المركز الجامعي
العقيد أكلي محند أولحاج
البويرة

مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية

معهد الحقوق

مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون

تخصص: قانون التعاون الدولي

من اعداد الطالبة: **الأستاذ المشرف:**

عتيــق حنـــان **الدكتور: معاشو عمار**

أعضاء لجنة المناقشة

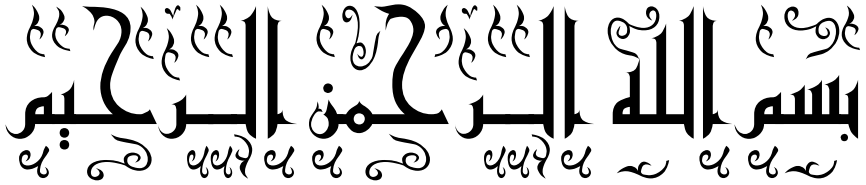
– د/ سرور محمد، أستاذ محاضر قسم أ، المركز الجامعي العقيد أكلي محند وألحاج، البويرة.....رئيسا

– د/ معاشو عمار، أستاذ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ..... مشرفا ومقررا

– د/ إقلولي محمد،أستاذ محاضر قسم أ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....ممتحنا

– د/ حمودي ناصر،أستاذ محاضر قسم ب،ا لمركز الجامعي العقيد أكلي محند وألحاج، البويرة..ممتحنا

تـأريخ المناقشة: 2012 /01/19


بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

أهدي ثمرة جهدي

إلى من تنحني هامتي له خجلا أبي

إلى من حملتني وهنا على وهن أمي

إلى من أشد بهم أزر أخواتي وأخي

إلى من منحني الثقة الكاملة في مواصلة طريق البحث زوجي

إلى كل الأساتذة في معهد الحقوق

إلى زملائي في مهنة المحاماة

إلى جميع الأصدقاء والأحباب

حنان

كلمة شكر وعرفان

أتقدم بالشكر الجزيل إلى الذي قومني، شجعني ووقف وراء هذا العمل المتواضع
بمجهوداته ونصائحه القيمة التي أنارت طريقي وقومت مساري
إلى رمز العلم، العمل والالتزام
المشرف

الأستاذ الدكتور "معاشو عمار"

يسرني أن أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى أستاذي الذي نبغ منه روح
حبي للقانون ومساعداته القيمة في إتمام هذه المذكرة إلى الاستاذ

الدكتور " حمودي ناصر "

كما أتقدم بجزيل الشكر، والتقدير، والإمتنان للأستاذ الفاضل، الذي قدم
لي الدعم والمساعدة على الدوام ، إلى الأستاذ

" بلعزوز رابح "

قائمة أهم المختصرات :

أولا :باللغة العربية:

ص : صفحة.

ص ص : من الصفحة إلى الصفحة.

ق.إ.م.إ : قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ج ر: جريدة رسمية.

ثانيا: باللغة الأجنبية:

ODR : On ligne Dispute Résolution

B to C : Business to Consumer

B to B : Business to Business

NCPC : Le Nouvous Code de Procédure Civil

ORD : Organe de Règlement des Différends

CNUDCI : Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial international.

UNIDROIT : Institut international pour l'unification du droit privé.

OMPI : Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle) □

مقدمة:

من الثابت قانونا أن إرادة الإنسان حرة بطبيعتها، فلا يمكن أن يلتزم إلاّ بما ارتضى به، فالإرادة هي أساس التصرف القانوني، من حيث نشأته وتحديد آثار، وهذا ما يعبر عنه الفقه بمبدأ سلطان الإرادة (L'autonomie de la volonté) ، الذي يشتمل على فكرتين، الأولى: أن كل الالتزامات ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة للأطراف، والثانية: أن أثر الإرادة لا يقتصر على إنشاء الإلتزام، بل تعتبر المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الإلتزامات من آثار.

وبذلك يعتبر مبدأ سلطان الإرادة نتاج الفلسفة السياسية الفردية التي سادت في القرن الثامن عشر، ونتيجة طبيعية وملازمة للنزعة الفردية، التي تقدس إرادة الفرد وتقرر السيادة الكاملة لها، وقد أصبح مبدأ سلطان الإرادة وما ينتج عنه من حرية التعاقد مبدأ ثابتا في غالبية النظم القانونية -سيما منها ذات النزعة الفردية- والمعترف به في جل قواعد التجارة الدولية، كما أنه يعد مبدأ معترفا به من الأمم المتمدينة وفقا لما تنص المادة 38/3 من لائحة محكمة العدل الدولية، كما تجسده الاتفاقيات الدولية في إطار قواعد تؤكد فيها قداسة المبدأ، وكرسته الجهات التحكمية الدولية كقاعدة هامة من قواعد التجارة الدولية.

وقد أثر ظهور مبدأ سلطان الإرادة على جانبين من جوانب العقد هما الشكل والموضوع، فمن حيث الشكل، فقد لحق العقد تطورا كبير وذلك عن طريق مبدأ الرضائية الذي يشكل الدعامة التي يستند إليها مبدأ سلطان الإرادة، ومؤداها أن الإرادة كافية بذاتها لإبرام التصرفات القانونية دون ضرورة إلى أن تنصب هذه الإرادة في شكل معين. وفيما يتعلق بموضوع العقد، فإن مبدأ سلطان الإرادة يقتضي بأن الأطراف أحرار في إبرام ما يشاؤون من عقود، وهم أحرار أيضا في تحديد مضمون هذه العقود وفي إختيار الشروط التي تلائمهم، ولهم الحق في تحديد الالتزامات والحقوق المترتبة على عقدهم.

ولقد استقر في مختلف النظم القانونية الداخلية، أنه لا يمكن إجبار أحد على التعاقد، فله الحق في رفض التعاقد أو في قبوله كلما كان في ذلك مصلحة له، كما يثبت

له الحق في مناقشة الشروط المدرجة فيه سواء عند إبرامه أو أثناء تنفيذه باتفاق مع المتعاقد الآخر.

أما على مستوى العقود الدولية، فقد عرف المبدأ رواجا أكثر بالمقارنة مع العقود الداخلية، إذ إلى جانب الإعتراف للأطراف بحرية إبرام مختلف العقود الذي تخدم مصلحتهم وتنظيمها بداية من مرحلة المفاوضات إلى انعقاد العقد وتنفيذه، فإنه اعترف لهم في إطار العقود الدولية باختيار القانون الذي يحكم العقد، سواء بإخضاعه إلى حكم قانون وطني معين أو بخضوعه لأكثر من قانون، ولهم الحق أيضا في إستبعاد أي قانون وطني، وا إخضاعه لحكم المبادئ العامة أو العادات والأعراف التجارية الدولية، كما يمكن للأطراف المتعاقدة في مجال العقود الدولية الاتفاق على تحديد الجهة القضائية المختصة بنظر ما قد ينشأ عن تنفيذ العقد من منازعات.

هذا المبدأ الذي عرف منذ القدم كان ولا يزال له دور بالغ الأهمية في العقود الداخلية والدولية، إلا أن هذه الأخيرة في تأثر دائم وأبدي بالتطورات المتلاحقة التي تحدث في البيئة المحيطة بها، وتنوع المعاملات التي تبرم بين الأفراد، وتبعا للوسائل المستخدمة فيها، خاصة مع تطور الحياة علميا وتكنولوجيا، وما نلمسه من استعمال طرق غير مألوفة للتعاقد، وبذلك شهد النظام التعاقدي اليوم قفزة نوعية لا مثيل لها في عصر المعلوماتية، التي كانت نتاج تطور تكنولوجيا الاتصالات وتقنيات المعلوماتية، والذي أسفر إلى ظهور شبكة المعلومات العالمية "**الإنترنت**".

أدى استعمال الإنترنت في ميدان النشاطات والأعمال التجارية في بداية التسعينات من القرن الماضي إلى ظهور ما يسمى بـ " التجارة الإلكترونية "، والتي أصبحت أحد دعائم الاقتصاد العالمي الجديد، وأحد الآليات الهامة التي تعتمد عليها عولمة المشروعات التجارية والإنتاجية، ومما لاشك فيه أن النشاط التجاري بمفهومه الإقتصادي المعاصر لم يعد يقتصر على النطاق الجغرافي، بل امتد ليشمل الصفقات التجارية التي تتم من خلال الاتصال المباشر بين المتعاملين عبر مختلف وسائل الاتصال الإلكترونية.

مـقدمة:

فقد أصبحت التجارة الإلكترونية اليوم حقيقة واقعية، وليس بمقدور العاملين في مجال المبادلات الإقتصادية تجاهلها، وفي هذا الصدد أكد البنك الدولي في تقريره لسنة 1998 بأن بعض المنظمات لا تقبل أعضاء جدد دون إثباتهم القدرة في التعامل بطريق التبادل الإلكتروني للبيانات، وحثت الجميع إلى مواكبة هذا التحول، لأن مسألة المشاركة والمساهمة في التجارة الإلكترونية أصبحت مسألة وقت، كما أضاف مجلس الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (الأونكتاد) في أحد دراساته مخاطبا الدول لتوفير البيئة القانونية المناسبة للتجارة الإلكترونية، وا ٍلا فإنها سوف تكون على الهامش من الاقتصاد الرقمي.

ولما كان الكثير من التحولات في الفكر القانوني نتيجة تحولات تقنية أو صناعية، بل فروعا قانونية جديدة لم تظهر إلا إثر تقدم تقني معين، فإن ظهور على ما اصطلح بتسميته التجارة الإلكترونية، وانتشار أدواتها، شغلت فكر رجال القانون ، وحاولت العديد من الدراسات التصدي لما تولدت عنها من آثار خاصة في إطار النظام التعاقدي، هذا ما أدى بالعديد من المنظمات الدولية إلى محاولة اللحاق بالنمو الذي تعرفه التجارة الإلكترونية، ومحاولة وضع إطار قانوني يؤطرها لحماية مصالح المتعاملين في إطارها، فنجد مثلا لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة(الأونيسيترال) قد أصدرت القانون النموذجي بشان التجارة الإلكترونية عام 1996[1]، وقد تبنت العديد من التشريعات الوطنية هذا القانون في محاولة منها لتشجيع وتطوير عمليات إبرام العقود التجارية

[1]- - صدر هذا القانون في 12 جوان 1996 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وتم إقراره بناء على التوصية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 51-662 في 16 ديسمبر 1996، ويتكون من 17 مادة قابلة للزيادة في المستقبل، وقسمت المواد إلى بابين، الأول يعالج موضوع التجارة الإلكترونية بصفة عامة في المواد 01 إلى 10، أما الباب الثاني فيتكون من فصل واحد متعلق بعقود نقل البضائع والمستندات في المادتين 16و17 منه، ويلحق بهذا القانون ملحق داخلي يوجه خطابا للدول الأعضاء بكيفية إدماجه ضمن تشريعاتها الداخلية، كما يتضمن هذا القانون نوعين من القواعد، قواعد آمرة تتعلق بالتطبيق العام للقانون، وأخرى تكميلية لا تطبق على المستخدمين إلا في حالة عدم وجود اتفاق يخالفها، وتكمن مزاياه في توحيد القواعد القانونية المعمول بها في مجال التجارة الإلكترونية، كما يساعد الدول والأشخاص المتعاملين في هذا المجال الأخذ بأحكامه، كما أنه يسري على التجارة الدولية و الإلكترونية على حد سواء، ويلاحظ على هذا القانون أخذه بمفهوم واسع للتجارة الإلكترونية، ولم يهتم بالتفاصيل الفنية المستخدمة فيها، ويعد هذا القانون عملا تشريعيا صادرا عن الجمعية العامة للأمم المتحدة. للاطلاع على القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية وملاحقه المفسرة له، راجع الموقع: www.uncitral.org

والخدماتية من خلال شبكات الإتصال العالمية، التي تقدم فيها المنتجات والخدمات في صيغة افتراضية أو رقمية كما يتم دفع مقابلها إلكترونيا.

تطور النظام التعاقدي أسفر عن ميلاد نوع جديد من العقود، سميت بالعقود الإلكترونية، التي آثارت على الساحة القانونية جدلا فقهيا، ونقاشا قانونيا بخصوص أثر هذه التحولات على نظرية العقد المعروفة في النظم القانونية، والتي لم تكن في الحسبان ولم تخطر على بال أحد، عند تاريخ وضع النصوص القانونية المنظمة للمجال العقدي، وما استتبع ذلك من تشكيك في مدى قدرة القواعد التقليدية أن تظل حاضرة وقادرة على مسايرة واقع التجارة الإلكترونية.

وما زاد صعوبات هو اعتبار العقود التي يبرمها الأطراف عبر شبكة الإنترنت عقود دولية، لتوفر المعيارين اللازمين واللذان يتمثلان في اتصال هذه المعاملات بأكثر من دولة من خلال جنسية أو موطن أو مركز أعمال أطرافها، مما يجعلها مستوفية للمعيار القانوني، بالإضافة إلى انتقال القيم والثروات أو الخدمات عبر الحدود، مما يجعلها مستوفية للمعيار الإقتصادي، لاتصالها بمصالح التجارة الدولية.

ورغم الجهود التي بادر بها مختل التشريعات للتصدي للإشكالات المثار من طرف العقد الإلكتروني سواء في تحديد زمان ومكان إبرام العقد والتحقق من أهلية الأطراف المتعاقدة وتحديد المحكمة المختصة...إلخ، واجتهادات القضاة من أجل توفير حماية أكثر للمتعاقدين وعدم الوقوف حبيس النصوص الجامدة، والفقيه بالتعرض الدائم لما يثار من مشكلات ومعالجتها بما يطرحه من حلول، إلا أن ذلك لم يسفر عن حلول فعالة، من جهة، بسبب ارتكاز الحلول المكرسة على هذا النوع من العقود على أسس جغرافية ومكانية، هذه الأخير التي تتلاشى في البيئة التي يبرم فيها العقد الإلكتروني وهي شبكة الإنترنت، ومن جهة أخرى، عدم وجود تشريعات موحدة وملزمة تراعي فيها خاصية العالمية التي تتمتع بها العقود الإلكترونية بسب البيئية المبرمة فيها.

وأمام هذا القصور أكد الفقه والقضاء أنه في غياب الترسانة القانونية التي تراعي وخصائص التجارة الإلكترونية، فلا حل سوى ترك الحرية للمتعاملين عبر شبكة الإنترنت

من أجل تنظيم هذا النوع من العقود، وبصيغة أخرى تكريس وتفعيل لمبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية، كونها هي الوحيدة القادرة على مواجهة الافتراضية التي تلازم إبرام وتنفيذ هذه العقود وكذا حل منازعاتها، فضلا عن قدرتها على التغلب على العديد من الصعوبات المتعلقة بإفتراضية الأدوات وافتراضية محل العقد.

فإذا سلمنا عدم وجود تأطير قانوني عالمي خاص بالتجارة الإلكترونية بصفة عامة وبالعقد الإلكتروني بصفة خاصة من جهة، وأقررنا أن حرية الإرادة هي الحل الوحيد لمواجهة إفتراضية العقد الإلكتروني من جهة أخرى، فهل تم تجسيد مبدأ سلطان الإرادة بصفة فعالة في إطار التعاقد الإلكتروني؟ وا ِن تم ذلك فهل كان بصفة مطلقة أو وردت عليه بعض القيود؟

وللتصدي لهذه الإشكالية وبالنظر إلى أن سلطان الإرادة يتجلى أكثر في مرحلتين وهي مرحلة إبرام العقد ومرحلة حل المنازعات التي نشأت عنه، فإن الخطة المنتهجة تنقسم إلى فصلين:

نبتدأ بالبحث عن مدى سلطان الإرادة في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني سواء من بداية مرحلة المفاوضات إلى تجسيد وثيقة العقد، والمجسد في **الفصل الأول**، دون التطرق إلى مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني، كون هذا الأخير يتفرع إلى عدة أنواع يستحيل إلمامها بدراسة واحدة، ثم التطرق إلى مدى حرية الأطراف في حل أي منازعة قد تنشأ من خلال تنفيذ العقد الإلكتروني وذلك من خلال تحديد القانون الواجب التطبيق والجهة المختصة لحل المنازعة، الأمر الذي سنبينه في **الفصل الثاني**.

تتمثل أهمية اختيار هذا الموضوع، في أن مبدأ سلطان الإرادة يعد الفكر القانوني السائد وبمثابة حجز الزاوية في العقود التقليدية، كما أنه يحتل مكانة بارزة في التشريعات المقارنة، باعتباره المبدأ المعتاد الذي حكم العقد من بداية تكوينه إلى تنفيذه أو حل أي نزاع ناشئ عنه، ولما كان كل اختراع أو فتح علمي يفرز واقعا جديدا، ويرتب آثار ما كانت قائمة قبل وجوده وشيوعه، فإن التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت تعتبر واقعا جديدا، طرح مشاكل عديدة، لا سيما أنه لا توجد قواعد قانونية مستقرة في شأنها، ولا توجد

دراسات كافية تلم بها، الأمر الذي دفعنا إلى البحث عن مكانة المبدأ ضمن الوسيلة تحقيق التجارة الإلكترونية وهو العقد الإلكتروني

الفصل الأول

مبدأ سلطان الإرادة في إبرام العقود الإلكترونية

يشهد العالم في الوقت الحاضر نموا متصاعدا في حجم التجارة الإلكترونية التي تتم عبر شبكة اتصالات دولية (الإنترنت)، بحيث أصبحت تشكل نسبة كبيرة من حجم التجارة الدولية والداخلية، وذلك بسبب سرعة إبرام العقود الإلكترونية وتنفيذها، حيث يمكن للأشخاص الوصول إلى ما ير غبون فيه من خلال العروض المتسعة الخيار، بالضغط على لوحة مفاتيح الكمبيوتر المتصل بالإنترنت دون الحاجة إلى الانتقال من مكان إلى آخر.

ولما كان التعاقد الإلكتروني قد فرض نفسه كظاهرة عصرية ناتجة عن استخدام التكنولوجية الحديثة والوسائل التقنية الإلكترونية ، أصبح من الضرورة الحتمية اتجاه الأبحاث القانونية إلى محاولة تنظيم هذه الظاهرة العصرية بما يحقق تلاؤم واندماج الوسائل التقنية الإلكترونية في الجوانب القانونية اندماجا متوازنا يحدد كيفية استخدامها في مجال العقود والمعاملات التجارية بما يضمن إحداث أثر قانوني ملزم، وعدم تأثير تلك الوسائل الفنية على التنظيم القانوني الحديث لهذه المعاملات بل على العكس من ذلك، فلابد من الأخذ بعين الإعتبار الطبيعة القانونية الحديثة لهذه المعاملات المستخدمة للوسائل الإلكترونية التي عملت على تقريب المتعاقدين عن بعد والتعاقد بين غائبين، بما يحقق عدم التحريف في الأثر القانوني لهذه المعاملات القانونية.

يعالج موضوع إبرام العقود الإلكترونية كيفية إحداث انسجام وتوافق بين التقنية أو الوسائل الإلكترونية في إبرام العقد وا ٍحداثه لآثاره القانونية، وكيفية تطويع القواعد التقليدية في مجال يحقق الإستفادة من الوسائل التقنية الحديثة في مجال التنظيم القانوني للعقود تطويعا سليما ليس من شأن القضاء المساس بالآثار القانونية للعقد الإلكتروني بحجة عدم توافقها مع المبادئ القانونية.

ولما كان إبرام العقد سواء التقليدي أو الإلكتروني يمر بمرحلتين، أولهما هي مرحلة التفاوض بين الطرفين من أجل الوصول إلى تجسيد مصلحة مشتركة، وثانية هي انعقاد العقد بتبادل الإيجاب والقبول، كان لا بد من التوسع في تبيان الأحكام المطبقة عليها.

تعد المفاوضات أول تجسيد لإرادة الأطراف في إبرام العقد، إذ تعتبر المفاوضات العقدية ذات أهمية قصوى في صياغة العقد كما تسعى إرادة الأطراف، أو بالأحرى بصورة حقيقة لرغبات المتفاوضين التي أبدياها أثناء المفاوضات، مراعيا كل واحد منهما مصلح الطرف الآخر، ونظرا لأهمية هذه المرحلة أقر شراح القانون ضرورة خضوع المفاوضات لمبدأين أساسين هما حسن النية وحرية التعاقد، وذلك من أجل تحفيز الثقة المتبادلة للأطراف وتبادل المعلومات حول العقد بصفة نزيهة وجدية حتى تصل المفاوضات العقدية إلى غايتها المرجوة.

ولما كان اختلاف العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي يكمن في الطريقة التي يبرم بها وهي شبكة الإنترنت، فإن هذه الأخيرة تتمتع بخصوصيات أثرت على النظام التقليدي للتفاوض والذي أصبح يصطلح على تسميته بالتفاوض الإلكتروني، نظرا لاستعماله تقنيات الاتصال الحديثة، وقد تعددت الطرق التي يتم من خلالها كالبريد الإلكتروني وغرفة المحادثة، وا ٍذا كان هذا التطور قد أوسع من نطاق إرادة الأطراف، وأقر لها حرية اختيار الوسيلة التي يمكن التفاوض بها، إلا أنه يبقى من الضروري التأكد من مدى خضوعه للمبادئ العامة، الأمر الذي سنبينه في **المبحث الأول**.

ثاني مرحلة تجسد إبرام العقد هي انعقاد العقد عن طريق تبادل الإيجاب والقبول بين الطرفين، وا ٍن كانت هذه المرحلة تتميز بالبساطة في إطار العقود التقليدية، فإنها في إطار التعاقد الإلكتروني عرفت بعض الصعوبات، تعود من جهة إلى الوسط الذي تتم فيه عملية التقاء الإيجاب بالقبول، ومن جهة أخرى إلى إضفاء صفة التعاقد عن بعد على العقود الإلكترونية، ولعل من أكثر الإشكالات التي واجهت أيضا التعاقد الإلكتروني هو تحديد مجلس العقد الإلكتروني، خاصة وأن هذا الأخير يلعب دورا فعال في تحديد الآثار القانونية مثل تحديد أهلية الأطراف وبداية سريان الالتزامات على طرفيه، وهذا ما سنتطرق إليه في **المبحث الثاني**.

المبحث الأول

التفاوض الالكتروني كتجسيد لمبدأ سلطان الإرادة

للمفاوضات دور كبير في صياغة العقد الذي يسعى إليه إرادة المتفاوضين، بحيث يصبح العقد بصورته النهائية تجليا حقيقيا لرغبات المتفاوضين التي أبدياها أثناء المفاوضات، مراعيا كل واحد منهما مصالح الطرف الآخر.

ويعد التفاوض عملية معقدة بما يتخللها من محاورة ومساومة ومراوغة، يتبادلها المتفاوضين في استعراض مهارتهما التفاوضية في هذا الشأن، من أجل الوصول لتحسس مصلحتهم وتكوين فكرة عن التعاقد، وصولا لتحقيق الغاية المقصودة، بما يحقق أقصى منفعة من الصفقة محل المفاوضة نظير أدنى مقابل.

كما تلعب المفاوضات دورا هاما في فروع القانون ، وعلى وجه الخصوص في مجال التجارة الدولية عموما والتجارة الالكترونية خصوصا، والتي تقوم قواعدها هذه الأخيرة أساسا على التبني الشبه الكامل لفكرة الحرية التعاقدية التي تقضي أن كل أمر قابل للتفاوض بشأنه.

وا ن كان للتفاوض أهمية كبرى في إطار التجارة التقليدية، فإن أهميته تعاظمت بخصوص العقود المبرمة عبر الانترنت بين طرفين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي، لذلك ظهرت عدة إشكالات في العقود المبرمة عن بعد، ولعل إرادة الأطراف الحرة لها دور فعال في حل العديد من هذه الإشكالات في مرحلة التفاوض، وذلك إعمالا لمبدأ الحرية التعاقدية، الذي يهيمن على هذه المرحلة، الأمر الذي نتطرق إليه في المطلب الأول.

ولكن لا يجب التسليم المطلق بحرية الأطراف في هذه المرحلة إذ هناك قيود يجب أن تتقيد بها إرادتهم، وهو ما سنبينه في المطلب الثاني.

المطلب الأول

مظاهر سلطان الإدارة في التفاوض الإلكتروني

عادة ما يمر العقد قبل انعقاده بفترة أولية يكون خلالها في طور التكوين تسمى "مرحلة المفاوضات "، و التي تلعب دورا هاما وبارزا في مجال العقود الإلكترونية التي اتخذ

فيها التفاوض بدوره الصفة الإلكترونية استجابة للتطور الهائل في وسائل الإنتاج الصناعي والتكنولوجي والثورة المعلوماتية في مجال استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وا ٍبرامها، وهو ما نتناوله في الفرع الأول.

يهيمن على مرحلة قبل العقدية مبدأ حرية التعاقد، حيث يتمتع كل متفاوض في هذه المرحلة بمطلق الحرية في الدخول في المفاوضات والإستمرار فيها أو قطعها وكذا إختيار الأسلوب المناسب لها، الأمر الذي سنبينه في الفرع الثاني، كما أن خصوصية التفاوض في إطار التعاقد الإلكتروني تكمن في الوسيلة المستعملة لإجرائها، التي يتمتع فيها الأطراف المتفاوضة الحرية المطلقة في اختيار الطريقة التي يتم من خلالها التفاوض الإلكتروني، وهو ما سنتناوله في الفرع الثالث.

الفرع الأول

مفهوم التفاوض الإلكتروني

تعتبر مرحلة التفاوض أهم مراحل تكوين العقد، إذ يتم في هذه المرحلة الإعداد والتحضير للعقد بما يتضمنه ذلك البحث على كافة جوانبه القانونية والفنية والمالية، لذا سوف نتطرق لماهية المفاوضات الإلكترونية، ونبين أهميتها في مجال العقود المبرمة عبر الإنترنت في النقطتين التاليتين:

أولا: تعريف التفاوض الإلكتروني

أصبحت عملية التفاوض تقوم على علم، له قواعده وأصوله الخاصة، فلم تعد مجرد عملية مساومة في الأسواق، تحكمها و تتغلب عليها الاجتهادات الشخصية لأطراف التفاوض، لذا تعددت التعاريف الخاصة به، وسنتطرق في هذه النقطة إلى تعريفه لغتا، اصطلاحا، لننتقل إلى مفهومه في العقود الدولية عموما، لنصل في الأخير إلى تعريف التفاوض الإلكتروني.

1- التفاوض لغة

تتضمن كلمة مفاوضات باللّغة العربية جانبي الأخذ والعطاء، أما باللّغة الفرنسية، فإن كلمة "Négociation" أصلها لاتيني هو:"Negotiation" والتي تحمل معنيين، المعنى

الأول هو "التجارة"، أي عملية البيع و الشراء لقيمة منقولة، أو عملية تداول الأوراق التجارية[1]. والمعنى الثاني "التفاوض" أي العملية التي تتضمن سلسلة من المحادثات و تبادل وجهات النظر و بذل العديد من المساعي، بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن صفقة معينة[2].

وقد رصدت للتفاوض عدّة تعاريف لغوية من المعاجم اللّغوية والموسوعات التي لا يسعنا تناولها كلها، أهمها:

« ***التفاوض هو الحوار و المناقشة بين طرفين، حول موضوع محدد للوصول إلى اتفاق*** »، أو هو « ***مرحلة من مراحل الحوار قبل الوصول إلى اتفاق*** »[3]،

كما عرفه البعض[4] بأنه: « ***محادثات بين طرفين أو أكثر حول موضوع معين أو مشكلة قائمة بقصد الوصول إلى اتفاق***»، أو هو:« ***تبادل الآراء وعرض لوجهات النظر سعيا لحل مشكلة*** ».

2- التفاوض اصطلاحا

يشير التفاوض اصطلاحا وبمعناه الواسع، إلى أي اتصال، تشاور أو حوار بين طرفين أو أكثر بغرض الوصول إلى اتفاق نهائي بينهم[5]، إذ هو حوار أو مناقشة، محادثات وتفاعل، أو مقترحات سواء للوصول إلى اتفاق معين، حول مشروع مشترك أو نزاع قائم، أو يخشى قيامه، ومن هذه التعاريف، نورد مايلي: « ***التفاوض هو التحاور والمناقشة، للوصول إلى اتفاق مشترك بين طرفين للحصول على حق متفق عليه،***

---

[1] - **د/ نادر أحمد أبو شيخة**، أصول التفاوض، دار مجدلاوي للنشر و التوزيع، الأردن، 2000، ص 13.

[2] - **حمودي ناصر**، التفاوض في العقود الاقتصادية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2002، ص 68.

[3] - **نبيل اسماعيل الشبلاق**، مسؤولية الأطراف المتفاوضة في فترة ما قبل العقد، بحث مقدم لنيل درجة دبلوم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، 2004، ص 11.

[4] - **د/ أحمد عبد الكريم سلامة**، قانون العقد الدولي- مفاوضات العقود الدولية- قانون الإرادة وأزمته، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص 82.

[5] - **د/ هاني صلاح سري الدين**، المفاوضات في العقود التجارية الدولية- دراسة مقارنة في القانونين المصري والإنجليزي، دار النهضة العربية، مصر، 1998، ص 10.

للحفاظ على مصالح الأطراف المتفاوضة، و حل ما بينها من مشاكل أو تقريب وجهات نظرها بأسلوب حضري »[6].

عر ّف التفاوض كذلك على أنه : « ***أسلوب للاتصال العقلي بين طرفين يستخدمان ما لديهما من مهارات الاتصال اللفظي لتبادل الحوار الاقناعي، ليصلا إلى تحقيق مكاسب مشتركة***»[7] هر ّف أيضا بأنه: « **عملية التفاهم والاتصال والأخذ والعطاء بهدف الوصول إلى اتفاق مع الآخرين، الذين يجمعنا بهم بعض المصالح والارتباطات، بينما تتعارض بعض مصالحنا الأخر ى معهم**»[8].

يستنبط من التعاريف السابقة أنها قد ركزت على الهدف المنشود من التفاوض وكذا طريقة وأساليب القيام به على أكمل وجه.

3-التفاوض في مجال العقود الدولية

مثلما اختلف الفقه حول تحديد مفهوم عام للتفاوض، فإنهم اختلفوا أيضا حول إعطاء تعريف قانوني للتفاوض حول العقود، فنجد البعض[9] عرفّه بأنه:

« ***حدوث اتصال مباشر و غير مباشر بين شخصين أو أكثر بمقتضى اتفاق بينهم يتم خلاله تبادل العروض والمقترحات وبذل المساعي المشتركة بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن عقد معين تمهيدا لإبرامه في المستقبل***».

أما البعض الآخر فيعرف مرحلة التفاوض بأنها:« ***المرحلة التي تسبق إبرام العقد، والتي تهدف أساسا لهذا الإبرام، وذلك بتجميع الأطراف المعنية للقيام بالمشاورات***

---

[6]- **حمودي ناصر**، التفاوض في العقود الاقتصادية الدولية، المرجع السابق، ص 69.

- كماعرّفه البعض بأنه:« ***حوار أو تبادل مقترحات بين طرفين أو أكثر، بهدف التوصل إلى اتفاق يؤدي إلى حسم قضية أو قضايا نزاعية بينهم، و في الوقت نفسه تحقيق المصالح المشتركة فيما بينهم أو المحافظة عليها***» أنظر في هذا التعريف: - **د/ نادر أبو شيخة**، المرجع السابق، ص 14.

[7]- **د/ أحمد عبد الكريم سلامة**، قانون العقد الدولي-مفاوضات العقود الدولية، قانون الإرادة...،المرجع السابق، ص 61.

[8]- **د/ عاطف جابر طه عبد الرحيم**، إدارة التفاوض- مدخل صناعة الصفقات العالمية في عالم يموج بالتنافسية، الدار الجامعية، مصر، 2008، ص 18.

[9]- **د/ خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني- دراسة مقارنة، ، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص 268.

والمحادثات وتبادل الإقتراحات ووجهات النظر حول نقاط العقد المزمع إبرامه من أجل بلورة النقاط الجوهرية منها »[10].

4-التفاوض الإلكتروني

يتم التفاوض الإلكتروني بين طرفين لا يجمعهما مكان واحد، حيث في الغالب ما تصدر المبادرة أو الدعوة للتفاوض من شخص أو شركة تقيم خارج حدود الدولة التي يقيم على إقليمها الطرف الآخر، لذا نجد البعض[11] قد عرفه بأنه:

« ***تبادل بدون حضور مادي متعاصر لأطراف التفاوض، باستخدام وسيلة سمعية بصرية للاتصال عن بعد، للاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية، بل والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف للتعرف على ما يسفر عليه الاتفاق من حقوق و التزامات***».

كما عرفه جانب آخر من الفقه[12] بأنه: « ***التحاور والمناقشة و تبادل الأفكار والآراء و المساومة بالتفاعل بين الأطراف من خلال الاتصال المباشر أو تبادل البيانات***

---

[10]- **حمودي ناصر**، التفاوض في العقود الاقتصادية الدولية، المرجع السابق، ص 86.=

=- يعرف الدكتور رجب كريم عبد الله التفاوض على العقد بأنه: « ***حدوث اتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر، بمقتضى اتفاق بينهم يتم خلاله تبادل العروض و المقترحات و بذل المساعي المشتركة، بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن عقد معين تمهيدا لإبرامه في المستقبل*** ». *أنظر في هذا:* **د/ رجب كريم عبد اللاه**، التفاوض على العقد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 64.

كما عرّف الدكتور محمد حسين عبد العال المفاوضات العقدية بأنها:« ***كل ما يصدر عن أحد الطرفين متصلا بعلم الطرف الآخر و يكون متعلقا بتكوين تصور مشترك لعقد يسعيان إلى إبرامه*** ». أنظر في هذا: **د/ محمد حسين عبد العال**، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، مصر، 1998، ص 10.

[11]- **د/جمال عبد الرحمن محمد علي**، المسؤولية المدنية للمتفاوض: نحو تطبيق القواعد العامة على مسؤولية المتفاوض عبر الأنترنت- دراسة مقارنة بين القانونين المصري و الفرنسي، دون دار نشر، مصر، 2004، ص 09-10. *أنظر كذلك:* - **د/عصام عبد الفتاح مطر**، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية و الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص 138.

[12]- **د/ خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني- دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 268.=

***إلكترونيا عبر البريد الإلكتروني، و ذلك من أجل الوصول إلى اتفاق معين حول مصلحة أو مشكلة ما*».**

إستنادا إلى التعاريف السابقة يمكن القول بأن التفاوض الإلكتروني هو *المرحلة التمهيدية التي تتم فيها دراسة و مناقشة شروط العقد بين الأطراف المتفاوضة من خلال الوسائط الإلكترونية التي أفرزتها شبكة الإنترنت، ليكون كل منهما على بينة من أفضل الطرق القانونية التي تحقق مصلحته و كذا التعرف على الحقوق والالتزامات كل طرف*، وبالرغم من أهمية التفاوض وما له من دور مهم و فعال في إعداد العقد، إلا أن بعض التقنيات المدنية ومنها الجزائري، المصري والفرنسي قد خلت من أي نص ينظم المرحلة السابقة للتعاقد، مما يجعل هذه المهمة من مهام الدراسات الفقهية واجتهاد القضاء الذي يستند إلى بعض النصوص غير المباشرة، التي تشير إلى مرحلة المفاوضات.

فنجد المادة 65 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه:

« ***إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد و احتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما و إذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة و لأحكام القانون والعرف والعدالة***»[(13)]، وهو نفس النص الذي أورده المشرع المصري في المادة 95 من القانون المدني المصري[(14)].

=- ويقترح الدكتور حمودي ناصر تعريفا للتفاوض الإلكتروني يعتبر فيه هذا الأخير بأنه: « ***عملية تجري بين طرفين متعاقدين أو أكثر لأجل السعي لإبرام عقدهما الدولي الإلكتروني عبر الوسائط الإلكترونية التي أفرزتها الإنترنت***» *أنظر في هذا:* **د/ حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، التخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص 122.

[13]- الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 05/07، المؤرخ في 13 مايو 2007، جريدة رسمية عدد 31 الصادرة بتاريخ 2007/05/13.

[14]- *مشار إليه لدى:* **بشار طلال أحمد المومني**، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت- دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2003، ص 55.

أما القانون المدني الأردني فقد أشار إلى مرحلة التفاوض في الفقرة الثانية من المادة 94 والتي اعتبرت أن النشر، الإعلان، بيان الأسعار والعروض الموجهة للجمهور والأفراد تعتبر عند الشك دعوة للتفاوض، كما تنص الفقرة الأولى من المادة 100 من ذات القانون على أن:

« ***يطابق القبول الإيجاب إذا اتفق الطرفان على المسائل الجوهرية، التي تفاوض فيها. أما الاتفاق على بعض المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو أثبت هذا الاتفاق بالكتابة*** »[15]، وعليه فإن المشرع الأردني لم يعالج في النص المرحلة السابقة على التعاقد وإنما اكتفى بالإشارة إليها.

بينما نجد بعض التقنيات المدنية الحديثة قد أشارت صراحة لموضوع التفاوض ومنها القانون المدني الإيطالي الذي نص في المادة 1337 على أنه:

« ***يلتزم الأطراف أثناء المفاوضات و إبرام العقد، بالتفاوض بما يتفق و حسن النية***»، بينما تضمن القانون المدني السويسري نصا يقضي بأنه:« ***يلتزم كل شخص باستعمال حقوقه و تنفيذ التزاماته وفقا لقواعد حسن النية***»، *في حين جاءت المادة الأولى من القانون المدني الياباني بأن:* «***استعمال الحقوق و تنفيذ الالتزامات ينبغي أن يتم بأمانة وحسن نية***»[16].

أشارت القوانين المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية صراحة لمرحلة المفاوضات العقدية، مثلما هو الشأن بالنسبة لمشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري حين عرف العقد الإلكتروني بأنه:

« ***كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كلاهما، أو يتم التفاوض بشأنه، أو تبادل وثائقه كليا أو جزئيا عبر وسيط إلكتروني***»، كذلك أشارت المادتين 15 و 16 من

---

[15]- **لما عبد الله صادق سلهب**، مجلس العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008، ص 49.

[16]- *مشار إليه لدى:* **د/ محمد حسين عبد العال**، المرجع السابق، ص 123-124، هامش (3 و 4). وكذلك: **د/ أحمد عبد الكريم سلامة**، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 105.

نفس القانون إلى الإعلانات الإلكترونية، واعتبرتها وثائق تعاقدية مكملة للعقود التي يتم إبرامها للحصول على السلع و الخدمات المعلن عنها، وهذا ما أقره الفصل 25 من القانون الإلكتروني التونسي باشتراطه على البائع في المعاملات التجارية الإلكترونية أن يوفر مجموعة من المعلومات للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد، بخلاف قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، الذي لم ينص صراحة على مرحلة المفاوضات، واكتفى بتعريف العقد الإلكتروني في المادة الثانية منه[17].

كما أجاز القانون الأمريكي للمعاملات التجارة الإلكترونية لسنة 1999، إجراء المفاوضات وا ٍبرام العقود ونشوء الالتزامات بطريقة إلكترونية عندما عرف في المادة 2/2 منه ماهية الأعمال التجارية الإلكترونية بأنها:

« ***تلك الأعمال التجارية التي تدار أو تتم بالكامل أو جزء منها بوسائل إلكترونية أو بالتسجيل الإلكتروني، و هذه الأعمال تهدف إلى إبرام العقود أو الوفاء بالالتزامات الناشئة عن الصفقات التجارية*** »[18]. وهو ما يستفاد منه جواز إتمام المفاوضات بطريقة إلكترونية.

ثانيا: أهمية التفاوض الإلكتروني

إذا كان للتفاوض أهمية كبر ى في إطار العقود الدولية التقليدية[19]، فإن أهميته تعاظمت بخصوص العقود المبرمة عبر الإنترنت، التي أتاحت القيام به بطرق إلكترونية، أين أصبح الغرض منه تذليل الصعوبات المتمثلة في التعقيدات القانونية والفنية التي يتعرض لها طرفي العقد الإلكتروني، حيث تحد من المخاطر الجسيمة التي من الممكن

17- **بشار طلال أحمد المومني**، المرجع السابق، ص 56.

18- نقلا عن: **د/ خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني- دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 268.

19- راجع في أهمية التفاوض بالنسبة للعقود الدولية عموما: **د/ محمد حسين منصور**، العقود الدولية،المرجع السابق، ص 10 و ما بعدها، **د/ رجب كريم عبد اللاه**، المرجع السابق، ص 62، **محمد إقلولي**، النظام القانوني لعقود نقل المعرفة الفنية (Know- How)، بحث لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي و العلاقات الدولية، معهد الحقوق، جامعة تيزي وزو، 1995، ص 113. **د/ نادر أبو شيخة**، المرجع السابق، ص 13. و**د/ عاطف جابرطه عبد الرحيم**، المرجع السابق، ص 17، و**د/ هاني صلاح سري الدين**، المرجع السابق، ص 10، و**د/ محمد حسين عبد العال**، المرجع السابق، ص 10 وما بعدها.

أن تواجه انعقاد العقد باعتباره سيبرم دون حضور مادي للطرفين، وعليه تبرز أهمية التفاوض الإلكتروني على النحو التالي:

1- وضع العقد الإلكتروني في صياغة قانونية سليمة، والتي لن تتحقق إلا بعد مرورها بمفاوضات [20].

2- إن العقود الإلكترونية تعد من العقود المبرمة عن بعد مما يجعلها تثير القلق والغموض وعدم اليقين بالنسبة للجوانب العملية التعاقدية مثل التأكد من هوية الشخص المتعاقد ومن طبيعة المحل، الضمانات التي يتم تقديمها لتحقيق غاية التعاقد، طرق الوفاء بالالتزامات وهذا ما يمكن التأكد منه مبدئيا في مرحلة التفاوض[21].

3- تتسم المفاوضات في العقود الإلكترونية بالسرعة وتوفير الزمن والنفقات من خلال تبادل رسائل البيانات بين طرفي المفاوضات[22].

4- يتم التحديد الدقيق للحقوق والالتزامات خلال مرحلة التفاوض، حيث يعمل طرفي التعاقد على تحديد الالتزمات والمبادئ التي تحكم علاقاتهم التعاقدية بكل دقة ووضوح، فهذه المرحلة إذا تسمح بالتقدير المسبق للإلتزمات التي يتحملها كل طرف، وكذا الحقوق التي يرغبون في الحصول عليها [23].

كما يمكن للأطراف المتفاوضة الاستعانة بذوي الخبرة لتحديد الحقوق والالتزامات، وذلك لما تتضمنه هذه المرحلة من جوانب فنية، قانونية[24].

---

[20]- **أحمد خالد العلجوني**، التعاقد عن طريق الإنترنت- دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص 99، *أنظر قريبا من ذلك*: **د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال**، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة- دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص 97، و**د/ عصام عبد الفتاح مطر**، المرجع السابق، ص 139.

[21]- **د/ محمد حسين منصور**، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 44-45، *أنظر في ذلك أيضا*: **د/ الياس ناصيف**، العقود الدولية- العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 80-81.

[22]- **د/ محمد فواز المطالقة**، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية- دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2006، ص 48، *أنظر في نفس المعنى*: **د/ إلياس ناصيف**، المرجع السابق، ص 71.

[23]- **أحمد خالد العلجوني**، المرجع السابق، ص 99.

[24]- **د/ محمد حسين منصور**، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 45.

5- تلعب المفاوضات دورا مهما في تفسير العقد من خلال استنباط المقاصد الحقيقية للمتعاقدين في حالة غموض بعض شروط العقد[25]، كما أن للمفاوضات دورا مكملا للعقد، باعتبارها ملحقا للعقد، وذلك بهدف الاستفادة منها كالإحالة إليها، مثلا فيما يتعلق بالسعر أو محل البيع أو غيره، أين تعد المفاوضات جزءا لا يتجزأ من العقد وتصبح الأمور المشار إليها في هذه المرحلة ملزمة[26].

6- تعتبر المفاوضات أحد المعايير الذي بموجبه نفرق بين العقود الرضائية وعقود الإذعان على المستوى الدولي، إذ لم يعد من الممكن تبني مفهوم الإذعان المعروف في القانون الداخلي و تطبيقه على العقود الدولية التي تختلف شكلا ومضمونا عن العقود الداخلية[27].

كما يكتسي التفاوض أهمية بالغة في مجال التعاقد الإلكتروني، جعلت من البعض[28] يحث على وجوب أن يكو جزءا من العقد المبرم عبر الإنترنت، وشرطا أساسيا لإبرامه وليس فقط مجرد مرحلة سابقة تخضع لاجتهادات الأطراف و تقلباتهم.

الفرع الثاني

حرية إجراء المفاوضات الإلكترونية

يدعو في العادة صاحب المتجر الافتراضي[29] زبائنه إلى التعاقد معه على الخط ويحاول قدر الإمكان أن يغريهم ويجذبهم إلى منتجاته وخدماته الرقمية منها وغير الرقمية

25- **بشار طلال أحمد المومني**، المرجع السابق، ص 52.

26- **بشار محمود دودين**، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزريع، الأردن، 2006، ص 97.

27- **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 99.

28- **أحمد خالد العلجوني**، المرجع السابق، ص 103، وكذلك:**د/ خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني-دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 270.

29- pour plus d'information sur les centres commercial virtuelle et leur statu juridique voir : VERBIEST Thebault, LE-BROME Maxime, Le fonds de commerce virtuel : une réalité juridique ?; Journal des tribunaux, 121 annèe- N° 6044, 2002, larcie, pp 145-150 .

بشتى الطرق والوسائل[30]. فتارة يبعث برسائل عبر البريد الإلكتروني عارضا فيها أسعارا منافسة وعروضا خاصة، وتارة أخرى يرسل إعلانات عن طريق المجموعات الإخبارية والويب بشكل يلفت انتباه المستخدم، كما يضمن موقعه كتالوجات على الخط يستطيع الزبون من خلالها مشاهدة البضائع وتحديد أوصافها فيدفعه كل ذلك إلى قبول الدعوة[31] ومنذ هذه اللّحظة يعد الطرفان قد دخلا في مرحلة المفاوضات[32]، والتي قد تطول إذا كنا بصدد عقود ذات قيمة مالية هامة وطبيعة معقدة[33]، أما إذا كان موضوع التفاوض عقود قيمتها المالية ضئيلة فإن مرحلة المفاوضات فيها تكون قصيرة[34].

والأصل أن الدعوة التفاوض، وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، لا ترتب التزاما حقيقيا على عاتق أي من الطرفين[35]، ولا تعدو أن تكون مجرد عملا ماديا لا يلزم أحد، فهي لا تلزم صاحبها بالبدء في المفاوضات، ولا تلزم الآخر بقبول التفاوض[36]، كما لا تلزمهما بالاستمرار في المفاوضات إذا بدأت فعلا، فيستطيع أي منهما أن يقطع المفاوضات أو

30- **رامي محمد علوان**، «***التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت و إثبات التعاقد الإلكتروني***»، مجلة الحقوق، العدد الرابع، الكويت، ديسمبر 2002، ص 243.

31- **د/ إلياس ناصيف**، المرجع السابق، ص 76.

32- **خليفاتي عبد الرحمن**، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، رسالة الماجستير في القانون الخاص، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1987، ص 26.

33- **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 121، راجع كذلك: **د/ خالد إبراهيم ممدوح**، إبرام العقد الإلكتروني- دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 270.

34- **د/ محمد حسين عبد العال**، المرجع السابق، ص 36.

35- **د/ عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام (العقد، العمل غير مشروع، الإثراء بلا سبب، القانون) جزء الأول، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1952، ص 207.

36- يذهب **د/ محمد إبراهيم دسوقي** إلى أن:« ***من وجه الدعوة المجردة إلى التفاوض لا يلتزم بأن يبدأ المفاوضات، ولو كان ملتزما بعدم الرجوع عن إيجابه لمدة من الوقت، فالالتزام بالبقاء على الإيجاب شيء منفصل و يقتصر أثره على إمكان القبول من جانب الطرف الآخر. أما الدعوة إلى التفاوض بشأن هذا الإيجاب، فهي دعوة إلى الاشتراك في إعداد صيغة جديدة للإيجاب إذا لم يرتض الطرف الأول الإيجاب في ذاته. هذا و لا يلتزم الطرف الآخر أيضا بقبول الدخول في مفاوضات، باعتبار أنه ليس ملتزما بقبول التعاقد بأي حال***». *راجع ذلك لدى:* **د/ محمد إبراهيم دسوقي**، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وا إبرام العقود، معهد الإدارة العامة للبحوث، الرياض، السعودية، 1995، ص 27.

يعدل عنها دون أن يكون ثمة مسؤولية في جانبه بسبب ذلك، ما لم يقترف العدول بخطأ منه يثير مسؤوليته التقصيرية[37].

أكدت جل القوانين الوطنية على أهمية ودور مبدأ سلطان الإرادة في إبرام العقود، فنجد المادة 106 من القانون المدني الجزائري تنص على أن:

« ***العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون*** »[38]، كما نصت المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي على أن:«**الاتفاقيات التي تعقد على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقديها**»[39].

كما اتجهت الجهود الدولية لبيان وتأكيد حرية المفاوضات، فنجد المادة الأولى من قواعد UNIDROIT تنص على أن:« ***يتمتع أطراف العقد بحرية إبرامه*** »، كما نصت المادة الثانية منها على أن:« ***يكون الأطراف أحرار في التفاوض و لا يكونون مسؤولين إذا لم يصلوا إلى اتفاق*** »[40].

وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، يكون للأفراد حرية في إبرام العقود وتضمينها ما يرغبون فيه من شروط وبنود، فالإرادة هي أساس الالتزام التعاقدي، وهي التي تتحكم في تحديد مضمون العقد و الالتزامات التي تقع على كل طرف من أطرافه. وقد ترتب على هذا المبدأ ثلاثة مبادئ أخرى هامة، تعد من أهم نتائجه وهي[41]:

- مبدأ الحرية التعاقدية.
- مبدأ القوة الملزمة للعقد.
- نسبية أثر العقد.

---

[37]- **د/ هاني صلاح سري الدين**، المرجع السابق، ص 10.

[38]- الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم. وكذلك ما نصت عليه المادة 1/148 من القانون المدني السوري المطابقة للمادة 196 من القانون المدني الكويتي

[39]- **د/ خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني- دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 271.

[40]- تصفح قواعد unidroit على الموقع: www.unidroit.org .

[41]- **حمودي ناصر**، التفاوض في العقود الاقتصادية الدولية، المرجع السابق، ص 31.

وما يهمنا في هذا المقام، هو المبدأ الأول أي مبدأ الحرية التعاقدية، وهو المبدأ الذي يحكم فترة إبرام العقد بمرحلتيها المفاوضات والانعقاد، والذي يقوم على العناصر الأساسية التالية:

1- حرية المتعاقد في إختيار الطرف الآخر: والناتج من تفعيل الإرادة التي لها دور في تمييز ما يحقق مصلحة صاحبها، فالشخص قد يرى أن التعاقد مع شخص محدد يجعل مصلحته تتحقق مما يأتي به إلى التعاقد معه دون غيره[42]، إذ تعد شخصية المتعاقد الآخر عنصرا جوهريا في العملية التعاقدية، ومن ثم يجب التحري على الطرف الآخر سواء من حيث مركزه المالي، المهني والفني الذي يؤهله إلى تنفيذ العقد[43].

2- كما يعتبر عامل الوقت عنصرا أساسيا ومهما في إجراء العملية التفاوضية، فيقوم المتفاوضون على تحديد وقت بدأ المفاوضات، والمدّة التي تستمر فيها جهودهم للتوصل إلى اتفاق، ويرتبط مقدار الوقت الذي تستغرقه العملية التفاوضية مع حجم العقد المتفاوض عليه، وقد يميل المتفاوضان أو أحدهما إلى ضرورة تحديد وقت معين للتفاوض وفقا لما تستوجبه تلك الضرورة[44].

3- وحرية التفاوض كقاعدة عامة لا تقتصر فقط على تحديد متى يتم الدخول في المفاوضات ومع من يجري التفاوض بهدف إبرام العقد النهائي، بل تمتد أيضا إلى تحديد موضوعات التفاوض، وكيفية إجرائها. كما يتم الإعداد لشروط العقد وبنوده بإتفاق الطرفين، فلا يستطيع أحدهما أن يملي شروط العقد وبنوده على الطرف الآخر دون تفاوض. [45].

إن الأصل هو حرية الأطراف في الدخول في المفاوضات بهدف إبرام العقد، ولكل طرف حرية استكمال التفاوض أو التوقف عنها دون الوصول إلى اتفاق نهائي، حيث

---

[42]- **خليفاتي عبد الرحمن**، المرجع السابق، ص 29.

[43]- **د/ محمد حسين منصور**، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 40. *وفي نفس المعنى أنظر كل من*: **خليفاتي عبد الرحمن**، المرجع السابق، ص 29، و**د/ عصام عبد الفتاح مطر**، المرجع السابق، ص 139.

[44]- **بشار محمود دودين**، المرجع السابق، ص 96.

[45]- **د/ خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني- دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 272.

يستقر مبدأ حرية العدول دون مسؤولية عن متابعة المفاوضات[46]، لكن إذ ما اقترن العدول عن هذه المفاوضات بخطأ سبب ضرر للمتفاوض الآخر، فإن ذلك يشكل مسؤولية المتفاوض الذي قطعها[47]، كمن يستحدث هذه المفاوضات دون أن تتوافر لديه النية الجادة في التعاقد، فإذا ما استطاع الطرف الآخر إثبات ذلك في جانب من عدل كان له أن يطالبه بالتعويض إذا ما سبب له ذلك ضررا أصابه، بعد أن اعتقد بجدية المفاوضات، واتخذ من الإجراءات ما يحقق نجاحها[48].

