

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

قسم الشريعة والقانون
تخصص: شريعة وقانون

جامعة الأمير عبد القادر_قسنطينة
كلية الشريعة والاقتصاد

الرقم التسلسلي:

رقم التسجيل:

طرق تسوية منازعات التجارة الإلكترونية - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي -

أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة والقانون

إشراف الأستاذ الدكتور:
محمد الأخضر مالكي

من إعداد الباحثة:
ليندة بومحراث

لجنة أعضاء المناقشة

رئيسا	جامعة الأمير عبد القادر	أستاذ	أ.د. كمال لدراع
مشرفا ومقررا	جامعة منتوري 1	أستاذ	أ.د. محمد الأخضر مالكي
عضوا	جامعة الأمير عبد القادر	أستاذ	أ.د. نور الدين ميساوي
عضوا	جامعة الأمير عبد القادر	محاضر أ	د. زهرة بن عبد القادر
عضوا	جامعة عباس لغرور خنشلة	محاضر أ	د. كوسر عثمانية
عضوا	جامعة عباس لغرور خنشلة	محاضر أ	د. رفيقة قصوري

السنة الدراسية: 1436-1437هـ/2015-2016م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامعة الأمير

عبد العزيز بن
العثمان بن
الخطيب
جامعة العلوم الإسلامية

قَالَ تَعَالَى:

﴿ يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا نَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴿٢٩﴾ النساء: 29.

﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِي مَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴿٦٥﴾ النساء 65.

﴿ وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ ۖ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ ﴿٤٨﴾ المائدة: 48.

الإهداء

- إلى اللذين قال فيهما الله جل جلاله: ﴿وَالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾ (الإسراء: ٢٣)،
والذي الكريمين اللذين أنارا دربي بشموع الأمل، ورباني على حب
العلم وطلبه، فكانا مصدرا لشذو الهمة وتقوية العزيمة كلما انتابني
ملل أو ثقاقل، أطال الله عمرهما وجعلهما نورا دائما.

- إلى الذي تحمل معي عناء هذا البحث وقاسمني جزئياته وتفاسيله
فكان باحثا من حيث لا يدري زوجي الفاضل حفظه الله

- إلى من كانوا ولا زالوا سندا لي في هذه الحياة أشقائي: فارس،
عباس، ومعاذ، وشقيقاتي: أم طه، أم إياد، هاجر وسهيله

- إلى اللذين ترعرعنا بين أحضان هذا البحث وأدركنا قيمة الأوراق
والكتب قبل أن يتعلما الأبجدية، قرتي عيني ولداي أحمد عبد
المهيمن، ومحمد عبد العبي أنار الله دربهما وجعلهما من عباده
الصالحين.

- إلى الأتي جمعني بمن الحب في الله فكن خير معين صديقاتي
أدام الله ودنا.

إلى كل هؤلاء، وإلى كل طالب علم أهدي ثمرة هذا الجهد
المتواضع.

شكر وتقدير

لا يملك الباحث وهو يرى جهده على مدار سنين ينتظم ليشكل بحثاً مقروءاً، إلا أن يحمده الله على توفيقه، ويطلعي على الحبيب المصطفى عليه أفضل الصلاة والتسليم. وأن يتقدم بخالص شكره وجزيل امتنانه لأصحاب الفضل عليه انطلاقاً من قوله عليه الصلاة والسلام: [لا يشكر الله من لا يشكر الناس].

وعليه أتوجه بجزيل الشكر والعرفان إلى مشرفي وأستاذي ومعلمي الفاضل الأستاذ الدكتور محمد الأنصر مالكي، الذي شرفني بقبوله رعاية هذه الأطروحة منذ كانت فكرة تدور في خلدي إلى أن خرجت إلى الوجود على هذا الشكل، وعمرنى بنبل أخلاقه وسعة صدره، وإن كان قد علمني في مراحل الدراسة أبحاث البحث العلمي، فقد علمني في هذه المرحلة أنه إن كان للطالب فضل في جمع شتات الموضوع الذي يدرسه، فلأستاذ المشرف الفضل الأكبر في خلق روح الباحث وتحريك ملكة البحث لديه، وزيادة عزيمته وحثه على السعي والمثابرة فيجازه الله عني وعن كل طالب نهل من علمه خير الجزاء، وحفظه وأطال عمره ومتعته بالصحة والعافية.

كما أتقدم بشكري الخالص إلى كل من شد أوزي ولو بكلمة تشجيع من أساتذتي وزملائي وأخص بالذكر الأستاذين الفاضلين أ.السبتي بن ستيرة ود. كمال لدرغ.

وأخيراً أتقدم بشكر خاص لأعضاء لجنة المناقشة الذين تبشروا عناء قراءة هذا البحث، وأنا متأكد أن ملاحظاتهم ستكون دفعة تزيد من حماسه إن كان فيه محاسن، وتقلل من مثالبه، فلمن مني فائق الاحترام والتقدير.

حقوق كفاية

جامعة الأمير
عبد القادر
للعلوم الإسلامية

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين، وبعد.

لئن كان القرن التاسع عشر هو عصر الثورة الصناعية التي قلبت موازين القوى الاقتصادية على مستوى العالم، فإن القرن العشرين كان بحق عصر الثورة التكنولوجية التي لم تقلب الموازين الاقتصادية فحسب بل قلبت كل الموازين إذ أصبحت الدول تصنف بناء على قدراتها المعرفية، لا بناء على قوتها العسكرية أو ما تمتلكه من ثروات.

وكان من نتائج هذه الثورة، التطور الهائل الذي شهدته تقنيات الاتصال، حيث ظهرت وسائل جديدة تعرف بوسائل الاتصال الإلكترونية التي تنوعت وتطورت بشكل سريع وملفت للانتباه، بداية من الفاكس والتلكس والهاتف النقال وصولاً إلى الإنترنت أو الشبكة الدولية للاتصالات، هذه الأخيرة التي كانت قفزة نوعية في هذا المجال خاصة وأنها انتقلت للاستعمال العام بعد أن كانت حكراً على المجال العسكري، ثم مجال البحث العلمي.

ومن المجالات التي استفادت استفادة واضحة من هذه التقنية، المجال التجاري، فدخول وسائل الاتصال الحديثة وفي مقدمتها الإنترنت إلى هذا المجال كان له أثر كبير على التجارة عموماً والتجارة الدولية على وجه الخصوص، ومن ثم ظهرت مفاهيم جديدة في هذا المجال أهمها ما يعرف بالاقتصاد الرقمي الذي يضم التجارة الإلكترونية، الصيرفة الإلكترونية، والنقود الإلكترونية...

وبقدر ما حققته هذه التطورات من إيجابيات للتجارة الدولية بظهور التجارة الإلكترونية، إذ بعد أن كانت لا تمارس إلا بإجراءات معقدة ينأى عنها أكثر المتعاملين في المجال التجاري، أصبحت لا تعوقها حدود جغرافية أو سياسية، فهي متاحة حتى لذلك الفرد الذي لم يمتلك يوماً جواز سفر، ولم يخط خطوة خارج قريته الصغيرة، بقدر ما أفرزت من إشكالات خاصة على الصعيد القانوني.

ذلك أن التجارة الإلكترونية وعلى اعتبار أنها وسيلة جديدة لممارسة الأعمال التجارية برزت معها مشاكل جديدة منها الأمن "التشفير"، السرية، المسؤولية، الوضع القانوني للمستند الإلكتروني، جمع الضرائب، المراقبة الكافية من خلال الإحصائيات الرسمية، الاختصاص القضائي عبر الحدود وحماية المستهلك... إلى غيرها من المشاكل القانونية التي تحتاج إلى حلول جديدة وسريعة تواكب سرعة نمو هذا النوع من التجارة، وفي هذا الإطار سيكون هذا البحث - بحول الله - لكن لا للتصدي لكل هذه المشاكل بل لدراسة مشكلة واحدة وهي تلك المتعلقة بـ "طرق تسوية منازعات التجارة الإلكترونية".

أولاً: أهمية الموضوع

لقد أصبح موضوع التجارة الإلكترونية من أكثر المواضيع تداولاً على المستوى العالمي، لما شهدته من تطورات متلاحقة إذ فاق حجم التبادل التجاري عن طريقها جميع التوقعات، بل إن ما أحدثته من تغيير في الفكر الاقتصادي لم يخطر ببال أغلب المفكرين المتخصصين في مجال المال والأعمال، وعلى الرغم من أن التوقعات الأولى كانت تشير إلى أن التجارة الإلكترونية كما ظهرت وانتشرت في لمح البصر، ستختفي ويأفل نجمها بذات السرعة، غير أن الواقع كذب كل تلك التوقعات، وأثبت أن هذه التجارة في طريقها إلى النضج والاستقرار التشريعي يوماً بعد يوم.

خاصة وأن ما تحققه من مزايا للمتعاملين في مجالها يجعل أمر التحلي عنها أو التغاضي عن هذه المزايا والعودة إلى الطرق التقليدية لممارسة التجارة الدولية ضرباً من الخيال، وعليه فإنه أهمية تحديد طرق تسوية ما ينتج عن هذه التجارة من منازعات -وهو موضوع هذه الدراسة- يحتل ذات الأهمية التي تحتلها التجارة الإلكترونية، ذلك أن سرعة إتمام صفقات هذا النوع من التجارة وعدم إمكانية الالتقاء المادي لطرفيها وكذلك عدم إمكانية المعاينة الحسية للمنتجات تزيد من فرص النزاع ومن ثم فكلما أمكن استيعاب هذه المنازعات وفصلها دون الوقوف عند عقبات تشريعية، أو حدود جغرافية كانت أم سياسية، كلما أدى ذلك إلى استقرار هذه التجارة وتطورها وزيادة مزاياها.

ثانياً: حدود الدراسة

إن موضوع هذه الدراسة المعنون بطرق تسوية منازعات التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، يفرض على الباحثة تناول طرق تسوية كل ما ينشأ عن هذه التجارة من منازعات سواء أكانت تعاقدية أم غير تعاقدية، غير أن الباحثة ارتأت أن تخصص دراستها للمنازعات العقدية، ذلك أن هذه الأخيرة تعد أكثر المنازعات في مجال التجارة الإلكترونية من جهة، ومن جهة ثانية، حتى تتمكن من تركيز الدراسة وضبطها لأنه كلما ضاق الموضوع كلما سهل على الباحث التحكم فيه ومن ثم بحثه بشكل أدق.

إضافة إلى هذا فإنه فيما يتعلق بالتحكيم الإلكتروني، فإن الباحثة وانطلاقاً من أن عقود التجارة الإلكترونية في الغالب عقود تجارية دولية، افترضت أن التحكيم الإلكتروني في هذا المجال هو تحكيم تجاري دولي، ومن ثم لم تتطرق إلى مسألة تقسيم التحكيم إلى تحكيم داخلي ودولي ومعايير تحديد تلك الدولية.

ثالثا: إشكالية الدراسة

على اعتبار أن موضوع هذه الدراسة يعالج أحد الإشكالات القانونية التي تثيرها التجارة الإلكترونية وهو ذلك المتعلق بتسوية ما ينشأ عنها من منازعات في الحدود المبينة أعلاه، فإن الإشكال الرئيس الذي يطرحه يتمثل في: ما هي الطرق الملائمة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية؟ على أنه تندرج تحت هذا التساؤل مجموعة من التساؤلات الفرعية يمكن إجمال أهمها في:

- 1- ما هي التجارة الإلكترونية؟ وما هي مقوماتها الأساسية؟
- 2- ما المقصود بعقود التجارة الإلكترونية وكيف يتم إبرامها وإثباتها؟ وهل يكفي منح تنازع القوانين المقرر في القانون الدولي الخاص، لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود؟
- 3- ما مدى صلاحية القواعد المادية التي ظهرت بظهور الإنترنت لأن تكون قانونا مستقلا يحكم عقود التجارة الإلكترونية ومن ثم يتم الاعتماد عليه في تسوية منازعاتها؟
- 4- هل يمكن للقواعد التقليدية المعتمدة لتحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية أن تكون معيارا لتحديد المحاكم المختصة بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية؟
- 5- ما مدى ملاءمة القضاء بقواعده الشكلية لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية؟
- 6- هل يمكن الاعتماد على الطرق الإلكترونية البديلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية؟
- 7- هل يكفي التحكيم الإلكتروني لأن يكون الوسيلة الأساسية لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية؟

مع الإشارة دائما إلى موقف الفقه الإسلامي من كل تساؤل من هذه التساؤلات.

رابعا: أسباب اختيار الموضوع

يعود اختيار الباحثة لهذا الموضوع إلى مرحلة الماجستير حيث تناولت موضع التحكيم في المنازعات التجارية الدولية ومن ثم اطلعت على موضوع التجارة الإلكترونية بصفة عرضية أثناء إنجازها للبحث، وأكثر ما لفت انتباهها في تلك الفترة أن موضوع التجارة الإلكترونية قد حظي باهتمام واسع لدى الباحثين على مستوى الدول العربية والغربية على حد سواء، ومن ثم كان من نتائج دراسة الماجستير أن موضوع التحكيم يمكن أن يكون له آفاقا في مجال التجارة الإلكترونية لما لحظت من ارتباط

بينهما، وهو ما كان بالفعل حيث اختارت الباحثة إشكالا من إشكالات التجارة الإلكترونية ليكون موضوع أطروحتها للدكتوراه.

وإن كان هذا هو السبب الرئيس وراء اختيار الباحثة لهذا الموضوع فإن هناك أسباب أخرى يمكن إجمالها في الآتي:

- أن التجارة الإلكترونية لم تعد حكرا على جهة معينة أو أشخاص معينين في أماكن محددة، بل أصبحت في متناول الجميع وفي جميع أنحاء العالم، فهذا التعامل الذي يجري على بعد مسافات لا شك وأنه سينتج عنه بعض الإشكالات نظرا للسرعة التي تتم بها المعاملات من جهة، وعدم وجود معرفة مسبقة أو حتى التقاء مادي بين طرفيها في أغلب الحالات، الأمر الذي دفع الباحثة إلى معرفة كيفية تسوية تلك المنازعات، وهل يمكن للمستهلك أو حتى التاجر البسيط أن يتحمل عناء الوقوف أمام المحاكم من أجل تسوية نزاع في صفقات قد لا تساوي قيمتها شيئا مقارنة بما سيتكبد من مصاريف.

- الرغبة في معرفة صلاحية طرق التقاضي التقليدية لمواكبة ركب التجارة الإلكترونية التي تنمو بشكل ملفت للانتباه وتحتل تدريجيا مكان التجارة العادية اختصارا للوقت، الجهد والتكاليف.

- معرفة موقف الشريعة الإسلامية من هذه التجارة من جهة ومن الوسائل المبتكرة لتسوية منازعاتها من جهة أخرى خاصة وأن من أهم مبادئ القضاء في الإسلام "مبدأ المواجهة بين الخصوم"، و"علانية الجلسات".

خامسا: الأهداف التي يرجى الوصول إليها من الدراسة

أما عن الأهداف التي يرجى تحقيقها من خلال تناول هذا الموضوع فيمكن حصرها في:

1- تحديد مفهوم التجارة الإلكترونية وعقودها، ذلك أنه وعلى الرغم من أنها من المفاهيم التي حظيت باهتمام واسع على مستوى القانونيين والاقتصاديين على حد سواء، إلا أنها مفهوم وعقودها لا يزال يكتنفه الغموض، لارتباطها بتقنيات ووسائل الاتصال الحديثة التي تتطور بشكل متلاحق، فلا نكاد نتقن تقنية حتى يظهر ما هو أحدث.

2- بيان أي طرق تسوية المنازعات أكثر ملاءمة لتسوية منازعات هذا النوع من التجارة، نظرا لما تتمتع به من الخصوصية المتأتية من الوسيلة التي تتم من خلالها.

3- بيان موقف الفقه الإسلامي من هذا المستجد، وكيفية التعامل معه إذ لا مسوغ للتنازل عما توفره هذه التجارة من مزايا، لا لشيء سوى لأنها من المستجدات التي لم تتضمنها إشارات الفقهاء المتقدمين بشكل مباشر.

4- بيان موقف المشرع الجزائري من التجارة الإلكترونية ومن طرق تسوية منازعاتها، خاصة في ظل غياب تشريع مستقل ينظم المعاملات الإلكترونية التي باتت واقعا مفروضا على جميع الدول.

سادسا: الدراسات السابقة

إن موضوع البحث المعنون بطرق تسوية منازعات التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، والذي تناولته الباحثة في الحدود المبينة أعلاه، مجيبة عن التساؤلات السابق ذكرها، ينطوي على أكثر من متغير، منها ما هو أساسي والمتمثل في طرق تسوية المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية، ومنها ما هو فرعي كمفهوم التجارة الإلكترونية، وكيفية إبرام وإثبات عقودها والقانون الواجب التطبيق عليها، ومن ثم يمكن تقسيم الدراسات السابقة التي كانت مرجعا أساسيا للباحثة في تناولها للموضوع إلى قسمين:

1- الدراسات التي عالجت المتغير الأساسي للدراسة:

وهذه الدراسات قليلة مقارنة بالكم الهائل للدراسات التي تناولت موضوع التجارة الإلكترونية عموما كما تقدم، حيث تحصلت الباحثة مجموعة من الدراسات التي غطت موضوع الدراسة بشكل مباشر وإن اختلف عن التصور الذي وضعته الباحثة من بعض الوجوه، وهو ما سيتضح من خلال عرض الباحثة لهذه الدراسات:

أ-دراسة معنونة بـ"المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص": وهي أطروحة دكتوراه لسليمان أحمد فضل مقدمة بجامعة عين شمس، كلية الحقوق، سنة 2010. وهذه الدراسة وإن أشبهت ما قدمته الباحثة في أطروحتها من حيث التصور العام، إلا أنها تختلف عنها من حيث المضمون المقدم، حيث أغفل الباحث في دراسته الإشارة إلى البنية التحتية للتجارة الإلكترونية والمتمثلة في الإنترنت على الرغم من أنها أكثر الوسائل استعمالا لإتمام هذا النوع من التجارة، وأغفل أيضا التطرق لمفهوم عقود التجارة الإلكترونية.

إضافة إلى هذا، فقد خلقت الدراسة من أي إشارة لموقف الفقه الإسلامي، كما أن الباحث وإن استعمل كثيرا من المراجع الأجنبية، غير أنه بالنسبة لنصوص القوانين والتشريعات الأوروبية خاصة اعتمد

على مراجع عربية، ومن ثم كان يذكر النصوص كما ترجمها غيره دون الرجوع إلى الأصل مما أدى إلى بعض الأخطاء.

وهذه الدراسة وإن اتصفت بالجدية إلى حد كبير، إلا أن الباحثة لم تستفد منها كثيرا ذلك أنها تحصلت على جل المراجع التي اعتمد عليها الباحث، ومن ثم رجعت إلى أصول هذا البحث بدل الاعتماد على النقول الواردة فيه.

ب-دراسة معنونة بـ"الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية": وهي أطروحة دكتوراه لفيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، مقدمة بجامعة القاهرة، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، سنة 2008م. والملاحظ بالنسبة لهذه الدراسة أنها عاجلت كثيرا من الجزئيات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، إضافة إلى بيان التهديدات الإجرامية التي تتعرض لها، كما أنه ركز على كيفية إنشاء العقود الإلكترونية والتعبير عن الإرادة عبر الوسائل الإلكترونية، إضافة إلى أنه بين كيفية حماية التوقيع وأسماء الدومين والعلامات التجارية، وكيفية تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

والأطروحة بهذا العرض، تتفق مع ما قدمته الباحثة في أطروحتها في بعض الجوانب، والمتمثلة في إعطاء تعريف للتجارة الإلكترونية، وكذلك الحال بالنسبة لإنشاء عقود التجارة الإلكترونية، وطرق التعبير عن الإرادة إلكترونيا، والتوقيع الإلكتروني وحمايته، وهو ما جعل الباحثة تستفيد منها في كثير من المواضع في بحثها، خاصة وأن الباحث كان دقيقا في عرض المعلومات والتعليق عليها، غير أن هناك كثيرا من أوجه الاختلاف بين الدراستين تتمثل في أن:

1^o-الباحثة لم تتناول التهديدات الإجرامية للتجارة الإلكترونية بشكل مباشر، وإن أشارت إليها عند الحديث عن أمن البيانات والتوقيع الإلكتروني، كما أنها تطرقت إلى أسماء الدومين تحت مسمى أسماء وعناوين المواقع الإلكترونية دون أن تفصل طرق حمايتها، وحماية العلامات التجارية لأن الباحثة جعلت بحثها يقف عند حدود منازعات التجارة الإلكترونية ذات الأساس التعاقدية دون غيرها.

2^o-أن الباحثة تناولت البنية التحتية للتجارة الإلكترونية ممثلة في الشبكة الدولية للاتصالات "الإنترنت" على اعتبار أنها النموذج الأمثل لممارسة التجارة الإلكترونية إلى يومنا هذا، وهو ما لم يتطرق إليه الباحث في دراسته.

3^o-كما أنه في حين خصصت الباحثة الباب الثاني من أطروحتها لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية على اعتبار أنه الإشكال الرئيس الذي تطرحه دراستها، فإن صاحب هذه الأطروحة لم يتناول هذا الإشكال إلا في الفصل الأخير بشكل موجز.

٤-زيادة على كل ما تقدم، فإنه في حين حرصت الباحثة على بيان موقف الفقه الإسلامي من كل الجزئيات التي تناولتها في بحثها، لم تنطو هذه الدراسة على أي إشارة للفقه الإسلامي.

ج-دراسة معنونة بـ " **LE Contrat de Commerce Électronique International**": وهي دراسة أجنبية عبارة عن أطروحة دكتوراه للباحث (Chiheb Ghazouani) مقدمة بـ جامعة (- économie - droit - Paris II) Pantheon-Assas (sciences sociales) سنة 2008، وقد قسم الباحث دراسته إلى قسمين تناول في الأول قانون العقد الإلكتروني، وفي الثاني قاضي العقد الإلكتروني، في إطار المجموعة الأوروبية بشكل أساسي مع الإشارة إلى موقف القانون المقارن مما تناوله من جزئيات، وقد استفادت الباحثة من هذه الدراسة بشكل كبير من حيث أنها أرشدتها للتوجيهات الأوروبية والقوانين الفرنسية في مجال التجارة الإلكترونية، وهو ما سهل على الباحثة الرجوع إلى هذه النصوص من مصادرها الأصلية، كما أن الباحث كان دقيقا في مقارنة تنظيم التوجيهات الأوروبية، وكذا القانون الفرنسي لجزئيات التجارة الإلكترونية، مع تنظيم قوانين الأونسترال النموذجية سواء للتحكيم التجاري الدولي، أو للتجارة الإلكترونية، أو حتى للتوقعات الإلكترونية.

2-الدراسات التي عالجت المتغيرات الفرعية للدراسة:

-دراسة معنونة بـ"أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية": وهي أطروحة دكتوراه لمحمد سعيد أحمد إسماعيل، مقدمة بجامعة عين شمس، كلية الحقوق، 1426هـ-2005م.

وقد صنفت الباحثة هذه الدراسة ضمن الدراسات التي عالجت متغير فرعي من متغيرات دراستها، لأنها استفادت منها فيما يتعلق ببيان مفهوم التجارة الإلكترونية وبنيتها التحتية، حيث كانت تغطية الباحث لهذا الجانب تغطية وافية خاصة فيما يتعلق بدور المؤسسات الدولية والإقليمية في تنظيم التجارة الإلكترونية. أما بالنسبة للإشكال الرئيس الذي طرحته الباحثة في هذه الأطروحة، فلم تستفد الباحثة من هذه الدراسة، ذلك أن الباحث اقتصر في طرق تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية على التحكيم الإلكتروني فقط، مغفلا بذلك بقية الطرق الإلكترونية البديلة التي عالجتها الباحثة والمتمثلة في الوساطة والمفاوضات، إضافة إلى أنه أغفل الإشارة إلى إمكانية الاعتماد على القضاء العادي لتسوية هذه المنازعات، بإعمال القواعد التقليدية لتحديد الاختصاص القضائي الدولي.

سابعاً: منهج البحث

اعتمدت الباحثة في إنجاز هذه الدراسة على مجموعة من المناهج تمثلت في المنهج الوصفي والمنهج الاستقرائي إضافة إلى المنهج التحليلي والمقارن.

ذلك أن موضوع التجارة الإلكترونية عموماً وطرق تسوية منازعاتها خصوصاً، من المواضيع الحديثة التي ليست لها قواعد محددة في كثير من التشريعات، ومن ثمّ وجب تتبع مسائله التفصيلية وعرضها عرضاً ممنهجاً سواءً في الفقه الإسلامي أم في القانون الوضعي، وهذا اعتماداً على المنهجين الوصفي والاستقرائي.

أما المنهجين التحليلي والمقارن فقد اعتمدهما الباحثة عند تحليل النصوص التشريعية وآراء الفقهاء فيما يتعلق بجزئيات الدراسة، إضافة إلى المقارنة بين مختلف التشريعات الوضعية من جهة، وبين هذه الأخيرة والفقه الإسلامي من جهة ثانية بالنسبة للمسائل التي نظمها الفقه الإسلامي كما هو حال العقد وطرق التعبير عن الإرادة والتحكيم بوجه عام.

ثامناً: منهجية البحث

ركزت الباحثة خلال إنجازها لهذا البحث على جملة من الأمور رأت أنه من الضروري الاهتمام بها وعدم إغفالها، ويمكن إجمالها في النقاط الآتية:

- 1- الأمانة العلمية في نسبة الآراء والأقوال إلى أصحابها.
- 2- تحري الرجوع إلى المصادر الأصلية في المسائل المعالجة ما تسنى لها ذلك، وقد اقتصر في المسائل الفقهية على المذاهب السنية الأربعة.
- 3- دعمت البحث بنصوص القرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة وأقوال فقهاء وعلماء الشريعة الإسلامية لأجل التأصيل الشرعي، ونصوص الاتفاقيات والتشريعات الدولية وبعض القوانين الوطنية لإثراء الجانب القانوني.
- 4- حرصت الباحثة على نقل نصوص الاتفاقيات والتشريعات الدولية، والقوانين الوطنية من مصادرها الأصلية، فبالنسبة مثلاً للقوانين النموذجية الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري رجعت الباحثة إلى نصوص هذه القوانين المتاحة على الموقع الرسمي للجنة، أما بالنسبة للقانون الجزائري وكذا الفرنسي فقد رجعت إلى الجريدة الرسمية الجزائرية والفرنسية، وكذلك الحال بالنسبة للتوجيهات الأوروبية فقد رجعت الباحثة مباشرة إلى الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي، أما بقية القوانين التي

أشارت إليها الباحثة فإنها رجعت إلى كتب متخصصة في جمع نصوص القوانين خاصة على مستوى الوطن العربي مع الحرص على المقارنة بين هذه الكتب حتى تتأكد من سلامة النص المنقول من أي خطأ، إذ لا تستدل به إلا إذا كانت الصياغة محل اتفاق بين أكثر من كتابين.

5- قامت الباحثة بتخريج الأحاديث الواردة في الدراسة في الهوامش، وذلك بالرجوع إلى كتب التخريج، فإن كان الحديث وارداً في أحد الصحيحين اكتفت بذكره منفرداً، أما إن كان وارداً في غيرهما فقط، ذكرت لكل حديث إحالتين، وقد أغفلت في بعض الأحيان ذكر معلومات النشر لكتب التخريج في الهوامش المطولة.

6- ترجمت الباحثة لجل الأعلام الذين أوردت آراءهم في متن البحث مستعينة بكتب التراجم.

7- استعانت الباحثة بالمراجع الأجنبية إضافة إلى نصوص القوانين الأجنبية خاصة القانون الفرنسي والتوجيهات الأوروبية لوجود ارتباط وثيق بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري من جهة، ومن جهة ثانية لأن موضوع الدراسة من المواضيع التي تكتسي الصبغة الدولية زيادة إلى أن تطبيقه في الدول الغربية كان أوسع وأسبق من الدول العربية في أغلب الأحيان.

8- قامت الباحثة بشرح الألفاظ الصعبة، والمصطلحات التقنية التي استعملتها والتي قد يتعذر فهمها، وذلك بالرجوع إلى الكتب المتخصصة.

9- على اعتبار أن موضوع الدراسة يعتبر من تداعيات العصر الحالي، ومن ثم فإنه لم يدرس من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية المتقدمين، فقد اتبعت الباحثة منهجاً خاصاً مفاده أنه بالنسبة للمسائل التي عاجلها الفقهاء كمفهوم العقد، وطرق التعبير عن الإرادة، والشروط، والتحكيم عموماً، فإنها تتناول المسألة في الفقه الإسلامي أولاً، ثم في القانون الوضعي. أما بالنسبة للمسائل التي تعتبر من المستجدات بالنسبة للفقه الإسلامي فإنها تعرض المسألة في القانون الوضعي لتعطي تصوراً لها، ثم تبين موقف الفقه الإسلامي من ذلك التصور.

10- اعتمدت الباحثة على تقسيم موحد من بداية الدراسة إلى نهايتها والمتمثل في: الباب (ماعداء الفصل التمهيدي الذي يبدأ مباشرة بالفصل)، ثم الفصل، ثم المبحث، ثم المطلب، ثم الفرع، الذي يقسم إلى (أولاً، ثانياً،...)، ثم يدرج ضمن أولاً أو ثانياً... (1، 2، 3...)، ثم (أ، ب، ج...)، ثم (1°، 2°، 3°...).

11- نظراً لكثرة المراجع التي اعتمد عليها البحث وتنوعها، فقد حرصت الباحثة على اعتماد منهجية تسهل على القارئ الرجوع إلى المرجع في قائمة المصادر والمراجع، حيث اعتمدت تسطير عنوان

المرجع إن كان مقالا في دورية، وكتابته بخط داكن (Gras) إن كان ورقة بحثية في ملتقى أو ندوة، أما بالنسبة للأطروحات فقد اعتمدت كتابة اسم المؤلف بخط داكن (Gras)، وما تبقى فهو كتب.

12- ذيلت الباحثة بحثها بمجموعة من الفهارس، تمثلت في فهرس للآيات، وفهرس للأحاديث والآثار، وفهرس للأعلام المترجم لهم، وفهرس للمصطلحات والألفاظ المشروحة، وقائمة للمصادر والمراجع، وفهرس للموضوعات.

13- ارتأت الباحثة إثراء الدراسة بمجموعة من الملاحق التي من شأنها إفادة القارئ والتي تجنبت ذكرها في متن الدراسة نظرا لطولها، وحتى لا تقطع التواصل بين جزئيات البحث.

تاسعا: صعوبات البحث

على الرغم من أن الصعوبات لازمة من لوازم البحث العلمي في جميع المجالات، ذلك أنه مرتبط بالباحث وظروفه الاجتماعية، وعليه فهو يتأثر بكل ما يمر به الباحث خلال فترة إنجازه لبحثه، ومع ذلك فإنه لا مجال للاحتجاج بهذه الظروف لأن البحث العلمي اختيار وليس إجبار.

كما أنه في يومنا هذا لا مجال للحديث عن قلة المراجع وصعوبة الوصول إليها، فالإنترنت سهلت على الباحثين الوصول إلى أعرق المكتبات على مستوى جميع دول العالم في ظرف قياسي، ناهيك عن أن إمكانية التنقل إلى أي دولة يرى الباحث أنها تخدم بحثه أصبحت متاحة لكل باحث خاصة في الجزائر.

ومع هذا، فقد ارتأت الباحثة ضرورة الإشارة إلى أهم الصعوبات التي واجهتها أثناء إنجازها لهذا البحث والتي لا تتعلق لا بظروفها الخاصة ولا بعدم وجود أو قلة المادة العلمية، بل تتعلق بـ:

- ارتباط موضوع الدراسة بأكثر من فرع من فروع القانون فمن القانون المدني، والتجاري، والإجراءات المدنية والإدارية، إلى القانون الدولي الخاص، والإمام بكل هذه الفروع في بحث واحد ليس بالأمر الهين.

- ارتباط موضوع الدراسة بتقنيات الاتصال الحديثة وفي مقدمتها الإنترنت جعل الباحثة مضطرة لأن تواكب ما تقدمه هذه الوسيلة من خدمات بشكل آني، حيث اضطرت في أحيان كثيرة إلى تغيير أو إضافة بعض الخدمات التي تقدمها الإنترنت للمتعاملين ومن ثم للتجارة الإلكترونية خاصة وأن بداية الموضوع تعود لسنة 2008.

-توالي صدور النصوص التشريعية المنظمة لبعض جوانب المعاملات الإلكترونية، كما هو الحال بالنسبة للتشريع الجزائري، حيث اضطرت الباحثة إلى تغيير المبحث المتعلق بالإثبات وبالتحديد بالتوقيع الإلكتروني بعد صدور قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين في فيفري 2015.

عاشرا: خطة البحث

قسمت الباحثة دراستها إلى مقدمة، فصل تمهيدي، وبابين رئيسيين، وخاتمة.

حيث تناولت في الفصل التمهيدي المعنون مفهوم التجارة الإلكترونية وأساسياتها، مفهوم التجارة الإلكترونية وحكمها الفقهي، إضافة إلى خصائصها وبنيتها التحتية.

أما الباب الأول والمعنون بعقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق عليها، فقد خصصت فصله الأول لبيان ماهية عقود التجارة الإلكترونية من حيث المفهوم، وكيفية الإبرام والإثبات، في حين خصصت فصله الثاني للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية وتناولت فيه تطبيق قواعد الإسناد الشخصية على عقود التجارة الإلكترونية، ثم تطبيق قواعد الإسناد الموضوعية عليها، وأخيرا تطبيق القواعد المادية.

أما الباب الثاني فقد عنونته بالجهات المختصة بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية، وتناولت في فصله الأول منازعات التجارة الإلكترونية بين الاختصاص القضائي والطرق البديلة للتسوية، وذلك من خلال بيان مفهوم الاختصاص القضائي الدولي وموقف الفقه الإسلامي منه، ثم أعمال القواعد العامة للاختصاص القضائي في مجال منازعات عقود التجارة الإلكترونية، وأخيرا تناولت الطرق الإلكترونية البديلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، أما فصله الثاني فقد خصصته للتحكيم الإلكتروني كوسيلة بديلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، حيث تناولت فيه ماهية التحكيم الإلكتروني، ثم إطاره القانوني، وأخيرا حكم التحكيم الإلكتروني وفاعليته في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

وختمت هذه الدراسة بخاتمة تضمنتها أهم النتائج التي توصلت إليها، إضافة إلى بعض التوصيات التي من شأنها أن تفتح آفاقا جديدة للبحث.

الفصل التمهيدي:

مفهوم التجارة الإلكترونية وأساسياتها

المبحث الأول: تعريف التجارة الإلكترونية وحكمها الفقهي

المبحث الثاني: خصائص التجارة الإلكترونية

المبحث الثالث: البنية التحتية للتجارة الإلكترونية

تمهيد:

إن التقدم الذي شهدته تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في السنوات الأخيرة من القرن العشرين، انعكس بشكل إيجابي على المجال التجاري خاصة فيما يتعلق بالتبادل التجاري الدولي، ذلك أن اختراع الشبكة الدولية للمعلومات "الإنترنت" ودخولها حيز الاستخدام المدني، وسهولة استعمالها وتخفيض نفقاتها أدى إلى ظهور نمط جديد من المعاملات التجارية هو التجارة الإلكترونية التي تعتبر قفزة نوعية بالنسبة للتجارة الدولية، ذلك أنها استجابت لما تتطلبه هذه التجارة من سرعة في إتمام الصفقات وتخفيض في تكلفتها.

ومن ثم كان لزاما على التشريعات الوطنية والدولية استيعاب هذا النمط من التجارة بإفرادها بتنظيم قانوني يتماشى مع خصوصيتها كما كان لزاما على فقهاء الشريعة الإسلامية بيان حكمها الفقهي، خاصة بالنظر إلى الخصائص التي تمتاز بها والتي تجعلها مطلبا للمتعاملين في جميع بلدان العالم بما فيها بلدان العالم الإسلامي. إضافة إلى هذا فإن اعتماد التجارة الإلكترونية على وسائل الاتصال الحديثة وفي مقدمتها الإنترنت يوجب التطرق إلى هذه التقنية التي تعتبر أساس إتمام هذه التجارة.

وعليه فقد خصصت الباحثة هذا الفصل لبيان تعريف التجارة الإلكترونية (وهذا في مبحث أول)، ثم التعرض لخصائصها (وهذا في مبحث ثان) وأخيرا التطرق لبنيتها التحتية (وهذا في مبحث ثالث).

المبحث الأول: تعريف التجارة الإلكترونية وحكمها الفقهي

على الرغم من تسارع وتيرة نمو التجارة الإلكترونية، واكتساحها لكافة المجالات التجارية والاقتصادية، إلا أنها لازالت تطرح إشكالات عديدة من حيث تحديد مفهوم دقيق لها وهذا نظرا لارتباطها بوسائل الاتصال الحديثة والتي تتميز بالتطور المستمر من جهة، ومن جهة أخرى نظرا لتنوع المهتمين بتحديد هذا المفهوم بين رجال اقتصاد ورجال قانون وعلماء تقنية، كما أن هذا النوع من التجارة يحتاج إلى حكم فقهي تنبني عليه إمكانية استفادة العالم الإسلامي منه على غرار ما هو موجود في الدول الأخرى.

وستجيب الباحثة عن هذه الإشكالات من خلال هذا المبحث حيث ستتطرق إلى تعريف التجارة الإلكترونية (وهذا في مطلب أول)، ثم تبين حكم التجارة الإلكترونية وضوابطها الشرعية (وهذا في مطلب ثان).

المطلب الأول: تعريف التجارة الإلكترونية⁽¹⁾

إن إيجاد تعريف محدد للتجارة الإلكترونية يعتبر من أصعب الأمور التي تواجه الباحث في هذا المجال، وذلك ليس لقلّة تعريفاتها بل لكثرة التعريفات التي قُدمت لها من جهة، ولارتباطها بتقنيات تكنولوجيا الاتصالات التي تتسم بتطور مستمر يصعب ملاحقته من جهة أخرى. كما أن تعريفاتها تختلف باختلاف وجهة نظر وتخصص من عرفها، فهناك من عرفها من وجهة نظر تقنية، وآخر من وجهة نظر اقتصادية، وثالث من وجهة نظر قانونية. فتعدد الجهات التي عرفت التجارة الإلكترونية أدى إلى عدم حصولها على تعريف عام متفق عليه.

وعليه ستورد الباحثة في هذا المطلب أهم التعريفات التي قُدمت لهذا المصطلح على مستوى المنظمات الدولية والهيئات الإقليمية، وهذا (في فرع أول)، ثم على مستوى التشريعات الوطنية (وهذا في فرع ثان)، ثم على مستوى الفقه القانوني وهذا (في فرع ثالث)، لتصل في الأخير إلى تعريف مختار للتجارة الإلكترونية تنبني عليه بقية جزئيات هذا البحث بحول الله.

⁽¹⁾ -بالنسبة للتعريف اللغوي للتجارة الإلكترونية: فإنه يتأني بتعريف طرئي المركب اللفظي الذي يتكون من شقين: التجارة، والإلكتروني. -التجارة: جاء في لسان العرب: بَجْرٌ يَشْجُرُ بَجْرًا وَتِجَارَةٌ: باع وشرى، وكذلك أَجَرَ. ابن منظور: لسان العرب، دط، القاهرة، دار المعارف، د.ت، 420/1. أما الإلكترونيون: فقد فيعرف لغة بأنه: دقيقة ذات شحنة كهربائية سالبة، وهو أحد العناصر المكونة للذرة. أحمد مختار عبد الحميد عمر بمساعدة فريق عمل: معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1، د.م، عالم الكتب، (1429هـ-2008م)، 111/1، مادة (ال ك ت ر و ن).

الفرع الأول: تعريف التجارة الإلكترونية على مستوى المنظمات الدولية والهيئات

الإقليمية

على الرغم من أن التجارة الإلكترونية تعد من المفاهيم الحديثة نسبياً، إلا أنها حظيت باهتمام كثير من المنظمات والهيئات الدولية نظراً لما أحدثته من تطور في المجال التجاري سواء على مستوى الشركات والمؤسسات التجارية الكبرى أم حتى على مستوى التجار العاديين هذا من جهة، ومن جهة أخرى نظراً للتحديات القانونية التي أثارها هذا النوع من التجارة. ومن أهم هذه الهيئات أو الكيانات القانونية على المستوى العالمي: منظمة الأمم المتحدة، منظمة التجارة العالمية، منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، وعلى المستوى الإقليمي الاتحاد الأوروبي، ومنظمة التعاون الاقتصادي لآسيا والمحيط الهادي (الباسيفيك)، وسنورد فيما يأتي تعريف التجارة الإلكترونية والجهود المبذولة بشأنها على مستوى هذه الكيانات.

ومن ثم ستطرق الباحثة لتعريف التجارة الإلكترونية على مستوى المنظمات الدولية (أولاً)، ثم ستطرق لتعريف التجارة الإلكترونية على مستوى الهيئات الإقليمية (ثانياً).

أولاً: تعريف التجارة الإلكترونية على مستوى المنظمات الدولية

1- تعريف التجارة الإلكترونية على مستوى هيئة الأمم المتحدة:

تعتبر هذه المنظمة أولى المنظمات اهتماماً بالتجارة الإلكترونية، حيث ومع بداية فكرة هذه التجارة قامت المنظمة ممثلة في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري (Uncitral)⁽¹⁾ بوضع مشروع قانون للتجارة الإلكترونية وكان ذلك بتاريخ 14/07/1996م، وقد تم اعتماد هذا المشروع من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة التي أصدرت قرارها باعتماد توصية اللجنة بإصدار القانون النموذجي للتجارة

(1) - الأونسترال: هي لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيرال)، أنشأت في عام 1966 بموجب القرار رقم 2205 (د-21) المؤرخ في 17 ديسمبر 1966م. ولدى إنشاء اللجنة، سلّمت الجمعية العامة بأن التفاوتات في القوانين الوطنية التي تنظّم التجارة الدولية تضع عوائق أمام تدفق التجارة، واعتبرت أن اللجنة هي الوسيلة التي تستطيع بها الأمم المتحدة القيام بدور أنشط في تقليل هذه العوائق وإزالتها. ومنحت الجمعية العامة للجنة الولاية العامة لتعزيز المواءمة والتوحيد التدرجيين لقانون التجارة الدولية. وأصبحت اللجنة منذ إنشائها الهيئة القانونية الأساسية بمنظمة الأمم المتحدة في مجال القانون التجاري الدولي. وتتكوّن اللجنة من ستين دولة عضواً تنتخبها الجمعية العامة. وقد نظّمت العضوية بحيث تكون ممثلة للأقاليم الجغرافية المختلفة في العالم ونظمه الاقتصادية والقانونية الرئيسية وينتخب أعضاء اللجنة لفترة ولاية مدتها ست سنوات، وتنتهي فترة ولاية نصف الأعضاء كل ثلاث سنوات. ونذكر أن الجزائر عضو في اللجنة وتنتهي عضويتها سنة 2016م. المعلومة مستقاة من موقع اللجنة على الإنترنت: www.uncitral.org آخر زيارة للموقع كانت بتاريخ 2014/07/24 .

الإلكترونية (The Model Law of Electronic commerce)⁽¹⁾، مع العلم أن هذا القانون قد تمت صياغته استنادا إلى دراسات شاملة -بدأ بعضها منذ عام 1985م- لواقع النظم القانونية ومواقفها من مسائل التعاقد عن بعد ومشكلات الإثبات في القوانين الوطنية.

ويهدف هذا القانون إلى إيجاد مجموعة من القواعد الموحدة المقبولة لدى الدول ذات الأنظمة القانونية والاجتماعية والاقتصادية المختلفة، فتكون هذه القواعد مرشدا لها عند إصدارها قوانينها أو إعادة النظر في تشريعاتها بهدف تذليل العقبات القانونية الداخلية التي تحول دون استعمال وسائل الاتصالات الإلكترونية في التجارة الدولية⁽²⁾، كما يتضمن هذا القانون توجيهات متعلقة بإبرام الاتفاقيات التعاقدية من أجل إزالة الصعوبات القانونية التي قد تعترض المتعاملين في مجال المعاملات الإلكترونية وهو ما يمكن أن يساهم على نحو مهم في تنمية علاقات اقتصادية منسجمة⁽³⁾.

وعلى الرغم من أهمية قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية وتضمنه تنظيم كل الجزئيات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية إلا أنه لم يتضمن تعريفا محدد لها، واكتفى بتعريف رسالة البيانات وتبادل البيانات الإلكترونية وذلك في الفقرتين الأولى والثانية من المادة الثانية حيث جاء فيها: «لأغراض هذا القانون: (أ)- يراد بمصطلح "رسالة البيانات" المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس أو النسخ البرقي. (ب)- يراد بمصطلح "تبادل البيانات الإلكترونية" نقل المعلومات إلكترونيا من حاسوب إلى آخر باستخدام معيار متفق عليه متفق عليه لتكوين المعلومات...»⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ -اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري في الجلسة العامة رقم 85 المنعقدة بتاريخ 16 ديسمبر 1996م في الدورة الحادية والخمسين للجمعية البند 148 من جدول الأعمال، بموجب القرار رقم 168/51.

⁽²⁾ -ف عقب صدور قانون الأونسترال النموذجي سارعت العديد من دول العالم إلى إصدار قوانين تنظيم المعاملات الإلكترونية مسترشدة في ذلك بأحكام هذا القانون، وكانت دولة سنغافورة أول دولة في العالم طبقت القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية حيث أصدرت قانون المعاملات الإلكترونية سنة 1998م، ثم تلتها بعد ذلك عدة دول ومنها الولايات المتحدة الأمريكية وإيطاليا سنة 1999م، ثم فرنسا وتونس والصين سنة 2000م، وإيرلندا سنة 2001م ثم إمارة دبي ودولة البحرين سنة 2002م. انظر: رأفت رضوان: عالم التجارة الإلكترونية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 1999م، ص 24.

⁽³⁾ -المعلومات مستقاة من موقع اللجنة:

www.uncitral.org/uncital_texts/electronic_commerce/1996Model.html آخر زيارة للموقع: 2014/07/24م.

⁽⁴⁾ -القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري المرفق بمحضر جلسة الجمعية العامة للأمم المتحدة المنعقدة بتاريخ 16 ديسمبر 1996م المنشور بتاريخ 30 جانفي 1997م، ص 4.

وقد أشارت اللجنة في دليل التشريع المرفق بالقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، أن هذا القانون لا يحدد معنى التجارة الإلكترونية، وأنه يمكن في ظروف معينة أن يشمل مفهوم هذه التجارة استخدام تقنيات مثل التلكس والنسخ البرقي، على الرغم من أن القانون النموذجي صيغ مع الإشارة المستمرة إلى تقنيات الإبلاغ الأكثر حداثة⁽¹⁾. أي أن الإنترنت ليس الوسيلة الوحيدة لإتمام عمليات التجارة الإلكترونية، بل يشاركها وسائل أخرى قديمة كالفاكس والتلكس، وحتى ما قد يستجد من وسائل في مجال تقنية المعلومات والاتصالات.

