جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

الميدان : الحقوق والعلوم السياسية
الفرع: حقوق
التخصص: قانون أعمال

رقم: .....

إعداد الطالبين :
سبع أنور مصطفى
مباركي نوفل

يوم: 2023/06/19

مبدأ سلطان الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية

لجنة المناقشة:

زوزو نور الهدى	أستاذ	جامعة بسكرة	رئيسا
يوسفي نور الدين	أستاذ	جامعة بسكرة	مشرفا ومقررا
أقوجيل نبيلة	أستاذ محاضر أ	جامعة بسكرة	مناقشا

السنة الجامعية : 2022 - 2023

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان

الشكر لله أولا الذي أعانني على إتمام هذا العمل بتوفيقه فالحمد لله حمدا كثيرا مباركا يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه.

لا يسعني في هذا المقام إلا أن أتوجه بالشكر الجزيل و الامتنان إلى من أشرف على هذا العمل البسيط الاستاذ " **يوسفي نور الدين**"

بالتوجيه والتأطير وتزويد بالمعلومات القيمة والنصائح السديدة التي اتضحت معالمها بالعمل على إتمام المذكرة.

كما أتقدم بالشكر والعرفان إلى كافة أساتذتي الكرام أخص بالذكر تخصص الحقوق ، وإلى كل من ساعدني ومد يد العون لي من قريب أو بعيد من الأسرة الجامعية ، وإلى كل من حملتهم ذاكرتي ولم تسعهم مذكرتي زملاء الدارسة وكل من يعرفني شكرا جزيلا .

إهداء

الى من كلله الله بالهيبة والوقار...

الى من علمني العطاء بدون انتظار ..

الى من أحمل اسمه بكل افتخار ...

الى من جرع الكأس فارغا ليسقيني قطرة حب ...

الى من كلت انامله ليقدم لنا لحظة سعادة الى من حصد الأشوال عن دربي ليمهد لي طريق العلم...

أرجو من الله ان يمد في عمرك ونراك على خير و لترى ثمارا قد حان قطافها بعد طول انتظار وستبقى كلماتك نجوم أهتدي بها اليوم وفي الغد والى الأبد....

إلى القلب الكبير ...(والدي العزيز)"الى من اسقتني الحب والحنان...

الى رمز الحب وبلسم الشفاء .... الى القلب الناصع بالبياض ... الى ملاكي في الحياة ... الى معنى الحب والى معنى الحنان والتفاني ... الى سمة الحياة وسر الوجود ... الى من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي الى اغلى الحبايب ... (أمي الحبيبة)"الى الروح التي سكنت روحي .

إلى جميع إخوتي وأخواتي.

إلى كل الأحباب و الأقارب أينما كانوا وحيثما وجدوا.

إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد في إعداد هذه المذكرة.

إلى كل من ترك بصمة في حياتي.

إلى كل من في القلب ولم يذكرهم القلم.

أهدي جميعا هذا العمل.

سبع أنور مصطفى

إهداء

أهدي ثمرة نجاحي

إلى اللفظ الخالد أمي بما صبرت و بما تحملت إلى حب تغلغل في عمق الوجدان إلى من إختارها الله لي عينا ساهرة ترعاني إلى شمعة التي تنير دربي إلى نبع الحب و المودة جوهرتي الغالية " أمي"

و إلى الذي كان صاحب الجود والعطاء و تلبيتا إلى ماكان يرجوه و استجابة إلى ما كان يدعوه عزي و تاج رأسي وكنزي في الدنيا قرة عيني " أبي الحبيب الغالي رحمه الله"

إلى من أشد بهم أزري إخوتي الذين كانوا عونا لي و أملا: نجيب، شهد، لينة

وإلى صديقي الغالي و رفيق دربي و الذي وأمدني بالعون و حفزني للتقدم صديقي الغالي "سبع أنور مصطفى"

مباركي نوفل

مقدمة

من الثابت قانونا أن إرادة الإنسان حرة بطبيعتها فلا يمكن أن يلتزم إلا بما ارتضى به فالإرادة هي أساس التصرف القانوني من حيث نشأته وتحديد آثار، وهذا ما يعبر عنه الفقه بمبدأ سلطان الإرادة الذي يشتمل على فكرتين الأولى: أن كل الالتزامات ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة للأطراف.

والثانية: أن أثر الإرادة لا يقتصر على إنشاء الالتزام، بل تعتبر المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من أثار.

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 لهاء 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 8من 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 اختيار 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 الاعتراف 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 استبعاد أي قانون وطني،

واخضاعه 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 البينة المحيطة بهاء 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

المعلوماتيةالتي 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 ب " التجارة الإلكترونية ": والتي أصبحت أحد دعائم الاقتصاد العالمي الجديد، وأحد الآليات الهامة التي تعتمد عليها عولمة المشروعات التجارية والإنتاجية ومما لا شك فيه أن النشاط التجاري بمفهومه الاقتصادي 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.

فقد أصبحت التجارة الإلكترونية اليوم حقيقة واقعية» وليس بمقدور العاملين في مجال المبادلات الاقتصادية 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 ٠ 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 وقد تبنت العديد من التشريعات الوطنية هذا القانون في محاولة منها لتشجيع وتطوير عمليات إبرام العقود التجارية

الإشكالية:

– ما هي قيمة خصوصية سلطان الإرادة في تنظيم عقود التجارة الإلكترونية؟

أهمية الموضوع:

تعتبر التجارة الإلكترونية عبر شبكة الانترنت واقعا جديدا ومن بين التقنيات الحديثة للاتصال والتي لا يمكن الاستغناء عنها في مختلف المعاملات بحيث تتجلى أهمية إختيارنا لهذا الموضوع بإعتبار هذا المبدأ هو المبدأ المعتاد الذي يحكم العقد من بداية تكوينه إلى تنفيذه او حل أي نزاع ناشىء عنه ، إلى جانب محاولتنا التعرف على مدى نجاعة مبدأ سلطان الإرادة فيحل النزاعات لهكذا نوع من العقود الذي يفتح آفاق جديدة للتعاقد والمعاملات خارج الحدود الوطنية.

أسباب إختيار الموضوع:

تعود أسباب إختيارنا لهذا الموضوع إلى أسباب ذاتية و أخرى موضوعية.

الأسباب الذاتية:

تتمثل في ميولنا و فضولنا و رغبتنا في دراسة موضوع مبدأ سلطان الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية و ما لدينا من معارف و مكتسبات قبلية تؤهلنا للبحث فيه.

الأسباب الموضوعية:

_أهمية مبدأ سلطان الإرادة حيث يعتبر أساس إبرام العقود من بداية تكوينه إلى تنفيذه أو حل أي نزاع ناشئ عن العقد.

_تقدم و تطور مجال إبرام الأفراد لعقود التجارة الإلكترونية في الحياة اليومية.

_مدى حرية الأطراف في إختيار الجهة القضائية لحل نزاعاتهم.

صعوبات الدراسة:

_قلة المراجع سواء في مكتبة الكلية أو المكتبة المركزية و خاصة المراجع المتخصصة بالدارسة.

المنهج المتبع في الدراسة:

إعتمدنا في دراستنا على المزج بين المنهج الوصفي و المنهج التحليلي، ففي المنهج الوصفي من أجل تقديم صورة واضحة عن الموضوع من خلال تبيان كل ما يتعلق بمبدأ سلطان الإرادة.

بالإضافة إلى المنهج التحليلي الذي يتلاءم مع طبيعة موضوع الدراسة من خلال تحليل بعض النصوص القانونية المنظمة لعقود التجارة الإلكترونية.

أهداف الدراسة:

_الوقوف على واقع عقود التجارة الإلكترونية و حرية الأطراف في إبرامها.

_معرفة الإشكالات التي يثيرها هذا النوع من العقود.

الفصل الأول:

مبدأ سلطان الإرادة في إبرام العقود التجارة الإلكترونية.

تمهيد:

لا يختلف العقد الإلكتروني عن باقي العقود العادية القائمة على الورق في قيامه على مبدأ سلطان الإرادة حيث يلزم لانعقاده إرادتا المتعاقدين على إحداث الأثر القانوني المقصود من العقد.

فالإرادة ظاهرة نفسية لا يعلم بها سوى صاحبها، لذلك فإن القواعد العامة تشترط لانعقاد العقد التقليدي حضور مشيئة تعاقدية. وبما أن العقد الالكتروني يتوافق مع هذا الأخير في أركان انعقاده الأمر الذي يستلزم لإبرامه وجود إرادة تعاقدية الكترونية، تتطلب ضرورة التعبير عنها بوسيلة مادية تدل على وجودها.

وممًا لا شك فيه أنه لا يترتب عن الإرادة أي قيمة قانونية إذ لم يتم صياغتها وإظهارها للعلن بفعل خارجي ظاهرا عن طريق صيغة التعبير عنها، فبمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ينعقد العقد.

هذا ما سنتناولة في فصلنا هذا من خلال المباحث الاتية .

المبحث الأول: التفاوض الإلكتروني كتجسيد لمبدأ سلطان الإرادة:

أصبحت المفاوضات في الوقت الراهن تلعب دورا بارزا في المعاملات المدنية والتجارية بين الأفراد أو بين الدول من اجل إبرام مختلف العقود. فبي كثيرا ما تنصب على معاملات ذات طبيعة تقنية أو اقتصادية. فتعتبر مرحلة التفاوض أهم مراحل العقد على الاطلاق. لكونها المرحلة التي يتم فها تبادل الاقتراحات والاراء أو الدراسات والتقارير وغيرها بغية الوصول الى إبرام العقد مستقبلا، كما يتم تحديد معظم التزامات

وحقوق الطرفين. موضوع العقد المرتقب إبرامه. المدة التي يدخل فهها العقد حيز التنفيذ المسؤولية .القوة القاهرة .العقوبات .والقانون الواجب التطبيق في حالة وجود نزاع

ولذا فتحديد مفهوم التفاوض يستلزم تعريف التفاوض الإلكتروني .خصائصه وأهميته، ثم التطرق الى ذكر أشكال التفاوض الإلكتروني هذا ما سنتطرق اليه في هذا المبحث .

المطلب الأول: مظاهر سلطان الإرادة في التفاوض الإلكتروني:

تلعب مرحلة المفاوضات دورا هاما وبارز في مجال العقود الإلكترونية التي اتخذ فيها التفاوض بدوره الصفة الإلكترونية استجابة للتطور الهائل في وسائل الإنتاج الصناعي والإلكتروني والثورة المعلوماتية في مجال استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، 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 والاستمرار فيها أو قطعها وكذا اختيار 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 الانترنت في النقطتين التاليتين:

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 تقيم على إقليمها الطرف الآخر، لذا نجد البعض قد عرفه بأنه: " تبادل بدون حضور مادي متعاصر لأطراف التفاوض، باستخدام وسيلة 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 مصلحته الأطراف للتعرف على ما يسفر عليه الاتفاق من حقوق والتزامات "[1].

وتبرز أهمية التفاوض الإلكتروني على النحو التالي:

1- وضع العقد الإلكتروني في صياغة قانونية سليمة، والتي لن تحقق إلا بعد مرورها بمفاوضات[2].

2- أن 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.

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

4- يتم التحديد الدقيق للحقوق خلال مرحلة التفاوض، حيث يعمل كرفي التعاقد على تحديد الالتزامات والمبادئ التي تحكم علاقاتهم التعاقدية بكل دقة ووضوح.

---

[1]- د/ جمال عبد الرحمن محمد علي، المسؤولية المدنية للمتفاوض: نحو تطبيق القواعد العامة على مسؤولية المتفاوض عبر الإنترنت – دراسة مقارنة بين القانوني المصري والفرنسي –، دون دار نشر، مصر، 2004، ص 09- 10. أنظر كذلك : د/ عصام عبد الفتاح مطر التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص 138.

[2]- 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.

[3]- د/ حامد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 48، أنظر في نفس المعني : د/ الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 71.

5- تلعب المفاوضات دورا مهما في تفسير العقد من خلال استنباط الحقيقية للمتعاقدين في حالة غموض بعض شروط العقد[1].

الفرع الثاني: حرية إجراء المفاوضات الإلكترونية:

إن دعوة التفاوض وفقا لمبدا سلطان الإرادة، لا ترتب التزاما حقيقيا على عاتق أي من الطرفين[2]، ولا تعدو أن تكون مجرد عملا ماديا لا يلزم أحد،

يذهب الدكتور محمد ابراهيم دسوقي إلى أن: " من وجه الدعوة المجردة إلى التفاوض لا يلتزم بأن يبدأ المفاوضات ولو كان ملتزما بعدم الرجوع عن إيجابية لمدة من الوقت، فالالتزام بالبقاء على الإيجاب نشأ منفصل ويقتصر أثره على إمكان القبول من جانب الطرف الآخر، أما الدعوة إلى التفاوض بشأن هذا الإيجاب فهي دعوة إلى الاشتراك في إعداد صيغة جديدة لإيجاب إذا لم يرتض الطرف الأول الإيجاب في ذاته، هذا ولا يلتزم الطرف الآخر أيضا بقبول الدخول في مفاوضات باعتبار أنه ليس ملتزما بقبول التعاقد بأي حال فهي لا تلزم صابحها بالبدء في المفاوضات ولا تلتزم الآخر بقبول التفاوض كما لا تلزمهما بالاستمرار في المفاوضات إذ بدأت فعلا، فيستطيع أي منهما أن يقطع المفاوضات أو يعدل عنها دون أن يكون ثمة مسؤولية في جانبه بسبب ذلك، ملم يقترف العدول بخطأ منه يثير مسؤولية التقصيرية[3].

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 ولا تعديله إلا بالاتفاق الطرفين، أو لأسباب التي يقررها القانون "[4]، كما نصت المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي على أن: " الاتفاقيات التي تعقد على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقدها "[5].