ولقد أقرت محكمة النقض المصرية بأن المفاوضات ليست إلا عملا ماديا ولا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني، و أن كل متفاوض حر في قطع المفاوضة أو العدول عنها في الوقت الذي يريد، دون أن يتعرض لأية مسؤولية إلا إذا اقترن بالعدول خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية، و نشأ عنه ضرر للطرف الآخر[49].

وقد تأكد هذا المبدأ أيضا في بعض أحكام التحكيم التجاري الدولي، من ذلك الحكم الصادر في قضية A.G and AHTR V.The Gouvernement of Qatar حيث أكدت هيئة التحكيم على أن رفض الاقتراحات المقدمة من المدعى وقطع المفاوضات من قبل المدعى عليه لا يعد خطأ مستوجبا المسؤولية ما دام هذا العدول والرفض قد تم بحسن نية وكان مبررا طبقا للمبادئ المعمول بها في العمل التجاري الدولي[50].

يجسد مبدأ سلطان الإرادة في مرحلة المفاوضات من خلال حرية الأطراف في طريقة إجراءها، فالمفاوضات العقدية هي المعبرة عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، لذا يعتبر العقد المتمخض عن المفاوضات الحرة العقد الحر أو عقد المساومة، والذي يتمتع فيه كل من الطرفين بذات القدر من الحرية عند مناقشة بنوده، وتحديد مضمونه، وا ٍذا كان

---

[46]- **د/ محمد حسين منصور**، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 46. *راجع في نفس الموضوع*: **د/ أحمد عبد الكريم سلامة**، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 88.

[47]- **د/ محمد حسين عبد العال**، المرجع السابق، ص 36. و**بشار طلال أحمد المومني**، المرجع السابق، ص 53.

[48]- **خليفاتي عبد الرحمن**، المرجع السابق، ص 27.

[49]- **د/ محمد حسين منصور**، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 46.

[50]- **د/ هاني صلاح سري الدين**، المرجع السابق، ص 10، الهامش رقم 16.

من المتصور أن يكون هناك إجبار قانوني على التعاقد بشأن بعض العقود، فإنه لا يمكن أن يكون هناك إجبار على التفاوض لأنه يقوم أساسا على التعاون وحسن النية، ويبدو ذلك جليا في مجال المعاملات التي تتسم بالطابع الإرادي الحر إعمالا لمبدأ حرية التعاقد.

الفرع الثالث

حرية اختيار طريقة التفاوض الإلكتروني

تتمثل خصوصية التفاوض عبر الإنترنت في وسيلة مباشرة التفاوض، وطريقة إتمامه، حيث يتم التفاوض بين الأطراف المقدمون على التعاقد من خلال رسائل البريد الإلكتروني، وقد يتم أيضا عن طريق غرف المحادثة والمشاهدة، حيث يتم التفاوض بين الأطراف بالصوت والصورة فيستطيع كل منهم دراسة العرض المقدم من الآخر وطلب المعلومات التي يرغب بها، فرغم أن التفاوض يتم بين شخصين غائبين من حيث المكان جسديا إلا أن التفاعل الذي يتم بينهما من خلال شبكة الإنترنت يجعل حضورهما افتراضيا في زمن واحد.

وللأطراف المتفاوضة حرية اختيار الطريقة التي يتم من خلالها التفاوض الإلكتروني باتفاق مسبق بينهما، أو قد يكونا سبق لهما التعامل معا، فيقوما باختيار طريقة اعتادا التفاوض بها، وهذا ما يلاحظ في تعاقد الشركات الكبرى عند تفاوضها على عقود ذات قيمة مالية ضخمة.

أولا: التفاوض عبر البريد الإلكتروني

يعد البريد الإلكتروني من الخدمات التي تم تطويرها على الإنترنت[51]، وتعتبر في الوقت الراهن أهم خدمة متاحة في أية شبكة كمبيوترية وليس في شبكة الإنترنت فقط[52].

---

[51]- **د/ حسين الماحي**،« ***نظرات قانونية في التجارة الإلكترونية*** »، الدليل الإلكتروني للقانون العربي، ص 12، متوفر على الموقع: www.arablawinfo.com

[52]- **حابت آمال**، استغلال خدمات الإنترنت، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص 97.

وتقوم فكرة البريد الإلكتروني على تبادل الرسائل الإلكترونية، من ملفات، رسوم، صور، أغاني وبرامج وأفلام...، عن طريق إرسالها من المرسل إلى شخص أو أكثر، وذلك باستعمال عنوان البريد الإلكتروني للمرسل إليه بدلا من عنوان بريده التقليدي[53]، ويتم ذلك بتخصيص صندوق بريد إلكتروني لكل شخص ترسل إليه الرسالة، حيث يطلع عليها باستخدام كلمة سر خاصة به لفتح الصندوق للإطلاع على الرسائل الإلكترونية التي يرسلها إليه الغير[54].

عرف جانب من الفقه[55] البريد الإلكتروني بأنه: « ***طريقة تسمح بتبادل الرسائل المكتوبة بين الأجهزة المتصلة بشبكة المعلومات*** ».

وقد تطرق القانون الفرنسي المتعلق بالاقتصاد الرقمي الصادر في 22 يونيو 2004 إلى البريد الإلكتروني في المادة 2 وعرّفه بأنه :

« ***كل رسالة سواء كانت نصية أو صوتية أو مرفق بها صور أو أصوات و يتم إرسالها عبر شبكة اتصالات عالمية، و تخزن عند أحد خوادم تلك الشبكة أو في المعدات الطرفية للمرسل إليه ليتمكن هذا الأخير من استعادتها*** »[56].

أما في الجزائر فإننا نجد المرسوم التنفيذي 257/98 والمتعلق بخدمات الإنترنت قد تطرق إلى خدمة البريد الإلكتروني في المادة الثانية منه، والتي تنص على أن: ***β –ıpнç Lj[illegible]:خدمة "واب" الواسعة النّطاق world wide web: خدمة تفاعلية للإطلاع أو احتواء صفحات متعددة الوسائط "Multimedia" (نصوص، رسوم***

---

[53]- **د/ خالد ممدوح إبراهيم**، حجية البريد الإلكتروني في الإثبات- دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص 34.

[54]- **إيمان مأمون أحمد سليمان**، الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2006، ص 87.

[55]- « *Où ils définissent le courrier électronique comme faculté d'échange asynchrone des messages entre ordinateurs* ». *voir :* - P.Breese et G. Kaufman, guide juridique de l'internet et du commerce électronique, vibert, Paris, 2000, p. 77.

[56]- *مشار لدى:* **د/ خالد ممدوح إبراهيم**، حجية البريد الإلكتروني في الإثبات- دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 43.

بيانية، صوت أو صورة) موصولة بينها عن طريق صلات تسمى نصوص متعددة ."pertexte Hy"

البريد الإلكتروني E-mail:خدمة تبادل رسائل الكترونية بين المستعملين...» [57]

يتجلى من خلال هذه المادة أن المرسوم ذكر بعض الخدمات التي توفرها الانترنت وغفل عن ذكر الأخرى، لكن عدّلت هذه المادة بموجب المرسوم التنفيذي 307/2000[58]، وبمقتضى المادة الثانية منه منع اختصاص تحديد هذه الخدمات للوزير المكلف بالاتصلات السلكية واللاسلكية على أن يتم ذلك بموجب قرار، بينما المرسوم الثاني تفادى تحديد خدمات الإنترنت مقارنة بالمرسوم الأول، وذلك راجع إلى عدم إمكانية تحديد هذه الخدمات تحديدا دقيقا بسبب التطور السريع في المجال التكنولوجي والذي قد يسفر عن خدمات جديدة من حين لآخر، وبالتالي فإن التحديد المسبق يكون عائقا لمواكبة التطورات الجديدة والمستحدثة.

وعلى خلاف المرسوم التنفيذي 307/2000 تطرق المرسوم التنفيذي رقم 01-123 لتعريف الرسائل الإلكترونية في ملحقه، بأنها:

« ***بمثابة تبادل و قراءة و تخزين معلومات في شكل رسائل معطيات بين الموزعات الموجودة في مواقع متباعدة. و يمكن المرسل إليه (أو المرسل إليهم) قراءة الرسالة المبعوثة في وقت حقيقي أو في وقت مؤجل***» [59].

رغم اختلاف التعريفات الفقهية والتشريعية للبريد الإلكتروني، إلا أنها جميعا تشترك في التركيز على اعتبار البريد الإلكتروني وسيلة اتصال إلكترونية تعتمد على تقنية

---

[57]- مرسوم تنفيذي رقم 98-257 مؤرخ في 3 جمادى الأولى عام 1419 الموافق لـ 25 غشت سنة 1998، يضبط شروط و كيفيات إقامة خدمات "انترنت" و استغلالها، ج ر عدد 63 لسنة 1998.

[58]- مرسوم تنفيذي رقم 2000-307 مؤرخ في 16 رجب عام 1421 الموافق 14 أكتوبر سنة 2000 يعدّل المرسوم التنفيذي رقم 98-257 المؤرخ في 3 جمادى الأولى عام 1419 الموافق 25 غشت سنة 1998 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات "أنترنات" واستغلالها، ج ر عدد 60 لسنة 2000.

[59]- مرسوم تنفيذي رقم 01-123 مؤرخ في 15 صفر عام 1422 الموافق 9 مايو سنة 2001، يتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية، و على مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية. ج ر عدد 13 لسنة 2001

الحاسوب وتقوم بنقل الرسائل،البيانات والمعلومات أو تخزينها لاستعادتها واستخدامها في مجالات مختلفة منها التعاقد الإلكتروني.

وما يهمنا في هذا المقام هو كيفية التفاوض عبر البريد الإلكتروني، والتي تتم بقيام الشخص الراغب في التفاوض بالدخول إلى بريده الإلكتروني وا ٍرسال رسالة إلكترونية إلى من يرغب في التفاوض معه (المرسل إليه) على عنوان بريده الإلكتروني تتضمن بعض الشروط والبيانات المتعلقة بموضوع التعاقد، وذلك بالوسائل التقنية المتخصصة لإرسال الرسائل الإلكترونية، فتدخل و تخزن في صندوق بريد المرسل إليه والذي يستطيع عند اطلاعه عليها الرد بالموافقة أو الرفض أو التعديل[60].

ويعد استخدام البريد الإلكتروني في التفاوض على العقود الأكثر انتشارا، وذلك لقلة تكلفته، وسرعة وصول الرسائل عبره والمحافظة على سريتها، مع إمكانية إرسال أكثر من رسالة لأكثر من شخص في وقت واحد، ومقدرة المرسل إليه من الإطلاع على الرسائل المرسلة إليه في أي وقت وفي أي مكان ما دام متصل بشبكة الإنترنت وما دامت الرسالة مخزنة في صندوق بريده الإلكتروني[61].

ولهذا يعتبر التراسل بواسطة البريد الإلكتروني وسيلة فعالة للتفاوض والتواصل بين الأطراف المتفاوضة، على أن تكون اللّغة التي يتم بها التراسل واضحة وصريحة وتعبر عن إرادة الأطراف.

ثانيا: التفاوض عبر غرف المحادثة أو المشاهدة

يتم التفاوض عبر غرف المحادثة باستخدام الشخص الراغب في التفاوض عن طريق شبكة الإنترنت لبعض البرامج المخصصة للمحادثة عبر المنتديات المنتشرة على الشبكة، فيخاطب أشخاص آخرين لديهم الرغبة في التفاوض على نفس السلعة أو الخدمة

---

[60]- **د/ نزيه محمد الصادق المهدي**، « ***انعقاد العقد الإلكتروني***»، بحث مقدم إلى مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية- الحكومة الإلكترونية)، مركز الإمارات للدراسات و البحوث، بتاريخ 19-20 مايو 2001، ص 206 و 207.

[61]- **رامي علوان**، المرجع السابق، ص 236.

المعروضة، فيتحقق بذلك التواصل والتفاعلية بين مستخدمي الشبكة، فمن خلال هذه التقنية يتم تبادل التعبير عن إرادة الأطراف المتفاوضة حول القيم سواء كانت سلع أم خدمات، كما تتم المناقشة والمفاوضة على العقد و كيفية إبرامه بالصوت والصورة وفي نفس الزمان[62].

ويتضمن مصطلح المحادثة بعض اللبس، فهي في الغالب ليست دردشة بالمعنى الحقيقي، بل هي تعتمد على كثير من الكتابة، و يمكن أن تتحول إلى محادثة أو مشاهدة باستخدام أجهزة خاصة[63]، فالصور التي يمكن من خلالها التفاوض عبر غرف المحادثة والمشاهدة متعددة و هي:

أ- يتم التفاوض في هذه الصورة عن طريق التخاطب، ويتحقق ذلك بتبادل مباشر للعبارات بين طرفين يستخدمان برنامجا يقسم الشاشة إلى قسمين الأول للمرسل والثاني للمرسل إليه فأي شيء يكتب لدى طرف يظهر على شاشة الطرف الآخر، وهناك حالات يمكن التحدث فيها مع أكثر من شخص في آن واحد حيث تقسم الشاشة إلى عدة أجزاء متساوية الحجم و مساوية لعدد الأشخاص المشتركين بهذا الحديث[64].

ب- تتيح بعض البرامج المتوفرة عبر الإنترنت للشخص بتبادل الحديث صوتيا كما في الهاتف مع أشخاص آخرين وذلك باستخدام أجهزة اتصال صوتية (ميكروفون)، فتمكن هذه التقنية الطرفين من مناقشة موضوع التعاقد بتبادل الحديث بينهما [65].

ج- يتم التفاوض عن طريق المشاهدة بربط جهاز الكمبيوتر بوسائط الاتصال الصوتية والمرئية (عبر ميكروفون و كاميرا فيديو مثبتة على جهاز كل متخاطب) مما يسمح لكل طرف بأن يسمع ويرى الطرف الآخر، كما يتاح لهما تبادل البيانات المكتوبة

---

[62]- **د/ نزيه محمد الصادق المهدي**، ، المرجع السابق، ص 208، و *قريبا من ذلك راجع*: **رامي محمد علوان**، المرجع السابق، ص 236.

[63]- **محمود عبد الرحيم الشريفات**، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت-دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2009، ص 32.

[64]- **أحمد خالد العجلوني**، المرجع السابق، ص 17.

[65]- **رامي محمد علوان**، المرجع السابق، ص 236، *أنظر كذلك:* **محمود عبد الرحيم الشريفات**، المرجع السابق، ص 32، و**أحمد خالد العجلوني**، المرجع السابق، ص18.

فورا، أي يتم التفاوض بالصوت والصورة وحتى الكتابة، وهذا ماصطلح على تسميته بمؤتمرات الفيديو(vidéo conférence)[66].

تعد طريقة التفاوض عبر مؤتمرات الفيديو من أهم الطرق الحديثة المستعملة في التفاوض الإلكتروني من قبل الشركات الكبرى، التي أصبح يتواجد في كل منها حاليا قاعة مؤتمرات مجهزة بشاشات تلفزيونية وكاميرات تصوير تتصل مباشرة بقاعات مماثلة لدى الشركات الأخر ى، فعند التفاوض بشأن صفقة ما فإن كل فريق يجلس بقاعة مؤتمراته الموجودة بشركته فيرى ويسمع كل منهما الآخر، مما يجعل التفاوض يتم مباشرة بالصورة والصوت [67].

أفرز التزاوج الحاصل بين ثورة المعلومات والاتصال عدة طرق يتم من خلالها التفاوض، وللأطراف المتفاوضة كامل الحرية في اختيار الطريقة المناسبة لمناقشة شروط العقد إبرامه وذلك إعمالا لمبدأ سلطان الإدارة.

المطلب الثاني

القيود الواردة على حرية الأطراف في مرحلة التفاوض الإلكتروني

الأصل في الالتزامات التعاقدية هو خضوعها لمبدأ سلطان الإرادة الذي يقر بعدم التزام الأطراف إلا بما ارتضو ا به عند إبرام العقد، هذا ما يحول إلى أن التزام المتعاقد يكون تاليا لقيام العقد وليس سابقا عليه، إلا أنه في العصر الحديث ظهرت التزامات تنشأ على عاتق الأطراف قبل التعاقد، مصدرها كما اتفق جل الفقه مبدأ حسن النية، هذا الأخير الذي يخضع له الأطراف في مرحلة قبل التعاقد والمجسدة في مرحلة التفاوض أين يلتزمان التمتع بالنزاهة والشرف والأمانة والثقة المتبادلة ، والإمتناع عن كل ما من شأنه إعاقة المفاوضات أو فشلها والابتعاد عن أساليب الحيلة والمراوغة التي تسبب أضرارا للطرف الآخر، وهو ما سنتطرق إليه في الفرع الأول باعتباره الالتزام الجوهري و المقيد الرئيسي لحرية المتفاوضين في هذه المرحلة.

---

[66]- **إيمان مأمون أحمد سليمان**، المرجع السابق، ص 89.

[67]- **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 124، *وأنظر قريبا من ذلك*: **د/ جمال عبد الرحمن محمد علي**، المرجع السابق، ص 117.

ويقتضي تنفيذ هذا الالتزام الأساسي وجوب احترام الطرفين التزامات أخرى ثانوية تتفرع عنه و تقوم بجواره، ومجسدة في كل من الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، والالتزام بالتعاون بقصد الوصول بالمفاوضات إلى نهاية منطقية، وانعقاد العقد المنشود، وهذا ما سنتعرض إليه في الفرع الثاني.

الفرع الأول

التفاوض بحسن نية كقيد على حرية الأطراف في مرحلة التفاوض الإلكتروني

يعتبر الالتزام بالتفاوض بحسن نية الالتزام الأساسي والجوهري في مرحلة المفاوضات التي قد تسبق إبرام العقد الإلكتروني، كما يعد مطلبا هاما لنجاحها، حيث يوفر لهذه المرحلة قدرا من النزاهة والثقة، وللإلمام بهذا الالتزام وتسهيل استيعاب مقاصده ومراميه، وفي سبيل توضيحه إرتأينا أن نبتدئ بمفهوم مبدأ التفاوض بحسن نية، يليه التكريس القانوني له، لنصل في الأخير إلى تحديد طبيعته القانونية.

أولا: مفهوم الالتزام بالتفاوض بحسن نية

سنحاول حصر مفهوم مبدأ حسن النية في ثلاثة نقاط، نخصص الأولى لتحليل فكرة حسن النية، أما الثانية فنتناول فيها معنى هذا الالتزام المترتب على المتفاوضين في هذه المرحلة، ونتطرق في الثالثة إلى مصدر هذا الالتزام باعتباره التزام قام قبل إبرام العقد.

1- تحليل فكرة حسن النية في التفاوض:

تأتي فكرة حسن النية في سياق العلاقة بين القانون والأخلاق فهي تشكل نقطة اتصال وامتزاج بينهما، والاعتداد بها يكفل موافقة القانون لقواعد الأخلاق، كما أنها تعتبر وسيلة لتفريد تطبيق القاعدة القانونية، لهذا يحرص كل نظام قانوني على تقنين هذه الفكرة وتجسيدها في إطار تطبيقات عديدة ومتنوعة لها[68].

أ- المفهوم الشخصي لفكرة حسن النية: في بعض الأحوال، يعتد القانون بحسن النية باعتباره حالة نفسية أو ذهنية تتمثل في الجهل بواقعة أو ظرف ما، أو هي الاعتقاد

[68]- **د/ محمد حسين عبد العال**، المرجع السابق، ص 121.

الخاطئ الذي يتولد في ذهن شخص ما، وبهذا المفهوم، فإن فكرة حسن النية تبدو فكرة شخصية أو ذاتية تتسم بطابع سلبي محض، ويجرى تعريفها على هذا النحو باعتبارها نو عا من الجهل أو عدم العلم[69].

ب - المفهوم الموضوعي لفكرة حسن النية

وفقا لهذا المفهوم تشكل فكرة حسن قاعدة للسلوك تتطلب من الأشخاص مراعاة النزاهة والأمانة في معاملاتهم، وبصفة أخرى، فإن هذه الفكرة تصبح فكرة موضوعية لا شخصية، فهي ضابط أخلاقي للسلوك يجرى تقديره على نحو موضوعي ومجرد، وفقا للسلوك الحسن الذي تقتضيه الحياة في المجتمع[70].

توضيحا لهذا المفهوم الموضوعي لحسن النية، قضت المحكمة الفيدرالية السويسرية أن «***الأمر يتعلق بمبدأ له مضمون عام، يرشد تطبيق القانون، وقيد على استعمال أي حق، وقاعدة أساسية نابعة من اعتبارات خلقية تضاف إلى القواعد المتعلقة بشتى الروابط القانونية الخاصة، لكي تكملها و تعين على تطبيقها***»[71]، وبالتالي مبدأ حسن النية بمعناه الموضوعي المتقدم –أي باعتباره قاعدة للسلوك- هو الذي يفرضه القانون كلما تعلق الأمر بتفسير العقود أو تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها[72].

2- معنى مبدأ التفاوض بحسن نية

التفاوض بحسن نية هو انعكاس للنفس الشريفة، والثقة واحترام القوانين والتعهدات، وهو بذلك يستدعي استبعاد كل مظاهر الخداع، المكر، وعدم الوفاء، بمعنى أنه مبدأ مبني على الإخلاص، وحسن شرف التعامل، ويمكن النظر إليه من جانبين، الجانب

---

[69]- **د/ محمد حسين عبد العال**، المرجع السابق، ص 121، و قريبا من كذلك: **حمودي ناصر**، التفاوض في العقود الاقتصادية الدولية، المرجع السابق، ص 190.

[70]- **د/ رجب كريم عبد اللاه**، المرجع السابق، ص 420.

[71]- **د/ محمد حسين عبد العال**، المرجع السابق، ص 122.

[72]- **د/ هاني صلاح سري الدين**، المرجع السابق، ص 27.

الأول وهو الإيجابي منه والذي يعني التزام أطراف التعاقد بالأمانة والصدق، والجانب الثاني وهو السلبي في حسن النية والمجسد في عدم العلم بالعيب.[73]

ويقصد بحسن النية الالتزام بمبادئ الشرف التجاري، كما تعني أن يكون المخاطب بها أمينا في تحصيله لمعنى العبارات التي يوجهها إليه المعبر، بأن يدخل في اعتباره أن الأول سيأخذ تعبيراته بمعناها الظاهر، وبحسب ما اتضح أمامه من ظروف، فيثق بأن ظاهرها يمثل الإرادة الحقيقية للمعبر، وعليه أن يبتعد من أن يكون لديه عمدا إرادتان، إحداهما ظاهرة ينخدع بها المخاطب، وأخرى باطنة يستحوذ عليها و يتمسك بها منافيا مبدأ الثقة وحسن النية[74].

ويمكن تعريف مبدأ حسن النية في التفاوض بأنه: « ***إقدام المتفاوضين أو الراغبين بالتعاقد على هذه العملية على أساس من الثقة والاستقامة في التعامل والابتعاد عن أساليب الخداع والتضليل والتي من شأنها بث أو إشاعة جو من عدم الطمأنينة لدى الأطراف*** »[75].

إن مبدأ حسن النية يهدف في المرحلة السابقة على التعاقد إلى ضمان سلامة الرضا وذلك بفرضه نوعين من الواجبات أولهما سلبي والذي يفرض عدم غش أو خداع المتعاقد الآخر واستغلال ضعفه، وثانيهما إيجابي يلزم كل طرف بتقديم المعلومات الضرورية للتعبير عن رضا واضح. كما يهدف إلى تأمين عملية التفاوض وذلك بمنع الخداع والتظليل الذي قد يؤدي إلى فشل المفاوضات أو يلحق ضررا بأحد الأطراف في هذه الفترة السابقة على التعاقد.

3- مصدر مبدأ حسن النية في التفاوض:

ذهب جانب من الفقه إلى أن مصدر هذا الالتزام هو "اتفاق التفاوض"، الذي تمت إليه الإشارة قديما من قبل الفقه الفرنسي وعلى رأسهم LABBE الذي بين بأنه بمجرد الدخول

---

[73]- **رومان منير زيدان حداد**، حسن النية في تكوين العقد، رسالة للحصول على درجة الماجستير في القانون، كليات الدراسات الفقهية والقانونية في جامعة آل البيت، الأردن، 2000، ص 02.

[74]- **حمودي ناصر**، التفاوض في العقود الاقتصادية الدولية، المرجع السابق، ص 186.

[75]- **نبيل إسماعيل الشبلاق**، المرجع السابق، ص 21 -22.

في مفاوضات تنشأ على عاتق الطرفين التزامات معينة، والتي لا يكون مصدرها القانون وا ٍنما "**التعهد الإرادي للطرفين**" صريحا كان هذا التعهد أم ضمنيا[76].

بينما يذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن كل الالتزامات المترتبة على الطرفين في مرحلة المفاوضات، تجد أساسها في قاعدة "**حسن النية**" التي يلتزم بها كل متفاوض ويجعلها قبلة ومنهاجا له أثناء تفاوضه، وهي القاعدة المتفرعة بدورها عن قاعدة عتيقة أخرى رومانية الأصل أيضا، والتي تقضي "**بأن الغش يبطل كل شيء**"[77] والتي تأخذ بها النظم القانونية المتحضرة وتدرجها ضمن قواعد قانونها حتى أصبحت قاعدة من قواعد *Lex Mercatoria*، وقد بلغ رسوخها على الصعيد الدولي، أن أصبح فقهاء القانون الدولي الخاص يطبقونها في مجالهم باعتبارها من الأفكار الأساسية في العلاقات الوطنية[78].

كما تم تكريسها من قبل القضاء، ومن أمثلة ذلك ما أقرت به محكمة النقض المصرية في عدة أحكام لها، نذكر من بينها:

«...**إنها قاعدة قانونية سليمة، و لو لم يقر بها نص خاص في القانون**»[79]، كما قضت بأنها قاعدة: «....**تقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية، في محاربة الغش، الخديعة، الاحتيال، والانحراف، وقاعدة حسن النية، واجب توافرها في المتعاقدات والتصرفات والإجراءات عموما، صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات**»[80]، وهو نفس الاتجاه السائد في الفقه والقضاء الفرنسيين، منذ القدم فيما يخص هذه القاعدة أي قاعدة

---

[76] - **مشار لدى: د/رجب كريم عبد اللاه**، المرجع السابق ، ص298.

[77] - **د/حسام محمود لطفي**، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، مصر، 1995، ص14 .

[78] - **حمودي ناصر**، التفاوض في العقود الاقتصادية الدولية، المرجع السابق، ص183.

[79] - نقض مدني مصري، الصادر بتاريخ 1956/02/09، *مشار إليه لدى* **د/حسام محمود لطفي**، المرجع السابق، ص 15، الهامش رقم 43.

[80] - نقض مدني مصري بتاريخ 1979/05/21، المرجع نفسه.

«**الغش يفسد كل شيء**» باعتبارها قاعدة أصلية لها مكانتها ليس فقط أثناء تنفيذ العقد، بل أيضا أثناء التفاوض عليه[81].

لذا أصبحت قاعدة حسن النية قاعدة معترف بها، توجب احترامها ومراعاتها، سواء أثناء إبرام العقد أو أثناء تنفيذه، وتطور الوضع إلى أن أصبحت تشكل التزاما في حد ذاتها يقع على كل طرف من الأطراف المتفاوضة بحسن نية، وذلك باعتبار أن جل نظم القانون المدني تنص على مراعاة هذا المبدأ، سواء كان هناك اتفاق خاص ينظم عملية التفاوض، أو لم يكن.

ثانيا: التكريس القانوني لمبدأ التفاوض بحسن نية

نظرا لما عرفه هذا الالتزام من رواج، جعل منه مطلبا من المطالب في كل المراحل التي يمر بها العقد إلى الحد الذي اعتبر مبدأ خلقيا وقانونيا، يهيمن على الأفكار القانونية والآراء الفقهية والمواثيق العالمية، ومبدأ عالميا مكرسا قانونا كمبدأ قاعدي[82]، ذكرته اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع في مادتها السابعة الفقرة الأولى منها[83].

وقد شددت على التزام حسن النية وجعله مبدأ عاما يجب التزامه في كافة عقود التجارة الدولية، المبادئ العامة لعقود التجارية الدولية التي وضعها معهد توحيد القانون الخاص بروما Unidroit عام 1994، حيث جاء في المادة 1/7 منها:

« ***يلتزم الأطراف باحترام مقتضيات حسن النية في التجارة الدولية، ولا يستطيعون استبعاد هذا الالتزام أو يضيقوا نطاقه***»[84]. كما نصت عليه المادة 101/5 من مبادئ القانون الأوربي[85].

---

[81]- **د/ رجب كريم عبد اللاه**، المرجع السابق، ص 416.

[82]- **حمودي ناصر**، التفاوض في العقود الاقتصادية الدولية، المرجع السابق، ص 187.

[83]- أنظر المادة السابعة من اتفاقية فيينا حول البيع الدولي للبضائع على الموقع:
www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html.

[84]- تصفح مبادئ على الموقع: www.unidroit.org

[85]- *مشار لدى:* **حمودي ناصر**، التفاوض في العقود الاقتصادية الدولية، المرجع السابق، ص 187.

كما تتطلب نظم القانون المدني بصفة عامة مراعاة مبدأ حسن النية كلما تعلق الأمر بتفسير العقود أو تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها[86]، والمعتاد في هذه الأحوال أن يتقرر المبدأ بمقتضى نص قانوني صريح.

أما بالنسبة للمرحلة السابقة على التعاقد، فلا يوجد غالبا نص خاص يفرض صراحة حسن النية في العلاقات بين الأطراف في هذه المرحلة[87]، باستثناء قلة نادرة، كالقانون المدني الإيطالي الذي عالج مسألة المفاوضات في العقود واقتصر وجه المعالجة على النص على التزام حسن النية في التفاوض، حيث تنص المادة 1337 منه على أن:

«***يلتزم الأطراف، أثناء المفاوضات وا إبرام العقد، بالتعامل بما يتفق وحسن النية***»[88]، كما تنص المادة 1338 على أن: « ***المتعاقد الذي يعلم أو يجب عليه العلم بوجود سبب لبطلان العقد و لم يقم بإعلام المتعاقد الآخر به، يلتزم بتعويض ما تكبده الأخير من ضرر ناتج عن ثقة في صحة العقد***»[89].

وقد يتضمن القانون نصا عاما يقرر مبدأ حسن النية في المعاملات كمبدأ قانوني عام، بحيث يمكن استنادا إليه، تطبيق هذا المبدأ على العلاقات قبل التعاقدية كما هو شأن القانون المدني الجزائري، حيث نص في المادة 107 منه على أن:

« ***يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية*** »[90]، والقانون المدني السويسري في المادة 2 ينص على :

---

[86]- **د/ هاني صلاح سري الدين**، المرجع السابق، ص 27.

[87]- **د/ محمد حسين عبد العال**، المرجع السابق، ص 123.

[88]- *مشار لدى:* **د/ أحمد عبد الكريم سلامة**، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 105.

[89]- نقلا عن: **د/ محمد حسين عبد العال**، المرجع السابق، ص 123.

[90]- الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، المرجع السابق.

- و هو النص المقابل للمادة 148 من القانون المدني المصري، و هو كذلك نفس الحكم الذي تقضي به المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، و المادة 157 من القانون المدني الألماني، و هو ما تم النص عليه كذلك في المادة 1135 من القانون المدني البلجيكي، المادة 1034 من القانون المدني الكندي، و كذلك الأمر بالنسبة للمادة 18 من القانون المدني التركي. *مشار إليهم لدى:* **د/ محمد حسين عبد العال**، المرجع السابق، ص 123.

« ***يلتزم كل شخص باستعمال حقوقه و تنفيذ التزاماته وفقا لقواعد حسن النية***»،والمادة الأولى من القانون الياباني التي تنص على أن:« ***استعمال الحقوق و تنفيذ الالتزامات ينبغي أن يتم بأمانه و حسن نية***»[91].

ورغم أن غالبية النظم القانونية جاءت خالية من النص على ضرورة خضوع مرحلة التفاوض لمبدأ حسن النية، إلا أنه كانت هناك محاولات لتطبيق هذا المبدأ على المرحلة ما قبل العقدية، وذلك بالقول أنه مبدأ يحكم جميع مراحل العقد، من إبرامه إلى تنفيذه، و حتى تفسيره[92].

لذا يسلم الفقه والقضاء في فرنسا أن حسن النية كضابط أخلاقي للسلوك، تعتبر أحد المبادئ العامة للقانون الوضعي، وأن المادة 3/1134 التي تتطلب تنفيذ العقود بحسن نية، ليست سوى تطبيقا لمبدأ قانوني عام لا يقتصر إعماله على مرحلة تنفيذ العقد، بل يبدأ تطبيقه و مراعاته منذ مرحلة التفاوض أي قبل انعقاد العقد[93].

كما أن غالبية الفقه المصري المعاصر ترى امتداد آثار مبدأ حسن النية إلى مرحلة ما قبل التعاقد، فلقد ذهب جانب منهم في سبيل التأكيد على مبدأ حسن النية في مرحلة قبل التعاقد إلى القول بوجود التزام بالأمانة وحسن النية والثقة بين المتعاقدين عند إبرام العقد مستمد من الفقرة الثانية من المادة 150 مدني مصري والمتعلقة بتفسير العقد والتي توجب على القاضي عند تفسير العقد الأخذ بمعيار الثقة المفترضة بين المتعاقدين وفقا للعرف الساري عليه المعاملات، فيمكن استخلاص التزام قانوني من هذا النص على عاتق الطرفين –عند إبرام العقد- بضرورة توافر الأمانة والثقة بين المتعاقدين[94].

---

[91]- المرجع نفسه ، ص 123.

[92]-Filai OSMAN, les principes généraux de l'ex mercatoria, contribution a l'étude d'un ordre juridique national, LGDJ, Paris, 1992, P 27.

[93]- **د/ محمد حسين عبد العال**، المرجع السابق، ص 122.

[94]- *أنظر في هذا:* **د/ جمال عبد الرحمن محمد علي**، المرجع السابق، ص 32-33.

ثالثا: الطبيعة القانونية لالتزام التفاوض بحسن نية

يعتبر الالتزام بالتفاوض بحسن نية التزاماً تبادلياً يقع على عاتق الطرفين[95]، ويقوم على معيارين أحدهما شخصي، قوامه نية المتفاوض، وآخر موضوعي يستند إلى عرف التعامل وأصوله و شرفه[96]. كما يفرض نوعين من الواجبات، أولها سلبي ويتمثل في عدم غش أو خداع المتعاقد الآخر واستغلال ضعفه، وثانيهما ايجابي ويلزم كل طرف بتقديم المعلومات الضرورية للتعبير عن الرضا[97].

ويعد الالتزام بالتفاوض بحسن نية التزاما حقيقيا له دائن ومدين، محل وسبب، يقع على الطرفين معا، بحيث يكون كل منهما دائنا ومدينا به في نفس الوقت، كما أنه التزام مفروض عليهما بمجرد دخولهما في تفاوض، ولا يجوز لهما الاتفاق على إعفاء أحدهما أو كلاهما منه، و يقع باطل كل اتفاق من هذا النوع[98].

ولقد اختلف الفقه بصدد تحديد طبيعة هذا الالتزام، فيرى البعض بأن هذا الالتزام هو التزام ببذل عناية، وذلك بأن يكون المتفاوض حسن النية طيلة مرحلة المفاوضات ، بينما يرى البعض الآخر بأن التفاوض بحسن النية إلتزاما بتحقيق نتيجة، ولكن انتقد هذا الرأي على أساس أن مفهوم حسن النية يختلف من شخص إلى آخر حسب اختلاف المفاهيم والتصورات، وبحسب اختلاف الشخصيات والثقافات، إذ ما يعد حسن نية لدى شخص ما، قد لا يعد كذلك لدى شخص آخر، وذلك حسب الانعكاسات البيئية والتقاليد والأعراف السائدة من مجتمع إلى آخر، وكذا اختلاف وجهات النظر حول الأفكار والمفاهيم خاصة إذا ما كانت فلسفية أو أخلاقية، كما أن هذه الأفكار تختلف من زمان إلى آخر ومن مكان إلى آخر، ولذلك فإن الشخص إذا ما تصرف أثناء تفاوضه بطرق

---

[95]- **د/ خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني- دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 304.

[96]- **حمودي ناصر**، التفاوض في العقود الاقتصادية الدولية، المرجع السابق، ص 189.

[97]- **د/ محمد حسين عبد العال**، المرجع السابق، ص 125.

[98]- **د/ رجب كريم عبد اللاه**، المرجع السابق، ص 419.

كان يعتقد أنها مراعية لمبدأ حسن النية، لا يعد مسؤولا إذا ما اعتقد الآخر عكس ذلك[99].

الملاحظ أن هذا الرأي الأخير هو الأقرب والأصح تطبيقه في مجال العقود الإلكترونية، خاصةً مع الاستعمال العالمي لشبكة الإنترنت، فاختلاف الأعراف والعادات السائدة في كل مجتمع واختلاف الأفكار والمفاهيم الخاصة بالأفراد وكذا حجم المعرفة والخبرة التي يتمتع بها كل منهم في هذا المجال تجعل فعلا فكرة حسن النية تختلف من شخص لآخر، فما يعد تصرف بحسن نية لشخص ما قد لا يعد كذلك لشخص آخر.

الفرع الثاني

الالتزامات المتفرعة عن الالتزام بالتفاوض بحسن نية

يتفرع عن التزام التفاوض بحسن نية باعتباره الالتزام الرئيسي والجوهري، عدة التزامات أخرى لا يمكن حصرها، والتي يمكن الإضافة إليها أي التزام آخر قد يستقر عليه العمل ويجد أساسه في قاعدة حسن النية، مما جعل البعض إلى يذهب القول بأن مرحلة المفاوضات مرحلة مليئة بالالتزامات القانونية التي تفرضها قواعد حسن النية والقانون الطبيعي، الأمر الذي أدى إلى التداخل فيما بين هذه الالتزامات باعتبار أن جميعها تعد تطبيقا لمبدأ حسن النية، وسنقتصر دراستنا في هذا الفرع على أهم الالتزمات المتفرعة عن الالتزام الرئيسي والتي لها دور فعال في التفاوض عن بعد، فنتطرق في نقطة أولى للإلتزام بالإعلام، أما الثانية فنخصصها للإلتزام بالتعاون.

أولا: الالتزام بالإعلام

تستوجب مرحلة المفاوضات، احتواءها على الالتزام بالإعلام[100]، ويقصد به:« ***التزام قانوني سابق على إبرام العقد الإلكتروني، يلتزم بموجبه أحد الطرفين الذي يملك***

---

[99]- **حمودي ناصر**، التفاوض في العقود الاقتصادية الدولية، المرجع السابق، ص 189.

[100]- إن مفهوم الالتزام بالإعلام مفهوم قديم، باعتباره التزاما عقديا كان يقع كنتيجة إبرام نوع معين من العقود، لكن وحتى زمن قريب لم يكن مسموحا التفكير بوجود هذا الالتزام قبل وجود العقد، حتى كتب عنه الفقيه Juglart سنة 1907، باعتباره التزام قبل عقدي يقتضيه مبدأ حسن النية في التفاوض، و بدأ يجلب أنظار الفقه، الشيء الذي انعكس حتى على تسميته فمن الفقه من يسميه الالتزام بالإدلاء، و منهم من يسميه الالتزام بالتبصير، و هناك من سماه=

معلومات جوهرية فيما يخص العقد المزمع إبرامه، بتقديمها بوسائط الكترونية في الوقت المناسب وبكل شفافية و أمانة للطرف الآخر الذي لا يمكنه العلم بها بوسائله الخاصة ليتم إبرام عقد خال من أي عيب»[101].

وتظهر أهمية الإعلام بصورة خاصة في العقود الإلكترونية، لطبيعة العلاقة بين طرفي العقد، والتفاوت بينهما من حيث مستوى العلم والمعرفة بشأن موضوع العقد[102]، فالعميل لا يكون دائما على علم كاف بمعرفة موضوع التعاقد، فكل ما يتم إرساله إليه هو بيانات من خلال شاشة الحاسوب، تتضمن مواصفات وقياسات خاصة بموضوع التعاقد من دون معاينة شخصية[103]، وهذا ما نص عليه التوجيه الأوربي رقم 2000/31 المتعلق ببعض المظاهر القانونية وخدمات المجتمع المعلوماتي والتجارة الإلكترونية، وذلك من خلال المادة 10 منه، والتي ألزمت البائع الإلكتروني بتوضيح فحوى العقد عن طريق تبيان مراحل انعقاد العقد وتجسيد بنود واضحة لا لبس فيها.[104]

=الالتزام بالإفضاء، كما سمي أيضا الالتزام بالمصارحة، و بعد كل هذه الدراسة استقر كالالتزام قبل عقدي هدفه حماية المتفاوض خارج إطار الحماية التقليدية الممنوحة له عن طريق عيوب الإرادة، *راجع في هذا:*

- **د/ رجب كريم عبد اللاه**، المرجع السابق، ص 425، **و حمودي ناصر**، التفاوض في العقود الاقتصادية الدولية، المرجع السابق، ص 193، و **د/ هاني صلاح سري الدين**، المرجع السابق، ص 30.

[101]- **د/ عصام عبد الفتاح مطر**، المرجع السابق، ص 142 و *لمزيد من التعاريف راجع* **د/ إلياس ناصيف**، المرجع السابق، ص 62، **د/ محمد فواز المطالقة**، المرجع السابق، ص 51، **د/ حمودي ناصر**، التفاوض في العقود الاقتصادية الدولية، المرجع الساق، ص 192.

[102]- **سليم سعداوي**، عقود التجارة الإلكترونية- دراسة مقارنة-، دار الخلدونية، الجزائر، ص 24.

[103]- **د/ إلياس ناصيف**، المرجع السابق، ص 62.

[104]- l'article 10 énonce que : « *Outre les autres exigences en matière d'information pas prévues par le droit communautaire, les états membres veillent à ce que, sissauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, Le prestataire de services fournisse au moins les information mentionnées ci-après, Formulées de manière claire, compréhensible et non équivoque et avant que le des e destinataire du service ne passe sa commande*.. » voir : - directive 2000/31/ce du parlement Européen et du conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, j.o n° E L 178/1 du 17/07/2000, p12.

كما ترجع أهمية التزام المتفاوض عبر الإنترنت بالإعلام إلى الثقة المشروعة ومبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود عملية التفاوض[105]، خاصة لو كان أحد المتفاوضين مهنيا محترفا لديه من القدرات والمعرفة الفنية والتخصص ما يؤهله لتزويد المتفاوض الآخر بكافة المعلومات الحقيقية والكاملة والدقيقة عن العقد موضوع التفاوض ومدى ملائمته من الناحيتين الفنية والمالية[106]، وبتالي فإن الالتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد يعد أحد الضمانات الأساسية الكفيلة لإيجاد رضا سليم و إرادة واعية و مدركة.

1- مضمون الإلتزام بالإعلام: يشمل الالتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد عبر شبكة الإنترنت جميع أنواع العقود الإلكترونية[107]، فإذا كان موضوع التفاوض عقدا من عقود خدمات المعلومات وجب على المتفاوض تزويد المتفاوض الآخر بالشروط المتعلقة بالاستخدام والإرشادات التي تمكنه من الاتصال الأمثل ببنك المعلومات و كيفية التعامل التقني معه [108].

فاختلال ميزان المعرفة والدراية لصالح الحرفي نتج عنه إقدام المتعاقد عديم الخبرة على إبرام العقد وهو يفتقر إلى البيانات والمعلومات الأساسية عن أوصاف محل العقد من سلع أو خدمات[109]، لذلك حرصت التشريعات الوطنية والدولية على إلزام البائع بتزويد المستهلك بكافة المعلومات عن السلع والخدمات وألزمت المنتج بإبراز هذه المعلومات[110].

---

[105]- **د/ جمال عبد الرحمن محمد علي**، المرجع السابق، ص 41،

[106]- **د/ محمد حسين منصور**، العقود الدولية، المرجع السابق، ص58.

[107]- **د/ عصام عبد الفتاح مطر**، المرجع السابق، ص 143.

[108]- **د/ جمال عبد الرحمن محمد علي**، المرجع السابق، ص46، وكذلك: و**د/ خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني- دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 306.

[109]- **د/ عصام عبد الفتاح مطر**، المرجع السابق، ص 143، و**د/ محمد حسين منصور**، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 58.

[110]- **سليم سعداوي**، المرجع السابق، ص 25.

كما أصدر الاتحاد الأوربي عدة توجيهات سنة 1997 أرست دعائم الالتزام بالإعلام من أجل حماية المستهلك، حيث قرر أنه يتعين على البائع أن يقدم للمستهلك في وقت مناسب وسابق على إبرام العقد المعلومات التالية[111]:

- تحديد هوية المورد و عنوانه.
- تحديد الخصائص الرئيسية للبضاعة.
- تحديد ثمن الخدمات شاملا جميع الضرائب و نفقات التسليم و طرق دفعها.
- تحديد الحد الأدنى لمدة صلاحية العرض، وتحديد رخصة العدول التي تمنح للمستهلك[112].

وتجدر الإشارة إلى أن الالتزام بالإعلام لا ينصب على كل المعلومات التي قد تخطر ببال الشخص، و إنما تشمل فقط تلك المعلومات القانونية والواقعية التي من شأنها أن تؤثر على قرارات الأطراف بالاستمرار في التفاوض أو في إبرام العقد النهائي المتفاوض عليه[113].

هذا ما ذهبت إليه إحدى الهيئات التحكيمية المتمثلة في (CRDI)، أين أقامت تفرقة بين الالتزام بالإعلام بكل شيء، و الالتزام بالإعلام بما يصاحب العقد محل التفاوض من ملابسات قانونية و واقعية، و كان ذلك بمناسبة نظره نزاع بين حكومة الكامرون وشركة (KLOCKNER)، أين أعتبر أن الالتزام بالإعلام بكل شيء من قبل التزيد، وهو الحكم الذي لقي تأييدا واسعا من قبل الفقه، و اعتبروه يتسم بكثير من الواقعية[114].

---

111 -Article 10 aliénai 2-3-4-5 de la directive 2000/31 CE , op-cit

112- Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, Journal officiel n° L 144 du 04/06/1997,

113- **د/ هاني صلاح سري الدين**، المرجع السابق، ص 30.

114- هذا ما حكمت به غرفة التجارة الدولية بباريس بإلزام مفاوض بان يطلع الطرف الآخر المتفاوض معه، بما قد يوجد لديه من أحكام خاصة في قانون الموطن الواجب التطبيق.*أنظر في هذا* : **حمودي ناصر**، التفاوض في العقود الاقتصادية الدولية ، المرجع السابق، ص 195.

2-**الإلتزامات المتفرعة عن الإلتزام بالإعلام:** لا يكفي لكي يكون المتفاوض قد وفى بالتزامه بالإعلام، وتزويد المتفاوض الآخر بالمعلومات والبيانات الكافية والدقيقة، بل يلتزم كذلك بتحذيره ونصحه.

أما الالتزام بالتحذير فهو مد المتفاوض للآخر معلومات تهدف أساسا لجلب انتباهه للخطورة التي قد ينطوي عليها التعاقد حول المحل المتفاوض عليه، أو سلبياته قبل أن يوجه هذا الأخير رضائه، كما ينبهه لمدى مناسبة قراره حول إبرام أو تعديل أو تنفيذ العقد المتفاوض حوله، لذلك فالبعض يرى أن الالتزام بالتحذير ما هو إلا التزام مشدد بالإعلام، وليس فقط مجرد التزام مكمل له[115].

ينطوي الالتزام بالتحذير بالدرجة الأولى على المحترفين، سواء كانوا تجارا أم صانعا للأشياء الخطرة، أو لأن استعمالها ينطوي على خطورة كالآلات التكنولوجية المعقدة.

يقع الالتزام بالنصح في أعلى التدرج الهرمي لمكونات الالتزام بالإعلام، ذلك أنه يعكس درجة متقدمة من الإيجابية ومشاركة المورد، تصل إلى حد المبادرة بتحليل احتياجات العميل[116]، خاصة بوجود عنصر التفاوت في الخبرات كالعقود الفنية والعقود التكنولوجية البالغة التعقيد في إطار التجارة الإلكترونية[117]، إلا أنه من الفقه الذي يقر غير ذلك ويعتد أن الالتزام بالنصيحة يضيق عند إجراء الصفقة مع طرف آخر أكثر خبرة من الشخص العادي[118]. ولقد اعتبر الفقه أن الالتزام بالإعلام التزاما يبذل عناية، بحيث يلتزم المورد بتزويد العميل بكافة البيانات والمعلومات وملحقات المنتج، التي توضح حقيقة محل التعاقد وبيان طرق استخدامه ومخاطره ليتجنبها[119].

115- **د/ رجب كريم عبد اللاه**، المرجع السابق، ص 434.

116- **د/ محمد قاسم**، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي- دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ، ص 114.

117- **د/ محمد حسين منصور**، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 49، *وكذلك كل من:* **د/ جمال عبد الرحمن محمد علي**، المرجع السابق، ص 54.

118- **د/ محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 119، *وكذلك كل من:* **ود/ محمد حسين منصور**، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 59.

119- **د/ محمد فواز المطالقة**، المرجع السابق، ص 52.

ثانيا: الالتزام بالتعاون

الالتزام بالتعاون هو التزام تبادلي يقع على عاتق الأطراف، مفروض ضمنا دون الحاجة إلى النص عليه صراحة، ويظل قائما طيلة مرحلة المفاوضات الإلكترونية[120]، والغاية منه هو تحديد الهدف الأساسي من العقد الذي يسعى الأطراف لتحقيقه، وبيان الاحتياجات الفعلية من محل التعاقد عن طريق الحوار المتبادل لتسهيل مهمة كل متفاوض، إما بإنعقاد العقد وا ٍما بغض النظر عنه كليا، فهو يقوم على الحوار المتبادل، حيث يجب على كل متفاوض تسهيل مهمة المتفاوض الآخر بقصد الوصول بالمفاوضات إلى نهاية منطقية[121].

فمن خلال التعاون بين الأطراف المتفاوضة يتمكن كل طرف منهم من دراسة ظروف الآخر ومدى مقدرته على إتمام التعاقد، والبحث في الظروف المقترنة بمحل التعاقد وتحديد إمكانية تلبية رغبات العميل، من خلال قيام البائع بتزويد الطرف المتعاقد بأكبر قدر ممكن من المعلومات حول السلعة أو الخدمة المطلوبة [122]، وفي حالة تقصير من جانب العميل في التحري والاستعلام بحيث أدى ذلك إلى سوء اختياره للسلعة أو الخدمة المعروضة بما لا يتناسب مع احتياجاته الحقيقية، فإنه في هذه الحالة يعد مسؤولا عن التقصير الذي لحق به جراء عدم التحري والاستعلام[123].

وبالتالي فإن الالتزام بالتعاون يعد تطبيقا من تطبيقات مبدأ حسن النية في مفاوضات العقود الإلكترونية[124]، فهو التزام ببذل عناية يظهر المفاوض فيه بمظهر المعاون، الذي يكف ويمتنع عن كل الأساليب التي تعكر صفو المفاوضات، أو توصيلها

120- **د/محمد حسين منصور**، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 58، *وكذلك كل من:* **ود/ أحمد عبد الكريم سلامة**، قانون العقد الدولي، ص 108، **ود/ إلياس ناصيف**، المرجع السابق، ص 72.

121- **حمودي ناصر**، التفاوض في العقود الاقتصادية الدولية، المرجع السابق، ص 217، **ود/ جمال عبد الرحمن محمد علي**، المرجع السابق، ص 58.

122- **د/ محمد حسين منصور**، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 49.

123- **د/ محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 72، *وكذلك* :**ود/ محمد فواز المطالقة**، المرجع السابق، ص 50-51.

124- **د/ عصام عبد الفتاح مطر**، المرجع السابق، ص 142، *وكذلك:* **ود/ جمال عبد الرحمن محمد علي**، المرجع السابق، ص 58.

إلى طريق مسدود، والعمل على كل ما قد يساهم في بناءها ونجاحها وسيرها نحو تحقيق النتيجة المنطقية المنتظرة منها، ألا و هي إبرام العقد المتفاوض عليه[125].

المبحث الثاني

سلطان الإرادة في انعقاد العقود الإلكترونية

تقضي القواعد العامة في القانون المدني على أن العقد ينعقد بمجرد أن يتبادل شخصان التعبير عن إرادتين متطابقتين قانونا، والمقصود من ذلك هو أن يصدر من شخص إيجاب بإبرام عقد معين فيصدر من الشخص الآخر تعبير متطابق له يدعى القبول، ولما كان العقد الإلكتروني كغيره من العقود التقليدية فإنه بضرورة سيخضع لمبدأ سلطان الإرادة من توافق لإيجاب وقبول[126]، إلا أن خصوصية الوسيلة التي يبرم من خلالها (الإنترنت) العقد الإلكتروني يطرح تسائل عن كيفية تلاقي إرادتي الطرفين في هذه البيئة الإفتراضية، الأمر الذي سنبينه في **المطلب الأول**.