2- تعريف التجارة الإلكترونية على مستوى منظمة التجارة العالمية:

أنشئت منظمة التجارة العالمية سنة 1995م⁽²⁾، وهي المنظمة المختصة بعلاقات التجارة الدولية، حيث تقوم بالإشراف على تنفيذ اتفاقياتها ومتابعة تنفيذها، والعمل على إيجاد تناسق أكبر في مجال السياسة الاقتصادية الدولية، وتوفير منتدى للتفاوض حول المسائل المستجدة في هذا المجال.

وقد أبدت المنظمة اهتماما ملحوظا بالتجارة الإلكترونية، حيث أصدرت في مطلع عام 1998 دراسة خاصة حول التجارة الإلكترونية ودور المنظمة في هذا الميدان وتناولت هذه الدراسة المعنونة بـ "The Electronic Commerce And The Role Of WTO" آليات التجارة الإلكترونية وما يتعلق بمباشرتها باستخدام الإنترنت، وتوصلت إلى اعتبار التجارة الإلكترونية تدخل ضمن الأنشطة التجارية التي تستوعبها وتطبق عليها الاتفاقية الدولية الخاصة بالتجارة في الخدمات جاتس (GATS).

⁽¹⁾ -قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع 1996، مع المادة 5 مكرر الإضافية بصيغتها المعتمدة في عام 1998، الأمم المتحدة، نيويورك 2000، ص 17-18.

⁽²⁾ -غير أن الجهود الدولية المنظمة في ميدان تنظيم التبادل التجاري وتجاوز المعوقات أمام التجارة ترجع إلى عام 1947 عندما أبرمت اتفاقية الجات الأصلية (General Agreement on Tariff and Trade: GAAT) (الأصلية) بين 23 دولة من دول مؤتمر هافانا الذي جاء ضمن سياق السعي الدولي للخروج من حالة الركود الاقتصادي، وقد قامت هذه الاتفاقية على مبادئ تحرير التجارة وإزالة القيود أمام حركة البضائع، وأريد لهذه الاتفاقية والإطار التنظيمي لها أن يمثل الضلع الثالث للنظام التجاري العالمي الجديد إلى جانب صندوق النقد الدولي والبنك الدولي للإنشاء والتعمير، وعلى مدى ثمانية جولات من المفاوضات، آخرها جولة الأورجواي 1986 - 1994 كانت الحصيصة تأسيس منظمة التجارة العالمية (WTO - world Trade Organization) الوريث الجديد للاتفاقية القديمة، وذلك في 15 أبريل 1994 بموجب اتفاقية مراكش، وعهد إلى منظمة التجارة العالمية مهام تنفيذ اتفاقيات جولة الأورجواي ابتداء من 1 جانفي 1995 وهي 28 اتفاقية عالمية توطرها ثلاث اتفاقيات رئيسية، الأولى: الاتفاقية العامة للتعرفة والتجارة (جات) وهي الاتفاقية المتعلقة بالتجارة في البضائع وتمثل اتفاقية الجات الأصلية مع تطوير لمبادئها العامة وتوسيع لنطاق المنتجات والبضائع موضوع ملاحقتها التفصيلية، والثانية: الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات (جاتس) (General Agreement on Trade in Services : GATS) والتي جرى وضعها لمواجهة النشاط التجاري المستجد في ميدان خدمات النقل والخدمات المالية والاتصالات والخدمات التقنية والاستشارية وغيرها، =

وقد حددت المنظمة موقفها الرسمي من التجارة الإلكترونية في مؤتمر منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية المنعقد في أوتاوا في شهر أكتوبر 1998 فجاء على لسان مديرها العام في ذلك الوقت Renato Roggiero أن المنظمة لا تسعى لوضع قواعد جديدة خاصة بالتجارة الإلكترونية، وإنما تسعى لاستخدام التنظيم القانوني القائم والمحدد ضمن اتفاقية الجاتس الخاصة بالتجارة في الخدمات واتفاقية التربس والاتفاق الخاص بخدمات الاتصال، ومنذ ذلك الوقت واصلت المنظمة إعداد الدراسات وبرامج العمل بخصوص التجارة الإلكترونية⁽¹⁾.

أما فيما يخص تعريف التجارة الإلكترونية فإن المنظمة قد وضعت تعريفا لها في الدراسة المذكورة أعلاه حيث عرفتها بأنها: «مجموع أنشطة "إنتاج، ترويج، بيع، وتوزيع المنتجات" المحققة بواسطة شبكة الاتصالات»⁽²⁾.

ويتضح من هذا التعريف بأن التجارة الإلكترونية في مفهوم المنظمة هي التجارة التي تتم من خلال شبكات الاتصال المختلفة ولا تقتصر على شبكة الإنترنت⁽³⁾، إذ يمكن أن تتم عقود التجارة الإلكترونية عن طريق Minitel كما في فرنسا⁽⁴⁾، أو Viditel في هولندا أو Prestel في إنجلترا أو

¹ والثالثة: اتفاقية الجوانب التجارية المتعلقة بالملكية الفكرية (تربس) (Trade Related Intellectual Property Rights - TRIPS) والتي تتعلق بمسائل حقوق المؤلف والعلامات والأسرار التجارية وبراءات الاختراع والتصاميم الصناعية والدوائر المتكاملة والمؤشرات الجغرافية والقواعد العامة المتصلة بالملكية الفكرية وعلاقتها بالتجارة العالمية. وتضم منظمة التجارة العالمية في عضويتها في الوقت الحاضر 159 دولة يمثلون أكثر من 90% من التجارة العالمية. كما أن 25 آخرين -من بينهم الجزائر- يتفاوضون بخصوص العضوية. انظر: هذه المعلومات وتفصيلها في: عبد الملك عبد الرحمن مطهر: الاتفاقية الخاصة بإنشاء منظمة التجارة العالمية ودورها في تنمية التجارة الدولية، ط1، مصر، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، ط1، 2009م، ص21-24، والموقع: www.wto.org و www.opendirectorysite.info/e-commerce/03.html آخر زيارة يوم: 2014/7/30.

⁽¹⁾ -فعلى سبيل المثال كان موضوع التجارة الإلكترونية واحدا من موضوعات برامج العمل العديدة المتعين التعامل معها أو على الأقل اقتراح التعامل معه في مؤتمر سياتل للمنظمة (11/30 - 99/12/3) الذي لم يكتب له النجاح في إطلاق جولة جديدة من المفاوضات التجارية الدولية بسبب عوامل كثيرة أبرزها الخلافات الداخلية بين الدول الأعضاء وتمسك التكتلات الدولية بمصالحها الخاصة إلى جانب التأثير الحاد والفاعل للجهات والأفراد المناوئين للإفرازات السلبية للعولمة وسياسات تحرير التجارة. انظر:

www.opendirectorysite.info/e-commerce/03.html

⁽²⁾ - «l'ensemble des activités de production, de publicité, de vente et de distribution de produits effectuées par l'intermédiaire des réseaux de télécommunication». Le commerce Electronique et le Rôle de L'OMC, dossier speciaux2, p1. L'étude est diffusé sur site de l'organisation : www.wto.org

⁽³⁾ - انظر: خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، ط1، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2006م، ص28.

⁽⁴⁾ - المنيتال: جهاز ظهر في فرنسا في منتصف الثمانينات، وهو جهاز قريب الشبه بالكمبيوتر المنزلي، ولكنه صغير الحجم نسبيا. ويتكون من شاشة صغيرة ولوحة مفاتيح تشتمل على حروف وأرقام قريبة الشبه بلوحة مفاتيح الكمبيوتر. ويعد جهاز المنيتال من =

Bildschirmtext في ألمانيا. كما يتضح من خلاله أيضا أن التجارة الإلكترونية تشمل جميع الأنشطة الناتجة عن العلاقات ذات الطابع التجاري سواء أكانت تعاقدية أم غير تعاقدية⁽¹⁾.

غير أنه يعاب على هذا التعريف أنه قصر التجارة الإلكترونية على الأنشطة المتعلقة بالمنتجات أي السلع، دون الإشارة إلى الخدمات، فلا يدخل في نطاق التعريف الخدمات الاستشارية مثلا أو منح التراخيص أو الخدمات المصرفية⁽²⁾، مع أن المنظمة أشارت إلى أن التجارة الإلكترونية تدخل ضمن الأنشطة التجارية التي تستوعبها وتطبق عليها الاتفاقية الدولية الخاصة بالتجارة في الخدمات جاتس (GATS) كما تقدم.

وتشير الباحثة في الأخير إلى أنه وعلى الرغم من أهمية الدور الذي قامت به منظمة التجارة العالمية فيما يخص التجارة الإلكترونية، إلا أنه لم يزل محدودا، ولا يرقى إلى المستوى المطلوب من منظمة عالمية مختصة بكل ما يتعلق بالتجارة الدولية، حيث اكتفت بوضع دراسة اقتصرت على تعريف هذه التجارة وتحديد بعض الممارسات حتى تتلاءم مع التنظيم القائم، في حين كان ينبغي وضع تنظيم مستقل لها بالنظر إلى خصوصيتها وطبيعتها المختلفة عن التجارة التقليدية⁽³⁾، هذا التنظيم الذي كان من شأنه الحد من العقبات والتحديات القانونية التي قد تعترض هذه التجارة على الأقل بالنسبة لأعضاء المنظمة وهو ما كان سيعطي دفعة قوية لنموها وتطورها والاستفادة من مزاياها المتعددة.

3- تعريف التجارة الإلكترونية على مستوى منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD)⁽⁴⁾:

أدركت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية⁽⁵⁾ وعلى غرار بقية المنظمات النشطة في المجال التجاري

= وسائل إبرام العقود إلكترونيا، وهو وسيلة اتصال مرئية لنقل الكتابة على الشاشة دون الصور، فهو وسيلة اتصال عن طريق الكتابة يلزم إيصاله بخط هاتفي حتى يمكن تشغيله. انظر: محمد أمين الرومي: التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، ط 1، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2004م، ص 14.

⁽¹⁾ -انظر: رأفت رضوان: عالم التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 26، خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 28.

⁽²⁾ -رأفت رضوان: عالم التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 26.

⁽³⁾ -انظر: محمد سعيد أحمد إسماعيل: أساليب الحماية القانونية للتجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2005م، ص 56، إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي: القانون الواجب التطبيق في منازعات التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، (1438هـ-2007م)، ص 21.

⁽⁴⁾ - Organization For Economic Cooperation and Development : www.oecd.org .

⁽⁵⁾ -منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية: أنشأت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية بتاريخ 30 سبتمبر 1961م، وهي تعتبر امتداد لمنظمة التعاون الاقتصادي الأوروبي التي أنشأت في أعقاب الحرب العالمية الثانية بهدف إعادة إعمار القارة الأوروبية التي مزقتها الحرب، ثم توسعت هذه المنظمة لتشمل دولا غير أوروبية مثل كندا والولايات المتحدة الأمريكية إضافة إلى دول أخرى ومنه تغيرت تسمية المنظمة من منظمة التعاون الاقتصادي الأوروبي إلى منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، وتوالى انضمام الدول إلى هذه المنظمة بدءاً =

الدولي أهمية التجارة الإلكترونية حيث عقدت بشأنها عدة مؤتمرات متخصصة في هذا المجال كمؤتمر الحواجز أما التجارة الإلكترونية العالمية الذي عقد في فلندا عام 1997م، والمؤتمر العالمي للتجارة الإلكترونية المنعقد في أوتاوا عام 1998م⁽¹⁾، وكانت هذه المؤتمرات نتيجة لقناعة المنظمة بمختلف أجهزتها بأن التجارة الإلكترونية تتطلب حولا دولية في مرحلة تنظيمها على أساس أن الحلول المتباينة لا تتفق مع طبيعتها الكونية، كما أن هذا التباين قد يقيم حدودا لا يقبلها هذا النمط من التجارة.

وقد قدمت المنظمة في تقرير صادر عنها تعريفا للتجارة الإلكترونية مفاده أن: «التجارة

=باليابان سنة 1964 حتى وصل عدد الدول المنظمة حتى الآن 34 دولة من جميع أنحاء العالم. وتهدف المنظمة أساسا إلى تعزيز السياسات التي من شأنها تحسين الأوضاع الاقتصادية والرفاه الاجتماعي للناس في مختلف أنحاء العالم، وتوفير المنتدى الذي يسمح للحكومات أن تعمل معا لتبادل الخبرات والبحث عن حلول للمشاكل المشتركة، كما أنها تعمل مع الحكومات لفهم ما يدفع في سبيل التغيير الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، فالمنظمة تعتبر أداة قياس الإنتاجية والتدفقات العالمية للتجارة والاستثمار، كما أنها تعمل على تحليل ومقارنة البيانات للتنبؤ بالاتجاهات المستقبلية، كما تم وضع معايير دولية بشأن طائفة واسعة من الأشياء، منها الزراعة والضريبة لسلامة المواد الكيميائية، بالإضافة إلى أنها تنظر في القضايا التي تؤثر تأثيرا مباشرا على حياة الناس العاديين، مثل مقدار ما تدفعه من ضرائب والضمان الاجتماعي...لمزيد من التفاصيل يرجى الاطلاع على موقع المنظمة:

<http://www.oecd.org/fr/apropo/histoire> آخر زيارة للموقع تمت بتاريخ 2014/07/24م.

⁽¹⁾—ويعد هذا المؤتمر أوسع مؤتمر في هذا الإطار، حيث حضره نحو ألف مندوب يمثلون الدول الأعضاء في المنظمة وشارك عنها الوزراء وكبار المسؤولين عن التجارة والاقتصاد في هذه الدول، وممثلون عن 12 دولة ليست عضوا في المنظمة، و12 منظمة دولية، وممثلو الاتحادات النوعية التجارية والصناعية، وممثلو مجموعات المستهلكين، والمنظمات غير الحكومية الاقتصادية والاجتماعية. وقد ناقش المؤتمر على مدى يومين مسائل بناء الثقة لدى الزبائن والمستخدمين، وتحديد معايير وقواعد حماية الخصوصية والبيانات الشخصية المخزنة في النظم والمتبادلة بين شبكات المعلومات، ومسائل أمن المعلومات التجارية على الخط وسياسات التشفير لمعلومات وبيانات القطاعين الخاص والعام، ومسائل حماية المستهلك وتحديد قواعد الاختصاص القضائي وحل المنازعات وحقوق الإعلان على الإنترنت والحماية من الأنشطة غير القانونية والزائفة، وتناول المؤتمر المسائل التي من شأنها أن تجعل التجارة الإلكترونية، عبر تنظيمها القانوني المحكم، مشاهجة تماما للتجارة التقليدية وما تركز ضمنها من قواعد كفلت قبولها والثقة فيها، وتناول المؤتمر مسائل الدفع النقدي والتحويلات المالية عبر شبكات الاتصال والإنترنت وحماية وسائل الدفع الإلكتروني ومسائل العقود الإلكترونية والتوقيعات الإلكترونية والسياسات الضريبية المتصلة بالتجارة الإلكترونية ودور القطاعين العام والخاص في تنظيم أعمال التجارة الإلكترونية، وتوقف المشاركون في المؤتمر أمام المتطلبات التقنية للتجارة الإلكترونية والخطط والاستراتيجيات اللازمة لتبناها في ميدان صناعة التقنية والاتصال وضمان البنية التحتية الآمنة لهذه الأنماط من الأنشطة المستجدة، وعرج المشاركون على مسائل تعظيم منافع التجارة الإلكترونية وتجاوز مشكلاتها عبر الاستراتيجيات الوطنية الشاملة لحماية المعلومات وضمان سلامة وأمن الأنشطة التجارية، والتنظيم القانوني لمشكلات التسليم المادي للبضائع والتنفيذ المادي للخدمات غير التقنية.

وقد خلص المؤتمر إلى إقرار عدد من الآليات وتحديد مناطق الاهتمام القانوني الرئيسية، وشملت التوصيات تكليف المنظمة نفسها بوضع خطط العمل وتكليف المنظمات غير الحكومية والحكومية الدولية لإجراء الدراسات ووضع التصورات وذلك لجهة إنفاذ الإعلانات الصادرة عن المؤتمر بشأن حماية الخصوصية وأمن الشبكات وحماية المستهلك والموثوقية في التجارة الإلكترونية، واتباع السياسات الضريبية التي تمنع أية قيود أو أعباء على النشاط التجاري الإلكتروني. لمزيد من التفاصيل يرجى الرجوع إلى الموقع:

<http://www.opendirectorysite.info/e-commerce/03.html>

الإلكترونية تشمل كل أشكال المعاملات المرتبطة بالأنشطة التجارية التي تتم بين الشركات أو الأفراد، والتي تقوم على أساس معالجة وتحويل البيانات الإلكترونية سواء أكانت مكتوبة أو مسموعة أو مرئية، كما تشمل الآثار المترتبة على عملية تبادل البيانات والمعلومات التجارية إلكترونياً، ومدى تأثيرها على المؤسسات والعمليات التي تدعم وتحكم الأنشطة التجارية المختلفة»⁽¹⁾.

والملاحظ بالنسبة لهذا التعريف هو أنه وسع من دائرة التجارة الإلكترونية إذ جعلها شاملة لكل الأنشطة التجارية دون تمييز بين ما إذا كانت هذه الأنشطة عقوداً تجارية إلكترونية أم لا كما في حالة الإعلان وتقديم المعلومات عن السلع والخدمات مثلاً، إضافة إلى أنه جعلها تشمل حتى الآثار المترتبة على عمليات تبادل البيانات والمعلومات التجارية إلكترونياً.

ثانياً: تعريف التجارة الإلكترونية على مستوى الهيئات الإقليمية

1- تعريف التجارة الإلكترونية على مستوى الاتحاد الأوروبي:

لقد قدم الاتحاد الأوروبي⁽²⁾ جهوداً معتبرة في مجال التجارة الإلكترونية، حيث أصدر العديد من التوجيهات والتوصيات المتعلقة بها بناءً على دراسات متخصصة قامت بها جهات متعددة لها خبرة كبيرة في مجال التعاقدات الإلكترونية، وكان الهدف من إصدار هذه التوجيهات هو صياغة قواعد موحدة للدول الأوروبية تمكنها من الاستفادة من المزايا العديدة التي تتيحها التجارة الإلكترونية مما سينعكس -

(1) - جاء في التقرير:

L'OCDE définit le commerce électronique comme «étant toutes les formes de transaction liée aux activités commerciales associant tant les particuliers que les organisations, et reposant sur le traitement et la transmission de données numérisées, notamment texte, son et image.

Il désigne aussi les effets que l'échange électronique d'informations commerciales peut avoir sur les institution et sur les processus qui facilitent et encadrent les activités commerciales». Le Commerce Electronique: Opportunités et défis pour les Gouvernements, OCDE , 1997, p3, diffusé sur le site : www.oecd.org/fr.

(2) - الاتحاد الأوروبي: هو جمعية دولية للدول الأوروبية يضم 28 دولة وتعتبر دولة كرواتيا هي آخر الدول 28 انضماماً للاتحاد الأوروبي حيث انضمت إليه في 1/07/2013، وقد تأسس هذا الاتحاد بناءً على اتفاقية معروفة باسم معاهدة ماسترخت الموقعة عام 1992م، ولكن العديد من أفكاره موجودة منذ خمسينات القرن الماضي. من أهم مبادئه نقل صلاحيات الدول القومية إلى المؤسسات الدولية الأوروبية. لكن تظل هذه المؤسسات محكومة بمقدار الصلاحيات الممنوحة من كل دولة على حدا لذا لا يمكن اعتبار هذا الاتحاد على أنه اتحاد فدرالي حيث إنه يتفرد بنظام سياسي فريد من نوعه في العالم. للاتحاد الأوروبي نشاطات عديدة، أهمها كونه سوق موحد ذو عملة واحدة هي اليورو الذي تبنت استخدامه 18 دولة من أصل 28 الأعضاء، كما له سياسة زراعية مشتركة وسياسة صيد بحري موحدة. انظر: صدام مرير الجميلي: الاتحاد الأوروبي ودوره في النظام العالمي الجديد، ط1، بيروت، دار المنهل اللبناني، (1430هـ-2009م)، ص 13-21.

بلا شك- بشكل إيجابي على اقتصاديات هذه الدول ومن ثم على اقتصاد الاتحاد الأوروبي ككل. فالتوجيهات الأوروبية لسنوات 1995⁽¹⁾، 1997⁽²⁾، 2000⁽³⁾، 2002⁽⁴⁾ حاولت التطرق لكل ما يتعلق بالتجارة الإلكترونية حتى تمكن الدول الأعضاء في هذا الاتحاد من صياغة قوانينها الداخلية بشكل يساعد على ممارسة التجارة الإلكترونية دون الوقوف على الاختلافات بين القوانين الداخلية لهذه الدول والتي من شأنها إعاقة تبني هذه التجارة وبالتالي التأثير على نمو اقتصادها.

وعلى الرغم من أهمية كل هذه التوجيهات الأوروبية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية فإننا سنخصص بالذكر في هذا المقام توجيهين فقط، نظرا لأهميتهما لهذه الجزئية من البحث.

والبداية ستكون بالتوجيه رقم CE/7/97 والمتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، فهذا التوجيه صدر في الوقت الذي بدأ فيه تطور استخدام الإنترنت في أوروبا وبدأت تُستشف القدرات التجارية له، فالتوجيه وإن لم يتعلق بالتجارة الإلكترونية بصفة خاصة إلا أنه من الواضح أن الإمكانيات التجارية المتوقعة للإنترنت هي التي جعلت المشرعين الأوروبيين يقومون بصياغة نصوص هذا التوجيه وهو ما يفسر أيضا أنه كلما نضجت التجارة الإلكترونية واتضحت ملامحها زادت واتضحت أهمية التوجيه⁽⁵⁾.

وهذا التوجيه لم يضع تعريفا للتجارة الإلكترونية، غير أنه تناول تعريف العقد المبرم عن بعد حيث عرفه على أنه: «عقد يبيع عن بعد تستخدم فيه وسيلة تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد وذلك حتى إتمام

⁽¹⁾–Directive 95/46 CE du 24.10.1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données, JOCE n°L281/31 du 23.11.1995.

⁽²⁾–Directive 97/7/CE du parlement européen et du conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance, JOCE, n°L144 du 4/6/1997.

⁽³⁾–Directive 2000/31/CE du 8/6/2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, JOCE n°L178, 17/7/2000.

⁽⁴⁾–Directive 2002/58/CE du 12/7/2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, JOCE n°L201 du 31.7.2002.

⁽⁵⁾–CRID sous la coordination de Yorick COOL : Commentaire de la directive européen sur les contrats à distance, p01, le Commentaire est diffué sur le site : http://www.internet-observatory.be/inernet_observatory/pdf/legislation/cmt/dir_1997.05.20-cmt-fr.pdf, la dernière visite du site : le 24/8/2014.

العقد»⁽¹⁾، وأشار إلى أن وسائل الاتصال عن بعد هي: «كل وسيلة يمكن أن تستخدم دون تواجد المورد والمستهلك ماديا في مكان واحد عند إبرام العقد بينهما»⁽²⁾، وقد تضمن ملحقه الأول⁽³⁾ مجموعة من هذه الوسائل نذكر منها: البريد، البريد الإلكتروني، الهاتف السلكي واللاسلكي، الهاتف المرئي، التلفزيون، الـ"vidéotexte"⁽⁴⁾،...، وعلى الرغم من أن الإنترنت كوسيلة اتصال عن بعد لم تذكر ضمن هذه المجموعة إلا أنه ليس هناك ما يمنع من إضافتها ضمن مجال تطبيق هذا التوجيه طالما أنها تحقق أول شروط العقد المبرم عن بعد وهو أن يتم إبرامه دون التواجد المادي للمورد والمستهلك.

أما التوجيه الثاني فهو التوجيه رقم (2000/31/CE) المتعلق ببعض الجوانب القانونية لخدمات شركات المعلومات وبصفة خاصة التجارة الإلكترونية، والذي يعرف بتوجيه التجارة الإلكترونية في السوق الداخلية⁽⁵⁾، وهذا التوجيه يعتبر أول نص قانوني خاص بالتجارة الإلكترونية على المستوى الأوروبي وقد تضمن تنظيمها من حيث إبرام عقودها والمسائل المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق⁽⁶⁾.

ولم يتناول هذا التوجيه هو الآخر تعريف التجارة الإلكترونية إلا أن أهميته تكمن في أنه تناول جزئياتها المختلفة بالتنظيم كما أنه نوه بأهميتها وأكدها بصفة صريحة حيث تم تصديره (الحثيات 1-4) بالإشارة إلى أن الاتحاد الأوروبي يسعى لإقامة علاقات أوثق بين دول وشعوب أوروبا من أجل تأكيد التقدم الاقتصادي والاجتماعي، وأن نمو التجارة الإلكترونية في مجتمع المعلومات يمنح فرصا مهمة لتوظيفها في الاتحاد على مستوى كل من الشركات الصغيرة والمتوسطة فهي ستسهل النمو الاقتصادي للشركات الأوروبية باستثمار رؤوس أموالها في التجديد، كما ستتمكنها من تقوية وتعزيز المنافسة من أجل تمكين الجميع من الدخول إلى الإنترنت⁽⁷⁾.

(1) –Art.2,1: «contrat à distance: tout contrat concernant des biens ou services entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseur, qui, pour ce contrat, exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même». JOC, n°L144 du 4./6/1997, p21.

(2) –Art.2.4: «technique de communication à distance : tout moyen qui, sans présence physique et simultanée du fournisseur et du consommateur, peut être utilisé pour la conclusion du contrat entre ces parties». JOC, n°L144 du 4./6/1997, p21.

(3) –Annexe1, JOC, n°L144 du 4./6/1997, p26.

(4) –**Vidéotexte** : micro-ordinateur, écran de télévision avec clavier ou écran tactile. Ibid, p26.

(5) –JOCE n°L178, 17/7/2000, p1-16.

(6) –**Gazouani Chiheb** : Le contrat de commerce électronique international, 1^{ere} édition, Tunis, Latrache édition, 2011, p18.

(7) –JOCE n°L178, 17/7/2000,p1.

ومن أجل تحقيق هذه الأهداف نص التوجيه في مادته التاسعة على أنه: «يجب على الدول الأعضاء أن تتأكد من نظامها القانوني يسمح للعقود بأن ترم بالوسائل الإلكترونية. ويجب على الدول الأعضاء أن تتأكد على وجه الخصوص بأن القواعد القانونية الواجبة التطبيق على العملية التعاقدية لا تؤدي إلى عوائق أمام إبرام العقود الإلكترونية ولا تؤدي إلى حرمان تلك العقود من الفعالية القانونية والصلاحيية بحجة أنها أبرمت بالوسائل الإلكترونية»⁽¹⁾.

وبالنظر إلى الجهود المبذولة على مستوى الاتحاد الأوروبي في مجال التجارة الإلكترونية سواء تعلق الأمر بالتوجيهات التي أصدرها بغية تنظيم مختلف جوانبها القانونية، أم بالتوصيات المختلفة التي حث من خلالها الدول الأعضاء على تبني هذا النوع من التجارة وتقديم التسهيلات الضرورية لذلك بدءاً بتبني تشريعاتها الوطنية للتوجيهات الأوروبية الصادرة بخصوص هذه التجارة تفادياً للاختلافات التي من شأنها الحد من مزاياها، يمكننا القول بأنها جهود معتبرة تتناسب مع مكانة هذا الاتحاد ومع الأهداف الأساسية التي أنشأ من أجلها والتي يترأسها تحقيق النمو الاقتصادي والاجتماعي لمجتمعات ودول القارة الأوروبية.

2- تعريف التجارة الإلكترونية على مستوى منظمة التعاون الاقتصادي لآسيا والمحيط الهادي "منطقة الباسيفك":

اهتمت الدول الأعضاء في هذه منظمة التعاون الاقتصادي لآسيا والمحيط الهادي (APEC)⁽²⁾

(1) – Art.9.1 : «Les Etats membres veillent à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique. Les Etat membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique ». JOCE n°L178, 17/7/2000, p11.

(2) – منظمة التعاون الاقتصادي لآسيا والمحيط الهادي: تأسست منظمة (APEC) وهي اختصار لـ (Asia Pacific Economic Cooperation) سنة 1989، كمنتدى اقتصادي تعاوني لتسهيل نمو التجارة والاقتصاد والاستثمار في الدول الأعضاء. وقد بدأ المنتدى بـ12 دولة على رأسها الولايات المتحدة الأمريكية، ثم وصل عدد الدول الأعضاء إلى 21 دولة سنة 1999، 16 دولة من الساحل الغربي الآسيوي للمحيط الهادي وهي: اليابان، كوريا الجنوبية، روسيا، الصين، تاوان، هونكونغ، الفلبين، بروني، سنغافورة، إندونيسيا، ماليزيا، تايلاند، الفيتنام، أستراليا، نيوزيلندا، بابو وغينيا الجديدة، و05 دول من الساحل الشرقي الأمريكي وهي: الولايات المتحدة الأمريكية، كندا، المكسيك، البيرو والشيلي. وعليه فالمنتدى عبارة عن خليط من الدول من الناحية الثقافية ومستويات النمو الاقتصادي والازدهار الاجتماعي والأهداف الوطنية والدينية والأوضاع السياسية. لمزيد من المعلومات عن المنظمة وأهدافها والدول المكونة لها يرجى زيارة موقع المنظمة على العنوان الآتي:

http://www.apec.org/apec/news_media/2003_media_releases/010403_my_blueprint_for_e-commerce_id.htm

بالتجارة الإلكترونية كأحد مستجدات الحياة الاقتصادية على المستوى الدولي، وقد ظهر هذا الاهتمام من خلال اتفاق قادة هذه الدول سنة 1997 على وضع خطة عمل للتجارة الإلكترونية يأتي على رأسها وضع إطار قانوني موحد لهذه التجارة في دول المجموعة. وكانت أول خطوة في هذا الإطار متمثلة في المؤتمر المنعقد في كوالا لامبور سنة 1998 والذي انتهى بإصدار تصريح يتضمن دعوة لإطلاق النشاط التجاري الإلكتروني في المنطقة وتطوير صيغ التعاون التقني وإنشاء البنية التحتية للتجارة الإلكترونية والاستثمار في هذا القطاع⁽¹⁾.

وقد تم تعريف التجارة الإلكترونية في إطار هذه المنظمة على أنها: «أي شكل من أشكال الصفقات التجارية والخدمات التي يتعامل فيها الأطراف بطريقة إلكترونية، سواء تمت بين شخصين أو بين شخص وكمبيوتر أو بين كمبيوتر وكمبيوتر»⁽²⁾.

والملاحظ بالنسبة لهذا التعريف هو أنه جعل التجارة الإلكترونية تشمل تجارة السلع كما تشمل تجارة الخدمات -وهو ما سارت عليه كل التعريفات التي أوردناها في هذا المجال-، كما أنه أشار إلى استخدام طريقة إلكترونية دون الإشارة إلى هذه الطريقة، غير أنه أضاف في الأخير جزئية متعلقة بجواز أن يتم العقد بين شخص وكمبيوتر أو بين كمبيوتر وكمبيوتر وهذا طبعا في بعض المعاملات التي تتم بتدخل ما يعرف بالوكيل الإلكتروني⁽³⁾.

الفرع الثاني: تعريف التجارة الإلكترونية على مستوى التشريعات الوطنية

إن المتتبع للتشريعات الوطنية لمختلف الدول الغربية منها والعربية، يلحظ أن هناك دولا كثيرة بذلت جهودا معتبرة في مجال التشريعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، حيث سنت مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم مختلف جوانبها، كما تضمنت بعض هذه التشريعات تعريفا محدد لها، وسنورد فيما يأتي بعض النماذج لهذه التشريعات:

⁽¹⁾ -انظر: إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي: القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 25، محمد عبيد الكعبي: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، ط 1، القاهرة، دار النهضة العربية، (1431هـ-2010م)، ص 362-363.

⁽²⁾ -خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 30.

⁽³⁾ -الوكيل أو الوسيط الإلكتروني (Electronic Agent): عرفته المادة الثانية من قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية بأنه: «برنامج أو نظام إلكتروني لحاسب آلي يمكن أن يتصرف أو يستجيب لتصرف بشكل مستقل، كليا أو جزئيا، دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الاستجابة له»، انظر: قانون رقم 2 لسنة 2002 الصادر بتاريخ 2002/02/12 والمتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، القانون موجود في مرجع: محمد خالد جمال رستم: التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني في العالم، ط 1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006م، ص 197.

أولاً: تعريف التجارة الإلكترونية على مستوى التشريعات الوطنية للدول الغربية:

1- تعريف التجارة الإلكترونية على مستوى تشريعات الولايات المتحدة الأمريكية:

تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية أولى دول العالم حثاً وتشجيعاً على استخدام التجارة الإلكترونية⁽¹⁾ -وخاصة التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت- في إبرام الصفقات التجارية حيث بلغ حجم معاملاتها في هذا المجال 115 مليار دولار عام 2001م⁽²⁾.

وقد سبقت جهود المشرع الأمريكي في مجال المعاملات الإلكترونية ظهور الإنترنت بسنوات عديدة إذ كانت البداية من خلال قيامه بإصدار القانون التجاري الموحد "UCC" (Uniform Commercial Code) سنة 1978م، الذي نص في مادته الرابعة على تحويل الأموال إلكترونياً "بطريقة إلكترونية، والتي تعتبر حجر الزاوية في التجارة الإلكترونية، وذلك باستخدام نظام المقاصة الإلكترونية أو بطاقات الائتمان أو ماكينات الصرف الآلي، والنقود الإلكترونية فيما بين البنوك والأشخاص ووحدات الأعمال"⁽³⁾، كما تضمن في الجزء 31/201 الخاص بالتعريفات، إشارة إلى تعريف السجلات القانونية بأنها: «المعلومات المكتوبة على أي وسيط ملموس أو مادي أو المخزنة على أي وسيط إلكتروني أو ما شابهه، ويمكن استرجاعها في صورة ملموسة»⁽⁴⁾.

وبعد ظهور الإنترنت الذي كانت الولايات المتحدة الأمريكية موطنه الأصلي كما سيأتي لاحقاً،

⁽¹⁾ -ففي عام 1997م أطلق المشرع الأمريكي خطة العمل الخاصة بالتجارة الإلكترونية، وتضمنت الخطة خمس مبادئ رئيسية تمثلت في: 1- إسناد قيادة التجارة الإلكترونية للقطاع الخاص، 2- أن تتجنب الحكومة وضع قيود أمام الاستثمار والأنشطة الإبداعية في ميدان التجارة الإلكترونية، 3- أن يكون للحكومة دور في كفالة وحماية الملكية الفكرية والخصوصية وأمن الشبكات والمعلومات والشفافية والسرعة في حل المنازعات، 4- أن يكون للحكومة دور في البناء الفاعل ووسائل الاتصال، 5- أن الإنترنت بيئة عالمية وإطارها القانوني يتعين أن يكون عالمياً وتحديداً بالنسبة للاختصاص القضائي.

وتعزيزاً لهذه المبادئ تضمنت الخطة مجموعة من التوصيات المتصلة بالجوانب القانونية والتنظيمية للتجارة الإلكترونية تتمثل أهمها في: عدم فرض أية ضرائب على أنشطة التجارة الإلكترونية، إيجاد نظام قانوني مرن للدفع النقدي يراعي سرعة التطور التقني لوسائل الدفع، تعديل القواعد القانونية التجارية بالنسبة للعقود التجارية والتوقيع الإلكتروني وقواعد الدفع والتبادل المالي. لمزيد من التفصيل انظر: المركز الوطني للمعلومات: مادة معلوماتية عن التجارة الإلكترونية، الجمهورية اليمنية، ماي 2005، ص 25-26، الدراسة متاحة على الموقع: <http://www.yemen-nic.info/contents/informatics/sudies/9.pdf> آخر زيارة للموقع: 2014/08/24.

⁽²⁾ -انظر: خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 33.

⁽³⁾ -مصطفى موسى العطيبي: الجوانب القانونية لتعاملات التجارة الإلكترونية (حماية العلامة التجارية إلكترونياً)، ط 1، الأردن، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع، 2011م، ص 60، خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 33.

⁽⁴⁾ -إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي: القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 29.

اهتم القائمون على هذه الدولة بوضع تنظيمات قانونية فدرالية متعاقبة تتلاءم مع الصفة العالمية لاستخدام هذه التقنية، ونذكر من هذه التنظيمات على سبيل المثال:

-القانون الفدرالي لمعاملات معلومات الحاسب الآلي لسنة 1999م⁽¹⁾، الذي عرف لفظ "إلكتروني" في المادة رقم 26 من الجزء 101/أ بأنه كل: «ما يتصل بالتكنولوجيا بوسيط إلكتروني، له قدرات كهربائية، أو رقمية، أو مغناطيسية، أو لا سلكية، أو بصرية، أو كهرومغناطيسية، أو أي قدرات مماثلة»، كما عرف التاجر في المادة 45 من ذات الجزء بأنه: «الشخص الذي يقوم على سبيل الاحتراف بعمل من الأعمال التالية: أ- جمع المعلومات، ب- ممارسة أي مهنة أو حرفة، ج- تشغيل العاملين وتوظيفهم»⁽²⁾.

-والقانون الفدرالي الأمريكي بشأن التوقيعات الإلكترونية في التجارة العالمية والمحلية لسنة 2000م⁽³⁾، الذي تضمنت المادة 13 من جزئه ال 106 مصطلح التجارة ضمن مفهوم الأعمال التجارية حيث نصت على أنه: «مصطلح صفقة يعني كل الأفعال المتصلة بنشاط تجاري أو أكثر على نحو يشمل أي فعل مما يلي: (أ) بيع أو تأجير أو تبادل أو انتقال للمعلومات الشخصية، بما في ذلك البضائع والأشياء غير الملموسة والخدمات وأي خليط من هذه الأشياء (ب) بيع أو تأجير أو تبادل أو أي تصرف في أية ممتلكات فعلية أو خليط من هذه الأشياء»⁽⁴⁾.

وهذا التعريف كما يبدو جاء شاملا لكل المعاملات دون التمييز بين ما إذا كانت تجارية أم مدنية، كما أنه لم يميز بين المعاملات التعاقدية وغير التعاقدية.

⁽¹⁾ - ويعرف هذا القانون بقانون (UCTA) وهي اختصارا لـ: The Uniform Computer Information Transactions Act وهو متاح على الموقع: <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ucita200.htm>

⁽²⁾ - إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي: القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 30.

⁽³⁾ - نص القانون متوفر في مرجع: محمد خالد جمال رستم: التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني في العالم، مرجع سابق، ص 271-296، وهو متاح أيضا على الموقع: <http://www.bmck.com/ecommerce/fedlegs-t.htm>

⁽⁴⁾ - «(13) TRANSACTION: The term "transaction" means an action or set of actions relating to the conduct of business, consumers, or commercial affairs between two or more persons, including any of the following types of conduct:
(A) the sale, lease, exchange, licensing, or other disposition of (i) personal property, including goods and intangibles, (ii) services, and (iii) any combination thereof; and
(B) the sale, lease, exchange, or other disposition of any interest in real property, or any combination thereof».

محمد خالد جمال رستم: التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني في العالم، مرجع سابق، ص 290-291.

2-تعريف التجارة الإلكترونية على مستوى القانون الفرنسي:

إن اهتمام المشرع الفرنسي بالتجارة الإلكترونية يظهر من خلال الإصدارات التشريعية المتوالية التي حاول من خلالها الإلمام بجميع جوانب هذه التجارة ومن ثم التصدي للتحديات القانونية التي أفرزتها. وكانت البداية بالقانون رقم 230-2000 المتعلق بالإثبات والتوقيع الإلكتروني⁽¹⁾ الذي جاء خاليا من أي تعريف للتجارة الإلكترونية ولعل السبب في ذلك هو صدور هذا القانون بعد فترة وجيزة من صدور تقرير مفصل حول التجارة الإلكترونية عن وزارة الاقتصاد الفرنسية⁽²⁾، وقد تناول التقرير جزئيات مهمة في التجارة الإلكترونية من ضمنها تعريفها بأنها: «مجموعة المبادلات الرقمية، المرتبطة بأنشطة تجارية بين المشروعات بعضها البعض، أو بين المشروعات والأفراد، أو بين المشروعات والإدارات»⁽³⁾.

ويتضح من خلال هذا التعريف أن التقرير تبني مفهوما موسعا للتجارة الإلكترونية لأن المبادلات الإلكترونية المرتبطة بالأنشطة التجارية تغطي أيضا الأنشطة البنكية التي تعتبر مساهمة في المعاملات التجارية من خلال أنظمة الدفع أو السداد، كما تضمن التقرير الإشارة إلى أن: «التجارة الإلكترونية

⁽¹⁾ - يرى البعض أن بداية اهتمام المشرع الفرنسي بالتجارة الإلكترونية بدأت قبل هذا القانون، إذ أنه أدرك أهمية مسايرة التطور والتقدم في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، فمنذ سنة 1980 قام بإدخال تعديلات على القواعد التقليدية للإثبات وذلك بالقانون رقم (80/525) الصادر في 12 يوليو 1980. وتضمن التعديل الذي أدخله المشرع الفرنسي إضافة استثناء جديد على مبدأ ضرورة الإثبات بالكتابة ويكون بموجبه الإثبات حرا، وفقا لنص المادة (2/1348)، وقام المشرع الفرنسي بإدخال تعديل جديد في 30 أبريل سنة 1983 بإصدار القانون رقم (83/353) والقرار التنفيذي رقم (83/1020) الصادر في 29 نوفمبر 1983، وقد تم بموجبه تعديل المواد (8-17) من القانون التجاري. وجاء التعديل الجديد بإمكانية تنظيم الوثائق وسجلات المحاسبة بالوسائل التكنولوجية الحديثة وفي مقدمتها الحاسب الإلكتروني، وأحدث هذا التعديل تقدما ملحوظا في مجال المحاسبة التجارية، وذلك بإتاحة استخدام المعلوماتية المحاسبة وإلغاء الدفاتر التجارية والتعامل بالسجلات الحاسوبية الإلكترونية. انظر: محمد سعيد أحمد إسماعيل: أساليب الحماية القانونية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 143.

⁽²⁾ - التقرير طلبته الحكومة الفرنسية من وزارة الاقتصاد، وعليه تم تشكيل فريق عمل برئاسة وزير الاقتصاد الفرنسي لورنتز (Francis Lorentz) لدراسة التجارة الإلكترونية، وبالفعل أصدر هذا الفريق تقريرا سنة 1998 يحمل عنوان: "التجارة الإلكترونية معطى جديد للمستهلكين، الشركات، المواطنين والسلطات العمومية" (Commerce Electronique une nouvelle donne pour les consommateurs, les entreprises, les citoyens et les pouvoirs publics) وهذا التقرير يعتبر نصا مرجعيا أدى إلى إعادة صياغة بعض النصوص القانونية وبصفة خاصة إعادة صياغة بعض نصوص القانون المدني. انظر:

Gazouani Chiheb : Le contrat de commerce électronique international, op.cit, p23 .

⁽³⁾ - «Le Commerce Electronique peut être sommairement défini comme l'ensemble des échanges numérisés. Liés à des activités commerciales, entre entreprises, entre entreprises et particuliers ou entre entreprises et administrations». Rapport du groupe de travail présidé par M.Francis Lorentz : Commerce Electronique : une nouvelle donne pour les consommateur, les entreprises, les citoyens et les pouvoir publics, Janvier 1998. Le rapport est diffusé sur le site du ministère des Finances : <http://www.finances.gouv.fr>

تغطي أيضا تبادل المعلومات والمعاملات المتعلقة بالمنتجات، المعدات والمواد الاستهلاكية العادية، كما تشمل أيضا الخدمات مثل خدمات المعلومات والخدمات المالية والقانونية...»⁽¹⁾، وهذا يعتبر تبريرا للتوسع الوارد في التعريف.

وتدخل المشرع الفرنسي مرة أخرى من خلال المرسوم رقم 2001/741 من أجل وضع تنظيم شامل للتعاقد الإلكتروني في ضوء التوجيه الأوروبي رقم 97/7 بشأن حماية المستهلك عن بعد، ثم من خلال القانون رقم 2001/1062 المتعلق بالسلامة اليومية. غير أن القانون الأساسي الذي يؤطر التجارة الإلكترونية في فرنسا هو القانون 2004-575 الصادر في 21 جوان 2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي أو الإلكتروني حيث تضمن هذا القانون تنظيم مختلف جزئيات التجارة الإلكترونية، كما تضمن تعديل بعض نصوص القانون المدني وقانون حماية المستهلك لتتماشى ومتطلبات هذه التجارة. وعلى عكس القوانين السابقة تضمن هذا القانون تعريفا للتجارة الإلكترونية وذلك في المادة 14 منه التي جاء فيها: أن التجارة الإلكترونية النشاط الاقتصادي الذي يقترح بموجبه شخص أو يكفل توريد سلع أو خدمات عن بعد بطريق إلكتروني. ويدخل أيضا في مجال التجارة الإلكترونية الخدمات مثل خدمات توريد معلومات على الخط، اتصالات تجارية وأدوات البحث، الدخول إلى شبكة اتصال أو استضافة المعلومات⁽²⁾.

وهذا التعريف أيضا يوضح تبني المشرع الفرنسي للمفهوم الموسع للتجارة الإلكترونية فهو لم يستلزم أن يكون المورد مهنيا بدليل استعماله لمصطلح "شخص" الذي يعني أن النشاط المقترح من فرد عادي بالطريق الإلكتروني، ولو مرة واحدة أو بطريقة دورية، يدخل في مجال التجارة الإلكترونية⁽³⁾.

وبالنظر إلى التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية في فرنسا يمكن القول بأن المنظومة التشريعية

⁽¹⁾- Rapport du groupe de travail présidé par M.Francis Lorentz : Commerce Electronique, op.cit.

⁽²⁾-«Le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services.Entrent également dans le champ du commerce électronique les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent». la loi n°2004-575 du 21 Juin 2004, loi pour la confiance dans l'économie numérique, J.O n°143 du 22 Juin 2004, p06. sur le site web : [http //www.journal-officiel.gouv.fr/framest.html](http://www.journal-officiel.gouv.fr/framest.html), dernière visite du site : le 04/08/2014.

⁽³⁾-انظر: كوثر سعيد عدنان خالد: حماية المستهلك الإلكتروني، ط1، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2012م، ص53.

الفرنسية تكاد تكون مكتملة أكثر من غيرها في هذا المجال⁽¹⁾.

