيع الإلكتروني في صورة جديدة للعقود عن بعد

بالرغم من إعتبار العقد الإلكتروني من العقود أكبر عن بعد بإستعمال الوسيلة إتصال حديثة التي عرفت بأنها" مجموعة من الإجراءات الفنية، المسموعة والمرئية لإرسال واستقبال المعلومات عن بعد[1] والتي سبق وأن بينا مفهومها وفقا للقانون الفرنسي المنظم لحرية الإتصالات الصادرة في 1986/12/30 إلا أنه يعد من نوع خاص، حيث أنه عقد يبرم دون حضور مادي للطرفين المتعاقدين في مجلس عقد حقيقي، لكن ذلك لا يمنع من أن يكون هناك تعاصر زماني، بالنظر لما توفره الإنترنت من خاصية التفاعل الأمر الذي جعل بعض الفقه،[2] يرى بأنه في هذا النوع من العقود يكون مجلس العقد مجلسا حكميا إفتراضيا، يوفر العنصر الزماني بالرغم من التباعد المكاني، الأمر الذي يجعل من البعد في التعاقد مع هذا النوع من العقود بأخذ أبعاد جديدة بإستعانة بالوسائط الإلكترونية التفاعلية التي وفرت نوعا جديدا أمن العقود المبرمة بين غائبين، وبحيث بعد عقد بين حاضرين من حيث الزمان، وبين غائبين من حيث المكان، وهو نوع جديد من مجالس العقد التي يمكن تسميتها بالمجالس الإفتراضية التي تبين أثارها القانونية فيما بعد.

[1] د.أبراهيم أحمد ابراهيم: الحماية الدولية لبرامج الكومبيوتر وحق المؤلف في الدول العربية مجمعة أبحاث ، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1992، ص 93-94.

[2] د.أبراهيم الدسوقي أبو الليل العقد والإرادة المنفردة ، جامعة الكويت الطبعة الأولى، 1995، ص 132-133.

ثانيا : العقد الإلكتروني بين التقليد والحداثة

إن استخدام الوسائط الإلكترونية الحديثة التي وفرتها الإنترنت في إبرام العقود، أدى إلى اختفاء الدعائم الورقية التي كانت تعد إلى وقت قريب من الدعائم الرئيسية في إبرام العقود، كما غيرت الكثير من المفاهيم القانونية، بإيجادها لمجلس عقد إفتراضي تفاعلي غيب الحدود وقلص المسافات وأزل الفواصل الزمانية، غير أنه يبقى شأنه شأن العقد التقليدي الذي يبرم في العالم الحقيقي المادي، ينصب على السلع التي يصح التعامل فيها قانونا، وقد يتسم بالطبيعة التجارية ويسمى حينئذ بعقد التجارة الإلكترونية[1]، كما يكون عقدا مدنيا أو عقد ذو طبيعة مختلطة[2]وبالتالي فعقد البيع الإلكتروني يبقى عقد بيتع بضائع دولي، لا يختلف عن العقود الأخرى من حيث محله وأطرافه، وأنه حديث فقط حداثة الوسيلة المستعملة في إبرامه، بالرغم من أننا نجد من الفقه، من يجعل منه طائفة جديدة من طوائف العقود التي ليس لها نظير في العالم التقليدي، غير أننا لا نوافق هذا الرأي لأن القانون لم يعبأ يوما في تصنيفه لطوائف العقود بالوسائل التي تبرم من خلالها هذه العقود.

ثالثا: العقد الإلكتروني بين المحلية والدولية

بالرغم من أن دراستنا تتطلب على عقد دولي بطبيعته، إلا أن الانترنت قد تجعل من عقد محلي يظهر على أنه عقد دولي نظرا الطابع العالمي لشبكة الإنترنت التي من بين أهم خصائصها لأنها بدأت فرقة العالم وألغت الدود السياسية بين الدول، وهو ما يجب أن يأخذه المشرع بعين الاعتبار عند سنه تشريعات تتعلق بهذا لشأن حتى يضمن القواعد القانونية أن تكون فعالة في تنظيم العقود الإلكترونية لكن ذلك لا يمنع من أن يكون عقد البيع الالكتروني عقد داخليا إذا ما إنعقد داخل إقليم الدولة بين متعاقدين ينتمون لذات الدولة بالرغم من مسألة أثارت جدلا فقهيا لدى البعض[3]، بحيث نجد الفقه إنقسم إلى اتجاهين :

---

[1] راجع في ذلك: د/أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق،ص19.

[2] راجع في ذلك: إبراهيم أحمد إبراهيم ، المرجع السابق،ص185.

[3] المزيد من التقابل حول هذين المعيارين راجع د/إبراهيم "القانون الدولي الخاص"،المرجع السابق.

الاتجاه الأول : العقود الإلكترونية خليط متنوعين

وهو إتجاه يرى أنصار بأن العقود الالكترونية قد تكون ولية في حالة التي يمكن فيها إعمال المعيارين المعروفين في مجال دولية العقد،وهو اتصال العقد بأكثر من نظام القانوني واحد تعلقه بمصالح التجارة الدولية، وهو ما نكون بصدده فقط في الحالة التي يكون المتعامل مع الانترنت مقيم في دولة ومورد خدمة الاشتراك في دولة ثانية، بينما يكون مقر الشركة التي تعالج البيانات وتدخلها وتحمله عبر الشبكة في دولة ثالثة[1] بينما إذا تركزت كل هذه العوامل في دولة واحدة فإن العقد يكون وطنيا[2].

غير أننا لا تؤيد هذا الرأي لصعوبة التوطين العلاقات الإفتراضية وفقا للمعايير ومرتكزات مكانية، وكذا إستحالة التعرف على مكان الأشخاص السابقين لانعدام عناوين تمكن من ذلك.

الإتجاه الثاني : العقود الالكترونية دوليا دوما

وهو الاتجاه الذي يركز فيه أنصاره على أن شبكة الانترنت تعد تجسيدا حقيقيا لفكرة العولمة ويستحيل معها توطين العلاقات القانونية كونها أزالت كل الحدود التقليدية التي كانت تفصل ما بين العقد الداخلي والعقد الدولي، مما يجعل من العقود المبرمة خلالها تتميز بالصفة الدولية بالصفة الدولية حتما وأصبحت الصفة الدولية تتوفر حتى في عقد داخلي يبرم بين طرفيين ينتميان إلى نفس الدولة في حالة التي يكون فيها مورد خدمة الدخول أو غيره من وسطاء مقدمي خدمات الانترنت مقيم في دولة أخرى.

لكن نرى إعمالا لمعايير دولية العقد، أن العقد الإلكتروني عقدا دوليا دوما وذلك بالإستناد لفكرة أنه عبارة عن معلومات تنساب عبر الوسائط الالكترونية،وهي المعلومات التي عند تناولها لطريقة عمل الانترنت، تعتمد على التقسيم إلى حزم تتخذ أقصى الطرق

[1] د/ أحمد الهواري "عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص"،بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المجلد الرابع، المرجع السبق، ص1646.

[2] أحمد المهدي : الإثبات في التجارة الإلكترونية، مجموعة أبحاث ،الطبعة الأولى،دار الكتب المصرية، 1981،ص144.

التي قد تتوفر والمعلومة تمر عبر الدول أكثر من السرعة التي تجدها وهي تتنقل من ولاية لأخرى داخل الدولة الواحدة، خاصة إذا كانت البنى التحتية التكنولوجية فيها ضعيفة.

رابعا : العقد الإلكتروني بين الرضائية والإدعان

جرت العادة في العقود الدولية أن تسبقها مرحلة طويلة من المفاوضات هدفها الوصول إلى وضع مناسب كل من الطرفين المتعاقدين، لكن في العقود الإلكترونية التي عادة ما ينفرد الموجب بوضع شروطه وما على القابل إلا قبولها أو رفضها فهل يجعل ذلك من العقود الإلكترونية عقود إذعان أم يمكن التفاوض بشأنها وتكون عقود رضائية؟

نقسم الفقه بخصوص الإجابة إلى إتجاهين متباينين أحدهما يرى بأن العقود المبرمة عبر الانترنت تعد عقود إذعان والثاني يرى عكس ذلك وبين الاتجاهين نرى تيار أتخذ موقف وسط.

الإتجاه الأول: العقود الإلكترونية عقود إذعان

وهو الاتجاه الذي تبناه الفقه الفرنسي الحديث و بعض الفقه الإنجليزي[1] الذي يرى بأن العقود المبرمة عبر الانترنت من عقود الإذعان كانت شروط البيع مذكورة بموقع التاجر ولا يكون أمام الزائر إلا أن يقبلها أو لا يتعاقد إطلاقا وأيده لعض الفقه المصري في ذلك لقوله أن المشتري عبر الانترنت لا يملك فرصة لمعاينة السلعة و التفاوض بشأنها، ولذلك فعقود التجارة الالكترونية هي عقود إذعان بالنسبة له نظر لإعتباره وفقا لظروفه الاقتصادية الطرف الضعيف أمام الطرف الأخر الذي غالبا ما يكون شركة عملاقة،وهو ما يجعله طرفت مذعنا خاصة في حالة احتكار الشركة السلعة عبر الانترنت أو لمجرد أن طرفا واحدا إنفرد بوضع شروط العقد ولا يقبل فيها مساومة دون إشتراط لفكرة الإحتكار أو سيطرة، وينضم بعض من الفقه الإنجليزي إلى هذا الاتجاه بحيث يرى أن العقد الإلكتروني هو بمثابة عقد إذعان، لأن قابل لا يملك سوى الضغط على عدد من الخانات المفتوحة أماه في موقع الموجب على

[1] د/ عزت محمد البحري، القانون والرقمنة – دار النهضة لبنان – 2005.

شبكة الأنترنت وما عليه إلا قبول العقد برمته أو رفضه، وخاصة مع إنتشار فكرة العقود النمطية على شبكة الانترنت وهي العقود التي وضعتها جهات معينة مثل التجمعات المهنية وتعد تجسيدا فعليا لفكرة عقود الإذعان، غير أننا نرى بأن هذا الاتجاه ركز في البحث عن العقود المبرمة مع المستهلكين لا تلك التي تبرم على المستوى الدولي في الكثير من الأحيان بين طرفين متوازيين في القوة الاقتصادية، أو على الأقل لا يوجد أحدهما ف موقف الطرف الضيف إلى حد ذي يكون فيه مستهلكا عاديا.

الإتجاه الثاني: العقود الإلكترونية عقود رضائية

وهو الإتجاه الذي يرى بأن العقود الالكترونية ليست من عقود الإذعان بالرغم من عدم إفصاحه بصفة صريحة عن ذلك، وأخذ على الاتجاه السابق تجاهله لأمر هام هو أن التفاوض قائم في هذا النوع من العقود سيما إذا أبرمت عن طريق البريد الإلكتروني الذي يمكن تبادل العروض والمساومات بشأنها.

وبالتالي يرى هذا الاتجاه بأن العقد الإلكتروني عقد رضائي نظرا لإمكانية المتاحة عبر الأنترنت والتي تمكن من الانتقال من موقع لأخر وإختيار الشخص لما يشاء وتركه لما لا يشاء مما يجعل من مبدأ الرضائية يسود العقود الإلكترونية بينما يرى اتجاه آخر وسط بين الاتجاهين السابقين بأن العقود الإلكترونية يمكن أن تكون من عقود الإذعان إذا توافرت فيها جميع شروط الإذعان،وإن لم تتوافر كلها فهناك قواعد قررتها تشريعات التجارة الإلكتروني لصالح المستهلك تمحي عن العقد صفة عقد الإذعان.

لذا نجد غالبية القوانين قد أفردت حماية فعالة وقوية للمستهلكين في مجال التجارة الإلكترونية تاركة للمهنيين الحرية التامة في تنظيم أمورهم وفقا للقانون إداراتهم.

وقريبا من هذا الاتجاه الوسط يرى البعض، أنه للقول ما إن كان العقد الالكتروني عقد إذعان أو عقد مساومة، جب التفرقة بين الوسيلة التي يتم من خلالها التعاقد فإذا تم التعاقد عن طريق البريد الالكتروني أو من خلال برامج المحادثة أو بإستخدام الوسائل البصرية فإن العقد الالكتروني يكون عقدا رضائيا، أما إذا تم اعقد عن طريق مواقع الويب التي تستخدم

غالبا في العقود النموذجية[1]، التي تعد شروطها موضوعة مسبقا من قبل الموجب ولا يترك فها مجالا للموجه إليه الإيجاب فرصة المساومة فإن العقد الالكتروني في هذه الحالة يعد عقد إذعان، وبالتالي فالعقد الالكتروني قد يكون عقد إذعان كما قد يكون عقد مساومة، بحسب الوسيلة المستخدمة في التعاقد، لذلك سنوضح نوع العقدين المنعقدين عبر الانترنت عن طريق البريد الالكتروني،وعن طرق موقع الويب.

1-عقود البريد الالكتروني :

إن البريد الالكتروني هو طريقة الإرسال وإستقلال الرسائل إلكترونيا بين الحواسيب بإستخدام شبكة الانترنت،وهو يشبه البريد العادي من حيث المبدأ إلا أنه يختلف عنه في كونه يتم إلكترونيا وأن الرسالة فيه تصل إلى المرسل في لمح البصر ما لم يتم إعتراضها وإعاقتها وكانت مرسلة إلى العنوان الصحيح.

وعن طريقة ينعقد العقد بمجرد إلتقاء القبول بإيجاب وذلك بإرسال القابل برسالة إلكترونية للموجب تقيد بقبوله للإيجار[2]،لذا ففي العادة التعاقد عن طريق هذه الوسيلة يكون بعد مساومات وتفاوض ونقاشات مما يمحي عن العقد الالكتروني صفة الإذعان.

[1] العقود النموذجية حسب البعض، تعد من قبيل عقود الإذعان وهي وسيلة القابلة لعقود الإذعان،راجع د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق.

[2] د/ أعراب بلقاسم، القانون ادولي الخاص الجزائري تنازع القوانين،دار الهومة الجزائر 2009،ص73-74

2-عقود مواقع الويب:

وهي العقود التي تتم من خلال المواقع الالكترونية على شبكة الانترنت باستخدام محركات أو بولوج موقع الشركة المراد التعاقد معها مباشرة، ليتم العقد بمرد الضغط على الإيقونة الموافقة على الشراء، لأنه بمجرد زيارة الموقع يقال الزائر ليجد نفسه أما العقد النموذجي الموضع على المواقع بشروط وبنود عقديه ة غالبا ما تكون غير قابلة للتفاوض وهنا يعد هذا العرض بمثابة الإيجاب الذي يلتقي بقبول المتعاقد الأخر بمجرد ضغطه على أيقونة القبول أو بإدارة بعض العبارات المحددة التي تفيد القبول[1].

غير أننا في خصم هذا الجدل الفقهي يمكننا القول بأننا بصدد عقود دولية تختلف كلية عن العقود الوطنية شكلا ومضمونا، وهو ما يقتضي تبني مفهوم مختلف تماما للإذعان عن المفهوم المعرف في القانون الداخلي والأخذ فقط بمسألة إمكانية التفاوض من عدمه وهو المعيار الدولي الوحيد الذي بموجبه نفرق بين العقود الرضائية وعقود الإذعان إلى المستوى الدولي، بتالي الأمر يختلف من عقد لأخر ومن حالة لأخرى.

وبعد دراسة أهم خصائص العقد الالكتروني المبرم عبر لانترنت، وما أثارته من جدل فقهي،فإنه يمكننا القول ا،ه ليس هناك ما يمنع من أن يأخذ هذا العقد التصنيف المعروف في العقود التقليدية، أطرافا ومحلا وسببا، غير أن حصر دراستنا في البيع الدولي، ويجعلنا نشير فقط بأنه يمكن أن يكون عقد بيع بالمزاد العلني، وهو الأمر المستبعد صراحة من نطاق تطبيق إتفاقية فيينا، أو ينصب على أداء الخدمات ذات الطابع المالي والمصرفي، أو التوزيع الانتقائي والعديد من الأمثلة الأخرى التي تبين بأن العقد الالكتروني قد يكون خاضعا للقانون العام وقد يكون خاضعا للنظام قانوني خاص، كما أنه لا يوجد ما يمنع من أن يكون عقد رضائيا أو شكليا ينفذ بطرقة فورية أو مسامرة، محددا أو احتماليا.