ولما كان العقد الإلكتروني يبرم بين حاضرين في الزمان وغائبين في المكان، أصبح يتصف بأنه من العقود المبرمة عن بعد، نظرا لانعقاده عبر تقنيات الاتصال الحديثة، ولذلك كان لابد من تحديد لحظة التقاء القبول بالإيجاب، وا ٍن كانت هذه الأخيرة تثير صعوبات تحديدها في العقد التقليدية رغم مختلف النظريات التي حاولت تفسيرها، فإنّ الأمر ازداد تعقيدا في العقود الإلكترونية، وهو ما سوف نتطرق إليه في **المطلب الثاني**.

المطلب الأول

التراضي في العقود الإلكترونية

يعتبر التراضي عموما، تبادل إرادتين متطابقتين لإحداث أثر قانوني، ويستوجب ذلك وجود ثلاثة مسائل قانونية، أولها صدور إيجاب من أحد الطرفين يعرض رغبته وعزمه على التعاقد، والثاني هو صدور قبول من الطرف الآخر لهذا العرض، وثالثهما

---

[125]- **د/ أحمد عبد الكريم سلامة**، قانون العقد الدولي، ، المرجع السابق، ص 110، و **حمودي ناصر**، التفاوض في العقود الاقتصادية الدولية، المرجع السابق، ص 220.

[126]- GHAZOUANI Chiheb, *Le contrat de commerce électronique international*, thèse pour le doctorat en droit, Université PATHEON- ASSAS, PARIS II, 2008, p 131.

هو ارتباط القبول بالإيجاب، وبذلك تتحقق الإرادة المشتركة للمتعاقدين المكونة للعقد، والعقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الإنترنت لا تخرج عن هذه القاعدة إلا أن الإيجاب والقبول يتم التعبير عنهما وارتباطهما بوسائل الكترونية بدلا من الوسائل التقليدية.

تعد مسألة الإيجاب والقبول من أدق مسائل العقد لذا حظيت بتنظيم واسع في العالم المادي، إلا أنها لم تظفر بتنظيم واف في القوانين المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية، إذ لم تتناول هذه التشريعات أحكاما تفصيلية بخصوصها، و عليه سنتناول في هذا المطلب موضوع الإيجاب والقبول الإلكتروني، من خلال إبراز ما يتميز به كل منهما في صورته الإلكترونية، دون الخوض في تفاصيلهما بالشكل الوارد في القواعد العامة، حيث نتعرض في فرع أول للإيجاب الإلكتروني، وفي فرع ثاني للقبول الإلكتروني.

الفرع الأول
الإيجاب الإلكتروني

تتميز شبكة الإنترنت بكثرة العروض التي تقدم عبر خدماتها المختلفة، وقد تطرح عبرها بعض العروض الموجهة إلى جمهور مستخدمي الشبكة مما يجعل الشخص الذي ينوي إبرام عقد ما حائر ًا أمام هذه العروض فيما إذا كانت تشكل إيجابا أم أنها مجرد إعلان أو دعوة إلى التعاقد. وبغية تمييز الإيجاب الإلكتروني عن ما يشتبه به ارتأينا التطرق لتعريفه و تبيان خصائصه في نقطة أولى، لنبين في الثانية طرق التعبير عنه عبر شبكة الإنترنت، لنصل في الأخير إلى تحديد شروطه و نطاقه الزمني.

أولا: مفهوم الإيجاب الإلكتروني

يعتبر الإيجاب الخطوة الأولى في إبرام كافة العقود سواء كانت تقليدية أو إلكترونية، فهو الإرادة الأولى التي تظهر في العقد وهو المنطلق الذي يؤسس عليه، فحتى ينعقد العقد بصفة عامة يجب أن يصدر إيجابا من أحد المتعاقدين، ليعقبه قبول من الطرف الآخر يقترن ويتطابق معه، وقد يحدث ذلك في مجلس واحد بين طرفين حاضرين، أو بين غائبين. غير أنه في مجال العقد موضوع دراستنا اتسم الإيجاب بالصفة الإلكترونية

التي ميزته عن الإيجاب التقليدي، ولتبيان وجه الخصوصية فيه سنحاول إيجاد تعريف للإيجاب الإلكتروني في نقطة أولى لنصل إلى تحديد خصائصه في نقطة ثانية.

1- تعريف الإيجاب الإلكتروني

أغفلت جل القوانين المدنية على تعريف الإيجاب، وأمام هذا الفراغ التشريعي نجد الفقه لم يدخر جهدا لذلك، فنجد البعض[127] يعرف الإيجاب بأنه:

« ***عرض كامل و جازم للتعاقد وفق شروط معينة يصدر من أحد المتعاقدين لشخص أو أشخاص آخرين***»، في حين عرفه البعض الآخر[128] بأنه:« ***تعبير نهائي عن الإرادة يتم به العقد إذا ما تلاقى معه القبول***».

أما قضاءا، فقد عرفته محكمة النقض الفرنسية بأنه:« ***عرض يعبر به الشخص عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث يكون ملتزما به في حالة قبوله من المتعاقد الآخر***».[129]

كما وضعت اتفاقية فينا لعام 1980 بشان البيع الدولي للبضائع في المادة 1/14 معيارا لتحديد الإيجاب، فنصت على أن: « **يعتبر إيجابا أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجها إلى شخص أو عدة أشخاص معينين، وكان محددا بشكل كاف، وتبين منه اتجاه إرادة الموجب إلى الالتزام به في حالة القبول، ويكون العرض محددا بشكل كاف إذا**

---

[127]- **د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص 215.

- Dans le même contexte le professeur Ghéstin définit l'offre comme « *une de volonté unilatérale par laquelle une personne fait connaître son intention de contracter et les conditions essentielles du contrat. L'acceptation de ces conditions par le destinataire de l'offre formera le contrat* » . cité par : GHAZOUANI Chiheb, op-cit, p 132.

[128]- **د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال**، المرجع السابق، ص 102.

- *راجع تعريفات أخرى لدى كل*: **د/ بلحاج العربي**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 97، **ود/ أنور سلطان**، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للطباعة والنشر، الأردن، 2002، ص 54.

[129]- نقض تجاري فرنسي صادر في 1990/03/06 *مشار له لدى*: **د/ سمير عبد العزيز الجمال**، المرجع السابق، ص 102، **ود/ إلياس ناصيف**، المرجع السابق، ص 77.

عين البضائع و تضمن صراحة أو ضمنا تحديدا للكمية والثمن، أو بيانات يمكن بموجبها تحديدهما.

و لا يعتبر العرض الذي يوجه لشخص أو أشخاص غير معينين إلا دعوة للإيجاب، ما لم يكن الشخص الذي صدر منه العرض قد أبان بوضوح عن اتجاه إرادته إلى خلاف ذلك».[130]

ومثلما لم تتعرض القوانين المدنية لتعريف الإيجاب التقليدي، فإننا نجد أيضا معظم القوانين الحديثة المهتمة بموضوع التجارة والعقود الإلكترونية لم تتضمن تعريفا محددا للإيجاب الإلكتروني، ما عدا القلة القليلة منها، و أمام هذا الفراغ التشريعي نجد الفقه لم يدخر جهدا في ذلك، لذا سنحاول التطرق إلى بعض التعاريف القانونية للإيجاب الإلكتروني في نقطة، لنتناول بعض التعاريف الفقهية له في نقطة ثانية.

أ- **التعريف القانوني للإيجاب الإلكتروني:** أورد التوجيه الأوربي رقم 7/97 المتعلق بحماية المستهلك في التعاقد عن بعد، نصا يفيد بأن الإيجاب هو:« ***كل اتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة، و يستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان»***[131].

---

[130]- أنظر الاتفاقية على: www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.htm

ومشار إليها لدى: **د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 215، **ومحمود عبد الرحيم الشريفات**، المرجع السابق، ص 128.

[131]- Voir : Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997, op-cit

و هو نفس التعريف الذي جاء به العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية:

- "l'offre de contracter devra se définir comme toute communication à distance comportant tous les éléments nécessaires pour que son destinataire puisse souscrire directement un engagement contractuel"

رغم أن هذا التعريف يتلاءم و طبيعة التجارة الإلكترونية التي تقوم أساسا على التبادل الإلكتروني للبيانات و المعلومات و خصوصا ما يتعلق بالشيء المبيع حيث يقوم المنتج بتوجيه إيجابه إلى الجمهور في صورة مغرية و جذابة، إلا أنه لم يحدد وسائل الاتصال عن بعد، كما لم يبرز أهم خصائص الإيجاب الإلكتروني و هي الصفة الإلكترونية في هذا الإيجاب، لكن يتضح منه اهتمامه بضرورة تضمين الموجب عناصر الإيجاب اللازمة حتى يتمكن القابل من إصدار قبوله و هو على بينة، و بالرجوع إلى الملحق المرفق بالتوجيه الأوربي رقم 7/97 نجده قد ذكر على سبيل المثال لا الحصر وسائل الاتصال عن بعد و منها المطبوعات غير المعنونة الخطابات النموذجية، المطبوعات الصحفية مع=

وقريبا من ذلك تضمن التوجه الأوربي لسنة 2000 المتعلق بالتجارة الإلكترونية تعريف الإيجاب الإلكتروني الموجه عن بعد مركزا على حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني عن بعد[132].

كما أجاز قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية اليونيسترال الصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1996 إستخدام رسائل البيانات لإبداء الإيجاب، حيث تنص المادة 11 منه على أن:

« ***في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض و قبول العرض. و عند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أوقابليته، لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض***»، كما تضمن البند 2/3 من مشروع العقد النموذجي في شأن المعاملات الإلكترونية، والملحق بقانون الأمم المتحدة النموذجي ما يأتي:

« ***تمثل الرسالة إيجابا إذا تضمنت إيجابا لإبرام عقد مرسل إلى شخص واحد أوأشخاص محددين ما داموا معرفين على نحو كاف، و كانت تشير إلى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول، و لا يعتبر إيجابا الرسالة المتاحة الكترونيا بوجه عام ما لم يشر إلى ذلك***»[133]

أما بالنسبة للتشريعات العربية المنظمة للتجارة الإلكترونية، فنجدها لم تتضمن تعريفا للإيجاب الإلكتروني على الرغم من تأكيدها على جواز تعبير عنه بالوسائل الإلكترونية، فنجد المادة الأولى من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 والمتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية تنص على أنه: « ***يجري على العقود الإلكترونية نظام العقود***

=طلب الشراء الكتالوجات، التليفون مع إظهار الصورة، التلفاز، الإنترنت. *أنظر في ذلك كل من*: **د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 218، **و د/ خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني- دراسة مقارنة، المرجع السابق،ص 317، و**د/ محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 19.

[132]- **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 148.

[133]- قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل تشريعه 1996، ومع المادة الإضافية 5 مكررا بصيغتها المعتمدة في عام 1998،متوفر على الموقع: www.unictral.org/textes/electcom ، *وكذلك :*

- **د/ إلياس ناصيف**، المرجع السابق، ص 78.

الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة و مفهومها القانوني، و صحتها، وقابليتها للتنفيذ في ما لا يتعارض و أحكام هذا القانون»[134].

كما أجاز قانون المعاملات الإلكترونية الأردني استخدام رسائل المعلومات في إبداء الإيجاب، حيث ورد في نص المادة 13 منه:« ***تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي***».[135]

ب-التعريف الفقهي للإيجاب الإلكتروني

يعرف بعض الفقه الإيجاب في العقد الإلكتروني بأنه:

« ***تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية، و يتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد، بحيث يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة***».[136]

ومما سبق نستطيع القول بأن ليس للإيجاب الإلكتروني تعريف خاص، يختلف في مضمونة عن تعريف الإيجاب في العالم المادي إلا بخصوص الوسيلة المستخدمة للتعبير عنه، فوصف الإيجاب بالإلكتروني لا يغير من ذاتيته لمجرد أنه تم عبر شبكة الإنترنت، فلفظ " إلكتروني" إذا ما أضيف إلى الإيجاب لا ينال من أصله المتمثل في المعنى المراد منه وفقا لنظرية العامة للعقد ، بحيث أن المسألة مجرد وصف لا أكثر.

---

[134] - انظر القانون التونسي على الموقع: http://www.f-law.net/law/archive/index.php?t-39286.html

[135]- *مشار إليه لدى*: **محمود عبد الرحيم الشريفات**، المرجع السابق، ص 129.

- *وهو ما سار عليه جل التشريعات العربية نذكر منها:* المادة 13 من قانون الإماراتي رقم 02 لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، المادة 10 من القانون البحريين المتعلق بالتجارة الإلكترونية، المادة 15 من القانون اليمني رقم 40 لسنة 2006 المتعلق بأنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية، المادة 05 من مشروع القانون الفلسطيني للمبادلات والتجارة الإلكترونية لعام 2003. *مشار إليها لدى:* **د/سمير حامد عبد العزيز الجمال**، المرجع السابق، ص 104، *وكذلك كل من :* **د/إلياس ناصف**، المرجع السابق، ص79. د/**عصام عبد الفتاح مطر**، المرجع السابق، ص 163.

[136]- **د/ إلياس ناصيف**، ، المرجع السابق، ص 79، **ود/ محمد حسين منصور**، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 56. ويعرفها البعض الآخر بأنه:« ***كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل العقد مباشرة***». أنظر في هذا التعريف **د/ عصام عبد الفتاح مطر**، المرجع السابق، ص 160.

2- خصائص الإيجاب الإلكتروني

يخضع الإيجاب الإلكتروني لذات القواعد العامة التي تحكم الإيجاب التقليدي، غير أن إبرامه بواسطة شبكة عالمية مفتوحة للاتصالات، جعلته يتميز ببعض الخصائص المتصلة أساسا بطبيعة الوسيلة المستعملة.

أ- إيجاب إلكتروني يتم عن بعد

يعد الإيجاب الإلكتروني الموجه عبر شبكة الإنترنت إيجابا موجها عن بعد، وهي الخاصية النابعة أصلا من اعتبار العقد الإلكتروني المبرم عبر شبكة الإنترنت ينتمي لطائفة العقود المبرمة عن بعد[137].

ب- الإيجاب الإلكتروني دولي في الغالب

يتم الإيجاب الإلكتروني باستخدام وسائط إلكترونية وعبر شبكة دولية للاتصالات والمعلومات، لذا يتسم بالصفة الدولية[138]، التي تجعله يخضع إلى القانون الدولي الخاص، وذلك بالنظر إلى غياب الحدود و سهولة الاتصال بأشخاص من جنسيات مختلفة و تضمنه في كثير من الأحيان للعنصر الأجنبي، مما يجعل العديد من الأنظمة القانونية تتنازع حول حكمه[139].

ثانيا: طرق التعبير عن الإيجاب الإلكتروني

مكنت الخدمات المتنوعة التي توفرها الإنترنت من عرض الإيجاب بطرق إلكترونية مختلفة و سنوضح أهمها في النقاط التالية:

1- الإيجاب عبر البريد الإلكتروني

يحقق الإيجاب الذي يتم بواسطة البريد الإلكتروني ميزة استهداف العرض لأشخاص معينين، وذلك في الحالة التي يرغب فيها التاجر أن يخصص إيجابه لأشخاص يرى أنهم

---

[137]- **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 156.

[138]- **د/ عمر خالد زريقات**، عقد التجارة الإلكترونية-عقد البيع عبر الإنترنت-دراسة تحليلية، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص 119، و**د/ إلياس ناصيف**، ، المرجع السابق، ص 78. *وكذلك:*

-GHAZOUANI Chiheb, op-cit, p133.

[139]- **عبد الرحمن بن صالح القهرة**، تنظيم عقود التجارة الدولية الإلكترونية، دراسة مقارنة في ضوء اتفاقات التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة عدن، 2006، ص 191.

قد يهتمون بمنتجه دون غيرهم من أفراد الجمهور[140]، كما يمكن أن يكون الإيجاب عبر البريد الإلكتروني موجها إلى عدد غير محدد من الأشخاص، و في هذه الحالة يعتبره البعض عند الشك مجرد دعوة إلى التفاوض وليس إيجابا استنادا إلى بعض النصوص القانونية.[141]

تمكن تقنية البريد الإلكتروني من الاتصال الفوري المتزامن بين المتعاقدين، و ذلك عن طريق الكتابة مما يجعله مجلس تعاقد حقيقي، تسري عليه القواعد الحاكمة للتعاقد فيما بين حاضرين[142]، فتتوفر بذلك سهولة العلم بالعروض التعاقدية.

2- الإيجاب عبر مواقع الشبكة

تعتبر هذه الصورة الأكثر انتشارا، حيث يتم عرض الإيجاب على الموقع الخاص بالتاجر مالك السلعة أو الخدمة، الذي يوضح كل ما يتعلق بمحل العقد، وتحقيقا لهذا يقوم الموجب بعرض سلعته عن طريق صورة ثلاثية الأبعاد[143]، والتي يجب أن تكون واضحة وصادقة ومعبرة بشكل حقيقي عن السلعة كونها تمثل جزءا لا يتجزأ من الإيجاب، فالمتعاقد الآخر سيعتمد عليها لتحديد قراره بإبرام العقد من عدمه[144].

ولا يختلف الإيجاب عبر مواقع الشبكة كثيرا عن ذلك الذي يصدر عبر الصحف أو التلفاز، مما يجعله إيجابا مستمرا على مدار الساعة لأنه في العادة لا يكون مقيدا بزمن معين بل مقيدا بنفاذ الكمية[145].

---

[140]- *راجع في ذلك كل من*: **د/ أسامة أبو الحسن مجاهد**، التعاقد عبر الإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 70، و**بشار محمود دودين**، المرجع السابق، ص 128.

[141]- كما تقره المادة 94 من التقنين المدني الأردني، متوفر على الموقع: www.alexalaw.com/t7693-topic، *وكذلك*: **أحمد خالد العلجوني**، المرجع السابق، ص 72، **ومحمد أمين الرومي**، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004، ص 91.

[142]- **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 150.

[143]- **عز الدين محمد بسام شهدين**، الرضا في العقود الإكترونية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الحقوق، سوريا، 2008، ص 33.

[144]- **لما عبد الله صادق سلهب**، المرجع السابق، ص 90. *وكذلك*: GHAZOUANI Chiheb, op-cit, p139 -.

[145]- **د/ إلياس ناصيف**، المرجع السابق، ص 83.

3- الإيجاب عبر المحادثة أو المشاهدة عبر الإنترنت

يستطيع المتعامل عبر الإنترنت أن يرى المتصل معه على الشبكة وأن يتحدث معه وذلك عن طريق كاميرا خاصة توصل بجهاز الكمبيوتر لدى الطرفين، فيتحول الكمبيوتر إلى هاتف أو تلفزيون مرئي[146]، وفي هذه الحالة قد يصدر من أحد الأطراف إيجابا يصادفه قبولا من الطرف الآخر وينعقد العقد بناءً على تلاقي الإيجاب بالقبول[147]، وهنا نكون بصدد مجلس عقد افتراضي يقترب كثيرا من مجلس العقد الحقيقي، وهو ما يجعل من القواعد العامة للتعاقد بين حاضرين تطبق على هذا النوع من التعبير عن الإيجاب سيما الزمان و يبقى الاختلاف حول المكان.

ثالثا: شروط و سريان الإيجاب الإلكتروني

يجب أن يستجمع الإيجاب الإلكتروني شأنه شأن الإيجاب التقليدي جملة من الشروط التي تجعل منه إرادة يعتد بها قانونا، كما يجب أن يكون خاضعا لقواعد تتعلق بسريانه وانقضائه، وهوما نتناوله في النقطتين التاليتين تخصص الأولى لتحديد شروط الإيجاب الإلكتروني الموجه عبر الإنترنت، ونتناول في الثانية سريانه و مدى الخصوصية التي يتمتع بها على هذا المستوى.

1- شروط صحة الإيجاب الإلكتروني

يشترط في الإيجاب عموما أن يكون جازما، واضحا ومعبرا عن إرادة مصممة وعازمة نهائيا على إبرام العقد، وذلك بأن يتضمن العناصر الأساسية للعقد المزمع إبرامه دون اشتراط احتواءه على العناصر التفصيلية، وإذا كان هذا وضع الإيجاب في العقود التقليدية، فإنه في مجال العقود الإلكترونية لا يختلف عن سابقه سوى في طريقة التعبير عنه، لذا سوف نتناول في النقطتين التاليتين أهم شرطين يجب أن يتضمنهما العرض لاعتباره إيجابا صالحا لإنتاج أثره القانوني لانعقاد العقد.

---

[146]- **د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 218، و**د/ إلياس ناصيف**، المرجع السابق، ص 83.

[147]- **أحمد خالد العلجوني**، المرجع السابق، ص 74، و**محمد أمين الرومي**، المرجع السابق، ص 93، **لما عبد الله صادق سلهب**، المرجع السابق، ص 92.

أ-إيجاب إلكتروني كاملا ودقيقا

لكي يعتبر العرض إيجابا كاملا يجب أن يكون محدد ًا، دقيقا، واضحا وموجهاً إلى شخص أو إلى عدة أشخاص[148]، بمعنى أن كل عرض لا يعتبر إيجابا إلا إذا تضمن كافة العناصر الرئيسية الضرورية لإبرام العقد[149]، بحيث أن أي تخلف لإحدى عناصر العقد يؤدي إلى عدم اعتبار هذا التعبير الإرادي إيجابا بالمعنى القانوني المؤدي إلى إبرام العقد، بل قد يكون من قبيل الدعوة للدخول في مفاوضات، أو مجرد إعلان لا يؤدي للتعاقد[150]، فيجب أن يشتمل العرض إذن، على جميع المعلومات المتعلقة بمحل العقد بطريقة واضحة لا يكتنفها أي غموض أو لبس بشكل يسمح للقابل بأن يحيط علما بكافة أوصاف وتفصيلات العقد عن بعد بوضوح محدد[151].

148- **آمانج رحيم أحمد**، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2006 ، ص 145، *وكذلك كل من:* **د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 216. **د/ نزيه الصادق المهدي**، المرجع السابق، ص 223

149- **نبيل إسماعيل الشبلاق**، المرجع السابق، ص 38، و**د/ محمد سعد خليفة**، «**البيع عبر الإنترنت و حماية المستهلك في ضوء قانون المعاملات الإلكترونية البحريني**»، مجلة الحقوق جامعة البحرين، المجلد الخامس، العدد الأول، يناير 2008، ص 30.

150- كما بينت الاتفاقية الأوروبية للبيع بالمراسلة و البيع عن بعد العابر للحدود الموقعة في 4 جوان 1992 من قبل الجمعية الأوروبية للبيع بالمراسلة AEVPC المتضمنة 14 دولة بما فيها فرنسا، و التي دخلت حيز النفاذ في: 1993/01/01 نصت في مادتها الأولى على و جوب أن يتضمن الإيجاب تحديد دقيق لالتزامات الطرفين المتقابلة، و ألزمت بوجوب علم المستهلك على الأقل بالعناصر التالية: خصائص المبيع أو الخدمة، الشروط المالية، الثمن مساهمته في مصاريف الإرسال، المصاريف الملحقة، شروط القرض إذا كان له محل، و هي نفس الشروط التي تضمنها التوجيه الأوروبي رقم: 31/2000 المتعلق بالتجارة الإلكترونية المؤرخ في: 2000/06/08 و هو أيضا ما تضمنته المادة 1-10 من اقتراح التوجيه الأوروبي المتعلق ببعض جوانب التجارة الإلكترونية في السوق الداخلية المؤرخ في 1998/12/23 التي ألزمت الدول الأعضاء على أن تدخل في تشريعاتها إلزاما.-ما لم يكن الطرفين مهنين- يلزم بتبيان طرق التعاقد الإلكتروني بطريقة واضحة لا تدع مجالا للشك، و هو ما ألزمت به النسخة النهائية للمشروع و هو نفس ما تضمنته أيضا المادة 10-1 من التوجيه الأوروبي رقم: 31/2000. *أنظر في ما سلف ذكره:*

- Maire NAMIE-CHARBONNIER, La formation et exécution du contrat électronique, Thèse de doctorat, Droit économie, sciences sociales, université panthéon – Assas, Paris II, Paris, 2003, op.cit, p 50.

151- **بشار طلال أحمد المومني**، المرجع السابق ص 64-65، و**لما عبد الله صادق سلهب**، المرجع السابق، ص 73. =

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في ولاية " آيو" الأمريكية بأن العرض إذا كان واضحا من حيث تحديده عناصر العقد، فإنه يعتبر إيجابا ملزما يؤدي قبوله إلى إبرام العقد[152].

ب-إيجاب الكتروني بات نهائي: لكي ينطبق وصف الإيجاب على التعبير عن الإرادة، يحتاج بالإضافة إلى تحديده للعناصر الجوهرية، أن يشكل إرادة باتة نهائية بالشروط الواردة فيه[153]، إذ تعد صيغة العرض العنصر الأهم في تحديد طبيعته فيما إذا

=- لقد نصت على هذه الشروط غالبية النصوص القانونية نذكر منها: المادة 14/1 من اتفاقية فيينا لعام 1980 متوفرة على الموقع www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html . كما حرصت بعض المنظمات المهنية على ضرورة تحديد الإيجاب مثلما هو الشأن بالنسبة للفيدرالية مؤسسات البيع عن بعد FEVAD في فرنسا، حيث بينت في قانونيها الداخلي بأن: « ***الإيجاب بالبيع يجب أن يكون واضحا وكامل قدر الإمكان بخصوص أهم مكوناته مثل الثمن، الضمانات وطرق البيع...***»: أنظر هذا على الموقع:

- La Fédération du e-commerce et de la vente à distance: www.fevad.com

152- تتلخص وقائع القضية التي عرضت على المحكمة، بأن إحدى مقاطعات ولاية أيوا الأمريكية طرحت عرضا لمشروع طريق سريع، و حددت فيه مواصفات الطريق المطلوبة، و انتظرت أفضل المناقصات فقدمت شركة "HSI" أقل المناقصات على الطريق، و كان هناك موعد محدد لنهاية المناقصات وقد طهر خطأ في كمية الخلطة الإسفلتية المعلنة في العرض، أرادت المقاطعة تصحيح العرض إلا أنها تراجعت لأن العرض قد اقترب من نهايته، و لن يصل التصحيح للمناقصين في الموعد، و بعد أن قبلت شركة "hsi" وافقت المقاطعة على العرض المقدم من هذه الشركة، ومن أجل تصحيح الخطأ عرضت المقاطعة العرض مرة أخرى بكمية الخلطة الاسفلتية الصحيحة، جاءت عروض عديدة لم يكن عرض "HSI" أقلها، فرسا العرض على المناقص الأقل، لم ترض شركة "HSI" فقاضت المقاطعة، محكمة المقاطعة حكمت لصالح المقاطعة لأنه لم يكن هناك اتفاق ملزم إلا أن المحكمة العليا في ولاية أيوا قررت أن العقد الأول ملزم لأن العرض كان واضحا من حيث تاريخ و أيام العمل و السعر و الكمية و أن موافقة مجلس المقاطعة لم تكن مشروطة، و عليه فإن رفض المقاطعة لعرض شركة "HSI" و الذي قبلته سابقا هو خرق لاتفاق ملزم، القضية مطروحة على العنوان التالي:

http :www.the lenreid.com/articles/construction and government contract.htm

153- **نبيل إسماعيل الشبلاق**، المرجع السابق، ص 38، *ولمزيد من التفاصيل راجع كل من*: **بشار طلال أحمد المومني**، المرجع السابق، ص 66، **د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز** المر جع السابق، ص 216، **ود/ إلياس ناصيف**، المرجع السابق، ص 84، **رامي محمد علوان**، المرجع السابق، ص 248**ود/ نبيل زيد المقابلة**، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الولي الخاص، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2009، ص 63.

كان إيجاب بات ينتج عن قبوله انعقاد العقد، أم أنه مجرد دعوة إلى التعاقد[154]، فقد يرد في العرض من العبارات ما يحدد أنه إيجاب بات، كأن ينص فيه على أن "هذا العرض غير قابل للإلغاء"، أو"الموقع على استعداد لإرسال السلعة إليكم في حال إبداءكم قبولا لهذا العرض"، وقد ينص في العرض على تحديد مدة يجوز فيها قبوله كأن يرد فيه "و لكم ثلاثون يوما لإعلان قبولكم للعرض أو رفضه"[155]، فالنص على مثل هذه العبارات في صيغة العرض، يجزم للطرف الآخر بأن صاحب العرض "الموجب" ينوي الالتزام بعرضه، كما يلزم لاعتبار الإيجاب باتا أن يخلو من أية تحفظات تؤثر في الزاميته[156].

2- سريان الإيجاب الإلكتروني

لا يكون للإيجاب الإلكتروني فاعلية بمجرد صدوره من الموجب، وا ٍنما يكون بعرضه على الموقع الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت على الجمهور أو بإرساله إلى شخص محدد عبر البريد الإلكتروني[157]، مشتملا العناصر الجوهرية اللازمة للتعاقد[158]، ويترتب على ذلك نشوء حق لمن وجه إليه الإيجاب الإلكتروني في قبوله، وهنا لابد من التمييز بين حالتين: حالة الإيجاب الإلكتروني الموجه للجمهور، وحالة الإيجاب الإلكتروني الموجه إلى شخص محدد، وهو ما سوف نبينه في النقطتين التاليتين:

أ- حالة الإيجاب الإلكتروني العام

قد يقترن الإيجاب الإلكتروني الموجه للجمهور عبر مواقع الويب بمدة زمنية لا يمكن خلالها للموجب التراجع عن إيجابه وا ٍلا قامت مسؤوليته والتزم بتعويض الطرف

154- **محمود عبد الرحيم الشريفات**، المرجع السابق، ص 132، **ود/ محمد سعد خليفة**، البيع عبر الإنترنت و حماية المستهلك في ضوء قانون المعاملات الإلكترونية البحريني، المرجع السابق، ص 31.

155- **عبد الرحمن بن صالح القهرة**، المرجع السابق، ص 192.

156- **إيمان مأمون أحمد سليمان**، المرجع السابق، ص

157- **د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 218، وكذلك كل من: **د/ إلياس ناصيف**، المرجع السابق، ص 84.

158- **آمانج رحيم أحمد**، المرجع السابق، ص 145، و**محمود عبد الرحيم الشريفات**، المرجع السابق، ص 131.

الآخر[159]، وبانتهاء هذه المدة يمكن للموجب سحب إيجابه بطريقة مباشرة أو بتوجيه إيجاب جديد[160].

أما إذا لم يعين الموجب ميعادا لإيجابه و هو نادر الحدوث عبر صفحات الويب فيرى البعض[161] أن الموجب لا يبقى على إيجابه إلا ما دام العرض قائما على الشاشة، فإذا ما اختفى العرض عن الصفحة التي كان معروضا عليها، فإن ذلك يعد قرينة على انتهاء الإيجاب، وا ٍذا ما قام العميل أو أي من الجمهور بطلب السلعة أو الخدمة بعد ذلك فإن طلبه هنا، يعتبر إيجابا يحتاج إلى قبول المنتج أو المورد من جديد.

ب- حالة الإيجاب الإلكتروني الخاص

كما يمكن توجيه الإيجاب إلى شخص محدد عبر البريد الإلكتروني ويكون مقرونا بمدة زمنية لا يمكن للموجب خلالها سحبه أو العدول عنه، لكن بعد فوات هذه المدة فالإيجاب لا يعد قائما حتى وا ٍن قبله الموجه إليه، لأنه في هذه الحالة لا حاجة لإعلام الموجه إليه بفوات المدة[162].

أما إذا كان الإيجاب غير مقرون بأجل و موجها إلى شخص محدد، فإن صاحبه ملزم باحترام أجل معقول يستخلصه قضاة الموضوع من ظروف الحال، وهو الأجل الضروري للتروي و التفكير و اتخاذ القرار من قبل الشخص الموجه إليه، وأي خرق لهذا الالتزام يجبر عن طريق التعويض.[163]ونظرا إلى الطابع السريع والمتغير للإنترنت واستعمالاتها في مجال التعاقد الإلكتروني نجد بعض الدول[164] تسعى إلى إلزام الموجب بالبقاء على إيجابه طيلة المدة التي يبقى فيها قابلا للتفحص بالطرق الإلكترونية.

159- **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 164.

160- GHAZOUANI Chiheb, op.cit, P149.

161- **د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل**، « ***الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية*** »، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2003، ص 91، **ود/ عمر خالد الزريقات**، المرجع السابق، ص 136.

162- NAIMI CHARBONNIER Marine, op.cit, p 48.

163- **د/ عمر خالد الزريقات**، المرجع السابق، ص 136.

164- مثل فرنسا التي نصت على ذلك في المادة 1369/4 من التقنين المدني، وهو النص الذي أخذ به المشروع الأولي لمشروع قانون الثقة في الإقتصادي الرقمي. *راجع القانون المدني الفرنسي من خلال الموقع:* www.droit.org

الفرع الثاني
القبول الإلكتروني

لا يكفي لإبرام العقود بوجه عام وجود الإيجاب وحده، بل لابد أن تقابله إرادة عقدية أخرى، تتضمن قبولا لهذا الإيجاب، فالعقود الإلكترونية شأنها شأن العقود التقليدية تتطلب بدورها صدور قبول إلكتروني مطابق للإيجاب الإلكتروني حتى تنعقد وترتب آثارها، إلا أن وجه الخصوصية فيها يكمن في الوسيلة المستعملة للتعاقد، والتي أضفت بعض المميزات على القبول الإلكتروني شأنه في ذلك شأن الإيجاب الإلكتروني، ولتوضيحها سنتناول تعريف القبول الإلكتروني في نقطة أولى، لنبين في الثانية طرق التعبير عنه عبر شبكة الإنترنت، وأخيرا نتطرق في نقطة ثالثة للشروط التي يجب أن يستجمعها القبول الإلكتروني حتى تضفى عليه الصحة و يرتب آثاره القانونية.

أولا: تعريف القبول الإلكتروني

يعرف القبول بأنه:« ***التعبير عن رضا الموجب له بإبرام العقد بالشروط التي عينها الموجب***»[165]، وقد عرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه:

« ***ثاني كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء تصرف و به يتم العقد***»[166]، وعرفه القانون المدني الأردني في المادة 91 منه بأنه:

« ***اللفظ الثاني الذي يستعمل عرفا لإنشاء العقد*** » [167]، بينما لم يتضمن القانون المدني الجزائري، والقانون المدني المصري نصا يعرف القبول.

فالقبول بشكل عام، يعد الإرادة الثانية في العقد والصادرة عن من و جه إليه الإيجاب معبرا من خلالها بصفة قاطعة وجازمة عن رغبته في التعاقد وفقا للعناصر الجوهرية

---

[165]- **رامي علوان**، المرجع السابق، ص 250.

[166]- *مشار لدى*: **محمود عبد الرحيم الشريفات**، المرجع السابق، ص 143، *وكذلك*: **ولما عبد الله صادق سلهب**، المرجع السابق، ص 94.

[167]- راجع القانون المدني الأردني على الموقع: www.alexalaw.com/7693-topic *ومشار إليه*: د/ **نزيه الصادق المهدي**، المرجع السابق، ص 228، *وأنظر كذلك كل من*: ود/ **سمير حامد عبد العزيز الجمال**، المرجع السابق، ص 119، **و محمود عبد الرحيم الشريفات**، المرجع السابق، ص 143.

المعبر عنها في الإيجاب، ويجب أن يكون خاليا من أي قيد وا ٍلا عُ دّ إيجابيا جديدا[168]، وهذا ما قضت به المادة 66 من التقنين المدني الجزائري[169] المقابلة للمادة 96 من القانون المدني المصري[170]، و المطابقة للمادة 99 من القانون المدني الأردني[171].

والقبول الإلكتروني لا يخرج في مضمونه عن هذه التعاريف سوى أنه يتم عبر وسائط إلكترونية من خلال شبكة الإنترنت[172]، مما يجعله قبول يتم عن بعد، فهو بذلك يخضع لذات القواعد والأحكام التي تنظم القبول التقليدي، وا ٍن كان يتميز ببعض الخصوصية التي ترجع إلى طبيعته الإلكترونية[173].

بالرجوع إلى القوانين المنظمة للمعاملات الإلكترونية نجدها لم تورد أي تعريف للقبول الإلكتروني بل اكتفت بنص على جواز التعبير عنه عبر رسائل المعلومات[174]، وعلى هذا النهج سارت غالبية القوانين العربية المنظمة لمسألة التجارة والتعاقد الإلكترونيين[175].

168- *راجع في ذلك كل من* : **د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 247، و**د/ خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 340، و **د/ أسامة أبو الحسن مجاهد**، المرجع السابق، ص 79، و**سمير عبد السميع الأودن**، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف، مصر، 2005 ، ص 54.

169- الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

170- *مشار لدى:* **لما عبد الله صادق سلهب**، المرجع السابق، ص 95.

171- راجع أحكام القانون الأردني على الموقع: www.alexalaw.com/7693-topic

172- NAIMI CHARBONNIER Marine, op-cit, P 89.

173- **د/ خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني- دراسة مقارنة، المرجع السابق ص 340، *وكذلك:* و د/ **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، عقود التجارة الإلكترونية- العقود الإلكترونية-القانون الواجب التطبيق- المنازعات العقدية وغير العقدية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص 50.

174- حيث نصت المادة 11 من قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر في 1996/12/16 على أنه:"يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن القبول و العقد لا يفقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة البيانات لهذا العرض". *متوفر على الموقع:* www.unictral.org/textes/electcom.

175- أنظر المادة 31 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001، و المادة 1/13 من قانون المعاملات و التجارة الإلكترونية الإماراتي رقم 2 لسنة 2002، و المادة 1/9 من مرسوم قانون المعاملات الإلكترونية البحريني، و المادة 8 من مشروع قانون التجارة الإلكتروني الكويتي، *مشار إليه لدى:* **محمود عبد الرحيم الشريفات**، المرجع السابق، ص 143.

ثانيا: صور التعبير عن القبول في العقود الإلكترونية

باعتبار القبول تعبيرا عن الرضا فإنه يخضع لمبدأ الرضائية الذي يحرر إبرام العقود من الشكلية، وتطبيقا لهذا المبدأ على القبول في العقود الإلكترونية، يضفي إلى عدم اشتراط شكل في القبول الإلكتروني سواء تم بتعبير الصريح أو الضمني. وسنتناول في النقاط الموالية صور القبول الإلكتروني الذي يتم عبر شبكة الإنترنت من خلال التطرق للتعبير الصريح عن القبول في العقود الإلكترونية في نقطة أولى، ومن ثم التعبير الضمني عن القبول في العقود الإلكترونية في نقطة ثانية.

1-التعبير الصريح عن القبول في العقود الإلكترونية

يكون التعبير عن القبول صريحا إذا كان المظهر الذي اتخذه مظهرا موضوعا في ذاته للكشف عن هذه الإرادة حسب المألوف بين الناس، فالتعبير الصريح قد يكون بالكلام أو الكتابة وأيضا بالإشارة المتداولة عرفا، وباتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود[176]، وفي العقود الإلكترونية يتم التعبير الصريح عن القبول باستخدام التقنيات الأساسية المتوفرة على شبكة الإنترنت، والمتمثلة أساسا في: الكتابة عبر البريد الإلكتروني، النقر على زر القبول أو على الفأرة، والمحادثة المباشرة من خلال تقنية الصوت والصورة المتوفرة على شبكة الإنترنت.

أ- القبول عن طريق البريد الإلكتروني

يحق للموجه إليه الإيجاب أن يستخدم البريد الإلكتروني في إرسال موافقته على الإيجاب الذي وصله بنفس الطريقة، كما يمكنه أن يجيب برسالة إلكترونية على عرض متاح على موقع يزوره على شبكة الويب[177]، وليس هناك أي شك في أن إرسال مثل

---

[176]- **بشار عصمت سميح سكري**، العقود الإلكترونية، أطروحة لنيل درجة الكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بيروت العربية، لبنان، 2008، ص 85.، وكذلك: **د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري**، المرجع السابق، ص 175، و ما بعدها.

[177]- **د/ عمر خالد زريقات**، المرجع السابق، ص 145، و**د/ محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص 48، و**د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال**، المرجع السابق، ص 127، و**د/ نبيل محمد أحمد صبيح**، « ***حماية المستهلك***=

هذه الرسالة يعد قبولا صريحا للإيجاب[178]، ويمكن اعتباره دليلا على إبرام العقد بشرط أن يكون في الإمكان تحديد الشخص الذي صدر عنه، وأن يتم حفظ الرسالة في ظروف من شأنها أن تضمن سلامتها وعدم تعرضها للتعديل[179]؛ وإن كان بعض الفقه[180] يفرق في حجية القبول عن طريق البريد الإلكتروني كدليل إثبات كامل يختلف حسب ما إذا كان هذا البريد الإلكتروني عاديا أم ممهورا بتوقيع الإلكتروني.

ب- القبول عن طريق النقر على زر القبول أو على الفأرة

يمكن أن يتم القبول عن طريق الضغط على زر القبول الموجود بلوح مفاتيح جهاز الكمبيوتر[181]، أو بالنقر على الأيقونة المخصصة للقبول في العقود المبرمة عبر

=***في التعاملات الإلكترونية***»، مجلة الحقوق، مجلة علمية محكمة تصدر عن مجلس النشر العلمي، العدد2، الكويت، 2008، ص 190.

[178]- **محمود عبد الرحيم الشريفات**، المرجع السابق، ص 144. *وكذلك:*

- NAIMI CHARBONNIER Marine, op-cit, P 71.

[179]- **د/ نزيه الصادق المهدي** ، المرجع السابق، ص 230.

- هو ما تضمنته المادة 1316-1 من التقنين المدني الفرنسي المعدلة بموجب قانون 2000-230 المؤرخ في 2000/03/13 حول ملائمة قانون الإثبات مع تكنولوجيا الإعلام و المتعلق بالتوقيع الإلكتروني، التي نصت على أنه:

-« *L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier,sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité* », *voir :* Le code civil français (date de modification le 24-12-2010) disponible sur le cite: www.droit.org

[180]- حيث يرى **د/ عبد الهادي فوزي العوضي** أن البريد الإلكتروني العادي الغير الممهور بالتوقيع الإلكتروني يخضع للقواعد العامة للإثبات، و هي تطبق عليه في كل حالة حسب طبيعتها وما تستلزمه من قوة معينة في الإثبات حيث تختلف قوته في الإثبات مثلا في المواد التجارية عن المواد المدنية، و في حالة استحالة الحصول على دليل كتابي قد يعتبر من مبدأ ثبوت الكتابة، أما رسالة البريد الإلكتروني الممهورة بالتوقيع الإلكتروني فتأخذ دائما حجية المحرر العرفي في الإثبات، **د/ عبد الهادي فوزي العوضي**، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر، 2009، ص 77.

[181]- **د/ عادل حسن علي**، الإطار القانوني لعقود المعاملات الإلكترونية، مكتبة زهراء الشرق، مصر، 2007، ص 34.

الويب[182]، وتستعمل هذه الطريقة في العادة لقبول الإيجاب الذي يكون قد وجه عن طريق صفحات الإنترنت، وقد يشترط الموجب في إيجابه وأن يتم إجراء القبول عن طريق النقر مرتين على الأيقونة المخصصة للقبول والموجودة على الشاشة[183]، وغالبا ما يلجأ الموجب إلى هذه الطريقة للتأكد من موافقة القابل على التعاقد، وحتى لا يتذرع القابل بأن النقرة الأولى كانت عن طريق السهو أو الخطأ، فالنقر مرتان دليل على موافقة القابل على إبرام العقد[184].

وفي حالات أخرى قد يشترط الموجب بعض الإجراءات اللاحقة لصدور القبول، كالإجابة على بعض الأسئلة التي توجه إلى القابل، مثل تحديد محل إقامته الذي يتعين إرسال المنتج إليه، أو بكتابة بعض البيانات المتعلقة به، مثلا رقم بطاقة ائتمانه، والقصد من هذه الإجراءات هو تأكيد القبول وجعله في صورة أكثر فاعلية بمنح القابل فرصة للتروي والتدبر والتأكد من رغبته في القبول وا ٍبرام العقد[185].

والملاحظ في هذا الصدد أن القضاء قد سار باتجاه تأكيد القبول للتعبير عن الرغبة الجادة المؤكدة، يشترط أن يكون القبول واضحا، محددا و حاسما، لذلك ينصح أن يتم التعبير عن القبول بلمستين (أي النقر المضاعف أو مزدوجا) و ليس بلمسة واحدة تأكيدا لتصميم من وجه إليه الإيجاب على قبوله، وهو ما اشترطته بعض القوانين وبعض الفقه.[186]

---

[182]- **آمانج رحيم أحمد**، المرجع السابق، ص 160، و راجع ذلك أيضا: **د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل**، المرجع السابق، ص 94، **و بشار طلال أحمد المومني**، المرجع السابق، ص 72.

- NAIMI CHARBONNIER Marine, op-cit, P 71.

[183]- **د/ أسامة أحمد بدر**، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني-دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص 206، *وكذلك*: و**إيمان مأمون أحمد سليمان**، المرجع السابق، ص 159.

[184]- **د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال**، المرجع السابق، ص 127.

[185]- **لما عبد الله صادق سلهب**، المرجع السابق، ص 104.

[186]- فقد ورد في البند السابق من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية بشأن القبول ضرورة وجود تأكيد للأمر بالشراء، كما ورد بالتعليق على ذات البند أن القبول و تأكيد الأمر بالشراء يجب أن يتحقق بمجموعة من الأوامر على صفحات الشاشة المتعاقبة، بحيث تتضمن هذه الأوامر صراحة ارتباط المستهلك على وجه جازم، *مشار إليه لدى*: **د/ أسامة أبو الحسن مجاهد**، المرجع السابق، ص 85.

ج-القبول عبر المحادثة أو المشاهدة عبر الإنترنت : في هذه التقنية يكون التعبير عن القبول بشكل صريح في أبلغ صوره، نتيجة لكون الأطراف المتعاقدة تستطيع أن تسمع وترى بعضها البعض في بث فوري ومباشر، فالمتعاقدين من خلال تقنية الصوت والصورة بإمكانهم إجراء المناقشات والمفاوضات فيما بينهم[187]، وبإمكانهم أيضا التعبير عن إراداتهم بالإيجاب والقبول سواء كان ذلك من خلال القبول أي بالألفاظ المباشرة، أو من خلال الإشارة المتداولة عرفا، مثل تحريك الرأس عموديا للدلالة على القبول أو أفقيا للدلالة على الرفض[188].

2-التعبير الضمني عن القبول في العقود الإلكترونية

يكون التعبير عن القبول ضمنيا إذا كان المظهر الذي اتخذه ليس في ذاته موضوعا للكشف عن القبول، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذا القبول[189] كالبدء بتنفيذ العقد.

أما التعبير الضمني عن القبول في العقود الإلكترونية فمن الممكن أن نجد له تطبيقات على شبكة الإنترنت، ومثال ذلك قيام القابل بتحميل برامج إلكترونية أو عروض تجريبية مجانية على جهازه الشخصي، حيث إن هناك العديد من شركات البرامج الإلكترونية تتيح للزبائن المحتملين (بعرض الدعاية) تجربة إصداراتها من البرامج لفترة محدودة ومن ثم تنتهي صلاحية هذه البرامج المحل مثل برنامج مضاد الفيروسات "MCAFEE"وا ن قيام القابل بتحميل البرنامج على جهازه من دون أن يكتب أو يتلفظ بالقبول، هو من باب الفعل الدال على الرضا[190]، أي هو تعبير ضمني بالقبول كما يعد

---

[187]- **لما عبد الله صادق سلهب**، المرجع السابق، ص 104، وكل من: **محمود عبد الرحيم الشريفات**، المرجع السابق، ص 144، **ود/ نبيل محمد أحمد صبيح**، المرجع السابق، ص 190.

[188]- **بشار عصمت سميح سكري**، المرجع السابق، ص 93.

[189]- **د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري**، المرجع السابق، ص 175.

[190]- **بشار عصمت سميح سكري**، المرجع السابق، ص 94.

البدأ بتنفيذ العقد الذي اقترحه الموجب بدفع الثمن للبائع عن طريق إعطائه رقم البطاقة السري من قبل القبول الضمني[191].

ولقد اختلف موقف الفقه بين مؤيد و معارض لجواز التعبير الضمني عن القبول في العقود الإلكترونية، فهناك من يرى[192] بأن قيام الموجب له بأي تصرف أو عمل يفيد بقبوله للإيجاب يعتبر قبولا ضمنيا، بينما يذهب جانب آخر من الفقه[193] إلى أن التعبير عن القبول الإلكتروني لا يكون إلا صريحا، فالقبول الإلكتروني يتم عن طريق أجهزة وبرامج إلكترونية تعمل آليا وهذه الأجهزة لا يمكنها استخلاص أو استنتاج إرادة المتعاقد.

ثالثا: الشروط الواجب توافرها في القبول الإلكتروني

لا يكفي التعبير عن القبول لكي ينعقد العقد فلابد أن يستجمع هذا القبول بعض الشروط لكي ينتج أثره، والتي تتجسد في صدور القبول والإيجاب مازال قائما، بالإضافة إلى تطابق القبول بالإيجاب، وأخير ً ا يجب أن يكون القبول جازما، وسنتطرق لهذه النقاط فيما يلي:

1- صدور القبول والإيجاب لايزال قائم

يجب أن يصدر القبول الإلكتروني في لحظة يكون الإيجاب الإلكتروني ما زال قائما فيها[194]، أي في المدة التي حددها الموجب لإيجابه في حالة وجود مثل هذه المدة أو في مدة معقولة في حال ما لم تحدد[195]، فلا أثر للقبول إلا إذا صدر أثناء قيام الإيجاب[196]، وهذا ما أكده مشروع العقد النموذجي بشأن المعاملات الإلكترونية الذي

---

[191]- **د/ خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 343، و راجع صور أخرى للقبول الضمني الإلكتروني لدى: **محمود عبد الرحيم الشريفات**، المرجع السابق، ص 145.

[192]- **د/ نزيه الصادق المهدي**، ، المرجع السابق، ص 231، و**بشار عصمت سميح سكري**، المرجع السابق، ص 94.

[193]- **د/ خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 343، *وراجع كذلك*: **ولما عبد الله صادق سلهب**، المرجع السابق، ص 105.

[194]- **د/ نزيه الصادق المهدي**، المرجع السابق، ص 233.

[195]- **لما عبد الله صادق سلهب**، المرجع السابق، ص 97.

[196]- **د/ عبد الرزاق السنهوري**، المرجع السابق، ص. 89=

أعدته لجنة اليونسيترال، حيث جاء في البند 2 منه: « ***يعتبر القبول مقبولا إذا تسلم مرسل هذا الإيجاب قبولا غير مشروط للإيجاب، خلال التوقيت المحدد***».[197]

أما في حالة عرض الموجب إيجابه عبر خدمات الاتصال المباشر عبر الإنترنت كغرف المحادثة وهاتف الإنترنت، فإن القبول يجب أن يصدر مباشرة أو أثناء المحادثة وقبل إتمامها فإذا ما انتهت المحادثة دون قبول الإيجاب، ينقضي الإيجاب ولا عبرة بالقبول الذي يصدر بعده[198]، وقد أكدت اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع على وجوب قبول الإيجاب الشفوي مباشرة إلا إذا تبين من الظروف خلاف ذلك.[199]

2- مطابقة القبول للإيجاب

إن ّ قيام العقد يتطلب المطابقة التامة بين الإيجاب و القبول[200]، و هذا الحكم جاء بنص *المادة 59 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه:*

« ***يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية***»[201]، وهو ما أقره المشرع المصري في المادتين 69 و 96 من القانون المدني المصري.

وحتى يكون القبول مطابقا للإيجاب يجب أن يصدر منجزا بلا قيد أو شرط، وأن لا يتضمن أي تعديل في الإيجاب[202]، فإذا لحق الإيجاب زيادة أو نقص فيه، فإن العقد لا

=-يمكن استخلاص هذا الشرط من نص المادة 63 و64 من القانون المدني الجزائري، و كذا المادة 94 من القانون المدني المصري، و المادة 96 من القانون المدني الأردني.

197- **محمود عبد الرحيم الشريفات**، المرجع السابق، ص 149.

198- **رامي علوان**، مرجع سابق، ص 251.

199- تنص المادة 2/18 من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع لعام 1980 على أن "***يلزم قبول الإيجاب الشفوي في الحال ما لم يتبين من الظروف خلاف ذلك***"، متوفر على الموقع:
www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html

200- **لما عبد الله صادق سلهب**، المرجع السابق، ص 98.

201- الأمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

202- **د/ نزيه الصادق المهدي**، المرجع السابق، ص 233.

ينعقد ويعد مثل هذا القبول رفضا يتضمن إيجابا جديدا[203]، وهذا ما نصت عليه المادة 66 من القانون المدني الجزائري و المادة 96 من القانون المدني المصري.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يلزم فيما يتعلق بمطابقة القبول للإيجاب أن يكون مطابقا له في كافة المسائل، إذ يكفي الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية لإتمام العقد، أما المسائل التفصيلية فإرجاء الاتفاق عليها، لا يؤثر على التعاقد، ويترك أمر الفصل فيها للقاضي في حالة النزاع[204].

3- أن يكون القبول جازما

يشترط في القبول أن يصدر حاسما جازما، أي تنتجه فيه إرادة القابل إلى الالتزام بالعقد فالقبول هو تعبير عن الإرادة تماما كالإيجاب، وعليه يجب أن تكون هذه الإرادة جازمة متجهة إلى تكوين العقد و الالتزام به[205].