---

[1]- بشار طلال أحمد المومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت – دراسة مقارنة- ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2003، ص 52.

[2]- د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الالتزام بوجع عام مصادر الالتزام -،(العقد، العمل غير المشروع الاثراء بلا سبب، القانون)، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1952، ص 207.

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

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

[5]- د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني – دراسة مقارنة -، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص 271.

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 والالتزامات التي تقع على كل طرف من أطرافه، وقد ترتب تحديد هذا المبدأ ثلاثة مبادئ أخرى هامة، تعد من أهم نتائجه وهي[1]:

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

الفرع الثالث: حرية اختيار طريقة التفاوض الإلكتروني:

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 إلى أن التفاعل الذي بينهما من خلال شبكة الإنترنات يجعل حضورهما افتراضيا في زمن واحد وللأطراف المتفاوضة حرية اختيار الطريقة التي يتم من خلالها التفاوض الإلكتروني باتفاق مسبق بينهما، أو قد يكون سبق هما التعامل معا، فيقوما باختيار طريقة اعتاد التفاوض بها، وهذا ما يلاحظ في تعاقد الشركات الكبرى عند تفاوضها على عقود ذات قيمة ضخمة.

المطلب الثاني: القيود الواردة على حرية الأطراف في مرحل التفاوض الإلكتروني:

في العصر الحديث ظهرت التزامات تنشأ على عاتق الأطراف قبل التعاقد مصدرها كما اتفقا جل الفقه مبدأ حسن النية، هذا الأمر الذي يخضع له الأطراف في مرحلة قبل التعاقد والمجسدة في مرحلة التفاوض أين يلتزمان التمتع بالنزاهة والشرف والأمانة والثقة المتبادلة وعن كل ما من شأنه إعاقة المفاوضات أو فشلها والابتعاد عن أساليب الحيطة والمراوغة التي تسبب أضرار

[1]– حمودي ناصر، التفاوض في العقود الاقتصادية الدولية، مذكرة لنيل شهادة في القانون فرع قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2002، ص 31.

للطرف الأخر، وهو ما سنتطرق إليه في الفرع الأول باعتباره الالتزام الجوهري والمقيد الرئيسي لحرية المتفاوضين في هذه المرحلة ويقضي تنفيذ هذا الالتزام الأساسي وجوب احترام الطرفين التزامات أخرى ثانوية تتفرع عنه وتقوم بجواره ومجسدة في كل من الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، والالتزام بالتعاون بقصد الوصول بالمفاوضات إلى نهاية منطقية، وانعقاد المنشود وهذا ما سنعرض 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 مطلب هاما لنجاحها، حيث يوفر لهذه المرحلة قدرا من النزاهة والثقة، والالمام بهذا الالتزام وتسهيل استيعاب مقاصده، إن مبدأ حسن النية في التفاوض هو: " إقدام المتفاوضين أو الراغبين بالتقاعد 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 "[1]، ويتضمن القانون نصا عاما يقرر مبدأ حسن النية في المعاملات كمبدأ قانوني عام، بحيث يمكن استناد 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 وبحس نية " [2].

والقانون المدني السويسري في المادة 2 ينص على: " يلتزم كل شخص باستعمال حقوقه وتنفيذ التزاماته وفقا لقواعد حسن النية "، والمادة الأولى من القانون الياباني التي تنص: " استعمال الحقوق وتنفيذ الالتزامات ينبغي أن يتم بأمانة وحسن نية " [3]، ويعد التزام 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 جوز

[1]– نبيل إسماعيل الشيلاق، مسؤولية الأطراف المفاوض في فترة ما قبل العقد بحث مقدم لنيل درجة دبلوم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2004، ص 21– 22.

[2]– الأمر 75/ 58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، المرجع السابق، وهو النص المقابل للمادة 148 من قانون المدني المصري، وهو كذلك نفس الحكم الذي تقضي به المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي والمادة 157 من القانون المدني الألماني وهو ما تم النص عليه كذلك في المادة 1135 من القانون المدني البلجيكي المادة 1034 من القانون المدني الكندي، وكذلك الأمر بالنسبة للمادة 18 من القانون المدني التركي.

[3]– نبيل إسماعيل الشيلاق ،المرجع السابق، ص 123.

لهما الاتفاق على إعفاء أحدهما أو كلاهما بمجرد دخولهما في تفاوض، ولا يجوز لهما الاتفاق على إعفاء أحدهما أو كلاهما منه ويقع باطل كل اتفاق من هذا النوع[1].

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 الذي 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 الالتزامات المتفرعة عن الالتزام الرئيسي والتي لها دور فعال في التفاوض عن بعد منها:

الالتزام بالإعلام:

تستوجب مرحلة المفاوضات، احتواءها على الالتزام بالإعلام.

ويقصد به: " التزام قانوني سابق على إبرام العقد الإلكتروني، يلتزم بموجبه أحد الطرفين الذي يملك معلومات جوهرية فيما يخص العقد المزمع إبرامه، بتقديمها بوسائط إلكترونية في القوت المناسب وبكل شفافية وأمانة للطراف الآخر الذي لا يمكنه العلم بها بوسائله الخاصة ليتم إبرام عقد خال من أي عيب "[2]، وترجع أهمية التزام المتفاوض عبر الانترنت بالإعلام إلى الثقة المشروعة ومبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود عملية التفاوض[3]، خاصة لو كان أحد المتفاوضين مهنيا محترفا لديه من القدرات والمعرفة الفنية والتخصص ما يؤهله لتزويد المتفاوض مهنيا محترفا

---

[1]– د/ رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد – دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة –، دار النهضة العربية، مصرن 200، ص 419.

1– الأمر رقم 74/ 58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 07/ 05 المؤرخ في 13 مايو 2007، جريدة رسمية عدد 31 الصادرة في 13 مايو 2007.

[2]– د/ عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية و الاجنبية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص 142.، ولزيد من التعاريف راجع : د/ محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 51ن حمودي ناصر، التفاوض في العقود الاقتصادية الدولية، المرجع السابق، ص 192.

[3]– د/ جمال عبد الرحمن محمد علي، المرجع السابق، ص 41.

لديه من القدرات والمعرفة الفنية والتخصص ما يؤهله لتزويد المتفاوض الآخر بكافة المعلومات الحقيقية والكاملة والدقيقة عن العقد موضوع التفاوض ومدى ملائمته من الناحتين الفنية والمالية[1].

الالتزام بالتعاون:

الالتزام بالتعاون هو التزام تبادلي يقع على عاتق الأطراف، مفروض ضمنا دون الحاجة إلى النص عليه صراحة، ويظل قائما طيلة مرحلة التفاوض الإلكترونية[2]، والغاية منه هو تحديد الهدف الأساسي الذي يسعى الاطراف تحقيقه، وبيان الاحتياجات الفعلية من محل التعاقد عن طريق الحوار المتبادل لتسهيل مهمة كل متفاوض ، اما بانعقاد العقد و اما بغض النظر عنه كليا ، فهو يقوم على الحوار المتبادل حيث يجب على كل متفاوض تسهيل مهمة التفاوض الاخر يقصد الوصول المفاوضات الى نهاية منطقية[3].

المبحث الثاني: سلطان الإرادة في انعقاد العقود التجارية 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[4]، إلا أن خصوصية الوسيلة التي يبرم من خلالها (**الانترنت**) العقد الإلكتروني يطرح تساءل عن كيفية تلاقي إرادتي الطرفي في هذه البيئة الافتراضية، الأمر الذي نبينه في المطلب الأول ولما كان العقد الإلكتروني يبرم بين حاضرين في الزمان وغائبين في المكان، أصبح يتصف بأنه من العقود المبرمة عن بعد، نظر لانعقاده عبر تقنيات الاتصال الحديثة، ولذلك كان لابد من تحديد لخطة التقاء القبول بالإيجاب، وإن كانت هذه الأخيرة تثير صعوبات تحديدها في العقود التقليدية

---

[1]– د/ محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص 583.

[2]– د/ محمد حسين منصور، العقود الدولية ، المرجع السابق، ص 58، وكذلك كل من: و د/ احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، ص 108و د/ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 72.

[3]– حمودي ناصر، التفاوض في العقود الاقتصادية الدولية ، المرجع السابق، ص 217، ود/ جمال عبد الرحمن محمد علي، المرجع السابق، ص 58.

[4] –Ghaz ou Anichheb, Le controt de ommerce éléctronique intoinational, thése pour le doctorot en droit, université pataeon Assas, parissii, 2008, p 131.

رغم مختلف النظريات التي حاولت تفسيرها، فإن الأمر ازداد تعقيد في العقود الإلكترونية وهو ما سوف نتطرق إليه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: التراضي في العقود التجارية الإلكترونية:

يعتبر التراضي عموما تبادل إرادتين متطابقتين لإحداث أثر قانوني ويستوجب ذلك وجود ثلاثة مسائل قانونية، أو لها صدور إيجاب من أحد الطرفين يعرض رغبته وعزمه على التعاقد والثاني هو صدور قبول من الطرف الآخر لهذا العرض، وثالثهما هو ارتباط القبول بالإيجاب وبذلك تتحقق الإرادة المشتركة للمتعاقدين المكونة للعقد والعقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنت لا تخرج عن هذه القاعدة إلا أن الإيجاب والقبول بتم التعبير عنهما وارتباطهما بوسائل إلكترونية بدلا من الوسائل التقليدية، تعد مسألة الإيجاب والقبول من أدق مسائل العقد لذ حظيت بتنظيم واسع في العالم المادي، إلا أنها لا تظفر بتنظيم واف في القوانين المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية، إذ لا تتناول هذه التشريعات أحكامها تفصيلية بخصوصها، وعليه سنتناول في هذا المطلب موضوع الإيجاب والقبول الإلكتروني، من خلال إبراز ما يتميز به كل منهما في صورته الإلكترونية دون الخوض في تفاضيها بالشكل الوارد في القواعد العامة، حيث نعرض في فرع أول للإيجاب الإلكتروني وفي فرع ثاني للقبول الإلكتروني.

الفرع الأول: الإيجاب الإلكتروني:

يعرف الفقه الايجاب بصفة عامة على أنه: " ابداء للإرادة أحادي الجانب يعلم فيه أحد الأشخاص عن نيته في التعاقد والشروط الأساسية للعقد، وقبول المرسل إليه شروط هذا الإيجاب يكون العقد "[1].

أما الإيجاب من الناحية القانونية، فنجد أن المشرع الجزائري على غرار أغلب التشريعات المقارنة لم يضع أي تعريف للإيجاب سواء بصورته التقليدية أو الإلكترونية، بل اكتفى فقط بذكر الوسائل التي يتم بها التعبير عن الإرادة وهذا ما نص عليه في المادة 1/ 60، من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه : " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة

[1]– جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد، الطبعة الثانية، مجلد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، لبنان، 2008، ص 292.

عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه "[1]، يخضع الإيجاب الإلكتروني لذات القواعد العامة التي تحكم الإيجاب التقليدي.

إلا أنه يتميز ببعض الخصوصيات التي تتعلق بطبيعته وكونه يتم من خلال شبكة عالمية الاتصالات:

1- الإيجاب الإلكتروني هو إيجاب عالمي: يتم الإيجاب الإلكتروني باستخدام وسائط إلكترونية وعبر شبكة دولية للاتصالات والمعلومات، لذلك فهو لا يتقيد بحدود الدول السياسية والجغرافية، ويكون الإيجاب الإلكتروني تبعا لذلك إيجابا دوليا نظرا لما تتسم به شبكة الانترنت من الانفتاح والعالمية[2].

2- الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد: إن أهم ما يميز شبكة الانترنت أنها شبكة دولية للاتصال عن بعد تمكن الموجب من عرض إيجابه خارج الأماكن التي اعتاد أن يعرض إيجابه فيها (المحلات التجارية التقليدية، الصحف، المحلات) فينتقل الإيجاب الإلكتروني عبر تقنيات الاتصال العابرة لحدود الدول بكل حرية ، دون أن يكون لأي أحد القدرة على إيقافه.

3- الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني: من أهم مظاهر الخصوصية في العقد الإلكتروني بل إنها أساس هذا العقد بحيث يتطلب الإيجاب الإلكتروني وجود سيط إلكتروني هو مقدم خدمة الانترنت، حيث تم إبرامه عبر شبكة اتصالات إلكترونية فهو يتم من خلال الشبكة وباستخدام وسيلة مسموعة مرئية، وليس هناك ما يحول دون أن يكون الموجب هو نفسه مقدم خدمة الانترنت[3]، ويترتب الإيجاب الإلكتروني أثره يجب ان تتوفر فيه جمة من الشروط العامة:

- يشترط في الإيجاب أن يكون باتا وجازما فيما يتعلق بعزم موجب على الالتزام بما تعهد به[4]، ولا يترك فيه الموجب لنفيه مجالا للاختيار[5]، وهذا الشرط جوهري لاعتبار العرض أيجابا، لأنه

---

[1]- أمر رقم 75/ 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني معدل ومتمم إلى غاية القانون رقم 07- 05 المؤرخ في 13 مايو 2007، جريدة رسمية، عدد 31.

[2]- لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 83.

[3]- محمد يسي، التراضي في العقد الالكترونين الايجاب الالكتروني و القبول الالكتروني ، مرجع سابق ذكره، ص 04.

[4]- Youcef Shandi, op.cit, p 27.

[5]- شبة سفيان، عقد البيع الدولي، اطروحة دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011- 2012، ص 154.

أساس التمييز بين الإيجاب البات وبين الإيجاب الغير البات الذي يهدف هذه الحالة مجدر دعوة للتعاقد.