[1] انظر، عرب يونس"البنوك الالكتروني"،مجلة البنوك، عمان الأردن، المجلد19 العدد04 ،2000،ص16ة

وعموما لا يخرج العقد الالكتروني مبدئيا في تركيبه ومضمونه عن العقود المعروفة في النظرية العامة للعقود، غير أن ما تجدر الإشارة إليه هو أنه من العقود غير المسماة لإنعدام تنظيم القانوني خاص به في الدول التي لك تفرد له تنظيم مسقبلا[1]، في حين يعد من العقود المسماة في الدول التي أصدرت قانون ينظم هذا النوع من العقود كالقانون الفرنسي والايطالي والتونسي، وبعيدا عن الحالة التي فيها عقد البيع الالكتروني عقد إذعان، وهي الحالة الغالبة في العقود المبرمة مع المستهلكين، والتي تخرج عن نطاق دراستنا،فإن عقد البيع الالكتروني الدولي عقد رضائي يبرم في العادة عن بعد بواسطة إيجاب يكون موجها لشخص أو عدة أشخاص محددين، كما قد يكون موجها لجمهور عن طريق مواقع الويب، في انتظار اقترانه بإرادة من قبل الموجه إليه الإيجاب لينعقد العقد باعتباره ككل العقود ينعقد بتبادل التراضي، مما ينطوي عليه من أخطار ما علقة بطريقة القبول الذي يتم عن طريق الضغط على الزر بطريقة الإدارية أو عن طريق الخطأ، لذا نرى بأن الجانب الشكلي للعقد فرض نفسه ليس كأحد متطلبان الانعقاد وإنما كضرورة حتمية في عالم لا مادي غير ملموس.

[1] يقصد بالعقد عير المسمى، العقد الذي لم يخصه المشرع باسم معين ولم يقم بتنظيمه، وبالتالي تطبق عليه القواعد العامة لقلة تداوله ،أنظر في ذلك،د/ محمد حسين منصور" أحكام البيع"مطبعة الانتصار لاسكندرية،مصر 2002،ص9.

المطلب الثاني: أركان عقد البيع الإلكتروني الدولي

العقد الإلكتروني شأنه شأن العقد التقليدي، لكي ينعقد صحيحا يجب تتوفر له ثلاثة أركان هي الرضا وأن يكون صحيحا والمحل والسبب الذي يشترط فيهما عدم مخالفتها للنظام العام والآداب العامة والقوانين القائمة.

I. التراضي في عقد البيع الإلكتروني الدولي :

إن العقد البيع الدولي الإلكتروني منظم بموجب إتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع، ينعقد بتراضي طرفيه حول جميع الشروط الجوهرية اللازمة لإنعقاده، الأمر الذي يتطلب منا أن نتناول من عنصر التراضي إيجاب وقبول، وعليه وإن كانت البيئة الرقمية التي يتم من خلالها العقد موضوع دراستنا، أثرت منذ البداية على هذا الركن بوصفه الإلكتروني، غير أنها لم تؤثر في تكوينه بحيث لا يزال يتحلل إلى عنصرين وإن إتسما بدورهما بالصفة الإلكترونية، إلا أنهما يظلا عبارة عن إرادتين تسمى إحداهما إيجابا والأخر مقبول، سنتناول منهما كل على حدى.

أولا: الإيجاب الإلكتروني:

تقتضي القاعدة العامة لإنعقاد العقد، سواءا كان وطنيا أو دوليا وسواء كان بيعا أو غيره من الأنواع العقود الأخرى، وجوب صدور إرادتين متطابقتين تعد إحداهما إيجابا والأخرى قبولا، وأن تكون سليمتين من العيوب، وأن تتطابق حول جميع الشروط الجوهرية لإنعقاد العقد المراد إبرامه، غير أنه في مجال العقد موضوع دراستنا إتسم هذا العنصر على غرار التراضي بالصفة الإلكترونية.

حيث عرف القانون المدني الأردني الإيجاب التقليدي في مواده 91-95 وتقابلها المواد 77 وما يليها في القانون المدني العراقي، ويستنتج منها لكي يكون العرض إيجابا صحيحا لابد من تحقيق ما يلي:

يمكن أن يكون الإيجاب لفظا أو كتابة أو بالإشارة أو بإتخاد أي مسلك أخر لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على الإرادة، وإن الموجب يلتزم بما جاء فيه لو إقترن قبول به،

وهذا ما عرفته أيضا م1/2 بند 2 من المبادئ الذي وضعها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص والمعروف إختصارا باللغة الإنجليزية unidroit بخصوص عقود التجارة الدولية سنة 2010 وكذلك يعتبر إيجابا كل من عرض البضاعة أو الخدمة مع بيان ثمنا، والنشر والإعلان وبيان الأسعار سواء كان موجها لشخص معين أم للجمهور، وعند الشك في هذه الحالة يعتبر دعوة التفاوض.

فيستنتج مما تقدم أنه يمكن التعامل بالإيجاب الالكتروني، وأنه مغطى بالأحكام المشار إليها قبل قليل ولا توجد حاجة إلى تدخل المشرع بهذا الشأن، فاللفظ الإلكتروني إذ ما أضيف إلى الإيجاب، فإنه لا ينال من الأصل المتمثل في المعز المراد منه، وفقا لهذه الأحكام وبعبارة أخرى وفقا للنظرية العامة للعقد، فهو مجرد وصف لا أكثر، فيشترط فيه ما يشترط في الإيجاب التقليدي من شروط، بأن يكون جازما وباتا، كما يسقط إن كان معلقا على شرط، وتخلق الشروط أو محددة بمدة وفاتت أ و رفضه الموجه إليه الإيجاب، كأن يقدم بإغلاق حاسوبه دون رد عليه، أو ينتقل إلى موقع أخر غير موقع الموجب أو إرسال رسالة عير بريده الإلكتروني يرفضه أو تعديله، قضي بفرنسا بوجوب تضمن الإيجاب الإلكتروني الإجراءات التي يمكن أ يتبعها الطرف المرسل إليه الإيجاب وصولا اى إصدار قبوله والوسائل التقنية المتاحة له من أجل مراجعة قبوله وما كتب من أمور إضافة إلى أن تكون اللغة المحرر بها الإيجاب هي في مقدوره.[1]

والإيجاب الإلكتروني قد يكون خاصا بشخص نحدد أو بأشخاص محددين عن طريق إرساله بواسطة بريدهم الإلكتروني.

وقد يكون عاما موجها إلى الأشخاص غير محددين عن طريق النشر في مواقع الويب وهناك من يضيف شرطا هو ذكر البيانات الدالة على هوية الموجب، ويمكن الرد بعدم

[1] مجلة القانون التجاري الفرنسية ع3 سنة 2004، باريس ص1580.

الحاجة إلى هذا الشرط لأن صاحب الموقع معلوم وغالبا ما يمثل صاحب المتجر الإلكتروني.

ولكن يمكن إتفاق مع الرأي السابق لو كان الإيجاب زاد أي البريد الإلكتروني إذ لابد من توضيح الهوية للمرسل ويميز الإيجاب عبر الشبكة في حين هو محدد بوقت قصير، وهو وقت عرضه في التلفاز ومن ثم ينتهي ولا يمكن الرجوع إليه ثانية إلا إذا تم عرضه ثانية في التلفاز، فلذا بأن الإيجاب التلفزيوني سريع الزوال ومحدود المدة، ويستوجب الإختصار في المضمون، ولا يشترك الإيجاب عبر التلفاز مع الإيجاب على الشبكة سوى كونهما لا يتضمنا للمادة العامة ورقية.

ثانيا : موقف إتفاقية فينا للبيع الدولي من الإيجاب الإلكترونيك

عرفت الإتفاقية الإيجاب في مادتها 14 بأنه عرض لإبرام عقد واشترطت فيه ليكون إيجابا شروطا وهي:

1-أن يكون العرض موجها إلى شخص أو أشخاص معنيين، كعرض تاجر التجزئة إلى مورد السلعة لشراء كمية منها، وكالعرض الذي يوجهه منتج السلعة إلى عملائه من التجار، أما إذا كان العرض موجها إلى كافة الناس سواء كان بالأجهزة المسموعة أم المرئية أو المكتوبة، فلا يعد إيجابا وإنما دعوة إلى عمل الإيجاب لأي يعد هذا الإعلان مجرد دعة التفاوض، ما لم يكن العرض المذكور قد أبان بوضوح عن قصد صاحبه أي إعتباره إيجابا من جانبه، وهذا ما جاء في نص الاتفاقية في مادتها 14 المشار إليها بقولها:" العرض لذي لا يوجه إلى شخص أو أشخاص معينين يعتبر مجرد دعوة إلى عمل إيجاب ما لم يكن الشخص الذي صدر عنه العرض قد أبان بوضوح عن اتجاه قصد ه إلى خلاف ذلك ويضرب هذا أن المثلان لتوضيح ذلك ففي المثال الأول يعلن المنتج سلعة في الصحف أو في الراديو أو التلفزيون أو السينما عن سلعة ينتجها، ويدعو الناس كافة إلى إقبال عليها وشرائها، فهذا العرض لا يعتبر إيجابا لأنه غير موجه إلى شخص معين أو أشخاص معيين، وإنما هو

مجرد تعريف بالسلعة وبيان مزاياها وتشويق الجمهور الإقبال عليها، وفي المثال الثاني يصدر منتج أدوات طبية منشورات أو كتالوجات تتضمن صور للأدوات والأجهزة التي يضعها وبيان عن كيفية استعمالها وفوائدها وأثمانها ويعلن في المنشور أو الكتالوج عن استعداده لإرسالها إلى كل من يطلب شراءها بالشروط المعلنة هذا العرض يعتبر إيجابا لأنه وأن لم يكن موجها إلى شخص أو أشخاص معنيين، فإنه يضمن تعبيرا صريحا عن إرادة صاحبة الإلتزام بالتعاقد قبل كل شخص يقبل العرض، وقد جاء هذا الحل الذي اتخذته اتفاقية وسط للحلول التي تعمل بموجبها مختلف التشريعات الوطنية فمنها من يعتبر هذا العرض إيحابا، ومنها من لا يعتبره كذلك لو تضمن قصد صاحبه الإلتزام بالتعاقد مع كل شخص يقبل العرض.

2-أن يكون العرض محدد تحديدا كافيا، وأوضحت الإتفاقية بأن المقصود أنه إذا عين صاحب العرض البضاعة وكميتها وثمنها أو أي بيانات يمكن بموجبها تحديد الكمية أو ثمن.

3-أن يتضمن العرض إرادة صاحبة بالإلتزام بالتعاقد مع كل شخص يقبل العرض، وإن هذا الشرط هو الذي يميز الإيجاب عن مجرد الدعوة للتفاوض[1]ويخلص المختصون إلى أنه وإن وجدت صعوبة في تكييف العروض المنشورة عبر الانترنت فيما إذا كانت إيجابا أم مجرد إعلان ودعوة التعاقد، إلا أنها لا تعتبر إيجابا ما لم تتوافر فيها شروط الإيجاب التقليدي، مما يقتضي حسب رأيهم أن يكون الإيجاب الموجه إلى الجمهور عبر شبكة الإنترنت حتى لا تكون مجرد إعلانات أو عروض للدخول في مفاوضات متضمنا لجميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، وهي المبيع والثمن بالإضافة أحيانا إلى بعض المسائل التفصيلية التي يمكن أن ينعقد العقد دون الإتفاق

[1] طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار المطبعة 2012، ص213.

عليها وأن الفرق بين الإيجاب ومجرد الإعلان هو أن الإيجاب يخضع لمتطلبات قانونية ثقيلة حسب تعبيرهم، بحيث أن مجرد قول نعم كفيل بإبرام العقد مما جعل البعض يقول أنه مع تطور التجارة الإلكتروتية يمكن القول بأن الفاصل بين الإيجاب والإشهار أو الإعلان هو في طريق الزوال.

وهذا ما يجعل مجرد الإعلان عبر الشبكة الأنترنت يعد إيجابا بإعتباره إن الأنترنت تقدم وسطا إعلانيا يفوق بكثير ميدان الإعلان التقليدي، غير أنه يمكن القول بأن الذي يشير إلى أن الصورة الإفتراضية للسلعة المعروضة عبر الشبكة الأنترنت، لا تمثل حقيقة هذه السعة في واقعها، فهي تبقى منقوصة من حيث الجوهر بإعتبار أن المشتري لا يكون بإمكانه أن يلم بالسلعة الإلمام الكافي مما يعرض في هذه الإعلانات، وإن كل ما أمامه مجرد مواصفات مقاييس ويستحيل عليه مع الأنترنت أن تفحص المبيع فحصا دقيقا، لأن كل ما يعرض عليه في الأنترنت مجرد صور ونماذج لمحل العقد، وليس محل في ذاته .

ولهذا يرى البعض المختصين ضرورة بحث الشروط الإيجاب الإلكتروني من جديد على ضوء الإختلافات في مسألة التمييز بين الإعلان وبين الإيجاب الإلكتروني، وإن مثل هذه المسألة لم تكن مطروحة بهذه الحدة عند الحديث عن الإيجال والإعلان التقليديين، وتحديد شوط الإيجاب الإلكتروني بدقة تلاقيا لأي غموض[1] ويمكن التعليق على هذا الرأي بأنه ما جاء في اتفاقية فينا، وما هو عليه في الواقع العملي، فإن الأمر لا يحتاج إلى مثل هذه المراجعة، لا سيما أن المسألة متروكة في النهاية لتقدير المحكمة بإعتبار المسألة من المسائل الموضوعية، كما أن الإتفاقية واضحة فهي لم تشترط شكلا معينا للإيجاب ماعدا التحفظ الذي تعلنه الدول بشأن عدم جواز الإتفاق على خلاف ما جاء في تحفظها بشأن شرط الكتابة، ويمكن القول أن هذا التحفظ أخذ بالزوال بعدما إعتمدت غالبية الدول الكتابة

[1] حمودي محمد نور صالح الدابة، تجارة الكترونية، دار المطبعة 2009، ص910.

الإلكترونية إلى جانب الكتبة التقليدية، فالشكل الجديد في الإيجاب هو أسلوب أو طريقة عرضه ليس إلا فقد يتم الإيجاب الإلكتروني بإحدى هذه الطرق وهي:

- **الإيجاب عبر البريد الإلكتروني:**

يميز البعض بين الإيجاب المرسل عبر البريد الإلكتروني العائد إلى التاجر وبين البريد الإلكتروني العائد لغير التاجر، ومن دون طلب سابق، فبعض القوانين الوطنية تعاقب على إرسال الإيجاب لغير التاجر من دون طلبه ولتحقق العقوبة بشرط أن يكون الإرسال مكثفا، بمعنى إغراق بريده الإلكتروني بهذه الإيجابيات، وفي هذه الحالة لا يمكن تسميتها بالإيجابيات لأنها تتجرد من قيمتها القانونية عندما يرتب القانون عقوبة على من رأسها، وبالتالي لا يعد هذا هنا موجبا، وإنما مزعجا مما يقاضي تقرير حماية خاصة المستهلكين فقط.

- **الإيجاب عبر مواقع شبكة الأترنت (مواقع ويب).**

ويكون مستمرا على مدار الساعة، حيث تظهر المعلومات بعدة صفحات، تتضمن عادة نصوصا وأصواتا وصورا وفيديوهات، ويتم التحاور من خلالها عن طريق برتوكول موحد يسمى http وترميز العبارة الانجليزية hypete text transfer protocol وبموجبه يتم عرض المنتجات والخدمات على مستعملي الأنترنت مع أسعارها، وما على الراغب سوى التعبير عن إرادته من خلال إدخال المعلومات الخاصة به ليعد ذلك إيجابا صادرا منه يتطلب أن يعقبه تعبر البائع لينعقد العقد، ويمك القول أن ما تعرضه المواقع هذه قد تكون إيجابا إن ما توافرت شروط الإيجاب فيها ليصدر القبول من الطرف الأخر، ولا يختلف كثيرا عن الإيجاب الذي ينشر في الصحف والمجلات.ولكي يكون العرض المعروض على الموقع في الشبكة إيجابا فإنه يستلزم تحقق ذات الشروط التي يتطلبها الإيجاب وفق نظرية العامة للعقد، فيجب أن يتضمن وصف البضاعة أوالخدمة وكل المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه وإلا كان مجرد دعوة للتفاوض.

وإن بعض الدول كفرنسا تشترط أن يكون الإيجاب بموجب القانون الفرنسي محررا باللغة الفرنسية أو ترجمة مرفقة به، وفقا للقرار بين الوزراء الفرنسيين سنة 1996.

ثالثا : خصائص الإيجاب الإلكتروني:

1-يتم الإيجاب الالكتروني عن بعد، وهي نتيجة حاصلة من اعتبار العقد الذي سيبرم هو عقد عن بعد، وقد يكون سمعيا أو بصريا أو مصورا أو مكتوبا وحسب الإمكانيات التي يتمتع بها صاحبة.

2-وإن كان هذا الإيجاب موجها إلى غير التجار، فإنه يكون خاضعا للحماية القانونية التي تفرضها الدول لمستهلكيها، وإن مثل هذه الحماية لا ترد إن كان الإيجاب موجها إلى التجار.