إلا أن بعض التشريعات الحديثة وبغية حماية المستهلك في العقود التي تبرم عن بعد وخصوصا بالوسائل الإلكترونية كالإنترنت، درجت على إعطاء المستهلك الحق في العدول عن قبوله وا ٍعادة السلعة إلى البائع. إلا أنه يجب التأكيد أن حق العدول هو حق يعطي للمستهلك بعد إبرام العقد، وبالتالي بعد صدور قبول بات من المستهلك.

أقرت بعض التشريعات هذا الحق مثل قانون التوجيه الأوروبي رقم 97/7 والخاص بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، حيث أعطت المادة السادسة منه للمستهلك الحق خلال سبعة أيام عمل تالية لإبرام العقد بأن يعدل عن قبوله ودون إبداء أسباب أو تحمل أية نفقات باستثناء نفقات الرد وتحسب المدة من اليوم التالي لتسليم البضاعة أو من يوم إبرام العقد بالنسبة للخدمات[206]، كما منح المشرع التونسي في المادة 29 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية المستهلك هذا الحق حيث أجاز له وخلال مدة عشرة

---

[203]- **رامي محمد علوان**،، المرجع السابق، ص 251.

[204]- **عبد الرحمن بن صالح القهرة**، المرجع السابق، ص 191.

[205]- **د/ نزيه الصادق المهدي**، المرجع السابق، ص 234.

[206]- Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, op-cit.

أيام أن يعدل عن الشراء و يعيد السلعة دون تحمل أية نفقات سوى مصاريف الإرجاع[207].

وحق العدول ليس مطلقا فهناك بعض العقود التي لا يحق للمستهلك أن يعدل عن قبوله فيها مثل عقود توريد التسجيلات السمعية والبصرية وبرامج الكومبيوتر، إذا تم تمزيق غلافها، و عقود توريد السلع المصنعة بمواصفات حددها المستهلك، أو العقود الخاصة بتوريد السلع سريعة التلف[208]، وبالتالي فإن الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني شأنهما شأن العقود التقليدية في خضوعهما للنفس الشروط والأحكام، إلا أن وجه الخصوص يكمن في الوسيلة التي يتم من خلالها التعبير عنهما.

المطلب الثاني

زمان و مكان انعقاد العقود الإلكترونية

إن مسألة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد لا تثير أية إشكالية في التعاقد بين حاضرين، إذ يقترن القبول بالإيجاب في لحظة ومكان تواجدهما، ولكن تظهر الصعوبة أكثر في التعاقد بين غائبين، وذلك لوجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به.

وبما أن العقود الإلكترونية تتم عادة بين أطراف لا يجمعهم مكان واحد، لذلك فهي تدخل في وصف التعاقد بين غائبين من حيث المكان دائما، ولكن بفضل الخدمات المتنوعة والمتعددة التي تتيحها الإنترنت، قد يتوفر للطرفين المتعاقدين عبر الشبكة إمكانية إبرام العقد بشكل آني دون أن تفصل فترة زمنية بين صدور القبول الإلكتروني وعلم الموجب به، لذلك يمكن أن يوصف التعاقد عبر شبكة الإنترنت بأنه تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، وفي حالات أخرى قد لا يتحقق هذا التزامن، مما يوصف التعاقد بأنه بين غائبين.

---

[207]- متوفر على الموقع: ttp://www.f-law.net/law/archive/index.php?t-39286.html *وكذلك*: **محمود عبد الرحيم الشريفات**، المرجع السابق، ص 157.

[208]- **د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 262.

لذا سنبحث مسألة زمان انعقاد العقد في فرع أول منفصلة عن مسألة مكان انعقاده التي تتناولها في فرع ثاني و ذلك لسبب واحد هو أن الإنترنت مكنت من

الفرع الأول
زمان انعقاد العقود الإلكترونية

حظيت مسألة تحديد زمان انعقاد العقد بشكل عام باهتمام كبير من الفقه والتشريع، وذلك لأهمية النتائج التي تترتب على تحديد هذه المسألة، أهمها معرفة أهلية المتعاقدين لحظة انعقاد العقد، وتحديد نقطة بداية آثار العقد، ومن خلالها أيضا يتحدد القانون الواجب التطبيق وهو القانون الساري وقت انعقاد العقد.[209]

ونظرا لأهمية التي حظيت بها مسألة زمان انعقاد العقد، نجد أن الحلول المقترحة لمعالجتها قد تعددت، فالفقه قد اقترح أربع نظريات لحل هذه المسألة، لكن أثبت قصورها في عالم الإنترنت، وبدى من الضروري إعمال مبدأ سلطان الإرادة لتحديد زمان انعقاد العقد، كما اختلفت الحلول القانونية المتبناة لحل هذه المسألة في القوانين الدولية، الإقليمية والوطنية.

أولا: قصور الحلول التقليدية بالنسبة للتعاقد الإلكتروني

تبنى الفقه القانوني عدة نظريات يحدد بموجبها وقت انعقاد العقد بين غائبين، وتستند هذه النظريات إلى لحظة اقتران القبول بالإيجاب، ولكنها اختلفت فيما إذا كانت هذه اللحظة هي إعلان القبول، أم تصدير القبول أم العلم بالقبول، وسوف نبحث هذه النظريات في النقاط الموالية مع تطبيقها على العقود التي تبرم عبر شبكة الإنترنت.

أ- **نظرية إعلان القبول:** يرى أنصار هذه النظرية أن العقد يتم بمجرد إعلان القبول وقبل أن يصل إلى علم الموجب، فيكفي حتى ينعقد العقد أن يقرأ المتعاقد رسالة

---

[209]- *لمزيد من التفصيل عن هذه المسألة راجع كل من:* **نضال إسماعيل برهم**، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 58، و **بشار طلال أحمد المومني**، المرجع السابق، ص 76، و **د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 268.

بريد إلكتروني تتضمن إيجابا [210]، ويقول قبلت الإيجاب دون أن يقوم بأي تصرف كإرسال رسالة إلى الموجب ليعلمه بالقبول ويستوي أيضا في هذه النظرية أن يقرأ الشخص رسالة نصية في غرف المحادثة تتضمن إيجابا ويعلن قبوله لهذا الإيجاب دون أن يرسل ردا للطرف الآخر.[211]

يؤخذ على هذه النظرية أنها تجاهلت إرادة الموجب، فمن حق هذا الأخير أن يعدل عن إيجابه إذا لم يكن محدد المدة، ولم يرتبط به القبول فعدم وصول القبول إلى الموجب يجعل من حقه أن يرجع عنه، حتى لو كان المتعاقد الآخر قد أعلن قبوله، وذلك لأن القبول إرادة، والإرادة لا تنتج أثرها إلا من وقت علم من وجّهت إليه بها[212].

أضف إلى ذلك أن هذه النظرية تجعل من انعقاد العقد مسألة في يد القابل وحده، حيث يكون بإمكانه أن يعلن قبوله و لا يرسله، و يتراجع عنه متى شاء دون أن يستطيع أحد إثبات ذلك[213]، سيما في بيئة إلكترونية افتراضية لا ترتكز على أية مرتكزات مادية كالإنترنت.

ب-نظرية تصدير القبول: مفاد هذه النظرية أن العقد ينعقد في المكان والزمان اللّذين يصدر فيهما القابل قبوله[214]، وعليه لا يكفي لانعقاد العقد أن يعلن القابل عن

---

[210]- **د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال**، المرجع السابق، ص 136، و **د/ عمر خالد زريقات**، المرجع السابق، ص 157، ، و**د/ رضا متولي وهدان**، « ***النظام القانوني للعقد الإلكتروني –دراسة مقارنة في القوانين الوطنية وقانون الأونيسترال النموذجي والفقه الإسلامي*** »، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، جامعة المنصورة، العدد 42، 2007، ص 89.

[211]- **د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 271، **ومحمود عبد الرحيم الشريفات**، المرجع السابق، ص 164، **و د/ خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 376.

[212]- **محمود عبد الرحيم الشريفات**، المرجع السابق، ص 165، *وكذلك كل من:* **آمانج رحيم أحمد**، المرجع السابق، ص 178-179، و**لما عبد الله صادق سلهب**، المرجع السابق، ص 124.

[213]- **د/ عمر خالد زريقات**، المرجع السابق، ص 158، و **د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 262، و**د/ محمد فواز المطالقة**، المرجع السابق، ص 70.

[214]- **د/ رضا متولي وهدان**، المرجع السابق، ص 90، و**إيمان مأمون أحمد سليمان**، المرجع السابق، ص 139، و**د/ خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 377.

قبوله بل يشترط حصول واقعة مادية هي تصدير القبول إلى الموجب، أي خروج القبول من يد صاحبه.[215]

وتطبيقا لذلك ينعقد العقد عندما يرسل القابل رسالة البريد الإلكتروني تتضمن قبوله ويضغط على زر الإرسال، فتخرج بالتالي هذه الرسالة من سيطرته ولا يعود بإمكانه التراجع عن القبول[216]، أو عندما يرسل القابل رسالة نصية تتضمن القبول إلى الطرف الآخر عن طريق خدمة غرف المحادثة.[217]

يؤخذ على هذه النظرية، بأن التصدير ما هو في حقيقة الأمر إلا واقعة مادية ليست لها أية قيمة قانونية ولا تكفي لتوافق الإرادتين الذي يعد جوهر انعقاد العقد[218]، كما عيب عليها أيضا، أن مجرد صدور رسالة البيانات المتضمنة لإرادة القبول لا يعني وصولها فعلا إلى نظام المعلومات للمرسل إليه أو لمورد خدمة الاتصال وذلك لأنه من الممكن أن يتعرض نظام المعلومات التابع للشخص المعني إلى خلل أو عيب يحول دون استقبال الرسالة[219]، كما يرى البعض[220]، بأن هذه النظرية لا تلاءم العقود الإلكترونية باعتبارها تتضمن وقتا بين التعبير عن القبول واستلامه من قبل الموجب، في حين أن التراضي في العقود الإلكترونية يتميز بالسرعة التي ألغت الفوارق الزمنية، بحيث يكفي أن يضغط

---

[215]- **د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 272، و**د/ الياس ناصيف**، المرجع السابق، ص 112، **د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال**، المرجع السابق، ص 137.

[216]- **د/ محمد سعد خليفة**، مشكلات البيع عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص65، *وكذلك*: **د/ محمد إبراهيم أبو الهيجاء** ، المرجع السابق، ص 53.

217- **محمود عبد الرحيم الشريفات**، المرجع السابق، ص 166، **ولما عبد الله صادق سلهب**، المرجع السابق، ص 125.

[218]- **د/ حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 211، و**د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 273.

[219]- **د/ محمد فواز المطالقة**، المرجع السابق، ص 71، **آمانج رحيم أحمد**، المرجع السابق، ص 180-181، و**د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 273، و**لما عبد الله صادق سلهب**، المرجع السابق، ص 126، **ومحمود عبد الرحيم الشريفات**، المرجع السابق، ص 167.

[220]- CHANIKIR Barhachima : problèmes posés par l'Internet dans la vente internationale de marchandises, DESS, diplôme d'Etudes Supérieures Spécialisées en Droit des Affaires, Université d'Abomey-Calavibénin, et Université de LAME TOGO 2003-2004, en ligne : http://www.signelec.com

الشخص على الزر ليصل قبوله في توه إلى الموجب، وهو ما يجعل هذه النظرية لا تلاءم العقود الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت.

ج- نظرية تسليم القبول: يرى أنصار هذه النظرية أن العقد يتم عندما يتسلم الموجب جواب الطرف القابل، حيث استلام القبول يجعل منه نهائيا إذ تنتمي إمكانية إستراده، ويستوي علم الموجب بالقبول من عدم علمه إذ وصول القبول إلى الموجب يعتبر قرينة على علمه [221]، وتطبيقا لذلك على العقود الإلكترونية فإنها تنعقد في لحظة وصول الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القبول إلى صندوق بريد الموجب، بغض النظر عما إذا كان الموجب قد استعرض بريده الإلكتروني وقرأ رسالة القبول أم لم يفعل[222].

يعيب البعض على هذه النظرية أنها لا تزيد على النظريتين السابقتين شيئا، ما دام أن إعلان القبول وتصديره لا يترتب عليه إنتاج القبول لأثره، على اعتبار أن القبول إرادة لا تنتج أثرها إلا بعلم الموجب بها، فإن تسليم القبول لا يزيد على اعتباره واقعة مادية لا يوجد لها قيمة قانونية في إثبات علم الموجب بالقبول.[223]

د-نظرية العلم بالقبول: وفقا لهذه النظرية، ينعقد العقد في الوقت الذي يعلم فيه الموجب فعلا بالقبول، وذلك باطلاعه على الرسالة المتضمنة القبول[224]، وتطبيقا لذلك

---

[221]- **د/ عمر خالد زريقات**، المرجع السابق، ص 159، و**د/ محمد فواز المطالقة**، المرجع السابق، ص 71، و**د/ إلياس ناصيف**، المرجع السابق، ص 112، و**نضال إسماعيل برهم**، المرجع السابق، ص 59.

[222]- **د/ محمد سعد خليفة**، مشكلات البيع عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 65، **د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 273. وكذلك:

-NAIMI CHARBONNIER Marine, op-cit, P 90.

[223]- **د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 273، **د/ محمد فواز المطالقة**، المرجع السابق، ص 71، **آمانج رحيم أحمد**، المرجع السابق، ص 182.

[224]- **نضال إسماعيل برهم**، المرجع السابق، ص 59، وكذلك كل من: **ود/ محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، عقود التجارة الإلكترونية...، المرجع السابق، ص 53، و**د/ رضا متولي وهدان**، المرجع السابق، ص 91.

-و هو المذهب الذي أخذ به القانون المدني الجزائري في المادة 61 و التي تنص على أن: "***ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، و يعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك***". كما تأخذ به أغلب التشريعات القانونية و منها: القانون المدني الإيطالي (المادة 1326)، القانون المدني لألماني(المادة 130)، القانون المدني الإسباني (المادة 2/262)، القانون المدني المصري (المادة 91)، القانون المدني العراقي (المادة 87)، القانون المدني الكويتي (المادة 49)، القانون المدني الليبي (المادة 97)، القانون المدني=

على التعاقد عبر الإنترنت، فإن لحظة انعقاد العقد هي لحظة علم الموجب بالقبول، وتتجسد عندما يفتح الموجب صندوق البريد الإلكتروني ويقرأ الرسالة التي تتضمن القبول، أو يطالع موقعه على شبكة الويب فيعلم عندها بأن هناك قبولا قد أرسل إليه وفق العقد النموذجي الذي أعده المرسل "الموجب" ابتداءا.

يؤخذ على هذه النظرية البطء في سير المعاملات، والأخذ بها بالشكل المطلق يجعل القابل تحت رحمة الموجب، لأن علم الموجب بالقبول أمر شخصي يصعب على القابل إثباته.[225]

لكن تطور البرمجيات المستمر والمتسارع أتاح إمكانية معرفة ما إذا كان البريد الإلكتروني الذي أرسل إلى شخص ما قد تم العلم به، فبرنامج " مايكروسوفت أوتلوك" يوفر هذه الميزة، حيث يظهر عند مرسل البريد الإلكتروني تقريرا في اللّحظة التي يفتح فيها الشخص الذي استلم البريد الإلكتروني الرسالة ويبين هذا التقرير الساعة والتاريخ التي تم فيها فتح الرسالة مع إمكانية طباعته على الورق، وبذلك يسهل إثبات علم الموجب بالقبول.[226]

بناء على ما ذكر سابقا فإن هذه النظرية الأخيرة أصبحت الأكثر استقامة مع المعاملات والعقود المبرمة عبر الإنترنت، بالرغم من أن التشريعات المنظمة للتعاقد الإلكتروني قد اعتمدت على نظرية تسليم القبول، وذلك إغفالا لأحدث البرامج المستخدمة عبر الإنترنت والتي تتيح إمكانيات لم تكن معروفة من قبل، مثل البريد الإلكتروني المنشأ على نظام ميكروسوفت أوتلوك، حيث بدأت إصدارات هذا البرنامج في عام 2000، في حين أن قوانين ومشاريع قوانين المعاملات الإلكترونية محل البحث جاءت متزامنة مع ظهور هذا البرنامج، ولكن هذه التشريعات لم تقم بدراسة ما يتيحه البرنامج المذكور من

=السوداني (المادة 43)، و قانون المعاملات المدنية الإماراتي (المادة 142)، *مشار إليهم لدى* : **محمود عبد الرحيم الشريفات** المر جع السابق، ص 170، هامش رقم: 02.

[225]- **آمانج رحيم أحمد**، المرجع السابق، ص 183.

[226]- **لما صادق سلهب**، المرجع السابق، ص 129.

إمكانيات، ومن ثم عدم اعتماد النظرية المناسبة والمتوافقة مع أحدث التطورات التكنولوجية.

ثانيا: ضرورة إعمال مبدأ سلطان الإرادة لتحديد زمان انعقاد العقود الإلكترونية

ثبت الدور الفعال لمبدأ سلطان الإرادة في ظل العقود التقليدية، وتم تكريسه في معظم الأنظمة القانونية التي نظمت المسألة، فأقرت للإطراف كامل الحرية في تحديد زمان انعقاد العقد كأصل، وأما في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق فإنه يأخذ بالحل الوارد في النصوص القانونية، والعقود الإلكترونية شأنها شأن العقود التقليدية، تعتد بمبدأ سلطان الإرادة لتحديد زمان انعقاد العقد.

فنجد معظم القوانين الدولية والوطنية المنظمة للتعاقد الإلكتروني والتجارة الإلكترونية قد كرست المبدأ واعتبرته الأصل في تحديد زمان انعقاد العقد، وأما في حالة عدم وجود اتفاق مسبق لأطراف التعاقد لتحديد زمان إبرام العقد الإلكتروني فيتم اللجوء إلى قواعد الواردة بها.

ويتم اتفاق الطرفين المتعاقدين المحدد لزمان انعقاد العقد الإلكتروني عادة من خلال ما يسمى باتفاقات التبادل الإلكتروني للبيانات.[227]

كما يعد اتفاق الأطراف على تحديد زمان انعقاد العقد الحل الأمثل لتفادي اختلاف الحلول التشريعية وتباين الحلول الواردة فيها بصدد مسألة محل البحث. فإعطاء الحرية للأطراف في تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني من شأنه أن تقلل من مخاطر اختلاف الحلول القانونية، خاصة مع الخدمات التي تقدمها شبكة الإنترنت والتي توفر إمكانية التعاقد بين أطراف ينتمون إلى دول مختلفة وقد يخضعون إلى أنظمة قانونية مختلفة تتضمن معالجات متباينة لمسألة زمان انعقاد العقد.

---

[227]- يعرف هذا الاتفاق بأنه:"**عبارة عن ترتيبات تعاقدية بين أشخاص تتناول الاتفاق على عدد من القضايا القانونية والتقنية المرتبطة باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات بين الأطراف المتعاملة، بما في ذلك دور و مسؤوليات الأطراف المعنية**". *مشار إليه لدى:* **آمانج رحيم أحمد**، المرجع السابق، ص 199، هامش رقم:03.

- كما عرفتها المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني بأنه:"**نقل المعلومات الكترونيا من شخص إلى آخر باستخدام نظام معالجة المعلومات**"، متوفر على الموقع : www.alexalaw.com/t7693-topic

ثالثا: موقف الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية والنموذجية من مسألة زمان انعقاد العقود الإلكترونية

لم يقتصر الخلاف في تحديد لحظة انعقاد العقود الإلكترونية على الفقه فقط، بل تباينت مواقف القوانين الوطنية وحتى الدولية في هذه المسألة، وهو ما يؤكد أهمية بحثها، لذا سنتطرق لموقف الاتفاقيات الدولية والإقليمية في نقطة أولى، لنتناول في الثانية موقف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، وأخيرا في نقطة ثالثة نتعرض لموقف القوانين الوطنية.

1-موقف الاتفاقيات الدولية والإقليمية

سنقتصر دراستنا بشأن الاتفاقيات الدولية على اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع، ومن ثم نستعرض موقف أهم الاتفاقيات الأوربية التي تناولت المسألة.

أ- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع: جاءت أحكام هذه الاتفاقية لتنظيم عقود البيع الدولي بغض النظر عن الوسيلة التي أبرمت من خلالها، فقد أجازت هذه الاتفاقية إبرام هذه العقود بأي وسيلة، و بالتالي فإن أحكامها تطبق على عقود البيع الدولية مهما كانت وسيلة إبرامها تقليدية أم إلكترونية[228].

وقد تطرقت الاتفاقية في المادة 23 منها إلى تحديد وقت انعقاد العقد، والتي أقرت أن العقد ينعقد في اللحظة التي يحدث فيها قبول الإيجاب أثره[229]، دون توضيح أكثر أوتحديد دقيق أو فعلي يوضح ماهية هذه اللّحظة[230]، كما أضافت المادة 18/2 منها أنه لا ينعقد العقد إلا بعد أن يصل القبول إلى الموجب في المدة التي اشترطها أو خلال مدة

---

[228]- **لما عبد الله صادق سلهب**، المرجع السابق، ص 137، **محمود عبد الرحيم الشريفات**، المرجع السابق، ص 172، و **د/ إيمان مأمون أحمد سليمان**، المرجع السابق، ص 143.

[229]- راجع أحكام اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980 المنشورة على الموقع التالي:
www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html

[230]- **محمود عبد الرحيم الشريفات**، المرجع السابق، ص 173، **لما عبد الله صادق سلهب**، المرجع السابق، ص 172، و**د/ طارق كاظم عجيل**، « ***مجلس العقد*** »، بحث مقدم لمؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية-الحكومة الإلكترونية)، مركز الإمارات للدراسات و البحوث، بتاريخ 19-20 مايو 2001، ص 296.

معقولة في حالة عدم وجود هذا الشرط[231]، وتضيف المادة 24 أن العقد ينعقد عندما يتسلم الموجب رسالة تتضمن القبول بغض النظر فيما إذا علم الموجب بمضمون الرسالة أم لم يعلم[232].

وتطبيقا لذلك، إذا ابرم عقد بيع دولي عبر الإنترنت بين دولتين منضمتين إلى الاتفاقية أو بين أفراد تلك الدولتين من خلال تبادل رسائل بريد إلكتروني، فإن العقد يعتبر قد انعقد في اللحظة التي تصل فيها إلى صندوق بريد الموجب رسالة بريد إلكتروني تتضمن قبولا للإيجاب بحيث تكون هذه الرسالة جاهزة لمعالجتها[233].

ب- موقف الاتفاقات الأوروبية:

نص الاتفاق الأوروبي النموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات على أنه: « **يعتبر *العقد الذي يتم باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات مبرما في الوقت و المكان الذين تصل فيهما الرسالة التي تشكل قبولا لعرض بواسطة التبادل الإلكتروني للبيانات إلى نظام كمبيوتر مقدم العرض*** »[234]، هذا ما يعني أخذه بنظرية وصول القبول.

كما أقر العقد النموذجي الأوروبي للتبادل الإلكتروني للبيانات "TEDIS"، نظرية الوصول فيما يتعلق بزمان انعقاد العقد حيث نص في مادته 3/3 على أنه:« ***تعد لحظة ومكان انعقاد العقد المبرم من خلال التبادل الإلكتروني للبيانات، هي اللحظة والمكان***

---

[231]- **د/ محمد شكري سرور**، موجز أحكام عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فينا 1980، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص 130 و ما بعدها، و**حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 217، **ود/ أسامة أبو الحسن مجاهد**، المرجع السابق، ص 95.

–و هو نفس مسلك مبادئ عقود التجارة الدولية الصادرة في روما عن المعهد الدولي لتوحيد قواعد القانون الخاص (Unidroit) لسنة 1994 في مادتها 2/6. راجع في ذلك: **د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 276، **وخالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني...، المرجع السابق، ص 381، ويمكن مراجعة هذه المبادئ عبر الإنترنت على الموقع: www.unidroit.org

[232]- **د/ عمر خالد الزريقات**، المرجع السابق، ص 162، **ولما عبد الله صادق سلهب**، المرجع السابق، ص 137.

[233]- **محمود عبد الرحيم الشريفات**، المرجع السابق، ص 173، **وحمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 217.

[234]- مشار إليه لدى: **د/ خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 381، و**د/ طارق كاظم عجيل**، المرجع السابق، ص 329.

الذين تستقبل فيهما الرسالة الإلكترونية الخاصة بقبول الإيجاب في النظام المعلوماتي للموجب».[235]

وكذلك أخذ التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 الصادر بتاريخ 2000/06/08 بذات الاتجاه عندما نص على أنه:« ***يعد العقد قد انعقد في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقرارا إلكترونيا مؤكدا من القابل بقبوله وقد حدد وقت استلام القبول في اللحظة التي يمكن للموجب خلالها من الدخول للبريد الإلكتروني***»[236]، و بذلك لم يكتفي التوجيه السابق بانعقاد العقد بلحظة استلام القبول من القابل، و إنما باستلام تأكيد من مزود الخدمة بصحة القبول، محاولا بذلك تحقيق الأمان القانوني عبر الشبكة[237].

2- موقف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية:

لم يتطرق القانون النموذجي في كافة نصوصه إلى بحث مسألة زمان انعقاد العقد عبر الوسائل الإلكترونية، إنما اقتصر بحثه على مسألة زمان إرسال رسائل البيانات، وذلك لأهميتها باعتبار أن هذه الرسائل هي التي تحمل الإرادات التعاقدية[238].

وقد نظم القانون النموذجي ذلك في نص المادة 15 منه والتي جاءت بعنوان "زمان و مكان إرسال و استلام رسائل البيانات، حيث نصت الفقرة الأولى منها على أن:

« ***ما لم يتفق المنشئ[239] والمرسل إليه[240] على خلاف ذلك يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ، أو سيطرة***

235- *مشار إليه لدى*: **إيمان مأمون أحمد سليمان**، المرجع السابق، ص 143، **ود/ خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 381، *و لدى* **د/ عادل أبو هشيمة حوته**، عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص 300.

236- Directive n° 2000/31 du Parlement européen et du Conseil , du 08 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information…, op-cit, p 04

- كما ذهب قانون دولة سنغافورة المتعلق بالتجارة الإلكترونية الصادر بتاريخ 2000/02/14 إلى الاتجاه نفسه في نص المادة 2/8 منه. يمكن مراجعة هذا القانون على الموقع التالي:

http://mips.mindef.gov.sg/Tp.agreement.html

237- **د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 281.

238- **د/ عمر خالد زريقات**، المرجع السابق، ص 163، و**لما عبد الله صادق سلهب**، المرجع السابق، ص 138.

الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابة عن المنشئ»[241]، إذن فالقانون النموذجي قد رسخ من خلال هذا النص مبدأ سلطان الإرادة بين الأطراف فترك لهم إبتداءً ، الاتفاق على زمان الإرسال والإستلام ويكون اتفاقهما ملزما، أما في حال عدم وجود اتفاق مسبق بين الأطراف على تحديد هذه المسألة فتعد لحظة إرسال رسالة البيانات هي اللحظة التي تدخل فيها إلى نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ، أومن أرسلها نيابة عنه، فلا يعود بإمكانه استرجاعها أو تعديلها، أما وقت تسليم رسالة البيانات فقد حددته الفقرة الثانية من نص المادة 15، حيث جاء فيها:

« ***ما لم يتفق المنشئ و المرسل إليه على غير ذلك يتحدد وقت استلام رسالة البيانات على النحو التالي:***

أ- إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام رسائل البيانات يقع الاستلام:

1- وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين، أو وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه لكن ليس هو النظام الذي تم تعيينه.

إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابعا للمرسل إليه».[242]

---

[239]- وقد عرف القانون النموذجي المنشئ في نص المادة الثانية و الخاصة بالتعريفات حيث جاء في الفقرة (ج) فيها: "***يراد بمصطلح (المنشئ) رسالة البيانات الشخص الذي يعتبر أن إرسال أو إنشاء رسالة البيانات قبل تخزينها، إن حدث قد تم على يديه أو نيابة عنه و لكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة***"، و عليه فإن مزود خدمة الإنترنت و مقدم خدمة البريد الإلكتروني و هما الوسيطان في ربط المنشئ بخدمات الإنترنت و إيصال رسائله الإلكترونية فلا يعتبر أي منهما منشئا لرسالة البيانات.

[240]- تنص المادة 2/د من القانون النموذجي "....**يراد بمصطلح (المرسل إليه) رسالة البيانات الشخص الذي قصد المنشئ أن يتسلم رسالة البيانات و لكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة**".

241- قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل تشريعه 1996، ومع المادة الإضافية 5 مكررا بصيغتها المعتمدة في عام 1998،متوفر على الموقع: www.unictral.org/textes/electcom

242-أنظر قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل تشريعه 1996، ومع المادة الإضافية 5 مكررا بصيغتها المعتمدة في عام 1998،متوفر على الموقع: www.unictral.org/textes/electcom وكذلك: =

ويلاحظ على هذا النص أيضا أنه، لم يتطرق إلى مسألة وقت انعقاد العقد، وا ٍنما اقتصر على تحديد لحظة استلام رسائل البيانات و حدد لذلك فرضان، الأول أن يقوم المرسل إليه بتحديد نظام معلومات محدد لاستقبال رسائل البيانات الواردة إليه، و هنا تعتبر رسالة البيانات قد استلمت من قبل المرسل إليه وقت دخولها إلى نظام المعلومات المحددة حتى لو لم يطلع عليها المرسل إليه [243]، أما الفرض الثاني، فهو أن لا يعين المرسل إليه نظام معلومات لاستقبال رسائل البيانات، فعندها تعتبر رسالة البيانات قد استلمت في وقت دخولها إلى أي نظام معلومات تابع للمرسل إليه.[244]

يلاحظ من خلال عرضنا أن القانون النموذجي اكتفى بتحديد وقت إرسال وتسلم رسائل المعلومات دون الخوض في مسألة زمان الانعقاد، وقد بر ّر الدليل الإرشادي لسن القانون النموذجي هذا الموقف بأن القانون النموذجي يتجنب تحديد وقت انعقاد العقد احتراما لسيادة القوانين الوطنية، ومنعا للتعارض بينها وبين القانون النموذجي في حالة تبينه لنظرية معينة، فهو بذلك ترك المسألة للقوانين الوطنية كل حسب النظرية التي يتبناها فيما يتعلق بتحديد وقت انعقاد العقد.

3- موقف القوانين الوطنية

اختلفت وتباينت مواقف مشرعي الدول تجاه تحديد لحظة انعقاد العقد الإلكتروني، فنجد المشرع الجزائري قد تبنى نظرية العلم بالقبول من خلال نص المادة 67 من القانون المدني التي تنص على أن:

« ***يعتبر التعاقد ما بين غائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيها الموجب بالقبول، مالم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ويفترض أن***

=**د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال**، المرجع السابق، ص 139، **رامي علوان**، ، المرجع السابق، ص 260، هامش رقم: 02، **نضال إسماعيل برهم**، المرجع السابق، ص 64.

[243]- **آمانج رحيم أحمد**، المرجع السابق، ص 186-187، **ولما عبد الله صادق سلهب**، المرجع السابق، ص 139.

[244]- **د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 277-278، **محمود عبد الرحيم الشريفات**، المرجع السابق، ص 178، **د/ خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني- دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 385-386.

الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيها القبول»[245]، وهذا ما أقره أيضا التشريع العراقي[246] .

أما المشرع الفرنسي فقد ساير ظهور المعاملات الإلكترونية من خلال تعديل[247] المادة 1369/5 من القانون المدني والتي تقر أن العقد المبرم عبر الطرق الإلكترونية لا يكون صحيحا إلا بتأكيد القبول من قبل الموجه إليه الإيجاب(القابل)،أي تبني نظرية جديدة والمجسدة في "**نظرية تأكيد القبول**" [248].

كما عالج مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري مسألة زمان انعقاد العقد الإلكتروني المبرم عبر شبكة الإنترنت في الشق الأخير من المادة الثانية منه، و التي جاء فيها بأنه:« ***يسري على الالتزامات التعاقدية في مفهوم أحكام هذا القانون، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا مواطنا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك، ويعتبر العقد قد تم بمجرد تأكيد وصول القبول»***[249]، أي ينعقد العقد الإلكتروني في اللحظة

---

[245]- الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم ، المرجع السابق.

[246]- حيث تنص المادة 87 من القانون المدني العراقي على أنه: « ***يعتبر التعاقد ما بين غائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك»***، مشار إليه لدى كل من : **آمانج رحيم أحمد**، المرجع السابق، ص 184، و د/ **عبد الله محمد سعيد ربايعة**، « التعاقد الإلكتروني، دراسة فقهية قانونية في ضوء القانون الاتحادي للمعاملات و التجارة الإلكترونية» ، بحث مقدم إلى مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية- الحكومة الإلكترونية)، مركز الإمارات للدراسات و البحوث، بتاريخ 19-20 مايو 2001، ص 285.

[247]- و كان التعديل استجابة للتوجه الأوروبي المتعلق بالتجارة الإلكترونية رقم 2000/31 المذكور سابقا.

[248]- **د/ خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني- دراسةمقار نة، المرجع السابق، ص 383، و**د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 281 .و تنص هذه المادة على :

« Le contrat proposé par voie électronique est conclu quand le destinataire de l'offre, après avoir en la possibilité de sa commande et son prix total, ainsi que de corriger d'éventuelles erreurs, confirme celle-ci pour exprimer son acceptation » *voir aussi :* CHANIKIR Barhachima, op-cit, P 37.

[249]- مشار إليه لدى: **آمانج رحيم أحمد**، المرجع السابق، ص 195، **ولما عبد الله صادق سلهب**، المرجع السابق، ص 144، **د/ محمد فواز المطالقة**، المرجع السابق، ص 72، و **بشار طلال المومني**، المرجع السابق، ص 83.

التي يتسلم فيها القابل رسالة تأكيد من الموجب تفيد وصول القبول إليه[250]، وهذا في حالة عدم وجود اتفاق بين الطرفين حول المسألة.

تبنى المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية المؤقت رقم 85 لسنة 2001، نفس الأحكام التي وردت في القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، فلم يتطرق إلى مسألة زمان إنعقادالعقود الإلكترونية وا ٍنما بحث مسألة زمان إرسال وتسلم رسائل المعلومات في نص المادة 17 منه[251]، وقد سار على نفس النهج القانون الإماراتي رقم 2 لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية[252]، القانون البحريني بشأن التجارة الإلكترونية الصادر في 14 سبتمبر 2002[253]، ومشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني لسنة 2003.[254]

---

[250]- **د/ حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 214، **وآمانج رحيم أحمد**، المرجع السابق، ص 195، **ولما عبد الله صادق سلهب**، المرجع السابق، ص 145.

251- حيث تنص المادة 17 منه على أنه:"***ما لم يتفق المنشئ و المرسل الرسالة الإلكترونية عندما تدخل الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عن المنشئ.***=

=***يتحدد وقت استلام الرسالة الإلكترونية على النحو التالي:***

إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام الرسالة الإلكترونية يتم الاستلام:

وقت دخول الرسالة الإلكترونية نظام المعلومات المعين.

وقت استخراج المرسل إليه الرسالة الإلكترونية إذا أرسلت إلى نظام معلومات تابع له و لكن ليس هو نظام معلومات المعين لاستقبال الرسالة.

إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات، يقع الاستلام عندما تدخل الرسالة الإلكترونية نظام معلومات تابع للمرسل إليه..."، فالعبرة أولا باتفاق الأطراف أما في حال غياب مثل هذا الاتفاق تطبق أحكام المادة السابقة لسد النقص. متوفر على الموقع: www.lawyers-gate.com/vb/threads/2093

[252] - راجع الأحكام المادة 16 من هذا القانون على الموقع: www.lawyers-gate.com/vb/threads/2095

[253]- حيث تنص المادة 15 منه:" ***فيما يتعلق بوقت و مكان إرسال و تسلم السجلات الإلكترونية يعتبر إرسال السجل الإلكتروني قد تم:"وقت دخول هذا السجل في نظام للمعلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو من أرسل السجل الإلكتروني نيابة عنه، و ذلك إذا كان كل من المنشئ و المرسل إليه يستخدم ذات نظام المعلومات***".متوفر على الموقع: www.f-law.net/law/archive/index.php?t-39186.html

[254]- فقد نصت المادة 19 منه على:" ***يعتبر إرسال رسالة البيانات أنه قد تم، عندما تدخل الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المرسل، أو سيطرة الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابة عن المرسل ما لم يتفق المرسل والمرسل إليه على غير ذلك. يتحدد وقت استلام رسالة البيانات على النحو التالي: إذا كان المرسل إليه قد عين=***

كرست جل القوانين الوطنية مبدأ سلطان الإرادة، فتركت للعاقدين (الموجب والقابل) حرية الاتفاق على زمان انعقاد العقد الإلكتروني، ليكون اتفاقهما في هذه الحالة ملزما، أما في حال غياب مثل هذا الاتفاق فتأتي الأحكام الواردة في القانون المطبق على العقد لسد هذا النقص.

الفرع الثاني
مكان انعقاد العقود الإلكترونية

حظيت مسألة تحديد مكان انعقاد العقد على غرار سابقتها باهتمام كبير فقهاً وقضاءً وتشريعا، وذلك لأهمية النتائج التي تترتب على تحديدها، وقد تعاظمت أهمية تحديد هذه المسألة في ظل العقود الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت التي غيرت المفاهيم التقليدية الخاصة بالمكان، وأوجدت مفاهيم حديثة لم يكن لها عهد من قبل مثل فكرة التباعد المكاني والتعاصر الزماني.

فتظهر أهمية تحديد مكان انعقاد العقد في معرفة القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية التي يتم إبرامها بين أطراف قد ينتمون إلى دول مختلفة و بالتالي يخضعون إلى أنظمة قانونية متباينة، كما تظهر أهميتها في معرفة المحكمة المختصة بالنظر في منازعات العقود الإلكترونية، التي اتجه التفكير إلى تسويتها باستخدام الإمكانيات التي تتيحها الإنترنت.

وسنتناول مسألة مكان انعقاد العقد الإلكتروني من خلال ثلاثة نقاط، نخصص أولها للحلول الفقهية التي اقترحها الفقه لحل المسألة، أما النقطة الثانية فنخصصها لحرية الطرفين المتعاقدين لتحديد المسألة، أما النقطة الثالثة والأخيرة فنبين فيها موقف الاتفاقيات الدولية و القوانين الوطنية و النموذجية.

=نظام معلومات لغرض استلام رسائل البيانات، يتم الاستلام وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين أو وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه و لكن ليس هو الذي تم تعيينه، إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات، يتم الاستلام عندها تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابع للمرسل إليه...".

أولا: قصور النظريات الفقهية التي سيقت في تحديد مكان انعقاد العقد

تبنى الفقه في تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني نظريتين، الأولى تعتد بمكان إقامة الموجب، والثانية تعتد بمكان إقامة القابل، ولكل من الفريقين مجموعة من الحجج يستند إليها في تبرير وجهة نظره، نعرضها ثم نقومها.

أ- نظرية محل إقامة الموجب: يذهب أنصار نظرية العلم بالقبول إلى أن مكان انعقاد العقد الإلكتروني هو مكان علم الموجب بالقبول[255]، وتجسيد ذلك على العقد الإلكتروني، هل هو مكان تسجيل موقع الويب، أم مكان تواجد مقدم خدمة الإنترنت، أم مكان إقامة الموجب؟

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن مكان إبرام العقد الإلكتروني هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، ما لم يتفق طرفا التعاقد الإلكتروني على خلاف ذلك[256]، وبذلك تعد لحظة علم الموجب بالقبول هي لحظة إبرام العقد الإلكتروني، ومكان إقامة الموجب هو مكان إبرام العقد الإلكتروني.

يعيب على هذه النظرية، أن العقود الإلكترونية التي تبرم عن طريق الإنترنت غالبا ما تتم بين طرفين، أحدهما تاجر مهني يتخذ في أغلب صور شركات تجارية كبرى والثاني مستهلك ضعيف يحتاج إلى الحماية[257]، لذلك فإن اعتبار مكان إقامة الموجب هو مكان انعقاد العقد يؤدي إلى حرمان المستهلك من الحصول على حقوقه، لأنه إذا أراد رفع دعوى على الموجب فيجب أن يرفعها في محل إقامته الذي قد يكون في دولة بعيدة عن الدولة التي يقيم فيها.[258]

---

[255]- **بشار طلال أحمد المومني**، المرجع السابق، ص 77، وكذلك كل من: **عز الدين محمد بسام شمدين**، المرجع السابق، ص 56،و**د/ محمد فواز المطالقة**، المرجع السابق، ص71، و**د/ إلياس ناصيف**، ، المرجع السابق، ص113.

[256]- **د/ كاظم طارق عجيل**، المرجع السابق، ص 342.

[257]- **إيمان مأمون أحمد سليمان**، المرجع السابق، ص 149، و**عز الدين محمد بسام شمدين**، المرجع السابق، ص 72.

[258]- **محمد أحمد علي المحاسنة**، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2006، ص 19.

كما يصعب على القابل (المستهلك) أن يتعرف في بعض الأحيان على محل إقامة الموجب الحقيقية، إذ أن مجرد استخدام الموجب اسم النطاق، أو عنوان بريد إلكتروني يرتبط ببلد معين، لا ينشئ قرينة على تواجد مكان علمه في ذلك البلد، ولا يمكن اعتباره هو النظير الوظيفي للمكان المادي لمقر عمل الموجب[259]، فقد نجد أن بعض الشركات الدولية المتعددة الجنسيات تعرض بعض المنتجات والخدمات من خلال مواقع إقليمية مختلفة على الشبكة تحمل أسماء نطاق ترتبط ببلد لا يوجد فيها مقر عمل بالمعنى المعروف، كما أنه يمكن عرض سلع لتوزيعها في مناطق معينة يمكن أن تكون واقعة في دولة غير الدول المرتبطة بأسماء النطاق.[260]

ب-نظرية محل إقامة القابل: يعتبر *الأستاذ شيفاليه* بأن مكان انعقاد العقد هو المكان الذي أرسل إليه الإيجاب (أي المكان الذي يصدر فيه القبول)، وعند سكوت الطرفين عن القواعد التي تطبق على صحة التعاقد أو تفسيره، يجب الرجوع إلى مكان الإرسال الذي انطلقت منه المبادرة التعاقدية[261].

تطبيقا لذلك ينعقد العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت في المكان الذي يصدر فيه القبول الإلكتروني، فإذا استخدم القابل رسالة البيانات للتعبير عن قبوله، فهنا ينعقد العقد في المكان الذي أرسلت منه الرسالة المتضمنة للقبول وهو مكان القابل[262].

إن هذه النظرية تتفق مع متطلبات التجارة الإلكترونية، إذ أن أغلب العقود التي تبرم عن طريق الإنترنت تتم بين طرفين أحدهما تاجر والثاني مستهلك ضعيف يحتاج إلى الحماية، فميزة هذه النظرية أنها تسمح للمستهلك أن يرفع الدعوى أمام محاكم الدولة التي يقيم فيها، كما أنها لا تحرم المستهلك من الحماية الاستثنائية التي توفرها له قوانين الدولة

---

[259]- **د/ كاظم طارق عجيل**، ، المرجع السابق، ص 343.

[260]- **د/ خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني- دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 309.

[261]- **لما عبد الله صادق سلهب**، المرجع السابق، ص 133.

[262]- **آمانج رحيم أحمد**، المرجع السابق، ص 202.

التي يقيم فيها باعتبارها القوانين الواجبة التطبيق على العقد الإلكتروني الذي يعد مكان إبرامه مكان إقامة القابل الذي يخضع لهذه القوانين من الناحية الإقليمية[263].

ثانيا: ضرورة إعمال مبدأ سلطان الإرادة لتحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني

على الرغم من أن النظريات الثنائية التي تفصل بين مسألتي زمان انعقاد العقد ومكانه، والتي لا ترى تلازما حتميا بينهما، هي أقرب إلى معالجة المشكلة وأكثر ملائمة وانسجاما مع الطبيعة الخاصة بالعقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الإنترنت، إلا أن ضرورة إعمال مبدأ سلطان الإرادة لتحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني يبقى الحل الأمثل لهذا الإشكال.

وقد تم إقراره في دراسة لمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، حيث تمت الإشارة إلى أن اختلاف التشريعات حول مسألة زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني، يعد عقبة في طريق ازدهار التجارة الإلكترونية، التي يفترض في الأطراف تحديد حقوق والتزاماتهم من خلال قانون يكون معروفا لديهم، وليس ما يمنع من اتفاق الأطراف على تحديد زمان و مكان انعقاد العقد الإلكتروني[264]، كما أن هناك إجماع فقهي حول خضوع العقد الدولي لقانون الإرادةالذي يمكن أن يُحدد مكان انعقاد العقد[265].

بالإضافة أن معظم الحلول الواردة بالنصوص القانونية المنظمة للمسألة - سواء كانت التقليدية منها أو المنظمة للمعاملات الإلكترونية- هي نصوص قانونية مكملة لإرادة الطرفين، لذا فإن أطراف العقد الإلكتروني بإمكانهم الاتفاق على تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني مسبقا من خلال اتفاقات التبادل الإلكتروني للبيانات.

فإعطاء الحرية للأطراف المتعاقدة لتحديد مكان انعقاد العقد، هي قاعدة كان لها دور كبير في العقود التقليدية، و التي تعاظم دورها كثيرا في العقود الإلكترونية التي تواجه فراغا تشريعيا كبيرا حتى في الدول التي أفردت للمسألة نصوصا قانونية خاصة، فما البال

263- **د/ طارق كاظم عجيل**، المرجع السابق، ص 347.

264- *مشار إليه لدى:* **بشار طلال أحمد المومني**، المرجع السابق، ص 82.

265- **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 224.

بالنسبة للدول التي لم تنظم المسألة بعد كما يعد اتفاق الأطراف على تحديد مكان انعقاد العقد الحل الأمثل لتفادي اختلاف الحلول التشريعية و تباين الحلول الواردة فيها بصدد المسألة محل البحث.

ثالثا: موقف الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية والنموذجية من مسألة مكان انعقاد العقود الإلكترونية

أسفر الاستعراض السابق للنظريات التقليدية ومحاولة تطبيقها على التعاقد الإلكتروني عن قصور استدعى ضرورة إعمال مبدأ سلطان الإرادة لتحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني، وسنبين في هذه النقطة موقف الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية والنموذجية من هذه النظريات لمعرفة الحل الذي اتخذته في مسألة مكان انعقاد العقد.

1- موقف الاتفاقيات الدولية والإقليمية

تبنت اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع نظرية تسليم القبول للموجب بالنسبة لمسألة مكان انعقاد العقد، حيث نصت المادة 24 منها[266] على أكثر من مؤشر لتحديد هذا المكان، فحسب نص المادة المذكورة سابقا، فإن مكان انعقاد العقد هو مكان تسليم القبول للموجب شفاها، أو المكان الذي تم فيه تسليمه رسالة القبول، أو مكان عمل الموجب إذا تسلم رسالة القبول هناك أو عنوان البريدي للموجب، أو مكان سكنه المعتاد إذا تسلم القبول في مكان سكنه، بسبب عدم وجود مكان عمل أو عنوان بريدي له[267].

أقرت اتفاقية روما الصادرة في 1980/06/19 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، في مادتها الثالثة مبدأ حرية الأطراف في تحديد القانون الذي يحكم العقد، و في حالة سكوت الأطراف يطبق قانون الدولة التي يتصل بها العقد بروابط أكثر وثوقا، و تضمنت المادة 04 منها المقصود بالقانون الأوثق صلة بالروابط العقدية

266- أنظر المادة 24 من اتفاقية فيينا للبع الدولي للبضائع، على الموقع:
www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html

267- **د/ محسن شفيق**، المرجع السابق، ص 117، *وكذلك كل من :* **محمود عبد الرحيم الشريفات**، المرجع السابق، ص 173-174، **ايمان مامون أحمد سليمان**، المرجع السابق، ص 151، و**لما عبد الله صادق سلهب**، المرجع السابق، ص 137.

ناصة على أنه:«***يفترض أنه للعقد الروابط الأكثر وثوقا مع الدولة التي يوجد فيها لحظة إبرام العقد محل الإقامة المعتاد للشخص الذي عليه القيام بالأداء المميز***».[268]

بينما تركت التوجهات الأوربية مسألة الاتفاق على تحديد مكان انعقاد العقد لحرية الدول لتحديدها في قوانينها الداخلية، التي عادة ما تترك المسألة لحرية الأطراف، وفي حال غياب اتفاقهما الصريح تتم الاستعانة بالحلول الموجودة بالنظرية العامة للعقود في مجال التعاقد بين غائبين، خاصة و أن العقد الإلكتروني من بينهما.[269]

نص الاتفاق الأوروبي النموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات على أنه:«***يعتبر العقد الذي تم باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات مبرما في الوقت و في المكان الذين تصل فيهما الرسالة التي تشكل قبولا لعرض بواسطة التبادل الإلكتروني للبيانات إلى نظام كومبيوتر مقدم العرض***»[270]، مما يعني أنه اعتبر مكان انعقاد العقد هو مكان وصول رسالة القبول لنظام كومبيوتر الموجب، كما أخذ بنفس الاتجاه العقد النموذجي الأوروبي للتبادل الإلكتروني للبيانات (TEDIS) في مادته 3/3[271].

2- موقف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية

لم يتطرق القانون النموذجي إلى بحث مسألة مكان انعقاد العقد عبر الوسائل الإلكترونية، وإنما اقتصر بحثه على مسألة مكان إرسال رسائل البيانات ومكان تسلمها، وذلك لأهميتها باعتبار أن هذه الرسائل هي التي تحمل الإرادات التعاقدية.

268- راجع المادة 4 من اتفاية روما على الموقع : www.dgdr.cnrs.frdaj/docconvention_de_rome.pdf

- تقوم فكرة الأداء المميز في العقد على تفريد معاملة العقد و تحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد حسب الوزن القانوني و الأهمية الواقعية للأداء أو الالتزام الأساسي في العقد ومكان الوفاء به أو تقديمه، مما يجعل هذا القانون يختلف من عقد لآخر. *أنظر في هذا*: **د/ أحمد عبد الكريم سلامة**، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 200

269- **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 222.

270- *مشار إليه لدى*: **د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 286، **ود/ عبد الله محمد سعيد ربابعة**، المرجع السابق، ص 288.

271- **د/ طارق كاظم عجيل**، المرجع السابق، ص 345، و**لما عبد الله صادق سلهب**، المرجع السابق، ص 142.

وقد حددت المادة 4/15 من القانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية مسألة مكان إرسال وتسلم رسالة البيانات، حيث جاء فيها مايلي:

« ***ما لم يتفق المنشئ و المرسل إليه على غير ذلك يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، و يعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، و لأغراض هذه الفقرة:***

- ***إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة.***

- ***إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل، يشار من ثم إلى محل إقامته المعتادة***».[272]

فوفقا لهذا النص، تكون مسألة تحديد مكان إرسال رسالة البيانات ومكان تسلمها ابتداءا بيد العاقدين، فإذا اتفقا على المكان الذي يعتبر أن رسالة البيانات قد أرسلت منه، والمكان الذي يعتبران أنها قد سلمت فيه فإن اتفاقهما ملزم[273].

أما إذا اختلفا في تحديد مكان الإرسال والتسليم، فإن العبرة هنا للمكان الذي يوجد فيه مقر العمل، فإذا كان للمنشئ مقر عمل واحد فإن مكان إرسال رسالة البيانات هو المكان الذي يوجد فيه مقر عمل المنشئ وا إذا كان للمرسل إليه مقر عمل واحد فإن مكان التسليم هو المكان الذي يوجد فيه مقر عمل المرسل إليه[274].

أما إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مكان عمل واحد فإن العبرة في تحديد مكان إرسال وتسليم رسالة البيانات، هي للمكان الذي يوجد فيه المقر الأوثق صلة

---

[272]- قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل تشريعه 1996، ومع المادة الإضافية 5 مكررا بصيغتها المعتمدة في عام 1998،متوفر على الموقع: www.unictral.org/textes/electcom

[273]- **محمود عبد الرحيم الشريفات**، المرجع السابق، ص 181، **وعبد الرحمن بن صالح القهرة**، المرجع السابق، ص 223.

[274]- **لما عبد الله صادق سلهب**، المرجع السابق، ص 142، **ود/ نزيه الصادق المهدي** ، المرجع السابق، ص 244.

بالمعاملة المعنية[275]، وبطبيعة الحال فإن مسألة المقر الأكثر صلة بالمعاملة هي مسألة موضوع، لذلك لم يضع القانون النموذجي أي مؤشرات لتحديدها، فيختص قاضي الموضوع بتحديد المقر الأكثر صلة بالمعاملة عن طريق المؤشرات التي يراها مناسبة[276].

فإذا لم يكن بالإمكان تحديد المقر الأكثر صلة لعدم وجود ما يرجح ذلك، أو لعدم ارتباط المعاملة بأي مقر، فيؤخذ في هذه الحالة بالمكان الذي يوجد فيه مقر العمل الرئيسي للمنشئ بالنسبة لمكان إرسال الرسالة، وللمرسل إليه بالنسبة لمكان تسلم الرسالة[277]، أما إذا لم يكن لدى كل من المنشئ أو المرسل إليه أو كليهما مقر عمل فإنه يؤخذ بمحل الإقامة المعتاد للمنشئ أو المرسل إليه[278].