– يمكن الغرض من الإيجاب إذا اقترن به قبول في إنشاء العقد فيجب أن يكون الإيجاب محددا تحديدا دقيقا نافيا للجمالة[1]، وذلك باستفائه للعناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، حتى يتسنى للموجب له ان يطلع على مضمون العقد المعروض عليه وينعقد العقد بمجرد صدور القبول دون إضافة أي شيء أخر[2].

– يصدر الإيجاب بطريقة التعبير المعتادة الصريحة أو الضمنية، ولا يصح في ذلك السكوت، فهو أول الكلام والصمت والسكوت كالعدم لا يرتب أي أثر[3]، والإيجاب هو حمل الطرف الآخر على الرد بالقبول أو الرفض، فإذا كان الإيجاب موجها إلى شخص معين أو أشخاص معينين فإنه يترتب عليه أثر، والسبب هو تعيين الشخص المقصود بالإيجاب[4]، إذ أن الراجح فقها وقانونا أن توجيه الإيجاب إلى الجمهور دون تحديد الشخص على إيجابا، أما إذا تعلق الأمر بالنشر أو الإعلام، فالأمر لا يخلو ان يكون دعوى للتفاوض والعلة في ذلك غياب الشك في الملابسات فالمقصود هو الإيجاب[5].

– ضرورة مراعاة لغة المستهلك، وذلك حتى يتسنى له فهم مضمون وموضع العقد وأية شروط أخرى خاصة في مجال العقود المبرمة بواسطة شبكة الانترنات، والتي غالبا ما يجهل المتعاقد خلالها هوية المتعاقد الآخر، وليس هذا فحسب وحتى يمكن المشتري الإلكتروني من دخول الموقع، وتفحص المنتجات المعروضة بفضل استخدام الموقع لأكثر من لغة، وبخاصة إذا كانت لغة المشتري لغة أخرى.

---

[1]– Youcef Shandi, op.cit, p 26.

[2]– علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة لعقد، الطبعة الثانية، موقع للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 8.

[3]– قارة مولود، التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 74.

[4]– وعود كاتب عبد عباس، " أحكام الإيجاب الإلكتروني "، مجلة رسالة الحقوق ، جامعة كربلاء، العراق، العدد الخاص ببحوث المؤتمر القانوني الوطني، 2012، ص 261.

[5]– زياد طارق جاسم الراوين التراضي الإلكتروني – دراسة مقارنة– ، مجلة جامعة كربلاء العلمية، جامعة كربلاء، العراق، المجلد: 7، العدد: 1، إنساني، 2009، ص 65.

الفرع الثاني: القبول الإلكتروني:

يعرف الفقه القبول على أنه: " التعبير عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب، فهو الإرادة الثانية في العقد، إذ لا ينعقد العقد إلا باتفاق إرادتين[1]، أما فيما يخص تعريف القبول الإلكتروني من الناحية القانونية، نجد أن المشرع الجزائري قد أغفل عن وضع تعريف للقبول سواء التقليدية أو الإلكتروني، وهذا ما فعله مع الإيجاب أيضا، حيث اكتفى فقط بذكر الوسائل التي يتم ها التعبير عن الإرادة وذلك في نص المادة 60 من القانون المدني الجزائري السالف ذكرها[2].

اعتبر القبول في هذه الحالة إيجابا جديد في ذاته يحتاج لقبول[3]، واستنادا لنص المادة 60 ق. م. ج.

ولكي يتحقق التطابق الكامل بين الإيجاب والقبول لابد أن يكون صدور القبول في الوقت الذي يكون فيه الإيجاب ما زال قائما [4]، أي خلال الفترة التي ألزم الموجب بها نفسه [5]، فإذا تم القبول بعد زوال الايجاب بسقوطه أو انتهاء المدة الملزمة أو بعدول الموجب عنه لا يتم التعاقد، وذلك لعدم وجود ارتباط أو توافق كامل بين الإيجاب والقبول[6].

– أن يكون القبول باتا وجازما، أي أنه تتجه فيه إرادة القابل إلى الالتزام بالعقد، فالقبول هو تعبير عن الإرادة تماما كالإيجاب، وعليه يجب أن تكون هذه الإرادة جازمة متجهة إلى تكوين العقد والالتزام به[7]، وذلك دون أن يتضمن أي تحفظ، أو يكون معلقا على شرط أو شروط صحة القبول الإلكتروني هي:

---

[1]– بلحاج العربين النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 74.

[2]– أمر رقم 75/ 58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق ذكره.

[3] –Mickael Botrous, op.cit, 92.

[4] –Yousef Shandi, op.cit, p 142.

[5]– جعفر ذيب المعانين التحكيم الإلكتروني ودور القضاء الوطني في تفعليه، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014نص 77.

[6]– آسر صبري إبراهيم، إبرام العقد عن طريق الإلكتروني وإثباته، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر ن 2015، ص 81.

[7]– محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 156.

1- أن يكون القبول الإلكتروني صريحا وواضحا، فيجب أن يصدر القبول واضحا على مراد القابل واتجاه إرادته إلى مصدر منه حيث إذا وصل إلى الموجب دل ذلك بوضوح على الرضا من جانب القابل أو الكتابة عن طريق إرسال القبول كتابة عبر البريد الإلكتروني.

2- أن يكون الإيجاب عبر الانترنت[1].

3- موافقة القبول للإيجاب وتطابقه له: قد وردت قاعدة مطابقة القبول للإيجاب في المادة 66 من القانون المدني الجزائري، حيث اعتبر المشرع القبول الذي يقترن بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه رفضا يتضمن إيجابا جديدا[2].

يشترط في القبول حتى يعتد به ان يكون مطابقا للإيجاب[3]، وهذا هو الشرط الأهم في

القبول لأن مطابقة القبول للإيجاب هي الأساس في إبرام العقد وبعبارة أخرى هي الرضا[4]، بحيث يجب ألا يتضمن القبول أي زيارة من الإيجاب أو تعديلا أو تقيدا فيه وإلا مضاف إلى أجل، ولا يختلف ذلك كله عما هو موجود في القواعد العامة في التعبير عن القبول[5].

المطلب الثاني: زمان و مكان إنعقاد عقود التجارة الإلكترونية:

إن مسالة تحديد زمان ومكان انعقاد لا تثير أية إشكالية في التعاقد بين حاضرين، إذ يقترن القبول بالإيجاب في لحظة ومكان تواجدهما ولكن تظهر الصعوبة أكثر في التعاقدين 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 بن غائبين من حيث المكان دائما ولكن بفضل الخدمات المتنوعة والمتعددة التي تتيحها الانترنت قد يتوفر للطرفين المتعاقدين عبر الشبكة إمكانية إبرام العقد بشكل آني دون أن تفصل فترة زمنية بين صدور القبول الإلكتروني

---

[1]- بشار طلال مومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت (دراسة مقارنة)، عالم الكتب الحديثة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص 68.

[2]- أمر رقم 75/ 58 يتضمن القانون المدني ، مرجع سابق ذكره.

[3] -Mickael Botrous, op.cit, 92.

[4]- محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنات – دراسة مقارنة –، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 150.

[5]- نزيه محمد الصادق المهدي، انعقاد العقد الإلكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر المعاملات الإلكترونية، مركز الامادات للدراسات والبحوث، بتاريخ 19- 20 مايو 2001.، ص 185- 255 ، ص 234.

وعلم الموجب به، لذلك يمكن أن يوصف العاقد عبر شبكة الانترنت بأنه تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، وفي حالات أخرى قد لا يتحقق هذا التزامن، مما يوصف التعاقد بأنه بين غائبين.

لذا نبحث مسألة زمان انعقاد العقد في الفرع الأول منفصلة عن مسألة مكان انعقاده التي تناولتها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: زمان انعقاد عقود التجارة الإلكترونية:

نظرا لأهمية التي حظيت بها مسالة زمان انعقاد العقد، نجد أن الحلول المقترحة لمعالجتها قد تعددت، فالفقه قد اقترح أربع نظريات لحل هذه المسألة، لكن أثبت قصورها في علم الانترنت وبدى من الضروري إعمال مبدأ سلطان الإرادة لتحديد زمان انعقد العقد، كما اختلفت الحلول القانونية المتبناة لحل هذه المسالة في القوانين الدولية / الإقليمية والوطنية.

أولا: قصور الحلول التقليدية بالنسبة للتعاقد الإلكتروني:

تبنى الفقه القانوني نظريات بحدد بموجبه وقت انعقاد العقد بين غائبين وتستند هذه النظريات إلى لحظة اقتران القبول بالإيجاب، ولكنها اختلفت في:

أ- نظرية إعلان القبول:

يرى أنصار هذه النظرية أن العقد يتم بمجرد إعلان القبول وقبل أن يصل إلى علم الموجب، فيكيف حتى ينعقد العقد أن يقرا المتعاقد رسالة بريد إلكتروني تتضمن إيجابا[1]، ويقول قيلت الإيجاب دون أن يقوم بأي تصرف كإرسال رسالة إلى الموجب ليعلمه بالقبول ويسوي أيضا في هذه النظرية أن يقرا الشخص رسالة نصية في غرف المحادثة تتضمن إيجابا ويعلن قبوله لهذا الإيجاب دون آن يرسل ردا للطراف الآخر[2]، يؤخذ على هذه النظرية أنها تجاهلت إرادة الموجب فمن حق هذا الأخير ان يعدل عن إيجابه إذا لم يكن محدد المدة ولم يرتبط به القبول فعدم وصول

[1]- د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، **التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة**، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص 136. " **النظام القانوني للعقد الإلكتروني** – دراسة مقارنة في القوانين الوطنية وقانون الأنيسترال النموذجي والفقه الإسلامي- "، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد 42، 2007، ص 82.

[2]- د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص 271.ن و د/ خالد ممدوح براهيم ، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 376.

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 وجهت إليه بها[1].

ب- نظرية تصدير القبول: تتناول هذه النظرية أن العقد ينعقد في المكان والزمان اللذين يصدر فيهما القابل قبوله[2]، وعليه لا يكفي لانعقاد العقد أن يعلن القابل عن قبوله بل يشترط حصوله واقعة مادية هي تصدير القبول إلى الموجب، أي خروج القبول من يد صاحبه[3]، 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[4]، كما عيب عليها أيضا، أن مجرد صدور رسالة البيانات المتضمن لإرادة القبول لا يعني وصولها فعلا إلى نظام المعلومات للموصول إليه أو لمورد خدمة الاتصال وذلك لأنه من الممكن أن يتعرض نظام المعلومات التابع للشخص المعني إلى خلل أو عيب يحول دون استقبال الرسالة[5].

ج- نظرية تسليم القبول:

يرى أنصار هذه النظرية أن العقد يتم عندما يتسلم الموجب جواب الطرف القابل، حيث استلام القبول يجعل منه نهائيا إذ تنتهي إمكانية استرادة، ويستوي علم الموجب بالقبول من عدم علمه إذ وصول القبول إلى الموجب تعتبر قرينة على علمه[6]، وتطبيقا لذلك على العقود الإلكترونية فإنها

---

[1]- محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 165، وكذلك كل من: أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 178-179. ولما عبد الله صادق سلهب، المرجع السابق، ص 124.

[2]- د/ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 90، وايمان مأمون احمد سليمان، المرجع السابق، ص 139، و د/ خالد ممدوح ابراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 377.

[3]- د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، نفس المرجع السابق، ص 272، و د/ إلياس نامني، المرجع السابق، ص 112. د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 137.

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

[5]- د/ محمد فواز المالقة، المرجع السابق، ص 71، أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 180- 181، ود/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 273، ولما عبد الله صادق سلهب، المرجع السابق، ص 126. ومحمود عبد الرحيم الشريفاتk المرجع السابق، ص 167.

[6]- د/ عمر خالد رزيقات، المرجع السابق، ص 159، ود/ محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 71، ود/ إلياس ناصيف، المرجع السبق، ص 112، ونضال اسماعيل برهم، المرجع السابق، ص 59.

تنعقد في لحظة وصول الرسالة الالكترونية التي تتضمن القبول إلى صندوق بريد الموجب، بغض النظر عما إذا كان الموجب قد استعرض برديه الإلكتروني وقرأ رسالة القبول أم لم يفعل[1].

يعيب البعض على هذه النظرية أنها لا تزيد على النظريتين السابقتين شيئا، ما دام أن إعلان القبول وتصديره لا يترتب عليه إنتاج القبول لا يزيد على اعتباره واقعة مادية لا يوجد لها قيمة قانونية في إثبات علم الموجب بالقبول [2].

د- نظرية العلم بالقبول:

وفقا لهذه النظرية، ينعقد العقد في الوقت الذي يعلم فيه الموجب فعلا بالقبول، وذلك باطلاعه على الرسالة المتضمنة القبول، وتطبيقا لذلك على التعاقد عبر الانترنت فإن لحظة انعقاد المعقد هي لحظة علم الموجب بالقبول وتتجسد عندما يفتح الموجب صندوق البريد الإلكتروني ويقرأ الرسالة التي تتضمن القبول، او يطالع موقعه على شبكة الويب فيعلم عندها بأن هناك قبولا قد ارسل اليه وفق العقد النموذجي الذي أعده المرسل " الموجب " ابتداء، يؤخذ على هذه النظرية البط في سير المعاملات، والأخذ بها بالشكل المطل يجعل القابل تحت رحمة الموجب، لأن علم الموجب بالقبول أمر شخصي يصعب على القابل اثباته[3].

ثانيا: ضرورة إعمال مبدأ سلطان الإرادة لتحديد زمان انعقاد عقود التجارة الإلكترونية:

أثبت الدور الفعال لمبدا سلطان الإرادة في ظل العقود التقليدية وتم تكريس في معظم الأنظمة القانونية التي نظمت المسألة، فأقرت للأطراف كامل الحرية في تحديد زمان انعقاد العقد كأصل، واما 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 قد كرست المبدأ واعتبرته

[1]- د/ محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الانترنت، المرجع السابق، ص 65، د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 273، وكذلك: NALMI CHARBONNIER MARINE , OP.CIT. P 90.