3-وإن هذا الإيجاب يتمتع بصفة الدولية بسبب طبيعة وسيلة العنكبوتية ولحل بعض الإشكاليات بسبب القوانين الوطنية، لغرض مثال كما ورد في القانون الفرنسي حيث يعتبر إرسال الكتالوجات إيجابا، بينما يعد هذا في القانون الإنجليزي مجرد دعوة للتفاوض، وتم إرساله إلى الطرف الأخر عبر بريده الإلكتروني، كما يمكن أن يتقاطع مع القرارات الدولية بفرض الحصار أو عدم التعامل مع دولة ما.

وحلا لمثل هذه الإشكالات درج الموجب الإلكتروني بأن يخص الإقليم والأقاليم الموجهة إلى الإيجاب، كأن يقال عدا كوريا الشمالية أو الصومال مثلا أن أفراد يحملون هذه الجنسيات وأن هذا التقييد لا ينقص من دولية إيجاب الإلكتروني.[1]

ولذا قيل أنه من رغم دولية الإيجاب وإحتفاظ الموجب يحقه في أن يحدد هذه الدولية عند ربطها بمنطقة جغرافية معينة فحينئذ يتصف الإيجاب الإلكتروني بالإقليمية، ويمكن الرد على هذا بأن الإيجاب يبقى دوليا لأكثر من سبب، أو لهما أنه يتم بوسيلة دولية بطبيعتها وثانيهما أن الإيجاب عندما يتضمن مثل تلك التحفظات، فهذه تعد جزءا منه، ولا أثر لها على صفة

[1] حسن عبد الباسط جميعي، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على ثروة شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1991، ص36.

الدولية، وثالثهما أن الرأي المشار إليه يعطي السلطة لموجه الإيجاب بتكيفه لأنه هو الذي يقرر من خلال ما يريده، بينما مسألة التكييف تعود للقاضي أو المحكم، ورابعهما أن التمييز بين الإيجاب الإلكتروني الدولي والإيجاب الإلكتروني الإقليمي قد يفتح بابا للنزاعات وما يترتب عليها من تخريجات فقهية وقضائي نحن في غنى عنها.

رابعا : القبول الإلكتروني :

القبول هو التعبير عن رضا من وجه إليه الإيجاب (المخاطب) بإبرام العقد بالشروط التي تتضمنها الإيجاب، فيعتبر قبولا منتجا، ونصت اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع في مادتها 1/19 إنه إذا تضمن الرد إضافات أو تحديدات أو تعديلات،فإنه يعتبر رفضا للإيجاب، وبشكل إيجابا مقابلا، ولكن بشرط نصت عليه هو عدم إعتراض الموجب عليها خلال الوقت المناسب، إن قالت الإتفاقية دون تأخير غير مبرر غير أن الاتفاقية في فقرتها الثانية ميزت بين هذه الإضافات المشار إليها في الفقرة الأولى فيمل إذا كانت لا تؤدي إلى تغيير أساسي في الإيجاب، وبين الإضافات التي تؤدي إلى تغيير أساسي في الإيجاب، وحدتها بالشروط المتعلقة بالثمن أو تسديده أو الوعية أو الكمية أو الموعد التسليم أو بما يتعلق بمسؤولية أحد الطرفين اتجاه الطرف الأخر أو تسوية المنازعات، وذلك حسبما جاء في فقرتها الثالثة، وبهذا المعنى أيضا المبادئ العامة التي وضعها المعهد الدولي للقانون الخاص unidroit لسنة 2010 في مادتها 2.

ويمكن السؤال فيما إذا كان موضوع الإيجاب تصديره مادة، ولم يكن حجم التعبئة مذكور في الإيجاب وقبل القابل، فهل تعتبر مساءلة التعبئة من المسائل الفرعية فيما إن ذكرها القابل في قبوله؟

إن قصد من هذا السؤال هو نقد موقف الإتفاقية في التمييز بين الإضافات من قبل القابل، فقد تكون الإضافة فرعية بالنسبة للموجب، ولا يعترض عليها إبتداءا ولكنها جوهرية بالنسبة للقابل بحيث يكون من حقه إبطال العقد لعدم توفر المطلوب في المحل من صفة أرائها،وإن صفة التعبئة هي مطلوبة من قبله وبديل أن القابل ذكرها في قبوله فقد عرضت

مثل هذه القضية على القضاء الانجليزي عام 1915 حيث ادعى المجهز أن هذا لا يعد أمرا جوهريا في الصفة إلا أن المحكمة الانجليزية لم توافقه، وقضت بأن الوضع أن العبوات المطلوبة كانت جزءا أساسيا في الصفة، وبذلك تكون جزءا من وصف محل العقد فلو كانت العبوات المطلوبة غير الجوهرية بالنسبة للمشتري، كما أشار إليها بوضوح في قبوله، مما يتعين على الموجب أن يقدم البضاعة مطابقة للوصف الوارد في العقد، ويمكن القول أن ما جاء في النصوص الإتفاقية المشار إليها لا يمنح من وجود المعيارين الموضوعي، وبموجبه يمكن معرفة تطابق القبول مع الإيجاب، وبموجب المعيار الشخصي يمكن معرفة أن الإضافات المطلوبة تؤثر على المعيار الموضوعي من عدمه، وهذا ما تناولته المبادئ العامة للمعهد الدولي المشار إليه في مادتها2 بقولها عندما يتضمن القبول إضافة لم تكن موجودة في الإيجاب المرسل إليه، ولم تعبر موضوعه ومن يعترض عليها الموجب في الوقت المناسب فإنه يعتبر قابلا بها والعقد منعقد، وقد يكون القبول صريحا كأن يقول المخاطب في رده على الإيجاب : (عرضكم تاريخ كذا مقبول)، وقد يكون ضمنيا إذا قام القابل بأي تصرف أو عمل يفهم منه القبول بالإيجاب، ومن دون الرد عليه صراحة، كأن يرسل البائع البضاعة إلى المشتري، أن يرسل المشتري الثمن إلى البائع.

وإذا لم يصدر من المخاطب قبول صيح أو ضمني وإنما ظل ساكتا فما هو الحل القانوني؟ هذا ما سنراه بعد قليل غن ما تقدم بتطبيق أيضا على القبول الإلكتروني فهو نفس القبول المعروف تقليديا ماعدا ا،ه يتم بوسيلة إلكترونية، وتنطبق أحكامه على الإيجاب والقبول الإلكترونيين، إلا أن القانون الأمريكي يشترط أن يصدر القبول بذات طريقة الإيجاب.

فالقبول الإلكتروني هو التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب عبر وسائل الإلكترونية التي أفرزتها الشبكة ويتم بإحدى الصور الآتية:

1-القبول عبر البريد الإلكتروني سواءا كان الإيجاب موجها إليه عبر بريده الإلكتروني أم كان معروضا على إحدى المواقع في الشبكة.

2-القبول عن طريق النقر على كبسة القبول، ويحدث هذا عندما يكون الإيجاب معروضا على الموقع، فيحصل القبول بالنفر، ويشبه البعض النفر بالقبول بالتصافح بالأيدي لكن بطريقة وسيلة الإقبال، وهذا ما يتلاءم وأحكام اتفاقية فينا في مادتها 1 التي فسرها البعض بأن النقر يعد قبولا ضمنيا حسب تفسير الفترة المذكورة، وبخلاف الرأي الأخر الذي يفسرها بالقبول الصريح بإعتبار أن النقر لا يعد لعبا وينفي البعض ذلك بإعتبار أنه يسبق النفر على كبسة القبول عدة معالجات وخطوات يقوم بها الشخص، ولتجنب حالة النقر بالخطأ أو يكون قد قم به شخص أخر وضعت هذه الحلول كأن بشرط النقر مرتان أو يوجب الموجب أسئلة إلى الموجب له مثل تحديد محل إقامته أو المحل الذي أرسل لبضاعة إليه أو كتابة رقم طاقته الإئتمانية أو تاريخ ميلاده أو أي من البيانات التي من شأنها تأكيد القبول، ولمنع الموجب له فرض التروي، ولو أنه كبس كبسة القبول، تظهر له شاشة حاسوبه عبارة مثلا هل تريد فعلا القبول بالعرض المذكور.[1]

ويمكن أن يكون القبول الإلكتروني ضمنيا بنفس الأحكام المعمول بها في القبول التقليدي.

[1] حسن عبد الباسط جميعي، المرجع نفسه ص 2000.

II. محل العقد الإلكتروني:

يمكن أن يكون المحل منقولا ماديا أو معنويا، وبما أنه غالبا ما يكون العقد دوليا فإنه يخضع للأحكام اتفاقية فينا التي تستبعد بعض العقود من نطاقها، أما استبعاد صريحا وذا ماذا استبعاد ضمنيا، وإن إستبعادها لهذه العقود لا يعني عدم إعتراف الإتفاقية بالعقود التي تبرم إلمترونيا، فالإتفاقية تفرق بين أمرين، الأمر الأول: عدم إنطباقها على بعض العقود بغض النظر عن أسلوب إبرامها الكترونيا أم تقليديا والأمر الثاني: طريقة انعقادها بعدم رفضها كقاعدة عامة إمكانية إبرام العقد إلكترونيا، وبذلك لا يوجد تعارض في أحكام هذه الإتفاقية، وأما بالنسبة للأمر الأول فأنها فصلته على النحو التالي:

أولا: البيوع المستعبدة بالنص بموجب المادة 02 من الإتفاقية:

هي كما يلي:

1-**البيع للمستهلك:** عندما يكون الطرف الأخر مستهلكا ولا علاقة لهذا الشراء في التجارة وبهدف النظر على محل البيع، ويضرب المثل الأتي سائح فرنسي يشتري تمثالا تذكاريا من مصر ليزين به داره في باريس، فهذا البيع يعتبر دوليا، لأن منشأة البائع تقع في دولة والمشتري يقيم في دولة أخرى وتمثال معد التنقل من مصر إلى باريس وصحيح أن البيع يعد تجاريا بالنسبة للبائع ولكن لا يعد كذلك بالنسبة للمشتري، غير أن هذا البيع لا يهم التجارة الدولية، لا من حيث البيع ولا من حيث الثمن، وجرى الإصطلاح بتسميتهC.B، وتعمل مختلف الجهات المهنية على وضع قواعد خاصة لحماية المتعاملين من غير التجار، ولكن الإتفاقية لم تقصد حماية وتنظيم مثل هذه البيوعات. فنصت على إستبعادها صراحة من نطاقها، وهذا دليل على أن الإتفاقية تتناول البيوع التجارية الدولية بالرغم من عدم وجود ص صريح فيها بهذا المعنى، ويشترط النص لإنطباقه في هذا المثال هو أن يعلم البائع أو كلن ينبغي عليه أن يعلم بقصد المشتري من الشراء.فأن لم يكن يعلم بهذا القصد، ولك يكن في إستطاعته العلم به فيبقى العقد خاضعا للإتفاقية ويسترشد في ذلك البائع

سوى السلوك في ضوء الكمية المشتراة والثمن المدفوع والتعامل من السابق بين الطرفين.

ويمكن القول بأن البيع في مثل هذه الحالة لا يجوز دون معرفة قصد المشتري بالرغم من إجراء البيع عن طريق الشبكة.

2- **البيع بالمزاد العلني:** إن الإتفاقية لاستبعدت هذه البيوع من نطاقها ولكنها لم تنفي تجاربها، كما أنها لم تمنعها وتبقى تجارية بالطبيعة أو مختلطة.

3-**البيوع الجبرية:** وهي التي تتم بأمر قضائي أو إجرائي بسبب الحجز التنفيذي على الأموال، ومثل هذه البيوع لا علاقة لها بالتجارة الدولية فكان من المنطق أن تستبعدها الإتفاقية من نطاقها.

4-**بيع الصكوك:** فلا تعد الصكوك والأسهم بضائع وبالتالي لا تخضع لأحكام الاتفاقية ولكنها لا تنفي تجاربتها، غير أن مستندات الشحن ولو أنها تعد صكوكا أيضا إلا أنها تخضع للأحكام الاتفاقية، لأن هذه المستندات تمثل حكما البضاعة المذكورة فيها وإن حيازة المستند تعني حيازة البضاعة التي يمثلها المستند.

5-**بيع السفن والمراكب والطائرات:** ولو أنها تعد من المنقولات، لكم مختلف التشريعات الوطنية، تعاملها معاملة العقارات، فهي منقولات من نوع خاص وتشارط الرسمية عند إجراء التصرفات عليها، وأثرت الاتفاقية ترك تنظيم التصرف بها الأحكام التشريعات الوطنية.

6-**بيع الكهرباء:** يعود السبب في استبعاد بيع الكهرباء من أحكام الاتفاقية إلى اختلاف الرأي في طبيعة الكهرباء، فهل يعد منقولا ماديا أو منقولا معنويا؟ غير أن المولدات الطاقة الأخرى كبيع الفحم والبترول والذرة، تدخل في نطاق الإتفاقية، لأن نص الاتفاقية ورد بالاستثناء بالنص على الكهرباء وبالتالي منع المولدات الأخرى قياسا لأن الاستثناء لا يقاس عليه.

ثانيا: البيوع المستبعدة: بموجب اتفاقية فينا.

هي كل من:

1-**بيع العقار:** ويستخلص هذا الإستبعاد من عنوان الإتفاقية، فهي تسمى الإتفاقية الخاصة بيع البضائع، وأن العقار لا يعد بضاعة، فهو غير مشمول بهذا اللفظ، ولوحظ بوجود رأي يقضي بمعاملة العقار كأي منقول من حيث إبرام عقود التصرف بشأنها عبر شبكة الأنترنت، وبحسب تعبيره تفعيل قوانين معاملات الإلكترونية، وإحلال السجلات الإلكترونية محل السجلات العقارية التقليدية، وتطبيق إجراءات التوثيق الإلكتروني[1]. ويمكن الرد على هذا الرأي بأن العقار له قدسية خاصة، كما أن السفن والطائرات لها أهمية خاصة فمن الصعب الإستغناء عن الطرق التقليدية عند إبرام العقود بشأنها.

2-**بيع المقايضة وبيع النقد:** إن استبعاد بيع العقد بالنقد، واضح أيضا من عنوان هذه الإتفاقية وأن مثل هذا البيع يعد من عقود بيع الصرف، ويخضع لأحكام هذه العقود وأما بيع المقايضة ففيه تفصيل، فلو دخل النقد في جانب منهما لو كانت المقايضة بثلاجة قيمتها ثلاث ألاف دولار، وقيمة الشيء الأخر أربعة ألاف دولار، وأكملت القيمة بألف دولار يبقى البيع مقايضة، ولك إن كان العكس، لأي قيمة الثلاجة بألف دولار وأكملت بثلاثة ألاف دولار، كان العقد بيعا، وليس مقايضة ويخضع للأحكام الإتفاقية.

3-**إجارة البيع:** وبموجبه يتفق الطرفان على إخفاء البيع عن طريق عقد يسمى بالبيع الإيجاري.

وبموجبه يدفع المستأجر أقساطا، وبعد مدة يحق له أن يمتلك المأجور بعد سداد القسط الأخير، فهذا البيع غير مشمول بالإتفاقية لكنها لا تنفي تجاريته.

[1] د/ أحمد الهواري، المرجع نفسه، ص 601.

وإن مشروط محل البيع الإلكتروني سواءا خاضع للإتفاقية فينا أو لا تتمثل في وجوب كون محل العقد معينا تعينا نافيا للجهالة حسب القواعد العامة في القانون.

وأن يكون مشروعا ويشير المختصون إلى أن مسألة المشروعية تختلف في الدولة من مكان لأخر، وهذا ينطبق على المشروعية عموما سواءا كان عقدا إلكترونيا أم لا ولكن كثرة المواقع الإلكترونية التي تتاجر بالممنوعات والمخالفة للآداب والنظام العام وغياب الرقابة عليها، تعد من أهم الصعاب التي تواجه هذا الركن حسب تعبيرهم مثلما كانت بالنسبة للعقود التجارية الدولية، ويرون أنه ليس من السهل تطبيق النظرية العامة حول مشروعية المحل في العقد المبرم عبر الشبكة الأنترنت عمليا ولعلاج ذلك تم الإقتراح بتوحيد الدولية في هذه المسألة من خلال تشديد الرقابة على شبكة الأنترنت لكن يمكن القول بتحقيق الصعوبة أكثر في عقوبة البيع الإلكتروني بسبب وقوعها في العالم الإفتراضي وعن بعد[1] ويمكن الإستشهاد بدعوى جمعية MARB و ICRA ضد JADOTNC و YOHOOFANCE أمام محكمة باريس لقيام باريس المدعى عليها بيع أشياء من مخلفات النازية على موقعها في المزاد العلني، وإلزامها بالتعويض عن الأضرار الناتجة من جراء هذا البيع لأشياء تمثل النازية، دفعت المدعي عليهما بعدم إختصاص المحكمة الفرنسية لأن حكمها لا يمكن تنفيذه في أمريكا، غير أن المحكمة أعلنت اختصاصها حيث أن المدعي عليهما إستعملتها اللغة الفرنسية في البيع وكذلك الإعلانات له، وأن الموقع موجود في فرنسا ولأن القانون العقوبات الفرنسي يعاقب على هذا الفعل فقضت بالتعويض، غير أن المدعي عليها راجعتا المحكمة الأمريكية فقضت لهما بأن الحكم الفرنسي لا يمكن تنفيذ في أمريكا المخالفته مبدأ حرية التعبير المقرر في الدستور الأمريكي بموجب تعديله الأول.