3-تعريف التجارة الإلكترونية على مستوى التشريع البريطاني:

بريطانيا هي إحدى الدول المتقدمة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وهي تصنف ضمن قائمة الدول الأولى التي خصت معاملات التجارة الإلكترونية بتنظيم قانوني خاص، إذ أصدرت تشريعات كثيرة في هذا المجال كان أهمها القانون المتعلق بالاتصالات الإلكترونية لسنة 2000م⁽²⁾، الذي حمل القسم الثاني منه عنوان "تسهيل التجارة الإلكترونية وتخزين المعلومات" ومع هذا فلم يتضمن هذا القانون أي تعريف للتجارة الإلكترونية واكتفى بالتأكيد على حجية التوقيع الإلكتروني وشهادة المصادقة عليه في الإثبات في النزاعات المتعلقة بهذا المجال⁽³⁾. وأرجع سبب عدم إيراد المشرع البريطاني لتعريف محدد للتجارة الإلكترونية إلى أنه اكتفى بما ورد في التوجيهات الأوروبية المختلفة⁽⁴⁾ على اعتبار أن بريطانيا هي إحدى دول الاتحاد الأوروبي كما هو معروف.

ثانيا: تعريف التجارة الإلكترونية على مستوى التشريعات الوطنية للدول العربية:

1-تعريف التجارة الإلكترونية على مستوى تشريع الجمهورية التونسية:

تعتبر تونس أول دولة عربية بادرت بوضع تنظيم قانوني خاص بالتجارة الإلكترونية، فقد أصدرت القانون رقم 2000/83 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية بتاريخ 9 أوت 2000م⁽⁵⁾، وقد جاء هذا القانون مقسما إلى سبعة أبواب تضم 54 مادة أو فصلا كما اصطلاح المشرع التونسي.

وقد عرف هذا القانون التجارة الإلكترونية في الفصل الثاني منه بأنها: «العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية»، وعرف المبادلات الإلكترونية في الفصل ذاته بأنها: «المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية».

والملاحظ بالنسبة لهذا التعريف هو أن المشرع التونسي لم يفرق بين ما إذا كان موضوع العمليات

(1) -انظر: هدى حامد قشقوش: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، 2000م، ص12.

(2) -Electronic communication act 2000.

(3) -فقد نصت المادة 1/7 من القسم الثاني من هذا القانون على أنه: «في أي من الإجراءات القانونية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية يعتبر كل من التوقيع الإلكتروني وشهادة المصادقة على هذا التوقيع دليل إثبات مقبول قانونا في نزاع بشأن صحة الاتصالات والبيانات».

إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي: القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص31.

(4) -المرجع نفسه، ص32.

(5) -القانون صدر في الجريدة الرسمية للجمهورية التونسية، رقم 64 بتاريخ 2000/8/11م.

التجارية هو سلعة أو خدمة أو أداء عمل، فالمهم أن تتم عن طريق المبادلات الإلكترونية لأن أي عملية تجارية هي مبادلة ما بين سلعة وثنها أو خدمة وقيمتها، أو أداء عمل ومقابلته⁽¹⁾، كما أنه استعمل مصطلح "وثائق إلكترونية" دون تحديد للوسيلة أو الوسائل التي تصاغ من خلالها هذه الوثائق.

2- تعريف التجارة الإلكترونية على مستوى تشريع المملكة الأردنية:

أصدر المشرع الأردني القانون رقم 2001/85 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية، بتاريخ 2001/12/11م⁽²⁾، ولم يتضمن هذا القانون تعريف محدد للتجارة الإلكترونية، وإنما أوردتها ضمن تعريف المعاملات حيث جاء في المادة الثانية من هذا القانون: «المعاملات إجراء، أو مجموعة من الإجراءات، يتم بين طرفين أو أكثر لإنشاء التزامات على طرف واحد أو التزامات تبادلية بين أكثر من طرف ويتعلق بعمل تجاري أو التزام مدني أو بعلاقة مع أي دائرة حكومية»⁽³⁾، وعرفت المادة ذاتها المعاملات الإلكترونية بأنها: «المعاملات التي تنفذ بوسائل إلكترونية»⁽⁴⁾، كما عرفت مصطلح "إلكتروني" بأنه: «تقنية استخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو إلكترومغناطيسية أو أي وسيلة مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها»⁽⁵⁾.

والواضح من خلال هذه التعريفات أن المشرع الأردني لم يفرق بين ما إذا كانت الالتزامات ناشئة عن معاملات إلكترونية مدنية أو تجارية وهو ما يؤكد من خلال التعريف الذي وضعه للعقد الإلكتروني في المادة الثانية السابق الذكر حيث عرفه بأنه: «الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً»⁽⁶⁾. كما أنه لم يحدد "الوسيلة الإلكترونية" التي تتم من خلالها المعاملات الأمر الذي يجعل هذا القانون صالح لاستيعاب أي وسيلة إلكترونية مستحدثة في هذا المجال.

(1) -انظر: سليمان أحمد فضل: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2010م، والرسالة مطبوعة، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، (1432هـ-2011م)، ص9، خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص36.

(2) -القانون منشور بالجريدة الرسمية للمملكة الأردنية رقم 4524 بتاريخ 2001/12/31م، ص6010، وهو موجود في مرجع: محمد خالد جمال رستم: التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني في العالم، مرجع سابق، ص181-194.

(3) -محمد خالد جمال رستم: التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني في العالم، مرجع سابق، ص181.

(4) -المرجع نفسه.

(5) -المرجع نفسه.

(6) -المرجع نفسه، ص182.

3- تعريف التجارة الإلكترونية على مستوى تشريع إمارة دبي

تعتبر إمارة دبي أولى دول الخليج العربي إصداراً لتنظيم قانوني خاص بالتجارة الإلكترونية، حيث أصدرت القانون رقم 2002/2 المتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية بتاريخ 2002/02/12م⁽¹⁾، وقد خصص هذا القانون المادة الثانية⁽²⁾ منه للتعريفات فعرف التجارة الإلكترونية بأنها: «المعاملات التجارية التي تتم بواسطة المراسلات الإلكترونية»، وعرّف المراسلات الإلكترونية بأنها: «إرسال واستلام الرسائل الإلكترونية»، أما الرسالة الإلكترونية فعرّفها بأنها: «معلومات إلكترونية ترسل وتسلم بوسائل إلكترونية ترسل وتسلم بوسائل إلكترونية أياً كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه».

والملاحظ على هذا التعريف أنه قريب جداً من التعريف الوارد في القانون التونسي، إذ أنه استبدل فقط مصطلح "المبادلات الإلكترونية" بمصطلح "المراسلات الإلكترونية"، كما أنه حذا حذوه في عدم تحديد الوسيلة الإلكترونية التي تتم من خلالها المراسلات.

4- تعريف التجارة الإلكترونية على مستوى تشريع جمهورية مصر العربية:

أصدر المشرع المصري القانون رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني⁽³⁾، الذي يعتبر أول تشريع عربي خاص بتنظيم التوقيعات الإلكترونية وإجراءات تصديقها واعتمادها إلكترونياً، إلا أنه كان ينبغي على المشرع المصري إصدار قانون لتنظيم المعاملات التجارية الإلكترونية أولاً، ومن ثم تنظيم التوقيعات الإلكترونية في قانون خاص نظراً لأهميتها، وذلك على غرار ما فعلته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري⁽⁴⁾، إذ ما فائدة صدور قانون للتوقيع الإلكتروني يهدف إلى توثيق العقود الإلكترونية، إذا كان أصلاً لا يوجد قانون ينظم ماهية هذه المعاملات والعقود الإلكترونية⁽⁵⁾.

جدير بالذكر أنه يوجد في مصر مشروع قانون للمعاملات الإلكترونية أعد بمعرفة لجنة خبراء بمركز

(1) محمد خالد جمال رستم: التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني في العالم، مرجع سابق، ص 195-220.

(2) المرجع نفسه، ص 195-198.

(3) القانون صدر في الجريدة الرسمية للجمهورية المصرية، عدد 17/تابع بتاريخ: 22 أبريل 2004م.

(4) حيث أصدرت اللجنة القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية سنة 1996م، ثم أصدرت القانون النموذجي للخطابات والتوقيعات الإلكترونية سنة 2001م.

(5) خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 37.

المعلومات واتخاذ القرار برئاسة الوزراء⁽¹⁾، إلا أنه لم يصدر لحد الآن⁽²⁾. وقد عرف هذا المشروع التجارة الإلكترونية بأنها كل: «معاملة تجارية تتم عن بعد باستخدام وسيلة إلكترونية»⁽³⁾. والملاحظ بالنسبة لهذا التعريف هو أنه وكغيره من التعريفات الواردة في جل التشريعات، لم يحدد الوسيلة الإلكترونية التي تتم من خلالها المعاملة وهو ما يعني صلاحية القانون لاستيعاب الوسائل الإلكترونية التي يمكن أن تستحدث في هذا المجال.

وهناك دول كثيرة أخرى غربية وعربية أصدرت تشريعات خاصة بالتجارة الإلكترونية ومعاملاتها، ونظمت مختلف جوانبها القانونية إلا أنها لم تضمن تلك التشريعات تعريف التجارة الإلكترونية، لأن مهمة تعريف المصطلحات هي مهمة يتولاها عادة الفقه وهو ما سنتطرق له في الفرع الموالي.

الفرع الثالث: تعريف الفقه للتجارة الإلكترونية

اهتم فقهاء القانون بالتجارة الإلكترونية كإحدى مفرزات تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، ويظهر هذا الاهتمام من خلال التعريفات المتعددة التي خصوها بها، غير أن المتبع لتلك التعريفات يلحظ عدم اتفاقهم حول مفهوم محدد لها، فقد اختلفت نظرتهم لهذا النوع من التجارة بين مضيق وموسع لمفهومها.

فمنهم من عرف التجارة الإلكترونية بأنها: «العملية التي تتم بين طرفين -بائع ومشتري- أو أكثر عن طريق استخدام الكمبيوتر عبر شبكة الإنترنت»⁽⁴⁾.

(1) - حيث أصدر السيد المستشار وزير العدل القرار رقم 705 لسنة 1999 الذي ينص على تشكيل لجنة لإعداد مشروع قانون لتنظيم التجارة الإلكترونية، على أن تضم اللجنة مستشارين من وزارة العدل وخبراء من وزارة التجارة والتموين، ومصالحة الجمارك ووزارة الخارجية ووزارة المالية بالإضافة إلى أعضاء اللجنة الاستشارية للإصلاح التشريعي. وقد استهدى المشروع في أحكامه أساسا بالقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي وضعته اليونسكو، كما استعان واضعوا المشروع في عملهم بقوانين التجارة الإلكترونية العربية والدولية مثل قانون سنغافورة الصادر عام 1998، وقانون الهند الصادر عام 1998، وقانون لوكسمبورج الصادر عام 2000، والقانون التونسي الصادر عام 2000، وقانون الولايات المتحدة الأمريكية المتعلق بالتوقيع الإلكتروني في التجارة الدولية والوطنية الصادر عام 2000. فضلا عن استعانتهم بتوجيهات الاتحاد الأوروبي في هذا المجال، والتعديل الجديد القانون المدني الفرنسي الصادر بالقانون رقم 230 لسنة 2000، كما لم يغفل واضعوا المشروع الرجوع إلى القانون الأمريكي للأمن الإلكتروني الصادر عام 1999 لكونه معبرا عن الاتجاهات الحديثة في موضوع من أهم موضوعات التجارة الإلكترونية ألا وهو التشفير. لمزيد من التفاصيل يرجى الرجوع إلى دراسة:

بعنوان: فؤاد جمال عبد القادر: إطلالة على مشروع قانون التجارة الإلكترونية"، الدراسة متاحة على الموقع: <http://>

(2) - عبد الفتاح بيومي حجازي: النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول: نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا،

ط1، القاهرة، دار الفكر الجامعي، 2002م، ص39-40.

(3) - فؤاد جمال عبد القادر: إطلالة على مشروع قانون التجارة الإلكترونية، مرجع سابق.

(4) - هدى حامد قشقوش: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص05.

فهذا التعريف قصر التجارة الإلكترونية على عمليات البيع والشراء التي تتم عبر شبكة الإنترنت، وهو الأمر الذي يناقض واقع التجارة الإلكترونية الذي يبين أنها تتعدى مسألة البيع والشراء لتشمل صوراً عديدة من الأعمال التجارية كإعلان وإنشاء المواقع والمتاجر الافتراضية وإدارتها، وتقديم العديد من الخدمات كخدمة الاتصالات والتعاملات الإلكترونية⁽¹⁾، إضافة إلى ذلك فإنه لا يمكن حصرها في شبكة الإنترنت إذ أن هناك وسائل إلكترونية أخرى يمكننا ممارسة التجارة الإلكترونية من خلالها كما تقدم.

وعرفت التجارة الإلكترونية أيضاً بأنها: «المعاملات المالية عبر شبكة الإنترنت سواء تمتعت بالصفة التجارية أم لا»⁽²⁾. والملاحظ بالنسبة لهذا التعريف هو أنه وعلى الرغم من توسيعه من دائرة التجارة الإلكترونية لتشمل كل المعاملات التجارية التي تتم عبر شبكة الإنترنت سواء تمتعت بالصفة التجارية أم لا، إلا أنه حصرها في وسيلة إلكترونية واحدة هي "شبكة الإنترنت".

ومن التعريفات السائدة في الفقه الفرنسي نذكر التعريف المقدم من قبل الجمعية الفرنسية للتجارة والخدمات على الخط (ACSEL)⁽³⁾ حيث قدمت هذه الجمعية تعريفين للتجارة الإلكترونية أحدهما واسع والآخر ضيق.

فبالنسبة للتعريف المضيق التجارة الإلكترونية فهي تعني: «مجموع المبادلات التجارية التي يتم الشراء فيها عن طريق شبكات الاتصال» فهي تشمل مجرد تلقي طلب الشراء أو الشراء المقترن بالدفع، وتتعلق بشراء السلع كما تتعلق بشراء الخدمات سواء أكانت هي الأخرى على الخط (خدمات المعلومات، الألعاب... أم لا)⁽⁴⁾، أما بالنسبة للتعريف الموسع، فيمكن أن ندرج ضمن التجارة الإلكترونية: مجموع الاستعمالات التجارية للشبكات، فالتجارة الإلكترونية هي قبل كل شيء تجارة،

(1) -محمد عبيد الكعبي: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 133.

(2) -أسامة أبو الحسن مجاهد: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر المنعقد بكلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة 1-3 ماي 2000م، مج 1، ص 108.

(3) -L' Association pour le Commerce et les Services en Ligne : est un Organisme Français de référence, <http://www.acsel.asso.fr>.

(4) -Dans sa définition restreinte l'e-commerce désigne l'ensemble des échanges commerciaux dans lesquels l'achat s'effectue sur un réseau de télécommunication. L'e-commerce couvre aussi bien la simple prise de commande que l'achat avec paiement, et concerne autant les achats de biens que les achats de services, qu'ils soient eux-mêmes en ligne (services d'information, jeux, etc) ou non. **Alaal Mennis**: le commerce électronique : construction d'une approche d'évaluation et de conception pour la prise de décision de sa mise en œuvre, thèse pour l'obtention du doctorat en sciences de gestion, université Pierre Mendès-France de Grenoble, 2005, p41-42

وشبكة الإنترنت ما هي إلا وسيلة للاتصال من بين وسائل أخرى كالتبادل الإلكتروني للمعلومات (L'EDI)، والمينيتال...، فهي تغطي كل عمليات بيع السلع والخدمات عبر وسائل الاتصال الإلكترونية⁽¹⁾.

-التعريف المختار

بعد استعراض مختلف التعريفات التي قُدمت للتجارة الإلكترونية ومناقشة ما احتاج منها إلى مناقشة، اتضح أن تلك التعريفات وضعت لتحقيق أهداف معينة، بحسب رؤية وتوجه كل دولة، أو هيئة أو منظمة. غير أنه وحتى يتم الوصول إلى تعريف محدد للتجارة الإلكترونية، لا بد أن تؤخذ بعين الاعتبار الملاحظات الآتية⁽²⁾:

-التجارة الإلكترونية هي نوع من التجارة، لا تختلف عن التجارة التقليدية، إلا من حيث استخدام الوسيلة الإلكترونية، فيشترط فيها ما يشترط في التجارة التقليدية من وجود طرفي العقد وما يستلزم ذلك من وجود إيجاب وقبول وتسليم للمثمن، وقبض الثمن.

-لا يمكن حصر وسائل التجارة الإلكترونية في الإنترنت فقط، لأن هناك وسائل أخرى، كالشبكات الخاصة بالبنوك وأسواق المال. فالإنترنت هي الوسيلة الأكثر استخداماً في التجارة الإلكترونية غير أنها ليست الوسيلة الوحيدة.

-محل عقود التجارة الإلكترونية، هو إما سلعا ملموسة كالكتب والأجهزة الكهربائية، وإما خدمات كالاستشارات الطبية والاقتصادية، أو برامج ونحوها.

وهذه الملاحظات تؤكد نقرر أن التجارة الإلكترونية تقوم على ثلاث عناصر أساسية تتمثل في⁽³⁾:

⁽¹⁾ -Dans une définition plus extensive, on peut inclure dans "l'e-commerce" l'ensemble des usages commerciaux des réseaux. Il est bien entendu que l'e-commerce est avant tout du commerce et que le réseau Internet n'est que le support de communication, entre autre, l'EDI (échange des données informatisées), le Minitel, etc. Il recouvre toute opération de vente de biens et de services via un canal électronique. **Alaal Mennis: le commerce électronique, Op. Cit, p41-42.**

⁽²⁾ -انظر: سلطان بن إبراهيم الهاشمي: التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، ط1، المملكة العربية السعودية، الرياض، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، (1432هـ-2011م)، ص53-54.

⁽³⁾ -محمد السيد عرفة: التجارة الدولية الإلكترونية عبر الإنترنت، مفهومها، والقواعد القانونية التي تحكمها، ومدى حجية المخرجات في الإثبات، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت المنعقد بكلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، خلال الفترة 1-3 ماي 2000م، ط3، جامعة الإمارات العربية، 2004م، 284/1-285.

Pierre Breese: Guide juridique de l'internet et du commerce électronique, Paris, Librairie Vuibert, janvier, 2000, p109.

1-فكرة النشاط التجاري: الذي يعتبر الركيزة الأساسية للتجارة الإلكترونية على اعتبار أنها عمل تجاري بالدرجة الأولى.

2-الدعائم الإلكترونية: حيث تستبدل في هذه التجارة الدعائم الورقية بالدعائم الإلكترونية، بمعنى أن المراسلات الورقية تختفي وتحل محلها معلومات يتبادلها أطراف العملية التجارية عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، وهو ما جعل البعض يعبر عن هذا العنصر باللامادية انطلاقاً من عدم وجود الوثائق والفواتير بصفة مادية ملموسة والاكتفاء بالنسخ الإلكترونية غير الملموسة. مع العلم أن هذا التحول إلى الدعائم الإلكترونية لا يؤثر بأي شكل من الأشكال على الطبيعة القانونية للعمليات التجارية ذاتها.

3-فكرة التدويل أو العولمة أو العالمية:

فالتجارة الإلكترونية تطبيق لفكرة العولمة⁽¹⁾، المصاحبة للتكنولوجيا المستخدمة، فهذه التكنولوجيا تتجاوز مجرد تركيز القواعد القانونية واجبة التطبيق طبقاً للمكان الذي يتم فيه تبادل الأموال والخدمات. فالعلاقات التي تتضمنها هي علاقات تتم عبر الدول والحدود وغير محددة بمكان أو بدولة معينة، إذ يمكن القول أنها علاقات عابرة للقارات، فقد يكون البائع في فرنسا والمشتري في الجزائر، وقد يكون منتج السلعة في أمريكا والمستهلك في الهند، فالمعلومات والتكنولوجيا لا تعرف الحدود السياسية⁽²⁾.

4-التباعد بين طرفي المعاملة⁽³⁾:

أي أن طرفي العقد أو المعاملة في التجارة الإلكترونية لا يتواجدون بشكل مادي في مكان واحد عند إبرام العقد، سواء تمت الصفقة المبرمة داخل دولة واحدة أم بين دولة وأخرى.

من هنا يمكن تعريف التجارة الإلكترونية بأنها: «كل عملية تعاقدية دولية أو محلية تتضمن بيع أو شراء خدمة أو سلعة عن طريق وسيلة إلكترونية، سواء تمت بين الأفراد أو بين المشروعات أو بين الأفراد والمشروعات أو بين الأفراد أو المشروعات والإدارة وبغض النظر عما إذا تم الدفع

(1)-العولمة: "يقصد بالعولمة كل تعامل دولي يعتمد على مبدأ إهمال الحدود الجغرافية للدول، في كل تعامل سياسي، اقتصادي، تجاري، اجتماعي، بغرض تبادل المصلحة المشتركة، وضمان التعايش السلمي". شافع بلعيد عاشور: العولمة التجارية والقانونية للتجارة الإلكترونية، د.ط، الجزائر، دار هومة، 2006م، ص63.

(2)-انظر: محمد السيد عرفة: التجارة الدولية الإلكترونية عبر الإنترنت، مرجع سابق، 284/1-285، عبد الفتاح بيومي حجازي: النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، ط1، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2002، 22/1، خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص26.

(3)-وهو ما يعرف بـ"La distance entre les intervenants".

والتسليم إلكترونياً أم لا».

المطلب الثاني: حكم التجارة الإلكترونية وضوابطها الشرعية

على اعتبار أن التجارة الإلكترونية - كما سبقت الإشارة - مفرزا من مفرزات التطورات المتلاحقة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، فإنها بهذا الوصف تعد من جملة القضايا المستجدة في فقه المعاملات والتي تحتاج إلى حكم فقهي يبني عليه موقفنا كمسلمين من هذا المستجد الذي أصبح محط اهتمام فقهاء القانون ورجال الاقتصاد عبر العالم ناهيك عن المتعاملين في المجال التجاري بصفة عامة.

وهو ما ستوضحه الباحثة في هذا المطلب من خلال بيان الحكم الفقهي للتجارة الإلكترونية (وهذا في فرع أول)، ثم بيان ضوابطها الشرعية (وهذا في فرع ثان).

الفرع الأول: الحكم الشرعي للتجارة الإلكترونية

إن التجارة الإلكترونية من الأمور المستجدة بالنسبة للفقهاء الإسلاميين، الذي لم يقف يوماً أمام ما يستجد من الحوادث، فمعيار الحكم على مثل هذه المعاملات التجارية الجديدة يتلخص في أنها لا تكون شرعية إلا إذا استندت إلى دليل شرعي⁽¹⁾، ومن ثم فإن بيان حكمها الفقهي يكون بالبحث عن وجود أو عدم وجود دليل شرعي تستند إليه.

وستنتقل الباحثة في بحثها عن وجود هذا الدليل من أمر معلوم، وهو أن الشارع الحكيم فصل أحكام العبادات لأن الأصل فيها التعبد، بينما لم يفصل في أحكام المعاملات والتصرفات المالية لقيامها على أساس المبادئ العامة والقواعد الموضوعية لمصالح العباد⁽²⁾، فالأصل فيها الالتفات إلى المعاني كما جاء في الموافقات: «الأصل في العبادات بالنسبة إلى المكلف التعبد دون الالتفات إلى المعاني، وأصل العادات الالتفات إلى المعاني»⁽³⁾، وفي هذا المقام أيضا يقول الإمام ابن تيمية⁽⁴⁾ رحمه الله تعالى: «ولهذا

(1) - انظر: محمد مصطفى شلبي: الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية، د.ط، بيروت، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1982، ص 246.

(2) - علي محمد أحمد أبو العز: التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، ط 1، الأردن، دار النفائس للنشر والتوزيع، (1428هـ-2008م)، ص 89.

(3) - إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشاطبي: الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط 1، د.ب، دار عفان، (1417هـ-1997م)، 513/2.

(4) - ابن تيمية: هو أبو العباس تقي الدين أحمد عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم الحراني، ولد في ربيع الأول سنة 661هـ، كان مجتهدا، ومفسرا، لقب بشيخ الإسلام، توفي بدمشق معتقلا في قلعتها سنة 728هـ. ترك مصنفات كثيرة منها: "الفتاوى"، "منهاج السنة النبوية في نقد الشيعة الكلامية"، "الإيمان"، "الاستقامة"... وغيرها. انظر: الذهبي: تذكرة الحفاظ، مرجع سابق، 1496/4، ابن رجب: الذيل على طبقات الحنابلة، مرجع سابق، 387/2.

كان أصل أحمد وغيره من فقهاء الحديث: أن الأصل في العبادات التوقيف، فلا يشرع منها إلا ما شرعه الله تعالى وإلا دخلنا في معنى قوله: ﴿أَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا لَهُمْ مِنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنْ بِهِ اللَّهُ﴾، والعبادات الأصل فيها العفو، فلا يحظر منها إلا ما حرمه الله وإلا دخلنا في معنى قوله: ﴿قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَامًا وَحَلَالًا﴾⁽¹⁾.

فالتجارة الإلكترونية إذا من العادات التي يجب أن يلتفت فيها إلى معانيها لبيان حكمها الفقهي، خاصة وأنها أصبحت واقعا مفروضا على الدول الإسلامية والمسلمين بصفة عامة فيما يعرف بالعملة الاقتصادية، التي لا يمكن للمسلمين البقاء بمعزل عنها.

وعلى قول الفقهاء بأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره⁽²⁾ نقول أن التجارة الإلكترونية التي اتضح لنا مفهومها وميزانها عن الألفاظ التي قد تشبه بها، إذ تم التوصل إلى أنها: «مجموع الأنشطة التجارية التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية».

فالتصور الذي اتضح من خلال هذا التعريف يمكننا من القول بأن التجارة الإلكترونية هي نوع من التجارة المشروعة في شريعتنا الإسلامية والتي لا تعدو أن تكون بيعا أو شراء سواء تعلق الأمر بسلع مادية أو خدمات متنوعة بين المعلومات والبرامج والاستشارات المختلفة. وقد وضع الشارع الحكيم للبيع أو بصفة عامة لحركة التبادل التجاري بين الناس أصل عام متضمن في قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾⁽³⁾، فالبيع حلال في جميع صورته وأشكاله وأجناسه، والربا حرام في جميع صورته وأشكاله وأجناسه، فليبيع الناس ما شاءوا، وليشتروا ما أرادوا حسب ما جرى عليه العرف بينهم، ما لم يأت ذلك على صورة توقع الضرر بأحد الطرفين⁽⁴⁾.

فالحكم على التجارة الإلكترونية يكون بتطبيق هذا الأصل فما لم تكن هذه التجارة ربا أو تتضمن إضرارا بأحد طرفي المعاملة تكون جائزة ومباحة شرعا، على غرار البيع أو التجارة التقليدية إذ

(1) -تقي الدين ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، ط1، د.ب، دار الكتب العلمية، (1408هـ - 1987م)، 13/4.

(2) -انظر: ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط2، د.ب، دار الكتاب الإسلامي، د.ت، 232/1.

(3) -سورة البقرة: 275.

(4) -انظر: محمد سعيد الرملاوي: التعاقد بالوسائل المستحدثة في الفقه الإسلامي، ط1، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2007م، ص201.

الفارق بينهما هو الوسيلة المتبعة في كليهما. وعليه فكل الأدلة الشرعية الواردة في مشروعية التجارة⁽¹⁾ تنسحب على التجارة الإلكترونية بالقياس.

⁽¹⁾ -إن التجارة مشروعة في شريعتنا الإسلامية بأدلة ثابتة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول، وسنحاول بيان أهم هذه الأدلة لأن المقام لا يتسع لذكرها كلها. فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ سورة النساء: 29، وقوله أيضا: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُمُوهَا﴾ سورة البقرة: 282، وقوله أيضا: ﴿اللَّهُ الَّذِي سَخَّرَ لَكُمْ الْبَحْرَ لِتَجْرِيَ الْفُلُكُ فِيهِ بِأَمْرِهِ وَلِيُنَبِّئُوا مِن فَضْلِهِ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ سورة الجاثية: 12، ووجه الدلالة من هذه الآيات أن ظاهر الآية الأولى يقتضي إباحة سائر التجارات الواقعة عن تراض، والترخيص بترك التوثيق بالكتابة الموثوق عليه -الوارد في الآية الثانية- حرصا على تيسير المعاملات التجارية وعدم تعقيدها هو دليل على إباحة التجارة، كما أن امتنان المولى جل وعلى على عباده بتهيئته سبل التجارة لهم برا وبحرا وتسميته السعي إليها "ابتغاء لمرضاة الله" فيه أيضا دلالة على إباحة، إذ لا يتصور أن تكون مرضاة الله في شيء محرم. (لمزيد من التفصيل ينظر: عماد الدين الطبري المعروف بالكنيا الهراسي: أحكام القرآن، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1403هـ، 438/2، علي محمد أحمد أبو العز: التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص90-91). أما من السنة: فقد وردت عنه ﷺ أحاديث نبوية كثيرة تحت وترغب في التجارة من جهة، وتوجه العاملين بها من جهة أخرى ومن هذه الأحاديث: - ما رواه الإمام علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: [تسعة أعشار الرزق في التجارة...]. (علاء الدين علي بن حسام الدين البرهان فوري: كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، تحقيق: بكري حياي - صفوة السقا، ط5، د.ب، مؤسسة الرسالة، (1401هـ-1981م)، 30/4، حديث رقم [9342]، -وما روي عن أبي حمزة عن الحسن، عن أبي سعيد عن النبي ﷺ قال: [التاجر الصدوق الأمين مع النبيين، والصديقين، والشهداء] (أخرجه الترمذي في سننه وقال حديث حسن. انظر: محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاک الترمذي: سنن الترمذي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، باب: ما جاء في التجار وتسمية النبي ﷺ إياهم، ط2، مصر، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، (1395هـ-1985م)، 507/3 حديث رقم: [1209] واللفظ له، وأخرجه أيضا: أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي في السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القدر عطا، ط3، بيروت، دار الكتب العلمية، (1424هـ-2003م)، 437/5، حديث رقم [10416]. أما الإجماع: فإن المتصفح لأحوال الصحابة رضوان الله عليهم يلحظ أن أغلبهم كانوا تجارا، ومنهم أبو بكر الصديق الذي لم يترك التجارة إلا بعد توليه إدارة شؤون المسلمين، وعمر بن الخطاب رضي الله عنه الذي يقول عن نفسه: «ألهاني الصفق بالأسواق يعني الخروج إلى التجارة عن سماع حديث رسول الله ﷺ» (رواه البخاري في صحيحه، كتاب: البيوع، باب: الخروج في التجارة) ولم ينكر أحد من المسلمين على الصحابة اشتغالهم بالتجارة فكان إجماعا على جواز التجارة وشرعية العمل بها. (انظر: علي محمد أحمد أبو العز: التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص95). أما المعقول: فإن القول بجواز التجارة الإلكترونية يتوافق مع فطرة الإنسان المجبولة على حب التملك، واستجلاب المنفعة ما دامت في دائرة الطيبات التي أحلها الله تعالى، ذلك أن هذا النوع من التجارة يحقق منافع كثيرة للناس من حيث توفير الجهد والوقت والوصول إلى الأسواق العالمية بأقل التكاليف.. وغيرها من المزايا -التي سنبينها في المباحث اللاحقة- (انظر: علي محمد أحمد أبو العز: التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص96).

ضف إلى ذلك فإن الأصل في الأشياء الإباحة، وأن التحريم والحظر جاء على خلاف الأصل، فيتوقف على وجود النص، (محمد مصطفى شلي: الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية، مرجع سابق، ص140)، وقد قال رسول الله ﷺ: [ما أحل الله فهو حلال وما حرم فهو حرام وما سكت عنه فهو عفو، فاقبلوا من الله عافيته فإن الله لم يكن لينسى شيئا] (الحديث أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب: الأطعمة، (60)باب: أكل الجبن والسمن، حديث رقم [3367]، 1117/2، وأخرجه أبو داود في سننه، كتاب: الأطعمة =

وبناء على هذا القياس فقد أجازت المؤسسات الإسلامية⁽¹⁾ هذا النوع من التجارة⁽²⁾. كما أن الندوة العلمية التي عقدت بمركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي بتاريخ 2000/03/23م، بجامعة الأزهر لدراسة أبعاد التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت وموقف الشريعة الإسلامية منها خلصت إلى أن: هذا النوع من التجارة يتوافق تماما مع مبادئ وقواعد الشريعة الغراء، فهي حلال شرعا، وذلك لأن الشارع الحكيم على وضع الأسس العامة والمبادئ الكلية في تشريعه للأحكام العملية المتعلقة بالمعاملات، والتي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان، ومن ثم فليس في أحكام الشريعة الإسلامية ما يمنع من الاستفادة من الإنترنت في مجال التجارة طالما أن التعامل بها يتم في إطار القواعد الشرعية العامة⁽³⁾.

وقبل هذا التاريخ، كان مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17 إلى 23 شعبان 1410هـ الموافق لـ14-20 مارس 1990م قد أجاز التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة المتمثلة في البرق والتلكس وشاشات الحاسب الآلي (الكمبيوتر) والهاتف واللاسلكي في قراره رقم 54/3/6⁽⁴⁾.

وعلى الرغم من أن الإنترنت لم يذكر ضمن الوسائل التي تناولها مجمع الفقه الإسلامي إلا أنها

=باب: ما لم يذكر تحريمه، حديث رقم [3800]، 354/3، وقد حكم الألباني بأنه حديث حسن في صحيح سنن ابن ماجه، كما حكم بأن إسناده صحيح في صحيح سنن أبي داود). فمادام لم يرد نص من كتاب أو سنة أو إجماع بتحريم التجارة الإلكترونية فإنها تبقى مباحة تبعا للأصل العام في الأشياء وهو الإباحة، وفي هذا السياق يقول ابن تيمية رحمه الله: «تصرفات العباد من الأقوال والأفعال نوعان: عبادات يصلح بها دينهم، وعادات يحتاجون إليها في دنياهم. فاستقراء أصول الشريعة أن العبادات التي أوجبها الله أو أباحها لا يثبت الأمر بها إلا بالشرع، وأما العادات فهي ما اعتاده الناس في دنياهم مما يحتاجون إليه. والأصل فيه عدم الحظر، فلا يحظر منه إلا ما حظره الله ورسوله، وذلك؛ لأن الأمر والنهي مما شرع الله تعالى، والعبادة لا بد أن تكون مأمورا بها، فما لم يثبت أنه مأمور كيف يحكم عليه بأنه عبادة؟ وما لم يثبت من العادات أنه منهي عنه كيف يحكم عليه أنه محظور؟ [...] وإذا كان كذلك فنقول: البيع والهبة والإجارة وغيرها، هي من العادات التي يحتاج الناس إليها في معاشهم، كالأكل، والشرب، واللباس، فالشريعة جاءت في العادات بالآداب الحسنة، فحرمت منها ما فيه فساد وأوجبت منها ما لا بد منه، وكرهت ما لا ينبغي واستحبت ما فيه مصلحة راجحة في أنواع هذه العادات ومقاديرها وصفاتها، وإذا كان كذلك فالناس يتبايعون ويتاجرون كيف شاءوا ما لم تحرمه الشريعة، كما يأكلون ويشربون كيف شاءوا ما لم تحرمه الشريعة، وإن كان بعض ذلك قد يستحب أو يكون مكروها، ولم تحم الشريعة في ذلك حدا فييقون فيه على الإطلاق الأصلي». (ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، مرجع سابق، 12/4-13).

(1) - فقد أصدر بنك دبي الإسلامي فتوى بجواز التجارة في الأسهم عن طريق الإنترنت. الفتوى تحمل الرقم: 2000/367/2/5.
(2) - علاء الدين بن عبد الرزاق الحنكوي: التقابض في الفقه الإسلامي وأثره على البيوع المعاصرة (بطاقة الائتمان-البورصة-الشيكات والشيكات السياحية-الاعتمادات-الشهر العقاري-التجارة الإلكترونية)، إشراف: مصطفى ديب البغا، ط1، الأردن، دار النفائس للنشر والتوزيع، (1423هـ-2004م)، ص343.

(3) - محمد السيد عرفة: التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، مرجع سابق، 315/1-316.

(4) - منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة: مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، ع6، ص958.

وسيلة يمكن إدراجها ضمن الحكم المتوصل إليه ذلك أنها تعد من الوسائل الحديثة في إبرام العقود والتصرفات المالية، ويرجع عدم الإشارة إليها إلى أن دورة المجمع الفقهي انعقدت سنة 1990م والإنترنت في تلك الفترة لم تكن قد وصلت إلى شريحة كبيرة من المواطنين كما أنها لم تكن قد دخلت مجال المعاملات التجارية على ما سيأتي بيناه في المباحث اللاحقة.

وبناء على ما تقد يمكننا القول: أن التجارة الإلكترونية حكمها الجواز. في ظل المقصد العام للشريعة الإسلامية وهو تحقيق مصالح العباد بجلب المنافع ودرء المفاسد، مما يعني أن الجواز المذكور يجب أن يُضبط بتحقيق مصالح العباد بجلب المنافع لهم ودرء المفاسد عنهم. وسنحاول أن نبين الضوابط الشرعية التي ينبغي تضبط بها التجارة الإلكترونية حتى تكون جائزة ومباحة شرعا في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: الضوابط الشرعية للتجارة الإلكترونية

إن إباحة التجارة الإلكترونية في الشريعة الإسلامية يتوافق مع حرص الإسلام على تبني كل ما يحقق اليسر والسهولة في حياة المسلمين ومعاملاتهم، لكن هذه الإباحة مشروطة بألا يترتب على استخدامها ضرر أو غرر لطرفي المعاملة.

فالمرونة الموجودة في مجال المعاملات التجارية مقترنة بمجموعة من القيم والضوابط التي تحكمها، فإذا ما انطبقت تلك القيم والضوابط على معاملات المسلمين في مجال التجارة الإلكترونية أصبحت هذه الأخيرة مباحة وجائزة شرعا، ومن أهم هذه الضوابط⁽¹⁾:

1- التراضي: بمعنى أن يتوفر لطرفي المعاملة القصد والإرادة والاختيار الكامل، فأساس التجارة

الصحيحة المطلوبة شرعا هو توفر الرضا لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾⁽²⁾، وقوله عليه الصلاة والسلام: [إنما البيع عن تراض]⁽³⁾، وقوله ﷺ: [لا يجل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس]⁽⁴⁾.

⁽¹⁾—انظر: منظمة المؤتمر الإسلامي بجدّة: مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدّة، 6ع، ص343-344، عبد الصبور عبد القوي علي المصري: التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية، ط1، الرياض، مكتبة القانون والاقتصاد، (1433هـ-2012م)، ص64-66، علي محمد أحمد أبو العز: التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص99-105.

⁽²⁾—سورة النساء: 29.

⁽³⁾—أخرجه ابن ماجه في سننه، كتب: التجارات، (18) باب: بيع الخيار، حديث رقم [2185]، 737/2، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في بيع المضطر وبيع المكره، حديث رقم [11075]، 29/6.

⁽⁴⁾—أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب: البيوع، حديث رقم [2886]، 424/3، وأخرجه أحمد في مسنده، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب: الغصب، باب: من غصب لوحا فأدخله في سفينة أو بنى عليه جدارا، حديث رقم [11545].

فإن اختل رضا أحد طرفي المعاملة بأن كان مكرها مثلا خرجت التجارة من دائرة الإباحة إلى دائرة التحريم.

وبالنسبة للتجارة الإلكترونية فهي تتم عادة عن تراض من الجانبين، ذلك أن التباعد بين الطرفين يجعل إمكانية إكراه أو إجبار أحد الطرفين للآخر على إتمام الصفقة أو المعاملة أمر مستبعد، إذ لا سلطة لأحدهما على الآخر، ففي الغالب لا تكون هناك معرفة مسبقة بينهما. فكلتا منهما حر في إتمام المعاملة أو عدم إتمامها.

2- أن تكون المعاملة مما يحقق المنفعة لطرفيها: فلا يجوز التعامل فيما لا منفعة فيه ويستوي في هذه الحالة أن تكون المنفعة حسية أو معنوية، فالمهم تحقق المنفعة.

فالتعامل في المنهي عنه شرعا كالسلع المحرمة ومثاها الخمر والميتة والخنزير، أو الخدمات المحظورة كالقمار والميسر، ومشاهدة الأفلام والمجلات والصور والكتب والبرامج الإباحية غير جائزة⁽¹⁾.

وعليه فإن التجارة الإلكترونية إذا كانت متعلقة بالمعاملات المباحة كانت جائزة ومباحة شرعا، وإذا كانت تجار في المعاملات المنهي عنها -المشار إليها أعلاه- كانت محرمة لأنه لا منفعة ترجى من المحرمات.

3- العدالة بين طرفي المعاملة: والمقصود بالعدالة هنا تحقيق التوازن بين المنفعة والعائد من المعاملة للطرفين.

فعلى كل طرف أن يوازن بين ما سيدفعه في الصفقة وبين ما سيعود عليه منها، فإن رأى في ذلك مصلحة له أمضاها، وإن رأى أنه سيظلم أوقفها، وفي هذا يقول شيخ الإسلام: «الأصل في هذه المعاوزات والمقابلات هو التعادل من الجانبين. فإن اشتمل أحدهما على غرر أو ربا دخلها الظلم فحرمها الله الذي حرم الظلم على نفسه وجعله محرما على عباده»⁽²⁾. على أن الغرر المعتبر في التجارة هو الغرر الفاحش أما الغرر اليسير فإنه يمكن التجاوز عنه كما سيتضح في النقطة الموالية.

وسبق وأن ذكرنا أن هذا الأمر قابل للتحقيق في التجارة الإلكترونية طالما أن طرفي المعاملة يبرمانها بحرية تامة إذ لا سلطة لأحدهما على الآخر.

4- المعلوماتية: والتي تعني توافر المعلومات الصادقة لطرفي المعاملة في جميع مراحلها بداية بالثمن

(1)-انظر: محمد سعيد محمد الرملاوي: التعاقد بالوسائل المستحدثة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص205.

(2)-ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، مرجع سابق، 64/4-65.

ومكان وكيفية التسليم والاستلام، والمواصفات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل المعاملة، لكي يتخذ كل طرف قراره بإتمام المعاملة وهو على علم تام بآثارها ونتائجها⁽¹⁾. ذلك أن الشريعة الإسلامية حرمت كل بيع ينطوي على غرر أو غبن أو جهالة تكون ماثرا للتنازع بين الطرفين والبيع المنهي عنها هي استثناء من الأصل العام الوارد في قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾⁽²⁾، وقد ذكر الفقهاء والمفسرون عددا من هذه البيوع نورد منها على سبيل المثال لا الحصر: بيع الملامسة، والمنازعة⁽³⁾، وإلقاء الحصاة⁽⁴⁾، والمضامين والملاقيح، وحبل الحبلية⁽⁵⁾. على أن الغرر المقصود بالنيهي والتحريم هو الغرر الفاحش أما الغرر اليسير فيمكن

(1) -انظر: علي محمد أحمد أبو العز: التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص101، محمد سعيد محمد الرملاوي: التعاقد بالوسائل المستحدثة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص208.

(2) -سورة النساء: 29.

(3) - أخرج البخاري في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه: [أن رسول الله ﷺ، نهي عن الملامسة والمنازعة]. (كتاب البيوع، باب: بيع المنازعة، حديث رقم [2146]، (3/70).) وبيع الملامسة: كانت صورته في الجاهلية أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره، أو يتاعه ليلا وهذا يجمع على تحريمه، وسبب تحريمه الجهل بالصفة. أما بيع المنازعة فهو: أن يبيد كل واحد من المتبايعين إلى صاحبه الثوب من غير أن يعين أن هذا بهذا، بل كانوا يجعلون ذلك راجعا إلى الاتفاق، وهو أيضا من البيوع المنهي عنها بالإجماع. ينظر تفصيل هذين البيوعين في: أبو الوليد محمد بن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، د. ط، القاهرة، دار الحديث، (1425هـ-2004م)، 167/3، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، د. ط، د. ب، دار الفكر، د. ت، 57/3، محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي: المبسوط، د. ط، بيروت، دار المعرفة، (1414هـ-1993م)، 195/12، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، 83/6، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1، د. ب، دار الكتب العلمية، (1415هـ-1995م)، 380/2، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، ط3، بيروت، دمشق، عمان، دار الكتاب الإسلامي، (1412هـ-1991م)، 398/3، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة: المغني، القاهرة، مكتبة القاهرة، (1388هـ-1968م)، 156/4، منصور بن يونس البهوتي: كشف القناع عن متن الإقناع، د. ط، د. ب، دار الكتب العلمية، د. ت، 166/3.

(4) -أخرج مسلم في صحيحه عن أبي هريرة، قال: [نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر]. (كتاب البيوع، باب: باب: بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، حديث رقم [1513]، 3/1153)، وقد ذكر الفقهاء تأويلات كثيرة لبيع الحصاة منها: أن يقول المشتري: أي ثوب وقعت الحصاة من يدي فقد وجب البيع وهذا قمار. انظر: ابن رشد: بداية المجتهد، المرجع السابق، 167/3.

(5) -بيع المضامين والملاقيح وحبل الحبلية: أخرج البخاري في صحيحه مالك، عن نافع، عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ، [نهى عن بيع حبل الحبلية]، وكان يبيعا يتبايعه أهل الجاهلية، كان الرجل يتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة، ثم تنتج التي في بطنها. (كتاب: البيوع، باب: بيع الغرر وحبل الحبلية، حديث رقم [2143]، 3/70)، وجاء في شرح الزرقاني على الموطأ: «وحدثني عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال لا ربا في الحيوان وإنما نهى من الحيوان عن ثلاثة عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلية المضامين بيع ما في بطون إناث الإبل والملاقيح بيع ما في ظهور الجمال قال مالك لا ينبغي أن يشتري أحد شيئا من الحيوان بعينه إذا كان غائبا عنه». (انظر: محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني: شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، تحقيق: طه عبد =

التجاوز عنه للضرورة، إذ الوقوف عند كل غرر يسير سيؤدي حتما إلى تعطل التجارة لانطواء كثير من البيوع على هذا النوع من الغرر. وقد نقل الزرقاني⁽¹⁾ في شرحه على الموطأ قول المازري⁽²⁾: «أجمعوا على فساد بيع الغرر كجنين والطير في الهواء والسماك في الماء، وعلى صحة بيع الجبة المحشوة وإن كان حشوها لا يرى، وكراء الدار شهرا مع احتمال نقصانه وتمامه، ودخول الحمام مع اختلاف لبثهم فيه والشرب من فم السقاء مع اختلاف الشرب، واختلفوا في بعضها فوجب أن يفهم أنهم إنما منعوا ما أجمعوا على منعه لقوة الغرر وكونه مقصودا، وإنما أجازوا ما أجمعوا على جوازه ليسارته مع أنه لم يقصد وتدعو الضرورة إلى العفو عنه»⁽³⁾.