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

[3]- أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 183.

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 الإلكتروني عادة من خلال ما يسمى باتفاقيات التبادل الإلكتروني في البيانات، كما يعد اتفاق الاطراف على تحديد زمان انعقاد العقد الحل الأمثل لتفادي اختلاف الحلول التشريعية وتباين الحلول الواردة فيها بصدد مسالة محل البحث فإعطاء الحرية للأطراف في تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني من شأنه أن تقلل من مخاطر الحلول القانونية.

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

لقد سعت جل التشريعات الدولية إلى تنظيم هذا النوع من العقود وبوضع قواعد وقوانين خاصة لحكم المسالة المطروحة في هذا المقال أهمها الاتفاقيات الأوروبية واتفاقية فيها:

أ/ الاتفاقيات الأوروبية:

لقد اختلفت الاتفاقيات الأوروبية حول الأخذ بنظرية من النظريات السابقة عليها بما يقتضه تحقيق الأمان القانوني عبر الشبكة العنكبوتية، حيث نجد أن الاتفاق الأوروبي النموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات قد تبنى نظرية الوصول اذ يعتبر العقد الذي يتم باستخدام التبادل الإلكتروني لبيانات مبرما في الزمان والمكان اللذين تصل فيهما الرسائل التي تشكل قبولا للعرض[1]، هذا ما يمكن استخلاصه من خلال ما ورد في نص المادة 3/ 3 والتي اعتبرت لحظة ومكان انعقاد العقد المبرم من خلال التبادل الإلكتروني للبيانات هي اللحظة والمكان اللذين تستقبل فيهما الرسالة الإلكترونية الخاصة لقبول الايجاب في النظام المعلوماتي للموجب وقد تبني اتفاقية التبادل النموذجي هي الأخرى نظرية الاستلام وذلك نظر إلى ما ورد في نص المادة 4/ 3 منها التي تنص على: " يعتبر العقد المنشأ باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات متى استلم الرسالة المرسلة كقبول العرض وفقا لمادة 1/3 من الاتفاقية " ، بينما تبنى التوجيه الأوروبي بشأن التجارة الإلكترونية رقم 31/ 2000 الصادرة بتاريخ 17/ 07/ 200 نظرية استلام القبول، مع إدراج بعض التعديلات على هذه النظرية إذ لم يكتف بلحظة الاستلام لانعقاد العقد بل الانعقاد باستلام

[1]– مرزوق نور الهدى، مرجع سابق، ص 178.

التأكيد من مزود الخدمة بصحة القبول، إذ يحدد وقت استلام القبول من اللحظة التي يمكن فيها للموجب الدخول للبريد الإلكتروني[1].

ب/ اتفاقية فيينا:

لقد نظمت اتفاقية فينا المبرمة سنة 1980 (اتفاقية الامم المتحدة) للبيع الدولي للبضائع وعقود البيع الدولي بصفة عامة دون التطرق إلى الوسيلة المستعملة في التعاقد سواء كانت تقليدية أم إلكترونية حيث تبنت هذه الاتفاقية نظرية الوصول، لكنها قرنت هذه الأخيرة بشرط وصول الإعلان إلى الموجب خلال المدة التي اشترطها هذا الأخير أو خلال مدة معقولة في حال عدم وجود مثل هذا الشرط حيث جاء في نص المادة 18 ما يلي: " يحدث قبول الإيجاب أثره من اللحظة التي يصل فيها إلى الموجب إعلان يفيد الموافقة على إيجابه: " والمعنى القصود من تحقيق الإيجاب أثره انعقاد العقد "[2].

وجاءت المادة 24 من هذه الاتفاقية لتوضيح وصول إعلان القبول فنصت على: " في حكم هذا الجزء من الاتفاقية يعتبر الإيجاب أو الإعلان عن قبول أو أي تعبير آخر عن القصد قد وصل إلى المخاطب عند بلاغة شفويا أو تسليمه إليه شخصيا بأي وسيلة أخرى أو تسليمه في مكان سكنه المعتاد إذ لم يكن له مكان عمل أو عنوان بريدي "، وهذا ما يؤكد على تبني اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع نظرية تسليم أو وصول القبول، بمعنى أن هذا العقد ينعقد لحظة تسليم الموجب أو وصول القبول[3]، بمعنى أن هذا العقد ينعقد لحظة تسليم الموجب رسالة تتضمن القبول بغض النظر فيما إذا علم الموجب بمضمون الرسالة أو لم يعلم به[4].

د/ القانون النموذجي للتجارة الالكترونية (اليونسترال):

تنص المادة الأولى ف 15 من قانون اليونسترال لسنة 1996 بشأن زمان وإرسال واستلام رسائل البيانات على:

---

[1]–مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص 178.

[2]– مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص 179.

[3] –Corinne Renauit Brahinsk, léssentiel du droit des obligation, Gualiono patis, 5, EDITION, 2000, p 39.

[4]– عبد الله صادق سهلب لما، مرجع سابق، ص 138.

1- ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك يقع إرسال رسالة البيانات أو سيطرة الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابة عن المنشئ.

2- مالم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يتحدد وقت استلام رسائل البيانات على النحو التالي:

أ- إذا كان المرسل اليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام رسائل البيانات يقع الاستلام.

وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات إذ أرسلت رسالة البيانات الى نظام معلومات تابع للمرسل إلي لكن ليس هو النظام الذي تم تعيينه.

ب- إذا لم يعين المرسل إليه نظام المعلومات، يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام المعلومات تابع المرسل إليه[1]، ما يستخلص أيضا من خلال عرض أحكام المادة 15 من القانون النموذجي أن هذا القانون اكتفى بتحديد وقت استلام إرسال وتسليم رسائل المعلومات مبررا ذلك بما جاء في الدليل الإرشادي[2]، لسن هذا القانون وهو الرغبة في تجنب حدوث تعارض بين نصوصه وبين القوانين الوطنية المنظمة لمسألة زمان التلاقي وذلك تحقيقا لمبدأ احترام سيادة الدول وتجنب أي تعارض بينها وبين القانون النموذجي في حالة تبنيه لنظرية معينة إذ يفسح المجال أمام القانون الوطني النظرية التي يتبناها بصدد تحديد زمان انعقاد العقد[3].

2- موقف القوانين الوطنية:

اختلفت وتباينت مواقف مشرعي الدول تجاه تحديد لحظة انعقاد العقد الإلكتروني فجد 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

[1]- شلقامي شحاتة غريب ، مرجع سابق، ص 129- 130.

[2]- راجع البند 104، من الدليل الإرشادي لسن القانون النموذجي على الموقع.

[3]- الشريفات محمود عبد الكريم، مرجع سابق، ص 171.

بالقبول، مالم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيها القبول "[1]، وهذا ما أقره أيضا التشريع العراقي[2].

أما المشرع الفرنسي فقد ساير ظهور المعاملات الإلكترونية من تعديل[3] المادة 1369/ 5 من القانون المدني والتي تقر أن العقد المبرم عبر الطرق الإلكترونية لا يكون صحيحا إلا بتأكيد القبول من قبل الموجه اليه بالإيجاب (القابل)، أي تبني نظرية جديدة و المجسدة في " نظرية تأكيد القبول " [4]، كما عالج مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري مسالة زمان انعقاد العقد الإلكتروني المبرم عبر شبكة الانترنت في الشق الخير من المادة الثانية منه، والتي جاء فيها بأنه: " يسري على الالتزامات التعاقدية في مفهوم أحكام هذا القانون، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، إذا اتحد موطنا فإن اختلفا موطنا يسرى قانون الدولة التي تم فيها العقد مالم يتفق المتعاقدان على غير ذلك.

ويعتبر العقد قد تم بمجرد تأكيد وصول القبول"[5]، التي يتسلم فيها القابل رسالة تأكيد من الموجب تفيد وصول القبول إليه[6]، وهذا في حالة عدم وجود اتفاق بين الطرفين حول المسألة.

الفرع الثاني: مكان انعقاد عقود التجارة الإلكترونية:

عندما ينعقد العقد، بحضور الطرفين يعتبر مكان وجودهما مكانا لنشأة العقد، بالتالي يخضع لقانون ذلك البلد، كما أنه لا لبس حل تاريخ إنشاء العقد، اذ يكون في اليوم والساعة التي تم إبرامه

---

[1]– الأمر رقم 75/ 58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[2] لمادة 87 من القانون المدني العراقي

[3]– وكان التعديل استجابة للتوجه الاوروبي المتعلق بالتجارة الالكترونية رقم 31/ 2000 المذكور سابقا.

[4]– د/ خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني – دراسة مقارنة – ،المرجع السابق، ص 383، ود/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز ، المرجع السابق، ص 281، وتنص هذه المادة على : " Le contrat proposé par voie électronique est conclu quand le destinataire de L'offre, après a voir en la possibilité de sa ommande et son prix total, voir aussi : " ainsi que de orriger d'éventuelles erreurs, confirme celle- crpour exprimer son aceptation CHANIKIER Barhachima, op.cit, p 37.

[5]– مشار إليه لدى: أمانج رحيم احمد، المرجع السابق، ص 195، ولما بعد الله صادق سلهب، المرجع السابق، ص 114، د/ محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 72، وبشار طلال المومني، المرجع السابق، ص 83.

[6]– د/ حمودي ناصر، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت ، المرجع السابق، ص 214، وأمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 195، ولما عبد الله صادق سلهب، المرجع السابق، ص 145.

فيهما[1]، لكن الاشكال الذي يطرح نفسه هو مكان انعقاد العقد عندما ينشأ في وسط افتراضي وعندما يكون الانترنت فضاء الالتقاء وتبادل التعبير عن الإرادة وعقد الاتفاقات، فحينئذ تظهر بعض المشاكل القانونية فهنا يتحتم على طرفي التعاقد الارتباط بالعالم الأرضي[2]، خاصة بالنظر إلى الأهمية المترتبة على الفصل في هذه المسألة من معرفة للقانون الواجب التطبيق وذلك تطبيقا لقواعد القانون الدولي الخاص بالنسبة للعقود التي تتوفر على العنصر الأجنبي وكذا تحديد المحكمة المختصة بالفصل بالنزاع الناشئ عن العقد في حال قيامه[3].

وعليه فسنتطرق في مسالة مكان انعقاد العقد الإلكتروني من خلال ثلاثة نقاط تخصص اولها للحلول الفقهية التي اقترحها الفقه لحل المسالة أما المنقطة الثانية فسنخصصها لحرية الطرفين المتعاقدين لتحديد المسالة أما النقطة الثالثة والأخيرة فتبين فيها موقف الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية والنموذجية.

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

تبنى الفقه في تحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني نظرتين، الأولى تعتد بمكان إقامة الموجب، والثانية تعد بمكان إقامة القابل، ولكل من الفريقين مجموعة من الحجج يستند في تبرري وجهة نظره، نعرضها ثم نقومها.

أ- نظرية محل إقامة الموجب: يذهب انصار نظرية العلم بالقبول إلى أن مكان انعقاد العقد الإلكتروني هو مكان علم الموجب بالقبول[4]، وتجسيد ذلك على العقد الإلكتروني هل هو مكان تسجيل موقع الويب، أما مكان تواجد مقدم خدمة الانترنت، أما مكان إقامة الموجب، يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن مكان إبرام العقد الإلكتروني هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه مالم يتفق طرفا التعاقد الإلكتروني على خلاف ذلك[5].

---

[1]- المرجع نفسه، ص 260.

[2]- مرزوق نور الهدى، مرجع سابق، ص 187.

[3]- عبد الله صادق سلهب لما، مرجع سابق، ص 135- 136.

[4]- باشر طلال أحمد المومني، المرجع السابق، ص 77، وكذلك كل من : عز الدين محمد بسام شمدين، المرجع السابق، ث 56 ود/ محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 71، ود/ الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 113.

[5]- د/ كاظم طارق عجيل، المرجع السابق، ص 324.

وبذلك تعد لحظة علم الموجب بالقبول هي لحظة إبرام العقد الإلكتروني ومكان إقامة الموجب هو مكان إبرام العقد الإلكتروني يعيب على هذه النظرية، إن العقود الإلكترونية التي تبرم عن طريق الانترنت غالبا ما تتم بين طرفين، أحدهما تاجر مهني يتخذ في أغلب صور شركات تجارية كبرى والثاني مستهلك ضعيف يحتاج إلى الحماية [1]، لذلك فإن اعتبار مكان إقامته 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 قام فيها[2].

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 وتفسيره، يجب الرجوع إلى مكان الإرسال الذي انطلقت منه المبادرة التعاقدية [3]، تطبيقا لذلك ينعقد العقد الإلكتروني عبر شبكة الانترنت في المكان الذي يصدر فيه القبول الإلكتروني، فإذا استخدم القابل رسالة البيانات للتعبير عن قبوله، فهذا ينعقد في المكان الذي ارسلت من الرسالة المتضمنة للقبول وهو مكان القابل[4]، إن هذه النظرية تتفق مع متطلبات التجارة الإلكترونية، إذ أن أغلب العقود التي تبرم عن طريق الانترنت 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 أنه لا تحرم المستهلك من الحماية الاستثنائية التي توفرها له قوانين الدولة التي يقيم فيها باعتبارها القوانين الواجبة التطبيق على العقد الإلكتروني الذي يعد مكان إبرامه مكان إقامة القابل الذي يخضع لهذه القوانين من الناحية الإقليمية[5].

---

[1]- ايمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 149، وعز الدين محمد بسام شمدين، المرجع السابق، ص 72.

[2]- 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.