1

III. السبب في عقد البيع الإلكتروني

لكل عقد سبب، ويتمثل في الإجابة عن هذا السؤال، لماذا التزم المتعاقد؟ فيكون الجواب التزام المتعاقد بموجب الباعث الدافع لهذا الألتزام، وبذلك يتميز عن محل العقد، والذي يتمثل بالإجابة عن هذا السؤال، بم التزم المتعاقد؟ ويتمثل الجواب في موضوع العقد أو بعبارة أخرى المعقول عليه ويشير الكتاب إلى أن السبب في العد الإلكتروني يخضع لنفس الأحكام الخاصة بالسبب وفقا لأحكام النظرية العامة للإلتزام، فيفترض في كل عقد وجود سبب، وإلا عند عدم وجوده يعد العقد غير منعقد و كما يشترط فيه أن يكون مشروعا وألا يبطل العقد، ووردت هذه الأحكام في المواد 165-166-168 من القانون المدني الأردني وتقابلها المادتان 132-137 من القانون المدني العراقي .

وقد قضت محكمة النقض المصرية في ذلك بأنه :" السبب غير المشروع الذي من شأنه أن يبطل لعقد وفقا لحكم المادة 136 من القانون المدني يجب أن يكون معلوما للمتعامل الأخر، فإن لم يكن على علم به أو لسبب في استطاعته أن يعلمه فلا يعتد بعدم المشروعية" وبالتالي فأن الشرط الوحيد السبب في القانون المصري هو شرط المشروعية.

بينما جد التقنين المدني الفرنسي قد تناول السبب في المواد (131 إلى 133) أين اشترط أن يكون السبب مشروعا وذلك بألا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة، وهو نفس الاتجاه المادتين (97-98) من التقنين المدني الجزائري وإن كان وجود السبب لا يطرح إشكالا كبيرا في مجال عقد البيع الإلكتروني الدولي، ويظل خاضعا للأحكام النظرية العامة، فإن مشروعيته تعد مصدر تحد كبير في رأينا.

عليه يجب النظر إليه في العقود التقليدية العادية من حيث وجوده ومشروعيته وعدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة، غير أن الإشكال يكمن أن ما يعد من النظام العام أو من الآداب العامة في دولة قد لا يعد كذلك في دولة أخرى، الأمر كذلك يطرح إشكالا في ما يخص بتحديد مفهوم المجلس العقد الإلكتروني.

ولتحديد مفهوم مجلس العقد في العقد الإلكتروني

في هذا الدراسة سنتوقف عن تحديد مفهوم مجلس العقد في العقد البيع الإلكتروني: بموجب النظرية العامة يكون التعاقد إما بين حاضرين من حيث إتحاد الزمان والمكان، وإما بين غائبين عن إلا يضم المتعاقدين مجس عقد، كأن يتم التعاقد عبر الرسائل أو الهاتف، وكذلك يكون عندما يوجد فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به لأن القانون لا يشترط إجتماع الأشخاص في مكان واحد لإبرام العقد، فبعد المسافة بين المتعاقدين لا تكون حائلا لإبرام العقد، مما يقتضي تحديد الزمان والمكان الذي إنعقد العقد فيهما، وهذا التساؤل كان قائما قبل ظهور الأنترنت، فالمشكلة التي أثارها التعاقد بالرسائل المعروفة قبل الإنترنت، تتمثل في تحديد المكان الذي تم إبرام العقد فيه، وأما تحديد الزمان إبرامه فلم يكن مشكلة، لكون النص قانوني إعتبره بمثابة تعاقد بين الحاضرين مادة 87-88 من قانون مدني العراقي، ويضرب هذا المثال لو أن احد المتعاقدين كان في الجزائر والأخر في تونس، وأبرما عقد البيع فيما بينهما، فهل يعد العقد البيع منعقد في الجزائر أمر في تونس؟ الجواب يعتمد على النظرية التي يعتمدها القانون حيث وضعت أربع نظريات هي نظرية إعلان القبول ونظرية تصدير القبول ونظرية تسليم ونظرية العلم بالقبول.. وبالتمعن لهذه النظريات يتضح لنا في إمكانية اختصارهما في نظريتين أساسيتان وهما :

مقاربة إعلان القبول ونظرية العلم بالقبول: ومن مستحيل تفضيل إحدى النظريتين على الأخرى، فلكل منهما مزايا ومساوئ، فمن مزايا نظرية إعلان القبول كونها تحقق السرعة في إنعقاد العقد، فتجعلها أنسب إلى المعاملات التجارية ولكن عيبها يبقى في نهاية القبول، ويمكن القول بأن هذه الميزة لم تعد موجودة في العقد البيع الإلكتروني وأما نظرية العلم بالقبول تمتاز بتأكيد وقوع القبول وعلم الموجب به، وشيء الذي يعيبها هو البطئ لأي عدم السرعة وكذلك هذا لم يعد له وجود في العقد البيع الإلكتروني أيضا وفي تقرير أعده معهد روما لتوحيد القانون الخاص أشار إلى صعوبة تفصيل إحدى النظريات إنتشارا في التشريعات الوطنية وأقربها أي العدالة، ولأنها تلقي على الموجب نتائج إهمال إدارة البريد أو

البرق بإعتباره الطرف الذي إختار طريقة التراسل وقد اخذ القانون المدني الأردني بهذه النظرية بموجب مادته 10 بنصها:" إذا كان المتعاقدان لا يضمها حين العقد مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في المكان وفي الزمان الذين صدر فيهما القبول، يعتبر التعاقد قد تم في المكان وفي الزمان الذين صدر فيهما القبول، ما لم يوجد إتفاق أو نص قانوني يغير ذلك في حين نص القانون المدني العراقي في مادته 187 على أن :" يعتبر التعاقد مابين الغائبين قد تم في المكان والزمان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد إتفاق صريح وضمني أو نص قانوني يقضي يغير ذلك" ونصت في فقرته الثانية على أنه" ويكون مفروضا أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان الذين وصل إليه فيهما" ويبدو واضحا من النص أن القانون العراقي يأخذ بنظرية العلم بالقبول.

المبحث الثاني : أثار المترتبة على المبيع

تتمثل إلتزامات عقد البيع الإلكتروني من البائع والمشتري بتنفيذ العقد الذي أبرم من أجله فيحدث أثار مترتبة عليه ومن هنا سنحاول أن نتناول في هذ المبحث مطلبين أساسيين أولهما إلتزامات المشتري و ثانيا إلتزامات البائع.

المطلب الأول : التزامات المشتري

أولا : تسلم المبيع

إن زمان ومكان تنفيذ التزام المشتري بالتسليم لم يتأثر كثيرا بالبيئة الرقمية التي إبرم من خلالها العد الدولي الإلكتروني، فالإرتباط قائم بين واقعتي التسليم من قبل البائع والتسليم من قبل المشتري كونهما يتمان في وقت متزامن ومكان واحد، ويتعين على المشتري بموجب قانون التجارة الدولية القيام بجميع الأعمال التي يمكن توقعها بصورة معقولة من أجل تمكين البائع من تنفيذ التزامه بالتسليم فيجب أن يكون المشتري مهيئا للتسلم، وقد يستلزم حضوره في ميناء الشحن لإستلام البضاعة ليتولى شحنها على واسطة النقل، كما لو كان البيع قوي.

ويستطيع المشتري رفض التسليم إن الم أن البضائع، أرتكب مخالفة جوهرية كأن تكون البضاعة غير مطابقة لمواصفات العقد أو عدم مطابقة المستندات المقدمة أو أن التاريخ المعروض عليه للتسليم لم يحل بعد بموجب العقد أو إذا كانت الكمية زائدة فله خيار برفض تسليم الزيادة بل له رفض التسليم كلية عند تعذر تخفيض ثمنها كما ورد في العقد.

ثانيا : التزام المشتري بسداد الثمن

يثير العقد الإلكتروني خصوصا وعقد التجارة الدولية عموما المخاوف لدى المشتري من ضياع الثمن وعدم تسلمه البضاعة وصعوبة ملاحظة البائع، لما تتميز به البيئة الرقمية من تعقيد غير أن البعض يبدد مثل هذه المخاوف عند تدخل الجهات الوسطية بين المتعاملين لاسيما البنوك.

ويشير المختصون إلى ترك الحرية للمتعاملين في هذا المجال وفقا للمقتضيات تطور التجارة الإلكترونية وعدم تدخل المشرع في ذلك والملاحظة أن البائع يسلم البضاعة أولا في البيع التقليدي، ولعدها بمدة يستلم الثمن، إلا أن في البيع الإلكتروني يشترط البائع تسلم الثمن قبل قيامه بتسليم لبضاعة إلى المشتري ففي عقود التجارة الدولية التقليدية يترك تحديد

تاريخ السداد للثمن إلى إتفاق المتعاقدين وعند سكوت العقد يصار إلى القواعد المفسرة والعرف .

أ- أن تكون بضاعة صالحة للإستعمال في الأغراض التي تشتمل فيها عادة بضائع من وضعها.

ب- لأن تكون بضاعة صالحة للإستعمال الخاص الذي يقصد المشتري بشروط أن يكون البائع على علم به وقت إبرام البيع ليمتنع عن إتمام البيع أن تبين له أنه غير قادر على تلبية طلب المشتري.

ت- أن تكون البضاعة مشتملة على الصفات التي سبق للبائع عرضها على المشتري كعينة أو كنموذج، فإذا تعلق البيع بأقمشة صوفية مثلا إختارها المشتري عينات أرسلها إليه البائع، وجب أن تكون البضاعة التي يصدرها البائع للمشتري من صوف العينة ورسمه ووزنه بل لونه أن كان اللون له إعتبار خاص عن المشتري وذلك لأن إرسال العينات إلى المشتري يعتبر من جانب البائع سلوكا يجب أن يكون طبقا للمادة 8 من الإتفاقية.

ث- أن تكون بضاعة مغلقة ومعبأة بالكيفية المستعملة عادة في تعبئة وتغليف بضائع من نوعها كالزهور عادة تغلق بورق السيليفون لحفظها من الذبول السريع وكالأجهزة الكهربائية توضع في صناديقها من خشب أو ورق القوى تحيطها وسائد من الإسفنج الصناعي لحمايتها من الكسر.

المطلب الثاني : إلتزمات البائع

أولا: الإلتزام بتسليم المستندات : ويحدد عادة عقد البيع المستندات التي يتعين على البائع تسليمه إلى المشتري وعادة بموجب قواعد الإعتمادات المستند به يقوم بتسليمها إلى البنك المستفيد من الإعتمادات أو وكيله ليقوم بتدقيقها بموجب شروط إعتماد، بتسليم البك المستند لحساب المشتري ويقوم بصرف مبلغ الإعتماد له وإن أهم هذه المستندات هو مستند الشحن والذي يمثل عقد التنقل ووثيقة التأمين إن كان ملزما بإبرامه ويمثل عقد التأمين وقائمة الشراء ونمثل عقد البيع وشهادة المطابقة وشهادة التفتيش والشهادة الصحية وغيرها المستندات حسبما تنص عليها شروط الإعتماد المستندي وقد أشار إلى هذا الإلتزام إتفاقية فينا في مادة 30 ومادتها 34.

ثانيا: الإلتزام بالمطابقة: نبحث أو المطابقة العقدية، وتعني أن المبيع يجب أن يوافق ما ورد في العقد من مواصفات وشروط بصرف النظر عن أهمية هذه الشروط فكلها تعتبر مهمة مادام العقد نص عليها ويسمى البعض هذه المطابقة بالمطابقة المادية[1]، إلا ن المشتري قد يتعرض الى معارضة من الغير في التصرف في المبيع مما يتعين الحديث عن ضمان المطابقة الثانوية، فتنص م 35– من الإتفاقية على أنه " على البائع أن يسلم بضائع تكون من حيث كميتها وأوصافها وكيفية تغليفها أو تعبئتها مطابقة كما يشترطه العقد" ونصت الإتفاقية أيضا على شروط بموجبها لا تكون البضاعة مطابقة إلا إذا توافرت هذه الشروط :

1. الإلتزام بتسليم البضاعة : تنص م 30 من الإتفاقية الدولية للتجارة على أن " يلتزم بتسليم البضائع والمستندات المتعلقة بها وينقل ملكية البضائع وذلك على النحو المنصوص عليه في العقد وفي هذه الإتفاقية " يلاحظ أن النص لم يذكر ألا الإلتزامات الأساسية التي يفرضها العقد، فتوجد فيه الألتزامات أخرى وردت في

[1] حفيظة السيد حداد: الموجز في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول: المبادئ العامة في تنازع القوانين منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2003، ص 64.

الإتفاقية أو العقد بموجب العرق، حيث لم تضع الإتفاقية تعريفا عاما لتسليم ولكنها حرصت في مواضيع متفرقة على البيان المقصود منه.

2. مكان ووقت التسليم وفقا للأحكام اتفاقية فينا: تنص الإتفاقية فينا في مادتها 31- على أنه " إذا كان البائع غير ملزم بتسليم البضائع في أي مكان أخر فإن التزامه بالتسليم يكون على النحو التالي:

- تسليم البضائع إلى أول ناقل لإيصالها أي المشتري إذا تضمن عقد البيع نقل .
- وفي الحالات التي لا تندرج تحت الفقرة الفرعية السابقة إذا كان العقد يتعلق ببضائع المعينة بالجنس ستسحب من مخزون محدد أو تضع أو تنتج وعرف الطرفان وقت إبرام العقد أن بضائع موجودة في مكان معين، يلتزم البائع بوضع البضائع تحت التصرف المشتري في ذلك المكان.
- وفي الحالات الأخرى يلتزم بوضع البضائع تحت تصرف المشتري في المكان الذي يوجد فيه مكان عمل البائع وقت إبرام العقد.

وإن عدم سراء المشتري للثمن لا يعد إخلال منه، ولو أنقضى التاريخ المحدد لسداده لأنه قد ينبض العقد على سداد الثمن في التاريخ المنصوص عليه، وهو ذات التاريخ المحدد كي يقوم البائع بتسليم البضاعة إليه، فيأتي التاريخ ولا يقوم البائع بالتسليم أو يقوم البائع بتغيير عنوانه من دون إعلام المشتري بذلك، كما أن إنقضاء سريان الإعتماد الذي فتحه المشتري لصالح البائع لا يعني المشتري من وجوب سداد الثمن بالرغم من ذلك كما لا يجوز له إشتراط تسلم المستندات شخصيا أو البضاعة عند فتح إعتماد مستندي لصالح البائع كي يتم سداد الثمن[1]، غير أن ما أفرزته التجارة الإلكترونية يشير إلى أن البائع هو الذي ينفرد بتحديد تاريخ السداد وكيفية، وغالبا ما يتم السداد في موقع الموجب، وكذلك إن كان بواسطة البريد الإلكتروني، فالمكان هو الذي يوجد فيه الموجب والعملة هي العملة من خلاله يتحدد

[1] قضية تحكيمية 864 في 1997/06/25 المحكمة السويسرية.

المكان، ولا قيمة لرفض المشتري من تسلم البضاعة في حالة الإتفاق على تسديد الثمن عن طريق الإعتماد المستندي لأن البائع يكون قد سلم المستندات إلى البنك، واستسلم منه الثمن، إلا إذا كان المشتري قد طلب إلغاء الإعتماد قبل ذلك، ودال فيكون من حق البائع إيقاع الحجز على أي مال يعود للمشتري، ومن ضمنها البضاعة التي باعها إليه، لو كانت لازالت في ميناء الشحن، وإستيفاء الثمن من حصيلة البيع، ويشير المختصون إلى ترك الحرية للمتعاملين في ذلك وفقا للمقتضيات تطور التجارة الإلكترونية وعدم تدخل المشرع في ذلك.