والملاحظ أن هذا النص يمثل أهمية خاصة بالنسبة للدول التي تتبنى نظريتي تصدير القبول وتسليم القبول، أما الدول التي تأخذ بنظريتي إعلان القبول أو العلم به فإن أحكام القانون النموذجي الواردة في المادة 15 لن تكون مفيدة لهذه الدول لأن كلا من نظريتي إعلان القبول أو العلم به لا تؤخذان بعين الاعتبار لحظة إرسال رسالة البيانات أو تسليمها، ما عدا استثناء وحيدا على ذلك وهو اتفاق المتعاقدين في هذه الدول على أن يعتبر العقد مبرما في لحظة تصدير القبول أو تسليمه.

3- موقف القوانين الوطنية

أخذ المشرع الجزائري بنظرية العلم بالقبول في نص المادة 67 من القانون المدني الجزائري[279]، و اعتبر مكان انعقاد العقد هو مكان علم الموجب بالقبول، إلا أن هذا النص ليس بآمر إنما هو نص مكمل لإرادة الطرفين، ففي حال عدم وجود اتفاق مسبق

---

[275]- **محمود عبد الرحيم الشريفات**، المرجع السابق، ص 182.

[276]- **د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 288.

[277]- **د/ طارق كاظم عجيل** ، المرجع السابق، ص 346.

[278]- **د/ عبد الله محمد سعيد ربابعة** ، المرجع السابق، ص 279.

[279]- الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 07-05,

لأطراف التعاقد لتحديد مكان إبرام العقد اعتبر مكان علم الموجب بالقبول هو مكان انعقاد العقد.

أما المشرع الأردني فلم يتطرق في قانون المعاملات الإلكترونية المؤقت رقم 85 لسنة 2001لمسألة مكان إبرام العقود الإلكترونية، وا ٍنما بحث في مسألة مكان إرسال وتسلم رسائل المعلومات، حيث نظمها المشرع الأردني في نص المادة 18 من هذا القانون، والتي تنص على أن:

«1- ***تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، و أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، و إذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يعتبر مكان إقامته مقرا لعمله، ما لم يكن منشئ الرسالة والمرسل إليه قد اتفقا على غير ذلك.***

2-إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر لأعماله، فيعتبر المقر الأقرب صلة بالمعاملة هو مكان الإرسال أو التسليم، و عند تعذّر الترجيح يعتبر مقر العمل الرئيسي هو مكان الإرسال أو التسليم».[280]

كما أخذ المشرع الأردني بمقر العمل سواء للمنشئ أم للمرسل إليه كمعيار لتحديد مكان إرسال وتسلم رسائل المعلومات، ولم يأخذ بمعيار مكان وجود نظام معالجة المعلومات، وهو المنحى السليم الذي ينسجم مع العقود الإلكترونية، إلا أنه لم يحدد مكان إبرام العقود عبر الإنترنت من خلال النص السابق، و عليه لابد من الرجوع إلى القواعد العامة في القانون الأردني، إذ يرى المشرع الأردني ابتداءا أن المسألة متروكة لاتفاق العاقدين فإذا وجد اتفاق أخذ به، و إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق فعندها يحسم المشرع

---

[280]- أنظر القانون الأردني للمعاملات الإلكترونية على الموقع www.alexalaw.com/t7693-topic ، *وكذلك أنظر*: **د/ محمد فواز المطالقة**، المرجع السابق، ص 74، هامش رقم 01 **وعبد الرحمن بن صالح القهرة**، المرجع السابق، ص 220، و **د/ إلياس ناصيف**، المرجع السابق، ملحق رقم 04، ص 391.

الأردني المسألة بتبنيه نظرية إعلان القبول، و يعتبر أن العقد قد انعقد في مكان إعلان القابل لقبوله،[281] أي محل إقامة القابل.

والملاحظ في هذا الصدد أن نصوص المادتين 17 و 18 من قانون المعاملات الإلكترونية لن يكون لها أي فائدة علمية في ظل تبني المشرع الأردني لنظرية إعلان القبول، كونها لا تأخذ بعين الاعتبار لحظة إرسال رسالة البيانات أو تسلمها وبالتالي فإن النصين السابقين لن يفسرا شيئا في زمان ومكان إبرام العقود، باستثناء الحالة التي يتفق فيها الأطراف المتعاقدة على أن زمان ومكان انعقاد العقد هي اللحظة والمكان التي يصدر فيها القبول أو يسلم فيه.

وقد سار على نفس النهج قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة لإلكترونية رقم 02 لسنة 2002 في المادة 17/2-3-4[282].

بينما نصت المادة 1369/5 من التقنين الفرنسي الجديد (والمضافة إليه بمقتضى المادة 2/25 من القانون الفرنسي رقم 575-2-4 الصادر في 8 يونيو 2004 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي، والذي صدر إعمالا للتوجيه الأوروبي رقم 31/2000 بشأن التجارة الإلكترونية وكانت تحمل رقم 2/1369 مدني فرنسي) على أن:

---

[281]- **محمود عبد الرحيم الشريفات**، المرجع السابق، ص 189، **و لما عبد الله صادق سلهب**، المرجع السابق، ص 144.

[282]- تنص المادة 17/2-3-4 على أن:« ***2- تطبق الفقرة 1-ب من هذه المادة على الرغم من كون المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات يختلف عن المكان الذي يعتبر أن الرسالة الإلكترونية استلمت فيه بموجب الفقرة 3 أدناه.***

3 **-ما لم يتفق المنشئ و المرسل إليه على خلاف ذلك، تعتبر الرسالة الإلكترونية قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ و إنما استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه**

4 **-لأغراض هذه المادة:**

أ- إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، يكون مقر العمل هو المقر الأوثق علاقة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل هذه المعاملة.

ب- إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل، يشار إلى محل إقامته المعتاد.

ج- مقر الإقامة المعتاد، فيما يتعلق بالشخص الاعتباري، يعني مقره الرئيسي أو المقر الذي تأسس فيه ».

تصفح قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة لإلكترونية على الموقع: *ww.lawyers-gate.com/vb/threads/*

« ***العقد المقترح من خلال الطريق الإلكتروني لا ينعقد صحيحا إلا بتأكيد القبول من قبل الموجه إليه الإيجاب و ذلك بعد تمكنه من مراجعة طلبه و الثمن كاملا وتصحيح الأخطاء المحتلمة كما أن الموجب ملزم بالإقرار باستلام الطلب الذي وجه إليه دون تأخير***».[283]

وهو ما أقره كذلك مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري في نص المادة 2:

« ***تسرى على الالتزامات التعاقدية في مفهوم أحكام هذا القانون، قانون الدولة التي يوجد بها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا يسرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، ما لم يتفق المتعاقدين على غير ذلك، و يعتبر العقد قد تم بمجرد تصدير القبول***».[284]

فالمشرع قد أخذ بمبدأ سلطان الإرادة إذ منح إلى أطراف التعاقد الحرية في تحديد مكان انعقاد العقد كأصل عام، وفي حالة عدم وجود اتفاق مسبق لأطراف التعاقد لتحديد مكان إبرام العقد اعتبر الموطن المشترك للمتعاقدين هو مكان إبرام العقد.

أما المشرع التونسي فقد أقر في قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي بأن مكان انعقاد العقد الإلكتروني هو مكان عنوان البائع و ذلك في نص المادة 28 و التي تنص على أن: « ***ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع و في تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة و موجهة للمستهلك، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك***».[285]

إن اختلاف الحلول القانونية سواء كانت الدولية أو الوطنية في تحديد مسالة زمان ومكان إبرام العقود الإلكترونية -والتي تتسم بالصفة الدولية- ستعرقل من نمو وا زدهار التجارة الإلكترونية وتطورها، لذا يبدو لنا من خلال الاستعراض السابق أن أفضل حل

---

[283] - *Voir :* le code civile français avec la dernière modification 24-12-2010, disponible sur le site : www.droit.org

[284]- مشار إليه لدى: **د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 279.

[285]- تفحص القانون التونسي على الموقع: http://www.f-law.net/law/archive/index.php?t-39286.html ، *وأنظر كذلك:* **د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال**، المرجع السابق، ص 142.

لهذه المسألة هو اتفاق الطرفين المتعاقدين على تحديد اللحظة التي يعتبران أن العقد قد انعقد فيها، وكذا اتفاقهما على المكان الذي يعتبران فيه أنه مكان انعقاد العقد، وهذا ما سوف يؤدي إلى تفادي كل المشاكل القانونية التي تترتب على هذه المسألة، وا إلى معرفة المسبقة للنظام القانوني الذي سيخضع له العقد.

خلاصة الفصل الأول

لا يختلف مفهوم المفاوضات سواء في إطار العقود التقليدية أو العقود الإلكترونية، حيث تجسد هذه المرحلة في كليهما حرية الأطراف في إبداء الملاحظات والأفكار حول العلاقة التي ستربطهما في المستقبل، وكذا بروز إرادة حرة للأطراف من أجل تضمين العقد خلال هذه المرحلة مختلف البنود والشروط التي ستنظم العلاقة التعاقدية، إلا أن الاختلاف يكمن في ظل العقود الإلكترونية التي تمنح للأطراف إمكانية إجراء المفاوضات دون ضرورة تواجد الأطراف في مكان واحد، وذلك عن طريق استعمال مختلف وسائل الاتصال الحديثة من بريد إلكتروني، غرفة المحادثات، مما يجسد حرية أكثر للأطراف بالمقارنة بالعقود التقليدية التي يضطر فيها المتعاقد إلى قطع مسافات وهدر ساعات من أجل الوصول إلى مكان التفاوض.

أما فيما يخص المبادئ التي يخضع لها المتفاوض أثناء المفاوضات فإنها متشابهة في كلا العقدين، كون الأطراف يلتزمون بمبدأ حسن النية وما يتفرع عنه من التزامات أخرى.

وفيما يتعلق بمرحلة إنعقاد العقد الإلكتروني، فإن معظم التشريعات الوضعية أجمعت إمكانية توافر الرضا في العقود الإلكترونية عندما يتم تلاقي الإيجاب والقبول، وا ٍن اختلفت الآراء الفقهية التي تسوغها، إذ يعتبر الإيجاب في العقود الإلكترونية شبيه بنظيره في العقود التقليدية إلا من حيث الوسيلة التي يتم من خلالها، شأنه في ذلك شأن القبول الإلكتروني، إلا أنه ما يثير العديد من الإشكالات هو تحديد لحظة ومكان تلاقي الإيجاب والقبول الإلكتروني، وبالأحرى تحديد مجلس العقد الإلكتروني، فرغم تطرق مختلف النظريات التقليدية المفسرة لتحديده، إلا أنها أثبتت قصورها أمام مميزات الوسيلة التي يبرم من خلالها العقد الإلكتروني، الأمر الذي أدى إلى اللجوء لإعمال سلطان الإرادة من أجل تحديد مكان وزمان انعقاد العقد، وهذا ما كرسه قانون الأنيسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية وسيارته بعض التشريعات العربية مثل التشريع الأردني والإماراتي والبحريني.

الفصل الثاني
مبدأ سلطان الإرادة في حل منازعات العقود الإلكترونية

لم تكن فكرة إخضاع العقد الدولي إلى قانون الإرادة وليدة الصدفة، وا ٍنما تأكدت نتيجة بعض التطورات التي عرفها القانون الدولي الخاص، الذي سلم في وقت مبكر بإمكانية اختيار قانون العقد الدولي وفقا لسلطان الإرادة إلى جانب الجهة القضائية المختصة.

فقد أصبح إعمال مبدأ سلطان الإرادة في حل المنازعات الناجمة عن العقود التقليدية، من المبادئ الأساسية التي يعتمد عليها في فض مشكلة تنازع القوانين القائمة بين مختلف الأنظمة القانونية ومشكلة تعين الجهة القضائية المختصة لفض المنازعة، كلما كان النشاط يتعلق بمعاملات التجارة الدولية، فتكون للأطراف إمكانية اختيار أحد القوانين المناسبة ليحكم علاقتهم العقدية وكذا المحكمة التي سيناط إليها حل المنازعة التي ستثار أو ثارت بمناسبة تنفيذ العقد.

وذلك سعيا إلى تحرير عقود التجارة الدولية من سلطان القوانين والمحاكم الوطنية، والذي يعد شيئا مرغوبا فيه في إطار المعاملات الدولية، حيث يتسنى للأطراف اختيار أحد القوانين المتزاحمة على العلاقة التعاقدية والذي ستطبقه الجهة القضائية المختارة.

ونتيجة لاستخدام المعاملات الدولية للوسائل الحديثة للاتصالات، خلقت نوعية جديدة من المعاملات لم تكن موجودة من قبل وهي المعاملات التي تتم في الوسط الإلكتروني، والتي تتصف بأنها وسط غير محدد بنطاق جغرافي، ولا ينتمي إلى إقليم دولة ما، وهو ما أثار مشكلة الإختصاص القضائي والتشريعي بمنازعات التجارة الإلكترونية.

ولما كان من جهة مبدأ سلطان الإرادة يلعب دورا فعالا وأساسيا في حل مشكلة الاختصاص القضائي والتشريعي في إطار التجارة التقليدية ، ومن جهة أخرى افتقار التجارة الإلكترونية لإطار تشريعي دولي خاص بها يأطرها في مختلف الإشكالات القانونية الناجمة عنها، أجمع الفقه أنه لابد من إخضاع مشكلة الاختصاص القضائي والقانوني الناجمة عن التجارة الإلكترونية لمبدأ سلطان الإرادة واستبعاد الضوابط الأخرى مثل ضابط إبرام العقد أو تنفيذ العقد وغيرها نظرا لارتكازها على نطاق جغرافي يتلاشى أمام التجارة الإلكترونية نظرا لمميزات الوسيلة المستعملة فيها (شبكة الإنترنت)، مما يحول إلى صعوبات كثيرة في تطبيقها.

تفعيل مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية يكون عن طريق تضمين صفحة موقع التاجر بند يقضي بتعين قانون ما ليحكم العلاقة التعاقدية، وللطرف الثاني الحرية في القبول أو إقتراح قانون آخر عن طريق تبادل الرسائل الإلكترونية، إلا أن الجانب العملي أظهر بعض الصعوبات في مدى إمكانية إثبات اختيار الطرف الثاني أو قبوله للقانون المختار من طرف البائع، بالإضافة إلى اختيار الأطراف لقانون لا يعتد بالمعاملات الإلكترونية الأمر الذي يحول على هدر حقوقهم، بالإضافة إلى استحالة ضمان توفير رابطة بين القانون المختار والعلاقة التعاقدية كما تفرضه القوانين المجسدة لمبدأ حرية الأطراف، الأمر الذي أدى بالفقه إلى اقتراح تجسيد مبدأ سلطان الإرادة بحرية تامة دون قيد، وخروج عن القواعد التقليدية المنظمة له، بالإضافة إلى اللجوء إلى العقود النموذجية التي تعتبر بمثابة دليل استرشادي للمتعاقدين عبر شبكة الإنترنت، الأمر الذي سنبينه في **المبحث الأول** من هذا الفصل.

من الإشكالات التي تعاني منها المنازعات الناجمة عن العقود الإلكترونية هو صعوبة تحديد الجهة القضائية المختصة لحلها، بالرغم من تطبيق الضوابط التقليدية والتي يبرز فيها الإسناد الشخصي(الإرادي) للأطراف لتحديد الجهة القضائية ، إلا أن عالمية العقد الإلكتروني يثير إشكال تلاقي الأطراف أمام المحكمة المختارة بالإضافة إلى إشكال تنفيذ الحكم في دولة أخرى وما قد يأخذ من تكلفة على عاتق المنفذ، من جهة أخرى طول الإجراءات القضائية التي تنافي خصوصية العقد الإلكتروني والمعتمد على سرعة الإبرام، وأمام عواقب اللجوء إلى المحاكم فضلّ المتعاقدون عبر شبكة الإنترنت اللجوء إلى الوسائل البديلة لحل النزاعات والمجسدة في كل من الوساطة والتوفيق والتحكيم، هذه الأخيرة أيضا واكبت ظهور الوسائل الحديثة للاتصالات مما أدى بها من ظهور بوجه جديدة تمثلت في كل من الوساطة الإلكترونية والتوفيق الإلكتروني والتحكيم الإلكتروني، وهذا ما سنتطرق إليه في **المبحث الثاني.**

المبحث الأول

إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية

يؤكد فقه قانون التجارة الإلكترونية خضوع العقد الإلكتروني للقاعدة التقليدية التي تحكم العقد الدولي عموما وهي " مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الذي يحكم العقد"، والتي اصطلح الفقه على تسميته في القانون الدولي الخاص بالإسناد الشخصي والذي يقضي بمنح حرية تعاقدية كبيرة للمتعاقدين لتضمين عقدهم بند يقضي بتحديد قانون معين يحكم العلاقة التعاقدية، ضف إلى ذلك حرية تحديده في مرحلة لاحقة لإبرام العقد أو تغييره في أي مرحلة أخرى، ولعل ما يبرز أهميته هو تكريسه في غالبة النظم القانونية على المستويين الدولي والداخلي، الأمر الذي سنبينه من خلال **المطلب الأول**.

أقر الفقه والقضاء في إطار التجارة الدولية على ضرورة إحاطة المبدأ ببعض من القيود والتي كان الغرض منها تفعيل أكثر لحماية الأطراف وليس جحف لحريتهم، والمجسدة في ضرورة وجود صلة بين القانون المختار والعلاقة التعاقدية، وأن لا يكون الإختيار منوط على غش نحو القانون ، كتحديد قانون معين لإفلات من ضوابط أو قانون يوفر تسهيلات أكثر لأحد الطرفين، بالإضافة إلى احترام النظام العام، إلا أن خصوصيات العقد الإلكتروني حالت إلى ضرورة جرده من هذه القيود لإستحالة تجسيدها في عالم إفتراض يمس كل العالم في آن واحد أثناء التعاقد، إلا أن شرط احترام النظام العام وحماسة المستهلك بقيا قائما لما يحققانه من مصلحة عامة على المستويين الدولي والداخلي للدول، وهذا ما سنبينه من خلال **المطلب الثاني** من هذا المبحث.

المطلب الأول

إعمال مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود الإلكترونية

إن تطور التجارة الدولية على نوعيه التقليدي والإلكتروني أحدث ثورة في مختلف القوانين من اجل مواكبتها ولعل أهم أثر مباشر هو برزو مبدأ سلطان الإرادة كأساس الذي يبرم عليه العقود الدولية، وذلك في جل الاتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية، ولعل تكريسه

كان أكثر في إطار القانون الدولي الخاص الذي يحكم العلاقات التعاقدية التي يكون أحد أطرافها عنصر أجنبيا، وذلك من خلال تفعيل حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقتهم التعاقدية، الأمر الذي سنتطرق إليه في الفرع الأول.

ولعل ما يبرز أكثر أهمية المبدأ هو إلزام التشريعات الداخلية للدول والاتفاقات الدولية القضاء على تطبيق القانون المختار صراحة من طرف الأطراف، وإن أغفلوا ذلك يقع على عاتق القاضي الاجتهاد والبحث عن الإرادة الضمنية للأطراف من خلال ملابسات العقد، إلا أن استخلاص الإرادة الضمنية وإن كانت لا تعرف إشكالات كثيرة في نطاق العقود التقليدية، فإنها تنتفي تمام أمام العقود الإلكترونية نظرا للطرق الإلكترونية التي تتم من خلالها اختيار القانون الواجب التطبيق، والذي سنبينه من خلال الفرع الثاني.

إلا أن تجسيد المبدأ في إطار العقود الإلكترونية يرتب آثار كثيرة من أهمها السماح لأطراف من إختيار أكثر من قانون لحكم العقود الإلكترونية، الأمر الذي سنتناول في الفرع الثالث.

الفرع الأول

الإعتراف بمبدأ سلطان الإرداة في الأنظمة القانونية

من الثابت أن مبدأ سلطان الإرادة هو الذي كان سائد منذ القدم في المعاملات التعاقدية والذي نادت إليه العديد من المدارس على رأسها المدرسة الإرادية التي تجسد أنه لا يمكن أن يلتزم الأطراف إلى بما ارتضوا به، إلا أن هذا المبدأ لم يعرف فاعليته الحقيقية إلا بعد اعتناقه في من طرف جل التشريعات الداخلية، والذي سنتناول بعضها في النقطة الأولى، وبعد تكريسه من طرف الاتفاقات الدولية، والتي سنبينه في نقطة ثانية

أولا: تكريس مبدأ سلطان الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق في القوانين الوطنية

اتخذت معظم التشريعات الوطنية من قانون الإرادة قاعدة إسناد أصلية في مجال العقود الدولية، واعتبرته مبدأ من المبادئ الثابتة والمستقرة في نظمها[1]، ومن تطبيقات هذا المبدأ

[1] - **د/ سلطان عبد الله محمود الجواري**، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق- دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 123.

نجد المادة 18 من القانون المدني الجزائري التي تنص على:

« ***يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.***

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد. غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار، قانون موقعه».[2]

من النص السابق يتضح أن المشرع الجزائري كرس مبدأ حرية المتعاقدين في إختيار القانون الواجب التطبيق، لكن قيد هذه الحرية بشرط أن يكون القانون المختار له صلة حقيقة بالمتعاقدين أو العقد، وذلك مراعاة لعدم مخالفة القانون المختار للنظام العام والآداب العامة[3]، وهنا يحاول المشرع إستبعاد فرض أن يختار المتعاقدين قانون لا صلة له بالعلاقة التعاقدية محاولة منهم التهرب من أحكام القانون الذي من المفترض أن يطبق وهو ما يعرف بالغش نحو القانون.

كما أقر القانون المدني المصري كذلك ما ذهب إليه المشرع الجزائري، حيث أكد صراحة حق الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق في العقود الدولية، في نص المادة 19/1 والتي تنص على:

« ***يسري على الشروط الموضوعية للتصرف القانوني وما يترتب عليه من التزامات القانون الذي اتجهت الإرادة الصريحة أو الضمنية، فإن لم يوجد سرى قانون الدولة التي تم فيها التصرف وفقا لما يقرره القانون المصري***»[4]، أكد القانون الدولي الخاص

---

[2]- الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون 07-05 المرجع السابق.

[3] - YESSAD Houria, Le contrat de vente internationale de marchandises, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de Droit, Université Mouloud Mammeri,Tizi-ouzou, 2008, p75.

[4]- مشار لدى: **د/فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 221.

التونسي[5]، وكذلك ما ذهب إليه المشرع الجزائري والمصري من خلال المادة 62 والتي تنص على أن : « ***يحكم العقد القانون المعين من الأطراف***».

أخذ القانون العراقي مثل غيره من القوانين العربية بمبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود وتبنى قاعدة قانون الإرادة كقاعدة إسناد عامة في نطاق الالتزامات التعاقدية حيث نصت الفقرة 25 من القانون المدني العراقي على أنه:

« ***يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحد موطنا، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تمّ فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانون آخر هو الذي يراد تطبيقه***».[6]

هذا ما تبناه القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1979 الذي ينص على أن :

« ***يسري على الالتزامات التعاقدية القانون الذي يحدده الأطراف صراحة أو ضمنا***» وكذلك الأمر الذي أخذّ به القانون الألماني في أحكامه المتعلقة بالقانون الدولي الخاص لسنة 1986 والذي ينص على إلى « ***يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف...***»، والقانون الدولي السويسري لعام 1987 الذي أورد في المادة 1/116 ذات صيغة القانون الألماني.[7]

اعترف القانون التجاري الموحد للولايات المتحدة الأمريكية صراحة حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في العقود الدولية في نص المادة 1/301/ج:

« ***الأطراف في المعاملات الدولية أيا كانت حقوقهم والتزاماتهم لهم الحرية الأساسية في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم، سواء كانت المعاملة ذات صلة بهذه الدولة أو الولاية أم لا***»، وتضيف الفقرة 2/أ/301/1 من نفس المادة على:

---

[5]- نقلا عن : **د/ صالح المنزلاوي**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص 264.

[6]- **د/ سلطان عبد الله محمود الجواري**، المرجع السابق، ص 124.

[7]- مشار لدى: **د/ أحمد عبد الكريم سلامة**، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 160.

« ***الأطراف في المعاملات الدولية أيا كانت حقوقهم والتزاماتهم لهم الحرية الأساسية في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم، سواء كانت المعاملة ذات صلة بالدولة أو الولاية المعنية***».[8]

سرى على نفس المنوال كل من القانون المدني السوري في المادة 20، والقانون المدني اللّيبي في المادة 19، وتقابلها المادة 59 من القانون الكويتي، وهذا ما أخذ به كذلك قانون المعاملات المدنية السوداني لعام 1984.[9]

ثانيا: الإعتراف بالمبدأ في الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية

لم يقتصر الإعتراف بمبدأ قانون الإرادة على القوانين الوطنية، بل تبنته العديد من الاتفاقيات الدولية[10]، نذكر منها:

اتفاقية لاهاي الصادرة بتاريخ 15 يونيو 1955 والنافذة إبتداءا من 1سبتمبر 1964 بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية لبيع الأشياء المنقولة المادية والتي تنص في المادة 2/1على أن:

« ***يخضع البيع لقانون البلد الذي يعينه المتعاقدان، ويتم هذا التعيين إما صراحة في إحدى بنود العقد أو يستنتج بصورة مؤكدة من أحكام العقد وتخضع لنفس القانون الأحكام المتعلقة برضاء الطرفين فيما يخص القانون الواجب التطبيق*** ».[11]

---

[8] - *أنظر في ذلك:* **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر،2006، ص 96،

[9] -*راجع في ذلك:* **د/د أحمد عبد الكريم سلامة**، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 163.*وكذلك:* **عيد عبد الحفيظ**، مبدأ سلطان الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005، ص 23.

[10] - يتجلى دور الاتفاقيات الدولية في مجال العقود التجارية الدولية والمسائل التي تثيرها في إطار القانون الواجب التطبيق في التقليل من ظاهرة تناقض الحلول المعتمدة في التشريعات الوطنية، ويكون هذا إما بتوحيد قواعد التنازع التي تبين القانون الواجب التطبيق، أو بتوحيد القواعد الموضوعية مباشرة، وبذلك يعد كحل بديل لمنهج الإسناد الذي يقضي على ظاهرة تنازع القوانين. أنظر في هذا: **د/محمد سعيد خليفة**، مشكلات البيع عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 113. *وكذلك:*

- LOUSSOURN Yvon et BERNARD Thierry, Droit international privé, 5em édition, Paris, 1996, p 427.

كما أخذت معاهدة نيويرك لسنة 1958 المتعلقة بالإعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية بمبدأ قدرة إختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق، سواء كان هذا على الإجراءات أو على موضوع النزاع، فورد ذلك في المادة 5/1-د والمتعلقة بالحالة التي يمكن فيها أن تؤدي إلى رفض تنفيذ أحكام المحكمين وهذا بنصها على أن :

« ***أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم لم تكن وفقا لاتفاق الطرفين أو لم تكن، في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق*** »[12]

أقرت اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، فتنص المادة 7 منها على أن:

« ***الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على النزاع***»[13]، وهذا ما انتهت إليه المادة 42 من اتفاقية واشنطن المنشأة للمركز الدولي لفض منازعات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى والتي تنص على أن:

« ***تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد التي يقررها الأطراف...*** ».[14]

---

[11] - يتضح من نص هذه المادة أن اتفاقية لاهاي أخذت بقاعدة قانون الإرادة كقاعدة إسناد أصلية لعقد البيع الدولي وهي دون شك القاعدة الأكثر ملائمة لحاجات التجارة الدولية، حيث أعطت هذه المادة للمتعاقدين الحرية الكاملة لاختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما دون اشتراط أي صلة بين العقد والقانون المختار. *أنظر في نفس المعنى*:

- **د/سلطان عبد الله محمود الجواري**، المرجع السابق، ص 130.

[12] - مرسوم رقم 88-233 مؤرخ في 5 نوفمبر 1988يتضمّن انضمام الجزائر بتحفظ إلى الاتفاقية من أجل الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، الصادرة عن مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك في 10 جوان 1958، ج ر، عدد 48 لسنة 1988، *وكذلك أنظر*: **عيد عبد الحفيظ**، المرجع السابق، ص 28.

[13] - **د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 664. *وفي نفس المعنى أنظر*:

- **د/خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي للنشر، مصر، ص 301.

[14] - مرسوم رئاسي رقم 95-346 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995 تتضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية واشنطن لسنة 1995 المنشئة للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج ر عدد 66 لسنة 1995. *وكذلك*: **قبايلي الطيب**، نظام تسوية المنازعات في إطار المركز الدولي لفض منازعات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى CRDI، مذكرة لنيل درجة الماجستير، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2001، ص93.

وجاءت في نفس المعنى المادة 3/1 من اتفاقية روما لسنة 1980 بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، حيث يجرى نصها على نحو التالي: « ***يسري على العقد القانون الذي اختاره الأطراف***»[15]، وتعتبر هذه الاتفاقية بمثابة القانون الدولي الخاص للعقود بالنظر إلى الثقل القانون الذي تمثله الثقافات القانونية التي ينتمي إليها دول الأعضاء[16]، كما أكدت اتفاقية لاهاي لعام 1986 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع في نص المادة 7 على أنه:

« ***يحكم البيع القانون المختار من الأطراف***».[17]

نصت المادة 7 من اتفاقية مكسيكو لعام 1994 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، والتي أبرمت بين الدول الأمريكية، على أن:

« ***العقد يخضع لأحكام القانون الذي اختاره الأطراف، وأن اتفاق الأطراف على هذا الإختيار يجب أن يكون واضحا وجليا، وفي حالة عدم وضوح هذا الاتفاق، يستخلص ضمنيا من سلوك الأطراف ومن بنود العقد***».[18]

لعبت الأمم المتحدة دور هاما في تحفيز مبدأ سلطان الإرادة كأساس لتحديد القانون الواجب التطبيق، فنجد مثلا أحد فروعها وهي لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (C.N.U.C.I) قد نصت على الأخذ بقانون الإرادة في معظم اتفاقيات وقوانين واللوائح الصادرة عنها، فنجد في إطار التحكيم الدولي، قد نصت المادة 28 من القانون النموذجي

---

[15]- Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligation contractuelles entre en viguere en 1981, l'article 3 stipule : « *Le contrat est régi par la loi choisi par les parties ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des= =circonstances de la cause, par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou aune partie seulement de leurs contrat* ».

[16]- LOUSSOURN Yvon et BERNARD Thierry, op.cit, p 428.

[17]- جاءت اتفاقية لاهاي لعام 1986 لتعديل اتفاقية لاهاي لعام 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية لبيع الأشياء المنقولة المادية، حيث أخذت هذه الاتفاقية الجديدة بعين الإعتبار التطورات الحديثة في مجال التجارة الدولية عموما، ومن أهم هذه التطور ات إبرام اتفاقية فيينا لعام 1980 بخصوص توحيد الأحكام الموضوعية لعقد البيع الدولي للبضائع. *أنظر في هذا:* **د/ سلطان عبد الله محمود الجواري**، المرجع السابق، ص 131.

[18]- **إبراهيم أحمد سعيد الزمزمي**، المرجع السابق، ص 98. وكذلك:

-CHATILLON Stéphane, Le contrat international, 3ème édition, Vuibert, Paris, 2007,p.268.

للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، على أن:

« ***تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفهما واجبة التطبيق على موضوع النزاع، وأي إختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة.....، إذا لم يعين الطرفان أية القواعد.....، لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على أساس مراعاة العدالة والحسنى، أو كمحكم عادل منصف، إلا إذا أجاز لها الطرفان ذلك صراحة*** »[19].

الفرع الثاني

طرق اختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق

من الثابت في النظم القانونية على مستويين الدولي والداخلي أن للأطراف الحق في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، وقد يكون هذا الإختيار صريحا كتحديده في بند من بنود العقد، أو يكون ضمنيا يستنبط من ملابسات العقد، وسنتطرق من خلال هذا الفرع إلى التعبير الصريح في نقطة أولى، ثم إلى التعبير الضمني في النقطة الثانية.

أولا: الإختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية

إذا كانت النظم القانونية قد اعترفت للمتعاقدين بحرية إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، فمن الطبيعي أن يمارس هؤلاء المتعاقدين هذا الحق ويعلنو ا عليه صراحتا عن القانون المختص بحل ما يثور بينهم من منازعات في المستقبل[20]، فإذا تم ذلك كنا بصدد الإختيار الصريح لقانون العقد وكنا فعلا بصدد قانون الإرادة.

---

[19]- قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، منشورات الأمم المتحدة، رقم A.08.V.4، متوفر على الموقع: www.uncitral.org، و *أنظر كذلك:*

- **د/عادل أبو هشيمة محمود حوته**، المرجع السابق، ص 28.

[20]- **د/ أحمد عبد الكريم سلامة**، القانون الدولي الخاص النوعي- الإلكتروني-السياحي- البيئي، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 83. أنظر كذلك: **د/ محمد فواز المطالقة**، المرجع السابق، ص 139.

إختيار القانون الواجب التطبيق يمكن أن يتم على شبكة الإنترنت بصور متعددة، فيمكن أن يتم عبر البريد الإلكتروني من خلال تبادل الرسائل الإلكترونية[21]، كما يمكن أن يتم عبر غرف المحادثة والمشاهدة والتي تمكن الطرفين من مناقشة كافة الشروط العقد ومنها القانون الواجب التطبيق عن طريق المحادثة المباشرة والكتابة[22]، ومن المتصور أيضا أن يتم إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد عبر صفحة الويب من خلال الرسائل الإلكترونية التي يتبادلها الأطراف في نفس الزمان[23].

فبرغم من أن العقود المعروضة عبر الويب يتم إعدادها سلفا من قبل الموجب، وهو من يستقل بفرض شروطها وا ٍملاء بنودها، إلا أن إرادته لا تكفي وحدها لإبرام العقد إذ لا بد من أن يوافق الطرف الثاني على الشروط التي وضعها الموجب والتي من بينها شرط القانون الواجب التطبيق على العقد، وبالتالي ليس هناك ما يمنع من إمكانية التفاوض حول شروط العقد في مجال التجارة الإلكترونية، كأن يعرض التاجر عقود نموذجية الخاصة بمحله الإفتراضي، على أن يورد ملاحظة بإمكانية مناقشة بنود العقد، أو بند معين منها، مثل البند المتعلق بالقانون الواجب التطبيق[24]، وهذا ما يؤكده الواقع العملي في مجال التجارة الإلكترونية، إذ معظم تلك العقود تجيز المفاوضات والمساومة بين أطراف العقد، حول كل ما يتعلق بشروط التعاقد أو تعديلها.

ونظرا لأهمية الإختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق فقد حث مجمع القانون الدولي في دورة إنعقاده بمدينة أسلو عام 1877 على ضرورة تعبير الأطراف عن إرادتهم صراحة في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية على أنه :

---

[21]- **محمد أحمد علي المحاسنة**، المرجع السابق، ص 31.

[22]- **بشار عصمت سميح سكري**، المرجع السابق، ص 93.

[23]- **د/فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 682، *وأيضا*: **د/فاروق محمد أحمد الإباصيري**، عقد الإشتراك، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002، ص 112.

[24]- أنظر في هذا المعنى، **د/ صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 27، *وكذلك*: **د/ عادل أبو هشيمة محمود حوته**، المرجع السابق، ص 73-74.

« ***يتعين على الأطراف إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم صراحة***»[25]، كما أعتبر التقرير الصادر عن منظمة OMPI بأن مبدأ اختيار القانون الذي جاءت به اتفاقية روما لعام 1980يعد بندا هاما وا يجابيا للتجارة الإلكترونية ويجب أن يحظى بإحترام مناسب في ظل القانون باعتباره وسيلة لتسهيل انتشار وتحفيز الثقة في التجارة الإلكترونية، كما حث على وجوب تشجيع استخدام بند الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق [26].

كما حرصت مجموعة خبراء الأمم المتحدة بمناسبة وضع قانون التجارة الإلكترونية الأونسيترال لعام 1996 على تفعيل مبدأ حرية التعاقد، إذ أكدوا أنه من الأهمية القصوى التركيز على مبادئ التعاقد والاتفاق بين أطراف العقد بصورة حرة بغية تفادي الفهم الخاطئ من جانب المشرعين لضمان ثقة أصحاب الأعمال في هذا القانون[27]، كما دعى مؤتمر سانفرنسيسكوا المنعقدة في الفترة من 10-11 سبتمبر 2000 كافة الدول لمنح المتعاقدين على الشبكة كامل الحرية في إختيار القانون الذي يحكم العقد[28].

وا ذا كان الأصل أن يتم الاتفاق على اختيار قانون العقد لحظة إبرامه بموجب شرط صريح يدرج ضمن العقد الأصلي أو بمقتضى اتفاق مستقل عنه، فإن هذا الاتفاق يمكن أن يتراخى إلى مرحلة لاحقة على إبرام العقد[29]، وقد أكدت على ذلك المادة 3/2 من اتفاقية

---

[25]- مشار إليه لدى: **د/خالد عبد الفتاح محمد خليل**، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص 86-87. وكذلك: **د/ أحمد عبد الكريم سلامة**، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 191، هامش 01.

[26]- **علاء الدين محمد نيب عبابنة**، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في القانون الأردني المقارن، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان للدراسات العليا، الأردن، 2004، ص 198.

[27]- **إبراهيم احمد سعيد الزمزمي**، المرجع السابق، ص 92.

- أنظر كذلك تقرير عن مسودة اتفاقية الخاصة بالتعاقد الإلكتروني على الموقع:

http://www.iccwhp.org/electronic.commerceluuncitralconventionreport.asp .

[28]- **محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم الدراسات القانونية، جامعة الدول العربية، مصر، 2004، ص 152 .

- كما يرى المؤتمر أن أفضل طريقة لفض منازعات التجارة الإلكترونية هي الاتفاق على اللجوء للوسائل البديلة كالوساطة والتحكيم، *راجع في ذلك على الموقع التالي*: www.ipf.org/groups/hague-stmt2.html

[29]- **د/إلياس ناصيف**، المرجع السابق، ص 321.=

روما لعام 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزمات التعاقدية والتي تنص على أن: « ***يحق للأطراف في أي وقت الاتفاق على إخضاع العقد لقانون آخر غير الخاضع له من قبل، وسواء تم في ذلك بإجراء اختيار لاحق يتم تبعا لنفس المادة أو بمقتضى نصوص أخرى***»، وهو ما ذهبت إليه المادة 116/3 من القانون الدولي الخاص السويسري والتي تقضي بأن: « ***إختيار القانون يمكن إجراؤه أو تعديله في أي وقت...***»[30].

وا ذا كان من حق المتعاقدين إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، سواء عند إبرام العقد الأصلي أو في وقت لاحق لإبرامه، فإنه يجوز لهم أيضا تعديل اختيارهم السابق إلى اختيار آخر في أية فترة لاحقة على إبرام العقد، وهذه الإمكانية نصت عليها المادة 3/2 من اتفاقية روما لعام 1980[31]، وأيضا المادة 116/3 من القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1978[32].

غير أن تعديل القانون المختار يجب أن لا يترتب عليه إضرار بالغير الذين بنوا توقعاتهم على القانون الذي تم اختياره أولا والمراد العدول عنه، كما يلزم ألا يؤدي ذلك العدول إلى المساس بصحة العقد الذي يجري تعديل اختيار القانون الذي يحكمه، وهذا ما أكدت عليه المادة 11/3 من القانون الدولي الخاص السويسري فبعد أن أجازت اختيار قانون العقد أو تعديله في أي وقت، أشارت إلى أنه:

« ***إذا تم- ذلك العدول- في مرحلة لاحقة على إبرام العقد، فإن تعديل القانون المختار يسري بأثر رجعي يرتد إلى وقت إبرام العقد مع التحفظ الخاص بحقوق الغير***»[33]، وقد اعتنقت المادة 3/2 من اتفاقية روما لعام 1980 هذا الاتجاه أيضا فخولت المتعاقدين

=- وعلى عكس ذلك فإن هناك بعض القوانين لا تسمح بتحديد القانون في الفترة اللاحقة على إبرام العقد ومن أمثلة ذلك القانون المدني الكندي لإقليم كيبك. مشار إليه في: **د/ صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 284، هامش رقم 04.

30- مشار إليه لدى: **د/خالد عبد الفتاح محمد خليل**، المرجع السابق، ص 88.

31 - راجع أحكام المادة 3/2 من اتفاقية روما لسنة 1980 على الموقع:
www.dgdr.cnrs.frdaj/docconvention_de_rome.pdf

32- **د/فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص88.

33 - مشار إليه لدى: **د/صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 285.

حق العدول عن القانون السابق مع التحفظ الخاص بحماية الغير وصحة العقد، والتي تقضي: « ***كل تعديل في تحديد القانون الواجب التطبيق يأتي لاحقا على إبرام العقد، لا ينال مطلقا من صحة العقد من حيث الشكل المحدد بموجب المادة 9 ولا يمس بحقوق الغير***»[34].

يمثل إختيار الأطراف الصريح للقانون الواجب التطبيق التجسيد الفعلي لمبدأ سلطان الإرادة، ويعد الحل الأمثل لمشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، والسبب في ذلك هو أن الإرادة بطبعتها غير المادية هي الوحيدة القادرة على مواجهة الإفتراضية التي تلازم إبرام وتنفيذ العقود الإلكترونية وهي القادرة على حل منازعاتها إلكترونيا، لذا يبقى قانون الإرادة هو الوسيلة المثلى لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية.

لتفادي مشكلة اختيار الأطراف لقانون لا ينظم المعاملات الإلكترونية ولا يعترف بالتوقيع الإلكتروني، يستحسن أن يختار المتعاقدان القواعد المادية للمعاملات الإلكترونية لتكون واجبة التطبيق على عقدهم.

أما إذا لم يكشف المتعاقدون عن إرادتهم الصريحة في تطبيق قانون معين على علاقتهم العقدية، فعلى القاضي أن يحدد إرادتهم الضمنية، وهو ما سنتناوله في النقطة الموالية

ثانيا: الإختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية

تؤكد غالبية تقنينات القانون الدولي الخاص المعاصرة على ضرورة البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين، لأنه اختيار حقيقي، ولكنه غير معلن يستخلصه القاضي من ظروف الحال، وهو ما يعبر عنه بالإختيار الضمني[35].

وقد استقر الفقه والقضاء على وجود عدة قرائن تدل على الإرادة الضمنية بخصوص قانون العقد، حيث لا يكتفي عادة بواحدة منها لدلالة على تلك النية غير المعلنة، بل الغالب

---

[34]- اتفاقية روما لعام 1980 متوفر على الموقع: www.dgdr.cnrs.frdaj/docconvention_de_rome.pdf

[35]- **د/ صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 286.

أن يجمع القضاء بين أكثر من مؤشر أو علامة لاستنباط نية المتعاقدين[36]، ومن أمثلتها إدراج نص في العقد يجعل الاختصاص بشأن المنازعات المتعلقة به من اختصاص محاكم دولة معينة، أو يتم إبرام عقد يرتبط بعقد آخر سبق إبرامه، وتم إختيار القانون الواجب التطبيق فيه.

كذلك يمكن استخلاص الإرادة من خلال اللغة التي حرر بها العقد أو العملة التي اتفق على الوفاء بها، بل أحيانا يعتد القاضي بجنسية المتعاقدين أو محل إقامتهم، كما قد يستدل على هذا القانون من خلال مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه[37].

لكن على الرغم من أن تقنيات القانون الدولي الخاص المعاصرة تؤكد على ضرورة البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين، إلا أنها كانت مثارا لإنتقادات عديدة من جانب فقهاء القانون الدولي الخاص، فقد علق جانب من الشراح تطبيق قانون الإرادة في شأن العقود الدولية على شرط أن يعلن المتعاقدون عن اختيارهم لهذا القانون صراحة[38]، أما عند السكوت عن تحديد قانون العقد فلا يصح للقاضي البحث عن إرادتهم الضمنية، وإنما عليه البحث عن تركيز الرابطة العقدية وإسنادها إلى القانون الأكثر إرتباطا بالعقد، مما يحقق للمتعاقدين أماناً قانونيا أفضل من تحويل القاضي حرية البحث عن إرادتهم الضمنية، التي

---

[36]- وهذه القرائن قد تكون ذاتية تستمد من العقد ذاته، أو خارجية يمكن استخلاصها من ظروف وملابسات التعاقد. *أنظر في هذا:* **الطيب الزروتي**، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، الجزء الثاني، جامعة الجزائر 1991، ص 230، *وكذلك:* **د/هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، مصر، 1995، ص 319.

[37]- **د/نبيل زيد مقابلة**، المرجع السابق، ص 119، وكذلك كل من : **د/ عادل أبو هشيمه محمود حوته**، المرجع السابق، ص 89. **د/ أحمد عبد الكريم سلامة**، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 85. و**د/ سلطان عبد الله محمود الجواري**، المرجع السابق، ص 105.

[38]- وهو ما أخذت به البعض التشريعات الحديثة، والتي لم تعتد إلا بإرادة المتعاقدين الصريحة في اختيار قانون العقد، ومن هذه التشريعات القانون المدني الجزائري والذي استبعد الإرادة المفترضة في حالة تخلف الاختيار الصريح لقانون العقد ونص على أن يطبق القاضي المعايير الاحتياطية المنصوص عليها في المادة 18 من القانون المدني الجزائري في هذه الحالة. *أنظر في هذا:* **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الإستثمار -" التجربة الجزائرية نموذجا" رسالة دكتوراه الدولة في القانون العام، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص20، *وأيضا:* **عيد عبد الحفيظ**، المرجع السابق، ص 49.

تفلت من رقابته القضائية، مما يؤدي بالقاضي إلى تحديد قانون حسب إرادته الخاصة، وهذا الأمر من شأنه أن يخل بتوقعات الأطراف، ويهدف الذي تنشده التجارة الدولية[39].

ويؤكد الفقه الرافض للإرادة الضمنية، وجهة نظره تلك، بالإستناد إلى حجة مفاداها أن سكوت المتعاقدين عن الاختيار الصريح لقانون العقد يرتدّ عادة إلى أحد الأسباب التالية[40]:

- عدم انتباه المتعاقدين إلى مشكلة اختيار القانون أصلا.

- ألا تكون مشكلة التنازع ظاهرة للمتعاقدين عند إبرام العقد، وهو ما يتصور في الفروض التي يتطرق فيها العنصر الأجنبي للرابطة العقدية في تاريخ لاحق للإنعقاد، كما لو طلب المشتري من البائع بعد إبرام العقد تسليم البضاعة في الخارج.

- سكوت المتعاقدين عن الاتفاق الصريح على اختيار قانون العقد، الاختلافهم من البداية حول هذه المسألة، أو خشيتهم مما قد تسببه من خلاف قد يؤدي إلى عدم إتمام التعاقد

إذا يصعب في كل الفروض السابقة، والتي يسكت فيها المتعاقدين عن التحديد الصريح لقانون العقد، الإدعاء بوجود إرادة ضمنية في إختيار هذا القانون، وتصدي القاضي مع ذلك للبحث عن تلك الإرادة، سوفى يؤدي إلى تطبيق قانون لم يتوقعه المتعاقدون، لأنه لا يعبر عن إرادتهم الحقيقية.

يبدو أن رفض الاختيار الضمني لقانون العقد في مجال العقود الدولية، لا علاقة له بظهور شبكة الانترنت والعقود الإلكترونية، غير أن رفض الإسناد إلى إرادة المتعاقدين الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، له مبرر في مجال العقود الإلكترونية، وهو ينحدر من صعوبة الإعتماد على القرائن الدالة على الإرادة[41]، فأغلب العقود الإلكترونية تبرم باللغة الإنجليزية،مما تثير مشكلة الاعتماد على اللغة التي حرر بها

---

[39]- **د/ هشام علي صادق**، المرجع السابق، ص 325-326.

[40] - DIESSE François, L'exigence de la cooperation contractuelle dans le commerce international, Revue de droit des affaires internationales ; n°7 ,1999, p 762. et aussi :

- **د/ هشام علي صادق**، المرجع السابق، ص 327.

[41]- **د/ صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 364.

العقد لتحديد الإرادة الضمنية للأطراف[42]، كما أنه لا يمكن الاعتماد على العملة التي يتم بها الوفاء، بعد أن أصبح الدفع يتم عن طريق النقود الإلكترونية[43].

كما يصعب كذلك الإستناد إلى إرادة الأطراف المتجهة نحو قانون دولة التي بها محكمة المختصة في المنازعة، باعتبار أن مثل هذه العقود يمكن أن تكون المحكمة متواجدة على شبكة الإنترنت من خلال موقع أو عنوان الكتروني لا ينتمي إلى دولة معينة[44]، بالإضافة إلى صعوبة الإعتماد على الروابط الإقليمية في تحديد الإرادة الضمنية للأطراف لأن هذا التركيز في العالم الإلكتروني لن يكون سهلا، نظرا لإعتماده على روابط افتراضية يصعب التعرف عليها[45].

الفرع الثالث

النتائج المترتبة على خضوع العقود الإلكترونية لقانون الإرادة

يترتب على خضوع العقد الإلكتروني لقانون الإر ادة عدة نتائج هامة نتطرق إليها في نقطتين، حيث نعرض في نقطة أولى إلى سماح للمتعاقدين بإختيار أكثر من قانون ليحكم الجوانب الموضوعية في العقود الإلكترونية، ثم نتناول في نقطة ثانية عدم لزوم توافر صلة بين القانون المختار والعقد.

أولا: السماح للمتعاقدين باختيار أكثر من قانون لحكم العقد الإلكتروني

اختلف الفقه حول مدى حرية المتعاقدين في اختيار أكثر من قانون يحكم العقد الإلكتروني، فيرى البعض أنه من الضروري الحفاظ على وحدة العقد وا ٍخضاعه لقانون واحد، حتى لا يختل التوازن والاستقرار اللازم للرابطة العقدية، والذي من أجله تم إعطاء الحرية للأفراد في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم[46].

---

[42]- **د/سمير برهان**، إبرام العقد في التجارة الإلكترونية، جامعة القاهرة، ص 57،منشور على الموقع:www.gn4me.com

[43]- **د/ عادل أو هشيمة محمود حوته**، المرجع السابق، ص89. *كذلك*: **د/نبيل زيد مقابلة**، المرجع السابق، ص119.

[44]- **د/فيصل محمدمحمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 684.

[45]- **د/ صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 288.

[46]- **إبراهيم أحمد سعيد الزمزري**، المرجع السابق، ص 94. *وكذلك كل من*: **د/هشام علي صادق**، المرجع السابق، ص 380، **د/ أحمد عبد الكريم سلامة**، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 185.

ويؤكد أصحاب هذا الرأي أن تجزئة العقد لا تتناسب مع العقود المبرمة إلكترونيا، لأن هذه العقود تمتاز بالسرعة في إبرامها، كما قد يؤدي تطبيق هذا المبدأ إلى الإخلال بالرابطة العقدية، وذلك لإختلاف القوانين المطبقة على هذا العقد فمن الممكن تنظيم جزء من العقد بقانون يقر بحجية التوقيع الإلكتروني وبصحة المعاملات الإلكترونية بينما يتم تنظيم الجزء الآخر من العقد بقانون لا يقبل مثل هذه التصرفات، كما قد تؤدي هذه التجزئة إلى الإفلات من القواعد الآمرة في القوانين المختارة[47].

وعلى النقيض من الاتجاه المتقدم، يرى فقه قانون التجارة الإلكترونية الغالب أن للعقد رابطة متعددة الجوانب، ولا يوجد ما يمنع المتعاقدين من أن يخضعوا كل جانب من هذه الجوانب لقانون معين، فيمكنها أن يتفقا على إخضاع تكوين العقد لقانون محل إبرامه، وا ٍخضاع تنفيذه لقانون الدولة الواجب التنفيذ فيها، فإن تعددت أماكن التنفيذ فلهم الحق في إخضاع كل التزام لقانون المحل المتفق على تنفيذه[48].

ويضيف أصحاب هذا الرأي[49] أنه :« **باستقراء القوانين المقارنة والواقع العملي، نرى أن تجزئة العقد تفرض نفسها، سواء قبلنا أم رفضنا بها، فهناك استحالة تفادي توزيع العملية التعاقدية بين أكثر من دولة، فالتجزئة أو التوزيع مفروض، ويمكن أن نميز بين نوعين منه:**

التجزئة الأفقية: غالبية النظم القانونية مع التحفظ بالنسبة للنظم الأنجلوسكسيونية، تعترف بما يلي: الأهلية لتعاقد تخضع للقانون الشخصي للمتعاقدين، شكل العقد الدولي ويخضع لقانون محل إبرامه أو للقوانين البديلة، نقل الملكية محل التعاقد ويخضع لقانون موقع المال، إجراءات التنفيذ وتخضع لقانون محل التنفيذ أو لقانون القاضي حسب الأحوال.

---

[47] - **د/ عادل أبو هشيمة محمود حوته**، المرجع السابق، ص 85.**د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 671.

[48] - **د/ صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 275، وكذلك: **إبراهيم أحمد سعيد الزمزمي**، المرجع السابق، ص 93.

[49] -**د/ أحمد عبد الكريم سلامة**، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 187. **إبراهيم أحمد سعيد الزمزمي**، المرجع السابق، ص 93.