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

[4]- أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 202.

[5]- د/ طارق كاظم عجيل، المرجع السابق، ص 347.

ثانيا: ضرورة أعمال مبدأ السلطان الإرادة لتحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني:

إن ضرورة إعمال مبدأ سلطان الإرادة لتحديدي مكان انعقاد العقد الإلكتروني يبقى الحل المثل لها الأشكال وقد تم إقراره في دراسة لمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، حيث تمت الإشارة إلى أن اختلاف التشريعات حول مسالة زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني بعد 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 ومكان انعقاد العقد الإلكتروني[1]، كما أن هناك إجماع فقهي حول خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة الذي يمكن أن يحدد مكان انعقاد العقد[2]، بالإضافة أن معظم الحلول الواردة بالنصوص القانونية المنظمة لمسألة – سواء كانت التقليدية منها أو المنظمة للمعاملات الالكترونية – 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 والتي تعاظم دورها كثيرا في العقود الإلكترونية التي تواجه فراغا تشريعيا كبير حتى في الدول التي أفردت للمسألة نصوصا قانونية خاصة.

[1]– مشار إليه لدى: بشار طلال أحمد المومني، المرجع السابق، ص 82.

[2]– حمودي ناصر، النظام القانوني لعقد البيع المبرم عبر الانترنت، المرجع السابق، ص 224.

خلاصة الفصل الأول

سواء في إطار العقود التقليدية أو العقود الإلكتروني لا يختلف مفهوم المفاوضات 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 يمكن في ظل العقود الإلكترونية التي تمنح للأطراف إمكانية إجراء المفاوضات دون ضرورة تواجد الطراف في مكان واحد، مما يجسد حرية أكثر للأطراف بالمقرنة بالعقود التقليدية التي يضطر فيها المتعاقد إلى قطع مسافات وهدر ساعات من أجل الوصول إلى مكان التفاوض.

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

وأما بخصوص مرحلة انعقاد العقد الإلكتروني، فأن معظم التشريعات الوضعية أجمعت إمكانية توافر الرضا في العقود الإلكترونية عندما يتم تلاقي الإيجاب والقبول، وإن اختلفت الآراء الفقهية التي تسوغها، إذ يعتبر الإيجاب في العقود الإلكترونية شبيه بنظيره في العقود التقليدية إلا من حيث الوسيلة التي يتم من خلالها، سنه في ذلك شان القبول الإلكتروني إلا أنه ما يثير العديد من الإشكالات هو تحديد لحظة ومكان تلاقي الإيجاب والقبول 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.

الفصل الثاني:

مبدأ سلطان الإرادة في حل نزاعات العقود التجارة الإلكترونية

تمهيد :

أصبح إعمال مبدأ سلطان الإرادة في حل المنازعات الناجمة عن العقود التقليدية، من المبادئ الأساسية التي يتعمد عليها في فض مشكلة تنازع القوانين القائمة بين مختلف الأنظمة القانونية ومشكلة تعيين 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 لوسائل الحديثة للاتصالات خلفت 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 ثار مشكلة بنطاق جغرافي ولا ينتمي إلى إقليم دولة ما، وهو ما أثار مشكلة الاختصاص القضائي والتشريعي بمنازعات التجارة الإلكترونية.

إن افتقار التجارة الإلكترونية لإطار تشريعي دولي خاص بها بأطرها في مختلف الإشكالات القانونية الناجمة عنها، أجمع الفقه أنه لابد من اخضاع مشكلة الاختصاص القضائي والقانوني الناجمة عن التجارة الإلكترونية لمبدا سلطان الإرادة واستبعاد الضوابط الخرى مثل ضابط إبرام العقد أو تنفيذ العقد وغيرها نظرا لارتكازها على نطاق جغرافي يتلاشى أمام التجارة الإلكتروني نظرا لمميزات الوسيلة المستعملة فيها (شبكة الانترنت) 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 بتعيين قانون ما ليحكم العلاقة التعاقدية، وللطرف الثاني الحرية في القبول أو اقتراح قانون آخر عن طريق تبادل الرسائل الإلكترونية، إلا أن الجانب العلمي أظهر بعض الصعوبات في مدى إمكانية اثبات اختيار الطرف الثاني أو قبوله للقانون المختار من طرف البائع 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 لمتعاقدين عبر شبكة الانترنت، الأمر الذي ينبينه في المبحث الأول من الإشكالات التي تعاني منها المنازعات الناجمة عن عقود التجارة 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 فضل المتعاقدون عبر شبكة الانترنت اللجوء إلى الوسائل البديلة لحل النزعات و المجسدة في كل من الوساطة والتوفيق والحكيم، هذه الأخيرة أيضا وأكبت 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 الأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود التجارة الالكترونية:

فكرة قانون الإرادة تقوم على الاعتراف لطرفي العقد بحقهما في اختيار وتحديد القانون واجب التطبيق على العقود المتاجر الافتراضية والتي يكون أحد طرفيها عنصراً أجنبياً في بعض الاحيان هذا الاعتراف الذي يطلق حرية الإرادة في تحديد جميع الآثار القانونية الناشئة عن العقد التي من بينها تحديد قانون العقد.

المطلب الأول: أعمال مبدأ سلطان الإرادة في مجال عقود التجارة الالكترونية:

العقود الالكترونية أقرب ما تكون إلى العقود الدولية لاتسام الشبكة بصفة الدولية، وعدم تبعيتها لأي دولة فيحق لأي شخص من أي مكان أن يستخدمها ويبرم التعاقدات من خلالها من خلال دارسة إمكانية تطبيق فكرة قانون الإرادة على العقد المبرم عبر الإنترنت والقياس على العقود الدولية؛ يمكننا أن نتوصل إلى تحديد القانون واجب التطبيق

الفرع الأول: الإرادة الاعتراف بمبدأ سلطان الإرادة في الأنظمة القانونية:

المقصود بالإرادة هي الإرادة المشتركة للمتعاقدين وليس الإرادة المنفردة لأحدهما. فالدخول في المفاوضات العقدية يعني انتهاء دور الإرادة المنفردة، وتبدأ الإرادة بالتوحد في مرحلة المفاوضات، بحيث تتفاعل إرادة طرفي العقد مع بعضهما البعض للوصول إلى إرادة منتجة للآثار التي يسعى إليها الطرفان. وهو ما نصت عليه المادة 59 من القانون المدني، ويكون ذلك بصدور إيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر يكون موافقا ومطابقا للإيجاب، مع ضرورة ارتباط القبول بالإيجاب وفي حال اجتماع إرادة المتعاقدين على تحديد القانون واجب التطبيق تنتهي الإرادة المنفردة نتيجة لتفاعل الإرادتين واتفاقهما على تحديد القانون الذي يتم إخضاع العقد له خضوعاً تاماً، إلا إذا تم اتفاق الطرفين على تعديلها.[1]

[1] ط.د. شيباني مختارية، أ.د. علي فتاك، تفعيل مبدأ سلطان الإرادة في العقود الالكترونية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة ابن خلدون تيارت، المجلد 06، العدد 02، 2020، ص389.

ونصت المادة 18 من القانون المدني الجزائري:" 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".

نرى ان المشرع الجزائري قد أخذ بمبدأ حرية المتعاقدين في اختيار 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.[1]

الفرع الثاني: طرق اختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق :

بما أن لأطراف العقد الحق في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم حسب النظم القانونية على المستوى الداخلي والدولي قد يكون الاختيار صريحا أو ضمنيا.

أولا: الاختيار الصريح:

ويمكن أن يتم الاختيار على شبكة الإنترنت بصور متعددة، فيمكن أن يتم عبر البريد الإلكتروني من خلال تبادل الرسائل الإلكترونية، 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، ومن المتصور أيضا أن يتم اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد عبر صفحة الويب من خلال الرسائل الإلكترونية التي يتبادلها الأطراف في نفس الزمان.

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

ولا تكفي إرادة الطرف الأول بفرض شروطه بالإيجاب على العقود المعروضة على الويب لإبرام العقد دون قبول الطرف الثاني على شروط الطرف الأول والتي من بينها شرط القانون الواجب التطبيق على العقد، وبالتالي ليس هناك ما يمنع من إمكانية التفاوض حول شروط العقد.[1]

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

كما أعتبر التقرير الصادر عن منظمة OMPI بأن مبدأ اختيار القانون الذي جاءت به اتفاقية روما لعام 1980 بعد بندا هاما وا إيجابيا 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[2].

وإذا كان من حق المتعاقدين اختيار 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، غير ذلك يؤدي أن تعديل القانون المختار يجب ألا يترتب عليه إضرار بالغير الذين بنوا توقعاتهم على القانون الذي تم اختياره أولا والمراد العدول عنه، كما يلزم ألا العدول إلى المساس بصحة العقد الذي يجري تعديل اختيار القانون الذي يحكمه وهذه الإمكانية نصت عليها المادة 2-3 من اتفاقية روما لعام 1980.[3]

ومنه نرى أن مبدأ سلطان الإرادة قد تحقق من الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق.

---

[1] د/ سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص130.

[2] عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية، البويرة، 2012، ص104.

[3] أحكام المادة 2-3 من اتفاقية روما لسنة 1980 على الموقع:
http://www.dgdr.cnrs.frdaj/docconvention_de_rome.pdf

ثانيا: الاختيار الضمني:

تؤكد غالبية تقنيات 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 بالاختيار الضمني، وهذا ما تؤكده المادة 1/7 من "اتفاقية لاهاي" لعام 1986 على أنه:" اتفاق الأطراف فيما يتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم يجب أن يكون صريحا أو يمكن استنتاجه بوضوح من نصوص العقد أو من سلوك الأطراف أو بالنظر إليهما معا، كما أن "اتفاقية "روما" لعام 1980 نصت في المادة 1/3 على أنه: "يسري على العقد القانون الذي يختاره الأطراف، ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحا أو مستمدا بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد"[1].

كما أن الفقه والقضاء استقر على وجود عدة قرائن تدل على الإرادة الضمنية بخصوص قانون العقد، حيث لا يكتفي عادة بواحدة منها للدلالة على تلك النية الغير المعلنة، بل الغالب أن يجمع القضاء بين أكثر من مؤشر أو علامة لاستنباط المتعاقدين، 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 اختيار القانون الواجب التطبيق فيه، أو ما تعلق منها بالنظر إلى اللغة التي كتب بها العقد أو العملة التي اتفق على الوفاء بها أو قد يتجه القاضي إلى النظر إلى جنسية المتعاقدين أو بمحل إقامتهم أو ينظر إلى مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه[2]

لكن على الرغم من أن تقنيات القانون الدولي الخاص المعاصرة تؤكد على ضرورة البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين، إلا أنها كانت مثارا لانتقادات 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

[1] غول سليمة، ميهوب علي، القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الالكترونية، مجلة الباحث القانوني، المجلد 01، العدد01، 2020، ص 57.

[2] ميهوب علي، القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الالكترونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الشاذلي بن جديد – الطارف، الجزائر، 2021، ص 78.

قانون العقد فلا يصح للقاضي البحث عن إرادتهم الضمنية، وإنما عليه البحث عن تركيز الرابطة العقدية واسنادها إلى القانون الأكثر ارتباطا بالعقد، مما يحقق للمتعاقدين أماذا قانونيا أفضل من تحويل القاضي حرية البحث عن إرادتهم الضمنية، التي تقلت 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.[1]

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ سلطان الارادة:

الفرع الأول: النظام العام واستبعاد القانون المختار:

1- النظام العام الداخلي:

أ- **تعرف النظام العام الداخلي:** يعتبر النظام العام الداخلي مجموعة من القواعد القانونية والأخلاقية والاجتماعية التي تؤسس للنظام القانوني في دولة معينة. يتم تحديد هذه القواعد من خلال التشريعات والقوانين التي تصدرها الحكومة والسلطات القضائية، بالإضافة إلى المبادئ العامة المتعارف عليها في المجتمع.

وقد أجمع الفقه الحديث على أهمية 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.[2]

جاء في نص المادة 24 من القانون المدني "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.

[1] عتيق حنان، المرجع السابق، ص 109

[2] مهند عزمي مسعود أبو مغلي، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر، 2005، ص 131.

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة"

حيث أنه يمنع تطبيق القانون الأجنبي إذا كان يمس بالأسس والمبادئ والركائز التي يقوم عليها النظام القانوني لدولة القاضي حسب القانون الدولي الخاص.[1]

ب- **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 ، 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.[2]

2- النظام العام الدولي[3]:

أ- **تعريف النظام العام الدولي:** تعددت تعريفات النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، فقد عرفه بعض الفقهاء بأنه:

"وسيلة قانونية يستبعد فيها النزاع المطروح أمام قاضي الاختصاص العادي المعقود للقانون الأجنبي متى تعارضه أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد القاضي"، كما عرفه البعض بأنه: أداة تصويب استثنائية لتسمح باستبعاد القانون الأجنبي المختص ويتضمن أحكاما تقدر المحكمة ضرورة الامتناع عن تطبيقها"[4]

---

[1] عتيق حنان، المرجع السابق، ص 117.

[2] عتيق حنان، المرجع نفسه ، ص 120.

[3] 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

[4] سليمان أحمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار قانون الدولي الخاص، دون طبعة، دار النهضة العربية. القاهرة،2011، ص181.

النظام العام الدولي هو مجموعة من المبادئ والقواعد والمؤسسات التي تنظم العلاقات بين الدول في المستوى الدولي. يعمل هذا النظام على تنظيم القوانين والقواعد المشتركة التي تحكم التعاملات السياسية والاقتصادية والقانونية والثقافية والبيئية والأمنية بين الدول. يتألف النظام العام الدولي من مجموعة من المؤسسات والمنظمات الدولية، مثل الأمم المتحدة ومنظمة التجارة العالمية والبنك الدولي، بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية والمعاهدات والمبادئ القانونية التي تشكل أساس التعاون الدولي.