ومن حق البائع سلوك كل سبل الممكنة التي يخولها القانون الوطني في طلب إيقاع الحجز على الأموال العائدة للمشتري والتنفيذ عليها، لأن الاتفاقية لم تتدخل في هذه المواضيع ولو تسلم المشتري البضاعة ومارس حقه برفضها، حيازتها لحساب البائع بشرط الايلزام بدفع الثمن، ومن دون تعرض لمضايقة غير معقولة أو مصاريف باهضة زالا يكون البائع موجودا أو من يمثله في مكان وصول البضاعة، إذ لايلتزم المشتري في هذه الحالة بالقيام بالإلتزام الحفظ م2/85 من اتفاقية فينا لسنة 1998 الخاصة بالبيع الدولي للبضائع.

الفصل الثاني

تنفيذ عقد البيع الإلكتروني الدولي

وتسوية المنتزعات المترتبة فيه

الفصل الثاني: تنفيذ عقد البيع الإلكتروني الدولي وتسوية المنازعات المترتبة عنه

تمهيد

إذا قام عقد البيع الإلكتروني الدولي عبر الأنترنات صحيحا فإن شأنه شأن عقد البيع الدولي للبضائع التقليدي يرتب أثاره القانونية في ذمة طرفي العقد من البائع والمشتري لذالك وجب علينا أن نبحث في هذه القواعد العامة ونخصص لذلك مبحثين أولهما نتناول فيه إشكالية تنازع القوانين والإختصاص القضائي وثانيهما نتناول فيه المسؤلية في عقد البيع الإلكتروني الدولي.

المبحث الأول: إشكالية تنازع القوانين والإختصاص القضائي.

تمهيد :

بإعتبار عقد البيع الإلكتروني عقدا دوليا يبرم عبر شبكة دولية منتوجة، فهو بذلك يتضمن دوما عنصرا أجنبيا سواءا من حيث أطرافه البائع أو المشتري، أو من حيث محله أو مكن إبرامه وطريفة تنفيذه، مما يجعله يثير مسألة التنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي، وهي مسألة جد صعبة بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية عموما، وعقد البيع الدولي الالكتروني خصوصا للاماديتها وتجاهلها لحدود الدول وأنظمتها القانونية، وبالرغم من أن الموضوع أثير منذ زمن بعيد مع العقود الدولية التقليدية، وكان سببا في إيجاد القانون الدولي الخاص الذي تعد مهمته الأصلية حل مشكلة تعدد الأنظمة القانونية الحاكمة لعلاقة قانونية واحدة عن طريق نظرية تنازع القوانين المعتمدة أصلا على قواعد قانونية محايدة تسمى بقواعد الإنسان التي تحدد القانون لواجب التطبيق على العلاقة المتضمنة عنصرا أجنبيا وذلك بالإرتكاز على معايير وضوابط في العادة ما تكون مكانية.

لكننا في مجال دراستنا سبق وأن توصلنا، وفي أكثر من مرة أننا بصدد تجارة وعقود تتم عبر شبكة لا تعترف بالحدود الجغرافية الدولية ولا بالمرتكزات المكانية بل هي عقود تجول في عالم افتراضي فرض نفسه إلى جانب عالمنا الحقيقي.

لذا سنحاول في هذا الفصل، بحث ما إذا كانت القواعد السابقة لا تزال قادرة على أن تؤدي الدور التقليدي الذي كانت تؤديه فيما سبق بخصوص العقود الدولية التقليدية، خاصة وأنها مرت بأزمة حتى مع هذا النوع التقليدي، فما بال بالنسبة بالنسبة للعقد الإفتراضي الحديث؟ أم يفلت هذا النوع من العقود من إيجاد حلول لنزاعاتها، ويكون بذلك ذا النوع من الأمور الشائكة التي ستقف أمام تطورها ونموها وإزدهارها والتعامل عن طريقها؟

وحتى وأن أمكن إخضاع العقود الإلكترونية الدولية لنظرية تنازع القوانين التقليدية، فهل هذه القواعد قادرة على إعطائنا الحلول اللازمة في ظل اللامادية والرقمية التي تتميز بها هذه العقود ؟ و تبعا لذلك ما الجهة القضائية المختصة بحل النزاعات يقال عنها إنها إفتراضية تتجاوز أيضا المعايير المكانية التي كانا تقوم عليها فكرة تنازع الإختصاص القضائي؟ وكل ذلك في ظل ما أضافته مسألة غياب المستندات الورقية و تنوع جنسيات الأطراف المتعاقدة التي أمكنها اليوم أن تتعاقد من بينها مع أشخاص من نواحي العالم الأربعة، الأمر الذي جعل العلاقات القانونية حتى وإن كانت وطنية تنساب عبر الحدود .مما أدى إلى اعدد مثلما سبق القول العناصر الأجنبية في الرابطة العقدية الواحدة أو في ظل تغير حتى مفهوم المكان وحلول أماكن افتراضية محل الأماكن التقليدية التي كانت تعتمد عليها نظرية الاختصاص القضائي الدولي و عموما ما مكانة وفعالية أحكام القانون الدولي الخاص سواء من خلال جوانبه الموضوعية أو الإجرائية في إطار العلاقات الإلكترونية الدولية، التي تعد كغيرها من العلاقات تستدعي البحث عن حلول لخطر النزاع، فهل يمكن إخضاع النزاع الإلكتروني للإطار التقليدي، أم أنه مثلما جاءت الأنترنت بمفاهيمها الخاصة بخصوص الإبرام و الإثبات والتنفيذ جاءت أيضا بمفاهيمها في هذا الصدد ؟

كل هذه الأسئلة المحورية والإشكالات القانونية الفرعية المتولدة عنها فكرة موضوع بحثنا في هذا المبحث من خلال مطلبين نتناول في الأول القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الإلكتروني الدولي أما المطلب الثاني الإختصاص القضائي الدولي.

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الإلكتروني الدولي

سنحاول في هذا المبحث البحث عما إذا كان يمكن إخضاع عقود البيع الدولية الإلكترونية عموما، وعقد البيع الدولي للبضائع المبرم عبر الأنترنت خصوصا بالنظر لطابعها الدولي اللامادي لمناهج القانون الدولي الخاص، التي تقوم على فكرة جوهرها تقسيم المجتمع الدولي إلى وحدات إقليمية مستقلة لكل منها حدودها الجغرافية التي تميزها عممن سواها، ولها عليها سيادة تخولها السيطرة على كل ما يدخل في ايطار نطاقها، والتي وجدت لتحكم علاقات تجارية دولية تقوم بين رعايا ينتمون لدول مختلفة والبحث لها عن نظام قانوني يحكمها ويوقف بين المصالح المتنافرة لأطرافها، ولكن هل يمكن إختيار أي قانون؟ ويضرب المثال التالي بالنسبة إلى عقد النقل مثل ناقل فرنسي يتعاقد مع برتغالي للنقل من ألمانيا إلى اسبانيا حيث يتم الإتفاق على اجتماع العقد إلى القانون الهنغاري وعلى العقد المعقود بين غائبين من حيث المكن وحاضرين ن حيث الزمان، فالقاعدة هي إختصاص قانون البلد الذي يصل إليه القبول إلى علم الموجب، أو القانون الذي يتم تحديده في العقد وهو ما يسمى بالقانون الإرادة، وبما أن العد الإلكتروني هو عقد بين غائبين من حيث المكان وهو عقد دولي فهل يخضع للمعايير المذكورة قبل قليل ؟ وأما تحيد القانون عند غياب التحديد الصريح فيتم بموجب قواعد القانون الخاص الدولي وهذا موضوع الفرعين التاليين.

الفرع الأول: القانون المختص بموجب الإسناد الجامد

ويتمثل هذا الإسناد الجامد فيما يلي:

1- **معيار قانون مكان إبرام العقد:** وهو قانون الدولة التي يتم فيها إبرام العقد حيث تقوم قرينة بسيطة بعلم المتعاقدين مسبقا بأحكام هذا القانون ولوحظ صعوبة الأخذ بهذا المعيار في العقد الإلكتروني للفضاء غير المحدود وتعارض مع الجغرافيا الأرضية وقد ينعقد العقد الإلكتروني بصفة عارضة لا تكفي لقيام رابطة حقيقية بين العقد وقانون إبرامه، كأن يتم عبر حاسوب نقال لشخص متجول من دولة إلى أخرى، أو أن يستغل جهاز غير تابع له أو

يبرم عقده من خلال مقهى أنترنت غير أن هذا لا يشكل جديد في قانون التجارة الدولية حيث أثير نفس الموضوع في العقد الذي يبرم بين شخصين وهما في رحلة جوية وعلى متن طائرة سواءا كانت محلقة فضاء إقليمي أو مشترك أو غير إقليمي.

2- **معيار قانون محل تنفيذ العقد:** نفس النقد يقوم بنسبة لتحديد المكان لتنفيذ لاسيما إذا كان التنفيذ يتمم كليا عبر شبكة الأنترنت وأما إذا كان يتم تنفيذ العقد في أماكن متعددة وهو ما يحدث في التجارة التقليدية أيضا فأن الأمر يكون في إختصاص الأكثر قانونا.

3- **معيار قانون الجنسية المشتركة:** لا يؤيد الكثير من المختصين أعمال هذا المعيار في تحديد القانون واجب تطبيق على العقود الدولية غير الإلكترونية، فمن باب أولى عدم الأخذ به في العقد الإلكتروني الي يعاني من صعوبة التحقق من أهلية وتحديد هوية المتعاقد عبر الشبكة، غير أن هذا النقد من الصعوبة الأخذ به لأنه تود برامج وأنظمة حاسوبية من شأنها تحديد الهوية والجنسية.

4- **معيار قانون الموطن المشترك:** هذا المعيار مستبعد من نطاق العقود الدولية غير الإلكترونية حيث يتم تحديد الدولية بتحقق المعيار الإقتصادي والمساس التجارة الدولية، فمن باب أولى إستبعاده في العقد الإلكتروني الذي يتقاطع والجغرافيا المكانية، كما أن أسماء النطاق لا تعني الإرتباط بجغرافية مكانية محددة كما تمت الإشارة إليه سابقا.

الفرع الثاني: القانون المختص بموجب الإسناد المرن

حيث تتمثل معايير الإنسان المرن فيما يلي: حالة الإنسان الشخصي أي قانون الإرادة وهو المبدأ السائد في عقود التجارة الدولية عموما حيث توجد ثلاثة اتجاهات فإتجاه الأول يجب وجوب أوفر علاقة بالعقد والقانون المختار وعلى القاضي النزاع أن يتحقق من وجود هذه العلاقة أخر بالقانون المنصوص عليه في العقد، والثاني الحرية الكاملة للمتعاقدين باختيار القانون، وبالتالي لا يجوز للقاضي تجاهل إرادة المتعاقدين ولا سلطة له في هذا الصدد، وهذا ما قضت به محكمة التمييز الفرنسية، أما الإتجاه الثالث المعمول به وهو مقيد

بشرط بأن يكون الاختيار فيما تفرضه قواعد حماية المستهلكين والأصل ألا يتم تغيير القانون المسرح به في العقد إذا كان يؤدي إلى الإضرار بمصالح الغير حسني النية، كما يلاحظ أن قيد حماية المستهلكين لا تسري على التجار الإلكترونيين كانوا أم لا، ولوحظ بأن قانون الإرادة يستجيب وطبيعة شبكة الأنترنت بابتعاده عن صعوبات التركيز المكاني ومجمل قوله هو أن الصعوبة موجودة في تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص تكمن في نطاق التجارة الدولية غير الإلكترونية، فمن باب أولى يكون ذلك بالنسبة للتجارة الإلكترونية ومن الخطورة بمكان بالنسبة لأطراف العقود التجارية الدولية ألا يشترطوا في عقدهم على القانون واجب التطبيق، لأنهم يسجدون أنفسهم في ضبابية والأصل أن يتم الاتفاق على اختيار القانون لحظة إبرام العقد.

وتتمثل معايير الإسناد المرن فيما يلي:

حالة الإسناد الشخصي: لأي قانون الإرادة وهو المبدأ السائد في العقود التجارة الدولية عموما حيث توجد ثلاثة اتجاهات:

الأول: وجوب توفر علاقة بين العقد والقانون المختار، وعلى القاضي عند النزاع أن يتحقق من وجود هذه العلاقة للأخذ بالقانون المنصوص عليه في العقد .

الثاني: الحرية الكاملة للمتعاقدين بإختيار القانون، وبالتالي يجوز للقاضي تجاهل إرادة المتعاقدين لا سلطة له في هذا الصدد، وهذا ما قضت به محكمة التمييز الفرنسية، فإنها لم تقض صراحة بوجوب وجود أي علاقة بين القانون المختار وبين العقد.

ويجوز للمتعاقدين أخذ بعض قواعده وإستبعاده القواعد الأخرى منه،[1]والاتجاه الثالث المعمول به، ولكن بشرط أن يتقيد هذا الإختيار فيما تفرضه قواعد حمية المستهلكين، والأصل ألا يتم تغيير القانون المصرح به في العقد إذا كان يؤدي الى الإضرار بمصالح الغير حسني النية، كما يلاحظ أن القيد حماية المستهلكين لا تسري على التجار الإلكترونيين

[1] M SIMON–deptre droit international price collection armand –colin paris p173.

كانوا أم لا، ولوحظ بأن القانون الإرادة يستجيب وطبيعة شبكة الانترنت بإبتعاده عن صعوبات التركيز المكاني.

ويجد الإشارة إليه بأن الصعوبة موجودة في تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص على نطاق التجارة الدولية غير الإلكترونية، فمن باب أولى يكون ذلك بالنسبة للتجارة الإلكترونية، ومن الخطورة بمكان لأطراف العقود التجارية الدولية ألا يشترطوا في عقدهم على القانون واجب التطبيق، لأنهم يسجدون أنفسهم في ضباب أو مجهول والأصل أن يتم الإتفاق على إختيار القانون لحظة إبرام العقد، كما يمكن أن يتم بعذ ذلك وأيضا عند نشوب النزاع بينهم بل من الجائز تعديل عقدهم بتغيير القانون المنصوص عليه فيه بشرط ألا يؤدي هذا التعبير إلى الإضرار وبالغير حسن النية الذين بنوا توقعاتهم على القانون المراد تغييره والتحول إلى غيره[1].

تمخض عن سهولة إبرام العقود الإلكترونية وإنتشارها في ظل نمو إزدهار التجارة الإلكترونية الدولية زيادة في حجم النزاعات المتولدة فيها، والسبب الرئيسي في ذلك هو الغياب المادي للمتعاقدين لحظة إبرام العقد مما يجعل معه بعض الأخطار القانونية، كالمشتري الذي لا يمكنه رؤية ولا تفحص المبيع أو لمسه وتذوقه أو البائع الذي يواجه أخطار عدم دفع الثمن، الأمر الذي دفع بالمهتمين والمتخصصين إلى بحث عن وسائل أكثر ملائمة لفض المنازعات الإلكترونية تتوافق والآلية التي من خلالها التعاقد كما ولد صعوبة بخصوص المتعاقدين عبر شبكة الأنترنت لا يدركون مسبقا أهمية الإحتياط للنزاعات المستقبلة مما لا يجعلهم في التحديد المسبق للجهة القضائية المختصة، سواء كانت محاكم أو جهات التحكيم.

لذلك مثلما فعلنا مع مسألة القانون الواجب التطبيق سنحاول البحث ما إذا كانت القواعد العامة لنظرية الإختصاص القضائي الدولي لا تزال حاضرة ويمكن استعانة بها في

[1] د.أحمد عبد الكريم سلامة، حماية المستهلك في العقود الدولية الإلكترونية المؤتمر العلمي الأول دبي ص23-24.

حل نزاعات عقود البيئة الإلكترونية الدولية، أم أن الأمر يتطلب البحث عن حلول بديلة نابعة عن الآلية الجديدة المستعملة في التعاقد لتستعمل في حل النزاع أيضا، خاصة ان فتح شبكات الإتصال في إبرام العقود، يحتم ضرورة فتحها أيضا مام حل نزاعاتها بما يتلاءم ما أفرزته من تطورات لتكون الطوق الجديدة المستخدمة في إبرام العقود قد قابلتها آليات تتسم بالسرعة والسهولة في حل النزاعات بعيدة عن الإجراءات الطويلة والمعقدة التي تعرفها طرق التقاضي العادية، بمعنى أخر فإنه من المنطقي أن يفرز الواقع العلمي آلية جديدة لتسوية المنازعات التي تثيرها التجارة الإلكترونية، يجري إتخاذ إجراءاتها على قنوات الكترونية مماثلة لتلك التي جرى من خلالها التعامل محل النزاع، إن وبعد شيوع إستخدام التقنيات الحديثة في إبرام العقود وإتمام الصفقات اتجه الفكر الى تسوية مثل هذه النزاعات الإلكترونية عبر شبكات الإتصال دون الحاجة لانتقال الأطراف أو تواجد أطراف العملية التحكمية في مكان واحد، وللإجابة عن هذه التساؤولات يتعين علينا أن نتناول في فرع الأول مبادئ الإختصاص القضائي الدولي وشبكة الأنترنت، لنتناول في فرع الثاني الصعوبات التي تواجهها، ليمكننا الحكم بمدى ملائمة قواعد الإختصاص القضائي لنزاعات البيئة الرقمية، أم أن الأمر يتطلب حلول حديثة حداثة عقود الإنترنت وقواعدها.