التجزئة الرأسية: يخضع العقد هنا بالإضافة إلى قانون الإرادة لكثير من القواعد ذات التطبيق الضروري أو ما يسمى بقوانين البوليس العقدي، وذلك سواء في مرحلة إبرامه أو في شأن آثاره ونطاق الحقوق والالتزمات الناشئة عنه أو عند تنفيذه، ولا يقتصر الأمر على قواعد قانون القاضي مع ذلك النوع، بل على قواعد القوانين الأجنبية التي يكون العقد على صلة بها».

ويؤكد جانب من أنصار هذا الاتجاه[50] أن إعلاء مبدأ قانون الإرادة في مجال العقود الإلكترونية لن يتحقق إلا من خلال المرونة النسبية للقواعد التي تسمح بتجزئة العقد وا إسناد كل جانب إلى قانون معين، كما يوصي أصحاب هذا الاتجاه بأن لا تؤدي هذه التجزئة إلى الإخلال بإنسجام الرابطة العقدية، وذلك منعا للتضارب المتوقع بين تطبيق قوانين مختلفة، فالمهم أن تكون هذه التجزئة منسجمة بحيث لا يكون هناك جزء من العقد يمكن أن ينظم بقانون يقبل التوقيع الإلكتروني ويقر بصحة المعاملات التي تتم عبر شاشات الحواسيب الآلية والجزء الآخر ينظم بقانون آخر لا يقبل مثل هذه التصرفات، لهذا يجب مراعاة الإنسجام في الرابطة العقدية ككل، كما يوصي أيضا بأن لا تؤدي هذه التجزئة إلى الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين المختارة.

أقرت اتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في المادة 3/1 حيث خولت للمتعاقدين الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على كل العقد أو على جانب منه فقط، كما تبنت اتفاقية لاهاي لعام 1986 في شأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع نفس الاتجاه أيضا، بالإضافة إلى اتفاقية مكسيكو في مادتها السابعة التي أعطت الحق الأطراف في تجزئة العقد[51]

إن السماح للمتعاقدين بإختيار أكثر من قانون ليحكم الجوانب الموضوعية في العقود الإلكترونية يعد تجسيدا فعليا لمبدأ سلطان الإرادة، حيث تكون حرية المتعاقدين في تحديد

---

[50]- **د/ سلطان عبد الله محمود الجوارين** المرجع السابق، ص 114. *وكذلك:* **د/ صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 277.

[51]- نصوص هذه الاتفاقيات يمكن الإطلاع عليها من خلال العنوان التالي:
- http:// hcch.net/f/conventions.index.html.

القانون الواجب التطبيق على العقد بأكمله أو على جزء منه فقط، كما تظهر حرية الأطراف في اختيار قانون العقد عند عدم تقييدها بوجوب توافر صلة بين القانون المختار والعقد وهو ما نتناوله في النقطة موالية.

ثانيا: عدم لزوم توافر صلة بين القانون المختار والعقد

اختلف فقه القانون الدولي الخاص حول مدى لزوم توافر صلة بين القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين، والعقد الدولي الذي سيخضع لأحكام القانون المختار، كما اختلفوا أيضا حول المقصود بتلك الرابطة التي يتعين أن تتوافر بين قانون الإرادة والعقد الدولي، وما إذا كان يتعين أن تكون هذه الرابطة ذات طابع مادي أم شخصي أم أنه يكفي أن تكون هناك مصلحة مشروعة في تطبيق القانون المختار حتى تتوافر تلك الصلة.

فذهب جانب من الفقه إلى تقييد سلطان إرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد باستلزام وجود صلة حقيقة بين القانون المختار والعقد، بحيث ينصب اختيار المتعاقدين على أحد القوانين التي تتزاحم حكم العقد الدولي ، ولا يهم بعد ذلك أن ينصب الاختيار على القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية على أساس أنه يشكل مركز الثقل في هذه الرابطة[52].

أما إذا اختار المتعاقدون قانونا لا تتوافر فيه تلك الرابطة، فيتعين على القاضي عدم الإعتداد بهذا الإختيار وتركيز الرابطة العقدية في البيئة التي تبدو منسجمة مع العناصر الخارجية في تلك الرابطة[53]، ونجد على رأس هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي Batiffol الذي يرى أن قاضي العقد لا يتلقى إختيار الأفراد مكتوف اليدين، بل يجب أن يعيد النظر في هذا القانون للنظر في مدى توافر الرابطة جدية بينه وبين العقد، بحيث أن إرادة الأطراف ليست

---

[52]- ذلك أن إعمال مبدأ الصلة الأوثق بالرابطة العقدية لا يكون إلا إذا لم تفصح إرادة المتعاقدين صراحة، أو ضمنا عن إختيار قانون العقد، أما إذا عبرت تلك الإرادة عن رغبتها في اختيار القانون الذي يحكم العقد، فإنه لم يعد هناك مجال لإشتراط أن يأتي هذا الإختيار معبرا عن مركز الثقل في الرابطة العقدية وألا تكون قد جردنا الإرادة من قدرتها على الإختيار، الأمر الذي يناهض قاعدة التنازع التي تخول للمتعاقدين الحق في اختيار قانون العقد. *أنظر في هذا:* **د/هشام علي صادق**، المرجع السابق، ص 345 وما بعدها

[53]- **د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 681. *وفي نفس السياق:* **د/ عادل أبو هشيمه محمود حوته**، المرجع السابق، ص 79، وكذلك: **د/أحمد عبد الكريم سلامة**، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 38.

كافية بحد ذاتها لإختيار القانون الواجب التطبيق بل هي أحد الضوابط التي تعين القاضي في هذا الإختيار[54]، وعليه فالفقيه السابق خلق منهجا واحد لتحديد القانون الواجب التطبيق وهو منهج التركيز الذي يجب اتباعه سواء في حالة الإختيار الصريح أو في حالة غيابه، وبالتالي فإن الرابطة أو الصلة المتصور وجودها بين القانون المختار والعقد يتمثل في مكان تنفيذ العقد أو مكان الإبرام، وإذا كانت هذه صلة متصور وجودها في مجال عقود التجارة الدولية، إلا أنه يبدوا من الصعب في مجال عقود الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الإنترنت الإعتداد بتلك الصلة بين القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين وبين العقد قياسا على عقود التجارة التقليدية، وذلك للأسباب التالية[55]:

- إن التعاقد من خلال شبكة الإنترنت تجعل اتصال العقد وقت ابرامه بجميع الدول في آن واحد نتيجة انفتاح الشبكة على العالم بأسره، ولذا يصعب تحديد تلك الرابطة المزعومة بين القانون المختار والعقود الإلكترونية.

- إن التعاقد الإلكتروني لا يختلف عن التعاقد العادي، من حيث الموضوع أو الأطراف، ولكنه يختلف في وسيلة الإبرام، ففي عقود الإلكترونية يتم إبرام العقد من خلال شبكات إلكترونية لا تتركز في إقليم دولة معينة ولا تخضع لدولة بعينها بحيث يمكن القول بتطبيق قانونها، والأمر على خلاف ذلك بالنسبة للعقود الدولية التقليدية.

- إن الرابطة التي يتصور وجودها بين القانون المختار والعقد تتأسس في الغالب من عناصر مادية كمكان إبرام العقد أو تنفيذه، فإذا كانت هذه الضوابط المادية تصلح للسريان في مجال عقود التجارة الدولية التقليدية أو في حالة العقود الإلكترونية التي يتم تنفيذها ماديا، إلا أن ثمة صعوبة حقيقية تعترض تطبيق تلك الضوابط في حالة المعاملات التي تبرم وتنفذ بطرق إلكترونية، كما هو الشأن في حالة توريد برامج الحواسيب الآلية وذلك عن طريق إنزالها مباشرة على الحاسب الآلي، ففي هذه الحالة يصعب تحديد مكان تنفيذ العقد لأننا بصدد بيئة غير مادية أو افتراضية يتم تنفيذها من خلالها.

---

[54]- **د/فاروق محمد أحمد الأباصيري**، المرجع السابق، ص 113.

[55]- **د/ صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 280، *وكذلك كل من :* **د/ فاروق محمد أحمد الأباصيري**، المرجع السابق، ص 114.، **د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 671-672.

ولهذه الأسباب، نادى جانب من الفقه إلى تحرير إختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق من كل قيد كما ذهب إلى ذلك المذهب الشخصي[56]، ويبدو أن هذا هو الاتجاه الحديث في القوانين الوضعية الأروبية[57]، وذلك تأثرا باتفاقية روما بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية لعام 1980، حيث تجيز إختيار قانون محايد من جانب الأطراف المتعاقدة دون استلزام توافر علاقة أو رابطة في هذا الصدد، ومن ثم فإن القاضي لا يتمتع بأية سلطة في هذا الصدد، فأطراف العلاقة العقدية هم الأقدر على تحديد مصلحتهم وا إختيار القانون الذي يخدم مصالحهم المشتركة والذي يعين على إبرام وتنفيذ العلاقة العقدية دون إفتراض الغش في حقهم[58].

وقد اتبعت اتفاقية لاهاي لعام 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للمنقولات المادية هذا الاتجاه من خلال فحو ى المادة الثانية منها والتي تقر أن البيع يكون محكوما بقانون الدولة الذي يختاره المتعاقدون دون إيراد أي قيد في هذا الشأن، وأيضا اتفاقية "لاهاي" لعام 1978 في شأن القانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة والتمثيل التجاري، وهو ما انتهت إليه أيضا اتفاقية لاهاي لعام 1986 في شأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع[59].

---

[56]- يناصر هذا الاتجاه بعض الفقه المصري، غير أنه لا يميل إلى اتجاه الشخصي المطلق الذي يقدس إرادة الأطراف، ويعطى لها دور مطلق نظر لما يترتب عن ذلك من نتائج أهمها فكرة العقد الطليق، وا إنما يناصر الاتجاه الشخصي الذي يجعل من الإرادة تعمل في إطار القانون وليس خارجه، ويعطى لها القدرة على اختيار قانون العقد دون استلزام وجود علاقة بين القانون المختار والعقد. *راجع في هذا:* **د/فاروق محمد أحمد الأباصيري**، المرجع السابق، ص114، هامش رقم01.

[57]- « C'est pourquoi le droit positif eurpéen s'est orienté vers l'acceptation d'une autonomie totale, permettant ainsi le chois de la loi d'un pays qui n'a aucun bien avec la relation juridique, et nom d'une autonomie controlée qui aurait permis un choix uniquement entre les lois de poays ayant des biens avec la situation contracteulle ». *voir* : DROZ. G.A.L, Cours général de doit international privé, Recueil des cours Académié de de droit intrenational, tomer IV, 1991, p 229.

- مشار إليه لدى: **د/فاروق محمد أحمد الأباصيري**، المرجع السابق، ص 115، هاشم رقم 01.

[58]- **د/فيصل محمد محمد فيصل كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 675.

[59]- راجع في هذا: **د/ صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 281، وأيضا: **د/ عادل أبو هشيمه محمود حوته**، المرجع السابق، ص79. وكذلك: **د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 675.

ومن أهم المزايا التي يحققها المذهب، أنه يحترم توقعات الأفراد بما يوفره من أمان قانوني لهم، إذ من خلال تحديد قانون معين لحكم العقد يحدد كل طرف حقوقه والتزاماته، التي تترتب على مخالفته لبنود العقد وفقا لهذا القانون الذي تم اختياره، ويتفق أيضا مع المذهب الليبرالي الذي يسود التجارة الدولية حاليا والذي يعطي للإرادة دور متقدما في تنظيم العلاقات التجارية الدولية[60].

إنّ التعاقد من خلال شبكة الإنترنت العابرة للحدود بطبيعتها يترتب عليه جعل معظم الدول العالم في حالة اتصال دائم، أي اتصال العقد وقت إبرامه بجميع الدول في وقت واحد نتيجة إلغاء الحدود الجغرافية، كما لا تدخل العقود التي تتم من خلالها في حدود دولة معينة ويستدل على ذلك بالعناوين الإلكترونية التي لا تنتمي إلى دولة بعينها ، لذا نجد من الصعوبة إشتراط وجود صلة بين القانون المختار والعقد في العقود الإلكترونية، فلا بدّ من تحرير إرادة المتعاقدين لإختيار القانون الواجب التطبيق.

المطلب الثاني

الاستثناءات الواردة على مبدأ سلطان الإرادة

الأصل في العقود الإلكترونية هو إعمال مبدأ سلطان الإرادة، وهذا ما ينتج عنه الإعتداد بالقانون الذي أشارت إليه الإرادة، ولكن مثل هذا التسليم قد يحتاج إلى نوع من التوضيح، فالقول بقانون الإرادة، لا يعني أن هذا القانون سيطبق كليا في كل الحالات، وا نما هناك بعض القيود التي تحد من قدرة هذا الاختيار، مما يؤدي إلى استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف بقانون لا يخدم في بعض الحالات مصلحة المتعاقدين، ولكنه من جهة أخرى يخدم المصلحة العامة، وهذا في إطار استبعاد القانون من أجل مخالفته النظام العام، الأمر الذي سنبينه من خلال الفرع الأول، وهناك حالات أخرى يتم استبعاد القانون المختار لحماية مصلحة أحد الطرفين والذي يتصف بالطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وفي سبيل حماية هذا الأخير يتم اختيار قانون أصلح له وهذا ما يجسد استبعاد القانون المختار لحماية المستهلك، والذي سنتطرق إلية في الفرع الثاني.

---

[60]- **د/فاروق محمد أحمد الأباصيري**، المرجع السابق، ص 115-116.

الفرع الأول

النظام العام واستبعاد القانون المختار

من الثابت في النظم القانونية الكلاسيكية المعروفة في القانون الدولي الخاص، أنّ هناك ضوابط تحد من الحرية التعاقدية، وتتمثل في مجموعة من القواعد الآمرة التي يلتزم بها الأطراف، والتي تكيف على أنّها من النظام العام، هذا الأخير الذي يختلف مفهومه باختلاف نطاقه، كونه ينقسم إلى نظام عام داخلي ونظام عام دولي، وهذا ما سنبينه في النقطة الأولى.

لكن ما يشكل نوعا من الإبهام، هو مدى خضوع العقود الإلكترونية إلى قواعد النظام العام، علمًا أنّ هذا الأخير يختلف مفهومه باختلاف نطاقه الداخلي كان أو الدولي، وهذا التقسيم يتصل بالنطاق الجغرافي، الذي يتلاشى أمام التجارة الإلكترونية، مما يؤدي إلى اتساع مفهوم النظام العام الذي ستخضع له العقود الإلكترونية، الأمر الذي سنحاول تبيانه في النقطة الثانية.

أولا: المقصود بالنظام العام

معالجة النظام العام كقيد على حرية الإرادة يقتضي منا أن نوضح الأدوار المختلفة التي تلعبها هذه الفكرة في مجال القانون الداخلي والقانون الدولي الخاص، وأيضا دورها المتميز في عقود التجارة الدولية.

1- فكرة النظام العام الداخلي

تعتبر فكرة النظام العام من الأفكار الجوهرية في علم القانون بوجه عام، وتستعمل تلك الفكرة في القانون الداخلي للإشارة إلى القواعد الآمرة التي لا يمكن للأفراد مخالفة حكمها باتفاق خاص، ولقد عرفها فقه القانون الدولي الخاص بأنه: « ***وسيلة قانونية يستبعد فيها في النزاع المطروح أمام قاضي الاختصاص العادي المعقود للقانون الأجنبي، متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام مجتمع بلد القاضي*** »[61].

[61]- **محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص 111.

وبالرغم من أن الفقه الحديث مجمع على أهمية فكرة النظام العام ودورها كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي إلا أنه يبقى مختلفا مع ذلك حول تحديد مضمونها، ومع ذلك فإن هناك اتفاق حول تحديد هدفها، المجسد عموما في حماية المبادئ والأسس الجوهرية التي تصون المجتمع سواء كانت تلك المبادئ والأسس اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية[62].

وفي القانون الدولي الخاص يتلخص دور النظام العام في منع تطبيق القانون الأجنبي، الذي عقدت قاعدة الإسناد الوطنية له الاختصاص، إذا كان من شأن تطبيق الأحكام الموضوعية لهذا القانون المساس بالأسس والمبادئ والركائز التي يقوم عليها النظام القانوني لدولة القاضي[63]، وهذا ما أقره المشرع الجزائري من خلال نص المادة 24 من القانون المدني والتي تنص: « ***لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر ، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.***

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة»[64]

ولذلك يجب أن يكون اختيار قانون الواجب التطبيق لدولة معينة، لا يمس بأية حال النظام العام الساري المفعول في الدولة الأجنبية التي تم اختيار قانونها لحكم العلاقة التعاقدية، وإلا فالقاضي يقوم بتجاهل القانون المختار ليعين القانون الأقرب إلى العلاقة التعاقدية، هذا ما يحول إلى استبعاد إرادة الأطراف[65].

2- فكرة النظام العام الدولي

أدت التطورات الحديثة التي عرفتها التجارة الدولية إلى ظهور فكرة النظام العام الدولي بمفهوم يختلف عن النظام العام الداخلي في إطار القوانين الداخلية، والذي يعني وجود تنظيم

---

[62]- **مهند عزمي مسعود أبو مغلي**، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر،2005، ص 131.

[63]- NAMIE – CHARBONNIER Maire, op-cit. p 252.

[64]- أنظر الأمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[65]- **خليفي سمير**، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، تخصص التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010، ص 32.

قانوني فوق الدول، الذي سلم الفقه الحديث بوجوده نتيجة تشابك العلاقات الدولية الخاصة ومساهمة كل طرف (الدول، المنظمات الدولية، الشركات العالمية...) في إنمائها، لتلبية متطلبات واحتياجات التجارة الدولية عن طريق تشجيع وابتداع القواعد الذاتية الخاصة، التي تتفق ونمو المبادلات التجارية الدولية[66].

وقد ذهب جانب من الفقه في مجال عقود التجارة الدولية، إلى القول باستبعاد القانون الأجنبي استنادا إلى فكرة النظام العام، إذا كان في تطبيق هذا القانون مساس بمبادئ العدالة الدولية أو بمبادئ القانون الطبيعي أو بالمبادئ العامة المتعارف عليها في جماعة الأمم المتحضرة، أو بصيغة أخرى في حالة مخالفة لنظام العام الدولي الذي يعرف بأنه:

«***مجموعة أسس وقواعد عامة لا تتعلق بالمصالح الأساسية لمجتمع وطني معين، وا إنما تتعلق بمصالح أساسية خاصة بالجماعة الدولية، لأنه عبارة عن مجموعة قواعد مشتركة بين مختلف الأنظمة القانونية ومرتبطة بالعلاقات الدولية***»[67].

وتعبر فكرة النظام العام الدولي عن مجموعة المصالح الأساسية للجماعة الدولية أو المصلحة العليا والتي لا يتصور بقاء كيانها سليما دون الاستقرار على قواعد النظام العام الدولي، كما أن القواعد القانونية المتعلقة بها هي قواعد آمرة، لا يجوز الإتفاق على ما يخالفها فهي بذلك تفرض قيدا على الإرادة فهي إذن السياج القوي الذي يحمي النظام القانوني الدولي.كما أن طبيعة القو اعد المتعلقة بالنظام العام الدولي "متطورة" تستجيب لما يستجد من حاجات المجتمع الدولي.

ومهما اختلفت التعاريف، فمن المتفق عليه أن النظام العام الدولي يشكل أساس تنظيم المجتمع الدولي، وهي الوظيفة التي يضعها الفقه كمعيار للتمييز بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، ففي القانون الداخلي يتكفل النظام العام بإبطال اتفاقات الأفراد المخالفة للقواعد الآمرة لذلك يبدو النظام العام في هذا الصددكحليف أو كحامٍ للقاعدة القانونية الوطنية أما في مجال العلاقات الدولية فيسعى إلى حماية وتنظيم المجتمع الدولي، وتجذر

---

[66]- **عيد عبد الحفيظ**، المرجع السابق، ص 76.

[67]- *أنظر في ذلك:* **د/ صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 298.

الملاحظة أن كل ما هو من النظام العام الداخلي ليس بضرورة أن يكون من النظام العام الدولي[68].

مما سبق يمكن استنباط المصادر التي تساهم في خلق قواعد النظام العام الدولي، والمجسدة في كل من القضاء الوطني، والتحكيم، والاتفاقيات الدولية، إذا نجد القضاء الوطني من خلال الأحكام التي يصدرها، تساهم في إرساء العديد من القواعد التي توصف بالنظام العام الدولي، ونذكر على سبيل المثال الحكم الصادر من محكمة الاستئناف باريس في قضية Banque ottomane والتي أكدت أن أمن العلاقات التجارية والمالية والدولية، يقوم على الاعتراف بوجود نظام عام إن لم يكن عالميا، وفي حكم آخر ألحت إلى وجود مبادئ عدالة عالمية لها قيمة دولية مطلقة[69].

ثانيا: النظام العام كقيد على مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية

من الثابت في النظم القانونية الدولية والوطنية، أن اصطلاح النظام العام يقترن استعماله لحماية وصيانة المبادئ العليا الإقتصادية والإجتماعية والسياسية والخلقية التي يقوم عليها مجتمع الدولة، والحد الفاصل بين النظام العام الداخلي والدولي هو الحدود الجغرافية، ولما كانت هذه الأخيرة منعدمة في إطار التجارة الإلكترونية أثير إشكال النظام العام الذي ستخضع له العقود الإلكترونية، واختلفت آراء الفقهاء بين قائل بخضوع العقد الإلكتروني للنظام العام الداخلي، وآخر قائل بخضوع العقد الإلكتروني للنظام العام الدولي وهو ما سنتناوله في النقطتين التاليتين:

---

[68] - **بولين أنطنيوس أيوب**، تحديات شبكة الإنترنت على صعيد القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 34.

- GUILLEMARD Sylvette, Le droit international privé face au contrat de vent cyberspatial, Thèse de doctorat, faculté de droit, Université LAVAL, Québec, 2003, p 407

- l'auteur souligne que la différence entre l'ordre public interne et l'ordre public international : « *Ce qui est contraire à l'ordre public interne ne l'est pas nécessairement à l'ordre public international* »

[69] - مشار لدى: **د/ صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 298.

1- خضوع العقد الإلكتروني للنظام العام الداخلي:

يشير البعض أن رسم حدود فكرة النظام العام للمجتمع الإلكتروني، لن تكون مستقلة عن النظام العام الداخلي، بل إنها تستقي منها بعض المبادئ التي يمكن تطبيقها على العقود الإلكترونية، بل يذهب البعض أكثر من ذلك بالقول أن كل عقد إلكتروني، يمس بالنظام العام الداخلي لأية دولة يحق لها إبطاله[70]، ولكن الإشكال المطروح يظهر في دولية العقد الإلكتروني الذي يتصل بأكثر من دولة، وبالتالي فإنه يتصل بأكثر من نظام عام، ولما كان هذا الأخير يختلف من دولة إلى أخرى فإن العقد الإلكتروني يمكن أن يكون صحيحا في دولة وباطلا في دولة أخرى، ولعل أن قضية YAHOO أكبر مثال ذلك، والتي تتلخص وقائعها بقيام أحد المتاجر الأمريكية التي تأويها " ياهو" بعرض سلع آثار النازية للبيع، وا ثر ذلك تقدمت جمعية فرنسية ضد التمييز العنصر)
(L.I.C.R.A[71]، بشكوى ضد الموقع، فأصدرت المحكمة العليا الفرنسية في 2002 ضد " ياهو" بأخذ الاحتياطات اللازمة لحذف المبيعات أو غلق الموقع التجاري الذي تؤويه مقدم خدمات " ياهو" وعدم وصول هذا النوع من البيوع إلى الجمهور الفرنسي بحجة مخالفة هذا العقد النظام العام الفرنسي، بالرغم أن هذه السلع التي تم عرضها من أمريكا لم تمس بالنظام العام الخاص به[72].

---

[70]- **د/ صالح المنزلاوي** ،المرجع السابق، ص 304.

[71]- La Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme (L.I.C.R.A.)

[72]- GROOTE Bertel , « *L'Internet et le droit international privé: un mariage boiteux ? À propos des affaires Yahoo! et Gutnick* », Revue Ubiquité - Droit des technologies de 'information, n°16, septembre 2003, p 63. disponible sur le site :
www.lex-electronica.org/docs/articles116.pdf
- Dans l'affaire « Yahoo ! ». L'ordonnance de référé rendue le 22 mai 2000 par le président du tribunal de grande instance de Paris, le président Gomez, dans l'affaire qui opposait la LICRA au site américain qui hébergeait la vente d'objets nazis, préfigure peut-être un nouveau= =mode de règlement des conflits qui pourront naître sur le réseau. En pratique, son effet a été, que l'accès, jusqu'alors universel, à ces pages, a été rendu plus difficile par l'hébergeur américain, faisant ainsi cesser le trouble *à l'ordre public* qui lui était reproché. *Voir :* MARAIS DU bertrand, « Régulation de l'Internet : des faux- semblants au retour à la réalité », Revue française d'administration publique, n°109, 2004, p87, disponible sur le site
http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=RFAP&ID_NUMPUBLIE=RFAP_109&ID_ARTICLE=RFAP_109_0083

كذلك من القواعد المكرسة في التشريع الفرنسي والتي تدخل ضمن نطاق النظام العام الفرنسي، نجد وجوب استعمال اللغة الفرنسية في كافة المعاملات الإلكترونية، من عمليات العرض والتقديم والنشر المكتوب والمطبوع، بالإضافة إلى عقود الخدمات والأموال، (لعل هذه القاعدة تعود إلى هيمنة اللغة الإنجليزية على شبكة الإنترنت مما حالت إلى فرضها على المتعاقدين دون حق اختيار اللغة) [73]، ولقد كرس هذا القانون في القضاء الفرنسي، حيث قضى بغرامة وتعويض على إحدى دور النشر، عندما استخدمت بعض المصطلحات الإنجليزية ذات الصلة بالحواسيب وهي كلمة (Hardware-software) ، على أساس أن دور النشر كان يمكنها الإستغناء عن المصطلحين السابقتين والاستعاضة عنهما بكلمتي ordinateur و programme [74].

ولكنه يستحيل تلقي جميع المعلومات التي ترد من شبكة الإنترنت باللغة الوطنية، الأمر الذي سيعيق نوعا ما تطور التجارة الإلكترونية، بالإضافة إلى أنه يصعب أن يخضع العقد الإلكتروني في نفس الوقت إلى جميع قواعد النظام العام في كل الدول، كما ظهر لنا من قضية YAHOO ، كون النظام العام الداخلي يختلف من دولة إلى أخرى وبالتالي كان لا بد من خضوعه للنظام العام الدولي.

2- خضوع العقد الإلكتروني للنظام العام الدولي

إذاكان تحديد معالم النظام العام في التجارة الدولية تعترضه صعوبات، فإنّ هذه الأخيرة تزداد أكثر في إطار التجارة الإلكترونية، وبالأحرى تلك المعاملات الإلكترونية التي لا تعرف أية سلطة إقليمية أو سياسية يمكن مجراتها[75]، بالرغم من أن البعض قد أقر أنها

---

[73]- « *dans la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emploi ou l'utilisation, la description de l'étendue de garantie d'un bien, d'un produit ou d'un service, ainsi que dans les factures et quittances* » et dans « *toute publicité écrite, parlée ou audiovisuelle* ». *voir* :
- Art. 2 al. 1 de la loi n° 94-665, du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, JO du 5 août 1994, disponible sur le site : www.legifrance.gouv.fr/

[74]- مشار لدى: **د/أسامة أبو الحسن مجاهد**، المرجع السابق، ص 306. وكذلك:

- SHANDI Yousef, « *La formation du contrat a distance par voie electronique* », Doctorat nouveau régime Mention « Droit privé », Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion, UNIVERSITE ROBERT SCHUMAN STRASBOURG III ,28 juin 2005, p49.

[75]- **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 414.

تخضع إلى قواعد النظام العام المعروفة، كتجريم ممارسة الأفعال غير المشروعة، كمنع عرض المخدرات للبيع عبر الإنترنت[76].

بينما يرى جانب من الفقه، أنه لابد أن تخضع العقود الإلكترونية إلى نظام عام ذو صلة بها، يراعي خصوصية البيئة التي تبرم من خلالها، أي مجموعة من القواعد الذاتية التي نشأت في كنف المعاملات الإلكترونية، والتي تلبي حاجياتها وتتفق ونمو المبادلات عبر شبكة الإنترنت، ومثال ذلك اعتبار حماية المعلومات الشخصية على الإنترنت من النظام العام وتجريم كل ابتكار لبرامج التجسس، بالإضافة إلى تجسيد قواعد تقر بها الدول من أجل تفعيل توقيع العقاب، وعدم إفلات المجرم الإلكتروني [77].

وفي النهاية يمكن القول بأن تحديد فكرة النظام العام التي تخضع لها علاقات التجارة الدولية بالمعنى الحقيقي، فكرة يصعب تحقيقها من الناحية العملية، ولعل أن هذه الصعوبة تزداد أكثر في إطار التجارة الإلكترونية، والقول أنّها تخضع إلى كلا النظامين العام والداخلي شيء مستحيل، وذلك لوجود تناقض بين قواعد النظام العام الدولي وقواعد النظام العام الداخلي، لذلك نرى من الضرورة صياغة مبادئ عامة يقوم عليها المجتمع الإلكتروني، وتأخذ بعين الإعتبار في المعاملات الإلكترونية، ولابد أن تكون ذاتية للمجتمع الإلكتروني مراعيةً في ذلك خصوصياته من الإفتراضية وتنافي الركائز الجغرافية.

ومن أهم المبادئ المكرسة في النظام العام، هو حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقديةالمتمثلة في كل من المستخدم والمستهلك، هذا الأخير الذي ازدادت معاملته في إطار التجارة الإلكترونية، حيث يعد أكثر العقود المبرم في كنفها هي عقود بين التجار والمستهلك، الأمر الذي يفرض البحث عن مدى اعتداد العقود الإلكترونية بالصفة المميزة له في التعاقد، وهو الأمر الذي سنتناوله في الفرع الثاني.

---

[76]- **د/ صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 315.

[77]- MARAIS DU bertrand, op-cit, p 07.

الفرع الثاني

حماية المستهلك كقيد على حرية اختيار القانون الواجب التطبيق

من الثابت في النظم القانونية الدولية والداخلية أن مبدأ سلطان الإرادة هو مبدأ أساس وضابط إسناد رئيسي يحكم العلاقات التعاقدية التقليدية والإلكترونية، ولما كانت هذه الأخيرة تعتبر معظمها عقودا استهلاكية كان لابدّ من مراعاة الاتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية الخاصة بحماية المستهلك عند إبرام العقود الإلكترونية، التي كثيرا ما خصصت قواعد خاصة أصبحت تقيد من مبدأ سلطان إرادة الأطراف، وذلك لكون تطبيق هذا الأخير في هذا النوع من العقود يؤدي حتما إلى فقدان التوازن بالعقد، خاصة وأنه كثيرا ما ينفرد المورد أو مقدم الخدمة بتحديد القانون الواجب التطبيق، الأمر الذي حرك القوانين الوطنية والفقه والقضاء من أجل حماية المستهلك وا يجاد نوع من التوازن في العلاقات التجارية الداخلية و الدولية، لذا ذهب جانب من الفقه إلى استبعاد مبدأ سلطان الإرادة كليا، في عقود الإستهلاك أي في اختيار القانون الواجب التطبيق، وهذا هو ما سنتناوله في النقطة الأولى. أما في النقطة الثانية فسنتعرض إلى الفقه المعاكس الذي اعتبر أنه لابد من إبقاء المبدأ مع تقييده بالنصوص الآمرة في القانون الواجب التطبيق. وأخيرا سنتطرق في نقطة ثالثة إلى الحلول المقترحة من قبل التجار الإلكتروني.

أولا: حماية المستهلك باستبعاد قانون الإرادة

يرى أنصار هذه الفكرة[78] أن استبعاد مبدأ سلطان الإرادة من العقود الإستهلاكية تفرضها الطبيعة الحمائية المتوخاة من أجل حماية المستهلك، باعتباره الطرف الضعيف في العقد، بالإضافة إلى أن أساس وجود قوانين الاستهلاك أصلا، هي رغبة المشرع بإضفاء حماية للمستهلك، لإعادة التوازن للعلاقة التعاقدية بين الأطراف، وتكريس هذا المبدأ على أساس مطلق، يؤدي إلى استبعاد النصوص الآمرة الواجبة التطبيق في دولة المستهلك واستبداله بقواعد القانون المختار، هذا الأخير قد لا يتضمن حماية خاصة للمستهلك[79].

---

[78]- حول أنصار الفكرة أنظر: **د/خالد عبد الفتاح محمد خليل**، المرجع السابق ص 97-99.

[79]- **د/ عادل أبو هشيمه محمود حوته**، المرجع السابق، ص 119 وما يليها.

ويرتكزون كذلك على أساس جهل المستهلك المتعاقد على شكة الإنترنت بدولية عقده المبرم، هذا ما يؤول به إلى إهمال اختيار القانون الذي يحكم العقد وإن تم ذلك فإنه يكون إرضاء للطرف الآخر، وإن طبقنا في هذه الحالة مبدأ سلطان الإرادة فإنه سيؤدي إلى إضعاف حماية المستهلك، وهو الأمر الذي يجسد ضرورة استبعاد الكلي لمبدأ سلطان الإرادة[80].

ويضيف البعض[81] أن ترك الحرية لأطراف العقد لاختيار القانون الواجب التطبيق، يؤثر بالسلب على مفهوم التوازن العقدي، حيث يترك المستهلك يواجه منفردا شروط الطرف القوي دون أن يملك القدرة على مناقشة هذه الشروط، فهو إما يقبلها أو يرفضها كلية.

ولقد وجدت فكرة الاستبعاد الكلي لمبدأ سلطان الإرادة في عقود الإستهلاك صداها في عدة تشريعات، منها القانون الدولي الخاص السويسري في المادة 120 والتي تقضي أن في حالة العقود التي يكون فيها المستهلك طرفا فيها فإن حرية الاختيار تكون مستبعدة، وإذا تم اختيار قانون آخر غير القانون السويسري من جانب الأطراف، فإن هذا الإختيار سيتم استبعاده في حالة عرض المنازعة على القضاء السويسري[82].

وليس هناك شك في أن هذا الاستبعاد لمبدأ سلطان الإرادة سيؤدي إلى حماية أكبر للمستهلك، إلا أن ذلك لم يمنع من تعرض هذا الرأي إلى عدة انتقادات نذكر منها:

- إن التعطيل الكلي لمبدأ سلطان الإرادة سيؤدي إلى الإضرار بمصالح التجارة الدولية ويهدد نموها وتطورها، كون هذه الأخيرة ترتكز على تحفيز وتفعيل إرادة الأطراف.

- لا يمكن اعتبار أن القانون المختار من طرف الأطراف أنه سيؤدي بالضرورة إلى الإضرار بالمستهلك إن كان طرفا في العقد، حيث من الممكن أن يكون قانون الإرادة يقدم ضمانات إلى المستهلك أكثر من القانون المفروض تطبيقه، وبصيغة أخرى قد تكون القواعد

---

[80]- **د/نبيل زيد مقابلة**، المرجع السابق، ص 147.

[81]- **د/ عادل أبو هشيمه محمود حوته**، المرجع السابق، ص 120.

[82]- مشار لدى: **د/أشرف وفا محمد**، «***عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص***»، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد57، مصر، ص 214.

الداخلية ضارة له مقارنة بالقانون المختار، سواء من حيث مدة عدول المستهلك عن التعاقد، أو كيفية استنباط قيمة التعويض[83].

-إن استبعاد مبدأ سلطان الإرادة يؤدي إلى إفلات العقد من القانون كلية، ذلك أن تفادي المبدأ قد يكون على أساس حماية الطرف الضعيف، كأن يتم الاستبعاد استناد إلى عدم وجود صلة بين القانون المختار والعلاقة التعاقدية أو إلى غرض عدم إخضاع العقد لأي قانون (نظرية العقد الطليق)[84].

ونظرا لهذه الانتقادات الموجه إلى هذا الرأي الأول، لجأ الفقه إلى تعديل النظرية السابقة والعودة إلى تفعيل مبدأ سلطان الإرادة مع ضرورة صياغة قواعد قانون آمرة تحول إلى حماية المستهلك وتقيد إرادة الأطراف دون شك.

ثانيا: حماية المستهلك بتقييد إرادة الأطرا ف

إن اعتبارات حماية المستهلك، دعت إلى النظر في صياغة بعض القواعد التي تأخذ بعين الاعتبار مركزه في العملية التعاقدية، مقارنة بشركات الإنتاج والخدمات العملاقة، فالملاحظ أن رضا المستهلك يكون منقوصا في عقوده معها، حيث أنه تحت ضغط إغراءات الدعاية والإعلانات الخادعة والمبهرة، لا تكون هناك فرصة أمامه للتفكير الحر المتأني في قبول العرض وفحص محل العقد[85]، ونظرا لذلك، اتجه الفقه إلى ضرورة تقييد سلطان الإرادة عن طريق دمج جانب قاعدة إسناد محل الإقامة (الإسناد الجامد)، مع ترك الحرية التامة للقاضي الموضوع سلطة مقارنة مدة الحماية والضمانات الموجود في القانون المختار من قبل الأطراف، والقانون المسند إليه بموجب محل إقامة المستهلك، وبالتالي سيطبق القانون الذي يوفر أكبر حماية للمستهلك[86].

يعتبر هذا الحل، هو الراجح والمؤيد من طرف العديد من الفقه في شأن العقود الإستهلاكية الدولية التي تتم عبر شبكة الإنترنت، خاصة وأنه من جهة يحافظ على قداسة

---

[83]- **د/ أحمد عبد الكريم سلامة**، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 89.

[84]- **د/خالد عبد الفتاح محمد خليل**، المرجع السابق، ص 107-108.

[85]- SHANDI Yousef, op-cit, p 191.

[86]- **د/ نبيل زيد مقابلة**، المرجع السابق، ص 150.

مبدأ سلطان الإرادة الأساسي لتطور التجارة الدولية، ومن جهة أخرى فإنه يمنح حماية للمستهلك عن طرق الحرية التي منحت للقاضي من أجل استنباط أي القانوني أصلح له[87].

ولقد أخذت اتفاقية روما لعام 1980 بصفة مباشرة بهذا الرأي من خلال فحوى المادة 03 منها والتي تقر خضوع جميع العقود إلى قانون الإرادة، بما في ذلك عقود المستهلك، مكرسة في ذلك أهمية حرية الأطراف في تنظيم العقد، إلاّ أنها تضيف في المادة 5/2 على تقييد قانون الإرادة واستبعاده إذا كان يحرم المستهلك من الحماية المقرر في القواعد القانونية لمحل إقامته المعتادة، وبصيغة أخرى فإن حدود مبدأ سلطان الإرادة تنتهي عند بداية الحماية الأكثر نفعا لقانون محل إقامة المستهلك المعتادة[88].

لقد أثار بعض الكتاب أن تطبيق المادة 5 من معاهدة روما يثير العديد من الصعوبات في مجال العقود الإلكترونية، وذلك بالنظر إلى تحديد الإقامة المعتادة للمستهلك والتي حددته المادة 5 بأنها:

« - ***أن يكون إبرم العقد مسبوقا في دولة مقر إقامة المستهلك باقتراح متعلق بالبيع وأن يتخذ المستهلك في تلك الدولة الإجراءات الضرورية لإبرام العقد***

- ***أن يكون مقر إقامة المستهلك هو المكان الذي استقبل فيه البائع الطلب المتعلق بعقد البيع المزمع إبرامه.***

---

[87]- **د/ أحمد عبد الكريم سلامة**، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 90 وما يليها.

[88]- la détermination de la loi applicable en matière de contrat de consommation subit l'influence d'une part, du principe de loi d'autonomie et d'autre part, de celle des lois spéciales de protection des consommateurs, d'un côté l'article 3 de la Convention de Rome dispose que « *le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause* ». Et de l'autre côté, les lois sur la protection du consommateur limitent substantiellement cette liberté de choix des parties en accordant la priorité à la loi de la résidence du consommateur. Ce que énonce l'article 5 alinéa 2 que : « *les dispositions de l'article 3, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle* ».disponible sur le site : www.dgdr.cnrs.frdaj/docconvention_de_rome.pdf

- **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، المرجع السابق، ص 208.

- إذا كان العقد هو بيع البضائع، وانتقل المستهلك إلى دولة أجنبية لتقديم الطلب، على أن يكون التنقل مدفوعا من البائع من أجل تحفيز المستهلك على إبرام العقد» [89].

وتعتبر صياغة هذه المعايير المجسدة من طرف معاهدة روما لتحديد مكان الإقامة المعتادة للمستهلك الموضوعة خصيصا للعقود التقليدية، وتفعيلها في إطار العقود الإلكترونية تثير صعوبات ميدانية وا ٍن كان الشرط الأول والثاني يمكن توفرهما في العقد الإلكتروني فإن الشرط الثالث يستحيل توفره أو التأكد منه على شبكة الإنترنت[90]، إذ في مجال العقد المبرم عبر الإنترنت، لا يمكن القول أن المستهلك قد أجرى الطلب خارج الدولة المقيم بها تحت تكلفة البائع، نظر لكون عملية العرض والطلب تتم من خلال الحاسب الآلي عبر شبكة الإنترنت وهذه الأخيرة تسعى إلى تجنب التنقل وتسهيل التعاقد، وبالتالي فإن اللجوء إلى هذه الشروط يتنافى ومقاصد شبكة الإنترنت[91].

بالإضافة إلى أن التطبيق الفعلي لهذا الرأي والمجسد في خيار القاضي للقانون الأصلح للمستهلك، يفرض على البائع الإلكتروني معرفة كل قوانين الدول التي تحمي المستهلك من أجل عدم استبعاد القاضي للقانون، الذي اتفق بالإضافة إلى أن التطبيق

89- L'article 5/2 énonce « *si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat.* ou

— si le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande du consommateur dans ce pays. ou

— si le contrat est une vente de marchandises et que le consommateur se soit rendu de ce pays dans un pays étranger et y ait passé la commande, à la condition que le voyage ait été organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à conclure une vente. ». voir : Convention de ROME disponible sur le site : www.dgdr.cnrs.frdaj/docconvention_de_rome.pdf

90- Préalablement les dépositions de l'article 5 de la convention sont conçues pour les contrats traditionnels, le problème de leur transposition dans le contexte de l'Internet se pose avec acuité et l'on est confronté à d'énormes difficultés en l'espèce. Ainsi, à la différence de la première et peut être de la deuxième circonstance, la troisième circonstance est pratiquement irréaliste dans le contexte de l'Internet. *Voir :* KONÉ Moriba Alain, La protection du consommateur dans le commerce international passé par Internet: une analyse comparée des systèmes juridiques européen, français, canadien et =québécois, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade LLM, Université de Montréal, Août 2007, p 151.

91- **د/أشرف وفا محمد**، المرجع السابق، ص 219.

الفعلي لهذا الرأي والمجسد في خيار القاضي للقانون الأصلح للمستهلك، يفرض على البائع الإلكتروني معرفة كل قوانين الدول التي تحمي المستهلك من أجل عدم استبعاد القاضي للقانون، الذي اتفق عليها مع المستهلك، ولمّا كان إيجاب البائع الإلكتروني عادة ما يكون موجه إلى العالم بأسره، فمن المستحيل أن يستوعب كل النظم القانونية المختلفة الرامية إلى حماية المستهلك.

ثالثا: الحلول المقترحة من التاجر الإلكتروني

أمام السلبيات التي تتجلها الآراء السابقة، والتي اعتبراها التجار عبر الإنترنت أنها تعيق تطور التجارة وتزحزح الإئتمان في المعاملات، خاصة وأن استبعاد القانون المختار يؤدي إلى تطبيق قانون آخر يجهله البائع، لجأ التجار إلى وضع شروط وبالأحرى حلول من أجل إبرام عقود مع المستهلك دون أي تخوف من حيث التشريعات الوطنية الحمائية له، والتي تتجسد في جانبٍ : بند تحديد المحكمة المختصة[92] والقانون الواجب التطبيق، ووضع حدود لدخول المواقع المخصصة للمستهلك وتقنية الإقرار الإرادي.

وفيما يخص وضع حدود لدخول المواقع المخصصة للمستهلك، فإنّ الكثير من التجار على شبكة الإنترنت يفضلون تحديد إيجابهم على مستهلكين محددين، أو بصيغة أخرى يتم التعامل مع المستهلكين المقيمين في دول محددة، كدول الاتحاد الأروبي مثلا، باعتبار هذه الأخيرة تحوي على تشريع موحد من خلال مختلف التوجيهات التي يصدرها الاتحاد الأوربي(directive européen)، كما يفرض على المستهلك إدخال الرمز البريدي للبلد المقيم فيه[93] ، هذا ما يضمن للبائع الإلكتروني معرفة النظام القانوني الساري من أجل تنظيم المعاملة على أكمل وجه.

---

92 - dans les contrat de consommation le droit communautaire européen a interdit les clauses de juridiction à l'article 15 de la Convention de Bruxelles et à l'article 17 du règlement *44/2001ICE* en ce qui concerne les contrats visés par l'article 13 de la Convention de Bruxelles et à l'article 15 du Règlement. *Voir :* le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, j.o. n° L12 du 16/01/2001.

93 - KONÉ Moriba Alain, op-cit, p 170.

كذلك يحث العديد من التجار عبر الإنترنت على إدماج شرط "الإعتراف الإرادي" والذي من خلاله يحث الطرف الثاني الزائر لموقع التجار الإفصاح عن مكان الإقامة المعتادة له قبل بداية أي استعمال للموقع، وهذا ما يعطي للبائع نظرة على القانون الذي سيخضع له في حالة ما إذا تم التعاقد معه زائر الموقع[94]، إلا أنه يجذر الملاحظة أنه يمكن للمستهلك أن يدلي بمعلومات خاطئة، مما سيؤدي بإبرام العقد على أساسها، الأمر الذي سيؤدي بالضرر للبائع إذا تمسك المستهلك بقانون بلد غير المذكور في التعاقد، هذا ما يبرز ضرورة تجسيد نظام قانوني يكرس هذه البنود التي وضعها التجار عبر الإنترنت لحماية مصالحهم ومصالح المستهلك.

المبحث الثاني

إرادة الأطراف في تحديد الجهة القضائية المختصة لحل منازعات العقود الإلكترونية

يطرح موضوع تحديد الاختصاص القضائي، عندما تتضمن الدعوى عنصرا أجنبيا من حيث الأطراف أو من حيث موضوع النزاع إشكالات عديدة نظرا لتداخل عدة أنظمة قضائية تابعة لدول مختلفةوحتى إن تمّ تحديد قضاء دولة معينة، كان لابد من تعيين أي من المحكمة المختصة التي لها علاقة بالعقد دون غيرها[95]، إلا أن الإشكال هنا يتنافى في حالة وجود بند صريح يحدد المحكمة أو الجهة المختصة بنظر في المنازعة القائمة، خاصة تلك المتعلقة بنزاعات العقود الإلكترونية[96] الأمر الذي سنتناوله في **المطلب الأول**.

لقد أقر معظم الفقه أمام تنافي وجود نظام قانوني يؤطر التجارة الإلكترونية بصفة عامة ومنازعات العقود الإلكترونية بصفة خاصة، اللجوء إلى القواعد العامة للاختصاص القضائي[97] لتحديد المحكمة المختصة بحل المنازعات ذات الصلة بالعقود الإلكترونية، إلا

---

[94] - KONÉ Moriba Alain, op-cit, p 171.

[95] - **إلياس ناصف**، المرجع السابق، ص 312-313.

[96] - « *…le rattachement le plus adéquat sur Internet serait la reconnaissance de la valeur croissante du système d'autonomie* ». *voir :* SHANDI Yousef , op-cit, p 244.

[97] - تتجسد الضوابط التقليدية للتحديد المحكمة المختصة في كل من : محكمة موطن المدعى عليه، محكمة محل إبرام العقد، محكمة محل تنفيذ العقد، محكمة موطن المشترك. *لمزيد من المعلومات أنظر:* **خليفي سمير**، المرجع السابق، ص 91 إلى 104.

أن ما يلاحظ أن ضوابط الاختصاص القضائي تقوم على أسس إقليمية ذات روابط مكانية مما يثور التساؤل عن كيفية تطبيقها على منازعات العقود الإلكترونية التي لا تسمح طبيعة القنوات التي يجرى من خلالها بتركيزها مكانيا إلا على سبيل الإفتراض أي اعتبار مكان معين من بين أماكن عديدة التي يتصل بها العقد الإلكتروني، الأمر الذي أدى إلى بروز صعوبات في إعمال معايير الاختصاص التقليدي على منازعات عقود التجارة الإلكترونية.[98]

وهذا الأمر الذي أدى إلى ضرورة إعادة النظر في القواعد التي تحكم اختصاص المحاكم بمنازعات الناشئة عن العقود الإلكترونية، وقيام العديد من التنظيمات الإقليمية بالبحث عن سبل أخرى لحل منازعات العقود الإلكترونية، والتي اتجهت حول ضرورة حلها بالنفس الطريقة التي نشأت بها وذلك في البيئة الإلكترونية، هذا ما تجسد بظهور آليات التسوية الإلكترونية للمنازعات ORD، وهذه الوسائل الرقمية التي جاءت لتلبية الحاجة الملحة في إيجاد نظام قادر على النظر في المنازعات الإلكترونية وفضها بسرعة فائقة تواكب سرعة إبرام العقود الإلكترونية، وذلك يعود إلى إتمام جميع مراحلها عبر شبكة الإنترنت، بمعنى أن أطراف النزاع يلتقون المحكم أو الوسيط على شبكة الإنترنت من أجل الوصول إلى اتفاق مشترك أو إصدار حكم نهائي يحسم المنازعة عبر الإنترنت، وهي المسألة التي ستكون موضوع دراستنا في **المطلب الثاني**.

المطلب الأول

حرية الأطراف في تحديد المحكمة المختصة

من الثابت في النظم القانونية أن كل دولة تنفرد في تحديد ضوابط الإختصاص القضائي لما لهذا الأخير من علاقة بمظهر سيادة الدولة على أراضيها واختصاصها لحل أي نزاع يقع على إقليمها، إلا أنه تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة تم إعطاء الأولوية لحرية

[98]- **د/ أحمد شرف الدين**، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، النسر الذهبي للطباعة،مصر، 2003، ص 10-11.

الأطراف في اختيار المحكمة لما تثار أمامهم المنازعة، وهذا ما يجسد تكريس ضابط الإرادة كأساس أولي لتحديد الجهة القضائية المختصة، وهو ما سنتناوله في الفرع الأول.

لقد اشترط الفقه والقضاء من أجل إنتاج اتفاق الأطراف على تحديد المحكمة المختصة آثاره، توفر شرطين أساسين أولهما ضرورة وجود صلة حقيقية بين النزاع والمحكمة المختارة، وثانيها،أن يكون هناك مصلحة مشروعة للطرف أو الأطراف لجعل الاختصاص للمحكمة معينة بالذات[99]، بالإضافة إلى ضرورة الأخذ بعين الإعتبار صفة الأطراف المتعاقدة، ونعني بذلك حالة كون أحد أطرافها مستهلكا، فإن العديد من التشريعات تسعى إلى حمايته باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية خاصة تلك العلاقة المبرمة في كنف شبكة الإنترنت، حيث أقرت ضمانات عدة في مجال الإختصاص القضائي، وهو موضوعنا في الفرع الثاني.

الفرع الأول

التكريس التشريعي والاتفاقي

من الثابت في المعاملات الدولية أن للأطراف حرية تحديد السلطة القضائية المختصة بالنظر في المنازعة القائمة أو المحتملة، وذلك تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة في تعيين المحكمة الآهلة لطرح المنازعة على مستواها[100]، وهو الضابط المستقر والمتفق عليه في أغلب التشريعات المقارنة بغض النظر عن نوع العلاقة القانونية أو نوع النزاع.

ويجسد الأطراف الاتفاق على اختصاص محكمة ما بحل المنازعة، إما في مرحلة سابقة عن نشوب النزاع أو في مرحلة لاحقة له، وذلك بصفة صريحة، أي بإدراج بند صريح في العقد أو في الوثيقة الملحقة به، أو بصفة ضمنية برفع المدعى دعواه أمام إحدى

---

[99] - **د/فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 711.

[100] -**خليفي سمير** ، المرجع السابق، ص 92.

المحاكم غير المختصة، فيباشر المدعى عليه في إجراءات التقاضي دون إثارة دفع بعدم الاختصاص رغم ثبوت حقه في ذلك[101].

ولقد أقرت مختلف النصوص القانونية حرية الأطراف لتحديد المحكمة المختصة، سواء على المستوى الدولي عن طريق الاتفاقيات الدولية والذي سنبينه في النقطة الأولى، أو على المستوى التشريعات الداخلية للدول والتي ما تكون عادة مرآة للاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها، وهو ما نتناوله في النقطة الثانية.

أولا: تجسيد المبدأ على المستوى الدولي

إعترفت المواثيق الدولية لإرادة الأطراف بالحق في الاتفاق على تحديد المحكمة التي ستنفرد بحل المنازعة القائم بينهما، ولعل أهمها تلك التي تمّ تبنيها على مستوى الاتحاد الأوروبي والتي تتجسد في اتفاقية بروكسل المبرمة في 27 سبتمبر1968 بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المواد المدنية والتجارية(التي تحولت إلى تنظيم أوروبي رقم 44/2001) ، والتي تم توسيع اختصاصها إلى غير دول الاتحاد بموجب اتفاقية لوجانوا لسنة 1988 إلى الدول الفظّمة إلى منظمة الاتحاد الأوروبي للتبادل الحر[102].