ب- **خضوع العقد الإلكتروني للنظام العام الدولي:** إذ كان تحديد معالم النظام العام في التجارة الدولية تعترضه صعوبات، فإن هذه الأخيرة تزداد أكثر في إطار التجارة الإلكترونية، وبالأحرى تلك المعاملات الإلكترونية التي لا تعرف أية سلطة إقليمية أو سياسية يمكن مجراتها، بالرغم من أن البعض قد أقر أنها تخضع إلى قواعد النظام العام المعروفة، كتجريم ممارسة الأفعال غير المشروعة، كمنع عرض المخدرات للبيع عبر الإنترنت[1]

الفرع الثاني: حماية المستهلك كقيد على حرية اختيار القانون الواجب التطبيق:

أولا: حماية المستهلك باستبعاد قانون الإرادة:

يعتبر الطرف الأضعف في العقد عادة المستهلك، وتستند قوانين حماية المستهلك إلى مفهوم سلطة الإرادة المطلقة. ومع ذلك، يرى بعض المؤيدين لاستبعاد قوانين سلطة الإرادة أنه عندما يتم تطبيق هذا المفهوم بشكل مطلق، يتم استبعاد النصوص الآمرة التي يجب تطبيقها في حماية المستهلك، ويتم استبدالها بقواعد القانون المختار. ومن الممكن أن تكون هذه القواعد غير مجهزة لتوفير حماية خاصة للمستهلك.

إذا تم استبعاد قوانين سلطة الإرادة، قد يكون لذلك تأثير سلبي على حماية المستهلك في دولة المستهلك. فقوانين حماية المستهلك تعمل على ضمان حقوق المستهلك ومنع الممارسات

[1] عتيق حنان، المرجع السابق، ص 122.

غير العادلة، وتوفير آليات التعويض عن الأضرار. إذا تم الاعتماد فقط على قواعد القانون المختار، فقد يفتقد المستهلكون للحماية القوية والاطمئنان بشأن حقوقهم.

من الأفضل توفير توازن بين حرية الاختيار وحماية المستهلك. يمكن أن يكون هناك تحسين في تنفيذ قوانين سلطة الإرادة وتوفير آليات للتعويض عن الأضرار، بدلاً من استبعاد هذه القوانين تمامًا. يجب أن يكون هدفنا تحقيق حماية فعالة للمستهلكين وتعزيز حقوقهم دون إلغاء حقهم في اتخاذ القرارات والحرية الشخصية.[1]

وترك حرية أطراف العقد لاختيار القانون الواجب التطبيق قد يؤثر سلبًا على مبدأ التوازن في العقود، حيث يجعل المستهلك يواجه وحده شروط الطرف الأقوى دون أن يكون لديه القدرة على المشاركة في المناقشة حول تلك الشروط. يجد المستهلك نفسه إما بأن يقبل تلك الشروط كما هي أو يرفض العقد بالكامل.

في هذه الحالة، قد يكون للمستهلك تحديات في ممارسة حقوقه واحتمالية تضييق الحماية التي يحصل عليها. قد يكون للطرف الأقوى تفضيلات قانونية محددة في تلك الشروط تتجاهل مصلحة المستهلك أو تحد من حقوقه. وبدون إمكانية تفاوض أو التأثير على تلك الشروط، يكون المستهلك في موقف ضعيف في التفاوض وتحقيق التوازن المرجو في العقد.

لذلك، يجب أن يتم التوازن بين حقوق الأطراف وخاصة حماية المستهلك في عملية تحديد القانون المطبق على العقد. يمكن تحقيق ذلك من خلال تطبيق نصوص قانونية واضحة وملزمة لحماية حقوق المستهلك وتعزيز مفهوم التوازن العقدي. يجب أن يكون هناك ضمانات وآليات تحمي المستهلك وتمنحه حقوقًا للتفاوض والتأثير على شروط العقد بما يتوافق مع مبادئ حماية المستهلك والمبادئ العادلة للعقود[2].

[1] د/أشرف وفا محمد، «عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص»، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد،57 مصر، ص .212.

[2] المرجع نفسه، ص 214

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 الداخلية ضارة له مقارنة بالقانون المختار، سواء من حيث مدة عدول المستهلك عن التعاقد أو كيفية استنباط قيمة التعويض

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[1].

ثانيا: حماية المستهلك بتقييد إرادة الأفراد:

الفقه توجه نحو تقييد سلطان الإرادة عن طريق دمج مفهوم قاعدة إسناد محل الإقامة (الإسناد الجامد)، مع السماح للقاضي بسلطة مقارنة بين مدة الحماية والضمانات الموجودة في القانون المختار من قبل الأطراف، والقانون المسند إليه وفقًا لمحل إقامة المستهلك. ونتيجة لذلك، سيتم تطبيق القانون الذي يوفر أكبر حماية للمستهلك[2].

هذا النهج يهدف إلى تحقيق التوازن بين حقوق الأطراف في العقد وحماية المستهلك. من خلال دمج قاعدة إسناد محل الإقامة، يتم تقييد سلطة الإرادة القوية للأطراف في تحديد القانون

[1] عتيق حنان، المرجع السابق، ص124.

[2] جرعود الياقوت، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001، ص 68

المعمول به في العقد. في الوقت نفسه، يسمح للقاضي بمقارنة بين القوانين المتاحة وتحديد القانون الذي يوفر أكبر حماية للمستهلك بناءً على ظروف المحل إقامته.

باستخدام هذا النهج، يمكن للمستهلك أن يستفيد من حماية أكبر بموجب القانون المطبق، بغض النظر عن القانون المختار في العقد. يسمح هذا النهج للقاضي باتخاذ قرار منصف ومتوازن يأخذ في الاعتبار حقوق المستهلك ويحميه من الممارسات غير العادلة.

ومع ذلك، يجب أن يتم تطبيق هذا النهج بحذر وفقًا للقوانين والمبادئ القانونية المعمول بها في النظام القضائي. يتطلب ذلك أيضًا وجود قوانين واضحة وشفافة تحدد الإطار القانوني لحماية المستهلك وتضمن تنفيذ عادل وفعال للحقوق والضمانات المتعلقة بالمستهلك[1].

[1] جرعود الياقوت، المرجع السابق، ص69.

المبحث الثاني: إرادة الأطراف في تحديد الجهة القضائية المختصة لحل منازعات عقود التجارة الالكترونية:

المطلب الأول: حرية الأطراف في تحديد المحكمة المختصة:

الفرع الأول: التكريس التشريعي والاتفاقي:

1- تجسيد المبدأ على المستوى الدولي: اعترفت المواثيق الدولية لإرادة الأطراف بالحق في الاتفاق على تحديد المحكمة التي ستنفرد بحل المنازعة القائم بينهما، ولعل أهمها تلك التي تم تبنيها على مستوى الاتحاد الأوروبي والتي تتجسد في اتفاقية بروكسل المبرمة في 27 سبتمبر 1968 بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المواد المدنية والتجارية [1]

(التي تحولت إلى تنظيم أوروبي رقم 2001/44)، والتي تم توسيع اختصاصها إلى غير دول الاتحاد بموجب اتفاقية لوجانوا لسنة 1988 إلى الدول المنظمة إلى منظمة الاتحاد الأوروبي للتبادل الحر، كما أقرت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا المبرمة سنة 2008، 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 حصريا 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...».

وتتجه التشريعات والاتفاقيات الحديثة إلى الاعتراف بشرط الاختصاص القضائي عندما ترد في صورة كتابة إلكترونية، ومن ذلك مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص الذي وضع نصا في

[1] عتيق حنان، المرجع السابق، ص 134.

المادة الرابعة من مشروع الاتفاقية، والتي تفيد صحة شروط الاختصاص القضائي التي ترد بأية وسيلة إلكترونية[1]

2- **على المستوى الداخلي:** تم تمرير هذا المبدأ مؤخرًا من قبل المشرع الفرنسي من خلال المادة 41 في قانون الإجراءات المدنية الجديد. تم تأكيد حرية الأطراف في تحويل نزاعهم إلى أي محكمة يختارونها، حتى لو لم تكن مختصة في حل هذا النزاع. وعلاوة على ذلك، تم منح الأطراف الصلاحية لتعتبر الحكم الصادر نهائيًا وغير قابل للاستئناف إذا اتفقوا على ذلك بشكل صريح.

وقد جاء في نص المادة 46 من قانون الإجراءات " 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"[2].

الفرع الثاني: القيود الواردة على حرية الأطراف:

1- توفر الرابطة الجدية بين النزاع والمحكمة المختصة

يتطلب تحديد المحكمة المختصة وجود ارتباط أو اتصال بين النزاع والدولة التي يجب أن تمارس فيها الاختصاص القضائي. هناك عدة معايير تُستخدم لتحديد هذا الارتباط، وتشمل:

- **محل نشوء الالتزام:** يتم تحديد المحكمة المختصة استنادًا إلى مكان نشوء الالتزام أو التزام الأطراف في العقد. على سبيل المثال، إذا كان العقد قد تم توقيعه أو تنفيذه في دولة معينة، فقد تكون المحكمة في تلك الدولة المختصة في نظر النزاعات المتعلقة بهذا العقد.
- **موقع المال محل النزاع:** في بعض الحالات، يتم تحديد المحكمة المختصة استنادًا إلى موقع المال الذي يشكل موضوع النزاع. على سبيل المثال، إذا كان النزاع يتعلق بملكية أو

[1] عتيق حنان، المرجع السابق، ص135.

[2] قانون رقم 08/09 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

تحويل أموال أو أصول في دولة معينة، فقد تكون المحكمة في تلك الدولة المختصة في نظر النزاع.

- **المحكمة المختارة:** يمكن للأطراف في العقد تحديد المحكمة المختصة لنزاعاتهم من خلال اتفاقية مسبقة، ويُعتبر هذا الاختيار ملزمًا في العادة. وفي هذه الحالة، يكون المحكمة المحددة بواسطة الأطراف هي المختصة في نظر النزاع.

يهدف تحديد المحكمة المختصة بناءً على هذه المعايير إلى ضمان عدالة وفعالية الإجراءات القضائية وتجنب التضارب في الاختصاص القضائي بين الدول[1].

ومع ذلك، فإنه يظل من الضروري على الأطراف أن يبحثوا عن الرابطة بين النزاع والدولة المختصة، بغض النظر عن نوع الرابطة. ومع ذلك، يُعد تحديد مضمون هذه الرابطة أمرًا صعبًا نسبيًا، حيث لا يوجد معيار منضبط لتحديد مضمون الرابطة بشكل دقيق.

تتمثل الحالات التي أقرها الاختصاص الدولي في وجود رابطة شخصية أو إقليمية محددة بين النزاع والإقليم الذي تم فيه أو تنفذ فيه الالتزامات المتعلقة بالعقد. ويتطلب ذلك أن يكون أحد الأطراف أو كلاهما مقيمين في إقليم دولة المحكمة المختصة.

تعتمد قوانين وتشريعات الدول المختلفة على هذه الحالات وتأخذها بعين الاعتبار، وتحدد الرابطة المطلوبة بين النزاع والدولة المختصة. ومع ذلك، يتطلب هذا التحديد توافقاً بين القوانين الدولية والتشريعات الوطنية.

في النهاية، يجب أن يقوم الأطراف بتقييم وتحليل الظروف الفردية لكل نزاع والبحث عن الرابطة الملائمة بين النزاع والدولة المختصة وفقًا للقوانين والتشريعات المعمول بها في الموضوع.[2]

2- سلامة اختيار المحكمة المختصة من أي لبس أو غش

[1] قسول مريم، القيود الواردة على حرية التعاقد في التشريع الجزائري، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد الرابع، جامعة طاهري محمد بشار، 2016، ص140.

[2] جرعود الياقوت، المرجع السابق، ص72

تختلف طرق الغش والتدليس في التعاقد الإلكتروني وفقًا لطرق الإبرام المختلفة. ومن بين هذه الطرق، استخدام العلامة التجارية لشخص آخر دون إذن، ونشر معلومات غير صحيحة عن المنتجات أو الخدمات على الموقع بهدف الترويج، واستخدام اسم نطاق غير مملوك للشخص الحقيقي، مما يجعل المتعاقد الآخر غير قادر على تحديد هوية الطرف الآخر. وهذا يثير مشكلة في تحديد الهوية وتصعيب تحديد الجهة القضائية المختصة لحل المنازعة.

حتى عند الاتفاق على المحكمة، فإن الطرف الآخر غير معني بالنزاع لأنه تم استخدام مواقع غير مملوكة له. وبالتالي، يصبح تحديد الهوية أمرًا صعبًا ويصعب تحديد الجهة القضائية المختصة لحل المنازعة.

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، لحماية الأطراف في التعاقد الإلكتروني، يجب على المشرعين والمنظمات والجهات المعنية وضع قوانين وإجراءات تقيد هذه الممارسات غير القانونية وتوفر آليات للتحقق من الهوية وتأمين العمليات التجارية الإلكترونية. كما ينبغي على المتعاقدين أن يكونوا حذرين ويتعاقدوا مع الأطراف الموثوق بها والتحقق من صحة المعلومات المقدمة قبل القيام بأي عملية تعاقدية.[1]

المطلب الثاني: حرية الأطراف باللجوء على الوسائل الالكترونية البديلة لحل المنازعات:

الفرع الأول: المفاوضات المباشرة والوساطة الإلكترونية:

[1] د ياسين الشاذلي، نظرية المحكمة غير الملائمة وأثرها على الاختصاص القضائي الدولي في منازعات النقل الجوي: دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 71، 2020، ص 1041.