والمعلومية عادة ما تكون متحققة في مجال التجارة الإلكترونية وبصفة خاصة التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الإنترنت، حيث يتمكن المشتري من التعرف على السلعة من خلال صورتها المعروضة على الشبكة، وكذا بيان طريقة استخدامها ومميزاتها وكيفية صيانتها... وإن كان الأمر يكون في بعض الأحيان

الرؤوف سعد، ط1، القاهرة، مكتبة الثقافة الدينية، (1424هـ-2003م)، 453/3، وقال السرخسي في المبسوط: «قيل المضامين ما تتضمنه الأصلاب والملاقيح ما تتضمنه الأرحام وقيل على عكس هذا المضامين ما تضمنه الأرحام والملاقيح ما تضمنه الأصلاب». (انظر: السرخسي: المبسوط، مرجع سابق، 195/12. وجاء في المغني: «قال ابن المنذر وقد أجمعوا على أن بيع الملاقيح والمضامين غير جائز، وإنما لم يجز بيع الحمل في البطن؛ لوجهين؛ أحدهما، جهالته، فإنه لا تعلم صفته ولا حياته. والثاني، أنه غير مقدور على تسليمه، بخلاف الغائب، فإنه يقدر على الشروع في تسليمه». (انظر: ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، 4/157).

⁽¹⁾ -الزرقاني: هو محمد بن عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن علوان الزرقاني المصري الأزهرى المالكي، أبو عبد الله، خاتمة المحدثين بالديار المصرية، نسبته إلى زرقان (قرية من قرى منوف بمصر). ولد بالقاهرة سنة 1055هـ / 1645م، وتوفي بها سنة 1122هـ / 1710م. ترك مجموعة من الكتب منها: "تلخيص المقاصد الحسنة"، و "شرح البيقونية"، و "شرح المواهب اللدنية"، و "شرح موطأ الإمام مالك". انظر: خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي: الأعلام، ط15، د.ب، دار العلم للملايين، أيار / مايو 2002م، 6/184.

⁽²⁾ -المازري هو: محمد بن علي بن عمر التميمي المازري يكنى أبا عبد الله ويعرف بالإمام. نزل المهديّة من بلاد إفريقية. أصله من مازر: مدينة في جزيرة صقلية على ساحل البحر. هو إمام أهل إفريقية وما وراءها من المغرب وصار الإمام لقباً له رضي الله تعالى عنه فلا يعرف بغير الإمام المازري. وكان آخر المشتغلين من شيوخ إفريقية بتحقيق الفقه ورتبة الاجتهاد ودقة النظر. أخذ عن اللحمي وأبي محمد عبد الحميد السوسي وغيرهما من شيوخ إفريقية ودرس أصول الفقه والدين، وألف في الفقه والأصول وشرح كتاب مسلم وكتاب التلقين للقاضي أبي محمد: عبد الوهاب وليس للمالكية كتاب مثله ولم يبلغنا أنه أكمله وشرح البرهان لأبي المعالي الجويني وسماه: إيضاح الحصول من برهان الأصول. وممن أخذ عنه بالإجازة: القاضي أبو الفضل: عياض رحمه الله تعالى كتب له من المهديّة يميز له كتابه المسمى بالعلم في شرح مسلم وغيره من تأليفه. وتوفي الإمام رحمه الله تعالى سنة ست 530هـ. انظر: الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب (2/250-252)، عبد الحي بن أحمد بن محمد ابن العماد العكري الحنبلي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تحقيق: محمود الأرناؤوط، تخريج الأحاديث: عبد القادر الأرناؤوط، ط1، دمشق - بيروت، دار ابن كثير، (1406هـ - 1986م)، (6/186)

⁽³⁾ -الزرقاني: شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، مرجع سابق، 3/468.

بطريقة مبالغة إلا أنه يحقق جانب من المعلومات لهذا المشتري، كما أنه عادة ما يتوانى مقدمو السلع والخدمات على الشبكة عن الغش لأن ذلك سرعان ما ينتشر، فإذا حدث وأن تعرض أحد المستهلكين لغبن أو غش فإنه سينشر ذلك ويطلع عليه الجميع وبالتالي سيفقد عارض السلعة أو الخدمة مصداقيته ولن يتعامل معه أحد بعدها.

من هنا يمكن القول أنه قد تم توضيح مفهوم التجارة الإلكترونية وحكمها الفقهي، ومن ثم يمكن الانتقال إلى تساؤل آخر مفاده ما الذي يجعل هذه التجارة بمفهومها المتقدم مطلباً للمتعاملين في المجال التجاري، وهو ما ستجيب عنه الباحثة من خلال المبحث الموالي.

المبحث الثاني: خصائص التجارة الإلكترونية

من خلال تعريف التجارة الإلكترونية المتوصل إليه في المبحث السابق، يتضح لنا جليا أنها تتصف بجملة من الخصائص تختلف عن تلك التي تتصف بها التجارة بصفة عامة، سواء من حيث المزايا التي تقدمها للمتعاملين في مجالها والمخاطر التي قد يتعرضون لها جراء ذلك التعامل، أم من حيث المجالات التي قد تنشط فيها هذه التجارة، إذ هناك بعض المجالات التي تتمتع بطبيعة خاصة تتلاءم مع هذا النوع من التجارة وتجعلها ذات فائدة كبيرة لها.

إضافة إلى أن تعدد المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية يجعلها تتخذ أشكالا أو أنماطا مختلفة تبعا لذلك التعدد، الأمر الذي قد يجعلها تشبه ببعض المصطلحات أو الألفاظ الموجودة في المجال التجاري.

وستتناول الباحثة هذه الجزئيات بشيء من التفصيل من خلال هذا المبحث حيث ستعرض لمزايا التجارة الإلكترونية ومخاطرها (وهذا في مطلب أول)، ثم سنبين مختلف مجالات هذه التجارة والأشكال التي يمكن أن تتخذها مع تمييزها عن بعض الألفاظ ذات الصلة بها (وهذا في مطلب ثان).

المطلب الأول: مزايا ومخاطر التجارة الإلكترونية

على الرغم من حداثة التجارة الإلكترونية نسبيا إلا أنها قد تنامت، وحظيت باهتمام كبير من قبل المستهلكين والتجار (أشخاصا وشركات) على حد سواء، وهذا نظرا للمزايا الكثيرة التي سرّعت حركة انتقال البضائع والخدمات والمعلومات عبر العالم متخطية حواجز الحدود الإقليمية للدول، إلا أن هذا لا يعني خلو هذه التجارة من بعض المخاطر التي ينبغي على المتعاملين فيها الحذر منها ومحاولة تفاديها قدر الإمكان.

وعليه خصصت الباحثة هذا المطلب لبيان أهم المزايا التي تتمتع بها التجارة الإلكترونية (وهذا في فرع أول)، ثم بيان مخاطرها (وذلك في فرع ثان).

الفرع الأول: مزايا التجارة الإلكترونية

تعتمد التجارة الإلكترونية على وسائط تختلف عن تلك المستعملة في التجارة التقليدية مما جعلها تتمتع بمزايا كثيرة تفتقر إليها التجارة التقليدية، ويمكن إجمال هذه المزايا في الآتي:

أولاً: غياب الدعائم الورقية

حيث تعتمد التجارة الإلكترونية في كافة الإجراءات والمراسلات بين طرفي المعاملة على الدعائم الإلكترونية أي عدم وجود أي وثائق ورقية، وهو ما جعل بعض الفقهاء الأمريكيين يطلقون عليها تسمية بديلة هي: التجارة اللاورقية⁽¹⁾.

وتقدم هذه الدعائم الإلكترونية فوائد عديدة للتجارة من أهمها القضاء على الصعوبات التي تنتج عن اعتماد المستندات الورقية وهي: بطء الحركة، وصعوبة استرجاع وتداول المعلومات بطريقة فورية مما قد يؤدي إلى تأخير إتمام الصفقة واحتمال تأخر إجراءات الجمارك وتعرض البضاعة لخطر الفساد والتلف، إضافة إلى التكاليف الباهضة لتخزين ونقل كميات الورق المستعملة في المعاملات لاسيما تلك التي تتم على المستوى الدولي.

وعليه فالمستند الإلكتروني يحل محل المستند الورقي في هذا النوع من التجارة ، ويصبح هو السند القانوني الوحيد المتاح لكلا الطرفين في حال نشوء أية منازعة⁽²⁾.

ثانياً: توفير الجهد والوقت اللازم للبيع والتسوق

فالتجارة الإلكترونية تمكن الزبائن من الحصول على حاجاتهم بأقل جهد ممكن فلا يحتاجون إلى السفر أو الانتظار في طوابير الشراء، ويمكنهم الحوار بصفة مباشرة مع الباعة دون تدخل وسطاء، كما أنها تختصر الوقت سواء بالنسبة لعارضي المنتجات والخدمات أم بالنسبة لمن يقتنيها، حيث يتم العرض ويصل إلى طالبيه عبر كافة أنحاء العالم في وقت قياسي لم يكن يتوقعه أي متعامل تجاري قبل ظهور هذا النوع من التجارة، ويمكن للزبون أن يجوب عدد كبير من الأسواق عبر العالم ويفاضل بين السلع والخدمات التي يريد اقتناءها في ظرف قياسي أيضاً⁽³⁾، دون أن يكون مرتبط بوقت محدد إذ له أن يقتني ما يريد على مدار الساعة ليلاً أو نهاراً دون تأثير للمناسبات والعطل المختلفة.

ضف إلى ذلك فإن بعض المنتجات قد يحصل عليها طالبوها على الفور دون أن يتكبدوا عناء التنقل إلى المتجر ونقلها إلى البيت وذلك مثل برامج الكمبيوتر، والكتب، والأفلام والفديوهات... إذ يتم

(1) -انظر: محمد سعيد أحمد إسماعيل: أساليب الحماية القانونية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص66.

(2) -انظر: خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص42،

(3) -انظر: محمد عبد حسين الطائي: التجارة الإلكترونية المستقبل الواعد للأجيال القادمة، ط1، عمان، الأردن، 1431هـ-2010م، ص92، إبراهيم أحمد إبراهيم: الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية، مجلة التحكيم العربي، يوليو 2004م، ص69، محمد سعيد أحمد إسماعيل: أساليب الحماية القانونية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص69.

الحصول عليها بمجرد النقر على المنتج وإدخال بعض المعلومات عن البطاقة الائتمانية أو الدفع عن طريق النقود الإلكترونية⁽¹⁾.

ثالثاً: زيادة المنافسة ورفع جودة المنتجات⁽²⁾

إذ أن التعامل الإلكتروني يؤدي إلى رفع المنافسة بين الشركات والمؤسسات الإنتاجية عبر العالم، حيث يطمح كل منتج إلى استقطاب رضا وثقة أكبر عدد ممكن من العملاء في منتجاته وتفضيلها على المنتجات أو الخدمات المشابهة لها والمعروضة بالموازات معها، وهو ما يؤدي إلى جودة الإنتاج وزيادته لأن الكل سيعمل على إبراز ما لديه من قدرات إبداعية ومقومات تكنولوجية.

كما ستؤدي هذه المنافسة إلى انخفاض الأسعار بالنسبة إلى الزبائن الذين سيجدون قنوات جديدة لاقتناء السلع والخدمات ومن أهمها ما يعرف مزادات الإنترنت.

رابعاً: انخفاض أثمان إنشاء المتاجر وتكاليف العمل

ذلك أن تكلفة إنشاء متجر إلكتروني تعد منخفضة جدا إذا ما قورنت بتكلفة إنشاء متجر تقليدي، وينسحب ذلك على تكلفة أداء العمل الإلكتروني حيث تكون تكلفة أداء الأعمال التقليدية أعلى بكثير إذ تضم قيمة الاتصالات، ومراقبة المخزون السلعي وصيانته، وإجراء الحسابات والتعامل مع الزبائن⁽³⁾. ولا شك أن هذا الانخفاض سينعكس بصفة إيجابية على أسعار السلع والخدمات فتتحقق الفائدة للباعة.

خامساً: انخفاض تكلفة وسيلة الاتصال والحد من مشاحنات السوق

إن اعتماد التجارة الإلكترونية على الإنترنت كوسيلة للتعامل بين أطراف المعاملات يجعل التعاقد يتم بتكلفة منخفضة، خاصة فيما يتعلق بتكاليف الإعلان والترويج للمنتجات، فإذا قارنا تكلفة

(1) البطاقة الائتمانية: هي بطاقات تصدر بواسطة مؤسسة مالية باسم أحد الأشخاص، وتقوم البطاقة بوظيفتي الوفاء والائتمان، أي أن حاملها يملك إمكانية سداد المبالغ التي استخدمها من الاعتماد المفتوح من جانب مصدر البطاقة. أما النقود الإلكترونية: أو النقود الرقمية فهي: سلسلة أرقام تعبر عن قيم معينة تصدرها البنوك التقليدية أو البنوك الافتراضية لمودعيها، ويحصل هؤلاء عليها في صور نبضات كهرومغناطيسية على بطاقة ذكية وعلى الهارد درايف (Hard-Drive)، ويستخدمها هؤلاء لتسوية معاملاتهم التي تتم إلكترونياً. نضال إسماعيل برهم: أحكام عقود التجارة الإلكترونية، ط1، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005، ص87-88، و121.

(2) انظر: إبراهيم أحمد إبراهيم: الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص69.

(3) طارق عبد العال حماد: التجارة الإلكترونية (المفاهيم-التجارب-التحديات-الأبعاد التكنولوجية والمالية والتسويقية والقانونية)، د. ط، الإسكندرية، الدار الجامعية، 2002-2003م، ص722.

الإنترنت مع ما يدفع مقابل الإعلانات التقليدية في الصحف والمجلات أو اللوحات الإعلانية في الطرق ونجدها تكلفة بسيطة جدا وأكثر فاعلية.

الفرع الثاني: مخاطر التجارة الإلكترونية

إن تمتع التجارة الإلكترونية بالمزايا السالف ذكرها جعلها تعد مكسبا لا يستهان به بالنسبة للمتعاملين في المجال التجاري على الصعيد الداخلي والدولي بصفة خاصة، نظرا للتسهيلات التي منحتها لهم، ومع ذلك فإن هناك من لا يزال يراقبها من بعيد دون أن يتجرأ على طرق بابها، كما أن هناك من طرق بابها بخطى متثاقلة. ويرجع سبب إحجام وتخوف هؤلاء إلى المخاطر التي ينطوي عليها هذا النوع من التجارة. ويمكن إجمال أهم هذه المخاطر⁽¹⁾ في⁽²⁾:

أولا: عدم توفر الأمن اللازم في معاملات التجارة الإلكترونية

فقد تتعرض بيانات طرفي المعاملة إلى القرصنة أو الاستعمال غير المشروع من قبل الغير في أي مرحلة من مراحل إبرام المعاملة، وذلك بالدخول إلى بيانات أحد الطرفين واستخدامها استخداما غير قانوني كسرقة أرقام البطاقات، أو تزيف وتغيير البيانات...

ثانيا: عدم التحقق من هوية طرفي المعاملة

وذلك نظرا لغياب العلاقة المباشرة بينهما حيث يتم التواصل عن بعد، وعليه يصعب التحقق من هويتهما انطلاقا من التباعد المكاني وعدم توفر المعلومات الكافية سواء من حيث المركز المالي، أم من حيث الأهلية والقدرة على إبرام التصرفات...

ثالثا: مشكلة إثبات التصرفات

ذلك أنه وإن كانت مسألة غياب المستندات الورقية تعتبر إحدى مزايا التجارة الإلكترونية من جانب، فهي من الجانب الآخر تشكل أحد مخاطرها، لأن الوثائق الإلكترونية التي تحل محل الوثائق الورقية لا تحظى بدرجة الموثوقية ذاتها التي تحظى بها هذه الأخيرة في الإثبات، فعلى الرغم من التطور الذي شهدته وتشهده تكنولوجيا المعلومات ودخولها كافة المجالات فإن الكتابة الإلكترونية لازالت غير

(1) -ستشير الباحثة إلى المخاطر بشكل موجز لأن البعض منها سيكون محل تفصيل في المباحث اللاحقة من هذه الأطروحة.

(2) -انظر: قريبا من هذا عند: محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، القاهرة، جامعة الدول العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم الدراسات القانونية، القاهرة، 2004م، ص32، محمد عبيد الكعبي: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، 164-168.

مساوية للكتابة الورقية أو التقليدية على الأقل على مستوى الاطمئنان النفسي⁽¹⁾، كما أن التوقيع الإلكتروني لازال يواجه مشكلة في اعتماده كمقابل للتوقيع اليدوي أو التقليدي.

رابعاً: إلغاء الحدود الجغرافية

إن قيام التجارة الإلكترونية على فكرة إلغاء الحدود الجغرافية بين جميع دول العالم أدى إلى إمكانية التعامل أو الترويج لبعض السلع والخدمات المحظورة في بعض البلدان دون القدرة على منع هذا التعامل أو الترويج خاصة فيما يتعلق بالسلع أو الخدمات التي تسلم إلكترونياً كالأفلام الإباحية مثلاً، لأن إلغاء الحدود الجغرافية أدى إلى إلغاء فكرة قيام المجتمعات على الاعتبارات الدينية والأخلاقية التي تختلف من مجتمع إلى آخر والتي تثبت أن ما يصلح ويجوز في دولة قد لا يصلح ولا يجوز في غيرها.

المطلب الثاني: مجالات التجارة الإلكترونية، أشكالها وتمييزها عن بعض

المصطلحات ذات الصلة

إن ظهور التجارة الإلكترونية وتمتعها بالمزايا السابق ذكرها، جعلها تدخل مجالات كثيرة تتلاءم مع طبيعتها، كما أن تعدد المتعاملين في تلك المجالات جعلها تتخذ أشكالاً متعددة تختلف باختلاف طريقي المعاملة، إضافة إلى هذا فإنها كثيراً ما تشتهب ببعض المصطلحات ومن ثم وجب التمييز بينها. وهو ما سيتضح من خلال هذا المطلب، حيث ستتطرق الباحثة إلى مجالات التجارة الإلكترونية وأشكالها (وهذا في فرع أول)، ثم ستتطرق إلى تمييزها عن بعض المصطلحات ذات الصلة (وهذا في فرع ثان).

الفرع الأول: مجالات التجارة الإلكترونية وأشكالها

تتناول الباحثة في هذا الفرع مجالات التجارة الإلكترونية (أولاً)، ثم تتطرق إلى أشكالها (ثانياً).

أولاً: مجالات التجارة الإلكترونية

لم تقتصر التجارة الإلكترونية على مجال معين وإنما دخلت مجالات كثيرة نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر⁽²⁾:

(1) لأنه على مستوى التشريعات والقوانين تم الاعتراف بالمحرر الإلكتروني كدليل إثبات في أغلب دول العالم.

(2) انظر: رأفت رضوان: عالم التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 33-34.

1-تجارة التجزئة (Retail):

وهي المبيعات التي يتم التعاقد عليها ويتم دفع قيمتها، من خلال شبكة الانترنت، مع إجراء التسليم مثل: تجارة الكتب والمجلات.

2-البنوك والتمويل (Banking & Finance):

وهي كافة الخدمات التي تقدمها البنوك من خلال شبكة الإنترنت، ومنها الاستعلام عن الحساب، التحويلات البنكية، ومتابعة أسعار البورصات، بيع وشراء الأسهم.

3-التوزيع (Distribution):

وهي المبيعات التي يتم تسليمها على الشبكة مثل: الأفلام، برامج الحاسب، والأغاني، والمعلومات، وتعد هذه المنتجات هي الأكثر مبيعا في الشبكة.

4-التصميمات الهندسية (Engineering design):

فيمكن الاشتراك في تصميم منتج أو موقع جديد دون التواجد دون تواجد المشتركين في مكان واحد، وتعتبر هذه الطريقة هي الطريقة المثلى للعمل المشترك بين عدد من الأشخاص المتباعدين مكانيا والمتصلين عبر شبكات الاتصال، ومن الأمثلة التي يمكن إيرادها في هذا المجال قيام شركة فورد (Ford) للسيارات بتكوين فريق عمل يضم أعضاء من أربعة مواقع جغرافية مختلفة لتصميم محرك جديد.

5-التعاملات التجارية (Business Support):

وهي كافة المعاملات التجارية التي تتم عبر شبكات الاتصال، كالتبادل التجاري بين الشركات مثلا، حيث يتم عرض المبيعات، وتبادل المعلومات إلكترونيا ابتداء من الإعلان عن المنتج، ثم تلقي الطلبات والإجابة على الاستفسارات، وصولا إلى إبرام الصفقة التجارية وما يتبعها من نظم الدفع وخدمات ما بعد البيع للمنتجات التي تتطلب ذلك.

6-النشر (Publishing):

حيث تستعمل الشبكة كوسيلة تصدر من خلالها دور النشر المختلفة مختلف منشوراتها كالمجلات والجرائد وحتى الكتب.

7-خدمات متخصصة (Professional Services):

وتضم الاستشارات المختلفة كالاستشارات الطبية والقانونية والهندسية والإدارية.

8- التجارة الدولية (International Trade):

وهي مشاريع تم وضعها لتسهيل التجارة، وذلك من خلال تجميع معلومات عن شركاء التجارة الحاليين والمستقبليين، وعن التجارة والفرص في الأسواق والمتطلبات التجارية كالنقل والجمارك، والضرائب، وطرق الدفع، وقواعد الاستيراد والتصدير، والتشريعات القانونية، ومثال ذلك برنامج نقاط التجارة الدولية الذي تم إنشاؤه برعاية الأكتاد⁽¹⁾ في عام 1992م⁽²⁾.

ثانيا: أشكال التجارة الإلكترونية

يتوقف تحديد شكل التجارة الإلكترونية على أطراف العلاقة التجارية، المتمثلة في الأفراد والشركات أو المؤسسات والإدارات الحكومية لذا تعددت أشكال التجارة الإلكترونية، واختلفت في عدد تلك الأشكال فهناك من قصرها على شكلين اثنين، وهناك من جعلها أربعة أشكال وهناك من جعلها ستة أشكال، وسنحاول التطرق لهذه الأشكال على النحو الآتي بيانه:

1- بين وحدة أعمال ووحدة أعمال أخرى (Business To Business)

ويرمز لها بالرمز (B₂B) ويشمل هذا النشاط كافة أشكال وأطر العمل والتبادل بين تاجر وتاجر آخر، أو بين الشركات أي وحدات الأعمال فيما بينها (طلبات الشراء وتسليم الفواتير والدفع)، والتي تتم بوسائل إلكترونية، كإجراء المفاوضات، وتبادل المعلومات والبيانات، ومن ثم إبرام العقود التجارية، وفقا لقواعد تقنية وقانونية محددة سلفا⁽³⁾. وهذا الشكل هو أكثر أشكال التجارة الإلكترونية شيوعا

⁽¹⁾ -الـ "UNCTAD" : مؤتمر الأمم المتحدة بشأن التجارة والتنمية (Conference On Trade United Nations And Development): أقيم هذا المؤتمر بناء على قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في 19 ديسمبر 1961م، لبحث مشكلات التجارة العالمية، حيث عقد لأول مرة في جنيف عام 1964م، وتحول لجهاز دائم يجتمع بانتظام كل ثلاث سنوات، وشهد المؤتمر الأول ولادة مجموعة الـ 77 وهي المجموعة التي ترمز إلى تكتل العالم الثالث على أساس اقتصادي وليس سياسي في مواجهة الدول المتقدمة، وركز المؤتمر على بلورة المبادئ التي يجب أن تسير عليها الدول في معاملاتها التجارية وعلى مبدأ عدم التمييز في المعاملات التجارية. إسماعيل عبد الفتاح عبد الكافي: معجم مصطلحات عصر العولمة (مصطلحات سياسية واقتصادية واجتماعية ونفسية وإعلامية)، منشورات كتب عربية، عصر العولمة (مصطلحات سياسية واقتصادية واجتماعية ونفسية وإعلامية)، د.ط، القاهرة، دار الثقافة العربية، 2004م ص 451-452، www.kotobarabia.com

⁽²⁾ -انظر: محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 28.

⁽³⁾ -انظر: طارق عبد العال حماد: التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 10، لزهرة بن سعيد: النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، ط 1، الإسكندرية، دار الفكر العربي، 2010م، ص 24.

وانتشارا في الوقت الحالي إذ يصل إلى حوالي 90 % من مجموع الأعمال التجارية على الشبكة⁽¹⁾.
وتنمّل لهذا الشكل بما تقوم به شركة "Dell"⁽²⁾ للحواسيب حيث تباع الشركة كل السلع التي تنتجها
عن طريق الإنترنت (الحواسيب الشخصية، المفكرات الرقمية، البرمجيات، الملحقات كالمطابعات...)
للشركات التي تقوم بتوزيعها على المستهلكين⁽³⁾، وبفضل استعمال هذه الشركة للإنترنت كقناة للتسويق
المباشر حققت نتائج مذهلة ففي سنة 1998م تحولت شركة "Dell" إلى أكبر مصنع وموّد في مجال
الحواسيب الشخصية في العالم، حيث كانت الأسرع نموا بين كل مصنّعي أنظمة الكمبيوتر في العالم،
فهي تباع حواسيبها في 170 بلدا⁽⁴⁾.

2- بين وحدة أعمال ومستهلك (Business To Customer)

ويرمز لها بالرمز (B₂C) ولقد انتشر هذا الشكل مع انتشار المواقع الإلكترونية التي تعرض
خدماتها ومنتجاتها للمستهلكين، حيث يتعامل التاجر مباشرة مع المستهلكين، فتكون للمستهلك فرصة
لاستعراض السلع المتاحة، والقيام بعملية الشراء، ويتم دفع قيمة المشتريات بطرق مختلفة من أهمها
استخدام بطاقات الائتمان (99% من البيع الإلكتروني يتم بواسطة هذه البطاقات) أو نقدا عند
التسليم، وعليه فإننا نكون أمام ثلاث فئات من الممارسة التجارية في هذا المجال وهي:

الفئة الأولى: أن تعرض السلع والخدمات على الموقع في حين تتم عملية البيع بالطرق العادية أو
التقليدية، أي أن موقع الشركة أو موقع التاجر على الإنترنت يكون مجرد واجهة تعرض المنتج (أو
الخدمة) ومزاياه المختلفة، فإن أبدى المستهلك رغبة في اقتنائه يرسل إليه رفقة أحد مندوبي الشركة أو

⁽¹⁾ -انظر: رأفت رضوان: عملية التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص30، محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء: القانون الواجب
التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص24.

⁽²⁾ -تأسست شركة "Dell" سنة 1984 في راوند روك بولاية تكساس الأمريكية، عندما قرر مايكل ديل أن يطور فكرة بيع
الحواسيب المجمعّة عن طريق البريد مباشرة إلى المستهلك. وكان التسويق عن بعد الإستراتيجية الأساسية منذ تأسيس الشركة، ولذلك لما
ظهرت الإنترنت كان من الطبيعي أن تستخدمها الشركة كقناة للتسويق المباشر. انظر: Universal Knowledge s.a.l:
أسس التجارة الإلكترونية، ص40.

⁽³⁾ -تشير الباحثة إلى أن إدراج شركة "Dell" كنموذج لشكل التجارة الإلكترونية فيما بين الشركات أو التجار، لا يعني أنها تتعامل
فقط مع التجار أو الشركات، وإنما هي تتعامل أيضا مع الأفراد العاديين بدليل أن المتصفح لموقع الشركة يجد الصفحة الرئيسية كالتالي:



For Home ▾

For Small And
Medium Business ▾

For Public
Sector ▾

For Large
Enterprise ▾

وهو ما يعني تنوع مستهلكي شركة "Dell" من أفراد إلى شركات صغيرة ومنظمات.

⁽⁴⁾ -انظر: Knowledge s.a.l: أسس التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص40.

المتجر ويتم السداد عن التسليم⁽¹⁾، فالموقع في هذه الحالة يؤدي دورا إعلانيا لا أكثر⁽²⁾.

الفئة الثانية: ويتم في هذه الحالة عرض الخدمات أو المنتجات على الموقع، كما يتم التعاقد وفق النماذج المعدة لذلك إلكترونيا، في حين يتم تسليم المنتج أو الخدمة ودفع قيمته بالطرق التقليدية⁽³⁾.

الفئة الثالثة: هنا يتم كل من عرض السلعة أو الخدمة، والتعاقد وسداد الثمن إلكترونيا، بينما يبقى التسليم خاضع لنوع السلعة أو الخدمة، فإن كانت مما يمكن تسليمه إلكترونيا مثل الأغاني، الأفلام، الفيديوهات، الصور، الكتب القابلة للتحميل... سلمت إلكترونيا، وإن كانت مما لا يمكن تسليمه إلكترونيا سلمت بالطرق التقليدية⁽⁴⁾.

ومن أبرز المواقع التي تؤدي هذه الخدمة عبر العالم موقع "Amazon"⁽⁵⁾ وهو موقع خاص ببيع وتسويق الكتب.

وتعتبر شركة "Amazon"⁽⁶⁾ أكبر مكتبة سيبرية (من cyber أي فضاء الإنترنت) في العالم بحصة سوق قدرها 50% من سوق الكتاب في الفضاء الافتراضي، وتتعاون هذه الشركة مع بائع الجملة Ingram فيما يتعلق بالكتب التي يطلبها زبائنها خارج القائمة المتوفرة لديها، كما أنها تتعاون مع شركة FedEx من أجل تسليم الكتب إلى الزبائن⁽⁷⁾.

(1) -انظر: إيهاب السباطي: الموسوعة القانونية للتجارة الإلكترونية، ط1، القاهرة، دار الجامعة الجديدة، 2008م، ص116.

(2) -مصطفى موسى العطيّات، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص45.

(3) -المرجع نفسه، ص45.

(4) -انظر: إيهاب السباطي: الموسوعة القانونية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص117، مصطفى موسى العطيّات: الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص45.

(5) -عنوان الموقع هو: www.amazon.com. وعلى الرغم من شهرة هذا الموقع في البيع بالتجزئة أي البيع من شركة إلى مستهلك فرد إلا أن هذا لا ينفي تعامل هذه الشركة مع شركات أخرى، فاختيارنا لهذه الشركة كمثال لهذا الشكل من أشكال التجارة الإلكترونية كان بناء على الغالب في أعمالها.

(6) -تأسست شركة "Amazon" سنة 1995 من طرف (Jeff Bezos) في منطقة سياتل الأمريكية، وقد جاءت تسمية أمازون أمازون بناء على أهمية حجمها النسبي، فوفقا لمجلة Upside، فقد ساوى بيزوس بين أكبر نهر في الكرة الأرضية وأكبر متجر في العالم. وقد كانت الشركة في البداية تؤدي كل أنشطتها إلكترونيا، إلا أنه سرعان ما أدرك بيزوس أنه من الضروري امتلاك مستودعات خاصة حتى يتمكن من مراقبة جودة تعبئة وشحن الطلبات، كما أن اختياره لمدينة سياتل لتكون موقعا للشركة لم يكن صدفة وإنما كان لقرىها من واحدة من أكبر منشآت توزيع الكتب ألا وهي Ingram. فكل شيء كان مدرّس بعناية وهو ما انعكس بالإيجاب على وضع الشركة التي سرعان ما حققت أرباحا مدهشة فاقت توقعات مؤسسها بكثير. انظر: طارق عبد العال حماد: التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص5، ص249-255.

(7) -انظر: Knowledge s.a.l: أسس التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص35.

3- بين مستهلك ومستهلك (Consumer To Consumer)

ويرمز لها بالرمز (C2C)، وفي هذا النوع من التجارة الإلكترونية يقوم الأفراد بالبيع والشراء بشكل مباشر بينهم، حيث يقوم الشخص بوضع إعلان خاص بالسلعة أو الخدمة التي يرغب في بيعها إما على موقعه الإلكتروني الشخصي أو على أحد المواقع المخصصة لمثل هذه الأعمال، وما على الراغبين في اقتناء السلعة أو الاستفادة من الخدمة المعلن عنها سوى الاتصال بالموقع من أجل إتمام الصفقة، ومن أمثلة المواقع التي تقدم هذه الخدمة للمستهلكين مجلة الوسيط الإلكترونية⁽¹⁾ التي حازت شهرة كبيرة في مختلف الدول العربية، حيث تتيح هذه المجلة للأفراد عرض إعلاناتهم التجارية التي تتضمن شراء أو بيعاً أو تبادلاً للسلع والخدمات مع مستهلكين آخرين⁽²⁾، كما ظهر مؤخراً ما يعرف بالمزادات الإلكترونية (La vente aux enchères électroniques)، حيث يعرض الشخص ما يرغب في بيعه ما سواء على موقع خاص به، على مواقع خاصة بالمزايدة⁽³⁾.

ومن أهم المواقع التي تقدم هذه الخدمة موقع "ebay"⁽⁴⁾، وهو موقع مشهور على مستوى العالم فلا يختص ببلد أو جهة محددة.

وتثار في هذا المقام إشكالية مدى اعتبار عمليات البيع والشراء التي تتم فيما بين المستهلكين أعمالاً تجارية، خاصة وأن القانون يتطلب شروطاً معينة لاعتبار أن العمل تجارياً، إذ قد يقوم الشخص ببيع سلعة معينة بثمن باهض ويحقق ربحاً وفيراً، ومع ذلك لا يعد عمله عملاً تجارياً، في حين قد يبيع شخصاً آخر سلعة أو خدمة بثمن أقل من تكلفتها (بيع بخسارة) ومع ذلك يعد عمله عملاً تجارياً.

وتختلف شروط التفرقة بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية من قانون لآخر، ففي الجزائر مثلاً، نص المشرع بداية في المادة الأولى من القانون التجاري على أنه: «يعد تاجراً كل شخص طبيعي أو

(1) - وموقعها على الإنترنت هو: www.ewaseet.com.a-all.htm

(2) - لمزيد من التفصيل انظر: محمد سعيد أحمد إسماعيل: أساليب الحماية القانونية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 22.

(3) - فمن خلال مواقع البيع بالمزايدة يمكن الوصول نظرياً إلى سوق مثالية تتم فيها التسوية الفورية بين العرض والطلب مع حسم مسألة تحديد الأسعار. حيث يجري المزاد في فترة زمنية محددة، يقدم فيها البائع عرضاً مبدئياً لخدمة أو سلعة وثمناً احتياطياً لا يمكن التنازل عنه أي لا يقبل ثمناً أدنى منه، في حين يعلن كل مشتري يرغب في إتمام الصفقة عن أعلى ثمن يكون مستعداً لدفعه، وهكذا حتى يغلق المزاد بتغليب أعلى سعر اقترحه الراغبون في الشراء. والنموذج الاقتصادي لهذه الواقع يركز على عمولة تتراوح بين 1 و 5% من سعر البيع، إضافة إلى عائدات وضع المنتجات في المزادات والإعلانات. لمزيد من التفاصيل انظر:

Mennis Allal: le commerce électronique, Op.cit, p44.

(4) - وعنوان الموقع هو: www.ebay.com

معنوي يباشر عملاً تجارياً ويتخذ مهنة معتادة له، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك»⁽¹⁾، كما حدد الأعمال التجارية سواء بحسب الشكل أم بحسب الموضوع وحتى الأعمال التجارية بالتبعية في نصوص المواد من 02 إلى 04 من القانون ذاته⁽²⁾، فإذا اعتاد أحد المستهلكين عرض خدمات أو سلع وكانت تلك السلع والخدمات داخلة في نطاق الأعمال التجارية فإنه يعد في هذه الحالة تاجراً وتطبق عليه كل أحكام القانون التجاري، وكذلك الأمر في حالة عرض المستهلك لعمل من الأعمال التي عدّها المشرع ضمن الأعمال التجارية بحسب الشكل أم بحسب الموضوع سواء أكانت منفردة أو على وجه المقابلة، لأن هذه الأعمال تعتبر أعمالاً تجارية حتى ولو مارسها الشخص مرة واحدة أي حتى لو غاب عنصر الاعتياد، ومنه يمكن القول بأنه يكفي أن نبيّن نوع العمل الذي تضمنته الصفقة المبرمة بين المستهلكين ونقارنه بمجموع الأعمال التجارية التي حددها المشرع حتى نحدد طبيعة ذلك العمل.

4- بين وحدة أعمال وإدارة حكومية (Business To Administration)

ويرمز لها بالرمز (B₂A)، هذا الشكل من أشكال التجارة الإلكترونية لازال في بداياته في معظم

⁽¹⁾ -أمر رقم 96-27 مؤرخ في 28 رجب عام 1417هـ الموافق 9 ديسمبر 1996، يعدل ويتمم، الأمر 75-59 المؤرخ 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري، ج ر، رقم 77، السنة 33، الصادرة بتاريخ 1996/12/11، ص 4.

⁽²⁾ -حيث نصت المادة 02 على أنه: «يعد عملاً تجارياً بحسب موضوعه: كل شراء للمنقولات لإعادة بيعها بعينها أو بعد تحويلها، - كل شراء للعقارات لإعادة بيعها، - كل مقابلة لتأجير المنقولات أو العقارات، - كل مقابلة للإنتاج أو التحويل أو الإصلاح، - كل مقابلة للبناء أو الحفر أو لتمهيد الأرض، - كل مقابلة للتوريد أو الخدمات، - كل مقابلة لاستغلال المناجم أو المناجم السطحية أو مقالع الحجارة أو منتوجات الأرض الأخرى، - كل مقابلة لاستغلال النقل أو الانتقال، - كل مقابلة لاستغلال الملاهي العمومية أو الإنتاج الفكري، كل مقابلة للتأمينات، - كل مقابلة لاستغلال المخازن العمومية، - كل مقابلة لبيع السلع الجديدة بالمراد العلي بالجملة أو الأشياء المستعملة بالتجزئة، - كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسة أو خاصة بالعمولة، - كل عملية توسط لشراء وبيع العقارات أو المحلات التجارية والقيم العقارية، - كل مقابلة لصنع أو شراء أو بيع وإعادة بيع السفن للملاحة البحرية، - كل شراء أو بيع لعتاد السفن، - كل تأجير أو اقتراض أو قرض بحري بالمغامرة، - كل عقود التأمين والعقود الأخرى المتعلقة بالتجارة البحرية، - كل الاتفاقيات والاتفاقات المتعلقة بأجور الطاقم وإيجارهم، كل الرحلات البحرية»، (معدلة بالأمر رقم 96-27 المؤرخ في 28 رجب عام 1417هـ الموافق 9 ديسمبر 1996، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26/09/1975 والمتضمن القانون التجاري، ج.ر، ع 77، س 33، مرجع سابق، ص 4) ونصت المادة 03 منه على أنه: «يعد عملاً تجارياً بحسب شكله: -التعامل بالسفنتجة، - الشركات التجارية، -وكالات ومكاتب الأعمال مهما كان هدفها، -العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية، -كل عقد تجاري يتعلق بالتجارة البحرية والجموية»، في حين نصت المادة 04 على أنه: «يعد عملاً تجارياً بالتبعية: -الأعمال التي يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره، -الالتزامات بين التجار». المادتين 3، 4 صادرتان بموجب الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري، ج.ر، ع 101، السنة، الصادرة في 1975/9/30.

الدول⁽¹⁾ وهي تغطي جميع التعاملات التي تتم بين وحدات الأعمال والإدارات الحكومية مثال ذلك: ما تقوم به الولايات المتحدة الأمريكية وكندا من عرض الإجراءات واللوائح ونماذج المعاملات على الإنترنت بحيث تستطيع الشركات أن تطلع عليها بطريقة إلكترونية وأن تقوم بإجراء المعاملة إلكترونيا دون حاجة للتعامل مع مكتب حكومي⁽²⁾ كالتصريح بالضرائب ودفعها، كما يمكن للدول النامية الاستفادة من الأنظمة التي وضعتها الأكتاد في مجال معالجة الرسوم الجمركية إلكترونيا، وعليه يمكن للحكومات أن تستفيد من فرص إقامة بوابات إلكترونية تحفز من خلالها التجار والشركات على استعمال التجارة الإلكترونية والاستفادة منها⁽³⁾.

5- بين إدارة حكومية ومستهلك (Administration To Consumer):

ويرمز لها بالرمز (A₂C)، وقد بدأ هذا الشكل في الانتشار في الآونة الأخيرة في كثير من الدول، ومثال ذلك دفع الضرائب إلكترونيا كما في ماليزيا⁽⁴⁾، وتسديد فواتير الهاتف والكهرباء إلكترونيا أيضا⁽⁵⁾.

وسنوضح كل هذه الأشكال من خلال المخطط الآتي:

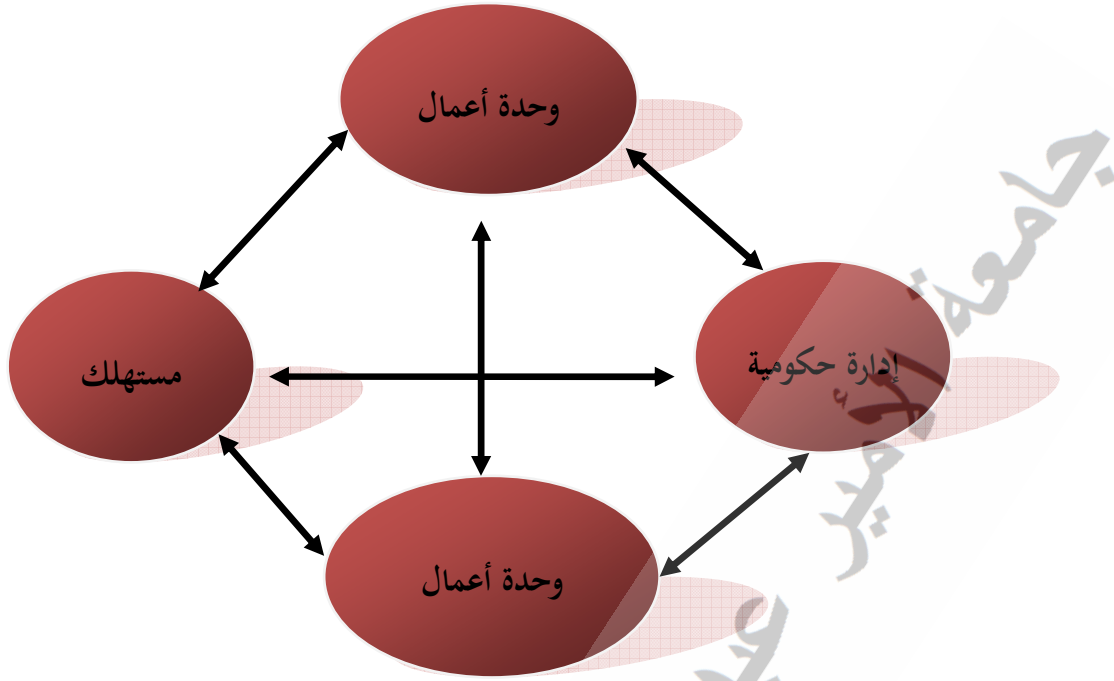
⁽¹⁾-Lake Shaun: E-commerce and LDCs Challenges for Enterprise and Governments, paper for: E-commerce and LDCs round table, UNCTAD regional Meetings on Electronic Commerce and Development, Kathmandu-Nepal, 30-31 may 2000, p09.

⁽²⁾-خالد ممدوح إبراهيم: لوجستيات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص160.

⁽³⁾-Lake Shaun: E-commerce and LDCs, Op.Cit , p09.

⁽⁴⁾-رأفت رضوان: عالمية التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص32-33.

⁽⁵⁾-ولم يعد تسديد هذه الفواتير قاصرا على الدول المتقدمة فقط، بل استفادت منه حتى الدول النامية، فمثلا في الجزائر نجد أن "شركة الجزائرية للاتصالات" المسيرة للاتصالات السلكية وجزء من الاتصالات اللاسلكية قد أتاحت للمواطن الجزائري تسديد فواتيره من خلال الإنترنت حيث يتم الاقتراع من حسابه البريدي (CCP) مباشرة دون ضرورة الانتقال إلى مكاتب الشركة للقيام بهذه العملية.



مخطط يوضح أشكال التجارة الإلكترونية

أخيرا يمكن القول أن هذه الأشكال المذكورة أعلاه، هي أشهر أشكال التجارة الإلكترونية وأكثرها شيوعاً⁽¹⁾، غير أنها لا تحظى بنفس درجة الأهمية، بل هناك ثلاثا منها فقط هي التي تعد الأهم

⁽¹⁾—لأن هناك بعض الأشكال التي لم يتم ذكرها وذلك نظرا لعدم اتفاق الباحثين بشأنها إذ هناك من يشير إليها ولو في الهامش وهناك من لا يشير إليها نهائيا، كما أن البعض منها غير منتشر بكثرة، ومن هذه الأشكال مثلا:

-التجارة الإلكترونية بين مستهلك ووحدة أعمال (Consumer To Business): ويرمز لها بالرمز: (C₂B) فهي العملية العكسية للتجارة الإلكترونية بين وحدة أعمال ومستهلك (B₂C)، فهذه الحالة تعتبر محاولة لعكس العلاقة المنطقية بين العرض والطلب، حيث يؤثر الطلب على العرض أكثر من تأثير العرض على الطلب، ويكون ذلك من خلال استعمال الإنترنت كوسيلة لجعل طلبات الأفراد قوة مؤثرة على مقدمي العروض، فهناك مواقع مثلا تمكن الأفراد من اقتراح الأسعار التي يكونون مستعدين لدفعها مقابل تذاكر الطيران لمكان ما، ثم يحول طلبهم إلى شركات الطيران التي تنظر في إمكانية قبول تلك الأسعار المقترحة أم لا، كما أن هناك مواقع خاصة تعد الأكثر استعمالا في هذا المجال وهي ما يعرف بـ (Sites d'achat groupé) حيث يتجمع الأشخاص من خلالها للشراء بالجملة وبأقل الأثمان منتج أو خدمة من شركة أو مؤسسة ما. لمزيد من التفاصيل انظر:

Mennis Allal: le commerce électronique, Op.cit, p44.

-التجارة الإلكترونية البينية داخل المنظمة الواحدة: (Intra-Organizational-e-commerce) وهي شكل من أشكال التجارة الإلكترونية في نظر الفقه الأمريكي، حيث يكون هذا الشكل في المنظمات العالمية التي تستخدم تكنولوجيا الإلكترونيات للاتصال بين فروعها وأقسامها أو الشركات التابعة لها، مثال ذلك أن يتم برمجته جهاز كمبيوتر إحدى الشركات مسبقا على أنه في حالة نقصان البضاعة الموجودة في الشركة عن حد معين ينشط البرنامج تلقائيا ويرسل رسالة إلكترونية لجهاز الكمبيوتر الرئيسي الموجود في مخازن الشركة، سواء عبر البريد الإلكتروني أو من خلال شبكة داخلية، تتضمن إرسال بضائع مسوية للكمية التي نقصت، ويقوم الكمبيوتر الرئيسي بتلقي الرسالة وإصدار أمر يظهر على الشاشة بإرسال البضائع المطلوبة، وتوجيه أمر آخر بعمل مقاصة حسابية إلكترونية بين فرع الشركة ومخزنها لسداد ثمن البضاعة المرسله. خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 47.

سواء بالنسبة لحجم التجارة الإلكترونية الممارسة من خلالها أم من حيث اهتمام المتعاملين في المجال التجاري بها، وتمثل في: التجارة الإلكترونية بين وحدات الأعمال (B₂B)، والتجارة الإلكترونية بين وحدات الأعمال والمستهلكين (B₂C)، والتجارة الإلكترونية فيما بين المستهلكين (C₂C).