وقد نصت اتفاقية بروكسل من خلال فحوى المادة 17 منها على شروط قبول القاضي الفصل في المنازعة، والمجسد في ضرورة أن يكون الاتفاق الذي يتم من خلاله تعيين

---

[101]- **د/عصام الدين القصبي،« تنازع الإختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية»،** مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، أيام 10-12 ماي 2003،، ص 1632. أنظر كذلك: **طنجاوي مراد** ، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعيد دحلب، ، البليدة، 2007، ص 108.

[102]- la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, CE 72/454 *Journal officiel n° L 299 du 31/12/1972, pp 32 –42 . remplacé par :* le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, j.o. n° L12 du 16/01/2001, pp 1-23.

-la convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, qui étend l'application des dispositions de la convention de Bruxelles de 1968 à certains Etats membres de l'Association européenne de libre-échange. CE 88/592 *Journal officiel n° L 319 du 25/11/1988, pp 09 - 33*

المحكمة المختصة مكتوبا سواء بإدراج بند في العقد يولي الاختصاص لمحاكم دولة معينة، أو بإدراج بند تحكيمي، وفي هذه الحالة يخرج النزاع بصفة كلية من ولاية القضاء.[103]

وتكمن أهمية إدراج اتفاقية بروكسل في هذه الدراسة كونها تمّ تعديلها وتحولها إلى التنظيم الأوروبي 2001/44 من أجل مواكبة أحكامها للثورة المعلوماتية، خاصة منها التعاقد الإلكتروني، حيث أكدت على مبدأ حرية الأطراف في القسم السابع منه تحت عنونة (prorogation de compétence) من خلال فحوى المادة 23 التي ألزمت دول أطراف المعاهدة على احترام اتفاق الأطراف في تحديد جهة قضائية سواء قبل أو بعد نشوء المنازعة، إلا أنه أُقترن احترام حرية المتعاقدين بشرط إفراغ الاتفاق في قالب كتابي، أو على شكل تتفق والأعراف والعادات المتداول في ذلك المجال، كما اعتبرت أن الاتفاق الذي يتم عبر الوسائل الإلكترونية ذات قيمة مطابقة لاتفاق الشكلي[104].

تطبيقا لذلك يمكن اعتبار شروط اختيار الاختصاص القضائي صحيحا إذا جرى تأكيده بموجب رسالة إلكترونية شرط أن تحفظ هذه الرسالة في ذاكرة جهاز المتعاقد على نحو يسمح بالاطلاع عليها فيما بعد، ويبقى أن طبع الرسالة على سند ورقي والاحتفاظ بها لا يعتبر سندا كافيا[105].

---

[103]- مشار لدى: **د/ عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 333- 334.

[104]- l'Article 23 de règlement n° 44/2001 énonce *:« Si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État membre, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État membre sont compétents. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties. Cette convention attributive de juridiction est conclue:*

a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite.

b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles, ou...
2. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite »

[105]- **د/ إلياس نصيف**، المرجع السابق، ص 315.

- Cette question de déterminer l'équivalent électronique de l'écrit selon l'article 06 de la loi type de 1996 de la CNUDCI sur le commerce électronique reconnaît qu' « *un message de donnée satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement* », voir : - DUASO CALES Rosario, op.cit, p. 12.

كما أقرت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا المبرمة سنة 2008[106]، حرية الأطراف في تحديد المحكمة المختصة لفض المنازعة وذلك من خلال الفصل 14 منها والتي تنص المادة 66 منه على:

« ***إذا لم يتضمن عقد النقل اتفاقا بشأن اختيار حصري للمحكمة يمتثل لأحكام المادة 67 أو المادة 72...***»، كما تنص المادة 67 من ذات الاتفاقية على:

« ***لا تكون ولاية المحكمة المختارة وفقا للفقرة الفرعية (ب) من المادة 66 حصرية فيما يتعلق بالنزاعات بين طرفي العقد إلا إذا اتفق الطرفان على ذلك...***».

وتفعيلا أكثر لتجسيد حرية الأطراف لتحديد المحكمة المختصة لفض المنازعة اشترطت الاتفاقية أن يكون الاتفاق واردا في عقد يبين بوضوح اسمي الطرفين وعنوانيهما، ويسمي بوضوح محاكم دولة متعاقدة واحدة أو محكمة معينة واحدة أو أكثر في دولة متعاقدة واحدة، ولابد أن يتضمن الاتفاق بيانا جليا بأن هناك اتفاقا على اختيار حصري للمحكمة[107].

---

[106]- قرار رقم 133/63 اتخذته الجمعية العامة في دورتها 63 تعتمد اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا مرفق بهذا القرار، رقم الجرد: A/RES/63/122، ديسمبر 2008، متوفر على الموقع: www.un.org/arabic/documents/instruments/docs_ar.asp

[107]- تنص المادة 67 من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا على: «1 -***لا تكون ولاية المحكمة المختارة وفقا للفقرة الفرعية) ب (من المادة ٦٦ حصرية فيما يتعلق بالنزاعات بين طرفي العقد إلا إذا اتفق الطرفان على ذلك وكان الاتفاق الذي يسبغ الولاية:***

أ - واردا في عقد كمي يبين بوضوح اسمي الطرفين وعنوانيهما، ويكون إما ١ ‘جرى التفاوض عليه بصورة منفردة، أو ’ ٢ ‘يتضمن بيانا جليا بأن هناك اتفاقا على’ اختيار حصري للمحكمة، ويحدد أبواب العقد الكمي المحتوية على ذلك الاتفاق؛

ب - ويسمي بوضوح محاكم دولة متعاقدة واحدة أو محكمة معينة واحدة أو أكثر في دولة متعاقدة واحدة.

2 - لا يكون الشخص الذي ليس طرفا في العقد الكمي ملزما باتفاق الاختيار الحصري للمحكمة المبرم وفقا للفقرة ١ من هذه المادة إلا إذا:

أ - كانت المحكمة واقعة في أحد الأماكن المسماة في الفقرة الفرعية (أ)من ؛ المادة ٦٦

ب - وكان ذلك الاتفاق واردا في مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني؛ =

=ج- وأبلغ ذلك الشخص في الوقت المناسب وبصورة وافية بالمحكمة التي ترفع فيها الدعوى وبأن ولاية تلك المحكمة حصرية؛

د - وكان قانون المحكمة المختارة يعترف بجواز إلزام ذلك الشخص باتفاق الاختيار الحصري للمحكمة».

وتتجه التشريعات والاتفاقيات الحديثة إلى الإعتراف بشرط الإختصاص القضائي عندما ترد في صورة كتابة إلكترونية، ومن ذلك مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص الذي وضع نصا في المادة الرابعة من مشروع الاتفاقية، والتي تفيد صحة شروط الإختصاص القضائي التي ترد بأية وسيلة إلكترونية.[108]

ثانيا: على المستوى الداخلي

جسدت مختلف التشريعات الداخلية حق الأطراف المتنازعة بتحديد المحكمة المختصة لحل المنازعة، فنجد المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على:

" ***يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا، ويوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي، وا إذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك، ويكون القاضي مختصا طيلة الخصومة، ويمتد الاختصاص في حالة الاستئناف إلى المجلس القضائي التابع له***".[109]

أما المشرع الفرنسي فإنه أقر المبدأ من خلال المادة 41 من قانون الإجراءات المدنية الجديد، حيث أشار إلى حرية الأطراف في إخضاع منازعتهم لأي محكمة يختارونها رغم أنها غير مختصة في حل المنازعة، بل ذهب أبعد من ذلك، بالسماح للأطراف بإضفاء على الحكم الصادر صفة الحكم النهائي غير قابل الطعن إذا اتفق على ذلك بصفة صريحة[110].

---

[108]- CAPRIOLI Eric.A Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, édition du Juris-Classeur, Litec, Paris, 2002, op-cit, p 14.

[109]-. قانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، ص08.

[110]- L'article 41 du NCPC énonce : « *Le litige né, les parties peuvent toujours convenir que leur différend sera jugé par une juridiction bien que celle-ci soit incompétente en raison du montant de la demande.Elles peuvent également, sous la même réserve et pour les droits dont elles ont la libre disposition, convenir en vertu d'un accord exprès que leur= =différend sera jugé sans appel même si le montant de la demande est supérieur au taux du dernier ressort ».*

ورغم الإقرار بمبدأ حرية الأطراف في اختيار المحكمة المختصة لفض نزاعهم القائم أو الذي سيثور بمناسبة علاقتهم التعاقدية على مستويين الدولي والداخلي، إلا أنه أورد هذين الأخريين قيود على الأطراف والتي سنتناوله فيما يلي.

الفرع الثاني

القيود الواردة على حرية الأطراف

من الثابت في النظم القانونية الدولية والداخلية أنه في كل مجال أين يقر حرية للأطراف نجدها في نفس الوقت قد قيدته ببعض الضوابط التي تدعوا إليها المصلحة العامة وحماية للنظام العام، وفي موضوع دراساتنا نجد أن اتفاقية بروكسل وضعت قيدا على الأطراف لتحديد المحكمة المختصة لحل النزاع، وذلك بإفراغ الإتفاق في قالب مكتوب أو أي وسيلة تقوم مقام الكتابة، وكان الغرض من ذلك التأكد من إرادة الأطراف، إلا أن الفقه والقضاء اشتراط من أجل صحة اتفاق الأطراف، أن تكون المحكمة المختارة ذات صلة بالنزاع المطروح، وأن لا يكون الإختيار منوطا على غش قصد الإفلات من الأحكام الآمرة في قوانين دولة المحكمة التي تختص فعلا بالنظر في النزاع.

أولا: توفر الرابطة الجدية بين النزاع والمحكمة المختصة

إن حرية الأطراف في اختيار المحكمة المختصة لحل النزاع ليست مطلقة، بل تتقيد بضرورة وجود صلة بين النزاع والمحكمة المختارة، أو توفر مصلحة مشروعة في اختيارها، هذا ما يكفل فعالية الأحكام التي تصدر مستوفاة لهذا الشرط الأخير.[111]

ونجد لهذا الشرط نظيرا في مجال تنازع القوانين، والذي يستلزم ضرورة توافر صلة بين العقد والقانون الذي إختاره الأطراف لحكمه، وبالتالي فإن تحديد المحكمة المختصة بالنظر في نزاع معين، يتطلب قيام صلة بين المعاملة أو بين النزاع وبين الدولة التي تمارس فيها

---

[111]- **د/ أحمد عبد الكريم سلامة** ، « ***الإنترنت والقانون الدولي الخاص - فراق أم تلاقي***»، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أيام 01-03 مايو 2000، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، 2004، ص 61.

المحكمة إختصاصها، وتستمد هذه الصلة غالبا من ضوابط إقليمية كمكان تنفيذ العقد أو مكان إبرامه.[112]

ويتحقق وجود الارتباط أو الاتصال بين النزاع والدولة التي تمارس فيها الاختصاص إما على معيار موضوعي كمحل نشوء الإلتزام أو تنفيذه، أو موقع المال محل النزاع، أو معيار شخصي، مثل موطن المدعى عليه، أو أن يكون الشخص يحمل جنسية دولة المحكمة المختار.[113]

وينتج عن هذه الجدية والارتباط كفالة القوة والفعالية للأحكام الصادرة عن المحكمة التي يتوفر فيها هذا الشرط، فالحكم الصادر مثلا يحمل صفة الارتباط بين النزاع والإقليم المختص للنظر فيها، عكس الحكم الذي يصدر عن القضاء دون أن يكون ثمة إرتباط، والذي سوف يأتي مجردا من القوة والفعالية، مما يثير إشكالية تنفيذه في الخارج لكونه صادرا من قضاء غير مختص[114].

ويبقى لزوما على الأطراف، البحث عن الرابطة مهما كان نوعها – رغم أن ذلك ليس من السهولة لعدم وضع معيار منضبط يتحدد على ضوئه مضمون هذه الرابطة –، وتكمن هذه الحالات تلك التي أقرها الاختصاص الدولي، وأخذت بها مختلف القوانين والتشريعات الداخلية للدول، وهي وجود ا ارتباط شخصي أو إقليمي متحققا بين النزاع والإقليم الذي تم فيه أو نفذ على مستواه الالتزام المتعلق بالعقد، وكذلك أن يكون أحد الطرفين أو كلاهما متوطنا في إقليم دولة المحكمة.[115]

يصعب في مجال عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الإنترنت الإعتداد بتلك الصلة بين المحكمة المختارة من طرف الأطراف وبين العقد قياسا على عقود التجارة الدولية التقليدية وذلك للأسباب التالية[116]

---

[112]- **د/ أحمد شرف الدين**، المرجع السابق.، ص 34.

[113]- **طنجاوي مراد**، ، المرجع السابق، ص 107 .

[114]- **خليفي سمير**، المرجع السابق، ص 95

[115]- **د/ أحمد عبد الكريم سلامة**، القانون الدولي الخاص النوعي الإلكتروني، المرجع السابق، ص 73.

[116]- **محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص 143.

1- إن التعاقد من خلال شبكة الاتصال الإلكترونية يفترض فيه اتصال العقد وقت إبرامه بجميع الدول في آن واحد، نتيجة انفتاح شبكة على العالم بأسره، وبذلك يصعب تحديد تلك الرابطة المزعومة بين المحكمة المختصة والعقود الإلكترونية.[117]

2- أن الرابطة التي يتصور وجودها بين المحكمة المختارة والعقد تتأسس في الغالب من عناصر مادية كمكان إبرام العقد أو تنفيذه، إلا أن هذه الضوابط تصلح فقط في إطار العقود التجارية التقليدية أو العقود الإلكترونية التي تنفذ خارج الشبكة أي ماديا، إلا أنه ثمة صعوبة حقيقة تعترض تطبيق تلك الضوابط في حالة المعاملات التي تتم وتنفذ بالطرق الإلكترونية، كتوريد برامج الحواسيب مثلا، أين يثور التساؤل عن مكان تنفيذ العقد؟

وأمام هذه الصعوبات التي تضفي إلى عدم إمكان توفير العلاقة بين المحكمة المختارة والعلاقة التعاقدية الناشئة في كنف شبكة الإنترنت، فيرى بعض من الفقه أنه يجب الإستغناء عن هذه الشروط التقليدية وتحرير إرادة الأطراف من كل قيد[118].

ثانيا: سلامة اختيار المحكمة المختصة من أي لبس أو غش

إن حرية الأطراف في اختيار المحكمة المختصة لحل المنازعة معلقة على شرط الحرص ألا تصل إلى نحو قد يؤدي إلى الغش، أي الإفلات من الأحكام الآمرة في قوانين دولة المحكمة التي تختص بالنظر في النزاع، وذلك باستعمال حيل من أجل جلب المتعاقد على إختيار محكمة معينة .[119]

ولعل أن التدليس يحتل مكانة كبيرة في مجال العقود الإلكترونية، نظرا لقدرة العابثين والمحتالين على اختراق النظام المعلوماتي لشبكة الإنترنت، وا إساءة استخدامها، وما زاد عن ذلك خصوصية التعاقد الإلكتروني الذي أتاح التعاقد بين أطراف موجودين في زمان وغائبين في المكان، مما زاد من استغلال الأطراف غير الخبيرة وا إقحامهم على اختيار بنود يجهلون آثارها المستقبلة.[120]

---

[117]- **د/ أحمد عبد الكريم سلامة**، « الإنترنت والقانون الدولي الخاص- فراق أم تلاقي »، المرجع السابق، ص 38.

[118]- **د/ صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 281.

[119]- **د/ عادل أبو هشيمه محمود حوته**، المرجع السابق، ص 333.

[120]- **د/سمير حامد عبد العزيز الجمال**، المرجع السابق، ص 170.

وتتنوع طرق الغش والتدليس في التعاقد الإلكتروني حسب اختلاف طريقة الإبرام ومن أهمها، استعمال العلامة التجارية لشخص آخر، ونشر بيانات ومعلومات غير صحيحة على الموقع عن السلع أو خدمات قصد ترويجها، أو استخدام اسم نطاق غير مملوك له، مما يجعل المتعاقد مع ذلك الشخص يجهل الطرف الأخر، وهذا ما يثير إشكالية تحديد الهوية للتمكن من تحديد الجهة القضائية المختصة لحل المنازعة، ويبقى أنه حتى عند الاتفاق على المحكمة، فالطرف الآخر غير معني بالنزاع باعتباره استعمل مواقع ليست مملوكة له.[121]

ويتم استبعاد أي اختيار لأطراف الجهة القضائية المختصة، إذا كانت أحكام هذا الاتفاق تحمل في طياتها مخالفة لقواعد النظام العام أو الآداب العامة في دولة القاضي الفاصل في النزاع، مما يجعل من فكرة النظام العام قيدا على حرية الأطراف في اختيار المحكمة المختصة[122]، ولعل تصنيف فكرة حماية المستهلك من مساعي النظام العام، يجعلها قيدا على حرية الأطراف في تحديد المحكمة المختصة.

ثالثا: حماية المستهلك كقيد على حرية الأطراف في تحديد المحكمة المختصة

تثير شروط الاختصاص القضائي عادة، مشكلة المساس بحقوق الطرف الضعيف في العقد كالمستهلك، الذي يجد نفسه مضطرا في بعض الأحيان إلى قبول مثل هذه الشروط، لذلك أكد الفقه على ضرورة التحقق من صحة شرط الإختصاص القضائي ومدى مساسه بحقوق المستهلك، ولقد ذهبت اتفاقية بروكسل أبعد من ذلك إذ نصت على بطلان الاتفاق المسبق في عقود الاستهلاك على اختصاص محكمة غير محكمة موطن المستهلك[123].

وبالرغم أن العديد من التجار على شبكة الإنترنت يوردون شرط الاختصاص القضائي مسبقا على صفحة استقبال موقعهم، ويوافق المستهلك عليه بصفة صريحة، إلا أن العديد من التشريعات تعتبره شرطا تعسفيا، ومثال ذلك ما أشار إليه التنظيم الأوروبي رقم

---

[121] - **د/ إيناس الخالدي**، التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر، 2009، ، ص 237.

- تعتبر من أكثر وأسهل طرق الغش والتدليس المستخدمة عبر الإنترنت، إنشاء موقع وهمي على الإنترنت لا وجود له على الإطلاق، أو استعمال موقع لشخص أخر مجهول، وهو أمر متصور الوقوع في أغلب المعاملات الإلكترونية.

[122] - **د/ صالح المنزلاوي**، ، المرجع السابق، ص 294. *وكذلك:* **خليفي سمير** ، المرجع السابق، ص 96.

[123]- CAPRIOLI Eric.A, op-cit, p 24-25.

2001/44 المعدل للاتفاقية بروكسل من أجل مواكبة ظهور التعاقد الإلكتروني، فقد نصت المادة 16 منه على حماية المستهلك في العقود الإلكترونية باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية حيث ميز بين حالتين:

1- في حالة كون المستهلك هو المدعى في النزاع فإنه يثبت له حق الخيار في رفع دعواه أمام محكمة موطن المدعى عليه أو أمام محكمة موطن إقامته.

2- في حالة كون المستهلك هو المدعى عليه، لا يمكن أن ترفع الدعوى سوى أمام محكمة موطن المستهلك[124].

أقرت معظم التشريعات وكذلك الفقه على السماح للأطراف باختيار المحكمة المختصة، إلا أنه بالمقابل وضعت بند يقر عدم صحة هذا الإختيار، إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى حرمان أحد الأطراف بطريقة تعسفية من الحماية التي كانت ستوفرها له المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص، ولعل هذا ما يثير آثار سلبية بالنسبة إلى تطور التجارة الإلكترونية، ذلك أن العرض الذي يقدمه البائع على شبكة الإنترنت مثلا لا يوجه إلى شخص معين بالذات، بل يعد عرضا عام مع أي شخص من دول العالم، ومن شأن تطبيق هذا المبدأ فإن البائع ملزم برفع دعواه على العديد من الدول بتعدد جمهور المستهلكين المبرم معهم عقود عبر الإنترنت[125].

وبالتالي فإنه من الملاحظ، أن إختيار الأطراف الصريح للمحكمة التي يناط إليها مهمة الفصل في المنازعة تثير إشكالات عديدة أهمها:

---

[124] -L'article 16 de règlement (ce) n° 44/2001 du conseil du 22 décembre 2000 énonce : «1- L'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée soit devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel est domiciliée cette partie, soit devant le tribunal du lieu où le consommateur est domicilié.
2. L'action intentée contre le consommateur par l'autre partie au contrat ne peut être portée que devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel est domicilié le consommateur. »

[125] - **د/أشرف وفا محمد**، المرجع السابق، ص 244.

-أن ّ دولة المحكمة المختارة لا تعتد بالتعاملات الإلكترونية هذا ما يحول دون وجود إطار قانوني يستند إليه القاضي، وهو ما يؤدي إلى هدر حقوق المتقاضين.

- ضف إلى ذلك أنه كثيرا ما تصدر أحكام قضائية لصالح أحد الأطراف إلا أن تنفيذ الحكم في بلد آخر قد يستغرق مدة طويلة هذا ما لا يتناسب مع سرعة المعاملات الإلكترونية[126]، من أجل ذلك اتجهت معظم التوصيات والآراء إلى ضرورة اللجوء إلى الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإلكترونية، بحيث يمكن الاتفاق على تسوية النزاع إلكترونيا على الخط، وبطريقة تكفل السرية والسرعة في نفس الوقت، والإلمام بطبيعة المنازعة الإلكترونية[127].

ونظرا للإشكالات التي تواجه اختيار الأطراف للمحكمة المختصة لحل المنازعات المتعلقة بالعقود الإلكترونية، خاصة وأنه مازالت القوانين المطبقة لا تتلائم والبيئة الإلكترونية التي يتم فيها التعاقد، الأمر الذي أدى بالمتعاقدين على شبكة الإنترنت البحث عن وسائل بديلة لحل نزاعاتهم بطرق بسيطة، وسريعة، وفعالة بعيد عن إجراءات القضاء العادي الطويلة والمعقدة، والمجسدة في طرق بديلة إلكترونية وجدت خصيصا لحل النزاعات الناشئة في البيئة الإلكترونية.

المطلب الثاني

حرية الأطراف باللجوء إلى الوسائل الإلكترونية البديلة لحل المنازعات

لقد احتلت الوسائل البديلة لفض المنازعات مكانة خاصة باعتبارها عدالة اتفاقية وظاهرة واصلية في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية يلجأ إليها أطراف المنازعة بمحض إرادتهم لحل النزاعات الناشئة أو التي قد تنشأ عن العقد القائم بينهم، وهي تهدف إلى تلبية

---

[126] - **د/ أحمد شرف الدين**، المرجع السابق، ص 168 وما يلها.

[127] -من النقائص التي يعانني منها اللجوء إلى القضاء هو عدم كفاءة القضاة بالمنازعات الإلكترونية كون هذه الأخيرة كثيرا ما تحوي على نقاط تقنية، الأمر الذي يحول إلى الاستعانة بالخبير مما يزيد من النفقات وطول مدة لحل المنازعة *أنظر في ذلك*: د/**حسام أسامة محمد**، الإختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص 145.

الاحتياجات والضرورات التي تقتضيها التجارة الدولية، وا ٍخراج هذه الأخيرة من هيمنة القوانين الوطنية التي تتميز بالانطواء والانحياز إلى الاعتبارات الداخلية، و تعرف بأنها:

« ***الوسائل غير القضائية للنظر وحل النزاع، حيث يتم رفع النزاع والفصل فيه خارج ساحات القضاء، وتشمل هذه الوسائل التحكيم، الوساطة، التوفيق والمفاوضات المباشر***»[128].

وقد عرفت هذه الأخيرة تطورا ملحوظا بعدما أصبحت تستعمل في إجراءاتها الوسائل الحديثة للإتصالات وعلى رأسها شبكة الإنترنت، هذا ما أدى إلى ظهورها بوجه جديد تحت تسمية **الوسائل الإلكترونية البديلة لحل المنازعات** ORD، والتي يقصد بها :

« ***تلك الوسائل غير القضائية لنظر في النزاع والفصل فيها من خلال شبكات الحاسب***»[129]؛ ولقد عرفت انتشارا كبيرا يرجع إلى عدة أسباب، من ناحية أن الأطراف الذين يبرمون عقودهم عبر الوسائط الإلكترونية يفضلون أن تتم بواسطتها المعاملة بما فيها حل أي نزاع، ومن ناحية أخرى تتم التسوية الإلكترونية للنزاعات بإجراءات بسيطة ودون تكاليف مالية على عاتق الأطراف فلا تحتاج إلى سفر أو انتقال مما يجعلها تتناسب مع القيمة الضئيلة لمنازعات العقود الإلكترونية.[130]

وتتجسد الوسائل الإلكترونية البديلة في كل من المفاوضات المباشرة والوساطة الإلكترونية والتي سنبينها في الفرع الأول، إلا أن أهم هذه الوسائل أكثر فعالية وانتشارا هو التحكيم الإلكتروني، والذي سنتناوله في الفرع الثاني.

---

[128] - **د/محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع السابق، 160.

- أقر المشرع الجزائري في التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية، والذي أدرج الطرق البديلة لحل النزاعات في الكتاب الخامس، الباب الأول، والمتمثلة في الصلح والوساطة والتي تتم داخل المحاكم وفي جميع الدعاوي ما عدا دعاوي شؤون الأسرة والدعاوي المتعلقة بعلاقات العمل بالنسبة للوساطة، أنظر **القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في المواد: 990 إلى 1005**

[129] - **د/ محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، التحكيم الإلكتروني(الوساطة والتوفيق- التحكيم- المفاوضات المباشرة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 13.

[130] - **د/حسام أسامة محمد**، المرجع السابق، ص 147.

الفرع الأول
المفاوضات المباشرة والوساطة الإلكترونية

تعتبر المفاوضات الإلكترونية والوساطة الإلكترونية من بين الوسائل الأولية التي يعتمد عليها المتنازعون في محاولة منهم توفيق وتقريب وجهات نظرهم المختلفة، وهذا ما أقره مثلا القانون الأمريكي للمعاملات التجارية الإلكترونية لعام 1999 حول إمكانية إجراء الاتفاقات للمفاوضات وا إبرام العقود ونشوء الالتزامات بطريقة إلكترونية، وهذا ما نلمسه من فحوى المادة 2/2 والتي تنص: "... ***تلك الأعمال التجارية التي تدار أو تتم بالكامل أو جزء منها بوسائل إلكترونية أو بالتسجيل الإلكتروني، وهذه الأعمال تهدف إلى إبرام العقود أو الوفاء بالالتزامات الناشئة عن الصفقات التجارية***"[131]، إذ يستفاد منها جواز إتمام المفاوضات بطريقة إلكترونية، وهنا يظهر أهميتها في إنجاح الصفقات التجارية الإلكترونية، وأنها وسيلة للتفاهم وتقريب وجهات النظر بين الأطراف، حيث تلعب دورا وقائيا بالنسبة لمرحلة إبرام العقد والحد من أسباب المنازعة في المستقبل[132]، وهذا ما سنبينه من خلال تبيان مفهوم المفاوضات الإلكترونية في نقطة أولى، ثم التطرق إلى الوساطة الإلكترونية في نقطة ثانية.

أولا: المفاوضات الإلكترونية المباشرة

يعد التفاوض بصفة عامة وسيلة من وسائل تسوية المنازعات، تتم بين أطراف النزاع مباشرة دون تدخل طرف ثالث، فهو عبارة عن تبادل وجهات النظر بين طرفي النزاع من أجل الوصول إلى تسوية نهائية للمنازعات، حيث إنه يتم من خلال لقاء مباشر بين طرفي النزاع أو من ينوب عنهم دون الحاجة لتدخل طرف ثالث، أما التفاوض المباشر (الإلكتروني) فهو التفاوض الذي يتم بين طرفي النزاع عبر شبكة الإنترنت، دون لقائهما وجها لوجه كما هو الحال في التفاوض العادي[133].

---

[131] - مشار لدى: **خليفي سمير**، المرجع السابق، ص 119.

[132] - **د/خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص ص 218-219.

[133] - **د/حسام أسامة محمد**، المرجع السابق، ص 163.أنظر كذلك:

- SCHULTZ Thomas, Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, L.G.D.J, Belgique, 2005, p 183.

لقيت المفاوضات المباشرة المبتكرة من قبل مراكز الوساطة والتحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض المنازعات عن بعد-نجاحا واسعا وإقبالا هائلا من قبل المتنازعين، لما لمسوه من فعالية في حل منازعاتهم، مع المحافظة على علاقات العمل الودية في نفس الوقت، ويؤيد ذلك إحدى الدراسات التي قام بها مراكز الوساطة الإلكترونية، والتي أعلن من خلالها أن نسبة 80% من حجم المنازعات التي تم التفاوض حولها عن طريق المركز قد تم حلها بالمفاوضات المباشرة[134].

وتقوم فكرة المفاوضات المباشرة على تمكين أطراف النزاع من التواصل معا عبر توفير مراكز تسوية المنازعات لم أفهم لآلية اتصال فيما بين المتنازعين، وذلك من خلال صفحة تابعة لموقع المنازعات الإلكترونية بعد أن يقوم المركز بتزويد كل من المتفاوضين باسم المرور (password) يسمح لهما من خلاله بالدخول إلى صفحة النزاع والتفاوض بعدها على موضوع النزاع، بغية التوصل لحل يفضان فيه النزاع، دونما أدنى تدخل من المركز، سواء تم التوصل لحل النزاع أم لا[135].

ينقسم التفاوض الإلكتروني إلى نوعين رئيسيين، النوع الأول هو التفاوض الذي يتم بين طرفي النزاع على الإنترنت مع تدخل برامج الكمبيوتر لمساعدة الأطراف على الوصل إلى حل رضائي، اما النوع الثاني يتجسد في التفاوض المباشر للأطراف دون أي تدخل من برامج الكمبيوتر[136]، وسوف نتعرض إلى النوعين في النقطتين التاليتين:

1- التفاوض الآلي (la négociation automatisée): مؤاده أن الأطراف يتفاوضون على صفحة موقع الإنترنت المخصص لهم من طرف المركز لتسوية نزاعهم دون تدخل أي شخص آخر، لكن التفاوض يتم من خلال برامج كمبيوتر خاص تقدمها مراكز التسوية الإلكترونية، مثل مركز cyber settle[137].

134- *مثال مشار لدى*: **محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص 163.

135- **د/ مهند معزمي أبو مغلي ود/ محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، « ***الوسائل الرقمية البديلة لفض المنازعات المدنية***»، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 36، الجامعة الأردنية، 2009، ص 783.

136 - Plus de 20 institution d'ORD propose de la négociation automatisée, parmi lesquels on citera : Cybersettel, ClickNesettle, DisputeManager, Intersettle, MARS, SmartSettle, The Claim Room, WebAssured, WebMediate et WeCanSettel.

137- **د/حسام أسامة محمد**، المرجع السابق، ص 164.

2- **التفاوض بمساعدة الكمبيوتر** (la négociation assister par ordinateur): في هذه الحالة فإن التفاوض يتم بين الأطراف عبر شبكة الإنترنت دون استخدام برامج الكمبيوتر المساعدة كما هو الحال في التفاوض الآلي، فهنا يكون الكمبيوتر مجرد وسيلة اتصال بين الأطراف لتبادل وجهات النظر والحلول المقترحة عبر الرسائل الإلكترونية المكتوبة أو عن طريق غرف المحادثة المباشرة.[138]

تبدأ عملية التفاوض عبر الإنترنت من خلال إرسال طلب إلى مركز التفاوض من قبل طرف النزاع يعلنان فيه عن رغبتهما في فض النزاع القائم بينهما من خلال المفاوضات المباشرة، ويشتمل الطلب المقدم إلى المركز إلكترونيا على البيانات الشخصية للأطراف والمتمثلة عموما في كل من: الإسم، اللقب، العنوان الشخصي، العنوان الإلكتروني، رقم الهاتف...، مع ملخص عن موضوع النزاع وأسبابه[139].

وفي حالة تقديم الطلب للمركز من أحد طرفي النزاع فقط، يقوم المركز بعد استلامه الطلب ومراجعته، بإرساله إلى الطرف الآخر، يخطره فيه عن رغبة مقدم الطلب في التفاوض معه مباشرة حول موضوع الخلاف القائم بينهما، وسؤاله فيما إذا كان يرغب في قبول التفاوض أم لا، مع تحديد مهلة معينة للجواب، وا ٍذا كان الجواب بالرفض أو عدم تلقي المركز للجواب، تنتهي هنا عملية المفاوضات المباشرة، أما في حالة الإعلان عن قبول الإشتراك في المفاوضات المباشرة فتستمر العملية[140].

باستلام المركز لطلب التفاوض المقدم من الطرفين، يقوم إرسال إخطار إلى المتنازعين يتضمن اسم مرور خاص بكل طرف، يسمح لهما بالدخول إلى صفحة الخاصة بنزاعهما والمعدة على الموقع الإلكتروني التابع للمركز، المحاط بالسرية الكاملة من خلال توفير

---

138 - SCHULTZ Thomas, op-cit, p185

139- ويعد مركز الوساطة لـ squart trade من بين أهم المراكز التي توفر خدمة المفاوضات المباشرة، ولمزيد المعلومات أنظر الموقع: www.squarettrade.com

140- **د/محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، التحكيم الإلكتروني(الوساطة والتوفيق- التحكيم...، المرجع السابق، ص22.

قنوات آمنة يجري الاتصال من خلالها، مع تحديد المدة الممنوحة لهما لاتصال والتفاوض من خلال صفحة الاتصال التي وفرها المركز[141].

لقد لاقت هذه الطريقة في فض المنازعات إقبالا واسعا، لما لمسه المتنازعان – إلى جانب ما تقدم من أسباب- من توفير الوقت والمال، وخصوصا للعاملين منهم في حقل التجارة الإلكترونية والذين تتجاوز أعمالهم الحدود الجغرافية التقليدية[142].

وتجذر الإشارة أن عملية التفاوض تكون مجانية، فالمراكز لا تأخذ مقابلا لتقديم أدوات الاتصال اللازمة للمتفاوضين، سواء كانت على شكل صفحة على الموقع التابع للمركز أو على شكل اتصال هاتفي عبر قنوات المركز، وبغض النظر عن نتيجة التفاوض، إيجابية كانت بأن تم حل المنازعة من خلالها، أم سلبية لم يتوصل المتفاوضان من خلاله إلى الاتفاق ينهيان له النزاع، فالسبب عدم استفاء المراكز رسوم توفير خدمة المفاوضات المباشرة عبر شبكة الإنترنت يعود إلى ثلاثة أسباب هما:

أ- وجود اتفاق مسبق بين المراكز البيع الرقمية ومراكز فض المنازعات الرقمية على إحالة أي منازعة قد تنشأ بين مركز البيع الرقمي وأي من المستهلكين إلى المفاوضات المباشرة التي توفرها مراكز فض المنازعات الرقمية، وذلك مقابل عمولات محددة بينهما، وبذلك يحقق موقع البيع الرقمي دعاية لموقعه من خلال توفيره وسيلة رقمية لفض المنازعات مع المستهلك بالمجان، وهو ما سيعكس أيضا صدق مركز البيع في تنفيذ العقود التي أبرمها مع المستهلكين.

ب-أن تكون مراكز البيع مملوكة لمراكز فض المنازعات الإلكترونية.

---

[141]- تحدد المدة الممنوحة لما للاتصال والتفاوض من خلال صفحة الاتصال التي وفرها مركز square trade بثلاثون يوما، إلا أنه غالبا ما تستغرق عملية التفاوض من 10 إلى 14 يوما استنادا إلى مدى نية الأطراف في حل النزاع. *وكذلك أنظر:* - **د/محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، التحكيم الإلكتروني (الوسائل الإلكترونية لفض...، المرجع السابق، ص 22.

[142]- حسب مركز square trade للوساطة أن 85% من القضايا المطروحة على المركز يتم حسمها بنجاح عن طريق المفاوضات المباشر. *أنظر الموقع:* www.squaretrad.com

ج- تيقن هذه المراكز، بأن الخلاف بين المتنازعين لن يفض من خلال المفاوضات المباشرة، وبالتالي سيبحث المتنازعان عن وسائل أكثر فعالية لفض المنازعة، وهو ما سيكون من خلال الوساطة والتوفيق، وهما ليس بالمجان[143].

يبقى أن نشير في النهاية إلى أنه إذا كانت إرادة الأطراف تبرز كعامل قوي في التفاوض الإلكتروني بصفة عامة، سواء في حرية اللجوء إليه، أو حرية إخضاع جزء أو كل من النزاع إلى هذه الطريقة، فإننا نلاحظ بعض المعوقات التي تؤدي إلى التقليل من فعالية هذه الآلية، ولعل أهمها ترك الأطراف في حرية تامة يتناقشون دون وجود طرف ثالث محايد يقوم بطرح الحلول ومحاولة إقناع الأطراف بالتسوية[144]، وهذا ما يمكن تفاديه عند اللجوء إلى الوساطة الإلكترونية.

ثانيا: الوساطة الإلكترونية

تعد الوساطة من الوسائل الودية لحل النزاعات التي يلجأ إليها الأطراف بكل حرية، والتي تعرف بصفة عامة أنها تدخل طرفاً ثالثاً محايداً بين طرفي النزاع من أجل الوصول إلى صيغة نهائية لتسوية النزاع القائم، أو هي « ***عبارة عن عملية تطوعية يوافق طرفا النزاع من خلالها على العمل مع شخص محايد لحل النزاع القائم بينهما، مع منح كامل السلطة للمنازعين في قبول الوساطة أو رفضها، مع انصراف عمل الوسيط وبذل جهوده صوب نقاط الخلاف واقتراح سبل الحل*** ».[145]

كما عرفتها المادة 03/01 من قانون الأونيسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي بأنها: " ***عملية يتم من خلالها حل النزاع وديا، سواء بالوساطة أو التوفيق، مع محاولة الوسيط الوصول لحل ودي للنزاع العقدي أو القانوني دون أن يملك سلطة إجبار المتنازعين على قبول الحل***".[146]، بينما يقصد بالوساطة الإلكترونية اتصال طرف ثالث

---

[143] - **د/ مهند معزمي أبو مغلي ود/ محمد إبراهيم أبو الهيجاء** ، « ***الوسائل الرقمية البديلة...***»، المرجع السابق، ص 784.

[144] - **د/حسام أسامة محمد**، المرجع السابق، ص 171.

[145] - **د/إبراهيم عرسان أبو الهيجاء** ، المرجع السابق، ص 168.

[146] - القانون النموذجي للأونيسترال للتوفيق التجاري الدولي لعام 2002.

محايد مع طرفي النزاع على شبكة الإنترنت من أجل الوصول إلى تسوية نهائية لهذا النزاع، سواء كان الاتصال في لحظة زمنية واحدة من خلال غرف الحديث، أو اتصال الوسيط بكل طرف على حدى.[147]

ويتجلى من التعاريف السابقة، أن الوساطة تقوم على إرادة طرفي المنازعة في اللجوء إليها كوسيلة لحل المنازعة بدلا من القضاء، ولعل مظاهر الإرادة تستنبط أيضا من خلال تجريد الوسيط من سلطات الإجبار في قبول الوساطة أو الإستمرار فيها، حيث يقتصر عمله على محاولة تقريب وجهات النظر بين المتنازعين، وهذان الأخيران من يملكان الحق في قبول توجيهاته أو رفضها[148]، وهو ما يجسد مبدأ سلطان الإرادة حيث يلتزم الأطراف بما يرتضون به.

ترتكز عملية الوساطة على الجهود التي يبذلها الوسيط في إقناع المتنازعين بقبول الحل الذي يقترحه لحل المنازعة القائمة بينهما، وبدون أي ضغط أو إكراه قد يمارس من قبله عليهما، بالإضافة إلى منح الحرية للأطراف في اختيار الطريقة الملائمة لهما للتواصل مع الوسيط عبر شبكة الإنترنت، ولعل أنه لتحقيق الحل المناسب لابد من تفاعل واهتمام أكبر من الأطراف بعملية الوساطة، وعملها الجاد والدؤوب مع الوسيط لفض النزاع[149].

بمجرد موافقة طرفي المنازعة على الوسيط والإجراءات، يتم الانتقال إلى المرحلة التالية من الوساطة، وهي مناقشة موضوع المنازعة وا ثارة نقاط الخلاف الجوهرية، وذلك بعد أن

147- « *Lors d'une médiation en ligne, un tiers neutre sans pouvoir décisionnel intervient dans la résolution du litige en communiquant avec les parties par voies essentiellement électronique. Il s'agit en substance de la transposition en ligne d'une procédure classique de médiation.*» *voir* : - SCHULTZ Thomas, op-cit, p185.

148- **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص471.

149- **د/مهند معزمي أبو مغلي و د/محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، « ***الوسائل الرقمية....***»، المرجع السابق، ص 784.=

=بغض النظر عن إختصاص الوسيط وكفائته العالية في موضوع النزاع، لابد أن تتوفر فيه بعض الشروط كالحياد والسرية...إلخ، كما حددها المشرع الجزائري في المادة 998 من ق.إ.م.إ على أن: " ***يجب أن يعين الشخص الطبيعي المكلف بالوساطة من بين الأشخاص المعترف لهم بحسن السلوك والاستقامة، وأن تتوفر فيهم الشروط الآتية:***

- ألا يكون قد تعرض إلى عقوبة عن جريمة مخلة بالشرف، وألا يكون ممنوعا من حقوقه المدنية، أن يكون مؤهلا للنظر في المنازعة المعروضة عليه، أن يكون محايدا ومستقلا في ممارسة الوساطة ".

يقوم الوسيط بإرسال بريد إلكتروني لكل من طرفي النزاع، يتضمن اسم المرور password بكل منهما، والذي يخولهما الدخول لصفحة المنازعة المعدة على موقع المركز، بالإضافة إلى تحدد ميعاد جلسات الوساطة[150].

يتم الانتقال بعد ذلك إلى المرحلة ما قبل الأخيرة من الوساطة في عقد جلسات الوساطة والبحث عن المدى الذي يمكن أن يذهب إليه المتنازعان في طلباتهما سعيا وراء التوصل إلى حل الإشكال المطروح، فيبذل الوسيط قصار جهده بغية الوصول إلى حل مرض للمتنازعين من خلال تركيزه على النقاط التي يرتئي إمكانية اتفاق المتنازعين عليها كلها أو في جزء منها فقط والمذكور سلفا في اتفاق الوساطة، وفي الأخير يقوم الوسيط بعد ذلك بصياغة اتفاق التسوية النهائية وعرضه على المتنازعين للتوقيع عليه، فإذا تم ذلك تنتهي عملية الوساطة الإلكترونية بحل ملزم لطرفيه واجب التنفيذ، أما خلاف ذلك يلجأ الأطراف إلى حل آخر وكثيرا ما يكون التحكيم الإلكتروني.

الفرع الثاني
التحكيم الإلكتروني

نظرا لما لمسه المتنازعون من فاعلية التحكيم في فض منازعات التجارة الدولية وتحقيق متطلباتها القائمة على قواعد خاصة تتلائم واقتصاد السوق، ازداد معدل اللجوء إلى التحكيم كآلية بديلة عن قضاء الدول، هذا الأخير الذي عجز عن اللحاق بالطفرة الإلكترونية، وتوفير وسائل سريعة لفض منازعات التجارة الإلكترونية، غدت الحاجة ملحة للبحث عن سبل أكثر فاعلية لحل هذه المنازعات[151].

---

[150] - **د/محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص 189.

[151] - عدة عقبات واجهت تطبق الاختصاص القضائي على شبكة الإنترنت، منها صعوبة تطبيق المبادئ العامة لتحديد لإختصاص القضائي - محكمة موطن المدعى عليه، أو مكان تنفيذ العقد- والتي ترتكز على مرتكزات مكانية وجغرافية التي تتنافى أمام مميزات المعاملات الإلكترونية التي لا تعرف حدود جغرافية، وكان النداء إلى سن إجراءات جدية تناسب اختيار الأفراد لشبكة الإنترنت كوسيلة للتعاقد، ضرورة وجود تقنية قضائية قابلة للتنفيذ على النزاعات الإلكترونية. *أنظر في هذا*:**خليفي سمير**، المرجع السابق، ص 104 وما يليها.

ومهما اختلف الفقه والتشريعات أو اتفقوا حول تعريف شامل للتحكيم التجاري الدولي، فإن نشأته كان ضرورة تفادي إجراءات القضاء الطويلة المعقدة أمام المحاكم الوطنية وتحقيق العدالة بسرعة مع تقليل النفقات، ولعل أن هذه الأسباب الأخيرة أضحت ضرورة حتمية خاصة في كنف التجارة الإلكترونية[152].

ولثقة المتنازعين بالتحكيم لفض المنازعات، سعت مراكز التحكيم لتوفير وسيلة أكثر نجاعة لفض المنازعات تتلائم والآلية التي نجمت عنها الخلافات بين المتعاقدين مع المحافظة في ذات الوقت على متطلبات التجارة الإلكترونية القائمة على السرعة والثقة بين أطرافها، فكان نتيجة جهودها تطوير التحكيم وابتكار نظام التحكيم الإلكتروني، هذا الأخير الذي سنبين مفهومه في النقطة الأولى، ونستظهر فيه نقاط سلطان إرادة الأطراف في النقطة الثانية.

أولا: التعريف بالتحكيم الإلكتروني:

عر ّف التحكيم بأنه اتفاق أطراف النزاع على إسناد مهمة الفصل فيه إلى شخص- أو عدة أشخاص- محايد يملك سلطة إصدار حكم ملزم، مع استبعاد ولاية القضاء الوطني بشأن هذه المنازعة[153]؛ بينما ع ّرف التحكيم الإلكتروني بأنه:

« ***قيام شخص ثالث محايد بإصدار حكم ملزم في نزاع ما بين الطرفين بشرط أن تنعقد الجلسات ويصدر الحكم عبر الإنترنت***»[154].

كما عرفه البعض[155] بأنه ذلك التحكيم الذي يتفق بموجبه الأطراف على إخضاع منازعاتهم الناشئة عن صفقات أبرمت غالبا بوسائل الكترونية إلى شخص ثالث يفصل فيها بموجب سلطة مستندة ومستمدة من اتفاق أطراف المنازعة وباستخدام وسائل اتصال حديثة تختلف عن الوسائل التقليدية المستخدمة في التحكيم التقليدي.

---

[152] - **طنجاوي مراد**، المرجع السابق، ص 111.

[153] -**د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 731.

[154] - **د/حسام أسامة محمد**، المرجع السابق، ص 188.

[155] - **إبراهيم أحمد سعيد زمزري**، المرجع السابق، ص130.

وا ذا كان ما يميز التحكيم الالكتروني ويضع الفارق الرئيسي بينه وبين التحكيم في حقيقته التقليدية هو استعمال وسائل الاتصال الحديثة في إجراءاته، فلا وجود للورق والكتابة التقليدية أو الحضور المادي للأشخاص في التحكيم الإلكتروني[156]؛ إلا أن هناك مسألة خلافية تطرح حول إلزامية تمام التحكيم بأكمله عبر الوسيلة الالكترونية لإعتباره الكترونيا أم يكفي أن يتم استعمال الوسيلة الالكترونية في أية مرحلة من مراحله؟

انقسم الفقه في هذا الإشكال إلى اتجاهين[157]، **الأول** يعتبر التحكيم إلكترونيا، سواء تم بأكمله عبر وسائل الكترونية، أو اقتصر استعمالها على بعض المراحل منه فقط، إذ يمكن أن يقتصر استخدام الوسيلة الالكترونية على مرحلة إبرام اتفاق التحكيم أو على مرحلة الخصومة ، في حين تتم باقي المراحل بالطرق التقليدية كأن تعقد جلسات التحكيم بحضور الطرفين مثلا، أما الاتجاه الثاني فإنه يشترط لكي يكون التحكيم إلكترونيا أن يتم بأكمله عبر الوسيلة الالكترونية، إذ ينبغي أن يبدأ التحكيم بإتفاق التحكيم الكتروني ثم يمر بإجراءات تحكيم تتم باستعمال وسائل الاتصال الحديثة، فلا يلتقي الطرفان مع المحكمين لقاءا ماديا ولا تنعقد جلسات تحكيم مادية وصولا إلى مرحلة صدور الحكم الإلكتروني.

- يعتبر الإتجاه الثاني[158] وهو الراجح بحسب البعض، وسند ذلك أن التحكيم الإلكتروني، تحكيم يتم بأكمله عبر الوسيلة الإلكترونية والقول بنقيض ذلك يجعل من أي تحكيم تحكيما إلكترونيا, إذ لا يخلو التحكيم التقليدي من استعمال وسائل الإتصال الحديثة في أي مرحلة من مراحله، كأن يتم تبليغ الخصم عبر البريد الإلكتروني أو إرسال بعض المستندات عبر الفاكس، فاستخدام هذه التقنيات الحديثة لا يجعل من التحكيم إلكترونيا، بل ما هو نوع من إدارة التحكيم باستعمال وسائل إلكترونية.

لذا فالتحكيم الإلكتروني أصبح يتم إجراءه بشكل كامل عبر شبكة الإنترنت، حيث يتم الاتفاق على إجراء التحكيم الإلكتروني بين الأطراف المتنازعة عبر تبادل الرسائل

---

[156] - **د/خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق, ص 248، 249.

[157] - **د/آلاء يعقوب النعيمي** ، « **الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني** »، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي: أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، أيام 28-30 أفريل ، ص 976.

[158] - **د/حسام أسامة محمد**، المرجع السابق، ص151.

الإلكترونية " e-mail " ، أو من خلال تعبئة النموذج الإلكتروني الخاص بمراكز التحكيم التي تدار أعمالها من خلال شبكة الإنترنت [159]، أو من خلال تقديم طلب لمراكز التحكيم الإلكترونية، أو من خلال النص عليه في العقود الإلكترونية والتي تكون أصلا عقود إلكترونية[160]، إضافة إلى انعقاد جلسات التحكيم، وسماع الشهود، والخبراء وتقديم المرافعات، والأدلة بما في ذلك قرار التحكيم عن طريق الوسائل الإلكترونية السمعية، والبصرية التي توفرها شبكة الإنترنت[161].

ثانيا: مظاهر سلطان الإرادة في التحكيم الإلكتروني

على الرغم من البساطة الظاهرة التي يتميز بها التحكيم الإلكتروني، فهو يخفي في طياته في الواقع من خلال التحليل القانوني مجموعة معقدة جدا تشمل على عدة تصرفات ومراحل متعاقبة، بحيث يعتبر كل تصرف من هذه التصرفات تنفيذا للتصرف الذي سبقه ابتداء من مرحلة المفاوضات الاتفاقية التي تعتبر مرحلة مهمة جدا التي تنتهي باتفاق الأطراف على تنظيم إجراءات التحكيم عن طريق تحديد كل المسائل التي تتعلق بتنظيم وسير عملية التحكيم سواء فيما يتعلق بتعيين المحكمين، تحديد اختصاصهم وسلطاتهم، وتحديد القانون الواجب على الإجراءات وعلى محل النز اع، مكان التحكيم، طرق تنفيذ قرار التحكيم، وهذا ما سنظهره فيما يلي:

1- إرادة الأطراف في تنظم التحكيم:

إن الصفة التعاقدية التي يتمتع بها التحكيم الإلكتروني ترتكز على اتفاق الأطراف باللجوء إليه، والذي يعتبر جوهر وأساس نظام التحكيم برمته، بل هو حجرة الأساس الذي منه يولد إلتزام اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني لحل المنازعة، ثم تدخل الأطراف المتنازعة

---

[159]- voir par exemple le centre de HONG KONG de l'arbitrage international « «HKIAC » sur le site : www.hkiac.org . (Hong Kong International Arbitration Centre's)

[160]- أنظر على سبيل المثال اتفاقية إستخدام الموقع " eBay " حيث تقر بإمكانية حل أي منازعة ناشئة عن التعاقد الإلكتروني عن طريق التحكيم الإلكتروني. متوفر على الموقع: www.ebay.com

[161]- **د/محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، التحكيم الإلكتروني- الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات..، المرجع السابق، ص 69.

التي قبلت هذا الاتفاق في مرحلة تشكيل محكمة التحكيم الإلكتروني، وتحديد سلطات والتزامات المحكم، لذا سنتناول في نقطة الأولى اتفاق التحكيم الإلكتروني، ونتعرض لتشكيل المحكمة الإلكترونية في نقطة ثانية.

أ- اتفاق التحكيم الإلكتروني:

يعتبر اتفاق التحكيم جوهر التحكيم الإلكتروني الذي يتجسد من خلال تلاقي إرادة الطرفين على اتخاذ التحكيم كوسيلة لفض النزاعات الناشئة أو التي تنشأ بينهما،[162] وتعرفه المادة السابعة الفقرة الأولى من قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بأنه:

« ***اتفاق بين طرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض ما نشأ أو ما قد ينشأ بينهما من منازعات بشأن علاقة قانونية محددة، سواء كانت تعاقدية أم غير تعاقدية***»[163].

لا يختلف تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني عما سلف، إلا أنه يتم عبر وسائط إلكترونية وشبكة اتصالات مثل الإنترنت، ولذلك فهو يعني تسوية المنازعات والخلافات عبر شبكات الاتصال كالإنترنت دون حاجة إلى التواجد المادي للأطراف أثناء عملية التحكيم في مكان واحد[164].