أولا: مفهوم الوساطة:

1- تعريف الوساطة الالكترونية :

الوساطة طريق ودي لحل المنازعات بعيدا عن ساحة المحاكم، إذ تعتبر وسيلة هامة من الوسائل البديلة عن القضاء الرسمي، يقوم بها أشخاص ليسوا قضاة يثق بهم أطراف النزاع، ولا يتقيدون بأي إجراءات تقوم على عدالة متأتية من اتفاق الافراد وذلك بالنظر لما لها من أثار إيجابية، حيث تقوم على إجراءات معينة تتمثل في التقريب بين وجهات نظر طرفي النزاع، وتهدف إلى إيجاد حلول للنزاع القائم بينهما، عن طريق تدخل شخص ثالث يسمى الوسيط.

والوساطة الالكترونية لا تختلف عن الوساطة العادية إلا من حيث الوسيلة التي تتم بها إجراءات الوساطة، حيث يتم تسوية النزاع باستخدام الوسائل الالكترونية الحديثة، وذلك دون الحضور المادي للأطراف، كما ان الوثائق والمستندات تقدم عبر الانترنت.

حيث عرفها الفقه بأنها " اتصال طرف ثالث محايد مع طرفي النزاع على شبكة الإنترنت، من أجل الوصول إلى تسوية نهائية لهذا النزاع"[1]

2-خصائص الوساطة:

- تعتبر الوساطة أداة سهلة ترتكز أساسا على إرادة الطرفين دون المساس بحق التقاضي فهي عملية تطوعية تقوم على اتفاق الطرفين المتنازعين في اللجوء اليها وفي الاستمرار بها، وقبول الحل الذي تتوصل اليه بمساعدة الوسيط وليس له أي سلطة، بل يقتصر دوره فقط في التقريب بين وجهات النظر وتقديم توصيات واقتراحات يمكن من خلالها الوصول الى حل نهائي.

[1] مسعودي يوسف، الوساطة الإلكترونية كآلية لتسوية منازعات الاستهلاك المبرمة بوسائل الكترونية، مخبر القانون والتنمية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2018، ص 147.

- استخدام الوسائل التقنية الحديثة، وأهمها شبكة الانترنت في عملية الوساطة بقصد توفير ميزات السرعة والسهولة في تسوية النزاع مع توفير مرتكزات الثقة والأمان عبر وسائل الكترونية فعالة، منذ لحظة إحالة النزاع الى الوساطة، وحتى شويته نهائيا.
- الحرية المطلقة لأطراف النزاع في اختيار القواعد الإجرائية التي تناسبهم وذلك من خلال مرونة الإجراءات التي تتم بها عملية الوساطة عبر شبكة الانترنت مع منحهما دون غيرهما زيارة الموقع الالكتروني لمركز الوساطة للاطلاع المباشر على كل الخطوات من أجل تشجيعهما على اللجوء للوساطة الالكترونية لحل النزاع القائم بينهما.

ورغم هذه المرونة في عملية الوساطة، فلا بد من الاتفاق على قواعد معينة سلفا، سواء كانت تلك القواعد خاصة محددة يضعها الطرفين، أم قواعد عامة تضعها المؤسسات التي تتعاطي عملية الوساطة لما في ذلك من أهمية في الوصول إلى نتيجة حاسمة وتسوية مقبولة للنزاع، فلا يوجد في الوساطة أي اجراء شكلي يترتب عليه البطلان إذا تم تجاوزه أو إغفاله، فالوساطة وبوجه خاص تهدف إلى اتباع أي إجراء يمكن أن يؤدي إلى حل مرض الأطراف النزاع[1]

ثانيا: المفاوضات الإلكترونية المباشرة:

1- مفهوم المفاوضات الإلكترونية المباشرة :

- **التعريف الفقهي للمفاوضات الالكترونية:** عرف التفاوض الإلكتروني أنه تبادل للحوار دون حضور مادي متعاصر الأطراف التفاوض وذلك باستخدام وسيلة سمعية بصرية للاتصال عن بعد للاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية 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 والتزامات"، وعرفه الفقيه الفرنسي سيدرا Cédras بأنه إجراء محادثات من اجل الوصل إلى اتفاق.

[1] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 148.

وعرفه جانب آخر من الفقه أنه "التحاور والمناقشة وتبادل الأفكار والآراء أو المساومة بالتفاعل بين الأطراف من خلال الاتصال المباشر أو تبادل البيانات إلكترونيا عبر البريد الإلكتروني، وذلك من أجل الوصول إلى اتفاق معين حول مصلحة أو مشكلة ما. فمن خلال هذه التعريفات السابقة يمكننا صياغة تعريف للتفاوض الإلكتروني على أنه مناقشة تمهيدية بين الأطراف المتفاوضة عبر وسائط إلكترونية للمسائل الجوهرية والثانوية المتعلقة بالعقد المزمع إبرامه مستقبلا".

- **التعريفات القانونية للتفاوض الإلكتروني:** يتضح أن التشريعات المدنية الوضعية لم تنص صراحة على مرحلة التفاوض كمرحلة تمهيدية لإبرام العقد وتركت إشكالية المسألة للفقه والقضاء، فيستندان إلى بعض النصوص القانونية للاستنباط والقياس على القواعد العامة، ورغم ذلك، هذه التشريعات أشارت بصورة ضمنية لمرحلة التفاوض.

والملاحظ كذلك في هذه المسالة أن المشرع الجزائري قد تطرق ضمنيا لموضوع التفاوض كمرحلة سابقة للتعاقد من خلال المادة 71/1 من القانون المدني التي تنص على الوعد بالتعاقد وجاء فيها: "الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها. "[1]

2- **أنواع التفاوض الالكتروني:** يمكن تقسيم التفاوض الإلكتروني إلى نوعين رئيسيين. النوع الأول هو التفاوض الذي يتم بين طرفي النزاع عبر الإنترنت، حيث يستخدم برامج الكمبيوتر لمساعدة الأطراف على التوصل إلى حل رضائي. يتم ذلك عن طريق تبادل الرسائل الإلكترونية أو الاجتماعات الافتراضية أو استخدام منصات التفاوض الإلكتروني المختلفة. يهدف هذا النوع من التفاوض إلى تسهيل التواصل وتوفير أدوات تفاوض فعالة للأطراف للتوصل إلى اتفاقية ترضي جميع الأطراف.

[1] د. معزوز دليلة، التفاوض الإلكتروني كمرحلة سابقة للتعاقد (دراسة مقارنة)، مجلة الأستاذ الباحث للدارسات القانونية والسياسية – المجلد 05 – العدد 01، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2020، ص285.

أما النوع الثاني من التفاوض الإلكتروني فيتجسد في التفاوض المباشر بين الأطراف دون أي تدخل من برامج الكمبيوتر. يتم ذلك عبر وسائل الاتصال التقليدية مثل الهاتف أو البريد الإلكتروني أو الاجتماعات الشخصية. هنا يتفاوض الأطراف بشكل مباشر ويتبادلون العروض والمقترحات والاستجابات بينهما من أجل التوصل إلى اتفاقية، وسوف نتعرض إلى النوعين في النقطتين التاليتين:

- **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
- **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.

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.[1]

[1] عتيق حنان، المرجع السابق، ص146.

الفرع الثاني: التحكيم الالكتروني:

أولا: تعرف التحكيم الالكتروني:

لا يختلف التحكيم الإلكتروني في جوهره عن التحكيم التقليدي إلا من خلال الوسيلة التي تتم فيها إجراءات التحكيم، فلا وجود للورق أو الكتابة التقليدية أو الحضور المادي للأشخاص في هذا التحكيم عديدة هي المحاولات الفقهية التي قيلت بشأن التحكيم الإلكتروني، وكل تعريف يعكس وجهة نظر واضعه والزاوية التي ينظر منها إلى هذا النوع الحديث من الوسائل البديلة لحل المنازعات في مجال التجارة الإلكترونية سواء من جانب الفقه الاقتصادي أو من جانب الفقه القانوني، وهو ما يجعل استعراض كافة التعريفات الفقهية التي قيلت في هذا الصدد مستحيلا.

وعليه وبغية فهم هذا المصطلح عن كتب ارتأينا أخذ عينة من التعاريف التي نراها الأكثر تعبيرا ودلالة لمصطلح التحكيم الإلكتروني، وذلك على النحو الآتي:

فيذهب جانب من الفقه إلى أن التحكيم الإلكتروني هو نظام قانوني إلكتروني خاص، مؤداه تسوية المنازعات التي تنشأ أو المحتمل نشوؤها إلكترونيا. " كما عرفه البعض الأخر بأنه: " التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة اتصالات دولية بطريقة سمعية بصرية ودون الحاجة إلى التواجد المادي الأطراف النزاع والمحكمين في مكان معين. ويقدم آخرون تعريف مشابها على النحو التالي:" اتفاق الأطراف على إخضاع منازعاتهم الناشئة أو المحتمل نشوؤها عن العقود المبرمة بينهم بوسائل إلكترونية إلى شخص أخر يفصل فيها بموجب سلطة مستندة ومستمدة من اتفاق أطراف النزاع باستخدام وسائل اتصال حديثة تختلف عن وسائل التقليدية المستخدمة في التحكيم التقليدي.[1]

[1] مهدي رضا، التحكيم الإلكتروني كآلية من آليات تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 7، العدد 2، المسيلة، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2022، ص121.

ثانيا: مظاهر سلطان الإرادة في التحكيم الإلكتروني:

1- اتفاق التحكيم الالكتروني:

لا يوجد أي نص تشريعي خاص يعرف اتفاق التحكيم الإلكتروني، لكونه عقد كسائر العقود يخضع لنفس القواعد والأركان العامة، وهو لا يختلف في جوهره عن التحكيم العادي، فهو صورة متطورة فقط من حيث الدعامة الإلكترونية التي يبرم بها العقد بالإضافة إلى الشكلية المطلوبة في ذلك، فهو إذن بصورة عامة الاتفاق على عرض نزاع معين على محكمين بدلا من اللجوء للقضاء والقبول بتنفيذ حكمهم ويكون اتفاقهم على اللجوء إلى التحكيم تنازل ضمني عن حقهم في اللجوء إلى القضاء 1. ولقد عرفه بعض الفقه بأنه " ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه يتعهد الأطراف بأن الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو المحتمل نشوئها من خلال التحكيم"

وتعرفه المادة 7/1 من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، اتفاق التحكيم بأنه اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة، التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في أو في صورة اتفاق منفصل»[1]

وقد عرفت المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري اتفاق التحكيم بأنه اتفاق التحكيم الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم [2]

2- تشكيل محكمة التحكيم الإلكتروني:

أخذ المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتحديدا المادة 1041 التي تنص على أن: " يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي تعيين المحكم أو المحكمين تحديد شروط تعيينه وشروط عزلهم واستبداهم" أقر للأطراف بصفة مباشرة أو إسنادا إلى نظام

[1] القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر ع21، س 45، ص 91

[2] أزوا محمد، اتفاق التحكيم الإلكتروني كآلية لتسوية منازعات عقود الاستهلاك الالكترونية، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05 ، العدد: 01، جامعة أحمد دراية، ادرار – الجزائر، 2021، ص 131.

تحكيمي معين الحرية في تعيين الشخص والأشخاص الذين يتولون النظر في النزاع. فبالنسبة لتعيين المحكمين يختلف ما إذا كان الأطراف قد أحالوا النزاع إلى تحكيم حر أو مؤسساتي، ففي حالة لجوء الأطراف إلى التحكيم المؤسساتي فإنهم سوف يخضعون لمبادئ و قواعد معدة سلفا من قبل المؤسسات والهيئات التحكيمية و مثل هذا الاختيار لا يحرم الأطراف في اختيار هيئة التحكيم ولا يسلب حريتهم في ذلك، بل يأخذ طابع احتياطي وذلك في حالة فشل الاطراف في الاختيار تتولى هذه الهيئات مهمة التعيين، أما في حالة اختيارهم للتحكيم الحر فإن الأطراف هم الذين يتولون بأنفسهم تسيير و تشكيل هيئة التحكيم أو الاتفاق على طريقة أخرى لتعيينها[1].

ونجد 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 و إذا 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[2].

3-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.

فعند انتهاء إجراءات التحكيم الإلكتروني بإصدار حكم التحكيم وتبليغه للأطراف، يتم اتخاذ إجراءات الخاصة بتنفيذه، ولما كان التحكيم الإلكتروني أساسه إرادة الأطراف، ورغبة منهم في

[1] Terki-Nourdine, l'arbitrage comerciale international en Algerie, o.p.u alger, 1999, p33.32

[2] أحمد خالد العلجوني، التعاقد عن طريق الإنترنت- دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع و دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002 ص 86.

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.

بغض النظر عن الشروط التي يستوجبها حكم التحكيم الإلكتروني لصحته وتنفيذه، 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.

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.[1]

[1] عتيق حنان، المرجع السابق، ص159.

الخلاصة :

يعتبر مبدا سلطان الإرادة في إطار تحديد القانون الواجب التطبيق أساس 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 عقود التجارة الإلكترونية عرف المبدأ رواجا واقبالا من جهة واحدة دون الأخرى، إذ أزال التحديد الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني إشكالات قانونية كثيرة عجزت المنظومة القانونية حلها، أما الجهة الثاني وهي حالة اغفال الاطراف وضع بند في العق يحدد القانون الواجب التطبيق فإن استنباطه من خلال ملابسات العقد الإلكتروني باتت بالفشل كون معايير استنباطها ترتكز على أسس إقليمية جغرافية تتنافى والوسيلة المبرمة بها وهي شبكة الانترنت، وذلك يبقى التحديد الصريح للقانون الواجب التطبيق هو الحل الوحيد و المناسب دون مازع له.