من هذا المنطلق وجدنا أن هناك عددا كبيرا من الباحثين قد قصر أشكال أو أنماط التجارة الإلكترونية في هذه الأنماط الثلاثة دون غيرها مبررين ذلك بأن المعنى الحقيقي للتجارة الإلكترونية - الذي تم بيانه في المبحث السابق-، يتحقق في هذه الأشكال فقط، أما المعاملات التي تتم بين الأفراد والإدارات، أو بين الشركات (التجار) والإدارات عبر المواقع الإلكترونية الحكومية كالمناقصات والمزادات والتصريح بالضرائب أو سدادها...تدخل في مجملها ضمن الحكومة الإلكترونية وليس ضمن التجارة الإلكترونية⁽¹⁾، على أننا لا نسلم بهذا التبرير، فهناك بعض المعاملات التجارية تتم بين الإدارة والشركات (A₂B) تكون في الواقع مشابهة إلى حد كبير للمعاملات التجارية فيما بين وحدات الأعمال (B₂B)، فالطبيعة الخاصة للإدارة المعنية لا تغير بصفة أساسية أبعاد التبادل التجاري⁽²⁾.

الفرع الثاني: تمييز التجارة الإلكترونية عن بعض المصطلحات ذات الصلة

هناك عدة مفاهيم تتشابه مع التجارة الإلكترونية، وفي أحيان كثيرة يؤدي ذلك التشابه إلى الخلط بينها، وستتطرق الباحثة لأهم هذه المفاهيم مركزة على إبراز الفرق بينها وبين التجارة الإلكترونية كما سيأتي:

أولاً: الفرق بين التجارة التقليدية، التجارة الإلكترونية التامة، والتجارة الإلكترونية الجزئية

إن التجارة التقليدية هي التجارة التي تعتمد أساليب ووسائل غير إلكترونية في إبرامها وتنفيذها أي أننا نجد سلعة وبائعا ومشتريا متواجهين في الواقع العملي وتتم العملية التعاقدية بصورة واقعية بينهم حيث يتم إبرام الصفقة ويستلم المشتري المبيع، كما يستلم البائع الثمن كل ذلك بشكل مادي ملموس، أما إذا دخلت الوسائل الإلكترونية في إحدى مراحل العملية التعاقدية فإننا نكون أمام تجارة إلكترونية جزئية، في حين أنه إذا أتبع الوسائل الإلكترونية في كافة مراحل التعاقد فإننا في هذه الحالة نكون أمام تجارة إلكترونية تامة أو كاملة⁽³⁾.

(1)-انظر: كوثر سعيد عدنان خالد: حماية المستهلك الإلكتروني، مرجع سابق، ص58-59.

(2)-Mennis Allal: le commerce électronique, Op.cit, p45.

(3)-انظر: سراج الدين محمد محمد: التجارة الإلكترونية، د.ط، القاهرة، المجموعة العربية للتدريب والنشر، 2008م، ص31، وشافع بلعيد عاشر: العولمة التجارية والقانونية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص21.

ويمكن إيضاح الفرق بين هذه الصور الثلاثة من خلال المثال الآتي:

شراء كتاب من المكتبة يعد نموذجاً للتجارة التقليدية، حيث تتم معاينة الكتاب بصفة مباشرة، ثم يتم التفاوض ودفع الثمن واستلام الكتاب بشكل مباشر أيضاً، أما إذا تم شراء الكتاب عن طريق الإنترنت فهنا نكون بصدد تجارة إلكترونية جزئية، إذ أن صفقة شراء الكتاب تم إبرامها إلكترونياً أما تسليمه فكان مادياً، أما إذا تم شراء هذا الكتاب في شكل صورة إلكترونية أي أنه تم إبرام الصفقة إلكترونياً وحملت نسخة من الكتاب على الحاسب الآلي للمشتري بصفة مباشرة، وتم سداد ثمن الكتاب إلكترونياً فإننا نكون هنا بصدد تجارة إلكترونية كاملة⁽¹⁾.

ثانياً: الفرق بين التجارة الإلكترونية والأعمال الإلكترونية

كثيراً ما يستعمل مصطلح الأعمال الإلكترونية كمرادف لمصطلح التجارة الإلكترونية، غير أن هذا يعد خطأً شائعاً، لأن التجارة الإلكترونية (Electronic commerce)، تختلف عن الأعمال الإلكترونية (Electronic Business)⁽²⁾، حيث تعرف هذه الأخيرة بأنها: «استخدام تقنيات العمل بالإنترنت والشبكات لتطوير أنشطة الأعمال الحالية أو لخلق أعمال جديدة»⁽³⁾، أو هي: «هي عملية ربط مباشر بين الأنظمة التجارية مع الزبائن أو البائعين أو المزودين عبر الإنترنت، أو الإنترنت أو حتى الإكسترنات، فهي تعني استخدام المعلومات الإلكترونية لتحسين الأداء التجاري ولصنع القيمة للشركة بتشكيل علاقة قوية بين الشركة التجارية والزبائن»⁽⁴⁾.

من هنا يتضح جلياً أن الأعمال الإلكترونية أوسع وأشمل من التجارة الإلكترونية، فهي تقوم على فكرة أتمتة⁽⁵⁾ الأداء وتمتد لسائر الأنشطة الإدارية والإنتاجية والمالية والخدماتية، ولا تتعلق فقط بعلاقة

⁽¹⁾—انظر: صلاح علي حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، 2012م، ص37.

⁽²⁾—انظر: محمد الصيرفي: التجارة الإلكترونية، مؤسسة حورس الدولية للنشر والتوزيع، الإسكندرية، د.ط، 2009م، ص158.

⁽³⁾—محمد نور صالح الجداية، سناء جودت خلف: تجارة إلكترونية، ط1، (الأردن، عمان، دار الحامد للنشر والتوزيع، 1429هـ-2009م)، ص22.

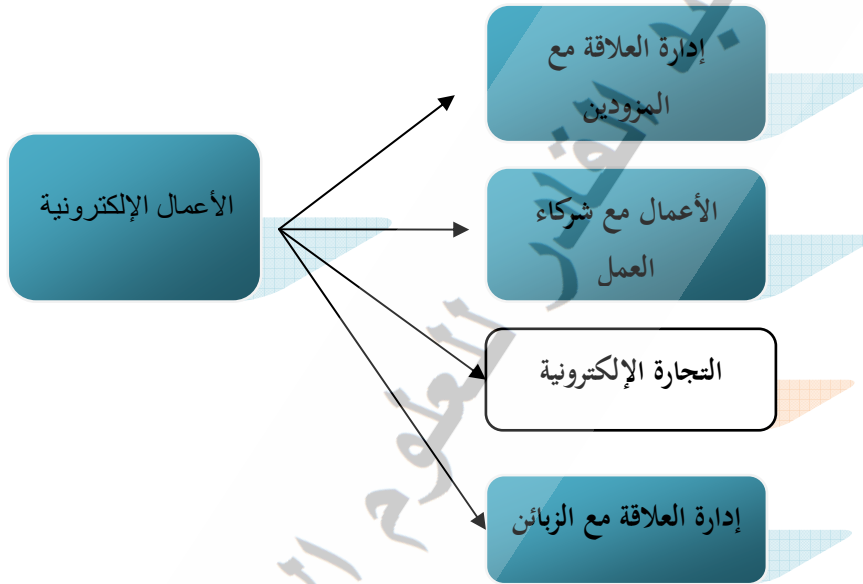
⁽⁴⁾—انظر: خضر مصباح الطبطبي: التجارة الإلكترونية والأعمال الإلكترونية من منظور تقني وتجاري وإداري، ط1، (الأردن، عمان، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2008م)، ص34.

⁽⁵⁾—يقصد بـ أتمتة، والمؤتمتة: الآلي، والكلمتان مأخوذتان من الكلمة الإنجليزية "Automate"، وعليه يمكن القول أن المعاملات الإلكترونية المؤتمتة يقصد بها: "تلك المعاملات التي يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة وسائل أو سجلات إلكترونية، والتي لا تكون فيها هذه الأعمال أو السجلات خاضعة لأية متابعة أو مراجعة من قبل شخص طبيعي". انظر على التوالي: نصار محمد الحاملة: التجارة الإلكترونية في القانون، ط1، (الأردن، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1433هـ-2012م)، ص85، هامش رقم1، عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة عبر الإنترنت دراسة مقارنة، مصر، منشأة المعارف، 2009-2010م، ص227.

البائع أو المورد بالزبون، إذ تمتد لعلاقة المنشأة بوكلائها وموظفيها وعملائها، كما تمتد إلى أنماط أداء العمل وتقييمه والرقابة عليه، وضمن مفهوم الأعمال الإلكترونية يوجد مفهوم المصنع الإلكتروني المؤتمت، والمتجر الإلكتروني، والبنك الإلكتروني، وشركة التأمين الإلكترونية، وأية منشأة تقيم شبكة (إنترنت مثلا) لإدارة أعمالها وأداء موظفيها والربط بينهم، في حين أن التجارة الإلكترونية عبارة عن نشاط تجاري يقوم على آليات تقنية وضمن بيئة تقنية⁽¹⁾.

فالعلاقة بين المصطلحين إذا هي علاقة الكل بالجزء أو العام بالخاص، أي أن التجارة الإلكترونية هي جزء من الأعمال الإلكترونية، وعليه فمن غير الصحيح استعمال المصطلحين بشكل مترادف كما أشرنا سابقا.

وسنحاول توضيح العلاقة بين المصطلحين من خلال المخطط الآتي:



مخطط يوضح علاقة التجارة الإلكترونية بالأعمال الإلكترونية

وتظهر ثمرة التفرقة بين المصطلحين في تمكين الباحثين من الوقوف على حدود التجارة الإلكترونية⁽²⁾ وبالتالي يسهل التعامل معها خاصة على الصعيد القانوني، فما ينطبق عليها من أحكام لا ينطبق بالضرورة على كل الأعمال الإلكترونية التي يمكن أن تكون لها أحكام خاصة تختلف تماما عن أحكام التجارة الإلكترونية.

⁽¹⁾ -انظر: يونس عرب: منازعات التجارة الإلكترونية: الاختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر التجارة الإلكترونية الذي أقامته منظمة الإسكوا/ الأمم المتحدة خلال الفترة 08-10 تشرين الثاني/ جانفي 2000م، بيروت، لبنان، ص7-8، محمد الصيرفي: التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص158.

⁽²⁾ -نصار محمد الحلامة: التجارة الإلكترونية في القانون، مرجع سابق، ص87.

ثالثاً: الفرق بين التجارة الإلكترونية والتجارة عبر الإنترنت

ظهر إلى جانب مصطلح التجارة الإلكترونية مصطلح آخر هو التجارة عبر الإنترنت، ويعتقد الكثيرون أن التجارة الإلكترونية هي نفسها التجارة عبر الإنترنت. غير أن الواقع العملي يؤكد أن هناك فرق بينهما، حيث أن التجارة عبر الإنترنت (Internet commerce) تعتبر جزءاً من التجارة الإلكترونية (Electronic commerce) وليست مرادفة لها، إذ أن التجارة الإلكترونية هي عمل تجاري يتم على وجه القصر من خلال تنسيق إلكتروني⁽¹⁾، والتنسيق الإلكتروني قد يكون عبر الإنترنت، كما قد يكون عبر الفاكس أو التلكس أو الهاتف النقال، أو أية وسيلة إلكترونية أخرى. أما التجارة عبر الإنترنت فهي عمل تجاري يتم من خلال تنسيق إلكتروني على الإنترنت⁽²⁾.

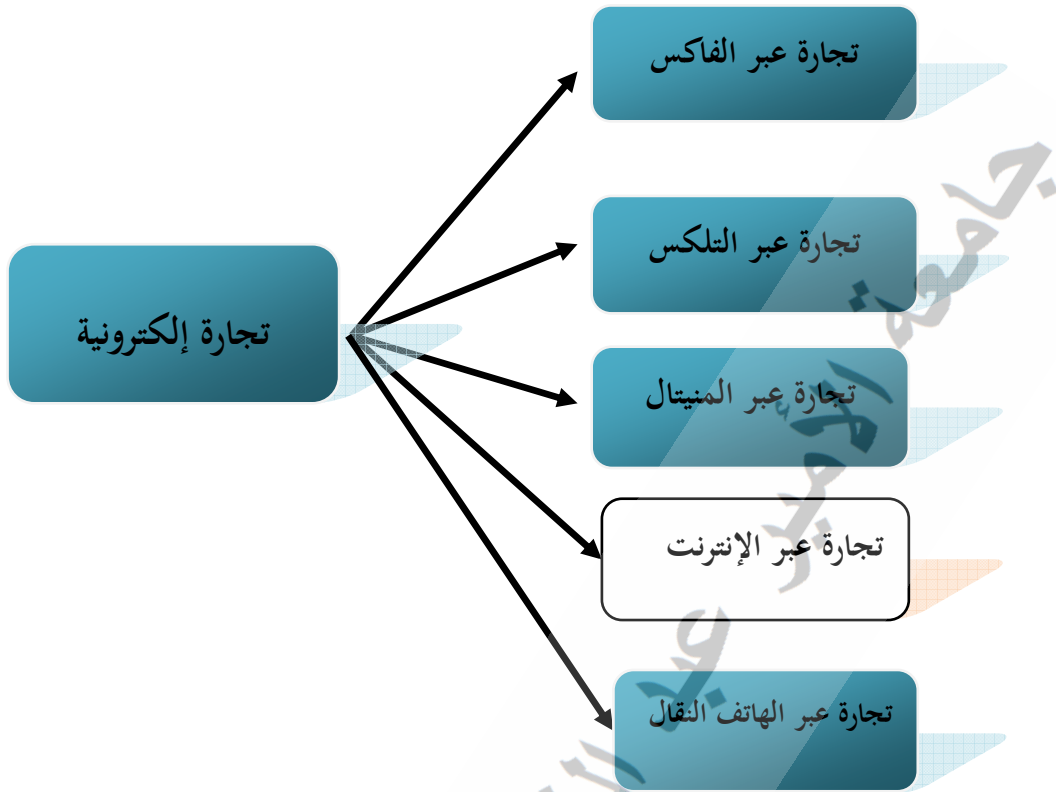
فعلى سبيل المثال، إذا أدخلت أمر توريد طلبية للعميل في حاسبك الآلي فسوف يولد تلقائياً فاتورة إلكترونية وقيد يومية إلكتروني جديد في دفتر الأستاذ العام، هذا ما يعد تجارة إلكترونية، وإذا أرسلت هذه الفاتورة بالبريد الإلكتروني إلى عميلك عبر الإنترنت فإن ذلك يعد تجارة إلكترونية وتجارة عبر الإنترنت في آن واحد⁽³⁾.

ويمكن إيضاح العلاقة بين التجارة الإلكترونية والتجارة عبر الإنترنت من خلال المخطط الآتي:

(1) -روب سميس، مارك سبيكر، مارك تومسون: مرشد الأذكاء الكامل في التجارة الإلكترونية، ترجمة: خالد العامري، ط1، دار الفاروق للنشر والتوزيع، د.ب، 2000م، ص76.

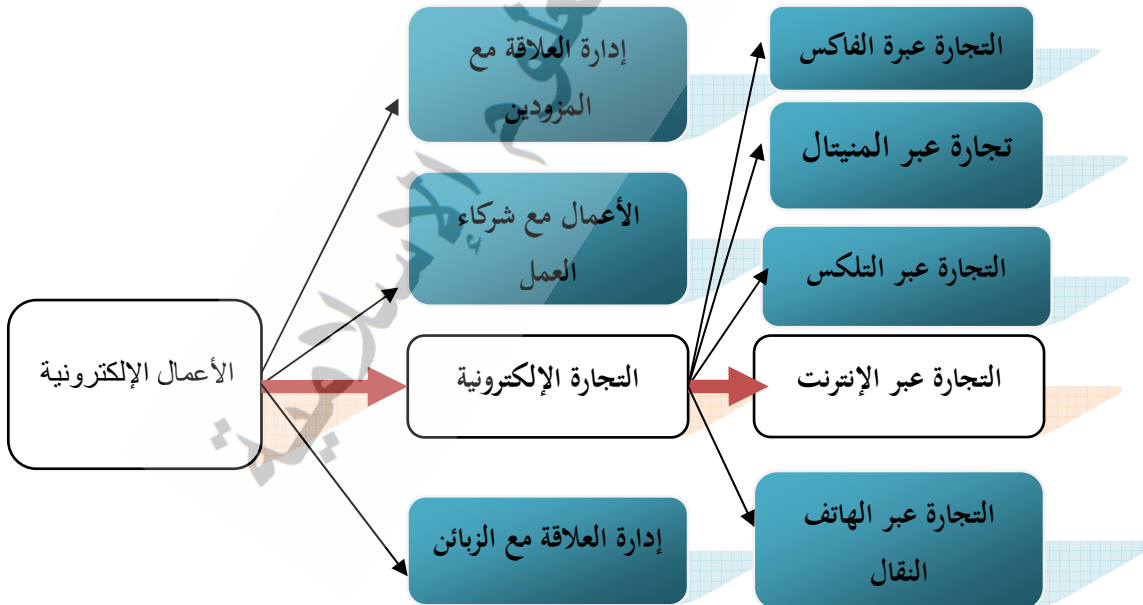
(2) -محمد خليل أبوزلطة، زياد عبد الكريم القاضي: مدخل إلى التجارة الإلكترونية، ط1، الأردن، عمان، مكتبة المجتمع العربي، 1430هـ-2009م، ص65.

(3) -انظر: روب سميس، مارك سبيكر، مارك تومسون: مرشد الأذكاء الكامل في التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص75-76.



مخطط يوضح العلاقة بين التجارة الإلكترونية والتجارة عبر الإنترنت

مما تقدم نستنتج أن هناك حلقة تجمع الأعمال الإلكترونية والتجارة الإلكترونية والتجارة عبر الإنترنت وهو ما يتضح من خلال المخطط الآتي:



مخطط يوضح العلاقة بين الأعمال الإلكترونية والتجارة الإلكترونية والتجارة عبر الإنترنت

أخيرا يمكن الإشارة إلى أنه وعلى الرغم من أن التجارة عبر الإنترنت هي نوع من التجارة الإلكترونية، أي أنها ليست مرادفة لها بأي حال من الأحوال، إلا أن الواقع العملي يشير إلى أن أغلب المتعاملين في المجال التجاري، وكذلك أغلب الباحثين في هذا المجال أصبحوا يستعملون مصطلح التجارة الإلكترونية مرادفا لمصطلح التجارة عبر الإنترنت، وذلك نظرا لكون الإنترنت هو الوسيلة الإلكترونية الأكثر استعمالا في هذا المجال، كما أنه يعد النموذج الأمثل لممارسة هذا النوع من التجارة نظرا للمزايا العديدة التي تتوفر في هذه التقنية التي تعتبر آخر ما توصلت إليه التكنولوجيا في مجال المعلومات والاتصالات.

وعليه فإن هذه الدراسة وإن تناولت التجارة الإلكترونية بشكل عام، إلا أنها ستتركز في معظم جزئياتها على التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، لأن هذه الأخيرة أصبحت واقعا مفروضا في هذا المجال، كما أنها تحتل الحيز الأكبر من حجم التجارة الإلكترونية على مستوى العالم.

من هنا دعت الضرورة إلى التعرض لهذه التقنية أي "الإنترنت" التي قدمنا أنها تعد النموذج الأمثل للتجارة الإلكترونية بشيء من التفصيل حتى يمكن الوقوف على أهميتها وعلى ما قدمته وستقدمه لهذا النوع من التجارة، وهو موضوع المبحث الموالي من هذا الفصل.

المبحث الثالث: البنية التحتية للتجارة الإلكترونية

يعرف العصر الحالي بأنه عصر المعلوماتية أو عصر "ثورة المعلومات" وذلك نتيجة للتطور التكنولوجي الكبير الذي شهدته وسائل الاتصال والذي نتج عنه ظهور "الإنترنت" كأحدث وأهم تقنية في هذا المجال. حيث جعل الإنترنت من العالم - كما يقال - قرية صغيرة قُلبت فيها كل المفاهيم المتعلقة بالزمان والمكان والحدود. وقد أصبحت هذه التقنية محط اهتمام جل أفراد المجتمع، ذلك أنها لم تعد خاصة بفئة أو طبقة معينة، وإنما هي تقنية في خدمة الجميع أيا كانت مجالات الاهتمام أو التخصص.

وعلى الرغم من الاستخدام الواسع لهذه الوسيلة الاتصالية، إلا أنها لازالت تحتاج إلى بيان خاصة إذا تعلق الأمر بكيفية استخدامها ومدى تأثيرها في مجال التجارة الإلكترونية -موضوع هذه الدراسة- لذا يتوجب علينا تحديد ماهيتها وذلك من خلال التطرق إلى مفهومها والخدمات التي تقدمها (وهذا في مطلب أول)، ثم التطرق إلى معوقات ومستقبل التجارة الإلكترونية في ظل مختلف التطورات التي تشهدها هذه التقنية (وهذا في مطلب ثان).

المطلب الأول: ماهية الإنترنت

يمكن الوقوف على ماهية الإنترنت من خلال بيان مفهومها (وهذا في فرع أول)، ثم بيان مختلف الخدمات التي تقدمها للمتعاملين من خلالها (وهذا في فرع ثان).

الفرع الأول: مفهوم الإنترنت

إن تحديد مفهوم الإنترنت يوجب التطرق إلى تعريفها (أولاً)، ثم بيان نشأتها وتطورها (ثانياً)، والحديث عمن يمتلكها ويديرها (ثالثاً)، وأخيراً تمييزها عن الإنترنت والإكسترات (رابعاً).

أولاً: تعريف الإنترنت

بداية يمكن الإشارة إلى أن كلمة "إنترنت" كلمة غير عربية، وقد اجتهد العرب في إيجاد مصطلحات تدل عليها منها: الشابكة، المعمام، الشبكة (ترجمة لكلمة "نت")، والشبكة الدولية. غير أن هذه المصطلحات وإن وجدت فإنها غير شائعة الاستعمال ويبقى الاسم الأكثر شيوعاً هو الاسم العلم المعرب صوتياً "الإنترنت".

وكلمة Internet من أصل إنجليزي مكون من مقطعين الأول وهو ما يعرف بالبادئة "Inter"

وتعني "بيني" أو "ما بين"⁽¹⁾، والثاني كلمة Net المشتقة من "Network" التي تعني "شبكة" وذلك وصفا لجوهر شبكة الإنترنت بأنها: "شبكة ما بين شبكات"، أو "شبكة الشبكات"، أو "شبكة من شبكات"⁽²⁾.

وإذا كان هذا هو الأصل أو الاشتقاق اللغوي للإنترنت، فإن المعنى الاصطلاحي لها لم يضبط بشكل دقيق حتى الآن على الرغم من الانتشار الواسع لهذه التقنية سواء كوسيلة اتصالية أم تجارية. ويعزى سبب عدم توصل الباحثين والعلماء إلى تعريف متفق عليه لشبكة الإنترنت إلى حداثتها وارتباطها بشكل وثيق بالتقنيات المتلاحقة من جهة، ومن جهة أخرى إلى كون الباحثين الذين حاولوا تعريفها تناولوها كل حسب طبيعة استخدامه لها أو حسب المجال الذي تتم دراسته، لذلك اقتضت التعريفات المقدمة على مجرد وصف هذه الوسيلة دون التطرق إلى أخلاقيات أو ضوابط الممارسة أو حتى طبيعة مستخدمي هذه الشبكة⁽³⁾.

وعليه فقد عُرِّفت الإنترنت تعريفات عديدة لا يتسع المجال لإيرادها جميعا وإنما سنقتصر على بعضها فقط، وسنبداً هذه التعريفات بقول الباحث تيم بيرنرز لي⁽⁴⁾ في مقال له نشر سنة 1993م:

(1) - الشائع أن المقطع "inter" اختصار لكلمة International أي دولي، وهذا تفسير غير صحيح على المستويين اللغوي والبنوي. فعلى المستوى اللغوي يدخل المقطع inter في تكوين كلمات إنجليزية عديدة، منها International لكنه لا يقتصر عليها ولا يمكن اعتباره اختصاراً لها. وعلى المستوى البنوي للشبكة فبنية الشبكة لا تقوم على التقسيم الدولي السياسي للعالم المعاصر، ولا تديرها الحكومات، فهي في هذا تختلف عن شبكات أخرى تنظمها اتفاقيات دولية ما بين الحكومات، مثل البرق، والهاتف، وشبكة الإنترنت تتألف من مجموع الشبكات المستقلة التي تملكها وتديرها جهات عديدة. وعليه فالاستعمال الشائع في وسائل الإعلام العربية -وجل المراجع- لـ"الشبكة الدولية للمعلومات" كمرادف لـ"شبكة الإنترنت" هو استعمال خاطئ. انظر: تعريف الإنترنت على الموسوعة الحرة ويكيبيديا على موقعها: إنترنت/ <http://www.ar.wikipedia.org/wiki/> آخر زيارة: 2014/06/05 .

(2) - انظر: بهاء شاهين: الدليل العملي لاستخدام الإنترنت، مراجعة: مجدي محمد عطا، ط1، القاهرة، كمبيوساينس العربية لعلوم الحاسب، سلسلة تيسير علوم الحاسب، مجموعة كتب الاتصالات، (1418هـ-1997م)، ص14.

(3) - انظر: فيصل أبو عيشة: الإعلام الإلكتروني، ط1، عمان، الأردن، دار أسامة للنشر والتوزيع، 2010م، ص38.

(4) - تيم بيرنرز لي: هو تيموثي جون بيرنرز لي (Timothy John Berners Lee) عالم الكمبيوتر البريطاني، المعروف باسم مخترع الشبكة العنكبوتية العالمية، ولد في 8 يونيو 1955م، تخرج من كلية الملكة في جامعة أكسفورد بإنجلترا سنة 1976م، وقضى سنتين مع شركة بليسي للاتصالات السلكية واللاسلكية المصنّع الرئيسي لأجهزة تيليكوم في المملكة المتحدة، وعمل في قسم نظم المبادلات التجارية وسباقات الرسائل وتكنولوجيا شفرة التعرّف. ثم انتقل إلى المركز الأوروبي للبحوث النووية بداية من سنة 1984 واهتم بالعمل في النظم السريعة والموزعة لتجميع البيانات العلمية ونظم التحكم وفي 1989م، اقترح مشروع لغة تعليم النص المترابط أو ما يدعى بالنص العالمي المترابط، وهو ما عُرف فيما بعد بالشبكة العالمية World Wide Web معتمداً في هذا المشروع على المشروع الأول الذي صُمم للسماح للمستخدمين بأن يعملوا معاً، وتوحيد معرفتهم على صفحات ووثائق لغة تعليم النص المترابط. كما كان تيم هو أول من كتب مزودا للويب World Wide Web ووضع أسس أول برنامج مستقل لتصفح إنترنت. هذا العمل بدئ في أكتوبر 1990، =

«إن وضع تعريف للإنترنت يعد عملية تشبه الفرق بين الدماغ والعقل، فباكتشاف الإنترنت تجد أسلاكاً وكمبيوترات، أما باستعراض الشبكة نفسها فستجد شتى المعلومات»⁽¹⁾. فهذا القول لم يعرف الإنترنت وإنما اقتصر على وصف هذه التقنية بأنها عبارة عن جانب مادي مكون من أسلاك ومجموعة من الحواسيب، وجانب معنوي عبارة عن المعلومات المختلفة التي يمكن الحصول عليها من خلال استعراض الشبكة.

وتعرف الإنترنت تقنياً بأنها: «شبكة واسعة تكونت بفعل الترابط التعاوني بين العديد من الشبكات الكمبيوترية»⁽²⁾. أو هي: «ترابط مئات أو آلاف الشبكات معا بأية وسيلة من وسائل الاتصال الشبكي»⁽³⁾.

فمن خلال هذين التعريفين يمكن القول إن الإنترنت عبارة عن ترابط مجموعة هائلة من شبكات الكمبيوتر⁽⁴⁾ الممتدة عبر العالم والمتصلة بوسائل الاتصال السلكية أو اللاسلكية.

= وكان البرنامج World Wide Web الأول متاحاً من خلال معهد سيرن في ديسمبر من نفس السنة، وأطلق على الإنترنت في صيف 1991م.

وخلال السنتين 1991 و1993، استمر تيم في العمل في تصميم الويب وتنسيق الملاحظات من المستخدمين عبر الإنترنت. وتم مناقشة تعريفاته ومواصفاته الأولى HTML، HTTP، URIs ونقحت ونوقشت في دوائر أكبر عندما انتشرت تكنولوجيا الويب، وفي 1994 انضم تيم إلى مختبر علوم الكمبيوتر Laboratory for Computer Science في معهد ماساشوسيتس للتكنولوجيا MIT كمدير لمنظمة W3C التي تنسق نمو W3 في كل أنحاء العالم، ومع الفرق العاملة في MIT و INRIA فيفرنسا أخذت المجموعة تتحقق من إمكانية الويب الكاملة، وضمانات استقراره خلال التطور السريع والتحولات الجديدة لاستعماله اللغوي. وقد حصل تيم بيرنرز-لي على عدة جوائز منها: جائزة مبتكر العام Young Innovator of the Year ، والوسام الملكي عام 2000 "تقديراً لابتكاره"، ثم تطويره للشبكة العنكبوتية العالمية، وبروتوكولي "HTTP" و "HTML"، وفاز سنة 2004م بجائزة الألفية الأولى للتكنولوجيا التي تقدمها مؤسسة جائزة التكنولوجيا الفنلندية في هلنسيكي. انظر: محمد عبيد الكعبي: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، ص21، وفيصل أبو عيشة: الإعلام الإلكتروني، مرجع سابق، ص57-58.

(1) - فيصل أبو عيشة: الإعلام الإلكتروني، مرجع سابق، ص38.

(2) - بهاء شاهين: الدليل العملي لاستخدام الإنترنت، مرجع سابق، ص14.

(3) - بثينة حمدي: استخدامات شبكة الإنترنت في العمل الصحفي، مذكرة ماجستير، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، قسم: علوم الإعلام والاتصال، 2006-2007م، ص18.

(4) - شبكات الكمبيوتر: هي مجموعة من مراكز ومؤسسات المعلومات المتجانسة أو غير المتجانسة، تتفق فيما بينها على تشاطر المصادر مستخدمة في ذلك الحواسيب ووسائل الاتصال الحديثة، فهي إذا مشروعات تعاونية توفر فرصاً لكافة المشاركين فيها للحصول على المعلومات، عن طريق التوزيع أو البث، من خلال وسائل الاتصال عن بعد لخدمات المعلومات. وتنقسم هذه الشبكات إلى ثلاثة أنواع أساسية هي: 1- شبكات محلية (Local Area Networks/LANs): وهي شبكات للاتصالات وتبادل المعلومات عبر مسافات صغيرة ومحدودة تكون عادة ضمن مسكن أو مكتب أو ضمن بناية، أو بضعة بنايات متجاورة في محيط منطقة جغرافية محددة ومتقاربة، لا تتجاوز بضعة كيلومترات، وتستخدم عادة حواسيب صغيرة (Microcomputers)، يتم من خلالها تقاسم البيانات =

غير أن هذا التعريف وإن قرب مفهوم شبكة الإنترنت إلا أنه يبقى هو الآخر منتقداً لأن أي تعريف يركز على كيفية الدخول إلى الشبكة أو كيف تدار أو ما يدخل في بنائها، يكون محكوماً عليه بالهجر نظراً للتطور العلمي في وسائل الاتصال، فلم يعد من الضروري وجود جهاز كمبيوتر للاتصال بالشبكة وإنما يمكن ذلك من خلال الهواتف النقالة الحديثة كما أن تلاحق الاكتشافات العلمية في مجال تقنيات الاتصال ينبئ بأن الاتصال بشبكة الإنترنت سيكون في السنوات القليلة القادمة بطرق مبتكرة مختلفة تماماً وبعيدة كل البعد عن تعقيدات الأسلاك والهاتف والحواسب الآلية.

وبناءً على هذه الاعتبارات يمكن تعريف شبكة الإنترنت بأنها: «وسيلة لتبادل البيانات إلكترونيا»⁽¹⁾.

وهذا التعريف وإن كان بسيطاً ومختصراً إلا أنه يتضمن الغرض الأول الذي أنشأت من أجله الإنترنت وهو تبادل المعلومات بشكل إلكتروني لا مركزي، كما أنه شاملاً لكل ما يمكن إنجازه عن طريق الشبكة أياً كان نوعه علمياً أو تجارياً أو ثقافياً أو ترفيهياً أو أي غرض آخر⁽²⁾، فكل ما يتم من خلال

= والتجهيزات والبرامج المتوفرة. حيث يمكن من خلال هذه الشبكات قراءة البيانات الموجودة في الحواسيب الأخرى المشاركة في الشبكة، كما يمكن تقاسم البرامج التطبيقية المختلفة مثل: البرامج الإحصائية، برامج معالجة الكلمات... فضلاً عن قواعد البيانات والطابعات المرتبطة معها. ويتم تركيب الشبكات المحلية عادة في مختلف المؤسسات المعلوماتية والأكاديمية والتجارية والصناعية والصحية، بغرض توفير إمكانيات تدفق المعلومات والاتصالات داخل مباني تلك المؤسسات بحيث يمكن نقل البيانات بسرعة بث عالية.

2- شبكات إقليمية (Metropolitan Area Networks/MANs): صُممت هذه الشبكات الإقليمية لنقل البيانات عبر مناطق جغرافية واسعة ولكنها ما تزال تقع تحت مسمى المحلية، وهي تستخدم لربط مدينة أو مدينتين متجاورتين ويستخدم في ربط هذا النوع من الشبكات الألياف البصرية أو الوسائل الرقمية فهذه التقنية تقدم سرعات فائقة. والشبكات الإقليمية يمكن أن تحتوي على عدد من الشبكات المحلية مبروطة مع بعضها، ويتميز هذا النوع من الشبكات بالسرعة والفاعلية غير أنه ينطوي على بعض العيوب تتمثل في أن = تكلفة إعدادها وتركيبها مرتفعة كما أن صيانتها تكون صعبة.

3- شبكات المناطق الواسعة (Wide Area Networks/WANs): الشبكات الواسعة تسمى أيضاً بالشبكات العالمية لأنها تتميز بالمدى الجغرافي الواسع لنقل البيانات، وتتكون هذه الشبكات من مجموعة شبكات إقليمية أو محلية كبير وتتصل ببعضها باستخدام خطوط الاتصال أو الخطوط الرقمية عالية السرعة، وتتميز هذه الشبكات بأنها تربط آلاف الحواسيب وتقلل كميات كبيرة من البيانات بسرعة فائقة سواء على مستوى الوطن أو عبر عدد من الدول، ويعتبر بعض الكتاب شبكة الإنترنت واحدة من شبكات المناطق الواسعة التي تربط بين دول العالم وقاراته المختلفة. انظر: عامر إبراهيم قنديلجي، إيمان فاضل السامرائي: شبكات المعلومات والاتصالات، ط 1، عمان، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، (1429هـ-2009م)، ص 24، ص 54-60، محمد سعيد أحمد إسماعيل: أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 52-53، محمد خليل أبو زلطة، زياد عبد الكريم القاضي: مدخل إلى التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 236-237.

(1) -صلاح علي حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص 85.

(2) -انظر: المرجع نفسه، ص 85.

شبكة الإنترنت سواء تعلق الأمر بالحصول على معلومات أو خدمات أو إبرام عقود يعتبر رسالة بيانية إلكترونية.

زيادة على ما تقدم فهذا التعريف يمكنه استيعاب كل التطورات التقنية التي يمكن أن يتم التوصل إليها في مجال تكنولوجيا الاتصال، إذ ليس فيه إشارات إلى ما يدخل في بناء الشبكة أو في كيفية الدخول إليها، خاصة وأن استخدام شبكة الإنترنت لم يعد قاصراً على الحواسيب كما كان في بداية ظهورها، وإنما أصبح استخدامها الآن ممكن من خلال الهواتف النقالة، والتطورات المتسارعة في هذا المجال قد تكشف عن وسائل أخرى في المستقبل القريب.

ثانياً: نشأة الإنترنت وتطورها

تجمع الدراسات التي تناولت "الإنترنت" على أن الهدف الأساسي من إنشائها كان عسكرياً، ففكرة الإنترنت نشأت في الولايات المتحدة الأمريكية في الستينات من القرن الماضي، أي في فترة الحرب الباردة بينها وبين الاتحاد السوفييتي - سابقاً - حيث أنه وبعد نجاح هذا الأخير في إرسال القمر الصناعي (Sputnik) إلى الفضاء سنة 1957م، سارع الرئيس الأمريكي في ذلك الوقت (إيزنهاور) لدعوة كبار علماء التقنية والحاسوب للرد على الاتحاد السوفييتي - سابقاً -، وحماية الولايات المتحدة الأمريكية من مخاطر حرب غير تقليدية (نووية) قد تنشب في أي لحظة⁽¹⁾.

واستجابة لهذا الطلب تم إنشاء وكالة مشروعات البحث المتقدمة والتي تعرف اختصاراً بـ (ARPA)⁽²⁾ من أجل وضع شبكة اتصالات بين أجهزة الحاسوب المتباعدة فيما بينها، بحيث لو تعرض أحدها لهجوم عسكري تبقى الأجهزة الأخرى على اتصال بمركز المعلومات العسكري، بمعنى الوصول إلى إيجاد شبكة غير مركزية يمكنها إيصال المعلومات حتى لو تم تدمير جزء منها.

وبالفعل توصلت ARPA سنة 1969م إلى الربط بين أربع أجهزة حاسوب، حيث تمكن العلماء والباحثون من الاتصال ببعضهم في أربعة جامعات أمريكية في ولايات مختلفة من خلال شبكة اختبارية سميت فيما بعد "أربانات" (ARPANET)⁽³⁾ وهذه الجامعات هي: جامعة كاليفورنيا في مدينة لوس أنجلوس (L'Université de Los Angeles)، معهد ستون فورد للأبحاث (Le

(1) - Marc Bachette et autres: Le commerce Electronique et le rôle de l'OMC, p11, étude publié sur le site : www.omc.org, 1998.

(2) - Advanced Research Projects Agency.

(3) - تجدر الإشارة هنا إلى أن الإنترنت في هذه المرحلة كانت بدائية ولا تشبه الإنترنت المعروفة عندنا الآن.

(Stanford Institute)، وجامعة كاليفورنيا في سانتا باربارا (L'Université de Santa Barbara)، وجامعة يوتا (L'Université d'Utah).

وقد اهتمت أريانات في البداية بتقديم خدمات تتمثل أساسا في تبادل المراسلات إلكترونيا (وكان أول تبادل لهذه المراسلات سنة 1972م)، تكوين فرق محادثة على الخط، الوصول إلى قواعد معلومات عن بعد، وأخيرا نقل ملفات بين منظمات عمومية، شركات، وجامعات⁽¹⁾.

وكان من الضروري إيجاد لغة مشتركة بين الحاسبات الآلية التي تعمل بلغات مختلفة تسمح بالاتصال بينها، لذلك شهدت بداية الثمانينات إقامة البروتوكول⁽²⁾ الأول والأساسي للشبكات (TCP/IP)⁽³⁾، وهو البروتوكول الذي تبت قواعد ومعايير نقل المعلومات بين الشبكات ومكّن من التعرف على المستخدمين عن طريق عناوينهم على الشبكة، أو عن طريق اسم الموقع وأصبح من الممكن إقامة اتصال بين شبكات مختلفة⁽⁴⁾.

وعلى الرغم من إصرار وزارة الدفاع الأمريكية (البانتجون) على الوصول إلى الإنترنت وجعلها وسيلة اتصال في وقت الحرب، إلا أنّها سرعان ما تخلت عن احتكار هذا المشروع في الأغراض

⁽¹⁾ – Marc Bachette et autres: Le commerce Electronique et le rôle de l'OMC, op, cit, p11.

⁽²⁾ – البروتوكول: تعرف البروتوكولات بأنها القواعد التي تستخدمها جميع الشبكات المتصلة لفهم بعضها البعض، وبعبارة أخرى هي: مجموعة أو سلسلة من المواصفات التقنية التي تسمح لأجهزة الكمبيوتر بتبادل المعلومات مهما كانت أنواع هذه الأجهزة ومهما كانت أشكال التكنولوجيا التي تربطها معا. انظر: بهاء شاهين: الدليل العملي لاستخدام الإنترنت، مرجع سابق، ص 14.

⁽³⁾ – بروتوكول (TCP/IP): وهو عبارة عن بروتوكولين اثنين هما: ال TPC وهي اختصار ل Transmission control Protocol بروتوكول التحكم في الإرسال، و IP وهي اختصار ل Internet Protocol أو نظام النقل، وهذا الأخير هو مجموعة متشابهة من القواعد التي تشكل الأساس لكل اتصال عبر الإنترنت ومن بين القواعد التي يتضمنها بروتوكول الإنترنت: - كل نقطة اتصال "كمبيوتر" داخل الإنترنت لها عنوان مكون من أربعة أرقام. - كل الرسائل تقسم إلى أربعة مجموعات من المعلومات. - كل المجموعات يتم تجميعها "بالمعنى الإلكتروني للكلمة" داخل مغلف أو مظروف على عنوان ال IP. - هذا المغلف يشتمل على العنوان الذي سيرسل إليه المغلف وعنوان الكمبيوتر المرسل. أما بروتوكول ضبط الإرسال أو التحكم في الإرسال (TPC)، فيستخدم في معالجة الكم الكبير من البيانات. ولمعالجة الحالات التي تتلف فيها البيانات المنقولة فهذا البروتوكول يقسم الرسائل الكبيرة إلى مجموعة أجزاء، وكل جزء يتم تجميعه داخل مغلف أو مظروف بحيث إذا تلف جزء أو أكثر من البيانات فإن (IP) الذي تجمع بدوره في مغلف (TPC) الكمبيوتر المصدر يرسل إليه طلبا بإصدار إحلال للجزء التالف. انظر: محمد السعيد رشدي: الإنترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، 2004م، ص14 هامش رقم (1)، ومحمد سعيد أحمد إسماعيل: أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص63-64.

⁽⁴⁾ – انظر: عمر خالد زريقات: عقد التجارة الإلكترونية: عقد البيع عبر الإنترنت، ط1، الأردن، عمان، دار الحامد للنشر والتوزيع،

2007، ص39، و Marc Bachette et autres: Le commerce Electronique et le rôle de l'OMC, OP, cit, p11.

العسكرية، فمع ازدياد اتساع شبكة الإنترنت تم فصل الشبكة العسكرية عن الشبكة الأم حيث أصبحت الشبكة العسكرية تسمى ميلنات (Milnet) ، ونقل تشغيل ARPAnet من وزارة الدفاع إلى شبكة مؤسسة العلوم الوطنية (NSF) ⁽¹⁾ التي وسعت وطورت هذه الشبكة تدريجياً وذلك بهدف السماح باطلاع المجتمع العلمي على كافة المعلومات المخزنة على الشبكة التي أصبحت تعرف اختصاراً بـ NSFNET ⁽²⁾.

وفي سنة 1990م انتهت ARPANET لتتحول إلى شبكة الإنترنت، وذلك بتراط خمس شبكات هي: NSFnet، CSN، BITnet، USEnet، ARPAnet وسرعان ما انضمت شبكات أخرى إلى هذه الشبكات منها ما هو محلي، ومنها ما هو دولي، كالشبكات التابعة للدول التي ترتبط مع الولايات المتحدة الأمريكية باتفاقيات خاصة حول الاتصالات ⁽³⁾.

على أن الدراسات المهمة بنشأة الإنترنت وتطورها تشير إلى أن أول استخدام لمصطلح "إنترنت" كان سنة 1982 ⁽⁴⁾.

وتوالى تطور شبكة الإنترنت من خلال ظهور الخدمات المتعددة والمتحددة التي توفرها لمستخدميها، حيث أنه ابتداءً من سنوات التسعينات لم تعد هذه الشبكة حكراً على المجالين العسكري والعلمي فحسب، بل استعملت لأغراض أخرى وعلى رأسها الأغراض التجارية - وهي الأغراض التي تخدم موضوع دراستنا هذه - حيث أصبحت الإنترنت وسيلة تبرم من خلالها العقود بمختلف أنواعها.

وحتى يتمكن الشخص من استخدام الإنترنت يكفي أن يتوفر لديه جهاز كمبيوتر، وأن يكون لديه اشتراك لدى أحد مقدمي خدمة الإنترنت (Internet service provider) ، إضافة إلى امتلاك جهاز مودم (Modem) ⁽⁵⁾، فالأمر لم يعد شيئاً صعباً يحتاج إلى متخصص في مجال الإلكترونيات كما كان سابقاً.

(1) - National science Fondation.

(2) - Marc Bachette et autres: Le commerce Electronique et le rôle de l'OMC, OP, cit, p11.

ومحمد عبيد الكعبي: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 28.

(3) - محمد عبيد الكعبي: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 28.

(4) - فيصل أبو عيشة: الإعلام الإلكتروني، مرجع سابق، ص 54.

(5) - **المودم Modem**: هو اختصار مزجي من المصطلحين (Modulator) و (Demodulator)، وهو جهاز يستخدم لإرسال واستلام البيانات بين حواسيب المستخدمين من خلال الخطوط الهاتفية، حيث يقوم بتحويل الإشارات الرقمية إلى إشارات تحمل على موجة حاملة عند الإرسال، وتحول الإشارة المحملة عند المستقبل إلى إشارات رقمية. انظر: بيل جيتس: المعلوماتية بعد الإنترنت طريق المستقبل، ترجمة: عبد السلام رضوان، سلسلة المعرفة ع 231، الكويت، المجلس الوطني للثقافة والفنون والأدب، مارس 1998، ص 133، عامر إبراهيم قندلجي، إيمان فاضل السمرائي: شبكات المعلومات والاتصالات، مرجع سابق، ص 129.

ولقد تزايد عدد مستخدمي الإنترنت بشكل متميز لم تعرفه أياً من وسائل الاتصال السابقة على غرار: الهاتف، الراديو، الجرائد والتلفزيون...⁽¹⁾، وهو الأمر الذي انعكس إيجاباً على الجانب التجاري، إذ أن التجارة الإلكترونية تزايد بشكل مطرد مع تزايد نسبة استخدام الإنترنت على اعتبار أنه أكثر الوسائل الإلكترونية استخداماً في هذا النوع من التجارة - كما سبق وأن أشرنا -.

ثالثاً: ملكية شبكة الإنترنت وإدارتها

تقدم أن شبكة الإنترنت بدأت كمشروع لوزارة الدفاع الأمريكية، إلا أن هذا لا يعني أنها ملك لهذه الدولة كما يعتقد الكثيرون. فبعد نجاح مشروع شبكة الإنترنت ودخولها حيز الخدمة المدنية أي بعد تجاوزها الأهداف العسكرية التي أنشأت من أجلها، تطورت واتسعت بدخول عدد كبير من الشبكات الإقليمية ذات الصبغة العلمية أو التجارية وبالتالي لم تعد ملكاً للحكومة الأمريكية ممثلة في وزارة الدفاع ثم المؤسسة القومية للعلوم.