المطلب الثاني : الإختصاص القضائي الدولي

تقوم نظرية تحديد الإختصاص القضائي الدولي عموما على مبادئ وقواعد تمكن من تحديد الجهة القضائية المختصة بحل النزاعات، بحيث قد يكون ذلك بناءا على رغبة الأطراف النزاع ممارسة لحريتهم في اختيار الجهة القضائية التي تعرضون عليها نزاعاتهم، وهو ما يسمى بالإنسان الشخصي بشرط أن تتوافر رابطة جدية بين النزاع والجهة القضائية المختصة أو أن تقوم مصلحة مشروعة للأطراف من وراء هذا الإختيار زالا ينطوي هذا الإتفاق على غش ويمكن أن يكون اتفاقهم قبل قيام النزاع أو بعده بموجب بند في العقد الأصلي أو في اتفاق مستقل، وسواء كان ذلك بطريقة صريحة أو ضمنية أو بناء على قواعد إسناد أخرى احتياطية، وهي حالة الإسناد الجامد المستند على معايير أهمها كقاعدة عامة محكمة موطن المدعي عليه، أو مكلمة مقر عمله، أو بالإستناد لمعايير أخرى كثيرة، أهمها محكمة إبرام أو تنفيذ العقد أو محكمة التسليم مثلما جاء في المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد، ويتحدد مكان الإبرام في العقود الإلكترونية في العادة، بالمكان الذي علم فيه الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، بينما يتحدد مكان التنفيذ طبقا لقانون القاضي المعروض عليه النزاع، أين يسترشد في ذلك بنية الأطراف وطبيعة العقد والعرف والعادات التجارية.

لذلك سنتناول في نقطة أو حالة اتفاق الأطراف على تعيين الجهة القضائية المختصة بحل نزاعاتهم العقدية، وفي الثانية حالة تخلف مثل هذا الإتفاق وتطبيق المعايير والضوابط العامة في تحديد الإختصاص القضائي الدولي.

أولا: حالة إتفاق الأطراف

من ثوابت فقه المرافعات المدنية الدولية، أمكتنية أتفتق الخصوم على الخروج عن قواعد الإختصاص القضائي ولذلك بإتفاقهم على إختصاص المحكمةغير محكمة مكان موطن أو محل إقامة المدعي عليه، وهو ضابط من الضوابط المستقرة في النزاعات ذات

الطابع الدولي[1]، بشرط أن يكون هذا الإختيار أي حتى ينتج هذا الإتفاق أثر أن يكون هناك رابطة جدية بين النزاع المطروح والمحكمة التي تم الإتفاق على إختيارها ألا يكون هذا الإختيار منطويا على غش ولا يشترط فيما بعد إن كان هذا الإختيار سابق على ظهور النزاع أو لاحقا عليه زيواء كلن صريحا أم ضمنيا.

أما بشأن الإتفاق على الإختصاص بشأن عقود الانترنت فإن البعض[2]، وتفاديا لأي خلاق بخصوص هذا الخيار، ينصح بتوضيح شروط قبول الإختصاص، لكن في ظل البيئة الإفتراضية بفضل أن يكون بشكل مكتوب الكترونيا وهو ما تضمنه التنظيم الأوروبي لسنة 2000 بالنص " كل تراسل بطريقة الكترونية يسمح بتعديل دائم للإتفاق يعتبر وكأنه يلبس شكل كتابي" أي يجب تأكيد مثل هذا الشرط عن طريق البريد الإلكتروني، وذلك فاديا لأي نزاع مستقبلي بشأن هذا الإتفاق في حد ذاته.

وقبل الإنتقال من هذه النقطة تشير فقط الى كيفية التنظيم الجيد من قبل الإتحاد الأوروبي لهذه المسألة بحيث تضمنت توجيهاته عناصر دقيقة تمكن من تحديد الإختصاص في حال غياب اتفاق الأطراف على تحديد الجهة القضائية المختصة بنظر نزاعات عقودهم وذلك في توجيهه المؤرخ في 200/12/22 المنظم للإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الخاصة بالنزاعات المدنية والتجارية، بالإضافة إلى اتفاقية **لوكان** قي 1988/09/16 ولتطبيق هاتين الاتفاقيتين يجب أن يكون العقد الإلكتروني عقدا دوليا وأن تكون إقامة الشخص المدعى عليه على إقليم دولة عضو في الإتحاد الأوروبي، خارج هاتين الحالتين فإن العقد يكون خاضعا للقانون الفرنسي كما يكون خاليا من كل عنصر أجنبي أو حتى وإن كان دوليا يقع خارج مجال تطبيق الاتفاقيتين المذكورتين وإن كان أحد طرفي العقد فرنسيا، وهو ما يجعلنا نرى ضرورة الإتفاق المسبق على تحديد الجهة القضائية منذ البداية وبشكل صريح في حال التعاقد مع متعاقد ينتمي لأحد الدول الأوروبية هذا في حال اتفاق

[1] طالب حسن موسى، المرجع السابق ص 50.

[2] محمد حسين منصور، المرجع السابق ص 83.

الأطراف على تعيين الجهة المختصة تنظر النزاع، وإن لم يتم هذا فإن غالبية قوانين المرافعات الوطنية وحتى التوجيهات الأوروبية الخاصة بالتجارة الإلكترونية، بينت بعض الضابط العامة التي يمكن اللجوء إليها، وهو ما سيكون موضوع دراستنا في النقطة التالية.

ثانيا: حالة غياب اتفاق الأطراف

في حالة غياب الإتفاق الصريح للأطراف المتعاقدة على تعيين الجهة القضائية المختصة بحل نزاعاتهم، تبنت قوانين المرافعات ومن القوانين الخاصة العديد من المعايير المطبقة على النزاعات الناشئة بمناسبة إبرام أو تنفيذ عقد من العقود الدولية المسماة بالضوابط العامة، منها اختصاص محكمة مواطن المدعي عليه و مكان تنفيذ الإلتزام التعاقدي وقواعد أخرى خاصة بالعقود المبرمة مع المستهلكين أو خاصة ببعض المجالات وهو ما نوضحه في النقاط التالية التي نركز عليها من خلالها فقط على مدى صلاحية تطبيق مثل هذه المعايير أو الضوابط العامة على العقود الإلكترونية عموما وعقد البيع الدولي الإلكتروني بصفة خاصة :

1/ اختصاص محكمة مواطن أو محل إقامة المدعي علية :

في مجال نزاعات عقود البيع الإلكتروني المبرمة عبر الإنترنت، يمكن القول مبدئيا إنه لا يوجد ما يمنع من الخروج عن قاعدة إختصاص محكمة مواطن المدعي عليه عملا بأحكام قانون المرافعات الداخلي و الدولي، وبالتالي يمكن رفع الدعوى أمام محكمة مواطن أو محل إقامته المدعي عليه أو مؤسسته[1] أو مكان تنفيذ الإلتزام الرئيسي للمدعي علية أو مؤسسته سيما وأنه ضابط يؤيد غالبية الفقه ضرورة الأخذ به في العقود الدولية عبر الإنترنت. كما تعد أيضا القاعدة المعمول بها في التوصيات الأوروبية في حال تخلف اختيار الإدارة،أي كانت جنسية المدعي عليه .

[1] أنظر أهم القوانين التي أخذت بهذا الضابط لدى : أحمد عبد الكريم سلامة المرجع السابق، ص71.

وبالتالي فإن العقود الإلكترونية المتضمنة عنصرا أجنبيا عن الإتحاد الأوروبي يمكن للمدعي أن يلجأ بخصوصها إلى محكمة دولة تختلف عن دولة إقامته لما يكون النزاع محكوم باختصاص خاص. عكس حالة تعلق كل العناصر بدولة من دول الإتحاد الأوروبي، ففي هذه الحالة تكون محكومة بقوانين هذه الأخير بمجرد أن يكون المدعي عليه سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا مقيما في إقليم دولة من دول الأعضاء في الإتحاد، وبالتالي الإختصاص ينعقد لإحدى محاكم دول الإتحاد الأوروبي المعنية .

ومن أهم القوانين التي نصت على هذا المعيار نجد المادة 1/42 من تقنين إجراءات المدنية الفرنسي الجديد، التي جعلت الإختصاص في حال غياب اتفاق الأطراف محكمة موطن المدعي عليه، ومعيار الإقامة على التراب الفرنسي يطبق على الوطنيين كما يطبق على الأجانب القاطنين على التراب الفرنسي حسل إجتهاد القضائي الفرنسي الذي لم يعد إهتماما في هذه الحالة لجنسية المدعي عليه، غير أن المشرع الفرنسي فرق بين حالة التي يكون فيها الشخص طبيعيا والحالة التي يكون فيها الشخص شخصا معنويا.

بينما نجد المشرع المصري قد نص على هذا الضابط ضمن المادة 29 من القانون المرافعات المصري بنصها: " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوي التي ترفق على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية"، ومجال هذا الضابط يستوعب جميع أنواع الدعاوي ولا يشترط أي قيد قيصح أن يكون مصريا أو أجنبيا متوطنا في مصر أو في الخارج.

بينما نجد المشرع الجزائري وفي قانون الإجراءات المدنية[1]، قد تضمن القاعدة العامة المعمول بها في جل قوانين المرافعات وهي إختصاص محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه كقاعدة عامة، مع بعض الإستثناءات التي تضمنتها المادة نفسها وكذا المادة 09 غير أنه تم النص في المادتين 10و 11 التي تشير إلى العقود الدولية التي يكون إحدى أطرافها

[1] الصادر بموجب الأمر رقم 66-154، المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم الجريدة الرسية 1996 لبعدد34.

جزائريا والأخر أجنبيا يجوز أن تنظر فيها المحاكم الجزائرية إذا كانت الإلتزامات ستنفذ في الجزائر، وهو ما تضمنته المادة العاشرة في حين نجد المادة 11 تضمنت حالة التعاقد مع أجنبي أين يجوز أيضا المحاكم الجزائرية نظرا في النزاع وبالتالي فهذه القاعدة من القواعد المستقر عليها في فقه قانون المرافعات[1]، إلا أنها تشير في مجال العقود الإلكترونية العديد من الصعوبات أهمها صعوبة التحقق من موطن أو محل إقامة المدعي عليه، لذلك نجد في الفقه من نادى بضرورة عدم تطبيق المفاهيم المتعارف عليها في العالم التقليدي على العالم الإلكتروني لأنها مفاهيم مادية لا تتناسب والعالم الإلكتروني اللامتدي، لذا من الضروري غعمال فكرة المواطن الإفتراضي الموجود على الشبكة، إلا أن هذا المواطن كثيرا ما يكون مصطنعا غير حقيقي وبالتالي هو مرفوض سيما وأن التوجيه الأوروبي الصادر في 2000/06/08 بشأن التجارة الإلكترونية قد أقر بأن وجود وسائل تقنية وتكنولوجية لتوريد المعلمات لا يمثل منشأة للمورد.

2/ إختصاص محكمة محل أبرام أو تنفيذ العقد :

من القواعد الاحتياطية المكملة أيضا لتحديد الاختصاص القضائي تجد ضابطا نوعيا أخر، هو ضابط المكان إبرام العقد أو مكان تنفيذ، لكن وكما كانت العقود الدولية المبرمة عبر الأنترنت تعتبر من العقود المبرمة بين حاضرين في الزمن و غائبين في المكان، فغن العبرة تكمل في المكان الذي أخذ به اتفاقية فينا أو الذي علم فيه الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نصب يقضي بغير ذلك غير أن ذلك لا ينفي صعوبة إكماله بخصوص العقود الإلكترونية كومها تبرم و منفذ بطريقة إفتراضية مما يجعل من الصعب التحديد الدقيق لمكان إبرام و تنفيذ هذا العقد .

ومن هذا المنطلق اقترح البعض إعطاء الحق للمستخدم بأن يرفع دعوى أمام محكمة دولة المرود أو أمام محكمة مواطنة، كما أن مكان تنفيذ العقد وفقا للتوجيه الأوروبي السابق

[1] أحمد الهواري، المرجع السابق، ص 32.

يعد قاعدة مكملة لمعيار إقامة المدعي عليه بخصوص إلتزامات التعاقدية بعض النظر عن إقامة المدعي عليه[1] وإن هذا التوجيه جاء بمفهوم جديد لمكان التنفيذ مفرقا في ذلك بين عقد البيع و عقد تقديم الخدمة، و ما يهمنا عقد البيع الذي يعد منفذا في مكان التسليم المادي للبيع[2]. وهي نقطة خاصة يمكن تطبيقها سيما على العقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الأنترنت والمنفذة خارجها .

وفي القانون الفرنسي، معيار تنفيذ العقد تضمنته المادة 2/46 من الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد بإرساء قاعدة مكان التسليم –التوريد الفعلي للشيء المبيع أو الخدمة المقدمة، وهو مكان التسليم الفعلي لا المكان الذي كان يجب أن يتم فيه التسليم حتى وإن كانت الملكية قد انتقلت قبل هذا التسليم و هو ما يعني مباشرة اختصاص محكمة تنفيذ العقد لإبرامه .

وفي القانون الجزائري يمكننا ملاحظة أمرين الأول ما تضمنته الفقرة الخامسة من المادة التاسعة من (ق.إ.م.ج) التي عقدت الإختصاص في مجال التوريدات وهو موضوع الإلتزام في عقد البيع الدولي للبضائع لمحكمة إبرام الإتفاق أو محكمة تنفيذه وهو ما يتفق مع القواعد العامة في كل القوانين .

والأمر الثاني هو ما تضمنته المادة 08 في إحدى فقراتها بالنص وفي المنازعات المتعلقة بالصفقات الإدارية بجميع أنواعها، أمام الجهة القضائية للمكان الذي أبرم فيه عقد الصفقة .و ذلك بغض النظر عن قواعد النزاع الإداري المنصوص عليه في المادة 07 من ذات القانون وما ورد في القانون .

الصفقات العمومية، ونحن نعلم بأن عقد البيع الدولي للبضائع يبرم في القانون الجزائري بموجب صفقة عمومية مما يعني تطبيق هذا الحكم، و بالتالي لما يكون العقد إلكتروني قد تم إبرامه عبر الشبكة الأنترنت و تم تنفيذه خارجها، فإن المكان التوريد الفعلي

[1] و ذلك بحسب ما نصت عليه المادة 5 من تنظيم 2000/12/22 الأوروبي المرجع السابق

[2] وهو المعيار الذي نستنتجه من المادة 1/5 فقرات من التنظيم الأوروبي المؤرخ 2000/12/22 المرجع السابق.

للتسليم، هو معيار تحديد المحكمة المخصصة الذي يبقى في رأينا معيارا مفيدا حتى مع الصفة الإلكترونية التي اتخذها العقد موضوع دراستنا .

3- ضابط الجنسية :

من بين أهم القوانين التي ألت أهمية خاصة لهذا الضابط، نجد القانون الفرنسي بموجب المادتين (14 15) من التقنين المدني الفرنسي، خلق المشرع الفرنسي إمتياز اختصاص بالنسبة للفرنسيين، سواء كانوا مدعين أو مدعين عليهم، فبمجرد أن يكون أحد الطرفين فرنسيا فينعقد الإختصاص للقضاء الفرنسي حتى وإن كان العقد إلكتروني وسواء كان الشخص طبيعي أو معنوي مما يجعل من المشرع الفرنسي قد أرسى اختصاصا دوليا للمحاكم الفرنسية بشرط ألا يتعارض ذلك مع الإتفاقيات الدولية سيما التنظيم الأوروبي المؤرخ في 2000/12/22 واتفاق لوغانو وألا يكون قد توفرت شروط تطبيق إحدى معايير الاختصاص التي تناولناها سابقا و لا مع أحكام تنازع القوانين وفق القانون الدولي الخاص.

أما في نص، فقد تم النص على ضابط الجنسية في المادة 28 من قانون المرافعات التي نصت على أنه، تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على المصري ولو لم يكن له موطن أ محل إقامة في الجمهورية .