الخاتمة

الخاتمة:

في غياب التنظيم القانوني للمعاملات الإلكترونية وحتى قصوره لا يجب أن يجعلنا نقف جانبا، بل يجب الخوض في هذا الغمار خاصة وان التجار في العادة تقوم على الأعراف والعادات، ولا تحتاج الى النصوص القانونية بالقدر ما تحتاج لانفاق الأطراف وتحفيز إرادتهم في التعاقد وهو شأن التجار التقليدية منذ القدم.

فبشأن مرحلة التفاوض الإلكتروني، وهي أول خطوة يبرز فيها دور مبدا سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية، حيث تعد مرحلة هامة في حل العديد من المشاكل التي تثيرها العقود المبرمة عبر الانترنت وذلك عن طريق مناقشتها عبر التقنيات الحديثة التي أفرزته شبكة الإنترنت، والطرفين الحيرة في إجراء المفاوضات، وكل متفاوض حر في اختيار المتعاقد معه، وحر في اختيار موضوعات التفاوض، كما تظهر حريتها في عدم الالتزام بالاستمرار، إلا أن حرية الأطراف في التفاوض الإلكتروني ليست مطلقة، بل هي عملية مقيدة بوجود الالتزام بالتفاوض بحسن النية، الذي يسود العملية التعاقدية منذ بدايتها الى غاية انتهائها، بالإضافة إلى أن تنفيذ هذا الالتزام يقضي وجوب احترام الأطراف التزامات أخرى ثانوية نابغة عنه.

يضفي على عقد التجارة الالكترونية صفة العقد رضائي ينعقد بمجرد تطابق الإيجاب والقبول إلا أن خصوصية العقد الإلكتروني أظهرت إشكالا في أهم مرحلة التعاقد وهو تحديد مجلس العقد الإلكتروني، الذي وضف بانه مجلس بين حاضرين زمانا وبين غائبين مكانا، إلا في حالات معينة يكون بين غائبين مكانا وزمانا، وإن إعمال بمبدأ سلطان الإرادة لتحديد لحظة انعقاد العقد ومكانه هو أحسن حل لإشكال تحديد مكان وزمان انعقاد العقد.

ولعل شيوع التعاقد الإلكتروني أدى من الجهة المقابلة إلى كثرة المنازعات التي تثور بمناسبته، زد على ذلك أن العقود الالكتروني تثير شأنها شأن كل العقود الدولية مسالة 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 الارادة الضمنية أضحت عاجزة عن تمكينه بذلك نظرا لارتكازها على ركائز إقليمية جغرافية.

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 بوجود احترام النظام العام والآداب العامة، وضرورة حماية المستهلك، دون خضوعه لقيد لزوم وجود صلة بن القانون المختار والعلاقة التعاقدية نظرا أن هذه الصلة تتجسد عن طريق روابط إقليميه، كمكان إبرام العقد أو تنفيذه.

كما للمبدأ دور فعال 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 الاختيار قد يمس بحقوق وضمانات المستهلك التي تضمنها له دولة إقامته المعتاد بالإضافة إلى الاحترام دواعي النظام العام، نظرا لمفهومه النسبي وذاتي لكل دولة لذلك بفضل المتعاملون على شبكة الانترنت اللجوء إلى الوسائل الإلكترونية البديلة لحل منازعاتهم، والمجسدة في كل من المفوضات الإلكترونية، الوساطة الإلكترونية، والتحكيم الإلكتروني.

ويمكننا القول بأن سلطان الإرادة يعد الحل الأمثل لمشكل التي يثيرها التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، والسبب في ذلك هو أن الإرادة بطبيعتها غير مادية وهو الوحيدة القادرة على مواجهة الافتراضية التي تلازم إبرام وتنفيذ العقود الإلكترونية وهي القدرة على حل منازعاتها إلكترونيا، ومن جهة أخرى عدم وجود ترسانة قانونية موحدة تراعي خصوصيات التعاقد الإلكتروني.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

1- باللغة العربية:

أولا: الكتب.

1- أحمد خالد العلجوني، التعاقد عن طريق الإنترنت- دراسة مقارنة -، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002.

2- آسر صبري إبراهيم، إبرام العقد عن طريق الإلكتروني وإثباته، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2015.

3- إلياس ناصف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

4- أمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنت، دار وائل للنشر، الأردن، 2006.

5- أيسر صبري إبراهيم، إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، 2015.

6-بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

7- جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد، الطبعة الثانية، مجلد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، لبنان، 2008.

8- جعفر ذيب المعالي، التحكيم الإلكتروني ودور القضاء الوطني في تفعليه، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014.

9- جمال عبد الرحمن محمد علي، المسؤولية المدنية للمتفاوض: نحو تطبيق القواعد العامة على مسؤولية المتفاوض عبر الإنترنت – دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي –، دون دار نشر، مصر، 2004.

10- حامد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، معهد الإرادة العامة للبحوث، الرياض، السعودية، 1995.

11- حامد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.

12- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني – دراسة مقارنة –، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.

13- سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق –دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان 2010.

14- سليمان أحمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار قانون الدولي الخاص، دون طبعة، دار النهضة العربية. القاهرة،2011.

15- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 2007.

16- شحاتة غريب شلقاني، إشكالات اتفاق التحكيم – دراسة مقارنة –، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، مصر، 2015.

17- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام –،(العقد، العمل غير المشروع الاثراء بلا سبب، القانون)، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1952.

18- عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009.

19- علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة لعقد، الطبعة الثانية، موقع للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

20- عمر خالد زريقات، عقد التجارة الالكترونية- عقد مبرم عبر الانترنت-دراسة تحليلية، دار الحامد للنشر و التوزيع، الأردن، 2007.

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

22- لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

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

24- محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الانترنت، دار النهضة العربية، صمر، 2004.

25- محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنات – دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

26- مسعودي يوسف، الوساطة الإلكترونية كآلية لتسوية منازعات الاستهلاك المبرمة بوسائل الكترونية، مخبر القانون والتنمية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2018.

27- نضال اسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.

28- هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية ، دراسة مقارنة في القانوني المصري والإنجليزي، دار النهضة العربية، مصر، 1998.

ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية.

1- بشار طلال أحمد المومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت – دراسة مقارنة- ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2003.

2- جرعود الياقوت، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001.

3- حمودي ناصر، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم ، التخصص القانون ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمر، تيزي وزون 2009.

4- خليفي سمير، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص التعاون الدولي، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2010.

5- شبة سفيان، عقد البيع الدولي، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011- 2012.

6- عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية، البويرة، 2012.

7- عز الدين محمد بسام شمدين، الرضا في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2008.

8- قارة مولود، خصوصية التعاقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة سعد حلب، البليدة، 2012.

9- لما عبد الله صادق سهلب، مجلس العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008.

10- 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.

11- مهند عزمي مسعود أبو مغلي، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر، 2005.

12- ميهوب علي، القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الالكترونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف، الجزائر، 2021.

13- نور الهدى مرزوق، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

ج- المقالات:

1. أزوا محمد، اتفاق التحكيم الإلكتروني كآلية لتسوية منازعات عقود الاستهلاك الالكترونية، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05 ، العدد: 01، جامعة أحمد دراية، ادرار – الجزائر، 2021.

2. أشرف وفا محمد، «عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص»، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد،57 ، مصر.

3. رضا متولي وهدان، النظام القانوني لعقد الإلكتروني – دراسة مقارنة في القوانين الوطنية وقانون الأونيسترال النموذجي و الفقه الاسلامي ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد الثاني والأربعون، أكتوبر، 2007، ص 26- 155.

4. زياد طارق جاسم الراوي، التراضي الإلكتروني – دراسة مقارنة- ، مجلة جامعة كربلاء العلمية، جامعة كربلاء، العراق، المجلد: 7، العدد: 1، إنساني، 2009.

5. شيباني مختارية ،علي فتاك، تفعيل مبدأ سلطان الإرادة في العقود الالكترونية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة ابن خلدون تيارت، المجلد 06، العدد 02، 2020.

6. غول سليمة، ميهوب علي، القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الالكترونية، مجلة الباحث القانوني، المجلد 01، العدد01، 2020.

7. قسول مريم، القيود الواردة على حرية التعاقد في التشريع الجزائري، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد الرابع، جامعة طاهري محمد بشار، 2016.

8. كاظم طارق عجبيل، " مجلس العقد الإلكتروني "، بحث مقدم إلى مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية)، مركز الإمارات للدراسات والبحوث، تاريخ، 19- 20 مايو 2001.

9. محمد بيسي، التراضي في العقد الإلكتروني، الإيجاب الالكتروني والقبول الإلكتروني مقال منشور تحت رقم 273، بجريدة القانونية أو جريدة قانونية إلكترونية احترافية بالمغرب بتاريخ 07/ 12/ 2015.

10. معزوز دليلة، التفاوض الإلكتروني كمرحلة سابقة للتعاقد (دراسة مقارنة)، مجلة الأستاذ الباحث للدارسات القانونية والسياسية – المجلد 05 – العدد 01، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2020.

11. مهدي رضا، التحكيم الإلكتروني كآلية من آليات تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 7، العدد 2، المسيلة، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2022.

12. وعود كاتب عبد عباس، " أحكام الإيجاب الإلكتروني "، مجلة رسالة الحقوق ، جامعة كربلاء، العراق، العدد الخاص ببحوث المؤتمر القانوني الوطني، 2012.

13. ياسين الشاذلي، نظرية المحكمة غير الملائمة وأثرها على الاختصاص القضائي الدولي في منازعات النقل الجوي: دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 71، 2020.

رابعا: النصوص القانونية.

النصوص التشريعية:

1. الأمر رقم 74/ 58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 07/ 05 المؤرخ في 13 مايو 2007، جريدة رسمية عدد 31 الصادرة في 13 مايو 2007.

2. قانون رقم 08/ 09 المؤرخ في 25/ 02/ 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3. قانون رقم 08/09 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

خامسا: القوانين النموذجية.

1.القانون النموذجي للأونيسترال بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996.

2.القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر ع21، س 45.

ثانيا: بالغة الفرنسية.

1- Shandi Youcef, « La formation du contrat a distancé par voie électronique », Doctorat Nouveau régime Mention « Droit prive », faculté de Droit, de sciences politiques et de gestion, université Robert Schuman Strasbourg III, 28 juin 2005.

2- Miheal Botrous, le droit du commerce électronique (une approcha de la protection du cyber consommateur), thèse pour le grade de docteur, université de Grenoble, 2014.

3- Corinne Renauit Brahinsk, l'essentiel du droit des obligation, Gualiono .patis, 5, EDITION, 2009, p 39

Terki-Nourdine, l'arbitrage comerciale international en Algerie, o.p.u alger, 1999.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات :

المحتوى	الصفحة
شكر وعرفان	*
اهداء	*
مقدمة	أ
الفصل الأول : مبدأ سلطان الإرادة في إبرام العقود التجارة الإلكترونية	
تمهيد	**3**
المبحث الأول: التفاوض الإلكتروني كتجسيد لمبدأ سلطان الإرادة	**4**
المطلب الأول: مظاهر سلطان الإرادة في التفاوض الإلكتروني	**4**
الفرع الأول: مفهوم التفاوض الإلكتروني	**5**
الفرع الثاني: حرية إجراء المفاوضات الإلكترونية	**6**
الفرع الثالث: حرية اختيار طريقة التفاوض الإلكتروني	**7**
المطلب الثاني: القيود الواردة على حرية الأطراف في مرحل التفاوض الإلكتروني	**8**
الفرع الأول: التفاوض بحسن نية كقيد على حرية الأطراف في مرحلة التفاوض الإلكتروني	**8**
الفرع الثاني: الالتزامات المتفرعة عن الالتزام بالتفاوض بحسن نية	**9**
المبحث الثاني: سلطان الإرادة في انعقاد العقود التجارية الإلكترونية	**12**
المطلب الأول: التراضي في العقود التجارية الإلكترونية	**12**
الفرع الأول: الإيجاب الإلكتروني	**13**
الفرع الثاني: القبول الإلكتروني	**15**
المطلب الثاني: زمان و مكان إنعقاد عقود التجارة الإلكترونية	**17**
الفرع الأول: زمان انعقاد عقود التجارة الإلكترونية	**17**
الفرع الثاني: مكان انعقاد عقود التجارة الإلكترونية	**25**
الخلاصة	**28**

فهرس المحتويات

الفصل الثاني : مبدأ سلطان الإرادة في حل نزاعات العقود التجارة الإلكترونية	
تمهيد	**30**
المبحث الأول: إرادة الأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود التجارة الالكترونية	**32**
المطلب الأول: أعمال مبدأ سلطان الإرادة في مجال عقود التجارة الالكترونية	**32**
الفرع الأول: الإرادة الاعتراف بمبدأ سلطان الإرادة في الأنظمة القانونية	**32**
الفرع الثاني: طرق اختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق	**33**
المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ سلطان الارادة	**36**
الفرع الأول: النظام العام واستبعاد القانون المختار	**36**
الفرع الثاني: حماية المستهلك كقيد على حرية اختيار القانون الواجب التطبيق	**38**
المبحث الثاني : إرادة الأطراف في تحديد الجهة القضائية المختصة لحل منازعات عقود التجارة الالكترونية	**42**
المطلب الأول: حرية الأطراف في تحديد المحكمة المختصة	**42**
الفرع الأول: التكريس التشريعي والاتفاقي	**42**
الفرع الثاني: القيود الواردة على حرية الأطراف	**43**
المطلب الثاني: حرية الأطراف باللجوء على الوسائل الالكترونية البديلة لحل المنازعات	**46**
الفرع الأول: المفاوضات المباشرة والوساطة الإلكترونية	**46**
الفرع الثاني: التحكيم الالكتروني	**50**
الخلاصة	**54**
الخاتمة	**56**
قائمة المصادر والمراجع	**59**