واتفاق التحكيم الإلكتروني شأنه شأن اتفاق التحكيم التقليدي، يكون إما بواسطة شرط التحكيم يتم وضعه في العقد المبرم بين الطرفين وذلك قبل نشوب المنازعة، عندئذ يتخذ اتفاق التحكيم شكل شرط التحكيم يتضمنه العقد، وهو الطريق المفضل لدى المتعاملين بالتجارة الإلكترونية، وا ٍما باتفاق يتم بينهم بعد نشوب النزاع، وفي هذه الحالة يأخذ الاتفاق على التحكيم صورة اتفاق مستقل عن العقد الرئيسي وتسمى مشارطة التحكيم[165]، إلا أنه

---

[162] -**إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، المرجع السابق، ص 350 وما يليها.

[163] - قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، منشورات الأمم المتحدة، رقم A.08.V.4، ص05. متوفر على الموقع: www.uncitral.org

[164] - **د/خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 278.

[165] - **آلاء يعقوب النعيمي** ، المرجع السابق، ص 991 وما يليها.

يجذر التأكيد أن اتفاق التحكيم الإلكتروني بصورتيه هو تعبير عن إرادتين متطابقتين في اختيار التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما.

وبما أن اتفاق التحكيم الإلكتروني عقد من العقود، لذا فأنه يتطلب لانعقاده ما يتطلب لأي عقد آخر من الشروط، وتتمثل في الشروط الموضوعية من الرضا والمحل السبب، إلا أن إبرامه عبر وسيلة الكترونية يضفي عليه خصوصية معينة، لا سيما فيما يتعلق بكيفية التعبير عن إرادة الأطراف ومدى اعتداد القانون بهذا التعبير، فيما إذا كان بالإمكان أن يتم التعبير عن الإرادة إلكترونيا، ولما كان اتفاق التحكيم الإلكتروني ذو سمة تعاقدية فإنه يتم التطبيق عليه أحكام الرضا في العقود الإلكترونية[166].

رغم أن اتفاق التحكيم يخضع أساسا لمبدأ الرضائية إلا أنه يشترط فيه تحت طائلة البطلان الشكلية، ولعل ذلك يعود إلى الآثار القانونية المترتبة عنه، أهمها منع اللجوء إلى القضاء الوطني، بالإضافة إلى الطبيعة القضائية للتحكيم وما ينتج عنه من أحكام ملزمة للطرفين،[167] وبالنظر لعدم وجود نصوص قانونية خاصة بالتحكيم الإلكتروني، فإنه يخضع إلى الأحكام التي تسري على التحكيم بوجه عام، لذلك ثارت العديد من تساؤلات حول مدى إستفاء اتفاق التحكيم الإلكتروني لشرط الشكلية التي تشترطه العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية والتي تفرض إفراغه في قالب كتابي لصحته[168].

إن الكتابة بمعناها التقليدي، تكون محررة على دعائم ورقية، ولكن التطور التكنولوجي المستمر في وسائل الاتصال مثل الفاكس ومخرجات الكمبيوتر أدى إلى ضرورة التوسع في المفهوم التقليدي للكتابة ليستوعب التطور في عصر ثورة المعلومات والاتصالات، ذلك أن

---

[166]- *لمزيد من المعلومات راجع كل من:* **محمود عبر الرحيم الشريفات**، المرجع السابق، ص65 وما بعدها، **د/إلياس ناصف**، المرجع السابق، ص 121- 147، **د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، 346-433، **د/ خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 179-189. **آمانج رحيم أحمد**، المرجع السابق، ص 217- 243.

[167]- **طنجاوي مراد**، ، المرجع السابق، ص111.

[168]- وعلى سبيل المثال نجد المشر الجزائري من خلال المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها على: « ***يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة*** »

الهدف من الكتابة لا يستلزم أن تكون محررة على دعامة ورقية، ومن ثم فلا يوجد ما يمنع أن تكون هذه الكتابة على دعامة إلكترونية طالما تحقق نفس الهدف، فالمهم هو إمكانية حفظ البيانات المتداولة إلكترونيا والرجوع إليها عند الخلاف دون أن يطرأ عليها أي تعديل أو تحريف [169].

في الآونة الأخيرة عرفت معظم تشريعات الدول تطورا ملحوظا في إطار إدماج قوانين تعترف بالمعاملات الإلكترونية والإعتراف بالوسائل الإلكترونية (الإنترنت) كوسيلة لإبرام العقود، هذا ما امتد إلى الإعتراف باتفاق التحكيم الإلكتروني الذي تتم كتابته عبر البريد الإلكتروني أو عن طريق تبادل المعلومات وتدوينها على الموقع الإلكتروني لمركز التحكيم، كون إعتراف القوانين بصحة العقود الإلكترونية تتضن تبعا لذلك الاعتراف باتفاق التحكيم الذي يحتويه، سواء جاء على صورة شرط التحكيم أو عقد تحكيم مستقل ما دام تم فيه مراعاة الشكل والشروط المطلوبة وفقا القوانين التي تنظم العقد الإلكتروني[170].

ولعل ما يؤكد أكثر صحة اتفاق التحكيم الإلكتروني، هو قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، الذي تم تعديله سنة 2006 ليواكب الثورة المعلوماتية ومسايرة التجارة الإلكترونية التي أصبحت تلعب دورا هاما في الإقتصاد الدولي، والذي نجد المادة السابعة منه المعنونة بـ " **تعريف اتفاق التحكيم وشكله** "، في الفقرة الرابعة والتي تنص على أنه :

« ***يستوفي اشتراط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا بواسطة خطاب إلكتروني إذا كانت المعلومات الواردة فيه متاحة بحيث يمكن الرجوع إليها لاحقا، ويقصد بتعبير "الخطاب الإلكتروني" أي خطاب يوجهه الطرف بواسطة رسالة بيانات، ويقصد بتعبير "رسالة بيانات" المعلومات المنشأة أو المرسلة أو الملقاة أو المخزنة بوسائل إلكترونية أو مغنطيسية أو***

---

[169] - **د/خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 294.

[170] - **د/فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 750. **د/طنجاوي مراد**، المرجع السابق، ص 111

بصرية أو بوسائل مشابهة تشمل، على سبيل المثال لا الحصر، التبادل الإلكتروني والبرق والتلكس والنسخ البرقي.»[171].

ب- تشكيل محكمة التحكيم الإلكتروني:

إن اتفاق التحكيم بوصفه العقد الذي يتعهد بموجبه الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو التي قد نشأت بينهم بواسطة محكمين بعيدا عن قضاء الدولة، وعلى هذا الأساس تستمد منه محكمة التحكيم اختصاصها للفصل في المنازعة، وعليه فإن مسألة تشكيل محكمة التحكيم ترتكز على إرادة الأطراف المعنية من جهة وعلى قبول المحكمين من جهة ثانية[172].

يحكم تعيين المحكمين مبدأين أساسيين، اولهما أن إرادة الخصوم هو المرجع الأول في هذا الإختيار، فإذا أدرج في اتفاقيات التحكيم كيفية تعينهم، يجب الالتزام بما تم الاتفاق عليه، أما ثانيهما، هو مراعاة المساواة بين طرفي المنازعة فلا يكون لأحدهما أفضلية على الآخر، فلا يجوز أن يعهد لأحدهم اختيار جميع المحكمين، أو يكون لأحدهم اختيار أغلبية أو أقلية عددهم، وهذا ما يجسد أن الاتفاق على تعيين المحكمين تصرف من جانبين.

من الثابت أيضا في إطار التحكيم التقليدي، أنه يتنوع إلى تحكيم حر وتحكيم مؤسساتي، فأما الأول فهو اللجوء إلى محكم واحد حر، وأما الثاني فهو اللجوء إلى منظمة أو مؤسسة مختصة بتوفير خدمة التحكيم والتي تتضمن قائمة من المحكمين التي يمكن

---

[171]- قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، المرجع السابق، ص 05.

[172]- **كراش ليلى**، مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل درجة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، 2002، ، ص 38.

- حيث تقر المادة 1041 من ق.إ.م.إ الجزائري على حرية الأطراف في تشكيل المحكمة التحكيمية بنصها على: « ***يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعين المحكم أو المحكمين أو تجديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم***». *أنظر:* قانون رقم 08-09 الموافق لـ 25 فبراير 2008،المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

- هذا ما اشارت إلية المادة العاشرة من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي وذلك بنصها على: « ***للطرفين حرية تحديد عدد المحكمين*** » .قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم ...، المرجع السابق، ص 06. *أنظر كذلك:*
- CAPRIOLI Eric.A, op-cit, p 139.

للأطراف الإختيار منها، أما في إطار التحكيم الإلكتروني فلا يجد حاليا سوى النوع الثاني أي هياكل متخصصة توفر خدمة التحكيم الإلكتروني[173].

فنجد مثلا المادة 8 من لائحة تحكيم المحكمة الإفتراضية والتي تقرر في فقرتها الأولى أن محكمة التحكيم يتم تشكيلها بتسمية محكم واحد أو ثلاث محكمين، وذلك بمعرفة سكرتارية المحكمة، وأشارت الفقر الثانية من ذات المادة إلى حالة تعدد المحكمين، فإنه هؤلاء هم من يتولون مهمة تعين حكم يرأس المحكمة التحكمية، وا ذا تعذر ذلك تتولى السكرتارية هذه المهمة، كما تشير الفقرة الثالثة من ذات المادة أن السكرتارية تتولى منح كل محكم دليل الدخول وكلمة المرور للدخول إلى موقع القضية[174].

ج- تحديد سلطات والتزامات المحكم:

يعتبر اختصاص القاضي اختصاصا عاما وشاملا، على غرار التحكيم التجاري سواء التقليدي أو الإلكتروني، فإن مصدر الإختصاص هو سلطان الإرادة الذي يمنح للمحكم سلطات واختصاصات إستثنائية، ويستبعد إختصاص المحاكم القضائية المختصة أصلا، لهذا فإن المحكم لا يمكنه أن يخرج عن المهمة التحكيمية التي عهد بها إليه سلطان الإرادة[175].

أشار المشرع الفرنسي في إطار قانون الإجراءات المدنية الجديد من خلال فحوى المادة 1502، إمكانية إلغاء الحكم التحكيمي في حالة ما إذا حكم المحكم في غير الإختصاص المناط إليه من طرف الأطراف[176]، وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري من خلال المادة 1056/3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والذي يجيز استئناف أمر القاضي

---

[173] - **د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 755.

[174] - **د/ خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص307 وما يليها.

[175] - **كراش ليلى**، المرجع السابق، ص 44.

[176]- L'article 1502/3 du NCPC énonce : «*L'appel de la décision qui accorde la reconnaissance ou l'exécution n'est ouvert que dans les cas suivants :… 3°- si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ». voir aussi* :
- CAPRIOLI Eric.A, op-cit, p 140 et ss .

بالإعتراف أو بالتنفيذ الحكم التحكيمي إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها، أي المحددة لها في اتفاق التحكيم[177].

2- إرادة الأطراف أثناء سير الخصومة

تمتد إرادة الأطراف إلى تنظيم سير خصومة التحكيم الإلكتروني، إبتداء من تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات وموضوع التحكيم الإلكتروني إلى غاية صدور قرار التحكيم الإلكتروني وتنفيذه، وهو ما سنتطرق إليه من خلال نقطتين التاليتين:

أ- تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم:

إن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني وموضوعه، تعتبر من أهم النقاط التي يجب البحث فيها، لأنه يخرج من نطاق محاكم الدول ويظل في يد محكمين افتراضيين لا يعلم عنهم أحد شيئا، ومن ثم فإن مصداقية قراراتهم ترتهن بمصداقية القانون الذي يطبقونه على المنازعات التي تعرض عليهم[178].

مع التحفظ بالنسبة النظام العام، يمنح للأطراف حرية كاملة لتحديد القانون الذي يحكم ما يثور بينهم من منازعات[179]، ولعله يعد من أهم القرارات التي يتخذها الأطراف خلال مرحلة التحكيم، لما لتحديد القانون من دور في تبيان أنظمة الإثبات وتحديد الوسائل الفنية

---

[177]- وتنص المادة 1056 على: « ***1056 :لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية***

1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية .

2 -إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون

3 - إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة التي المسندة إليها=

= 4 - إذا لم يراع مبدأ الوجاهية

5 - إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها أو إذا وجد تناقض في الأسباب

6 - ***LZ Ga3pa 3U sZ ÇUMa 2Gia- .*** ». أنظر قانون رقم 08-09 الموافق لـ 25 فبراير 2008،المتضمن قانون الإجراءات المدنية، المرجع السابق.

[178]- **إبراهيم أحمد سعيد زمزري**، المرجع السابق، ص 363.

[179]- أشار نظام المحكمة الإفتراضية على أنه إذا لم يتفق الأطراف النزاع على تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع، تقوم المحكمة باختيار القانون الذي يرتبك به النزاع بأوثق صلة وذلك في المادة 17/1. *أنظر في هذا:*

- **د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 735.

التي تضمن احترام مبادئ المواجهة والدفاع والقواعد المتعلقة بالاجتماعات الإلكترونية، وسواء تم وضع القواعد في اتفاق التحكيم الإلكتروني، أو بإحالة لقانون معين لتنظيم هذه الإجراءات[180].

تعترض حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات أو موضع التحكيم الإلكتروني بعض الصعوبات، فمثلا إذا اختار الأطراف إخضاع إجراءات أو موضوع التحكيم إلى لائحة غرفة التجارة الدولية، فإن هذه الأخيرة لم تنص على استخدام تقنيات الإلكترونية في العملية التحكيمية، ولحل هذا الوضع يلجأ المحكم إلى تطبيق قانون مكان التحكيم الإلكتروني، إلا أن هذا الأخير يستحيل تحديده، مما أفضى الرأي الراجح إلى ترك الحرية الكاملة للأطراف في تحديد مكان افتراضي للتحكيم[181]، ولعل هذا الحل يتفق مع عدم وجود مقر مادي للمحاكم الإلكترونية.

ب- تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني:

إن الثمرة الحقيقة للتحكيم تتمثل في الحكم الذي يصل إليه المحكمون، هذا الحكم لن يكون له قيمة قانونية أو عملية إذا ظل مجرد عبارات مكتوبة غير قابلة للتنفيذ، فتنفيذ حكم التحكيم يمثل أساس ومحور نظام التحكيم[182].

فعند انتهاء إجراءات التحكيم الإلكتروني بإصدار حكم التحكيم وتبليغه للأطراف، يتم اتتخاذ إجراءات الخاصة بتنفيذه، ولما كان التحكيم الإلكتروني أساسه إرادة الأطراف، ورغبة منهم في حل منازعتهم خارج القضاء، جعلهما يتفقان صراحة في اتفاق التحكيم الإلكتروني على تنفيذ الحكم الذي تنتهي به التحكيم، ويذكر فيه أن هذا القرار يعتبر ملزما ونهائيا[183].

---

[180] - **د/ عادل أبو هشيمه محمود حوته**، المرجع السابق، ص 314.

[181] - **د/ خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص315.

[182] - **كراش ليلى**، المرجع السابق، ص82.

[183]- CAPRIOLI Eric.A, op-cit, p 153.

بغض النظر عن الشروط التي يستوجبها حكم التحكيم الإلكتروني لصحته وتنفيذه[184]، فإن الأصل في تنفيذ الحكم التحكيم الإلكتروني هو أن يتم بالتراضي بين أطراف خصومة التحكيم الذي ارتضوا من قبل اللجوء إلى طريق القضاء الخاص، ولعل الإحصائيات التي ظهرت في إطار التحكيم التقليدي والتي تقضي أن أغلب الحالات التي يكون الأطراف التحكيم حسني النية يعملون تلقائيا على تنفيذ الأحكام الصادرة عن هيئة التحكيم، بحيث تؤكد أنه ما بين 58% إلى 90% من هذه الأحكام تنفذ رضائيا[185].

يتجلى في النهاية أن الوسائل البديلة لحل النزاعات الناجمة عن العقود الإلكترونية هي الأمثل من خلال ما توفره من سرعة في فصل النزاع ونقص في التكاليف، برغم أنه يؤخذ عليها مدى فاعلية الأحكام الصادرة عنها، وذلك يعود إلى قصور العديد من التشريعات لتنظيم المعاملات الإلكترونية بصفة فعلية وجدية، إلا أن البشرية في تطور مستمر ولعل أن الأيام المقبلة ستبين تشريعات أكثر دقة وتنظيم للعقود الإلكترونية.

---

[184] - انظر حول شروط تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني كل من: - **إبراهيم أحمد سعيد زمزري**، المرجع السابق، ص 379 وما يليها. *وكذلك:* - **د/ حسام أسامة محمد**، المرجع السابق، ص 237 و ما يليها.
- CHULTZ Thomas, op-cit,p 349-376.

[185] - **كراش ليلى**، المرجع السابق، ص 83.

خلاصة الفصل الثاني

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة في إطار تحديد القانون الواجب التطبيق أساسا لا نزاع له مكرسا في جل التشريعات الداخلية والدولية، ولعل ما يبين ذلك هو تكريس قواعد تلزم القاضي أو المحكم استنباط الإرادة الضمنية للأطراف في حالة عدم تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بصفة صريحة، وذلك من خلال ملابسات العقد، المجسدة في كل من لغة تحرير العقد، مكان إبرامه أو تنفيذه، أو جنسية المشتركة للمتعاقدين، وأما في إطار العقود الإلكترونية عرف المبدأ رواجا وا ٍقبالا من جهة واحدة دون الأخرى، إذ أزال التحديد الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني إشكالات قانونية كثيرة عجزت المنظومة القانونية حلها، أما الجهة الثانية وهي حالة إغفال الأطراف وضع بند في العقد يحدد القانون الواجب التطبيق، فإن محاولة استنباطه من خلال ملابسات العقد الإلكترونية باتت بالفشل، كون معاير استنباطها ترتكز على أسس إقليمية جغرافية تتنافى والوسيلة المبرمة بها وهي شبكة الإنترنت، ولذلك يبقى التحديد الصريح للقانون الواجب التطبيق هو الحل الوحيد والمناسب دون منازع له.

أما فيما يخص تحديد الجهة المختصة للحل المنازعة الإلكترونية، فإن الإسناد الشخص لتحديدها أظهر بعض النقائص والتي تكمن خصيصا حالة اختيار الأطراف لمحكمة لا تعتد بالمعاملات الإلكترونية، الأمر الذي يحول إلى هدر حقوق أحد المتنازعين، لذلك كان الرأي السديد في هذه الحالة هو اللجوء إلى الوسائل البديلة للحل المنازعات، هذه الأخيرة التي تأقلمت مع ظهور التعاقد الإلكتروني والتي أصبحت هي الأخرى تتم بنفس الطريقة التي أبرمت بها هذه العقود، والمجسدة في كل من التفاوض الإلكتروني، الوساطة الإلكترونية والتحكيم الإلكتروني، والذي تبن فعاليتهم في حل المنازعات الناجمة عن العقود الإلكترونية، خاصة وأن القائمين عليها مختصين في هذا المجال، ضف إلى ذلك ترك الحرية للأطراف المتنازعة في تحديد الإجراءات المتبعة للحل النز اع.

خـــاتمة

أمام قصور القواعد التقليدية لحكم المعاملات الإلكترونية، وفي غياب التنظيم القانوني للمعاملات الإلكترونية وحتى قصوره إن وجدت، لا يجب أن يجعلنا نقف جانبا، بل يجب الخوض في هذا الغمار، خاصة وأن التجارة في العادة تقوم على الأعراف والعادات، ولا تحتاج إلى النصوص القانونية بالقدر ما تحتاج لإتفاق الأطراف وتحفيز إرادتهم في التعاقد وهو شأن التجارة التقليدية منذ القدم،

فبشأن مرحلة التفاوض الإلكتروني، وهي أول خطوة يبرز فيها دور مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية، حيث تعد مرحلة هامة في حل العديد من المشاكل التي تثيرها العقود المبرمة عبر الإنترنت، وذلك عن طريق مناقشتها عبر التقنيات الحديثة التي أفرزتها شبكة الإنترنت، والمجسدة في كل من التفاوض عبر البريد الإلكتروني وغرف المحادثة، والتي تمكن الأطراف من مناقشة شروط العقد مباشرة، أما بالنسبة للعروض على صفحة الواب فلا يتصور أن يتم التفاوض من خلالها، فإما أن يقبل العميل الشروط الواردة فيها كما هي أو يرفضها، ويجذر الملاحظة أنه في هذه الحالة لا نكون بصدد عقود الإذعان، كون الطرف ليس مجبرا على تعاقد مع التاجر، خاصة ومع ما توفره الإنترنت من عروض لا حصر لها.

وللطرفين الحرية في إجراء المفاوضات، وكل متفاوض حر في اختيار المتعاقد معه، وحر في اختيار موضوعات التفاوض، كما تظهر حريتهما في عدم الالتزام بالإستمرار، فيستطيع أي منهما أن يقطع المفاوضات دون أن يكون ثمة مسؤولية بجانبه بسب ذلك، إلا أن حرية الأطراف في التفاوض الإلكتروني ليست مطلقة، بل هي مقيدة بوجوب الالتزام بالتفاوض بحسن النية، الذي يسود العملية التعاقدية منذ بدايتها إلى غاية انتهائها، بالإضافة إلى أن تنفيذ هذا الالتزام يقتضي وجوب احترام الأطراف التزامات أخرى ثانوية نابغة عنه، أهمها الالتزام بالإعلام والتعاون، ويجذر الملاحظة أنه حسب رأين، فإن هذه الإلتزامات لا تعد قيودا على إرادة الأطراف بالقدر ما هي ضمانات من أجل حماية المصلحة المشتركة للطرفين وتفعيل إيجابي لإرادتهم دون أي غش أو لبس فيه.

انصبت الخصائص التقنية التي أفرزتها شبكة الإنترنت على ركن التراضي أكثر من أي ركن آخر الأمر الذي جعلنا نوليه أكبر جزء من الأهمية بداء من تحليل عنصريه (الإيجاب والقبول)، وتناول كيفية التعبير عنهما إلكترونيا ومدى صحة ذلك استنادا إلى القواعد التقليدية، وتوصلنا بأن القواعد العامة الواردة في الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة المتعلقة في مسألة الإنعقاد، لا تقف أمام انعقاد العقد بطرق إلكترونية متى روعيت شروط التعبير عن الإرادة وصحتها في العقد الإلكتروني شأنه في ذلك شأن العقد التقليدي.

يضفى على العقد الإلكتروني صفة عقد رضائي ينعقد بمجرد تطابق الإيجاب والقبول، إلا أن خصوصية العقد الإلكتروني أظهرت إشكالا في أهم مرحلة من التعاقد وهو تحديد مجلس العقد الإلكتروني، الذي يوصف بأنه مجلس بين حاضرين زمانا وبين غائبين مكانا، إلا في حالات معينة يكون بين غائبين مكانا وزمانا، مما يعني أن مجلس عقد الإلكتروني من نوع خاص اتسم بالإفتراضية بدوره وتوسط المجلسين التقليدين المعروفين، وبالرغم من أن مسألة تحديد مجلس العقد أثارت جدلا فقهيا كبيرا في العقود التقليدية وأوجد لها الفقه عدة حلول، إلا أن تطبيق هذه الأخيرة على العقد الإلكتروني اثبت قصورها في تحديد زمان ومكان إنعقاده، وبدى لنا أن نسري وفق الفقه القائل أن حل المسألة لا يكون إلا بإعمال مبدأ سلطان الإرادة لتحديد لحظة إنعقاد العقد ومكانه، فاتفاق الطرفين أحسن حل لهذا الإشكال خاصة مع اختلاف النظم القانونية المتعلقة بالتعاملات الإلكترونية.

فنجد أن معظم النظم القانونية اتفقت على تكريس سلطان الإرادة وجعله الأصل في تحديد زمان ومكان إنعقاد العقد، أما في حالة إغفال الأطراف تحديد مجلس العقد، فقد تباينت في تحديد معاير أو ضوابط تستنبط منه مجلس العقد الأمر الذي لا يتناسب مع العقود الإلكترونية التي تتسم بالصفة الدولية بالنظر إلى الوسيلة التي تتم عبرها، مما يجعل الأنظمة القانونية تتنازع على حكم نفس الظاهرة، فأفضل حل لحل المسألة هو تحديدها باتفاق المتعاقدين، وبالأحرى وجوب إلزام الأطراف تحديدها بكل وضوح.

ولعل شيوع التعاقد الإلكتروني أدى من الجهة المقابلة إلى كثرة المنازعات التي تثور بمناسبته، زد على ذلك أن العقود الإلكترونية تثير شأنها شأن كل العقود الدولية مسألة تحديد

القانون الواجب التطبيق عليها، والجهة القضائية المختصة بحل منازعاتها، وتوصلنا إلى أن قانون الإرادة هو الوسيلة المثلى لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية وقد تعاظمت دوره في مجال هذه العقود مقارنة بالعقود التقليدية الدولية، وذلك يعود إلى أن المعايير التي كانت تمكن القاضي من البحث عن الإرادة الضمنية أضحت عاجزة عن تمكينه بذلك نظرا لارتكازها على ركائز إقليمية جغرافية، هذه الأخير تتنافى وخصوصية الوسيلة التي تبرم بها العقد الإلكتروني، كما نوصي باختيار المتعاقدين للقواعد قانون الموضوعي المادي الإلكتروني، لتفادي مشكلة إختيار الأطراف لقانون لا ينظم المعاملات الإلكترونية.

ورغم دور الفعال الذي يلعبه المبدأ لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية، إلا أنه يخضع بالضرورة إلى بعض القيود التي كانت تحده في ظل العقود التقليدية وليس الكل، إذ بقي المبدأ متقيدا بوجوب احترام النظام العام والآداب العامة، وضرورة حماية المستهلك، دون خضوعه لقيد لزوم وجود صلة بين القانون المختار والعلاقة التعاقدية نظرا أن هذه الصلة تتجسد عن طريق روابط إقليمة، كمكان إبرام العقد أو تنفيذه، هذه الأخيرة كما قلنا هي روابط مكانية لا تتلائم مع البيئة الإفتراضية التي يبرم فيها العقد الإلكتروني.

كما للمبدأ دور فعالا في اختيار الجهة المختصة لحل المنازعة، فقد أقرت التشريعات المقارنة والفقه على حرية الأطراف لتحديد قضاء دولة معينة لتخضع له، بشرط أن تكون هذه الأخيرة قد نظمت قوانينها بدقة مسألة التعاقد الإلكتروني، وأن لا يكون الإختيار قد يمس بحقوق وضمانات المستهلك التي تضمنها له دولة إقامته المعتاد بالإضافة إلى الاحترام دواعي النظام العام، هذا الأخير ونظرا لمفهومه النسبي وذاتي لكل دولة فإنه يعيق تنفيذ العديد من الأحكام القضائية، كون العقد يبرم في قانون يجيزه ومحكمة تقر بصحته، ولكن تنفيذه في دولة أخرى يستحيل لمخالفة نظام العام هذه الأخيرة، لذلك يفضل المتعاملون على شبكة الإنترنت اللجوء إلى الوسائل الإلكترونية البديلة لحل منازعاتهم، والمجسدة في كل من المفاوضات الإلكترونية، الوساطة الإلكترونية، والتحكيم الإلكتروني،

والتي تبرز إرادة الأطراف بصفة فعلية وواضحة من خلال هذه الوسائل التي منحت للأطراف اختيار الوسيلة التي تفضي أكثر على مصالحهم، بالإضافة إلى حريتهم في تنظيم الإجراءات ومختلف المراحل التي تمر بها الوسيلة، ولعل أن هذا يظهر بصفة جلية في إطارا التحكيم الإلكتروني الذي يتمتع بتحفيز تام لإرادة الأطراف على طول مختلف إجراءاته، الأمر الذي نوصي باللجوء إليه نظر لفعاليته.

ويمكننا القول بأن سلطان الإرادة يعد الحل الأمثل لمشاكل التي يثيرها التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، والسبب في ذلك هو أن الإرادة بطبيعتها غير مادية وهي الوحيدة القادرة على مواجهة الإفتراضية التي تلازم إبرام وتنفيذ العقود الإلكترونية وهي القادرة على حل منازعاتها إلكترونيا، ومن جهة أخرى عدم وجود ترسنة قانونية موحدة تراعي خصوصيات التعاقد الإلكتروني.

كذلك يتجلى من خلال بحثنا هذا، واعتمادنا على المنهج المقارن، أين تطرقنا إلى مختلف التشريعات المنظمة للتعاقد الإلكتروني، ومختلف النقائص التي وردت فيها، أن التشريع الجزائري لا يزال يفتقر إلى نصوص قانونية منظمة للتعاقد الإلكتروني، بالرغم أن التجارة الإلكترونية أصبحت واقع لا يمكن نكرناه، وأن رواجها قد وصل إلى الجزائر منذ دخول الألفية الأخيرة، الأمر الذي نوصي به المشرع الجزائر أن يجسد منظومة قانونية خاصة بالمجتمع الإفتراضي، ولعل أن أول خطوة يجب أن يتخذها هو تبني قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996، بالإضافة إلى الإستفادة من مختلف التشريعات العربية التي سبقتنا في هذا المجال.

لكن تبقى الحاجة إلى إيجاد إطار قانوني من أجل تنظيم العقد الإلكتروني، من المستلزمات الأساسية من أجل إزالة العواقب التي تحول دون تطوره

قائمة المراجع

I - باللغة العربية

أولا: الكتب

1- **د/أحمد عبد الكريم سلامة**، القانون الدولي الخاص النوعي- الإلكتروني-السياحي- البيئي، دار النهضة العربية، مصر، 2000.

2- ـــــ، قانون العقد الدولي-مفاوضات العقود الدولية، قانون الإرادة وأزمته، دار النهضة العربية، مصر، 2008.

3- **أحمد خالد العلجوني**، التعاقد عن طريق الإنترنت- دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع و دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002.

4- **د/ أنور سلطان**، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للطباعة والنشر، الأردن، 2002.

5- **أحمد شرف الدين**، جهات الإختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، النسر الذهبي لطباعة، مصر، 2003.

6- **آمانج رحيم أحمد**، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، دار وائل للنشر، الأردن، 2006.

7- **د/أسامة أحمد بدر**، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2002.

8- **د/أسامة أبو الحسن مجاهد**، التعاقد عبر الإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.

9- **د/إلياس ناصف**، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

10- **د/إيناس الخالدي**، التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر، 2009.

11- **إبراهيم الدسوقي أبو الليل**، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2003.

12- **د/ بلحاج العربي**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

13- **بولين أنطونيوس أيوب**، تحديات شبكة الإنترنت على الصعيد القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.

14- **بشار محمود دودين**، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.

15- **د/جمال عبد الرحمن محمد علي**، المسؤولية المدنية للمتفاوض: نحو تطبيق القواعد العامة على مسؤولية المتفاوض عبر الأنترنت- دراسة مقارنة بين القانونين المصري و الفرنسي، دون دار نشر، 2004.

16- **حسام محمود لطفي**، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، مصر، 1995.

17- **د/حسام أسامة محمد**، الإختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009.

18- **د/ خالد ممدوح إبراهيم**، حجية البريد الإلكتروني في الإثبات- دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008

19- ـــــ، إبرام العقد الإلكتروني- دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008

20- ـــــ، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي للنشر، مصر ، 2008

21- **خالد عبد الفتاح محمد خليل**، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 2002.

22- **د/ رجب كريم عبد اللاه**، التفاوض على العقد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2000.

23- **سمير عبد السميع الأودن**، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف، مصر، 2005.

24- **د/سمير حامد عبد العزيز الجمال**، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة- دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 2007.

25- **سليم سعداوي**، عقود التجارة الإلكترونية- دراسة مقارنة، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

26- **د/سلطان عبد الله محمود الجواري**، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.

27- **د/ صالح المنزلاوي**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر ، 2006.

28- **د/عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام (العقد، العمل غير مشروع، الإثراء بلا سبب، القانون) جزء الأول، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1952.

29- **د/عادل أبو هشيمه حوته**، عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 2005.

30- **د/عمر خالد زريقات**، عقد التجارة الإلكترونية- عقد مبرم عبر الإنترنت-دراسة تحليلية، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.

31- **د/ عادل حسن علي**، الإطار القانوني لعقود المعاملات الإلكترونية، مكتبة زهراء الشرق، مصر، 2007.

32- **د/ عاطف جابر طه عبد الرحيم**، إدارة التفاوض- مدخل صناعة الصفقات العالمية في عالم يموج بالتنافسية، الدار الجامعية، مصر ، 2008

33- **د/ عبد الهادي فوزي العوضي**، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر، 2009

34- **د/عصام عبد الفتاح مطر**، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، مصر ، 2009.

35- د/**فاروق محمد أحمد الأباصيرى**، عقد الإشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت- دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002.

36- د/**فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية ، مصر، 2008.

37- د/**محمد حسام محمود لطفي**، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، مصر، 1995،

38- د/ **محمد إبراهيم دسوقي**الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وا ٍبرام العقود، معهد الإدارة العامة للبحوث، الرياض، السعودية، 1995.

39- د/ **محمد شكري سرور**، موجز أحكام عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فينا 1980، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997.

40- د/ **محمد حسين عبد العال**، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، مصر، 1998.

41- **محمد أمين الرومي**، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004.

42- **محمد سعد خليفة**، مشكلات البيع عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2004.

43- **محمد حسن قاسم**، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي- دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005.

44- د/ **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، عقود التجارة الإلكترونية (العقود الإلكترونية- المنازعات العقدية وغير العقدية- القانون الواجب التطبيق)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.

45- ـــــ، التحكيم الإلكتروني(الوساطة والتوفيق- التحكيم- المفاوضات المباشرة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2009.

46- د/ محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية- دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2006

47- د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر ، 2007.

48- ـــــ، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006.

49- محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت- دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع،الأردن، 2009 .

50- د/ نادر أحمد أبو شيخة، أصول التفاوض، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، الأردن، 2000.

51- نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.

52- د/ نبيل زيد المقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2009.

53- **د/هشام علي صادق**، القانو الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، مصر ، 1995.

54- د/هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دراسة مقارنة في القانونين المصري و الإنجليزي، دار النهضة العربية، مصر، 1998. .

ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية

أ- الرسائل الجامعية:

1- **الطيب الزروتي**، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه الدوله في القانون الخاص، الجزء الثاني، جامعة الجزائر،1991.

2- **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الإستثمار-" التجربة الجزائرية نموذجا"، رسالة دكتوراه الدولة في القانون العام، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.

3- **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر،2006،

4- **إيمان مأمون أحمد سليمان**، الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2006

5- **بشار طلال أحمد المومني**، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت- دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2003

6- **بشار عصمت سميح سكري**، العقود الإلكترونية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بيروت العربية، لبنان، 2008.

7- **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، التخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009

8- **علاء الدين محمد ذيب عبابنة**، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في القانون الأردني المقارن، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في

القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عملن للدراسات العليا، الأردن، 2004

9- **محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة الدول العربية، مصر، 2004.

10- **مهند عزمى مسعود أبو مغلي**، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2006.

ب- المذكرات الجامعية:

1- **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود نقل المعرفة الفنية (Know- How)، بحث لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي و العلاقات الدولية، معهد الحقوق، جامعة تيزي وزو، 1995.

2- **حمودي ناصر**، التفاوض في العقود الاقتصادية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2002

3- **حابت آمال**، استغلال خدمات الإنترنت، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو

4- **خليفاتي عبد الرحمن**، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد و تنفيذه، رسالة الماجستير في القانون الخاص، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1987

5- **خليفي سمير**، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، تخصص التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010.

6- **رومان منير زيدان حداد،** حسن النية في تكوين العقد، رسالة الحصول على درجة الماجستير في القانون، كليات الدراسات الفقهية والقانونية في جامعة آل البيت، الأردن،2000

7- **طنجاوي مراد** ، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعيد دحلب، ، البليدة، 2007.

8- **عيد عبد الحفيظ،** مبدأ سلطان الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل درجة الماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005.

9- **عبد الرحمن بن صالح القهرة،** تنظيم عقود التجارة الدولية الإلكترونية. دراسة مقارنة في ضوء اتفاقات التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة عدن، 2006،

10- **عز الدين محمد بسام شمدين،** الرضا في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2008،

11- **قبايلي الطيب،** نظام تسوية المنازعات في إطار المركز الدولي لفض منازعات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى CRDI، مذكرة لنيل درجة الماجستير، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، 2001،.

12- **كراش ليلى،** مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل درجة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، 2002.

13- **لما عبد الله صادق سلهب،** مجلس العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008.

14- **محمد أحمد علي المحاسنة،** تنازع القوانين في العقود الإلكترونية- نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة، مذكرة لنيل شهادة

ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2006.

15- **نبيل اسماعيل الشبلاق**، مسؤولية الأطراف المفاوض في فترة ما قبل العقد، بحث مقدم لنيل درجة دبلوم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2004.

ثالثا: المقالات

1 - **أحمد عبد الكريم سلامة**، « **الإنترنت والقانون الدولي الخاص- فراق أم تلاقي**»، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانوين، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أيام 01-03 مايو 2000، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، 2004، ص ص 23-98.

2 - **أشرف وفا محمد**، « **عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص** »، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 57، 2001، ص ص 189-264.

3 - **ألاء يعقوب النعيمي**، « **الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني** »، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي: أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، أيام 28-30 أفريل 2008، ص ص 969-1019.

4 - **حسين الماحي**، « **نظرات قانونية في التجارة الإلكترونية** »، الدليل الإلكتروني للقانون العربي، ص ص 1- 56، متوفر على الموقع: www.arablawinfo.com .

5 - **رامي محمد علوان**، « **التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت و إثبات التعاقد الإلكتروني** »، مجلة الحقوق، العدد الرابع، ديسمبر 2002، ص ص 229-263.

6 - **رضا متولي وهدان،** النظام القانوني للعقد الإلكتروني – دراسة مقارنة في القوانين الوطنية وقانون الأونيسترال النموذجي والفقه الإسلامي، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، العدد الثاني والأربعون، أكتوبر 2007، ص ص 26- 155.

7 - **سمير برهان،** ، إبرام العقد في التجارة الإلكترونية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، منشور على الموقع: www.gn4me.com

8 - **د/عبد الله محمد سعيد رباعية،** « **التعاقد الإلكتروني- دراسة فقهية قانونية في ضوء القانون الاتحادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية** »، بحث مقدم إلى مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية- الحكومة الإلكترونية)، مركز الإمارات للدراسات و البحوث، بتاريخ 19-20 مايو 2001، ص ص 257-295.

9 - **عصام الدين القصبي،**« **تنازع الإختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية**»، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، أيام 10-12 ماي 2003، ص ص 1611-1644

10 - **كاظم طارق عجيل،** « **مجلس العقد الإلكتروني** »، بحث مقدم إلى مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية)، مركز الإمارات للدراسات و البحوث، بتاريخ 19-20 مايو 2001، ص ص 298-360.

11 - **د/محمد سعد خليفة،** « **البيع عبر الإنترنت و حماية المستهلك في ضوء قانون المعاملات الإلكترونية البحريني**»، مجلة الحقوق جامعة البحرين، المجلد الخامس، العدد الأول، يناير 2008، ص ص 06-119.

12 - **مهند معزمي أبو مغلي ومحمد إبراهيم أبو الهيجاء، « الوسائل الرقمية البديلة لفض المنازعات المدنية»**، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 36، الجامعة الأردنية، 2009.

13 - **نزيه محمد الصادق المهدي، « انعقاد العقد الإلكتروني »**، بحث مقدم إلى مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكتروني- الحكومة الإلكترونية)، مركز الإمارات للدراسات والبحوث، بتاريخ 19-20 مايو 2001، ص185-255.

14 - **نبيل محمد أحمد صبيح، « حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية – دراسة مقارنة»**، مجلة الحقوق، فصلية علمية محكمة تصدر عن المجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 02، 2008، ص ص 163-264.

رابعا: النصوص القانونية

أ- النصوص التشريعية

1 - الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 05/07، المؤرخ في 13 مايو 2007، جريدة رسمية عدد 31 الصادرة في 13 مايو 2007.

2 - قانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ب- المراسيم التنفيذية

1 - مرسوم تنفيذي رقم 98-257 مؤرخ في 3 جمادى الأولى عام 1419 الموافق لـ 25 غشت سنة 1998، يضبط شروط و كيفيات إقامة خدمات "انترنت" و استغلالها، جريدة رسمية، عدد 63 الصادرة في 26 أوت 1998.

2 - مرسوم تنفيذي رقم 2000-307 مؤرخ في 16 رجب عام 1421 الموافق 14 أكتوبر سنة 2000يعدّ ل المرسوم التنفيذي رقم 98-257 المؤرخ في 3 جمادى الأولى عام 1419

الموافق 25 غشت سنة 1998 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات "أنترنات" واستغلالها، ج ر عدد 60 الصادرة في 15 أكتوبر 2000.

3 - مرسوم تنفيذي رقم 01-123 مؤرخ في 15 صفر عام 1422 الموافق 9 مايو سنة 2001، يتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية، و على مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر عدد 27 الصادرة في 13 مايو 2001.

خامسا: الاتفاقيات الدولية

1- اتفاقية بروكسل بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المواد المدنية والتجارية، المبرمة في 1968/09/27.

2- اتفاقية روما لعام 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

3- اتفاقية لاهاي لعام 1986 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع للبضائع.

4- اتفاقية لوجانوا المبرمة 1988/05/16 فيما بين دول اتحاد التبادل الحر المنظمة إلى الاتحاد الأوربي.

5- اتفاقية فيينا لسنة 1890 للعقد البيع الدولي للبضائع

سادسا: القوانين النموذجية

1- القانون النموذجي للأونيسترال بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام 1985.

2- القانون النموذجي للأونيسترال بشأن التجارة الالكترونية لعام 1996.

3- القانون الولايات المتحدة الأمريكية للمعاملات التجارية الالكترونية لعام 1999.

4- التوجيه الأوربي النموذجي رقم 31-2000 المؤرخ في 08 يونيو 2000 في شأن بعض الجوانب القانونية لخدمات شركات المعلومات.

5- القانون النموذجي للأونيسترال للتوفيق التجاري الدولي لعام 2002.

II- ثانيا باللغة الفرنسية

I- OUVRAGES :

1 - Breese. P et G. Kaufman, guide juridique de l'Internet et du commerce électronique, vibert, Paris, 2000.

2 - CAPRIOLI Eric.A, Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, Edition du juris-classeure, Litec, Paris, 2002

3 - CHATILLON Stéphane, Le contrat international, 3ème édition, Vuibert, Paris, 2007.

4 - LOUSSOURN Yvon et BERNARD Thierry, Droit international privé, 5em édition, Paris, 1996

5 - OSMAN Filai, les principes généraux de l'ex mercatoria, contribution a l'étude d'un ordre juridique national, LGDJ, Paris, 1992.

6 - SCHULTZ Thomas, Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, L.G.D.J, Belgique, 2005.

II- THESES ET MIMOIRES

1 - CHANIKIR Barhachima : problèmes posés par l'Internet dans la vente internationale de marchandises, DESS, diplôme d'Etudes Supérieures Spécialisées en Droit des Affaires, Université d'Abomey-Calavibénin, et Université de LAME TOGO 2003-2004, en ligne : http://www.signelec.com

2 - GUILLEMARD Sylvette, Le droit international privé face au contrat de vent cyberspatial, Thèse de

doctorat, faculté de droit, Université LAVAL, Québec, 2003.

3 - GHAZOUANI Chiheb, *Le contrat de commerce électronique international*, thèse pour le doctorat en droit, Université PATHEON- ASSAS, PARIS II, 2008

4 - KONÉ Moriba Alain, La protection du consommateur dans le commerce international passé par Internet: une analyse comparée des systèmes juridiques européen, français, canadien et québécois, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade du grade de Maîtrise en droit LLM, Université de Montréal, Août 2007

5 - NAMIE CHARBONNIER Maire, la formation et exécution du contrat électronique, thèse de doctorat, droit économie- science sociales, université panthéon-ASSAS, Paris, 2003.

6 - SHANDI Yousef, « *La formation du contrat a distance par voie electronique »,* Doctorat nouveau régime Mention « Droit privé », Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion, UNIVERSITE ROBERT SCHUMAN STRASBOURG III ,28 juin 2005

7 - -YESSAD Houria, Le contrat de vente internationale de marchandises, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de Droit, Université Mouloud Mammeri,Tizi-ouzou, 2008

III- ARTICLES:

1 - GROOTE Bertel , « *L'Internet et le droit international privé: un mariage boiteux ? À propos des affaires*

Yahoo! et Gutnick », Revue Ubiquité - Droit des technologies de 'information, n°16, septembre 2003, pp. 61-82. disponible sur le site : www.lex-electronica.org/docs/articles116.pdf

2 - VERBIEST Thebault, LE-BROME Maxime, « *Le fonds de commerce virtuel : une réalité juridique* ? », Journal des tribunaux, 121 année- N° 6044, 2002, larcie, p p 145-150.

3 - HUET Jérôme, « *La problématique juridique du commerce electronique* », droit des affaire, colloque de Deauville, organisé les 27 et 28 juin 2000, par l'association de droit et commerce .

4 - MARAIS DU bertrand, « *Régulation de l'Internet : des faux-semblants au retour à la réalité* », Revue française d'administration publique, n°109, 2004, p p 83-91, disponible sur le site: http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=RFAP&ID_NUMPUBLIE=RFAP_109&ID_ARTICLE=RFAP_109_0083

V- DIRECTIVE EUROPEEN :

- Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, Journal officiel n° L 144 du 04/06/1997.

- directive 2000/31/ce du parlement Européen et du conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, j.o n° E L 178/1 du 17/07/2000.

- le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, j.o. n° L12 du 16/01/2001

IV- SITES INTERNET :

1- http://www.uncitral.org.
2- http://www.squaretrade.com
3- www.cybertribunal.org
4- -www.echangeur-pme.ccip.fr/.../Contrat-type-commerce-electronique-2008.pdf
5- www.ccip.fr

فهرس الموضوعات

مـقدمــة..... 01

الفصل الأول

مبدأ سلطان الإرادة في إبرام العقود الإلكترونية..... 05

المبحث الأول: التفاوض الإلكتروني كتجسيد لمبدأ سلطان إرادة..... 08

المطلب الأول: مظاهر سلطان الإرادة في التفاوض الإلكتروني..... 08

الفرع الأول: مفهوم التفاوض الإلكتروني..... 09

أولا: تعريف التفاوض الإلكتروني..... 09

ثانيا: أهمية التفاوض الإلكتروني..... 15

الفرع الثاني: حرية إجراء المفاوضات الإلكترونية..... 17

الفرع الثالث: حرية إختيار طريقة التفاوض الإلكتروني..... 22

أولا: التفاوض عبر البريد الإلكتروني..... 22

ثانيا: التفاوض عبر غرف المحادثة والمشاهدة..... 25

المطلب الثاني: القيود الواردة على حرية الأطراف في مرحلة التفاوض الإلكتروني..... 27

الفرع الأول: لالتزام بالتفاوض بحسن النية كقيد على حرة الأطراف... 28

أولا: مفهوم الالتزام بالتفاوض بحسن النية..... 28

ثانيا: التكريس القانوني لمبدأ الالتزام بالتفاوض بحسن النية..... 32

ثالثا: الطبيعة القانونية للالتزام بالتفاوض بحسن النية..... 35

الفرع الثاني: الالتزامات المتفرعة عن الالتزام بالتفاوض بحسن النية... 36

أولا: الالتزام بالإعلام..... 36

ثانيا: الالتزام بالتعاون..... 41

المبحث الثاني: سلطان الإرادة في انعقاد العقود الإلكترونية..... 42

المطلب الأول: التراضي في العقود الإلكترونية..... 42

الفرع الأول: الإيجاب الإلكتروني..... 43

أولا: مفهوم الإيجاب الإلكتروني..... 43

ثانيا: طرق التعبير عن الإيجاب الإلكتروني..... 48

ثالثا: شروط سريان الإيجاب الإلكتروني..... 50
الفرع الثاني: القبول الإلكتروني..... 55
أولا: تعريف القبول الإلكتروني..... 55
ثانيا: صور التعبير عن القبول في العقود الإلكترونية..... 57
ثالثا: الشروط الواجبة توفرها في القبول الإلكتروني..... 61
المطلب الثاني: زمان ومكان انعقاد العقود الإلكترونية..... 64
الفرع الأول: زمان انعقاد العقد الإلكترونية..... 65
أولا: قصور الحلول التقليدية بالنسبة للتعاقد الإلكتروني..... 65
ثانيا: ضرورة إعمال مبدأ سلطان الإرادة لتحديد زمان انعقاد العقود الإلكترونية..... 70
ثالثا: موقف الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية والنموذجية من مسألة زمان انعقاد العقود الإلكترونية..... 71
الفرع الثاني: مكان إنعقاد العقود الإلكترونية..... 78
أولا: قصور النظريات الفقهية التي سعت على تحديد مكان إنعقاد العقود الإلكترونية..... 79
ثانيا: ضرورة إعمال مبدأ سلطان الإرادة لتحديد مكان انعقاد العقود الإلكترونية..... 81
ثالثا: موقف الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية والنموذجية من مسألة مكان انعقاد العقود الإلكترونية..... 82

الفصل الثاني

مبدأ سلطان الإرادة في حل نزاعات العقود الإلكترونية..... 92
المبحث الأول: إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية..... 95
المطلب الأول: إعمال مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود الإلكترونية..... 95
الفرع الأول: الإعتراف بالمبدأ في الأنظمة القانونية..... 96

أولا: تكريس مبدأ سلطان الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق في القوانين الوطنية..... 96
ثانيا: الإعتراف بالمبدأ في الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية..... 99
الفرع الثاني: طرق اختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق..... 102
أولا: الإختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني 102
ثانيا:الإختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني 106
الفرع الثالث: النتائج المترتبة على خضوع العقود الإلكترونية لقانون الإرادة..... 109
أولا:السماح للمتعاقدين باختيار أكثر من قانون ليحكم العقد الإلكتروني 109
ثانيا: عدم لزوم توفر صلة بين القانون المختار والعقد الإلكتروني.. 112
المطلب الثاني: الإستثناءات الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية..... 115
الفرع الأول: النظام العام واستبعاد القانون المختار..... 116
أولا: المقصود بالنظام العام..... 116
ثانيا: النظام العام كقيد على مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية. 119
الفرع الثاني: حماية المستهلك كقيد على حرية اختيار القانون الواجب.... 123
أولا: حماية المستهلك واستبعاد قانون الإرادة..... 123
ثانيا: حماية المستهلك بتقيد إرادة الأطراف..... 125
ثالثا: الحلول المقترحة من التاجر الإلكتروني..... 128
المبحث الثاني: إرادة الأطراف في تحديد الجهة القضائية المختصة لحل منازعات العقود الإلكترونية..... 129
المطلب الأول: حرية الأطراف في تحديد المحكمة المختصة..... 130
الفرع الأول : التكريس التشريعي والاتفاقي..... 131
أولا: تجسيد المبدأ على المستوى الدولي..... 132
ثانيا: تجسيد المبدأ على المستوى الداخلي..... 135
الفرع الثاني: القيود الواردة على حرية الأطراف..... 136

أولا: توافر رابطة جدية بين النزاع والمحكمة المختصة..... 136
ثانيا: سلامة اختيار المحكمة المختصة من أي لبس أو غش..... 138
ثالثا: حماية المستهلك كقيد على حرية الأطراف في تحديد المحكمة المختصة..... 139
المطلب الثاني: حرية الأطراف باللجوء على الوسائل الإلكترونية البديلة لحل المنازعات..... 141
الفرع الأول: المفاوضات المباشرة والوساطة الإلكترونية..... 143
أولا: المفاوضات المباشرة..... 143
ثانيا: الوساطة الإلكترونية..... 147
الفرع الثاني: التحكيم الإلكتروني..... 149
أولا: تعريف التحكيم الإلكتروني..... 150
ثانيا: مظاهر سلطان الإرادة في التحكيم الإلكتروني..... 152
خاتمة..... 162
قائمة المراجع..... 167
فهرس الموضوعات..... 184

يعد مبدأ سلطان الإرادة مبدأً أساسيا في عقود التجارة الدولية التقليدية، ويتجلى ذلك تكريسه من خلال الاتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية للدول.

ظهور العقد الإلكتروني طرح العديد من الإشكالات القانونية عند إبرام وحل المنازعات الناجمة عن هذه العقود. وأمام قصور القواعد القانونية للتصدي لهذا الوضع، استلزم الأمر تطبيق مبدأ سلطان الإرادة بصفة فعالة من أجل حل مختلف الإشكالات القانونية الناجمة عن العقد الإلكتروني.

تبقى الحاجة إلى إيجاد إطار قانوني من أجل تنظيم العقد الإلكتروني،من المستلزمات الأساسية من أجل إزالة العواقب التي تحول دون تطوره وعالميته.

Le principe de l'autonomie de la volonté est un principe essentiel dans les contrats de commerce international classique, il est encadré par des conventions internationales et des législations nationales.

L'apparition des contrats électroniques, a posé des problèmes juridiques relatifs à la conclusion, et au règlement des différents liés à ce type de contrats. Devant l'incapacité des règles juridiques classiques à pallier à cette situation, il est nécessaire d'appliquer, et de dynamiser, le principe de l'autonomie de la volonté.

Le besoin d'un cadre juridique pour réglementer le contrat électronique reste indispensable pour remédier aux difficultés qui empêchent son évolution et son universalité