وعليه فشبكة الإنترنت التي تتسم بعالمية نشاطها ليست ملكاً لجمعية أو دولة معينة، كما أنها لا تخضع لهيمنة منظمة أو هيئة حكومية أو غير حكومية ولا توجد لها إدارة مركزية. ويمكننا القول أن الإنترنت هي أول مؤسسة عالمية لا تملكها أية حكومة فملكيتها مقسمة بين مجموعة من الدول والحكومات والجامعات والمؤسسات والشركات المختلفة⁽²⁾، أي أنها مساحة حرة للجميع بلا أي نوع من الرقابة السياسية أو الاجتماعية⁽³⁾.

ومع هذا فإنه من الخطأ الاعتقاد بأن شبكة الإنترنت تعمل تلقائياً دون تنظيم، فمنذ بداية الإنترنت كانت هناك دائماً هيئات ومؤسسات تنظيمية تعنى بالنواحي الفنية والإدارية، كما كانت هناك العديد من الجهات التي أخذت على عاتقها تسيير الشبكة على النحو الموجود حالياً⁽⁴⁾. ومن هذه الهيئات والمؤسسات نذكر:

1- مؤسسة الإنترنت (Internet society) ويرمز لها بالرمز (ISOC):

(1) - والملحق رقم (01) يوضح نسبة مستخدمي الإنترنت في العالم بين سنتي 1993 و2014م، راجع ص من هذه الأطروحة.
(2) - انظر: أحمد عبد الكريم سلامة: الإنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر المنعقد بكلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة 1-3 ماي 2000م، مج 1، ص 26، خالد ممدوح إبراهيم: لوجيستيات التجارة الإلكترونية، ط 1، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2008م، ص 112.
(3) - إيهاب السنباطي: الموسوعة القانونية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 93.
(4) - انظر: عمر خالد زريقات: عقد التجارة الإلكترونية: البيع عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 44.

وهي مؤسسة أمريكية غير ربحية تضم مجموعة من الخبراء والمهندسين على المستوى العالمي ينتمون إلى مؤسسات (خاصة أو حكومية) ومنظمات وجمعيات،... تولوا متطوعين مهمة تأمين التنسيق والتعاون بين الأطراف المختلفة للشبكة ورسم ملامحها وتوجهاتها المستقبلية، وقد أنشأت هذه الجمعية سنة 1992م، واتخذت من ولاية فرجينيا الأمريكية مقراً لها⁽¹⁾.

ويمكن حصر الأهداف الأساسية التي تعمل الـ (ISOC) على تحقيقها في⁽²⁾:

- وضع المقاييس والسياسات المطلوبة للإنترنت. - ترقية بنية الشبكة وتوسيع اشتراك الخواص. - فسح المجال الواسع لاستخدام الإنترنت والاستفادة منها بعيداً عن القيود والمعوقات. - تطوير هندسة البرامج، وجعل الإنترنت منتهى لتطوير التكنولوجيات المعلوماتية. - الحيلولة دون إساءة استخدام المعلومات الشخصية لمستخدمي شبكة الإنترنت. - تشجيع التعاون بين مختلف شبكات المعلومات الحوسبة في العالم.

وتتكون هذه المؤسسة من مجموعة من الهيئات واللجان حيث تتولى كل منها إدارة وتنظيم جزء محدد من الشبكة ومن هذه الهيئات:

أ- لجنة الدعم الهندسي للإنترنت (IETF)⁽³⁾: وهي مجموعة عمل هندسية تتعامل مع القضايا الآنية واليومية للشبكة.

ب- مجلس أبحاث الإنترنت (IRTF)⁽⁴⁾: وهو عبارة عن مجموعة متخصصة في إجراء البحوث المعمقة والدراسات الخاصة بشبكة الإنترنت.

ج- مجلس معمارية الإنترنت (IAB)⁽⁵⁾: وقد تم إنشاؤه سنة 1993م للقيام بمهام أهمها⁽⁶⁾:

(1)- انظر: بئينة حمدي: استخدامات شبكة الإنترنت في العمل الصحفي، مرجع سابق، ص 82، عمر خالد زريقات: عقد التجارة الإلكترونية: البيع عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 44-45، عامر إبراهيم قنديلجي، إيمان فاضل السمراي: شبكات المعلومات والاتصالات، مرجع سابق، ص 147.

(2)- انظر: محمد بشير بن طبة: الإنترنت والبحث العلمي في العلوم الإنسانية دراسة استكشافية بجامعي قسنطينة وورقلة، مذكرة ماجستير، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، قسم الدعوة والإعلام، 2002-2003م، ص 56، عامر إبراهيم قنديلجي، إيمان فاضل السمراي: شبكات المعلومات والاتصالات، مرجع سابق، ص 147.

(3)- Internet Engineering Task Force: www.left.eng-va.us

(4)- Internet Research Task Force.

(5)- Internet Architecture Board.

(6)- انظر: عامر إبراهيم قنديلجي، إيمان فاضل السمراي: شبكات المعلومات والاتصالات، مرجع سابق، ص 147.

-الإشراف على هيكلية ومعمارية الإنترنت. -متابعة الإجراءات والوسائل المتبعة عبر الإنترنت. -إصدار طبقات للمعايير والموارد الخاصة بالإنترنت.

د- لجنة منح الأرقام عبر شبكة الإنترنت (IANA)⁽¹⁾: مهمتها إنشاء وتسيير مواقع الإنترنت، وقد أنطت حكومة الولايات المتحدة الأمريكية وظيفتها حالياً إلى هيئة تحديد الأسماء والأرقام عبر الإنترنت (ICANN)⁽²⁾ التي تضطلع بمهمة التحكم في الأسماء والأرقام وبمعنى آخر فهي المسيطرة آلية المعاملات والاتصالات عبر الإنترنت⁽³⁾.

هـ- اتحاد شبكة الإنترنت (W₃C)⁽⁴⁾: وهو عبارة عن اتحاد دولي أنشئ من أجل تطوير وتعديل المعاهدات الدولية بما يتناسب وتطور تكنولوجيا شبكة الإنترنت.

2- الجهات الراعية للعمليات التنظيمية والتشغيلية: كالدول والهيئات والمنظمات والمؤسسات العالمية المشغلة لشبكات الاتصالات العامة والخاصة، وناقلي البيانات الذين يتولون تأجير الخطوط وربط شبكات الاتصالات المختلفة⁽⁵⁾.

3- موردو خدمات الاتصال⁽⁶⁾: الذين يقدمون خدماتهم للمستخدمين مباشرة عن طريق تأمين ربطهم بشبكة الإنترنت بموجب عقود الاشتراك وكل ما يستتبع هذا الربط⁽⁷⁾.

4- المستخدمون العاديون للشبكة⁽⁸⁾: الذين يدخلون إلى شبكة الإنترنت لأي غرض من الأغراض المتاحة عبرها: التصفح، التعاقد، المراسلة... ولهم دور كبير في نمو وتطوير خدمات هذه الشبكة من خلال طلباتهم المتجددة.

جدير بالذكر أنه وعلى الرغم من وجود هذه الهيئات النشطة وغيرها على مستوى الشبكة، فإن مستخدم الإنترنت هو فقط من يتحكم فيها، لأن حتى هذه الهيئات الرسمية وإن كانت لها القدرة على تقنين الإنترنت فليست لها القدرة بأي شكل من الأشكال على إقامة سلطة تنفيذية تسهر على مراقبة

⁽¹⁾ -Internet Assigned Number Authority.

⁽²⁾ -Internet Corporation for Assigned Names and Numbers: www.icann.org

⁽³⁾ -ستتناول الباحثة هذه الهيئة بشيء من التفصيل في المطلب الموالي.

⁽⁴⁾ -World Wide Consortium : www.w3.org

⁽⁵⁾ -انظر: عمر خالد زريقات: التجارة الإلكترونية: عقد البيع عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص45.

⁽⁶⁾ -ويطلق عليهم: (ISP) Internet Service Providers، أو (IAP) Internet Access providers.

⁽⁷⁾ -انظر: المرجع نفسه، ص45-46.

⁽⁸⁾ -ويطلق عليهم: Users أو Surfers .

استخدامات الإنترنت⁽¹⁾.

ومع ذلك فإن إحجام بعض المتعاملين التجاريين -بصفة خاصة- عن التعامل بهذه التقنية على أهميتها خوفاً من عدم وجود مالك رسمي لها يكون مسؤولاً مسؤولية كاملة عنها، هو إحجام في غير محله، ذلك أن تعدد المالكين لهذه الشبكة وإن كان فوضي فهو من قبيل الفوضى المنظمة بوجود الهيئات والمنظمات سالفة الذكر.

رابعاً: تمييز الإنترنت عن الإنترنت والإكسترنات

مع تطور الإنترنت ظهرت مصطلحات جديدة تقترب منها إلا أنها ليست مرادفة لها، ومن هذه المصطلحات: الإنترنت والإكسترنات. لذلك وجب إعطاء مفهوم لكل منهما لإدراك الفرق بينها وبين الإنترنت.

1- الإنترنت (Intranet): أو الشبكة الداخلية، وهي عبارة عن شبكة معلومات داخل مؤسسة واحدة، تستعمل البروتوكولات والقواعد والخدمات الخاصة بشبكة الإنترنت. وتتميز بأنها توفر للعاملين في المؤسسة أو الشركة إمكانية الاتصال والتبادل الإلكتروني للبيانات والمعلومات فيما بينهم بطريقة سريعة وكفاءة عالية وتكلفة أقل إذا ما قورنت بالأساليب التقليدية⁽²⁾.

وبعبارة أخرى يمكن القول أنها عبارة عن نسخة مصغرة عن شبكة الإنترنت تعمل داخل مؤسسة أو شركة معينة وتتضمن معلومات وثيقة الصلة بوحدة العمل هذه، غير أنه وبدلاً من أن تكون متاحة للعالم أجمع -كما هو حال شبكة الإنترنت- فإنها تكون خاصة أو محصورة بين موظفي وأقسام المؤسسة حيث يتوقف دخولهم إلى شبكة الإنترنت بمؤسستهم على امتلاكهم لكلمة المرور أو السر (Password) الخاصة بها، أو أية وسيلة أخرى تكون قد تبنتها المؤسسة للتعريف بالمستخدم⁽³⁾.

2- الإكسترنات (Extranet): شبكة الإكسترنات هي عبارة عن شبكة مؤلفة من مجموعة من شبكة الإنترنت المتصلة مع بعضها البعض عن طريق شبكة الإنترنت. أو هي شبكة تربط شبكات الإنترنت الخاصة بالمتعاملين والشركاء والمزودين ومراكز الأبحاث الذين تجمعهم شراكة العمل في مشروع واحد، أو تجمعهم مركزية التخطيط أو الشراكة، وتؤمن لهم تبادل المعلومات والتشاور فيها دون المساس

(1) محمد بشير بن طبة: الإنترنت والبحث العلمي، مرجع سابق، ص 58.

(2) انظر: عامر إبراهيم قندلجي، إيمان فاضل السامرائي: شبكات المعلومات والاتصالات، مرجع سابق، ص 61، سلطان إبراهيم الهاشمي:

الهاشمي: التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 36.

(3) انظر: محمد سعيد أحمد إسماعيل: أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 58.

بخصوصية الإنترنت المحلية لكل منهم. فشبكة الإنترنت إذا هي شبكة معلومات تستخدم شبكة الإنترنت العالمية، ولكن بصورة تحقق الخصوصية والأمان في تبادل المعلومات بين مجموعة معينة من المستخدمين الذين يمكنهم دخولها باستخدام كلمة سر خاصة تحدد لكل منهم. على أن أشهر تطبيقات هذه الشبكة تظهر في شبكات البنوك والتعاملات المصرفية، والشبكات بين شركات الطيران المختلفة⁽¹⁾. وسواء تعلق الأمر بالإنترنت أو الإنترنت فإنه وحتى تتمكن الشركات أو المؤسسات من تأمين الحماية المطلوبة للشبكة تستعمل ما يعرف بنظام الحائط الناري (Firewall) وهو: «نظام للحماية مزود ببرمجية خاصة تمنع الغرباء من اختراق الشبكات الخاصة»⁽²⁾، وهو عبارة عن مكونات مادية (معدات وأجهزة) وبرمجيات خاصة توضع بين الشبكة المراد حمايتها وبين الشبكات الأخرى من أجل منع المستخدمين الخارجيين من التوغل في هذه الشبكة والدخول غير المرخص إليها، فهو يعمل عادة كمصفي، حيث تكون كل الحركة المرورية للمعلومات القادمة من الشبكات الخارجية مراقبة، وبالتالي يجري فحصها ووقف مرور أية معلومة غير مرغوب فيها قبل دخولها⁽³⁾.

وهناك أنواع عديدة من الحائط الناري تتنوع وتطور تبعا لتطور تقنيات شبكة الإنترنت غير أن أهمها حتى الآن نوعين هما⁽⁴⁾:

- **الحائط المصفي (Filtering Firewall):** وهو أكثر أنواع الحواجز بساطة، ويعمل بناء على التدقيق في كل حزمة معلومات تمر من حدود الشبكة، حيث يتفحص العناوين ثم يقرر أيا منها يمكنه المرور وأيا منها يمنع من الدخول.

- **الحائط المفوض (Proxy Firewall):** وهو أكثر الحواجز شهرة، لأنه يمنع المرور المباشر للمعلومات بين الشبكات الخارجية والشبكة محل الحماية، فمثلا إذا طلب أحد مستخدمي الشبكة المحمية صفحة موقع معين فإن الحاسب المقدم للخدمة يحضر هذه الصفحة ثم يمررها لطالبتها دون أن يكون هناك أي اتصال مباشر بين الحاسب الطالب لهذه الصفحة وشبكة الإنترنت ولهذا سميت هذه الحواجز بالحواجز المفوضة (Proxies)، فالحائط الناري في هذه الحالة يكون بمثابة خط الدفاع الأول

⁽¹⁾ -انظر: عامر إبراهيم قندلجي، إيمان فاضل السامرائي: شبكات المعلومات والاتصالات، مرجع سابق، ص65. محمد سعيد أحمد إسماعيل: أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص59.

⁽²⁾ -عامر إبراهيم قندلجي، إيمان فاضل السامرائي: شبكات المعلومات والاتصالات، مرجع سابق، ص68

⁽³⁾ -انظر: عامر إبراهيم قندلجي، إيمان فاضل السامرائي: شبكات المعلومات والاتصالات، مرجع سابق، ص68. محمد سعيد أحمد إسماعيل: أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص61.

⁽⁴⁾ -انظر: محمد سعيد أحمد إسماعيل: أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص61-62.

للحماية من أية تهديدات خارجية.

الفرع الثاني: خدمات الإنترنت

تقدم الإنترنت للمتعاملين بها خدمات كثيرة لا يمكن حصرها نظرا لكونها تزداد وتتطور مع تطور هذه التقنية الذي لا يقف عند حد أو توقع معين.

وعليه فإن الباحثة فستركز في هذا الفرع على أهم هذه الخدمات المعروفة والمتداولة حتى الآن وهي الخدمات الأكثر استعمالا في مجال هذه الدراسة (التجارة الإلكترونية).

أولا: البريد الإلكتروني (Electronic Mail) ويعرف اختصارا بـE-Mail

البريد الإلكتروني⁽¹⁾ هو أشهر خدمات الإنترنت وأكثرها رواجاً⁽²⁾ وهو نظام يمكن مستخدم الإنترنت من تبادل الرسائل مع مستخدم آخر أو مجموعة من المستخدمين من خلال تخصيص مساحة على الخادم الخاص بهم للبريد الإلكتروني، ويُعطى المشترك عنوانا خاصا به⁽³⁾ يمكنه من خلاله التواصل مع الآخرين بإرسال واستقبال الرسائل الإلكترونية. وهو بهذا يشبه البريد العادي أو الورقي إلا أنه يتميز عنه بمجموعة من المميزات أهمها⁽⁴⁾:

1-الجمع بين خدمتي المكالمات الهاتفية والفاكس.

2-انخفاض التكلفة المادية: حيث يمكن إرسال آلاف الرسائل إلى كافة أنحاء العالم ولا يتكبد المرسل سوى تكاليف الاشتراك في خدمة الإنترنت.

3-السرعة الفائقة: فيمكن أن ترسل الرسالة إلى أقصى مكان في العالم في ظرف ثوان، بينما تستغرق الرسالة العادية أياما تطول وتقتصر تبعا للمسافة المرسل إليها.

(1)تم اكتشاف خدمة البريد الإلكتروني سنة 1981م من قبل العالم الأمريكي راي توملينسون (Ray Tomlinson). انظر: www.wikipedia.org.wiki آخر زيارة للموقع: 2014/07/10.

(2) فعدد حسابات البريد الإلكتروني المفتوحة عبر العالم قدرت بـ3,146 مليار حساب سنة 2011. الإحصائية متاحة على موقع عالم التقنية: <http://www.tech-wd.comLwd/.../interet-2011> آخر زيارة للموقع: 2014/07/15.

(3)ويتكون عنوان البريد الإلكتروني من الاسم أو اسم المستخدم الذي قد يكون الاسم الحقيقي لصاحب البريد أو أي اسم آخر يختاره ويضمه ما شاء من أرقام أو حروف أو علامات، علامة آت @، مع تحديد اسم الدومين، ونهاية الدومين مثل: Ahmed09@yahoo.fr.

(4)انظر: فارس حسن شكر المهداوي: صحافة الإنترنت دراسة تحليلية للصحف الإلكترونية المرتبطة بالفضائيات الإخبارية "العربية.نت. نموذجاً"، رسالة ماجستير في الإعلام والاتصال، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدانمارك، كلية الآداب والتربية، 2007م، ص33.

4- إمكانية استلام الرسائل من أي مكان في العالم: حيث يتمكن المرسل إليه من استلام رسائله في أي مكان في العالم وهو ما يفيد رجال الأعمال الذين يسافرون كثيرا من أجل أعمالهم، كما يمكن الأشخاص العاديين من استلام رسائلهم والاطلاع عليها أثناء إجازاتهم وسفرياتهم المختلفة.

5- إمكانية إرسال الرسالة ذاتها إلى مئات الأشخاص: فيمكن أن تُكتب رسالة واحدة وترسل إلى عدد لا متناهي من الأشخاص مع إمكانية الاحتفاظ بنسخة في بريد المرسل لاستعمالها وقت الحاجة، وهذا يسهل عمل الشركات والمؤسسات التي ترغب في الاتصال بزبائنهم أو دعوتهم إلى ملتقى أو ندوة أو غير ذلك. ويمكن أن ترفق الرسالة بأية وثائق سواء أكانت صورا أو فيديووات أو تسجيلات صوتية أو ملفات...

ونتيجة الإقبال الكبير لجمهور الإنترنت على خدمة البريد الإلكتروني الذي يقدم عادة مجانا، تنافست الشركات التي تؤمن هذه الخدمة في العمل على تحسين وتطوير مستوى الخدمات المقدمة لزبائنهم خاصة فيما يتعلق بالمساحة⁽¹⁾، والخدمات الملحقه ومن أهمها خدمة تحويل الرسائل Forwarding⁽²⁾.

ومن أشهر الشركات المقدمة لخدمة البريد الإلكتروني على مواقعها الخاصة: شركة مايكروسوفت التي تؤمن خدمة بريد hotmail، وشركة yahoo التي تقدم خدمة بريد yahoo.fr أو yahoo.com، وشركة google التي تقدم خدمة بريد gmail.

ثانيا: الاتصال المباشر

وتعتبر هذه الخدمة من أهم الخدمات التي توفرها شبكة الإنترنت، حيث يتمكن مستخدمها من التواصل مع أي شخص وفي أي مكان في العالم وذلك إما عن طريق التبادل الفوري للرسائل أو عن طريق الحديث المباشر بالصوت أو بالصوت والصورة.

وقد تفاعلت هذه الخدمة مع ظهور البرامج الجديدة التي نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر

⁽¹⁾ - إذ قدمت google خدمة البريد الإلكتروني بمساحة 1 جيجا بايت، كما رفعت yahoo مساحة بريدتها الإلكتروني من 100 ميغا بايت إلى 1 جيجا بايت.

⁽²⁾ - ومن خلال هذه الخدمة ترسل الرسالة الإلكترونية من عنوان إلى عنوان آخر بحيث ترسل رسالتك إلى عنوان بريدي ثم يقوم هذا الأخير بتحويلها إلى بريد آخر يكون هو البريد المطلوب أصلا، وتوضيح هذه الخدمة نورد المثال الآتي: إذا كان بريدك ملحق بـ Forwarding فالجميع يرسلك عليه، ثم يقوم بريد Forwarding بتوصيل تلك الرسائل إلى بريد آخر لك يكون هو بريدك الأصلي المجهول لمراسليك، وهذه الطريقة تعتبر آمنة إذا كنت لا ترغب في التعريف ببريدك الأصلي. انظر: محمد عبيد الكعبي: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 47.

برنامج "سكايب" (skype)⁽¹⁾، الذي يوفر إجراء المحادثات النصية بكل سلاسة وسهولة مع التحكم في حجم الخط، كما يوفر إمكانية إجراء المحادثات الصوتية بجودة عالية للصوت في التحدث والاستماع، وكذا إجراء المحادثات المرئية بجودة عالية أيضا وهي ما يعرف بمكالمات الفيديو مع القدرة على تشكيل غرف المحادثات الجماعية بالصوت والصورة⁽²⁾، أي تبادل الحوار والنقاش المسموع والمرئي مع أكثر من شخص في آن واحد.

وتعتبر هذه الخدمة ذات أهمية كبيرة لرجال الأعمال أو للمتعاملين في المجال التجاري بصفة عامة، لأنها تمكنهم من التواصل مع الزبائن والشركاء والمزودين بشكل مباشر يسهل معه التشاور وأخذ القرارات ومن ثم إبرام العقود والصفقات. وعليه نجد بعض الشركات تستعمل هذه التقنية كوسيلة للاجتماع، حيث يتم الاجتماع عبر الفيديو المباشر (Video conferencing)⁽³⁾، وكأنه اجتماع عادي بحضور جميع الأطراف المعنية حتى لو كانوا في أماكن متباعدة عبر العالم مما يوفر الوقت والجهد والمال، إذ لا تضطر الشركة إلى انتظار جميع المعنيين بالاجتماع، كما لا يضطر هؤلاء إلى التنقل من أماكن تواجدهم وقطع أعمالهم الأخرى من أجله.

ثالثا: الشبكة العنكبوتية العالمية (world wid web)

وتعرف اختصارا بـ"www"، أو "w3"، أو الوب "web" ويخطئ الكثيرون في الاعتقاد بأن الوب هو الإنترنت ويستعملون المصطلحين بشكل مترادف لكن في الحقيقة الشبكة العنكبوتية العالمية ما هي إلا واحدة من الخدمات التي تقدمها شبكة الإنترنت وهي عبارة عن كم هائل من المستندات المحفوظة في شبكة الإنترنت والتي تتيح لأي شخص أو جهة الإطلاع على معلومات تخص جهات أخرى أو أشخاص آخرين قاموا بوضعها بشكل متاح للعام عن طريق أسلوب تكنولوجيا يعرف بالنص الحوري (Hypertexte) والذي يقوم بتنظيم البيانات والمعلومات واستعادتها، وتقوم أساسا على عملية تخزين المعلومات مع القدرة على إقامة صلات وعلاقات ترابطية فيما بينها على نحو الترابط الحاصل في

⁽¹⁾ **skype**: عبارة عن برنامج تجاري تم ابتكاره من قبل المستثمرين السويدي نيكلاس زينشتروم والدانماركي يانوس فريس مع مجموعة من مطوري البرمجيات، وكان أول إصدار له في أوت 2003م، وقد اشترته شركة مايكروسوفت في 10 ماي 2011م بـ8,5 مليار دولار، أما عن التسمية فقد أطلق عليه في البداية sky-peer-to-peer، ثم skyper، ثم skype. انظر: الموسوعة الحرة وكيبيديا على الموقع: سكايب <http://www.ar.wikipedia.org/wiki/سكايب>، آخر زيارة للموقع: 2014/07/17.

⁽²⁾ انظر: المعلومة بشيء من التفصيل على الموقع: <http://www.skype.com/ar.about/>، آخر زيارة للموقع: 2014/07/17.

⁽³⁾ انظر: خالد غسان يوسف المقدادي: ثورة الشبكات الاجتماعية، ط1، الأردن، دار النفائس للنشر والتوزيع، (1434هـ-2013م)، ص53.

نسيج شبكة العنكبوت⁽¹⁾.

وتتصل النصوص المحورية فيما بينها عن طريق بروتوكول يعرف بـ " HTTP "⁽²⁾ وهو بروتوكول اتصال يستفيد من حقيقة أن الوثائق التي تكتب عادة بلغة " HTML "⁽³⁾ التي يسترجعها يكون بها معلومات قد يرجع إليها المستخدم عند استخدامه برامج التصفح (Browsers) أو الملاحات⁽⁴⁾ مثل: Internet Explorer و Firefox⁽⁵⁾.

وبعيدا عن المصطلحات التقنية يمكننا القول بأن خدمة الواب هي الخدمة التي يمكن من خلالها زيارة مختلف المواقع على شبكة الإنترنت وتصفح ما بها من صفحات من أجل الوصول إلى معلومات معينة أو من أجل إبرام عقد مع أحد التجار العارضين لمنتجاتهم عبر الشبكة⁽⁶⁾، وهنا يقابلنا مصطلح من أهم المصطلحات في بيئة الإنترنت بصفة عامة، وبيئة التجارة الإلكترونية بصفة خاصة ألا وهو مصطلح "مواقع الواب" " web sites"، فما معنى هذا المصطلح وما هي بنيته ومن يتولى تنظيمه؟ والإجابة عن هذا التساؤل الذي يعتبر من الأمور المهمة في موضوع دراستنا هذه ستكون على النحو الآتي:

1- تعريف المواقع: يصدق مفهوم الموقع على كل ما يمكن زيارته على شبكة الإنترنت ومنه

⁽¹⁾ -انظر: عمر خالد زريقات: عقد التجارة الإلكترونية: عقد البيع عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص46-47، محمد عبيد الكعي:

الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص40، فيصل أبو عيشة: الإعلام الإلكتروني، مرجع سابق، ص60.

⁽²⁾ -HTTP: اختصارا لـ: Hyper Text Transfer Protocol وهو بروتوكول خاص بنقل الوثائق التي تم تحضيرها باستعمال لغة (HTML).

⁽³⁾ -HTML: اختصارا لـ Hyper Text Markup Language لغة النص المترابط وهي اللغة العالمية التي تستطيع جميع برامج تصفح شبكة الواب (web) قراءتها.

⁽⁴⁾ -محمد بشير بن طبة: الإنترنت والبحث العلمي، مرجع سابق، ص68.

⁽⁵⁾ -لم يكن اختيار هذين المتصفحين عشوائيا ولا لكونهما المتصفحين الوحيدين، وإنما السبب وراء هذا الاختيار هو كونهما يستحوذان على أكبر نسبة استخدام على مستوى العالم، فعلى الرغم من سيطرة متصفح مايكروسوفت إنترنت إكسبلورر بإصداراته المختلفة 5، 6، 7، 10 على أكبر نسبة استخدام قدرت بـ75% سنة 2005م وهي السنة التي طرح فيها Firefox لأول مرة في السوق والذي لم يستحوذ وقتها سوى على نسبة 16%، فإن إحصائيات سنة 2007م أبرزت تقدما كبيرا لهذا الأخير حيث بلغت نسبة استخدامه 34%، بينما انخفضت نسبة استخدام Explorer إلى 58%، وكما يتضح من خلال هذه النسب فإن التنافس بين هذين المتصفحين لم يترك للمتصفحات الأخرى مثل: أوبرا، سفاري، موزيلا...سوى نسبة صغيرة لا تكاد تذكر حيث قدرت بحوالي 2% لكل منها. انظر: محمد عبيد الكعي: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص41، والإحصائيات متوفرة على

موقع: www.internetworldstats.com

⁽⁶⁾ -انظر: أسامة أبو الحسن مجاهد: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص101-102.

فيمكن تعريفه بأنه: «مجموعة وثائق موضوعة في عنوان واحد عبر الشبكة، فهو إذا بيئة إلكترونية في جغرافية افتراضية على الشبكة الدولية قد يتضمن نصوصاً، ورسومات، وصوتيات، ومرئيات، وتحتوي المواقع على عدد كبير من الصفحات»⁽¹⁾، أو أنه: «مجموعة من الصفحات "web pages" المترابطة، والتي تحتوي على نصوص وصور وعينات صوتية ولقطات فيديو»⁽²⁾.

وعدد المواقع على الواب يقدر بالملايين غير أن ما يميزها هو أن لكل منها عنوان مميّز وفريد يستحيل أن يتكرر لأكثر من موقع لذلك نعرف عنوان الموقع بأنه: «عنوان فريد ومميز يتكون من عدد من الأحرف الأبجدية اللاتينية أو الأرقام التي يمكن بواسطتها الوصول لموقع ما على الإنترنت»⁽³⁾، وهو بهذا يشبه العناوين البريدية العادية التي تمكننا من الوصول إلى مسكن أو مقر شركة أو متجر ما.

وكانت عناوين المواقع في البداية عبارة عن سلاسل من الأرقام إلا أنه ونظراً لصعوبة تذكرها فقد استبدل نظام أسماء المواقع هذه الأرقام بمجموعات من الحروف المألوفة (التي تشكل "أسماء المواقع"). فعوضاً عن كتابة الرقم مثلاً: "192.0.34.65"، يمكنك كتابة اسم مثل www.icann.org.

ويقوم نظام أسماء المواقع بترجمة الاسم الذي تكتبه إلى عنوان بروتوكول الإنترنت المقابل، ثم يوصلك بالموقع الإلكتروني الذي ترغب بزيارته. كما يساعد نظام أسماء المواقع على تشغيل البريد الإلكتروني بالشكل الصحيح بحيث تصل رسالتك إلى المرسل إليه المقصود.

2- تسمية الموقع: خضع تسمية أو عنوان المواقع أياً كان تخصصها أو وظيفتها أو مالكتها إلى نظام عالمي موحد، وبناء على هذا النظام فعناوين المواقع تقسم إلى مستويين:

أ- عناوين المستوى الأعلى أو الأول (TLDs)⁽⁴⁾:

وهو المستوى المحدد لطبيعة ونوعية الموقع وطبيعة ونوعية الجهة المسجلة له، أهو موقع تجاري أم ثقافي؟ وهل يعود لمؤسسة حكومية أم دولية؟ زيادة على تحديد الامتداد الجغرافي له أي الدولة التي سجل

(1) محمد عبيد الكعبي: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 41-42.

(2) نصير الدين حسن أحمد: عناوين مواقع الإنترنت: تسجيلها وحمايتها، تنازعها مع الماركات التجارية دراسة مقارنة وفقاً للقانون اللبناني، وقوانين كل من فرنسا-الولايات المتحدة والمملكة المتحدة، تقديم: نسيب إيليا، وجمال عبدالله، د.ط، لبنان، بيروت، منشورات مكتبة زين الحقوقية والأدبية، 2008م، ص 26.

(3) فانتن حسين حوى: المواقع الإلكترونية والملكية الفكرية، ط 1، الأردن، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، (1431هـ-2010م)، ص 55.

(4) First Level Domain Names-⁽⁴⁾

بها. وعليه يتفرع هذا المستوى إلى (1):

1°- عناوين المستوى الأعلى العمومية (gTLDs) (2): ويضم هذا المستوى ومنذ الثمانينات سبعة قطاعات أساسية كما يتضح من خلال الجدول الآتي:

الرقم	العنوان الأعلى العمومي	الاستخدامات
01	.com	الأنشطة والمشاريع التجارية commercial
02	.org	الهيئات والجمعيات غير الربحية organization
03	.net	المؤسسات والمشاريع العاملة في مجال الإنترنت network
04	.int	المؤسسات والجمعيات والمنظمات الدولية international
05	.edu	المؤسسات التعليمية والثقافية education
06	.gov	المواقع الحكومية government
07	.mil	المواقع العسكرية military

والأربعة امتدادات الأولى منها توصف بالمستقلة، فبالنسبة لـ .org, .net, .com يمكن لأي كان أن يسجل عنوانه في هذه الامتدادات الثلاثة دون قيد أو شرط طبعاً في حدود الشروط والمبادئ المعتمدة من قبل الهيئات المانحة لهذه العناوين، أما الامتداد الرابع وهو ".int"، فعلى الرغم من وصفه بالمستقل إلا أن تسجيل العناوين فيه يجري بشروط محددة ولأهداف واستعمالات محددة.

أما الامتدادات الثلاثة المتبقية فتوصف بأنها خاضعة للاستعمال الحصري في الولايات المتحدة الأمريكية. ونظراً للضغط المتزايد على الامتدادات العمومية المستقلة وخاصة امتداد (.com) فقد تم إضافة سبعة امتدادات جديدة اعتمدها هيئة الأيكان سنة 2000م (3).

2°- عناوين المستوى الأول بالامتداد الجغرافي (ccTLDs) (4): حيث أعطى نظام العنونة

(1)-انظر: نصير الدين حسن أحمد: عناوين مواقع الإنترنت، مرجع سابق، ص48-50، فاتن حسين حوى: المواقع الإلكترونية والملكية الفكرية، مرجع سابق، ص56.

(2) - Generic Top Level Names.

(3)- وهذه الامتدادات خصصت ثلاثة منها للاستعمالات المستقلة وهي: .biz. للاستعمالات التجارية، .name للمواقع المتصلة بالطابع الشخصي، .info مواقع غير محددة الاستعمال. أما الأربعة المتبقية فخصصت للاستعمالات المهنية وهي: .pro للحرفيين والمهنيين، .mesum للمتأخرين، .aero لشركات الطيران، .coop للتعاونيات. لمزيد من التفصيل انظر:

(4) - Country Code Top Level Domain Names.

لكل دولة امتدادها الجغرافي الخاص والذي يتكون من حرفين يرمزان إلى الدولة⁽¹⁾ فمثلا امتداد الجزائر هو dz، وامتداد لبنان هو lb، وامتداد دولة الإمارات العربية هو ae... وتستطيع كل دولة استعمال الامتدادات العمومية المستقلة منها والحصرية بإضافة امتدادها الجغرافي (مثل: .com.dz، .edu.dz)، كما يمكن لكل دولة خلق ما تشاء من امتدادات إضافية انطلاقا من امتدادها الجغرافي وفق اعتبارات خاصة بها فمثلا نجد دولة الإمارات العربية تستعمل الامتداد .sch.ae. للدلالة على الإداري الحكومية والخاصة فيها.

والهيئة المسؤولة عن تسجيل هذا النوع من المواقع هي منظمة (IANA)⁽²⁾، التي تفوض اختصاصاتها في التسجيل داخل الدولة لجهات وطنية تتولى عملية تسجيل المواقع في كل دولة، والدولة لها سلطة اختيار الجهة الداخلية التي ترغب في تحويلها هذا الاختصاص وما عليها سوى تبليغ المنظمة المسؤولة باختيارها.

فبالنسبة للجزائر مثلا فإن الجهة التي منحها الدولة الجزائرية سلطة تسجيل عناوين مواقع الإنترنت أو أسماء النطاقات هي مركز البحث حول الإعلام العلمي والتقني (CERIST)⁽³⁾، وكان ذلك منذ 1994م، وقد أنشأ المركز هيئة خاصة أوكل لها هذه المهمة وهي (NIC)⁽⁴⁾ وقد وضعت موقعا خاصا لتسجيل العناوين الإلكترونية ضمن النطاق (.dz) وهو: <http://www.nic.dz>، ثم وضع موقعا آخر للتسجيل ضمن النطاق (.الجزائر) هو: <http://www.webidn.dz> ويتم التسجيل في الموقعين بدون مقابل⁽⁵⁾.

ب- عناوين المستوى الثاني (SLDs)⁽⁶⁾:

⁽¹⁾—وقد حددت رموز الدول تبعا للتقسيم الذي اعتمده هيئة الأمم المتحدة، حيث قُسمت الدول والمناطق الإقليمية بناء على القواعد التي أصدرتها منظمة المعايير الدولية (International Organization for Standardization) ISO بموجب المعيار الذي أورد جدولا بمختصرات الدول والمناطق الجغرافية في العالم. للاطلاع على المختصرات يرجى الرجوع إلى: "La Norme ISO 3166 code des noms des pays" منشورة على موقع المنظمة:

<http://www.iso.org/obp/ui/fr/#search> آخر زيارة للموقع: 2014/07/17 .

⁽²⁾—وهي إحدى المنظمات التابعة لمنظمة ICANN كما سيتبين لاحقا.

⁽³⁾—Centre de recherche sur l'Information Scientifique et Technique.

⁽⁴⁾—Network Internet Center.

⁽⁵⁾—المعلومة مستقاة من: <http://www.cerist.dz/index.php/fr/comparent/content/article/133>، آخر زيارة للموقع كانت بتاريخ: 2014/07/17 .

⁽⁶⁾—Second Level Domain Names.

ويسمى هذا المستوى بالجذر (Radical) ويتحديده تكتمل هوية الموقع، وبه يكون عنوان الموقع متميزا وفريدا وقد يتألف من الاسم الشخصي للمسجل أو اسم عائلته، أو اسمه التجاري، أو علامته التجارية، كما قد يكون كلمة أو اختصارا من ابتكاره، وقد يتضمن حروف كبيرة أو صغيرة و/أو أرقام (Alphanumeric)، وليس هناك ما يمنع أن يتشكل من أرقام فقط⁽¹⁾. على أنه يجب التقييد ببعض الأمور التقنية منها أنه:

- يجب استخدام الرموز اللاتينية في التسجيل⁽²⁾.
- يجوز استخدام بعض الإشارات فقط مثل: (-) شرط أن تفصل بين كلمتين ولا ترد في البداية أو النهاية، أما البعض الآخر مثل (!، @، \$، &) فلا يجوز استخدامها، أما الإشارات المتبقية مثل (#، _) فيجوز استخدامها في الموارد العامة (URLs)⁽³⁾ فقط.
- لا يجوز استخدام الفراغات.

وما عدا هذه القيود فإنه يجوز للمسجل استعمال ما شاء من الرموز وليس المصطلحات شريطة ألا تقل عن 2 ولا تزيد عن 63.

وحتى يتضح الأمر أكثر نبين نظام العنونة من خلال المثال الآتي:
وليكن لدينا موقع المنظمة العالمية للملكية الفكرية⁽⁴⁾:

<http://www.wipo.int/portal/ar/index.html>

فهذا العنوان هو عنوان مورد عام URL، فالجزء <http://www> هو الجزء الثابت من الموقع والذي تتشابه فيه كل المواقع. أما عنوان الموقع فهو: **wipo.int**، وأما عنوان المستوى الأول فهو: **.int**، وأما عنوان المستوى الثاني فهو: **wipo**.

وبناء على ما تقدم قد يعتقد الكثيرون أنه يمكن تمييز عناوين المواقع الإلكترونية التجارية ببساطة كبيرة اعتمادا على عناوين المستوى الأعلى، إذ كل موقع يحمل الامتداد (.com)، أو (.biz) - بالنسبة للامتدادات المعتمدة مؤخرا- هو موقع تجاري، إلا أن هذا الأمر غير صحيح عمليا، لأنه لا

(1)- انظر: نصير الدين حسن أحمد: عناوين مواقع الإنترنت، مرجع سابق، ص 58-60.

(2)- هذا الشرط يمكن القول بأنه لم يعد إجباريا ذلك أن المنظمة قبلت مؤخرا تسجيل المواقع بلغات أخرى مثل اللغة العربية والصينية كما سيتضح لاحقا ضمن هذا الفرع.

(3)- Uniform Resource Locators (URLs): التي تشير إلى عنوان إنترنت لملف محدد.

(4)- تم اختيار هذا الموقع بالذات لكونه الموقع المختص بنظر منازعات المواقع، والمثال من اقتراح الباحثة.

توجد قيود تمنع غير التجار أو أصحاب الأعمال التجارية من تسجيل مواقعهم ضمن هذا الامتداد، فهو مفتوح لكل فئات المجتمع على اختلاف نشاطاتها⁽¹⁾.

ضف إلى ذلك فقد توجد بعض العناوين المسجلة ضمن هذا النطاق -أو غيره- التي يصطدم مستخدم الإنترنت بعدم إمكانية تصفحها لسبب بسيط هو أنها مواقع مسجلة دون أن يكون لها وجود فعلي على الشبكة وهذا إما لكون مسجلها أراد احتكارها ومن ثم مساومة الراغبين في الحصول عليها⁽²⁾، وإما لكونها سجلت من أجل استخدامها في البريد الإلكتروني⁽³⁾.

3- إدارة وتنظيم عناوين المواقع: تقدم أن الإنترنت نشأت في الولايات المتحدة الأمريكية، فكان من الطبيعي أن تتولى الحكومة الأمريكية مهمة تشغيل وإدارة عناوين المواقع الإلكترونية أو ما يعرف بأسماء النطاقات (DNS)⁽⁴⁾ بمساعدة مجموعة من الباحثين الأكاديميين والمؤسسات الفنية ومهندسي الإنترنت المتطوعين، واستمر الأمر كذلك لسنوات عديدة، إلا أنه مع اتساع استخدام الإنترنت ودخولها جميع المجالات: التعليم، التجارة، الاتصالات... أصبحت إدارة هذه العناوين أكثر تعقيدا خاصة مع زيادة ضغط الحكومات الأجنبية ومؤسسات الأعمال على الحكومة الأمريكية من أجل خصخصة السيطرة عليها وزيادة التنافسية في هذا المجال.

واستجابة لهذه الطلبات طلب الرئيس الأمريكي بتاريخ 01 جوان 1997م من وزير التجارة خصخصة إدارة أسماء النطاقات والعمل على تشجيع المشاركة الدولية فيها، وبالفعل أصدرت إدارة

⁽¹⁾ - ويعتبر الامتداد "com" من الامتدادات التي يزداد عليها الضغط وذلك لاعتبارات كثيرة منها عالمية هذا الامتداد إضافة إلى جماليته من الناحية الشكلية. انظر: نصير الدين حسن أحمد: عناوين مواقع الإنترنت، مرجع سابق، ص 60.

⁽²⁾ - وذلك لأن تسجيل المواقع الإلكترونية يخضع كمبدأ أساسي لقاعدة "خدمة من يصل أولا" (First come first served) أو (First in time) دون أي فحص أو تدقيق لمعرفة أحقية ملتزم التسجيل في تسجيل عنوان الموقع، ما عدى بعض الشروط التي قد تضعها الهيئة المانحة أي هيئات التسجيل الوطنية والتي تختلف من هيئة لأخرى. انظر: نصير الدين حسن أحمد: عناوين مواقع الإنترنت، مرجع سابق، ص 74، 76. بالنسبة للجزائر التسجيل سواء في الامتداد (.dz) أو (الجزائر) يخضع لتقدم ملف مكون من: طلب للتسجيل، وثيقة لتبرير اختيار اسم النطاق، نسخة من السجل التجاري (كيان تجاري) أو، نسخة من تسجيل العلامة لدى المعهد الوطني لحقوق الملكية الفكرية أو المنظمة العالمية للملكية الفكرية، نسخة من المرسوم الرسمي لإنشاء هيئة حكومية، جمعية، أو منظمة، زيادة على ملاءمة المصادقة على ميثاق التسمية للامتداد. للاطلاع على الاستمارة يرجى الاطلاع على الملحق رقم 02 في الصفحة من هذه الأطروحة.

⁽³⁾ - بعض الأشخاص أو المؤسسات يلجؤون إلى تسجيل موقع لاستخدامه كمفتاح لبريدهم الإلكتروني وليس من أجل استخدامه كموقع فعلي وهذا من أجل حماية البريد من القرصنة، لذلك عند كتابة عناوين المواقع من هذا النوع يفاجأ المستخدم بظهور عبارة "DNs not available". انظر: نصير الدين: عناوين مواقع الإنترنت، مرجع سابق، ص 46 هامش رقم (3).

⁽⁴⁾ - Domain Names.

الاتصالات والمعلومات (NTIA) - وهي وكالة تابعة لوزارة التجارة - طلبا للتعليقات حول الأنظمة الحالية والمستقبلية لتسجيل أسماء نطاقات الإنترنت مع التنويه بالدور المحوري الذي لعبته الحكومة الأمريكية في التطوير المبدي ونشر وتشغيل أسماء نطاقات الإنترنت، وردا على التعليقات والآراء العامة التي وردت في هذا الشأن تم إصدار وثيقة "الورقة الخضراء" التي تضمنت اقتراحات لزيادة مشاركة القطاعات المختلفة في عملية إدارة العناوين الإلكترونية، كما تضمنت مجموعة من التعليمات من قبل الخبراء، وبناء على هذه التعليمات تم إصدار وثيقة ثانية عُرفت بـ "الورقة البيضاء" في جويلية 1998م تضمنت مطالبة المجتمع الدولي بإنشاء مؤسسة مستقلة لإدارة أسماء نطاقات الإنترنت⁽¹⁾.

وبهذا تم إنشاء منظمة جديدة عرفت بمنظمة أو هيئة تحديد الأسماء والأرقام عبر الإنترنت والتي تعرف اختصاراً بـ "الأيكان" (ICANN)⁽²⁾ وكان ذلك بتاريخ 18 سبتمبر 1998م.

فمنظمة ICANN هي منظمة غير ربحية تم تأسيسها دولياً لتتولى مسؤولية توزيع مجالات العناوين في بروتوكول الإنترنت وتخصيص معرفات البروتوكول وإدارة نظام سجلات المواقع العامة عالية المستوى (gTLD) وسجلات المواقع عالية المستوى ذات الامتداد الجغرافي (ccTLD)، كما أنها تضطلع بمسؤولية وظائف إدارة نظام الخوادم المركزية. وقد كانت هذه الخدمات تقدم أصلاً، بموجب عقد حكومي أمريكي، من قبل سلطة تخصيص أسماء الإنترنت (IANA) وغيرها من الهيئات، أما الآن فتؤدي هذه السلطة مهامها تحت إشراف ICANN⁽³⁾.

ونظراً لكونها شراكة بين القطاعين العام والخاص، تلتزم الهيئة بالمحافظة على الاستقرار التشغيلي لشبكة الإنترنت وتعزيز روح المنافسة وتحقيق تمثيل واسع النطاق لمجتمعات الإنترنت العالمية، إضافة إلى سعيها لصياغة سياسات تلائم رسالتها من خلال عمليات تعتمد على استطلاع الآراء من القاعدة إلى القمة مروراً بجميع المستويات.

وتتولى الأيكان مسؤولية تنسيق إدارة العناصر الفنية في نظام أسماء المواقع وذلك لضمان تيسير الاتصالية على نطاق العالم بحيث يتسنى لجميع مستخدمي الإنترنت إيجاد العناوين الصحيحة. وتقوم

⁽¹⁾ -انظر: مصطفى موسى العطييات: الجوانب القانونية لتعاملات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 105-106، لجنة إستراتيجية ICANN: دور الأيكان في النظام التركيبي لحكومة الإنترنت Report-23feb14-ar.pdf https://icann.org/en/sistem.files/... آخر زيارة للموقع كانت بتاريخ: 2014/7/15.