وفي القانون الجزائري يفهم الأخذ بهذا المعيار من خلال المادتين (10و 11) التي سبق وأن أشرنا غليهما والتي وجدناها ترتكز على جنسية الأطراف، و يعد هذا الضابط من الضوابط الشخصية التي تعتمد على المركز القانوني للمدعي عليه بغض النظر عن نوع الدعوى وسواء كان القانون المصري المختص أم لم يكن بحيث لا يوجد تلازم بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي .

غير إن كمال هذا المعيار حسب رأينا صعب تعليق في مجال دراستنا،بالنظر لسبق القول بأنه ليس هناك ما يمكن من تحديد جنسية الأطراف عبر الشبكة الإلكترونية من جهة، من جهة ثانية اتفاقية فيينا الحاكمة لعقدنا لا نغير أهمية الجنسية الأطراف

عموما ما يمكن للأطراف أن يتفقوا على تعيين المحكمة المختصة بنظر نزاعهم الإلكتروني وبذلك بالإتفاق مسبقا سواء ببند يدرج في العقد أو باتفاق لاحق، وسواء قبل نشوء النزاع أو بعده، وسواء كانت الجهة جهة قضاء تابعة للدولة أو جهة تحكمية حرة، غير أن مثل هذه المعايير التقليدية تواجه بعض الصعوبات في مجال العقود الإلكترونية المبرمة عبر الأنترنت وهي الصعوبات التي سنتناولها في النقطة الموالية :

هناك في الواقع العديد من العقبات التي تواجه إعمال ضوابط الاختصاص القضائي الدولي التقليدي في مجال منازعات التجارة الإلكترونية، والتي يمكن لنا إجمالها في نقطتين أولهما صعوبة إعمال الضوابط المكانية كون الأنترنت لا تعرف بمثل هذه الضوابط والثاني الصعوبات المتعلقة بإنحصار سلطة القضاء المطروح عليهم النزاع في إطار أقاليم دولهم.

صعوبات إعمال الضوابط المكانية .

في مقدمة العقبات التي تواجهه إعمال قواعد الاختصاص القضائي الدولي التقليدي على نزاعات عقود البيع الدولية الإلكترونية، هي أنها قواعد تعتمد في مجملها على ضوابط مكانية أو جغرافية، في حين أن مثل هذه الضوابط لا تعترف بها التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الأنترنت، والتي تعتمد فقط على معطيات رقمية معنوية غير ملموسة، وتتجاهل كل المسائل المادية المرتكزة على عناصر الجغرافية أو مكانية، بل لا تعترف حتى بمسألة الحدود التي تقسم المجتمع الدولي إلى وحدات إقليمية لكل منها سيادتها، وقد سبق وأن فصلنا هذه الصعوبات عند تناولنا المسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي الإلكتروني، كما تناولها في فصل تنفيذ الإلتزامات أين وجدنا بأنه بدأت في الظهور مفاهيم جديدة للمكان والمؤسسة والمقر تعتمد في غالبيتها على الصفة الإفتراضية الإلكترونية التي لا يمكن حصرها في إيطار مكاني معين.

1- إنحصار سلطة القاضي في حدود إقليم دولته:

حتى وإن نجح الخصوم في رحلة البحث الشاقة لإيجاد محكمة تنظر في نزاعاتهم فأنه يصعب عليهم تنفيذ الحكم خارج الدولة التي صدر فيها هذا الحكم، وذلك في ظل إختلاف

النظم القانونية حول الشروط المطلوبة لتنفيذ الأحكام الأجنبية على أقليميها، والاختلاف الكبير في إجراءات تنفيذ الحكم وطرقه، خاصة إن كامن الدولة المعروض على محاكمها النزاع المطلوب التنفيذ على أراضيها لا تعترف بالتعاقد الإلكتروني وبالمحررات والكتابة والتوقيع الإلكترونيين وهو أمر كفيل وحده بإضعاف النظرية التقليدية الخاصة بتحديد الإختصاص القضائي الدولي في مجال العقود الدولية الإلكترونية بصفة عامة. إثبات في ظل المسؤولية العقدية.

ثانيا: شروط الإستمرارية والدوام: وهو شرط يستدعي أن تستمر إمكانية قراءة المحرر مدة من الزمن حتى يتسنى الرجوع إليه كلما تعين ذلك أيا كانت الدعامة المحفوظة عليها الكتابة، وهو ما أشارت إليه المادة (1/10/أ) من قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية بصدد ذكرها للشروط الواجب توافرها في المستند الإلكتروني :" الإطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح استخدام في الرجوع إليها لاحقا" كما نصت المادة السادسة من ذات القانون صراحة على هذا الشرط بأنه " عندما يشترط القانون أن تكون المعلومة مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات إذا ليسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا".

وهما النصين اللذين تأثرت بهما العديد من القوانين الحديثة في مجا الإثبات القانوني مثل القانون التونسي والأردني، والقانون المدني الفرنسي المعدل في نص مادته (1/1316) الذي إشترط أن تكون الكتابة الإلكترونية كالكتابة الورقية بشروط إمكانية تحديد الشخص الذي أصدرها أو أن يكون تدوين الكتابة وحفظها قد تم في ظروف ذات طبيعة تضمن تكاملها، وهو نفس اتجاه المشرع الجزائري أيضا في تعديله الأخير للتقنين المدني في المادة 2/32 مكرر 1 بالنص " وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها" ويفهم من الإعداد والحفظ أن يكون ذلك بشكل دائم ومستمر"

ثالثا: شرط الثبات أو عدم القابلية للتعديل: ويقصد به حفظ المحرر الكتابي دون أدنى تعديل أو تعبير من حذف أو محو أو حشو ليتسنى بعد ذلك الإعتداء بالمحرر

المكتوب إن قدره المحرر في الإثبات تقرر بمدى سلامته من أي عيب قد يؤثر في شكله الخارجي، وهو المعنى الذي أخذت به المادة (1/10/ب) من القانون اليونسترال النموذجي بنصها على :" الإحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشأت أو أرسلت أو استسلمت" وهو شرط نجد غالبية التشريعات قد اشترطته بحيث أوجبت حفظ المحرر من أي تعديل أو عمل قد ينقص من قيمته القانونية كدليل إثبات أو يشكل في صحته وهو ما نص عليه أيضا المشرع الجزائري في الفترة الأخيرة من المادة 323 مكرر 1 بالنص " في ظروف تضمن سلامتها، وبخصوص المحررات الإلكترونية، فإن تعديلها يمكن ألا يترك أي اثر وهو ما يرى فيه البعض ميزة وفرتها هذه المحررات للمتعاقدين الذين لهم إجراء أي تعديل على اتفاقهم دون إلحاق أي ضرر بالمحرر المكتوب.

المبحث الثاني : المسؤولية في عقد البيع الإلكتروني الدولي.

إن مجال المعلوماتية والشبكات يتعين الأخذ في الإعتبار بأن الشخص الأول والذي يمكن أن يلحق به ضرر من وراء هذا التطور المعلوماتي هو مستغل الشبكة ومستخدم البرامج، وبناء على ذلك فهناك علاقة عقدية تنشأ بين هؤولاء الأشخاص وبين مصنعي ومقدمي خدمات المعلومات والشبكات بمجرد عملية الشراء أ الترخيص بالإنتفاع بالبرامج، ولا يخفى على أحد أن عدم تنفيذ البائع أو المورد للبرامج أو الخدمة المعلوماتية لأي من التزاماته إنما على عاتقه التزاما يجد مصدره في العقد المبرم والمسؤولية العقدية الناشئة على هذا الإخلال، ولهذا سنتطرق في بحثنا أي لأركان المسؤولية ومدى إثباتها.

المطلب الأول : أركان المسؤولية.

أولا : الخطأ العقدي: لكي يمكن تحديد الخطأ في جانب الشخص المحتمل أن يكون مسؤولا، فإن ذلك مرتبط أولا بالرجوع إلى الإلتزام الملقى على عاتقه بحسب ما إذا كان إلتزاما يبذل عيابه أو التزاما بتحقيق نتيجة، وبناءا على ذلك عندما يكون التزام الحديث التزاما بتحقيق نتيجة ولم تتحقق النتيجة المرجوة فإن ذلك نفاده هو وجود الخطأ المفترض في جانبه فضلا عن توافر علاقة السببية بين عدم تنفيذ للإلتزامه أو تأخيره في تنفيذه وبين ما أصاب المتعاقد الأخر من ضرر ولا يكون أمامه من سبيل لدفع مسؤوليته سوى بإثباث السبب الأجنبي الذي يقطع العلاقة السببية.وبالمقابل لما سبق، عندما نكون بصدد التزام يبذل عناية فإنه يتعين على الدائن إثبات أن المدين قد توافر في حقه الخطأ العقدي بمعنى الأخر عليه أنن يثبت أن المدين لم يبذل في تنفيذه لالتزامه العناية التي يبذلها في مباشرة عمله الخاص.

وتبدو التفرقة بين ما إذا كان الإلتزام هو التزام بتحقيق نتيجة أو التزام يبذل عناية في مجال الإثبات وسهولته، في حلة الأولى بالمقابل لصعوبة إثباته في الحالة الثانية التي يتعين على الدائن فيها إثبات أن الوسائل التي كانت متاحة لتنفيذ التزامه لم تكن كافية أو كانت معينة لا تحقق الغرض المقصود منها.

ولا يجب أن نغفل أيا ما كان تكييف التزام، الدور الذي تلعبه إدارة المتعاقدين في تحديد طبيعة الإلتزام المتقابل فيمكن الاتفاق على تشديد الإلتزام ليصبح التزام بتحقيق نتيجة بدل من الإلتزام ببذل عناية والعكس صحيح، كل ذلك مع الأخذ في الإعتبار بما تفرضه التشريعات والأحكام القضائية الحديثة من ضرورة مراعاة طبيعة كل طرف بحسب ما إن كان محترفا في مجال تخصصه أو مجرد مستهلك عادي وذلك تماشيا مع مبدأ حماية المستهلك عندما يكون شخص عادي ويدخل في علاقة عقدية غير متكافئة من الناحية العملية مع شخص محترف ولديه من الإمكانيات والخبرات مال يتوافر الطرف الأخر.ويؤكد من التوجه

السابق وجود العديد من الأحكام القضائية التي إعتبرت الاتفاق على تعديل التزام الأشخاص المحترفين من التزام بتحقيق نتيجة إلى مجريات التزام ببذل عناية بمثابة شرط تعسفي وإعتباره هو والعدم سواء وكأنه لم يندرج في العقد ولا يعد ذلك إخلالا بمبدأ سلطات الإدارة وما يترتب عليه من قدرة وتحديد طبيعة الإالتزامات التعاقدية وأثارها وكل ما في الأمر هو أن القضاء وبعض التشريعات قد آخذوا في اعتبارهم عدم تكافؤ العقلي في المراكز التعاقدية والتي كانت الدافع وراء إقرار تلك الأحكام.

ثانيا : الضرر: إعمالا للقواعد العامة في مجال المسؤولية المدنية، على إختلاف أنواعها فلا يكون هناك أي مجال للرجوع على المسؤول إلا إذا ترتب على فعله ضرر أصاب الغير، ويكون المسؤول في هذه الحالة ملزما بتعويض المضرور عما أصابه من أضرار مادية وموضوعية ومعنوية، وفي مجال الحاسب الآلي فأن البعض يرى أن وجوب عيوب في البرامج المتعاقد عليا يلحق بالمتعاقد أضرارا مادية وأضرارا معنوية تستوجب التعويض، تتمثل الأضرار المادية في خسارة الشركة للعديد من عملائها والعقود المبرمة معهم وتمثل الإساءة إلى سمعة الشركة المعنية الإصرار المعنوية.

والسؤال الذي يطرح نفسه يتعلق بمدى توافر العناصر المستقر عليها في الضرر حتى يمكن أن يعوض عنه وما إذا كانت تختلف في ضوء القواعد العامة أمام خصوصية مجال المعلوماتية والشبكات وبرامج الحاسب الآلي.

بالنسبة للعناصر الموضوعية التي يجب توافرها في الضرر حتى يمكن التعويض عنه فيجب أن يكون ذلك الضرر مستبشرا أي نتيجة مباشر للخطأ العقدي الذي تم إرتكابه من جانب المسؤول، فضلا عن كونه محققا أي وقع بالفعل تماشيت مع القواعد المسافرة عليها بشأن عدم قابلية الأضرار المحتملة للتعويض عنها انطلاقا من أنها قد تتحقق أو لا تتحقق في المستقبل.

وما يميز المسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية هو أن الضرر إلي يعوض عنه وفقا لأحكام النوع الأول من المسؤولية هو الضرر المتوقع وقت إبرام العقد أما الأضرار

المتوقعة فلا مجال للتعويض عنها في المسؤولية العقدية إلا إذا أثبت المضرور وجود غش أو خطأ جسيم من جانب المتعاقد معه أما المسؤولية التقصيرية فأن التعويض يشمل كافة الأضرار التي تلحق بالغير سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة.

أما بالنسبة للعناصر الشخصية للضرر فيجب أن يكون الضرر شخصي ومشروع والمقصود يكون الضرر شخصي أن يكون الضرر قد لحق بالشخص نفسه بما يجعل له صفة ومصلحة في رفع دعوى التعويض في مواجهة المسؤول، يضاف لذلك ضرورة أن يكون الضرر مشروع والمقصود بالمشروعية في هذا الصدد هو أن تكون المصلحة التي لحق بها الضرر مصلحة مشروعة حتى تكون جديرة بالحماية القانونية لأن القانون لا يحمي المصالح غير المشروعة التي تتعارض مع النظام العام والآداب العامة.

ثالثا : علاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر: حتى يستطيع القاضي أن يحكم لصالح المضرور بالتعويض فيتعين على ذلك المضرور أن يتبين توافر علاقة السببية بين الخطأ المسؤول التعاقدي وبين ما أصابه من ضرر، فإن لم يستطع أو نجح المتعاقد الأخر في نفي علاقة السببية بين فعله وبين ما أصاب المضرور فلن يكون لدعوى المسؤولية أساس يمكن القاضي من الحكم بالتعويض، ويستطيع المسؤول دفع المطالبة بإثباته أن ما أصاب المضرور كان بسبب أجنبي لا يدله فيه كالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو أن ما أصابه كان بخطأه هو شخصيا أو بسبب وجود خطأ من الغير وكل ذلك متروك في النهاية لقاضي الموضوع ليقدر ما يتراءى له في ضوء واقعات التداعي وما يقدمه كل طرف من مستندات تؤيد وجهة نظره.

والسؤال الذي يطرح نفسه في المجال يتعلق بأي من نظريات السببية يعني القضاء في مجال المعلوماتية وبرامج الحاسب الآلي ذلك في ضوء تعدد النظريات التي طرحت في مجال علاقة السببية.

وفي استعراض لنظريات السببية نلاحظ أن الفقه قد حدد نظريتين أساسيتين :

الأول نظرية تكافؤ الأسباب ونظرية الثانية هي السبب المنتج ونعرض بشكل موجز لكل منهما: نظرية تكافؤ الأسباب équivalence des conditions : وفقا لهذه النظرية يتعين الإعتداء بكل سبب تدخل في إحداث الضرر بحيث لولا تدخله ما حدث الضرر مع الأخذ في الإعتبار بأن تلك الأسباب كلها متكافئة في إحداث الضرر، وترتيبا على ذلك يلتزم كل من شارك بأداء تعويض جزئي كما وقع من أضرار[1] وتفسير تلك النظرية هو أن تعادل الأسباب يرجع إلى أن كل واحد منهم يعتبر سبب في حد ذاته وذلك استنادا إلى أن كل سبب يعطي للسبب الأخر القدرة السببية بحيث بدونه لما وقع الضرر.[2] وتطبيقا لنظرية تعادل الأسباب في مجال المعلوماتية يذهب البعض إلى أن هذه النظرية يترتب عليها تطبيق غير عادل في برامج الحاسب الآلي.

نظرية السبب المنتج: تقوم هذه النظرية على سند من تقول من غير المقبول أن تكون كل العوامل التي أدت إلى وقوع الضرر على قدرة المصاراة، فلا يجب الإعتداء سوى بالسبب المانع أو المنتج والذي يؤدي عادة إلى إحداث ذلك الضرر، وفي مجال المعلوماتية وبرامج الحاسب الآلي يرى البعض أن تعدي المسؤولين لا يثير مشاكل جسمية من الناحية العملية ذلك لأن تحديد نسبة كل منهم يحكمها العقد المبرم بينه وبين من يليه، وفي حالة عدم وجود مثل هذه الشروط المنظمة والمحددة لمسؤولية كل طرف فيمكن تبني قرينة التضامن فيما بينهم مع الأخذ في الإعتبار بحق الخوض في الرجوع على الباقين كل بقدر نصيبه.

[1] أحمد شوقي ، محمد عبد الرحمان ، البحوث القاونية في مصادر التزام الادارية وغير الادارية دراسة فقهية ، منشأة المعارف الاسكندرية، 2002، ص238.