⁽²⁾ -Internet Corporation for Assigned Names and Numbers.

⁽³⁾ -تراجع هذه المعلومات على موقع المنظمة على الرابط: <https://archive.icann.org/tr/arabic.html> آخر زيارة للموقع كانت بتاريخ: 2014/07/14.

الأيكان بهذا عن طريق مراقبة توزيع المعرفات الفنية المستخدمة في عمليات الإنترنت، وتخصيص أسماء المواقع العليا (ومثال ذلك com). وغيرها).

أما المواضيع الأخرى التي يُعنى بها مستخدمو الإنترنت مثل قواعد المعاملات المالية والرقابة على محتوى الإنترنت والبريد الإلكتروني غير المرغوب (spam) وحماية البيانات فهي خارج نطاق مهمة الأيكان في مجال التنسيق الفني.

إن ضمان النتائج المتوخاة من أي مكان على الإنترنت يسمى "تيسير الاتصال العالمية". وهي ميزة في التصميم على جانب كبير من الأهمية لنظام أسماء المواقع، حيث تجعل من شبكة الإنترنت مصدر عالمي للمساعدة وهو الذي تمثله هذه الأيام. فمن دون هذه الميزة قد يتطابق اسم الموقع ذاته مع مواقع كثيرة على الشبكة تحت ظروف مختلفة مما يؤدي إلى وقوع ارتباك.

يشرف على إدارة ICANN مجلس إدارة يضم جنسيات مختلفة ويضطلع بالإشراف على عملية وضع السياسات. ويضطلع رئيسها بإدارة كادر دولي من الموظفين الذين ينتمون إلى ثلاث قارات ويعملون على أن تلبى هذه الهيئة التزامها التشغيلي تجاه مجتمع الإنترنت.

وحيث أنها مصممة للاستجابة إلى حاجات التقنيات والاقتصاديات المتغيرة بشكل مطرد، فإن هناك ثلاث منظمات مساندة تقوم بعملية وضع وتطوير سياسة مرنة وجاهزة للتنفيذ لهذا الغرض⁽¹⁾. وتعمل اللجان الاستشارية⁽²⁾ المنبثقة من منظمات مختلفة تستخدم الإنترنت والتجمعات الفنية بالتعاون مع المنظمات المساندة على وضع سياسات مناسبة وفعالة. هذا وتعمل أكثر من ثمانين حكومة على توفير المشورة لمجلس الإدارة من خلال اللجنة الاستشارية الحكومية.

كما يضم مجلس ICANN مواطنين من استراليا والبرازيل وبلغاريا وكندا والصين وفرنسا وألمانيا

⁽¹⁾—وتعرف هذه المنظمات بـهيئات الدعم الفنية وهي هيئات متخصصة تعمل تحت مظلة الأيكان وتختص كل منها بسياسة فنية معينة من سياساتها، وهذه المنظمات هي: -منظمة المساندة الخاصة بالعناوين (ASO): Address Supporting Organization موقعها الإلكتروني: www.aso.icann.org.

-منظمة المساندة الخاصة بالعناوين العليا (GNSO): Names Supporting Organization Generic موقعها الإلكتروني: www.gnso.icann.org.

-منظمة المساندة الخاصة بالعناوين الوطنية (CCNSO): Country Code Domain Name Supporting Organization موقعها الإلكتروني: www.ccnso.icann.org.

⁽²⁾—من بين اللجان الاستشارية التابعة لمنظمة الأيكان نذكر: -اللجنة الاستشارية الحكومية (GAC): Governmental Advisory Committee موقعها الإلكتروني: www.gac.icann.org.

-اللجنة الاستشارية العامة (ALAC): At-Large Advisory Committee موقعها الإلكتروني: www.alac.icann.org.

وغانا واليابان وكينيا وكوريا والمكسيك وهولندا والبرتغال والسنغال وإسبانيا والمملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية حيث يعمل مجتمع الإنترنت العالمي بشكل جماعي لتعزيز الاستقرار والتكامل في شبكة الإنترنت.

ولقد حققت ICANN في الآونة الأخيرة جملة من الإنجازات تتمثل أهمها في أنها:

- أوجدت سوقاً تنافسية لتسجيلات أسماء المواقع العامة عالية المستوى مما أدى إلى تخفيض تكاليف أسماء المواقع بنسبة 80% مما وفر على المستهلكين والشركات والأعمال ما يزيد عن مليار دولار أمريكي سنوياً من رسوم تسجيل المواقع.

- قامت بتنفيذ السياسة الموحدة لحل نزاعات أسماء المواقع (UDRP) حيث تم استخدامها لحل أكثر من 5000 نزاع على حقوق أسماء المواقع. وقد صممت هذه السياسة لتكون فاعلة ومنخفضة التكلفة.

- كما أنها وبالتنسيق مع المجتمعات الفنية وأصحاب المصالح المناسبين، اعتمدت إرشادات خاصة بنشر أسماء المواقع الدولية (IDN)، مما أتاح الفرصة لتسجيل أسماء المواقع بمختلف اللغات حول العالم كالعربية، الصينية، الروسية، اليابانية، الهندية...⁽¹⁾.

لكن وعلى الرغم من هذه الإنجازات الإيجابية التي حققتها المنظمة إلا أنها واجهت وتواجه العديد من الانتقادات التي يأتي على رأسها الانتقاد المتعلق بعلاقتها بالحكومة الأمريكية.

فعلى الرغم من اتفاق الجميع على تمتع الإنترنت بالطبيعة العالمية والدولية وعدم الاعتراف بالحدود

⁽¹⁾ - حيث أعلنت منظمة الأيكان في اجتماعها المنعقد في مدينة سيول الكورية بتاريخ 2009/10/30 عن منح فرصة للدول والأقاليم الراغبة في الحصول على أسماء نطاقات خاصة تكتب بأبجدياتها المحلية بعد أن كانت أسماء النطاقات غير قابلة للكتابة بغير الأبجدية اللاتينية. وبالفعل أعلنت المنظمة من العاصمة الأمريكية واشنطن بتاريخ 2010/04/29 بأنه سيصبح ممكناً لكل مواطن في المستقبل القريب تدوين عناوين مواقع الإنترنت باللغة المحلية، وأنها منحت مصر والسعودية والإمارات وروسيا الموافقة المبدئية من أجل تدوين عناوين المواقع باللغتين العربية والروسية، حددت الأيكان تاريخ 16 نوفمبر 2010م لبداية قبول الطلبات من الدول من أجل وضع مقترحات حول الكيفية التي تريدها كل دولة لإظهار وكتابة نطاقها. وبالنسبة للجزائر فقد صادقت منظمة الأيكان بتاريخ 21 أبريل 2011 رسمياً على الملف الذي قدمته ممثلة في مركز البحث العلمي والتقني (cerist) من أجل حيازة اسم نطاقها الوطني بأبجديتها العربية، كما وافقت المنظمة في التاريخ ذاته على طلبين آخرين لكل من المغرب وصربيا، وبهذا يكون مجموع الملفات التي قد حظيت بموافقة المنظمة حتى الآن 27 ملفاً من أصل 37 ملف مودع لديها.

المعلومة مستقاة من قناة فرانس 24 في 2010/05/6، على موقعها: <http://www.france24.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2014/07/10، وعلى الشروق أون لاين في 2011/05/07 على موقعها:

<http://www.echoroukonline.com>، آخر زيارة: 2014/07/17 .

الجغرافية لأي دولة، فإن المنظمة المشرفة على عملها تستمد اختصاصاتها من اتفاقياتها مع وزارة التجارة الأمريكية، والتي تنص على التنسيق بين الهيئتين حول نظام العناوين الإلكترونية وبروتوكولات الإنترنت. فالولايات المتحدة الأمريكية تتمسك بالخلفية التاريخية للإنترنت، إذ أنه كما سبقت الإشارة يعتبر مشروع أمريكي بالأساس، الأمر الذي جعل الخوادم الجذرية الرئيسية التي يقوم عليها نظام العناوين الإلكترونية موجود في هذه الدولة بالذات. وهو ما جعلها تحتفظ ببعض الامتيازات منها حق النقض (الفيتو) على ما تصدره اللجنة الاستشارية الحكومية للأيكاب من توصيات وقرارات، وكذلك استحواذها على مجموعة من العناوين العامة العليا⁽¹⁾ دون منازع⁽²⁾.

المطلب الثاني: معوقات التجارة الإلكترونية وآفاقها المستقبلية في ظل الإنترنت

لقد أصبحت التجارة الإلكترونية استنادا لما تقدمه من إيجابيات للاقتصاد على المستويين الوطني والدولي، المحرك الأساسي له، خاصة مع تطور وتنوع خدمات شبكة الإنترنت التي قلنا أنها تعد النموذج الأمثل للتجارة الإلكترونية.

فارتباط أكثر معاملات التجارة الإلكترونية بشبكة الإنترنت جعلها تتأثر بها سلبا وإيجابا، فكل تطور في الشبكة يؤدي إلى نمو وازدهار التجارة الإلكترونية، وكل إشكالات ومخاطر الشبكة تؤدي حتما إلى عرقلة نمو وتطور هذه التجارة. كما أن هذا الارتباط أدى إلى تفاوت بين الدول المتقدمة والدول النامية وبصفة خاصة الدول العربية سواء على مستوى المعوقات التي تعترض التجارة الإلكترونية أم على مستوى آفاقها المستقبلية، وذلك نظرا للتفاوت الكبير بين هذه الدول في مجال التحكم في هذه التقنية والاستفادة من مزاياها وخدماتها.

وستبين الباحثة من خلال هذا المطلب التطرق إلى معوقات التجارة الإلكترونية ومستقبلها على المستوى الدولي (وهذا في فرع أول)، ثم تتعرض لمعوقاتها وآفاقها على مستوى الوطن العربي -لما له من خصوصية- (وهذا في فرع ثان).

الفرع الأول: معوقات التجارة الإلكترونية وآفاقها المستقبلية على المستوى الدولي

أولا: معوقات التجارة الإلكترونية

إن المتتبع لحركة نمو التجارة الإلكترونية، يلحظ أنها فاقت كل التوقعات في الدراسات الاستشرافية

(1) وهي كما تبين سابقا: gov ; edu ; mil.

(2) -لمزيد من التفصيل انظر: مصطفى موسى العطييات: الجوانب القانونية لعمليات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 109-110.

التي أجرتها المؤسسات الدولية والشركات العاملة في هذا المجال، وحققت أرقاماً قياسية لم تتوقها حتى أكثر تلك الدراسات تفافلاً.

ومع ذلك فالمختصون في المجالين الاقتصادي والقانوني وحتى التقني يرون أنه لازالت هناك بعض العراقيل التي تقف حجر عثرة أمام تحقيق نسبة نمو وازدهار أعلى بكثير مما تم تحقيقه حتى الآن، ومن أهم هذه العراقيل والعوائق الآتي:

1- التنظيم التشريعي للتجارة الإلكترونية: إن معاملات التجارة الإلكترونية تتطلب وجود إطار قانوني ينظم العلاقة بين أطرافها، ويضع قواعد تخضع لها الالتزامات والحقوق المتولدة عن تلك المعاملات⁽¹⁾، وهذا بالنظر إلى الطبيعة الخاصة التي تتمتع بها، فهي تختلف عن المعاملات التجارية التقليدية التي تعتمد أساساً على وجود مستندات ورقية ومعرفة مسبقة بين أطراف المعاملات الأمر الذي يجعل الإثبات والتحقق من هوية المتعاقدين أمراً يسيراً مقارنة مع ما هو موجود في المعاملات الإلكترونية، التي تظهر فيها إشكالية الإثبات نظراً لغياب المستندات الورقية وظهور المحررات الإلكترونية وما تثيره هذه الأخيرة من إشكالات متعلقة بالتوقيع الإلكتروني، ضف إلى ذلك فعدم وجود معرفة بين الأطراف يجعل مسألة التثبت من هويتهم أمراً صعباً إلى حد ما.

وقد عملت الدول المتقدمة على وضع أنظمة تشريعية خاصة بالمعاملات الإلكترونية بصفة عامة والتجارة الإلكترونية بصفة خاصة تعالج مختلف الإشكالات القانونية المثارة، وعلى الرغم من نجاح هذه التنظيمات في تغطية أغلب جوانب التجارة الإلكترونية وإيجاد الحلول للتحديات القانونية التي تطرحها، واستمرار الدراسات والبحوث لمواكبة ما يُستجد منها بالتقنين المناسب، فإن الإشكال يبقى قائماً لأن الدول المتقدمة لا تقيم تجارة إلكترونية فيما بينها فقط، وإنما هناك الدول النامية التي لا يمكن منعها من أن تكون طرفاً في هذه التجارة.

وكما هو معلوم فإن الدول النامية تعاني من عدم اكتمال تنظيماتها التشريعية المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية، بل هناك بعض من هذه الدول لا تمتلك تشريعات إلكترونية أصلاً، وهذا يعد عائقاً كبيراً أمام تطور عجلة نمو التجارة الإلكترونية التي ستصطدم حتماً بتشريعات هذه الدول.

فحتى تتطور التجارة الإلكترونية، يجب أن تتوفر منظومة تشريعية خاصة بها ليس على مستوى الدول المتقدمة فحسب بل على مستوى المجتمع الدولي ككل، لأن من أهم مميزات التجارة الإلكترونية

(1) -انظر: أسامة سيد محمد علي: التنظيم التشريعي والتعاقدية للتجارة الإلكترونية وآثارها على الخدمات المصرفية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، 2010-2011م، ص21.

العالمية، فلا يمكن مثلاً أن يعرض أحد المواقع منتجاً أو خدمة ما ويحدد أنه يجب أن يكون المتعاملون مع الموقع من بعض الدول دون الأخرى، فهذا الأمر يجد من عالمية التجارة الإلكترونية التي التفت معها الحدود الجغرافية كما تقدم.

وتحقيقاً لهذه العالمية، عملت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على وضع القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996-المشار إليه سابقاً- بهدف مساعدة الدول على وضع قوانينها الوطنية مقتدية به من جهة، ومن جهة أخرى محاولة لتوحيد تنظيم التجارة الإلكترونية على المستوى العالمي حتى لا تصطدم هذه الأخيرة بالفوارق التشريعية بين القوانين الوطنية لمختلف الدول، وقد جاء في قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة الصادر بناء على التوصية رقم 162/51 أن الجمعية: «توصي بأن تولي جميع الدول اعتباراً محبذاً للقانون النموذجي عندما تقوم بسن قوانينها أو تنقيحها، وذلك بالنظر إلى ضرورة توحيد القوانين الواجبة التطبيق على البدائل للأشكال الورقية للاتصال وتخزين المعلومات»⁽¹⁾، وقد أتبعته اللجنة القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية بإصدارها للقانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية سنة 2001م⁽²⁾، ثم اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية سنة 2005م⁽³⁾.

وقد عمل الاتحاد الأوروبي على تحقيق الهدف ذاته على مستوى الدول الأوروبية، حيث قام بصياغة مجموعة من التوجيهات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية بصفة عامة والتجارة الإلكترونية بصفة خاصة، ووجه عناية الدول الأعضاء في الاتحاد من خلال مجموعة من التوصيات إلى ضرورة تعديل

⁽¹⁾ -محضر جلسة الجمعية العامة للأمم المتحدة المنعقدة بتاريخ 16 ديسمبر 1996م المنشور بتاريخ 30 جانفي 1997م، ص2، المحضر منشور على موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري:

www.uncitral.org/uncital_texts/electronic_commerce/1996Model.html آخر زيارة للموقع: 2014/07/24 م.

⁽²⁾ -صادقت الجمعية العامة للأمم المتحدة على القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية في دورتها السادسة والخمسون بموجب القرار رقم 80/56 في الجلسة العامة المنعقدة في 2002/12/12. والقانون مرفقاً بدليل التشريع متاح على الموقع: <http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/electcom/ml-elecsig-a.pdf> آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2014/10/06.

⁽³⁾ -صادقت جمعية الأمم المتحدة على الاتفاقية المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية في دورتها الستون بموجب القرار رقم 21/60 في الجلسة العامة المنعقدة في 2005/11/23. القرار مرفق بنص الاتفاقية متاح على الموقع: <http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/electcom/ml-elecsig-a.pdf> آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2014/10/06.

قوانينها الوطنية بما يتلاءم مع التنظيم التشريعي الذي وضعه الاتحاد حتى لا يقع تعارض فيما بينها⁽¹⁾، الأمر الذي سيسهل حتما عملية الاستفادة من كل مزايا التجارة الإلكترونية، والذي سينعكس إيجابا على اقتصاد الاتحاد، ومن ثم على مختلف الاقتصاديات الوطنية لدوله.

2- أمن وسرية المعلومات: على الرغم من التطورات الكبيرة التي شهدتها وتشهدها شبكة الإنترنت والتي تهدف في مجملها إلى جعلها بيئة آمنة لكل المعاملات التي تجري من خلالها سواء أكانت تجارية أم لا، إلا أن عائق "أمن وسرية المعلومات" لا زال يتصدر قائمة العوائق التي تقف أما هذه الشبكة ومن ثم أمام التجارة الإلكترونية. وقد أثبتت الدراسات أن سبب إحجام مستخدمي الإنترنت عن التعامل بالتجارة الإلكترونية يرجع إلى عدم وجود الأمان الكامل بالنسبة للعميل وذلك بنسبة 53% من مجموع أفراد العينة التي شملتها الدراسات⁽²⁾.

وعليه يمكن القول أن قيام إمكانية اختراق مواقع التجارة الإلكترونية، وسرقة المعلومات والبيانات الموجودة بها، فضلا عن إمكانية تدميرها أو تعطيلها عن العمل أو تغيير محتوياتها ومحوها عن طريق الفيروسات، أدى إلى الخوف من استعمال هذه التقنية رغم ما تقدمه من مزايا. فنجد بعض التجار - أفرادا أو شركات- يفضلون خسارة تلك المزايا بدل التعرض لخسائر أخرى قد تكون أكبر من الفوائد التي ستعود عليهم في حالة استخدامهم لشبكة الإنترنت والاستفادة من مزاياها. ومن بين الإشكالات التي قد يتعرض لها المتعاملون في مجال التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت بسبب عدم توفر الأمن والسرية يمكن الإشارة إلى:

- كشف البيانات الخاصة: إن أغلب العقود التجارية تقوم على مبدأ السرية بين طرفي المعاملة، فكلا الطرفين يلتزم بعدم إفشاء أسرار الطرف الآخر سواء لمنافسيه أو لأي شخص كان، غير أن هذا المبدأ لا يمكن الجزم بتحقيقه في بيئة الإنترنت التي تتميز أساسا بالانفتاح أمام جميع المستخدمين عبر العالم. فبيانات الطرفين التي تنقل عبر هذه الشبكة قد تتعرض للكشف سواء بقصد أو بدون قصد.

- خسائر مالية مباشرة وتكاليف غير متوقعة: إن إمكانية تعرض مواقع التجارة الإلكترونية

⁽¹⁾ -انظر: التوجيه رقم CE/2000/31 المتعلق ببعض الجوانب القانونية لخدمات شركات المعلومات وبصفة خاصة التجارة الإلكترونية، والذي ينص في مادته التاسعة على أنه: «يجب على الدول الأعضاء أن تتأكد من نظامها القانوني يسمح للعقود بأن تبرم بالوسائل الإلكترونية. ويجب على الدول الأعضاء أن تتأكد على وجه الخصوص بأن القواعد القانونية الواجبة التطبيق على العملية التعاقدية لا تؤدي إلى عوائق أمام إبرام العقود الإلكترونية ولا تؤدي إلى حرمان تلك العقود من الفعالية القانونية والصلاحيية بحجة أنها

أبرمت بالوسائل الإلكترونية». التوجيه منشور في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي: JOCE n°L178, 17/7/2000, p11

⁽²⁾ -انظر: محمد عبيد الكعبي: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 177.

للاحتيال، يجعل العملاء يخشون إرسال معلومات عن بطاقاتهم الائتمانية عبر الشبكة، إذ أنه يمكن أن تنقل الأموال من حساب إلى آخر دون وجه حق، مما يجعل التسوق عبر الشبكة محفوف بالمخاطر خاصة في ظل تطور أساليب القرصنة واختراق الأمان⁽¹⁾.

ثانياً: الآفاق المستقبلية للتجارة الإلكترونية على المستوى الدولي

إن وجود المعوقات السالفة الذكر وغيرها لم يحد من تطور وتنامي التجارة الإلكترونية التي أصبحت تهيمن على جميع الأعمال، فهي لم تعد مجرد طريقة ووسيلة لبيع وتسويق السلع والخدمات، بل إن تطورها ينبئ بأنها ستحدث ثورة جديدة تؤثر على شكل الحياة في العالم كله⁽²⁾ بالنظر إلى الثورة التي أحدثتها تكنولوجيا المعلومات والاتصالات. حيث أصبح تصنيف الدول إلى متقدمة ونامية يعتمد على مدى وصولها وتحكمها في هذه التكنولوجيا.

وقد بينت الدراسات الحديثة أن أهم مؤشرات قياس مستوى الوصول إلى تكنولوجيا المعلومات والاتصالات هو مؤشر عدد مستخدمي الإنترنت الذي يعكس بشكل غير مباشر واقع وآفاق التجارة الإلكترونية "فهو يعد مؤشراً مهماً في الاستدلال على انتشار هذا النوع من التجارة في المجتمعات"⁽³⁾. ذلك أن استخدام الإنترنت سيؤدي إلى معرفة المستخدم بالتجارة الإلكترونية خاصة وأن هذا المستخدم سيتعرض حتماً إلى دخول صفحات إعلانية إلى موقعه أو بريده الإلكتروني، أو إلى صفحة البحث التي يفتحها دون إرادة منه أين يجد نفسه في بعض الأحيان مضطراً إلى تصفح هذه الإعلانات قسراً الأمر الذي سيعرفه بالتجارة الإلكترونية، وبالتسوق الإلكتروني خاصة إذا ما أعجب بخدمة أو سلعة ما، وفي المقابل نجد الأعمال التجارية أيضاً باتت مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالإنترنت، وذلك نظراً لاحتلال تقنيات المعلومات حيزاً كبيراً في حياة الأفراد واهتماماتهم، فعلى المتعاملين في المجال التجاري مواكبة هذا الاهتمام من أجل الحفاظ على مستوى نمو واستمرار أعمالهم إن من حيث سرعة وجودة الأداء أو من حيث استقطاب العملاء لذلك يقول بيل جيتس⁽⁴⁾ في أحد تصريحاته: «إن لم يكن لعملك مكاناً على

(1) - فعلى سبيل المثال قامت السلطات في ولاية كاليفورنيا الأمريكية بالقبض على شخص قام بالاستيلاء على أرقام بطاقات الائتمان بأحد المواقع، وقد تمت إدانته بالحبس لمدة عشرة أشهر وكان ذلك في 03 مارس 2008م. لمزيد من التفاصيل يمكن الرجوع إلى الموقع:

<http://www.cybercrime.gov/tandwidjojose.pdf>

(2) - انظر: محمد عبيد الكعبي: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 189.

(3) - عابد بن عابد العبدلي: التجارة الإلكترونية في الدول الإسلامية (الواقع-التحديات-الآمال)، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر العالمي

الثالث للاقتصاد الإسلامي، كلية الشريعة، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، د، ص 18.

(4) - بيل جيتس: هو وليام هنري غيتس الثالث (William Henry Gates III) : المشهور باسم بيل غيتس، وبيل هو اختصار لاسم وليام في الولايات المتحدة الأمريكية وهو رجل أعمال ومبرمج أمريكي، ولد بواشنطن بتاريخ 1955/10/28، أسس عام 1975 =

الإنترنت، فإن عملك سيفلس»⁽¹⁾.

من هذا المنطلق يمكننا القول أن حجم التجارة الإلكترونية يتناسب طرذا مع عدد مستخدمي الإنترنت على مستوى العالم، فكلما ازداد عدد مستخدمي الإنترنت ازداد حجم التجارة الإلكترونية، والعكس صحيح. فحجم التجارة الإلكترونية يصل إلى الذروة في الدول التي تستحوذ على أكبر عدد من مستخدمي الإنترنت وهي الدول المتقدمة طبعاً، في حين ينخفض حجمها في الدول التي تكون نسبة مستخدمي الإنترنت فيها قليلة وهي الدول النامية أو دول العالم الثالث ومنها الدول العربية.

وتشير أحدث الإحصائيات إلى أن عدد مستخدمي الإنترنت على مستوى العالم سيصل إلى 2,7 مليار نسمة بحلول نهاية سنة 2013م⁽²⁾، وأن المراكز العشرة الأولى لترتيب الدول من حيث عدد مستخدمي الإنترنت في العالم لسنة 2014م تحتلها على التوالي: الصين، الولايات المتحدة الأمريكية، الهند، اليابان، البرازيل، روسيا، ألمانيا، نيجيريا، بريطانيا وفرنسا⁽³⁾، غير أن هذا الترتيب يختلف إذا ما نظرنا إلى الرقم القياسي لتنمية تكنولوجيا المعلومات والاتصالات⁽⁴⁾.

زيادة على هذا فلم يعد استخدام الإنترنت قاصراً على الحواسيب الشخصية، بل امتد إلى استخدام الهواتف المحمولة، والتلفزيون الرقمي الذي سهل من استخدام هذه الشبكة وجعلها متاحة لشرائح أكبر. كما أن الاهتمام الدائم بتطوير شبكة الإنترنت وزيادة سرعتها وكفاءتها أدى إلى ظهور

=شركة مايكروسوفت مع بول آلان، وقد صنع ثروته بنفسه ويملك أكبر نصيب فردي من أسهمها المقدر بتسعة بالمئة من لأسهم المطروحة. وهو يعتبر من أغنى الأشخاص في العالم، نظراً لما حققته شركة مايكروسوفت من أرباح حيث تعتبر من أكبر وأهم الشركات المعنية بتقنية المعلومات على مستوى العالم. انظر: الموسوعة الحرة وكيبيديا: خر زيارة للموقع بتاريخ: 2013/10/24 .

⁽¹⁾—وكان التصريح بتاريخ: (2011/09/25). خالد غسان يوسف المقدادي: ثورة الشبكات الاجتماعية، مرجع سابق، ص 97.

⁽²⁾—انظر: تقرير المركز الدولي للاتصالات بعنوان: "قياس مجتمع المعلومات" 2013، ملخص تنفيذي متاح على الموقع:

http://www.itu.int/ar/ITU-D/statistics/Documents/facts/ICTfactsFigures2013-e.pdf آخر زيارة

للموقع: 2014/07/22.

⁽³⁾—انظر الإحصائيات على الموقع: http://www.internetlivestats.com/internet-users آخر زيارة للموقع:

2014/06/02 .

⁽⁴⁾—فحسب المركز الدولي للاتصالات فإن البيانات الجديدة المستقاة من طبعة 2013 من تقرير قياس مجتمع المعلومات تشير إلى أن جمهورية كوريا تصدر العالم من منظور التنمية الشاملة لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات للعام الثالث على التوالي تليها السويد وفنلندا وهولندا والمملكة المتحدة (بريطانيا) ثم استراليا وسويسرا والولايات المتحدة الأمريكية. للاطلاع على التقرير الكامل يرجى تصفح النشرة الصحفية التي تحمل عنوان: "الاتحاد الدولي للاتصالات ينشر أحدث الأرقام المتعلقة بالتطورات التكنولوجية والترتيب العالمي في هذا الصدد" النشرة صادرة عن الاتحاد بتاريخ 07 أكتوبر 2013 ومتاحة على الموقع:

http://www.itu.int/net/pressoffice/press_releases/2013/pdf/41-ar.pdf آخر زيارة للموقع:

2014/07/22 .

سبل جديدة في هذا المجال فظهر ما يعرف "شبكة الإنترنت ذات النطاق العريض"⁽¹⁾، ويُتوقع أن تزيد هذه السرعة والكفاءة مع ظهور "إنترنت 2" و"إنترنت الجيل المقبل"⁽²⁾، مما سيعطي دفعة نوعية للتجارة الإلكترونية خاصة في الدول المتقدمة. وقد بدأت بوادر هذه الدفعة تظهر مؤخرا على أرض الواقع، بظهور ما يعرف بـ"الطرق السريعة للمعلومات"⁽³⁾ التي أعلن عنها الرئيس الأمريكي بيل كلينتون أثناء حملته الانتخابية سنة 1992، كما أشار لها بيل جيتس في كتابه "المعلوماتية بعد الإنترنت"⁽⁴⁾. ويقصد بهذا المفهوم الجديد تطوير البنى التحتية الأرضية والفضائية لشبكات الاتصالات الوطنية باتجاه بناء السوبر أو أتوستراد المعلومات العابرة للقارات القادر بفعل استخدام أنظمة التقييم والوسائط المتعددة والألياف البصرية والضوئية على استيعاب تدفق المعلومات والبيانات الهائلة عبر شبكات الاتصالات عن بعد تتفوق بقوة على الشبكات الهاتفية التقليدية⁽⁵⁾.

⁽¹⁾—النطاق العريض: يشير مصطلح النطاق العريض عامة إلى طريقة في الاتصال تكون دائمة العمل كنعوض للاتصال بواسطة الطلب الهاتفي عبر شبكة الخطوط الهاتفية وذلك لتنشيط الاتصال بشبكة الإنترنت بمعدلات سرعة أعلى من تلك التي يتم الحصول عليها مع مودم الطلب الهاتفي. أما التعريف المقبول عموما لمعدلات عرض النطاق الترددي للنطاق العريض، حسب الاتحاد الدولي للاتصالات فهو 256 كيلوبايت في الثانية على الأقل. انظر: نتاليا جلفانوفسكا وآخرون: شبكات النطاق العريض في منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا: تسريع الوصول إلى الإنترنت، البنك الدولي للإنشاء والتعمير، الولايات المتحدة الأمريكية، واشنطن، متاح على موقع المركز: <http://www.worldbank.org> آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2014/7/22.

⁽²⁾—إنترنت 2: هي مشروع طموح يهدف إلى تطوير شبكات كمبيوتر تنقل المعلومات بسرعة عالية، وذلك لاستعمال قدوم إنترنت المستقبل. وقد أطلق هذا المشروع عام 1999م، وتعمل حاليا أكثر من 170 جامعة على تطوير وتنفيذ ما تتطلبه إنترنت 2 من تطبيقات وتقنيات شبكية متقدمة بالاشتراك مع الحكومة الأمريكية، ومع أكثر من 60 شركة رائدة عالميا في قطاع تكنولوجيا المعلومات، ولن تقتصر استخدامات هذه التطبيقات والتقنيات على الأبحاث والتعليم بل ستشمل أيضا أغراضا تجارية. أما إنترنت الجيل المقبل: فقد انطلق هذا النوع من الإنترنت في 1997/12/01م، وهي مبادرة تشترك فيها عدة هيئات ومؤسسات سعيا لمضاعفة السرعة الحالية للإنترنت من 100 إلى 1000 مرة، ولإيجاد تقنيات توصيل أقوى من تلك الموجودة حاليا على الإنترنت، ومن الإدارات الفدرالية الأمريكية المشاركة في هذا المشروع: وكالة، ووكالة، ومؤسسة، إضافة إلى وزارة الطاقة الأمريكية، وبخلاف ما عليه الحال في مشروع إنترنت 2 والذي تشرف عليه الجامعات، فإن الحكومة الأمريكية هي التي تقود وتمول مشروع إنترنت الجيل المقبل، وعلى كل حال، فإن المشروعين يتقدمان بشكل متواز ويكمل كل منهما الآخر. انظر: محمد فواز المطالقة: الوجود التجاري الإلكترونية دراسة مقارنة، ط1، عمان دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006م، ص11.

⁽³⁾—وتسمى: (Electronic super high ways) أو (Super-AutoRoute).

⁽⁴⁾—فقد أكد بيل جيتس في مؤلفه هذا على أن الإنترنت المعروفة في الفترة التي ألف فيها الكتاب والتي أبحرت الناس ما هي إلا البداية، وأن "طريق المعلومات السريع" سيكون ثورة حقيقية في كل مجالات الحياة الاجتماعية والاقتصادية... وسوف لن يتخلف أحد عن التأثر بهذه الثورة لأنها لا تختص بدولة دون أخرى أو بطبقة معينة...لمزيد من التفصيل يرجى الاطلاع على الكتاب: بيل جيتس: المعلوماتية بعد الإنترنت طريق المستقبل، مرجع سابق.

⁽⁵⁾—انظر: عمر خالد زريقات: عقد التجارة الإلكترونية: عقد البيع عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص40، محمد عبيد الكعبي: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص29.

وهذا التطور المنتظر في شبكة الإنترنت قد اكتمل تقريبا في الولايات المتحدة الأمريكية، كما أنه قريب الوصول إلى كل من أوروبا واليابان، وعلى الرغم من أنه لم تظهر سوى ملامح بسيطة عنه، إلا أنه بدأ الحديث عن كونه يوفر أقوى الوسائل للدفع الآمن على الشبكة، ويحقق مستوى أفضل من المجلس الافتراضي وعمليات التعامل عن بعد، ويشاع أن تطبيقاته المرتقبة تأتي ضمن ما يسمى بالحكومات الإلكترونية أو الإدارة الإلكترونية، وهذا التطور يؤكد مقولة أن الولايات المتحدة الأمريكية لم تتخل عن الإنترنت للاستعمال العام إلا بعد أن توصلت إلى شيء جديد أكثر تطورا⁽¹⁾.

فالآفاق المستقبلية للتجارة الإلكترونية في ظل المتغيرات المشار إليها أعلاه تنبئ بأنها ستشهد نموا وتطورا كبيرا يفوق معدلات النمو التي وصلت إليها لحد الآن خاصة مع حرص المجتمع الدولي على تفادي المعوقات السالفة الذكر من خلال إيجاد مختلف الحلول القانونية والتقنية التي من شأنها القضاء أو حتى التقليل من تلك المعوقات، فعلى مستوى أمن وسرية المعاملات المالية على الإنترنت تم استحداث تقنيات جديدة من أجل تذليل هذه العقبة تمثلت في بروتوكولي الطبقات الأمنية (SSL)، والحركات المالية الآمنة (STT)⁽²⁾، الأمر الذي من شأنه إزالة مخاوف الشركات أو العملاء⁽³⁾، ومن ثم زيادة تعزيز الثقة في التعامل بالتجارة الإلكترونية، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن البحوث والدراسات القانونية التي تعنى بالتجارة الإلكترونية وإيجاد الحلول لما تفرزه من إشكالات قانونية مستمرة سواء على مستوى التشريعات الوطنية أم على مستوى الهيئات الدولية.

زيادة على ما تقدم فإن الجهود المبذولة في مجال التجارة الإلكترونية على مستوى المجتمع الدولي ستؤدي حتما إلى زيادة الاهتمام بها ومن ثم زيادة حجمها على مستوى دول العالم المتقدمة منها والنامية، فقد تم مثلا إدراج مجموعة من التوصيات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية في خطة عمل القمة العالمية لمجتمع المعلومات التي نظمها الاتحاد الدولي للاتصالات بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة⁽⁴⁾

(1) -عمر خالد زريقات: عقد التجارة الإلكترونية: عقد البيع عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 41.

(2) -بروتوكول (SSL) هو اختصار لـ (Secure Sockets Layer) وهو بروتوكول يستخدم لتشفير نقل المعلومات بأمان، وأما بروتوكول (STT) فهو اختصار لـ (Secure Transaction Technology) وهو نظام تشفير لنقل التصرّفات بأمان طورته شركة ميكروسوفت. محمد محمد الهادي: تكنولوجيا الاتصالات وشبكات المعلومات، مرجع سابق، ص 348.

(3) -انظر: محمد فواز المطالقة: الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 15.

(4) -القمة العالمية لمجتمع المعلومات: تعود فكرة عقد قمة عالمية حول مجتمع المعلومات إلى عام 1995، أين دعت مجموعة السبعة G7 إلى اجتماع وزاري في بروكسل، بلجيكا حول "مجتمع المعلومات العالمي"، تمحور حول مواجهة تحديات عصر المعلومات، وكان نقطة الانطلاق لمقاربة هذا الموضوع على مستوى السياسات.

حيث اعتبرت القمة التجارة الإلكترونية فائدة من الفوائد المترتبة عن تطبيق تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وقد تمثلت هذه التوصيات في⁽¹⁾:

أ- تشجيع الحكومات والمنظمات الدولية والقطاع الخاص على تعزيز فوائد التجارة الدولية واستعمال الأعمال الإلكترونية، والنهوض باستعمال نماذج الأعمال التجارية الإلكترونية في البلدان النامية والبلدان التي تمر اقتصادياتها بمرحلة تحوّل.

ب- ينبغي على الحكومات على الحكومات أن تسعى إلى حفز استثمارات القطاع الخاص، وتشجيع التطبيقات الجديدة، وتطوير المحتوى، والشراكات بين القطاعين العام والخاص، وذلك من

=وبعد ثلاث سنوات، وأثناء انعقاد مؤتمر المندوبين المفاوضين للاتحاد الدولي للاتصالات في عام 1998، في مينيابوليس بالولايات المتحدة، عرضت الجمهورية التونسية تنظيم قمة عالمية حول مجتمع المعلومات. وجرت الموافقة على المبدأ، وُرفِع الاقتراح بعد ذلك إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة التي أقرت الفكرة في أواخر عام 2001، على أن تُعقد القمة على مرحلتين، وتشارك فيها أيضاً، إلى جانب الوفود الحكومية، مؤسسات المجتمع المدني والقطاع الخاص. وكان ذلك بناء على القرار رقم 183/56 الذي اتخذته الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها الـ 56 في الجلسة 90 المنعقدة في 21 كانون الأول/ديسمبر 2001. وبالفعل عقدت القمة العالمية لمجتمع المعلومات على مرحلتين: **-المرحلة الأولى:** عقدت المرحلة الأولى من القمة في جنيف، سويسرا في 10-12 كانون الأول/ديسمبر 2003، بمشاركة نحو 120 دولة ونحو 600 منظمة وهيئة غير حكومية. وصدر عن هذه المرحلة من القمة وثيقتان معتمدتان: إعلان مبادئ جنيف **Geneva Declaration of Principles**؛ وخطة عمل جنيف **Geneva Plan of Action**. وقد تضمنت الوثيقة الأولى المبادئ العامة ذات الطابع التوجيهي السياسي، مثل الرؤية العالمية المشتركة لمجتمع المعلومات؛ ودور أصحاب المصلحة **Stakeholders**، بمختلف صورهم، في النهوض المشترك بتقنيات الاتصالات والمعلومات بغرض التنمية؛ وبناء البيئة التمكينية، التقنية والتشريعية والبشرية، اللازمة لذلك. أما الوثيقة الثانية فتضمنت التوجهات العملية الأساسية التي تسمح بالتحوّل إلى مجتمع المعلومات وفق المبادئ السابقة، مع التركيز على تطبيقات تقنيات الاتصالات والمعلومات في جميع مناحي الحياة، والإلحاح على التنوع الثقافي والهوية الثقافية والتنوع اللغوي والمحتوى المحلي، وعلى آليات التعاون الدولي والإقليمي.

-المرحلة الثانية: عقدت هذه المرحلة في تونس العاصمة، تونس في 16-18 تشرين الثاني/نوفمبر 2005، بمشاركة نحو 170 دولة، إضافة إلى عدد كبير من المنظمات غير الحكومية وهيئات المجتمع المدني. وعلى غرار المرحلة الأولى، صدر عن هذه المرحلة من القمة وثيقتان معتمدتان: التزامات تونس **Tunis Commitment**؛ وأجندة (أو برنامج عمل) تونس لمجتمع المعلومات **Tunis Agenda for the Information Society** وسنقدّم فيما يلي تحليلاً سريعاً لمحتوى هاتين الوثيقتين، مع التوقف عند أبرز القضايا التي تهم الدول النامية عموماً والدول العربية وسورية خصوصاً. لمزيد من التفاصيل يرجى الاطلاع على تقارير القمة العالمية لمجتمع المعلومات المنشورة باللغة العربية على الموقعين:

www.itu.int/dms/_pub/itus-s/md/03/wsis/doc/s03-WIS-Doc0009!R1!/PDF-A.doc

www.itu.int/wis/docs2/tunis/off/9rev1-ar.pdf.

آخر زيارة للموقعين: 2014/11/14 .

⁽¹⁾-انظر: تقرير مرحلة جنيف من القمة العالمية لمجتمع المعلومات الصادر عن الأمانة العامة للقمة، ص 18، المتاح على

الموقع: http://www.itu.int/dms_pub/md/03/wsis/doc/s03-WSIS-Doc-005!!PDF-A.pdf آخر زيارة

للموقع: 2014/11/14 .

خلال اعتناق بيئة تمكينية واستنادا إلى إتاحة النفاذ إلى شبكة الإنترنت على نطاق واسع.

ج- ينبغي لسياسات الحكومات أن تقدم المساعدة إلى المشروعات الصغيرة والمتوسطة والمتناهية الصغر وتنميتها في صناعة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، علاوة على دخولها إلى الأعمال التجارية الإلكترونية، من أجل حفز النمو الاقتصادي وخلق الوظائف كعنصر في إستراتيجية للحد من الفقر من خلال خلق الثروات.

الفرع الثاني: معوقات التجارة الإلكترونية وآفاقها المستقبلية على مستوى الوطن العربي

إن تمتع التجارة الإلكترونية بصفة العالمية كان من المفروض أن يجعل معوقاتها وآفاقها موحدة على مستوى المجتمع الدولي ككل، إلا أن الواقع يثبت أن هناك فوارق فيما يتعلق بهذه المعوقات والآفاق بين الدول المتقدمة والدول النامية وبصفة خاصة الدول العربية منها، حيث تتمتع هذه الأخيرة بشيء من الخصوصية الأمر الذي جعلها تنفرد عن باقي الدول بالنسبة لبعض المعوقات وحتى بالنسبة لتوقعاتها المستقبلية، وهو ما سنحاول بيانه من خلال هذا الفرع.

أولاً: معوقات التجارة الإلكترونية على مستوى الوطن العربي

إن مقارنة بسيطة بين حجم التجارة الإلكترونية على مستوى بعض الدول المتقدمة وحجم التجارة الإلكترونية على مستوى الوطن العربي تجعلنا ندرك أن الفارق بينهما كبير. ويرجع المختصون سبب تعثر التجارة الإلكترونية في الوطن العربي إلى جملة من المعوقات تشترك في البعض منها مع الدول الأخرى وتختص ببعض الآخر ونذكر من هذه المعوقات:

1- ضعف البنى التحتية لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات: فدول العالم العربي تعاني في مجملها من نقص في التحكم في التقنيات الجديدة التي أفرزتها ثورة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وبصفة خاصة "الإنترنت"، وذلك بسبب عدم توفر أو نقص الكوادر البشرية المؤهلة سواء على مستوى استخدام تكنولوجيا المعلومات أم صيانة الأجهزة والمواقع الإلكترونية وما يتصل بها من أدوات تطوير البرمجيات المختلفة والتحكم بها هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن معظم الدول العربية لم تتخط مشكلة ارتفاع تسعيرة الاتصالات السلكية واللاسلكية ومن ثم ارتفاع تسعيرة خدمات الإنترنت. ففي حين يتمتع مواطنو الولايات المتحدة الأمريكية بمجانية الاتصالات الداخلية فإن مواطنو الدول العربية لازالوا يعانون من ارتفاع تكلفة هذه الاتصالات مما جعل الكثير من الأسر في هذه الدول لا تمتلك خطا هاتفيا، ومن ثم لا تمتلك إمكانية الاستفادة من خدمة الإنترنت.

وحتى إن كانت الدراسات الأخيرة التي صدرت عن المركز الدولي للاتصالات، تبين أن هناك انخفاضاً ملموساً في تسعيرة تلك الاتصالات وتحسن في نوعية الخدمات المقدمة خاصة بعد تبني كثير من الدول العربية استخدام النطاق العريض الثابت وحتى اللاسلكي، حيث أظهر تحليل الاتجاهات العالمية، الذي يقارن أسعار النطاق العريض الثابت في الفترة الممتدة ما بين سنتي 2008 و2012 أن خدمات النطاق العريض الثابت قد أصبحت ميسورة بدرجة أكبر فخلال أربع سنوات انخفضت الأسعار بالإجمالي بنسبة 82% أي من 115,1% من الدخل القومي الإجمالي للفرد في عام 2008 إلى 22,1% منه عام 2012، وقد حدث أكبر انخفاض للأسعار في البلدان النامية -ومن بينها طبعاً الدول العربية- إذ انخفضت أسعار النطاق العريض الثابت عاماً بعد عام بنسبة 30% في هذه الفترة⁽¹⁾.

إلا أن المواطن العربي لازال يحس بارتفاع تسعيرة الاتصالات بالنسبة للنطاق العريض الثابت مقارنة بمستوى الدخل الفردي، أما تسعيرة النطاق العريض اللاسلكي فقد أشارت دراسات المركز الدولي إلى أنها مرتفعة جداً مما جعلها محدودة الاستعمال في جل الدول العربية، وهذا على عكس ما هو موجود في البلدان المتقدمة إذ ينتشر فيها استعمال هذا النطاق نظراً لمزاياه المتعددة التي منها الاستفادة من خدمة الإنترنت في أي مكان يتواجد فيه الشخص مما يسهل عملية الاتصال خاصة بالنسبة لرجال الأعمال إضافة إلى تسعيرته المعقولة⁽²⁾.

كما أنه وزيادة على التسعيرة المرتفعة، فإن أغلب الدول العربية لازال مواطنوها يعانون من المستوى المتدني لخدمات الإنترنت خاصة فيما يتعلق بسرعة الاتصال.

ويعزى السبب الرئيس في ارتفاع تسعيرة الاتصالات، وانخفاض مستوى نوعية الخدمات المقدمة للمواطنين في هذه الدول، إلى سيطرة حكومات أغلب الدول العربية على قطاع الاتصالات وغياب المنافسة القوية التي تؤدي في الغالب إلى انخفاض التسعيرة وتحسين نوعية الخدمات.

2- مشكلة اللغة: إذ أن اللغة الأكثر استعمالاً في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات هي اللغة الإنجليزية، مما جعل المواطن العربي الذي لا يتقن هذه اللغة في الغالب لا يمكنه الاستفادة من هذه التكنولوجيا أو يتأخر في الاستفادة منها في أحسن الأحوال، مما يضيع عليه فرصة ملاحقة التطورات المتسارعة في هذا المجال، وهو ما عمق الهوة بين الدول المتقدمة والدول العربية في مجال الاستفادة من

⁽¹⁾ -الاتحاد الدولي للاتصالات: قياس مجتمع المعلومات 2013، ملخص تنفيذي، ص14 متاح على موقع الاتحاد:

<http://www.itu.int>

⁽²⁾ -المرجع نفسه.

هذه التقنيات وبصفة خاصة الإنترنت.

كثير من المواطنين في الدول العربية لا يستخدمون الإنترنت ليس لرفضهم لهذه التقنية، وإنما لاصطدامهم بحاجز اللغة، خاصة في البدايات الأولى للإنترنت أين كانت كل صفحات الواب مثلا تعرض باللغة الإنجليزية.