[2] أحمد شوقي، المرجع السابق ص 302.

المطلب الثاني : الإثبات في ظل المسؤلية

الفرع الأول : التوقيع الإلكتروني:

لإتمام إبرام العقد الإلكتروني بين طرفي العلاقة العقدية، وليكون هذا التصرف قيمة قانونية في إتمام التعاقد والآثار لمترتبة عليه ولإثباته كان من الضروري أن يتم التوقيع عليه ممن صدر عنه ليكس هذا العقد درجة عالية من الإلزام لطرفي العلاقة.

ويقصد بالتوقيع الإلكتروني الرمز المصدري أو الرقم السري الذي يتم إدخاله في جهاز الحاسوب عن طريق وسائل الإدخال، ليتم من خلاله إنجاز بعض المعاملات بإتباع إجراءات محددة متفق عليها بين أطراف الإلتزام وضمن الحدود التي تم إتفاق عليها بين طرفي العلاقة القانونية.[1]

وتعددت التعاريف الفقهية للتوقيع الإلكتروني ومنها أنه: توقيع يقوم على مجموعة من الإجراءات والوسائل التي يتاح استخدامها عن طريق الرموز أو الأرقام ليتم إخراجه على شكل رسالة الكترونية تتضمن علامات مميزة الموقع من غيره ومشفرة بإحدى طرق التشفير، ويتم تداول الرسالة الكترونيا من خلال الوسائل الإلكترونية [2]ويتم تعريفه:" بأنه التوقيع الناتج عن إتباع إجراءات محددة تؤدي في النهاية إلى نتيجة معروفة مقدما، فيكون مجموعة من الإجراءات هو البديل للتوقيع التقليدي.

كما عرف أيضا أنه:" مجموعة من الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات وقبول بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع من أجله.

---

[1] د. محمد مرسي زهرة، الحاسوب والقانون، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، الطبعة الأولى الكويت 2001 – ص 109.

[2] حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم ابرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة – 2000، الصفحة 30.

الفرع الثاني : المحرر الإلكتروني:

يمكن تعريف المحرر الإلكتروني بناءا على تحديد معنى الكتابة الإلكترونية بأنه مجموعة من الحروف أو أرقام أو الرموز أو الأصوات أو أية علامات أقرب يمكن أن تثبت على دعامة الإلكترونية، ويمكن قراءتها وتضمن عدم العبث بمحتواها، وحفظ المعلومات الأخرى على نحو يتيح الرجوع إليها عند الحاجة، الأمر الذي يفيد بوجود توفر بعض الشروط في المحرر الإلكتروني حتى يمكن الإعتداء به قانون كوسيلة من وسائل الإثبات وهي شروط في العموم تهدف إلى جعله ممكن القراءة ومدون بطريقة تسمح بثبات واستمرار الكتابة عليه وحفظها من التعديل والتعبير حتى يمكن الرجوع إليه عند الحاجة، وعمل نسخة منه، غير أنه لا يجب أن نخلط بين مفهوم الكتابة التي تعبر عن الفكر والقول، وبين المحرر يعد محل هذا التعبير[1] الذي يعد وسيلة لدمج أو تخزين أو إرسال أو استقبال البيانات والمعلومات سواءا كان وسيلة ضوئية أو رقمية أو لأية وسيلة أخرى تؤدي ذات الغرض.

وبالتالي يمكن تلخيص شروط الإعتدار بالكتابة والمحررات الإلكترونية في الإثبات هو أولا أن يكون المحرر مقروءا ويعني ذلك بأن يكون المسند أو المحرر المتضمن الكتابة المراد جعلها دليلا ناطق بما فيه، أي أن يكون مفهوما واضحا من خلال كتابته بحروف أو رموز أو أرقام أو بيانات مفهومه ليتسنى فهمه واستعابه وإدراك محتواه، وكذلك لأن يمكن نسبة إلى صاحبه، وهو شرط نجده متوفر في الكتابة والمحررات الإلكترونية التي بوجود برامج معلوماتية قادرة على تحويل الرموز الرياضية التي تشكل لغة الحاسب إلى لغة مفهومة للإنسان، فإن شرط القراءة يكون قد تحقق بذلك في المحررات الإلكترونية، وتتساوى بذلك مع المحررات الورقية في الإثبات ونجد هذا الشرط قد تضمنه القانون الجزائري في نص المادة

[1] محمد مرسي – المرجع السابق ص 24.

323 مكرر من التقنين المدني الجزائري الجديد الذي نصت على أنه:" يناج الإثبات بالكتابة من تسلس حروف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم" والمعنى المفهوم نرى القصد منه إمكانية قراءته لأنه لا فهم دون قراءة لأمر مكتوب.

الخاتمـــــــة

الخاتمة

في ختام هذا البحث، ورغم بطئ تطور الظاهرة القانونية في مقابل السرعة المذهلة التي تتطور بها الانترنت والتجارة الإلكترونية يستدعى التدخل التشريعي بصفة مستعجلة، وإن لم يكن ذلك بإحداث ثورة تشريعية جذرية، أن يكون على الأقل عن طريق بعض التطويع والملائمة للقواعد القانونية الموجودة، خاصة في ظل غنى هذه القواعد دون أن يمنعنا لأمن المناداة بضرورة وجود قوانين خاصة في مجلات تتصادم مع بعض خصائص التقنية مثل العالمية واللامادية، وما عدا ذلك فهي مجرد تجارة لا تختلف عن التجارة التقليدية سوء في الوسيلة التي تتم من خلالها وبذلك يتجسد إطارها القانوني بطريقة تدحض فكرة أن التجارة الإلكترونية منطقة فراغ قانوني، وعقد البيع الإلكتروني شأنه عقد البيع التقليدي يبقى العقد قلبه النابض ووسيلته القانونية، ولا ننسى القول إنه مع ظهور الإنترنت وما أو جدته من تجارة إلكترونية إحتلت مكانة بارزة في التبادل التجاري الدولي بعولمتها ورقمتها لاقتصاد وابتكارها العلاقات بارزة في التبادل التجاري الدولي بعولمتها ورقمتها الاقتصاد وابتكارها العلاقات اقتصادية دولية جديدة تجري في سوق عالمية واحدة مترامية الاطراف، يمكن للشخص الاتجار من خلالها دون أن يبرح مكانه سرعة فاقت كل التصورات وبتكلفة لم تكن تخطر على البال إلى وقت قريب من الزمن، الأمر الذي أثار الذهشة والذهول وخلف كثير من التحديدات لرجل القانون والاقتصاد على حد سواء، وأسفر عن الكثير من الجدل والخلاف الفقهي، الذي بعد تناول أهم مراحله إتضح لنا أنه بدأ يجد طريقة الإتفاق والحل القانوني، لكن ذلك لا يمنع من القول أننا بصدد إقتصاد له أسس وخصائص تختلف في الكثير من الأحيان عن أسس وخصائص الإقتصاد التقليدي في ظل تجاهله للكثير من المفاهيم والمرتكزات التقليدية المألوفة في عالم التجارة والأعمال، كمفاهيم الوقت والحدود والمسافات، وفي ظل ما تتميز به من طبيعة لا مادية أبعدت كل الدعائم الورقية المادية جعلت البعض يظن في البداية أننا لسنا أمام إقتصاد وتجارة من نوع جديد وإنما أمام عالم

جديد يوازي عالمنا الحقيقي، ويفلت من كل محاولة لإخضاع القانوني، غير أنه سرعان ما إستقر الأمر بعد العديد من المحاولات الفردية المدعومة بقوانين نموذجية و توجيهات تشريعية، أننا أمام مجرد كشف علمي، وإن شكل حقيقة ثورة مست بمختلف فروع القانون. إلا أن ذلك لايعني إنفلاتها من الإخضاع القانوني.

وفي الأخير لهذه الدراسة المتواضعة إتضح لنا أن جل القواعد الخاصة لعقد البيع الإلكتروني الدولي نجد مصدرها في نظرية العقد وفق القواعد العامة التقليدية غير أن خصوصية هذا العقد ومتمثلة أساس في خاصيتين هما: أولا : تدخل وسائط الحديثة في إبرامه وتنفيذه، وثانيا: الطابع الدولي لهذا العقد مما يجعله يتجاوز حدود الدولة الواحدة وبتالي بروز مشكلة تنازع القوانين التي تحكمه وتنازع الاختصاص القضائي فيما يتعلق بحل المنازعات الناجمة عنه، وتبرز النتائج كالأتي في صعوبة تحديد مفهوم دقيق للعقد البيع الإلكتروني الدولي بسبب إختلاف ثقافات الشعوب، و يجب المحافظة على الإلتزامات الأطراف في العقد ومعرفة البيئة المعتقدة في العقدة وسيما موطن كل من المتعاقدين لتسهيل وحل تنازع الإختصاص القضائي وابرام عقد البيع الإلكتروني يتم بدون تواجد مادي و يتصف عقد الإلكترونية غالبا بالطابع التجاري إستهلاكي و يتسم عقد الإلكتروني غالبا بالطابع الدولي وحيث التوفيق بين النظام العام للعقد والبيئة المنعقدة عليه أساسي وهام و كذلك الأطراف المتعاقدة في عقد البيع الإلكتروني تكون حاضرة من حيث الزمان وقت إبرام العقد وغائبة من حيث المكان، كما يجب المحافظة على الإلتزامات الأطراف في العقد ويجب معرفة البيئة المعتقدة في العقدة وسيما موطن كل من المتعاقدين لتسهيل وحل تنازع الإختصاص القضائي.

ومن التوصيات نذكر ما يلي : إهتمام والتقدير لرجال القانون وكذلك أهل الإختصاص من أستاذة القانون والخبراء في مجال المعلوماتية وكذلك تحضيرهم في مجال البحثي كونهم دعامة الأساسية لتطوير الإقتصاد الإلكتروني، وإعطاء أهمية الكبيرة للوسطاء في العقد وخاصة أنهم يخضعون في أداء مهامهم لإشراف ورقابة الدولة ويمارسون عملهم بمنح

ترخيص لهم من جهة حكومية مختصة بمنح مثل هذه التراخيص مما يجعلهم يملكون سجلات الإلكترونية لتأمين الإلكتروني. – رقمنة الإدارة ودعمها بالوسائل الحديثة تماشيا مع متطلبات العصر – إبرام إتفاقيات ومعاهدات دولية في المجال الرقمي وتبادل الخبرات – تعميم قواعد قانون التجارة الإلكترونية لتشمل كل أنواع العقود وليس تلك خاصة بالمستهلكين فقط – إعطاء أهمية كبيرة للحظ والتسجيل الإلكتروني أمام المتعاملين الإقتصاديين لغرس ثقافة التأمين والضمان للتصرفات القانونية – تشكيل هيئة تعنى بالبحث العلمي مختصة بالتجارة الإلكترورنية.

قائمة المصادروالمراجع

المراجع باللغة العربية :

د. أحمد شوقي – محمد عبد الرحمان– البحوث القانونية في مصادر الإلتزام – دارالمعارف الإسكندرية 2002.

د. مراد محمود يوسف مطلق التعاقد عن طريق وسائل التعاقد الإلكتروني– عين الشمس2007.

د. ابراهيم أحمد ابراهيم الحماية الدولية لبرامج الكومبيوتر وحق المؤلف في الدولة العربية – دار النهضة العربية 1992.

د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل– العقد والإرادة المنفردة – جامعة الكويت الطبيعة الأولى 1995.

د. أحمد عبد الكريم سلامة – نظرية العقد الدولي – دار النهضة العربية – القاهرة مصر 1989.

د.أحمد الهواري– عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص – الأردن 2006.

د. أحمد المهدي الإثبات في التجارة الإلكترونية – دار الكتب المصرية 1981.

د. أعراب بلقاسم – القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين– دار الهومة 2009.

د. عرب يونس البنوك الإلكتروني– مجلة البنوك – عمان الأدردن 2000.

د. محمد حسين منصور– أحكام البيع – مطبعة الإنتصار الإسكندرية مصر 2002.

د. طالب حسن موسى – قانون التجارة الدولية– دار المطبعة– 2012.

د. حمودي محمد نور صالح الدابة – التجارة الإلكترونية دار مطبعة 2009.

د. حسن عبد الباسط جميعي – أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على ثروة شروط العقد – دار النهضة العربية القاهرة مصر 1991.

د. حفيظة السيد حداد : الموجز في القانون الدولي الخاص– الكتاب الأول– المبادء العامة في التنازع القوانين– منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان 2003.

د. محمد مرسى زهرة –الحاسوب والقانون– مؤسسة الكويت للتقدم العلمي– الطبعة الأولى– الكويت 2001.

د. عزت محمد البحري– القازن والرقمنة– دار النهضة 2005.

د. أحمد عبد الكريم سلامة – حماية المستهلك في العقود الدولية الإلكترونية.

د. حسن عبد الباسط جميعي– إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الأنترنت – دار النهضة العربية – القاهرة 2000.

د. محمود يوسف مطلق –التعاقد عن طريق وسائل التعاقد الإلكتروني دراسة مقارنة– عين الشمس2007.

القوانين :

- المادة 05 من تنظيم 2000/12/22– الأروبي.
- المادة 01/5 من التنظيم الأروبي المؤرخ في 2000/12/22 ص15.

الفهرس

الموضوع **الصفحة**

الإهداء

الشكر والتقدير

المقدمة 05

الفصل الأول : القواعد العامة في تكوين عقد بيع الالكتروني الدولي 07

المبحث الأول : ماهية عقد البيع الالكتروني الدولي 08

المطلب الأول : تعريفه على ضوء الطريقة التي ينعقد بها وخصائصه 09

I. التعريف : 09

II. خصائص العقد البيع الإلكتروني الدولي : 14

المطلب الثاني: أركان عقد البيع الإلكتروني الدولي 23

I. التراضي في عقد البيع الإلكتروني الدولي : 23

II. محل العقد الإلكتروني: 33

III. السبب في عقد البيع الإلكتروني 37

المبحث الثاني : أثار المترتبة على المبيع 40

المطلب الأول : التزامات المشتري 41

أولا : تسلم المبيع 41

ثانيا : التزام المشتري بسداد الثمن 41

المطلب الثاني : إلتزمات البائع 43

الفصل الثاني : تنفيذ عقد البيع الإلكتروني الدولي وتسوية المنتزعات المترتبة فيه 47

المبحث الأول : إشكالية تنازع القوانين والإختصاص القضائي. 48

المطلب الأول : القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الإلكتروني الدولي 50

الفرع الأول : القانون المختص بموجب الإسناد الجامد 50

الفرع الثاني : القانون المختص بموجب الإسناد المرن 51

الموضوع **الصفحة**

المطلب الثاني : الإختصاص القضائي الدولي..... 55
أولا: حالة إتفاق الأطراف..... 55
ثانيا: حالة غياب اتفاق الأطراف..... 57
المبحث الثاني : المسؤولية في عقد البيع الإلكتروني الدولي..... 65
المطلب الأول : أركان المسؤولية..... 66
أولا : الخطأ العقدي..... 66
ثانيا : الضرر..... 67
ثالثا : علاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر..... 68
المطلب الثاني : الإثبات في ظل المسؤلية..... 70
الفرع الأول : التوقيع الإلكتروني:..... 70
الفرع الثاني : المحرر الإلكتروني:..... 71
الخاتمة..... 74
قائمة المصادر والمراجع..... 77
الفهرس..... 82
الملخص

مـلخص المذكرة

يعتبر عقد البيع الإلكتروني الدولي موضوعا مهما ومعقدا وخاصة في ظل البيئة الافتراضية وتعقيداتها الأمر الذي يجعل صعوبة في إعطاء الصبغة القانونية لكل الأطراف المتعاقدة وخاصة الوسطاء في العقد.

أن طبيعة العلاقة بين أطراف عقد البيع الإلكتروني الدولي تجعل إطاحة بكل ملامحه وأبعاده التقنية أمر حتميا وذلك بإعتباره شرطا أساسيا للولوج إلى عالم التجارة الإلكترونية الدولية مع مراعاة مستجدات العالم الإفتراضي.

فتعد حماية الأطراف المتعاقدة من أهم صعوبات التي تواجه القضاء الدولي وسيما في مجال التحكيم والاختصاص القضائي.

ورغم الصعوبات والعراقيل فالعقد البيع الإلكتروني الدولي حذى حذو عقد البيع التقليدي الدولي من حيث الصعوبات التي وجهته.

الكلمات المفتاحية :

1) محرر الإلكتروني
2) التوقيع الإلكتروني
3) قانون بموجب الإسناد المرن
4) إجارة البيع
5) قانون بموجب الإسناد الجامد
6) الإيجاب الإلكتروني