3- أمن وسرية المعلومات: وهذا العائق وإن كان عائقا تعاني منه التجارة الإلكترونية بصفة عامة سواء في الدول المتقدمة أم في الدول النامية، إلا أنه يزداد حدة في الدول العربية ذلك أن هذه الدول وعلى الرغم من تطور تقنيات الحماية والتشفير فهي حتى الآن لم تستفد منها وذلك نظرا للتأخر الذي تعاني منه هذه الأخيرة على مستوى مواكبة التطورات المتلاحقة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.

فحتى اليوم، هناك عدد قليل من المواقع التجارية والبنوك العربية التي تستعمل بروتوكول الحماية SSL-المشار إليه أعلاه- الذي بدأ استعماله على مستوى العالم منذ فترة طويلة، فالتجارة الإلكترونية إذا لا تمنح الثقة اللازمة لنموها في هذه الدول رغم توفر رؤوس أموال كبيرة في بنوكها⁽¹⁾. إضافة إلى هذا فإن النظام المصرفي في الوطن العربي لم يستفد بدرجة كبيرة من تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في معاملاته التي لازالت تتم في الغالب بالطرق التقليدية، فمفهوم الصيرفة الإلكترونية⁽²⁾ الذي أصبح من أجدديات الاقتصاد العالمي منذ القرن الماضي لازال لم يطبق حتى الآن في بعض الدول العربية ومنها الجزائر التي لازالت بداية تطبيقه فالجهود المبذولة في هذا المجال سواء كانت محلية أو بالشراكة مع مؤسسات فرنسية رائدة في هذا المجال تتسم ببطء سرعة التنفيذ⁽³⁾.

⁽¹⁾-Gazouani Chiheb : Le contrat de commerce électronique international, Op.cit, p24.

⁽²⁾-المقصود بالصيرفة الإلكترونية هو إجراء العمليات المصرفية بطرق إلكترونية، أي استخدام تكنولوجيا الإعلام والاتصال الجديدة، سواء تعلق الأمر بالسحب أو بالدفع أو بالائتمان أو بالتحويل أو بالتعامل في الأوراق المالية، أو غير ذلك من أعمال المصارف. ففي ظل هذا النمط من الصيرفة لا يكون العميل مضطرا إلى التنقل إلى البنك، إذ يمكنه القيام ببعض العمليات مع مصرفه وهو في بيته أو مكتبه، وهو ما يعني تجاوز بعدي المكان والزمان. عبد الغني ربح، نورالدين غردة: تطبيق أنظمة الصيرفة الإلكترونية في البنوك الجزائرية بين الواقع والآفاق، ورقة بحث مقدمة للمؤتمر الدولي حول: إصلاح النظام المصرفي الجزائري في ظل التطورات العالمية الراهنة، جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، قسم علوم التسيير، (11-12 مارس 2008)، ص4.

⁽³⁾-فبالنسبة للشراكة الأجنبية في هذا المجال يمكن الإشارة إلى عقدين:أولا: العقد المبرم بين شركة "Satim" (Société Algérienne d'automatisation des transactions interbancaires et de monétique)، والشركة الفرنسية "IDS" (Ingenico data Systems) الذي أبرم في شهر أفريل 2003، من أجل تعميم النقد الإلكتروني في البنوك الجزائرية، وكان مقررا أن تصدر أو بطاقة دفع مصرفية في الجزائر في نوفمبر من نفس السنة، وأن تصدر أول بطاقة دفع دولية في الثلاثي الأول =

الحواجر الاجتماعية: فثقافة المجتمعات العربية تختلف اختلافا كبيرا عن ثقافة المجتمعات الغربية، مما جعل انتشار التجارة الإلكترونية فيها يحتاج إلى توعية بمزاياها وتذليل لمخاوف أفراد هذه المجتمعات خاصة فيما يتعلق بنوعية المنتجات المعروضة على المواقع وتوافقها مع البيئة العربية، وكذا قضية الأمن والثقة إذ نجد أن المواطن العربي لا يثق إلا في التعامل النقدي الذي اعتاد عليه فهو يفضل المواقع التي تعتمد على تسجيل الطلب إلكترونيا والدفع عند التسليم على المواقع التي تعتمد على التعامل الإلكتروني الكامل⁽¹⁾. إضافة إلى هذا فإن نسبة كبيرة من المجتمعات العربية تعاني من الأمية المعلوماتية التي تنتشر حتى في أوساط النخبة، فقد نجد من الحائزين على درجات علمية عالية من لا يمكنه حتى تشغيل جهاز كمبيوتر ناهيك عن استعمال الإنترنت.

ثانيا: فرص وإمكانيات الوطن العربي في مجال التجارة الإلكترونية

إن عدم انتشار التجارة الإلكترونية بشكل كبير في الدول العربية، وحجمها الذي يعد ضئيلا مقارنة بما هو عليه في الدول المتقدمة، لا يعني أن هذه الدول لم تدرك أهمية التجارة الإلكترونية كمحرك أساسي للاقتصاد الوطني والقومي وحتى العالمي، والدليل على ذلك هو مجموع الندوات واللقاءات العلمية المنعقدة بخصوصها.

وكانت البدايات الأولى بجهود الدول العربية من أجل إقامة "منطقة تجارة حرة عربية كبرى"⁽²⁾،

=من سنة 2004. ثانيا: اتفاق الشراكة ما بين المجموعة الفرنسية "Digram-Edi" الرائدة في مجال البرمجيات المتعلقة بالصيرفة الإلكترونية وأمن البيانات المالية، وثلاث مؤسسات جزائرية هي: Magact Multimédia و Soft Engineering، ومركز البحث في الإعلام العلمي والتقني Cerist، لتنشأ على إثره شركة سميت بـ"الجزائر لخدمات الصيرفة الإلكترونية" (AEBS: Algeria E-Banking Service) وموقعها على الإنترنت هو: www.aebs.dz، والهدف من إقامة هذه المؤسسة هو تحقيق الصيرفة على الخط في الجزائر وهو حل يهم كل المصارف الجزائرية. انظر: رحيم حسن، هواري معراج: الصيرفة الإلكترونية كمدخل لعصرنة المصارف الجزائرية، ورقة عمل مقدمة للملتقى المنظومة المصرفية الجزائرية والتحول الاقتصادي واقف وتحديات، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة حسيبة بن بوعلي، بالإشراف العلمي لمخبر العولمة واقتصاديات شمال إفريقيا، (14-15 ديسمبر 2004)، ص 15.

⁽¹⁾ -انظر: محمد عبيد الكعبي: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 187.

⁽²⁾ -منطقة التجارة الحرة العربية الكبرى: هي عبارة عن اتفاق بين الدول العربية التي وافقت على التبادل الحر فيما بينها وفقا لاتفاقية محددة البنود "إتفاقية تنمية وتيسير التبادل التجاري بين الدول العربية"، ووفقا لبرنامج زمني محدد "البرنامج التنفيذي لمنطقة التجارة الحرة العربية الكبرى" الذي يقضي بالتخفيض التدريجي للرسوم الجمركية والرسوم والضرائب ذات الأثر المماثل على مدار عشر سنوات (من 1998 حتى 2007)، وقد قامت خمسة عشر دولة بتطبيق البرنامج التنفيذي لمنطقة التجارة الحرة العربية الكبرى، وأعلنت الجمهورية الجزائرية أنها ستدخل حيز التطبيق بعد الانتهاء من الإجراءات التي تمكنها من التطبيق والدول الأعضاء هي: الأردن، الإمارات، البحرين، الجزائر، السعودية، سوريا، السودان، العراق، عمان، فلسطين، قطر، الكويت، لبنان، ليبيا، مصر، المغرب.

حيث تم تشكيل لجنة دائمة تعمل في إطار المجلس الاقتصادي والاجتماعي لجامعة الدول العربية تعنى بالمعلومات وتبسيط الإجراءات من أجل الوصول إلى نظام جمركي عربي موحد يبنى أساسا على الاستفادة من تقنية المعلومات في مجال التخليص الجمركي للسلع المتبادلة إلكترونيا عبر شبكة الإنترنت⁽¹⁾.

كما أنشأت جامعة الدول العربية "مجلس الوزراء العرب للاتصالات والمعلومات"⁽²⁾ سنة 1992 بموجب القرار رقم 5193 المبني على قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي رقم 1086، وقد صدرت قرارات هامة بخصوص هذا المجلس في إطار مجلس الجامعة في قمتي عمان ولبنان:

1- فقد جاء في القرار رقم 214 د.ع 2001/03/28 الصادر عن مجلس جامعة الدول العربية على مستوى الدورة العادية الثالثة عشر بعمان 2001، جملة نصوص تمثل أهمها في⁽³⁾:

-إيلاء مسألة تطوير القدرات العربية في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات أولوية، واعتبارها

⁽¹⁾ -انظر: رأفت عبد العزيز غنيم: دور جامعة الدول العربية في تنمية وتيسير التجارة الإلكترونية بين الدول العربية، نوفمبر 2002، متاح على الموقع: http://www.tashreaat.com/legalStudies/pages/view_newstudies2.aspx?std_id=93 آخر زيارة للموقع 2015/05/13.

⁽²⁾ -مجلس الوزراء العرب للاتصالات والمعلومات: لقد عمل المجلس منذ إنشائه على تحقيق مجموعة من الأهداف، والقيام بمجموعة من الاختصاصات لا يتسع المجال لذكرها كلها هنا، وإنما نشير إلى أنه في المرحلة الراهنة يهتم بمجموعة من الموضوعات نذكر منها:

1- بلورة الإستراتيجية العربية لمجتمع الاتصالات وتقنية المعلومات: أقرت وثيقة الإستراتيجية العربية لمجتمع الاتصالات وتقنية المعلومات الذي أعدها مجلس الوزراء العرب للاتصالات والمعلومات من قمة عمان (مارس 2001)، و تهدف الإستراتيجية إلى تقليل الفجوة الرقمية في البلاد العربية (فيما بينها وبين العالم ككل)، وتحويل المنطقة العربية إلى منطقة منتجة ومصدرة لتقنية الاتصالات والمعلومات، وذلك من اجل الإسراع بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية، وتطوير المجتمع بكامل مكوناته للوصول به إلى مجتمع يعتمد على تقنية الاتصالات والمعلومات متناغما في ذلك مع الاتجاه المستقبلي للعالم المتقدم. وقد كُلف مجلس الوزراء العرب للاتصالات والمعلومات ببلورتها في برامج عمل و أنشطة قابلة للتنفيذ وترجمة تلك البرامج إلى مهام محددة قابلة للتنفيذ، وذلك من خلال محاور سبعة أساسية: المحور الأول: تهيئة المناخ العام وتشجيع الاستثمار، المحور الثاني: تهيئة البنية التحتية للاتصالات وتقنية المعلومات، المحور الثالث: تنمية الموارد البشرية، المحور الرابع: توسيع قاعدة أعمال تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات، المحور الخامس: تنمية السوق المحلي والتصدير، المحور السادس: استخدام تقنية الاتصالات والمعلوماتية لدعم تطبيقات التنمية الاقتصادية والاجتماعية، المحور السابع: توسيع مجالات البحث التطبيقي والتطوير ونقل التقنية .

2- الأسعار التحاسبية للمكالمات الهاتفية المنتهية على الشبكات الثابتة والخلوية: تولى الأمانة العامة منذ بداية تطبيق البرنامج التنفيذي لمنطقة التجارة الحرة العربية الكبرى اهتماما كبيرا بتجارة الخدمات وتيسيرها والعمل على تحريرها، وبهذا الخصوص اصدر مجلس الوزراء العرب للاتصالات والمعلومات قرارا لدراسة تكلفة إنهاء المكالمات للهاتف الثابت والخلوي بغية وضع أسقف جديدة لأسعار تحاسب في اتجاه التخفيض المتدرج اعتبارا من 2003 . لمزيد من التفاصيل بخصوص مهام وأهداف هذا المجلس يرجى زيارة موقعه الإلكتروني.

⁽³⁾ -ذكر في القرار مجموعة كبيرة من النصوص، إلا أنه تم انتقاء النصوص التي تخدم النقطة المبحوثة في هذا الفرع.

مجالات حيوية للتعاون والتنسيق على مستوى الوطن العربي.

- توجيه الأطراف المؤثرة في قطاع الاتصالات إلى العمل على إيجاد تعرفه معقولة ومتوازنة لخدمات الاتصالات بين الدول العربية، تضمن استمرار وتحديث مرافق الخدمة وتدعم التنمية الاقتصادية والاجتماعية من خلال تيسير أسعار الخدمة التي يتحملها المستثمرون، ورجال الأعمال والمواطنون في المنطقة العربية.

- وضع خطة لإقامة وتطوير شبكات الاتصالات وشبكات المعلومات وتطوير نظم المعلومات المستخدمة على المستوى الحكومي، والأجهزة الإدارية في الدول العربية، والعمل على احتضان عدد المؤسسات البحثية في الدول العربية لمدة زمنية محددة حتى تصل إلى العالمية في مستواها.

- دعوة صناديق التنمية ومؤسسات التمويل العربية لدعم جهود تطوير قطاع تكنولوجيا المعلومات والاتصالات على النطاق العربي، ودعوة الدول الأعضاء من خلال ممثلها في صناديق التمويل ومؤسسات التنمية العربية إلى اتخاذ الإجراءات اللازمة لتوجيه نسبة متزايدة من مواردها لمشروعات التعاون العربي في هذا القطاع.

2- وجاء في الفقرة 42 من البيان الختامي لمجلس جامعة الدول العربية على مستوى القمة للدورة العادية الرابعة عشر بيروت (مارس 2002) ما يأتي: «إدراكاً للأهمية التي أصبح يحتلها قطاع المعلومات والاتصالات بعد الثورة الهائلة التي شهدتها هذا القطاع خلال السنوات الأخيرة، وتأثيراته على زيادة الإنتاجية والمنافسة على المستوى الدولي إلى جانب توفير الترابط بين مختلف أرجاء الوطن العربي وبينه وبين العالم الخارجي، يعرب القادة عن ارتياحهم للجهود المبذولة لتطوير وتنمية قطاع المعلومات والاتصالات، ويثمنون جهود مجلس وزراء الاتصالات العرب في هذا الخصوص وباركون إنشاء المنظمة العربية لتكنولوجيا الاتصال والمعلومات ومقرها تونس كما يباركون إنشاء المنتدى العربي لتكنولوجيا المعلومات ومقره القاهرة.

ويؤكد القادة على أهمية المشاركة الفاعلة للدول العربية في القمة العالمية لمجتمع المعلومات والاتصالات عام 2005 بتونس بدعوة كريمة من الحكومة التونسية وتحت رعاية الاتحاد الدولي للاتصالات وذلك اعتباراً للدور الإيجابي لهذا القطاع في تطوير التعاون بين الدول العربية.»

وقد شاركت الدول العربية بالفعل في قمة العالمية لمجتمع المعلومات -السابق الإشارة إليها- بمراحلتيها جنيف 2003، وتونس 2005، فقد تم التحضير لهذه القمة بعقد عدة مؤتمرات برئاسة الجمهورية التونسية مستضيفاً المرحلة الثانية من القمة، في عدة دول عربية، كان آخرها المؤتمر المنعقد في

القاهرة والذي نتج عنه ما يعرف بالوثيقة العربية نحو مجتمع معلومات عربي⁽¹⁾، وبناء على ما تم التوصل إليه في هذه الوثيقة كانت مشاركة الدول العربية في أعمال القمة مشاركة فعلية في مختلف الجلسات والموائد المستديرة مما يؤكد سعي هذه الدول إلى الاستفادة من التقنيات الجديدة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وتوظيفها بشكل إيجابي خاصة في المجال التجاري.

إضافة إلى هذه الجهود، فقد عقد المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية في إطار برنامج عمله وتنفيذا لقرارات مجلس وزراء العدل العرب مجموعة من الندوات أهمها: الندوة العلمية حول القوة الثبوتية والتنفيذية للسندات الإلكترونية⁽²⁾، والندوة العلمية حول التجارة الإلكترونية ومشاكلها القانونية⁽³⁾، هذه الأخيرة التي انتهت بمجموعة من التوصيات التي تؤكد وعي الدول العربية بأهمية وضرة التوجه نحو التجارة الإلكترونية والاستفادة من مزاياها خاصة وأنها لم تعد خياراً وإنما باتت واقعا مفروضاً على جميع

(1) - حيث حضر المؤتمر 19 دولة عربية ، و 9 دول إفريقية كمرقبة والسيد يوشيو أوتسومي أمين عام الاتحاد الدولي للاتصالات وعدد من الشخصيات المرموقة عالمياً في مجال الاتصالات والمعلومات، بالإضافة إلى ممثلي المنظمات الدولية و الإقليمية و ممثلي القطاع الخاص و المجتمع المدني.

وقد أعلن المجتمعون عن عزمهم على قبول التحدي المصيري لبناء مجتمع المعلومات والتزامهم بما يكفل تحقيق هذه الغاية في إطار عملية تنمية شاملة ومستدامة. وقد أكد الحاضرون على الدور المحوري للمعرفة في صياغة المجتمع الإنساني الجديد " مجتمع الاقتصاد المعرفي " والذي يختلف عن كل ما سبق من المجتمعات. ومن أهم ما يعتمد عليه هذا المجتمع العنصر البشري والذي يمثل أهم محاور التنمية المعلوماتية بصورة أساسية وتتطلب مهمة بناء مجتمع المعلومات تسخير كافة الإمكانيات من أجل تقليص الفجوة الرقمية التي تزداد اتساعاً يوماً بعد يوم بين العالم المتقدم وبلدان العالم النامي مما يؤدي إلى إقامة مجتمع أكثر رفاهية وأماناً، وتتيح تكنولوجيا المعلومات والاتصالات تحقيق هذا الهدف بالإضافة إلى الحد من الأمية ومكافحة الفقر والجوع وتحسين أوضاع المرأة والقضاء على الفوارق الاجتماعية والاقتصادية وزيادة القدرة على المنافسة لتنمية فرص العمل وخلق قطاع خاص نشط يساهم في جهود التنمية المجتمعية. ويركز المجتمعون على أن التكامل الإقليمي وحشد الإمكانيات والموارد العربية هو السبيل الوحيد للتحويل إلى الاقتصاد المعرفي وبناء البنية التحتية اللازمة لنشر التطبيقات المعلوماتية العربية. وقد ناقش المجتمعون في سبيل تحقيق الأهداف المرجوة ، وأكدوا على أهمية العمل على مجموعة من المحاور، نذكر منها المحور المتعلق بالتجارة الإلكترونية -موضوع هذه الدراسة- والذي تضمن النقاط الآتية: -توفير البيئة المناسبة لنشر التجارة الإلكترونية بإصدار السياسات والتشريعات اللازمة وتعزيز الآليات الإقليمية لزيادة التبادل التجاري الكونيا ما بين البلدان العربية وإزالة العوائق التي تعوق تدفق التعاملات التجارية.

-إقامة مؤسسات إقليمية محولة بسلطة توثيق التوقيع الإلكتروني كأساس للتجارة الإلكترونية.

-توازي العمل في نشر التجارة الإلكترونية مع تحسين خدمات النقل والشحن وخلافه لتسهيل حركة البضائع ما بين البلدان العربية.

-تبني تشريعات موحدة لحماية حقوق المستهلكين والمنتجين وإرساء آليات فض المنازعات.

للاطلاع على بقية المحاور يرجى تصفح: إعلان القاهرة، الوثيقة العربية نحو مجتمع معلومات عربي، خطة العمل المشترك، القاهرة في 18 يونيو /حزيران 2003 متاح على الإنترنت.

(2) -عقدت الندوة ببيروت في الفترة الممتدة بين 17 إلى 19 جمادى الأولى 1427هـ الموافق لـ13-15 جوان 2006م.

(3) -عقدت الندوة ببيروت في الفترة الممتدة بين 02 إلى 04 جمادى الثانية 1427هـ الموافق لـ27-29 جوان 2006م.

الدول بما فيها الدول العربية، وقد بلغت تلك التوصيات 25 توصية إلا أننا سنكتفي هنا بذكر أهمها وهي:

-التأكيد على أن تقنين التجارة الإلكترونية والمصطلحات المرتبطة بها يستلزم توفير الإمكانيات التقنية والقانونية وعلى أنه يجب مواكبتها باستمرار لأنها ثورة لم تهدأ بعد.

-الإقرار بأن التجارة الإلكترونية تستدعي جهداً دولياً وجمعياً لتنظيمها باعتبارها لا تعترف بالحدود القائمة، الأمر الذي يتطلب حرية حركة بلا قيود إلا تلك المتعلقة بالقواعد الآمرة والنظام العام.

-تعزيز نشر التجارة الإلكترونية في الوطن العربي من خلال: نشر الثقافة الإلكترونية، تقوية البنية التحتية والمالية للتجارة الإلكترونية، تقوية البنية التحتية للاتصالات، إيجاد البيئة الملائمة للتجارة الإلكترونية ممن قواعد وإجراءات تنظمها وتحكم تعاملاتها، والسعي إلى تحقيق الإطار القانوني والتنظيمي الذي يريعاها.

-الإفادة ما أمكن من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (الذي وضعته اليونسسترال) الذي يوازن بين التجارة الإلكترونية والتجارة التقليدية.

-السعي إلى إنشاء هيئة عليا مهمتها وضع الإطار القانوني والتنظيمي للتجارة الإلكترونية خصوصا في مجال حماية المعلومات وتنظيم قواعد ضمان صحة المعلومات.

-اعتبار أن التمسك بفكرة السيادة في صورتها التقليدية يشكل العقبة الكبرى التي تحول دون استيعاب المشاكل الكبرى ومعالجتها بالشكل الملائم.

- وجوب مواكبة التشريعات الجزائية للمشاكل القانونية الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

-عقد المزيد من الندوات على الصعيد العربي لمواكبة المستجدات في هذا المجال.

فهذه التوصيات سواء على صعيد مجلس الوزراء العرب للاتصالات والمعلومات، أم مجلس وزراء العدل العرب، تبين أن الدول العربية مدركة تماما للعقبات والعوائق التي تقف أمام تطور التجارة الإلكترونية في الوطن العربي، حيث تبين أن تلك التوصيات تضمنت حلولاً لمختلف العوائق التي بينها سابقا وهذا يدل على أن الجهود حثيثة في مجال إزالتها، إلا أننا حتى الآن نعاني من وجود جهود على الورق دون أن يقابلها تطبيق عملي.

كما أن مجلس وزراء العدل العرب قد حذا حذو كل من اليونسسترال والاتحاد الأوروبي بالنسبة لمساعدة الدول على صياغة قوانينها الوطنية، حيث أصدر القانون العربي الاسترشادي للإثبات

بالتقنيات الحديثة⁽¹⁾، والقانون العربي الاسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية⁽²⁾، الأمر الذي سيمكّن من صياغة قوانين عربية متوافقة تجعل العمل التجاري المشترك على المستوى الإقليمي لا يصبطدم بعقبة الاختلافات التشريعية بين مختلف الدول العربية.

وعليه فما على الدول العربية سوى تطبيق هذه التوصيات التي جاءت بناء على دراسات للجان وهيئات متخصصة وقفت على المشاكل التي أعاقَت تنامي التجارة الإلكترونية في هذه الدول ووضعت لها حلولاً مهمة ينبغي تطبيقها للإفادة من مزايا هذه التجارة التي استفادت منها الدول المتقدمة وقفزت باقتصادياتها إلى أعلى المستويات، خاصة وأن دول الوطن العربي لها مجموعة من المقومات التي من شأنها تهيئة سبل نجاح التجارة الإلكترونية ومن أهم هذه المقومات⁽³⁾:

1- مقومات قيام سوق عربية مشتركة: إن دول الوطن العربي تتميز عن باقي دول العالم بتوافر مقومات الأمة الواحدة، حيث تجمع بينها وحدة الدين واللغة والتاريخ والعادات والتقاليد والمصالح...، هذه الوحدة التي لو توافرت في مجموعة دول غير الدول العربية لكانت قد تربعت على عرش الاقتصاد العالمي، فها هي الدول الأوروبية قد حققت سوقاً مشتركة ناجحة إلى حد بعيد على الرغم من اختلافات كثيرة بينها من حيث اللغة، والدين والتاريخ...

⁽¹⁾—وقد تم اعتماد هذا القانون من قبل قرار مجلس وزراء العدل العرب بناء على القرار رقم 771/24 بتاريخ: 2008/11/27، وقد تضمن القانون 42 موزعة على سبعة فصول، خصص الفصل الأول للتعريف، والفصل الثاني لنطاق تطبيق القانون، والفصل الثالث لحجية الكتابة والمحركات والتوقيعات الإلكترونية، والفصل الرابع للهيئة المختصة، والفصل الخامس لجهة التوثيق أما الفصل السادس فقد خصص للجرائم والعقوبات في حين تناول الفصل السابع والأخير مجموعة من الأحكام الختامية. للاطلاع على النص الكامل لهذا القانون يرجى تصفح الموقع:

<http://www.lasportal.org/wps/wcm/connect/d5077c804a8eb9ecbb2bbf526698d42c/legalnet-modellaws-21.pdf>

آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2014/11/14 .

⁽²⁾—اعتمد هذا القانون بناء على قرار مجلس وزراء العدل العرب رقم 812/25 بتاريخ 2009/11/19، وقد صدر القانون في 48 مادة موزعة على سبعة فصول على النحو الآتي: الفصل الأول: تعريف وأحكام عامة، الفصل الثاني: رسالة البيانات، الفصل الثالث: العقود الإلكترونية، الفصل الرابع: الدفع الإلكتروني، الفصل الخامس: القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة، الفصل السادس: العقوبات، والفصل السابع: أحكام ختامية. وقد تم إرفاق القانون بمذكرة إيضاحية، تضمنت هيكلة المشروع إضافة إلى الجانب الإيضاحي التفسيري لكل مادة من مواده. القانون متاح على المواقع:

<http://www.lasportal.org/wps/wcm/connect/b3a275804a8eb8b2bb0ebf526698d42c/legalnet-modellaws-20.pdf>

آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2014/11/14 .

⁽³⁾—عطية عبد الواحد: التجارة الإلكترونية ومدى استفادة العالم الإسلامي منها، ورقة مقدمة إلى المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2005م.

فالدول العربية كان بإمكانها استثمار وحدة الأمة استثمارا كبيرا خاصة وأنها تدين في مجملها بالدين الإسلامي هذا الدين الذي يقوم أساسا على الدعوة إلى التضامن سواء على مستوى الأفراد أم على مستوى الجماعات أي على مستوى ما يعرف الآن بالمجتمع الدولي، فبإمكان هذه الدول إذا إقامة سوق مشتركة ليس فيما بينها فحسب، بل يمكنها أن تتسع لتشمل دول العالم الإسلامي ككل، فالإسلام جعل من وحدة الدين أساسا لوحدة الأمة، قال تعالى: ﴿إِنَّ هَذِهِ أُمَّتُكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَأَنَا رَبُّكُمْ فَاعْبُدُونِ﴾ (٩٣)^(١)، وقوله: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ﴾ (١٠)^(٢)، ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضُهُمْ﴾ (٣)^(٣)، وثبت عنه عليه الصلاة والسلام التأكيد على ضرورة تلاحم وتآزر وترابط المسلمين في كثير من الأحاديث التي نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر: قوله ﷺ: [مثل المؤمنين في توادهم، وتراحمهم، وتعاطفهم مثل الجسد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى]^(٤)، وقوله أيضا: [المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضا]^(٥)، فمع على الدول العربية بل الدول الإسلامية اليوم سوى استغلال هذا الترابط في إنشاء سوق مشتركة تضاهي أو تفوق السوق الأوروبية خاصة إذا بنيت على المبادئ والقيم الاقتصادية الإسلامية.

2- المقومات البشرية: تتمتع الدول العربية في مجملها بارتفاع نسبة الشباب فيها، حيث تحتل هذه الفئة أعلى نسبة بالنسبة للفئات الأخرى في مجتمعاتنا العربية، والملاحظ في السنوات الشباب أن نسبة كبيرة من هذا الشباب أصبح من خرجي الجامعات أو على الأقل حاصل على درجات مختلفة من التعليم، فإذا استغلت هذه النسبة العالية من الشباب المفعم بالحوية والمولوع بالتكنولوجيا وقدمت لها تدريبات في مجال التقنيات المتطورة أمكن استغلالها بلا شك في مجال التجارة الإلكترونية التي تعتمد بشكل كبير على مواكبة التطورات المتلاحقة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وعليه يمكن للدول العربية بهذه الطريقة أن تتخطى مشكلة نقص الكوادر البشرية المؤهلة في مجال الصيانة والبرمجة

(١) -سورة الأنبياء: 92.

(٢) -سورة الحجرات: 10.

(٣) -سورة التوبة: 71.

(٤) -أخرجه مسلم في صحيحه عن عن الشعبي، عن النعمان بن بشير، كتاب: البر والصلة والآداب، باب: تراحم المؤمنين وتعاطفهم وتعاضدهم، 1999/4، حديث رقم [2586].

(٥) -أخرجه مسلم في صحيحه عن عن الشعبي، عن يزيد، عن أبي بردة، عن أبي موسى، كتاب: البر والصلة والآداب، باب: تراحم المؤمنين وتعاطفهم وتعاضدهم، 1999/4، حديث رقم [2585].

الإلكترونية بتوجيه السياسة التعليمية فيها نحو هذه التخصصات سواء بدراستها خلال مراحل التعليم المختلفة أم من خلال تلقي دورات تدريبية كما أشرنا أعلاه.

3- المقومات الاقتصادية: تتميز الدول العربية باستحواذها على نسب كبيرة من الثروات، وإنتاجها لمنتجات كثيرة يمكن أن تستغل في مجال التجارة الإلكترونية، فمثلا نجد بعض الدول العربية دول رائدة في مجال زراعة القطن كمصر، فيمكن في هذه الحالة أن تستغل هذا المنتج في منتجات قطنية تسوق إلكترونياً إلى مختلف الدول العربية أي على مستوى التجارة البينية التي أشرنا إليها سابقاً، ثم إلى مختلف دول العالم خاصة إذا ركزت على النوعية، واستغلت قدرة التجارة الإلكترونية في مجال الدخول إلى كل الأسواق على مستوى العالم، كذلك يمكن للدول العربية نهج الطريق ذاته في مجال المنتجات الزراعية والأغذية المصنعة مما سيفتح بلا شك آفاقاً جديدة لهذه الدول إن من حيث خلق فرص عمل جديدة أو من حيث نمو اقتصادياتها، هذا على صعيد تجارة السلع.

أما فيما يخص تجارة الخدمات، فيمكن أن تستفيد الدول العربية من السياحة كنوع من تجارة الخدمات، خاصة إذا استغلت رصيدها الحضاري وعرفت به بشكل يليق بالتاريخ العربي والإسلامي الأمر الذي سينعش السياحة في هذه البلدان بشكل أكبر.

أخيراً يمكننا القول أن لو تتمكن الدول العربية من استغلال كل هذه المقومات بشكل إيجابي، وتتضافر جهودها في هذا المجال فيما يخص التجارة البينية بدرجة أولى، والتجارة الدولية بصفة عامة فستحقق التجارة الإلكترونية في الوطن العربي قفزة نوعية، من شأنها تحقيق الرفاه للمواطن العربي الذي يعيش في دول غنية تمتلك قدرات غير مستغلة تجعله يعاني الفقر والحرمان، كما يمكن أن يعمم التعاون السوق ليشمل دول العالم الإسلامي ككل أي حتى الدول الإسلامية غير العربية طالما أن هناك رابط قوي يجمعها وهو رابط الدين الإسلامي، مما سيجعل هذه الدول تتربع على عرش الاقتصاد العالمي بما تملكه من ثروات طبيعية وبشرية.

الباب الأول:

عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق

الفصل الأول: ماهية عقود التجارة الإلكترونية

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على

عقود التجارة الإلكترونية

تمهيد:

إذا كانت التجارة الإلكترونية تعني "كل عملية تعاقدية دولية أو محلية تتضمن بيع أو شراء خدمة أو سلعة عن طريق وسيلة إلكترونية، سواء تمت بين الأفراد أو بين المشروعات أو بين الأفراد والمشروعات أو بين الأفراد أو المشروعات والإدارة بغض النظر عما إذا تم الدفع والتسليم إلكترونياً أم لا"، فهي بهذا المعنى لا تختلف عن التجارة التقليدية إلا من حيث الوسيلة التي تتم من خلالها والمتمثلة في وسائل الاتصال الإلكترونية والتي يأتي في مقدمتها الإنترنت على اعتبار أنه أحدث هذه الوسائل وأنسبها لممارسة هذه التجارة لحد الساعة. غير أن هذه الوسائل قد أوجدت شيئاً من الخصوصية لهذه التجارة وعقودها انطلاقة من أنها تبرم عن بعد دون التواجد المادي بين طرفيها، إضافة إلى غياب الدعامة الورقية التي كانت دائماً الدليل الملموس الذي يعزز الثقة في المعاملات التجارية خاصة الدولية منها.

ومن ثم فقد أفرزت هذه الخصوصية إشكالات قانونية جديدة تضاف إلى تلك الإشكالات الموجودة سلفاً في التجارة الدولية، والتي يتصدى لها القانون الدولي الخاص على اعتبار أنه الفرع المعني بالإجابة عنها، بداية من تحديد ماهية العقود الدولية، ومعيار تلك الدولية، وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها ومعايير اختيار هذا القانون.

وعليه فقد خصصت الباحثة هذا الباب لمعالجة هذه الإشكالات في مجال التجارة الإلكترونية، وذلك من خلال بيان ماهية عقود التجارة الإلكترونية (وهذا في فصل أول)، ثم التطرق إلى القانون الواجب التطبيق على هذه العقود (وهذا في فصل ثان).

الفصل الأول:

ماهية عقود التجارة الإلكترونية

المبحث الأول: مفهوم عقود التجارة الإلكترونية

المبحث الثاني: إبرام عقود التجارة الإلكترونية

المبحث الثالث: إثبات عقود التجارة الإلكترونية

تمهيد:

تعتبر عقود التجارة الإلكترونية من العقود المستحدثة التي أفرزتها ثورة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وعلى الرغم من الانتشار الواسع لهذا النوع من العقود الذي بات يتصدر المعاملات التي تتم عبر وسائل الاتصال الحديثة وفي مقدمتها الإنترنت، وممارسته من قبل عدد كبير من الأفراد حيث لم يعد حكرًا على المتخصصين في هذا المجال، فكل من يعرف أبعاديات الدخول إلى الشبكة بإمكانه التعاقد من خلالها للحصول على المنتجات أو الخدمات خاصة مع الإغراءات الكبيرة التي تتنافس المواقع التجارية في ممارستها على متصفح الشبكة، فإن ماهية هذه العقود لازالت غير واضحة لدى أكثر المتعاملين، وحتى المتخصصين منهم.

فكثير من هؤلاء يقدم على التعاقد عبر هذه الوسيلة التي تتيح له الحصول على ما يريد من أي مكان وفي أي وقت دون أن يتكبد عناء التنقل أو يصطدم بمواعيد محددة للعمل، من غير أن يفكر في ماهية هذا العقد، والإشكالات القانونية التي تنجر عنه والمتعلقة بكيفية إبرامه وتحديد زمان ومكان ذلك الإبرام ناهيك عن إثبات هذا النوع من العقود الذي يمتاز أساسًا بأنه يبرم دون وجود للأوراق والكتابة التي تعتبر أساس الإثبات في العالم المادي، فكل هذه الأمور تغيب عن ذهن مبرم العقد لحظة إبرامه، بل قد لا يدرك أصلاً أنه يبرم عقداً بالمعنى المتعارف عليه في العالم المادي، ومن ثم قد يغفل كثيرًا من الأمور التي ينبغي الاحتياط لها عند التعاقد عمومًا.

وعليه ستخصص الباحثة هذا الفصل لبيان ماهية عقود التجارة الإلكترونية من خلال التطرق إلى مفهوم هذه العقود (وهذا في مبحث أول)، ثم بيان كيفية إبرامها (وهذا في مبحث ثان)، وأخيرًا التطرق إلى كيفية إثباتها (وهذا في مبحث ثالث).

المبحث الأول: مفهوم عقود التجارة الإلكترونية

إن استخدام التقنيات الجديدة التي أفرزتها ثورة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في المجال التجاري، نتج عنه ظهور أنواع جديدة من العقود يطلق عليها أحيانا العقود الإلكترونية، أو عقود التجارة الإلكترونية، أو العقد المبرم عن طريق الإنترنت، وهذه العقود أيا كانت تسميتها لا تختلف عن العقود التقليدية إلا من حيث الوسيلة التي تبرم من خلالها والتي تتنوع بين المينيتال والفاكس والتلكس، والهاتف والتلفزيون والإنترنت هذه الأخيرة التي تعتبر أهم تقنية توصل إليها العقل البشري حتى الآن لذلك هناك من اختصر العقود الإلكترونية في مصطلح "العقد المبرم عن طريق الإنترنت" كما ذكر أعلاه. بمعنى أن النظرية العامة للعقود تطبق على هذا النوع من العقود مثل ما تطبق على العقود التقليدية من وجوب توفر الرضا والأهلية والمحل والسبب المشروعين... وغيرها من متطلبات العقد طبعاً مع مراعاة خصوصية الوسيلة التي تبرم من خلالها، ومع هذا فالعقود الإلكترونية تطرح إشكالات كثيرة من حيث التعريف والخصائص ومعايير الدولية وحتى من حيث الحكم الفقهي.

وستتطرق الباحثة لهذه الإشكالات من خلال هذا المبحث حيث ستتناول تعريف العقد الإلكتروني وحكمه الفقهي (وهذا في مطلب أول)، ثم ستتناول خصائص هذا العقد ومعايير دوليته (وهذا في مطلب ثان).

المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني وحكمه الفقهي

إن ظهور العقد الإلكتروني مع ما له من خصوصية متأتية من نوع الوسيلة التي يبرم من خلالها، جعله يحظى بتعريفات كثيرة على المستويين الفقهي والتشريعي، كما جعل فقهاء الشريعة الإسلامية يهتمون ببيان رأيهم فيه. وهو ما سيتضح في هذا المطلب، من خلال تعريف العقد عموماً (وهذا في فرع أول)، ثم بيان التعريف الفقهي والتشريعي للعقد الإلكتروني (وهذا في فرع ثان)، وأخيراً بيان موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من هذا العقد (وهذا في فرع ثالث).

الفرع الأول: تعريف العقد عموماً

تقدم أن العقود الإلكترونية عموماً لا تختلف عن العقود التقليدية إلا من حيث الوسيلة التي تبرم من خلالها والتي تعطى خصوصية تستوجب تعديل بعض الأحكام العامة للعقود لتتماشى مع هذه الخصوصية. ومن ثم فإن تعريف هذه العقود لا بد وأن ينطلق من تعريف العقد عموماً.

فالعقد لغة هو الربط والشدّ وهو نقيض الحل، يقال: عقدت الحبل فهو معقود⁽¹⁾، ثم نقل إلى الأيمان والعقود كعقد المبيعات ونحوها⁽²⁾.

أما اصطلاحاً: فقد اختلفت تعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية للعقد عن تعريفات رجال القانون له على النحو الآتي:

أولاً: تعريف العقد في الفقه الإسلامي:

للعقد عند الفقهاء معنيان: عام وخاص. أما المعنى العام: وهو الأقرب إلى المعنى اللغوي والشائع عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة فهو: كل ما عزم المرء على فعله، سواء صدر بإرادة منفردة كالوقف والإبراء والطلاق واليمين، أم احتاج إلى إرادتين في إنشائه كالبيع والإيجار والتوكيل والرهن، أي أن هذا المعنى يتناول الالتزام مطلقاً، سواء من شخص واحد أو من شخصين، ويشمل حينئذ ما يسمى بالمعنى الضيق أو الخاص عقداً، كما يشمل ما يسمى تصرفاً أو التزاماً. فالعقد بالمعنى العام ينتظم جميع الالتزامات الشرعية، وهو بهذا المعنى مرادف لكلمة الالتزام⁽³⁾.

وأما المعنى الخاص الذي يراد حين الكلام عن نظرية العقد فقد تضمنته المادة 103 من مجلة الأحكام العدلية بنصها على أن العقد هو: «التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول»⁽⁴⁾، أما الانعقاد فهو: «تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما»⁽⁵⁾. كما يمكن تعريف العقد بأنه: «ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً»⁽⁶⁾. شرعاً»⁽⁶⁾.

وعليه يمكن القول بأن العقد وفقاً للمعنى الخاص له في الفقه الإسلامي هو: «تعلق كلام أحد

(1) -انظر: ابن منظور: لسان العرب، ط3، بيروت، دار صادر، 1414هـ، 296/3، (مادة ع ق د)، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي: معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، د.ط، د.ب، دار الفكر، (1399هـ-1979م)، 86/4.

(2) -أحمد بن علي أبو بكر الرازي الحصص: أحكام القرآن، تحقيق: محمد صادق القمحاوي، د.ط، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1405هـ، 285/3.

(3) -وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ط4، دمشق، دار الفكر، د.ت، 2917/4.

(4) -علي حيدر خواجه أمين أفندي: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، ط1، د.ب، دار الجيل، (1411هـ-1991م)، 105/1.

(5) -المادة 104 من مجلة الأحكام العدلية، ص29.

(6) -علي بن محمد الجرجاني: كتاب التعريفات، ضبط وتصحيح: جماعة من العلماء بإشراف الناشر، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، (1403هـ-1983م)، 153/1.

العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل»⁽¹⁾، وهذا المعنى هو الشائع في عبارات الفقهاء حتى يكاد ينفرد هو بالاصطلاح⁽²⁾.

ثانياً: تعريف العقد في القانون الوضعي

يطلق العقد في القانون الوضعي ويراد به بصفة عامة: «توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان ذلك الأثر هو إنشاء التزام، أو نقله، أو إنهاؤه»⁽³⁾. ويفرق بعض فقهاء القانون بين العقد والاتفاق فيجعلون كل عقد اتفاقاً أما الاتفاق فقد يكون عقداً وقد لا يكون كذلك⁽⁴⁾.

وقد عرفته مختلف التشريعات الوطنية في قوانينها المدنية تعريفات كثيرة منها مثلاً ما ورد في التشريع الفرنسي حيث جاء في المادة 1101 من القانون المدني: «العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين، بإعطاء شيء، أو بفعله، أو بالامتناع عن فعله»⁽⁵⁾، وهو التعريف ذاته الذي جاء في القانون المدني الجزائري في مادته 1/54 حيث نصت على أن: «العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما»⁽⁶⁾.

الفرع الثاني: التعريف التشريعي والفقهي للعقد الإلكتروني

بعد التطرق إلى تعريف العقد عموماً، يتوجب بيان تعريف العقد الإلكتروني الذي يعتبر من

(1) - محمد بن محمد بن محمود الرومي البابري: العناية شرح الهداية، د.ط، د.ب، دار الفكر، د.ت، 248/6.

(2) - محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، د.ط، القاهرة، دار الفكر العربي، د.ت، ص 181.

(3) - عبد الرزاق أحمد السنهوري: نظرية العقد، ط2، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998م، ص 81.

(4) - إذ يعرف هؤلاء العقد على أنه: توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله، أما الاتفاق فيعرفونه بأنه: توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقلاً له، أما إذا كان يعدل الالتزام أو ينهيه فلا يكون عقداً. ويرى السنهوري أنه ليس للتمييز بين العقد والاتفاق أهمية عملية وهو رأي كثير من فقهاء القانون، وإن كان بعض الفقهاء يرى للتمييز أهمية من حيث الأهلية فهي تختلف في العقد عنها في الاتفاق، فيجاء عن هذا بأن الأهلية تختلف باختلاف العقود ذاتها، فهي في عقود التبرع مثلاً غيرها في عقود المعاوضة. لمزيد من التفصيل يراجع: عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، ط3، بيروت، لبنان، 2000، ص 149، عبد الرزاق السنهوري: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 80.

(5) - La loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804.

(6) - القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 هـ الموافق لـ 20 يونيو 2005م المعدل والمتمّم للأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م المتضمن للقانون المدني المعدل والمتمّم، ج ر ع 44، السنة 42، الأحد 19 جمادى الأولى عام 1426 هـ الموافق لـ 26 يونيو سنة 2005م، ص 21.

مستجدات العصر الحالي⁽¹⁾، حيث تناولته بعض التشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية ومن هذه التشريعات: التشريع الأردني الذي عرفه بموجب القانون رقم 85 لسنة 2001 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية في مادته الثانية بأنه: «الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً»⁽²⁾، وتشريع إمارة دبي رقم 02 لسنة 2002 المتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية جاء في المادة 25/2 من هذا القانون أنه يقصد بالمعاملات الإلكترونية: «أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية»⁽³⁾، أما مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري فقد عرف العقد الإلكتروني في الفقرة الثالثة من مادته الأولى بأنه: «كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كلياً أو جزئياً عبر وسيط إلكتروني»⁽⁴⁾.

في حين نجد أن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية قد جاء خالياً من تعريف العقد الإلكتروني واكتفى بالإشارة إلى أنه: «في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة البيانات لذلك الغرض»⁽⁵⁾.

جدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يورد تعريفاً للعقد الإلكتروني في نصوص القانون المدني، كما أنه لا يوجد هناك تشريع خاص بالمعاملات الإلكترونية في الجزائر لحد الساعة، إلا أنه ومن خلال تصفح مواد القانون المدني والتشريعات المتعلقة بحماية المستهلك، نجد أنه ليس هناك ما يمنع من التعاقد الإلكتروني، كما أن المراسيم الجديدة لم تغفل التطورات الحديثة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وما تركته من أثر على المعاملات وبصفة خاصة المعاملات التجارية، وفي هذا الصدد نشير إلى نصي المادتين 59 و60 من القانون المدني الجزائري⁽⁶⁾ اللتان تنصان على أنه: «يتم العقد بمجرد أن يتبادل

(1) -وعليه فليس هناك تعريف له في الفقه الإسلامي، لذلك فسنعتمد بالتعريف القانوني ومن ثم نكتفي بالإشارة إلى الحكم الفقهي للعقود الإلكترونية في الفرع الموالي.

(2) -منشور بالجريدة الرسمية للمملكة الهاشمية الأردنية، ع 4524، بتاريخ: 2001/12/31، ص 6010.

(3) -محمد جمال رستم: التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني عبر العالم، مرجع سابق، ص 191.

(4) -إلياس ناصيف: العقود الدولية: العقد الإلكتروني في القانون المقارن، ط 1، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري، ملحق رقم 03، 377.

(5) -المادة 1/11 من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، مرفق بالقرار رقم 162/51 للجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة 51، المنعقدة في 1997/01/30 الوثيقة A/RES/51/162.

(6) -الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م المتضمن للقانون المدني المعدل والمتمم، ج ر، ع 78، السنة 12، الصادرة بتاريخ 1975/09/30، ص 993.

الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية»، وأن: «التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا»، ففي هذين النصين ليس هناك ما يمنع من أن يتم التعاقد عبر وسائل الاتصال الإلكترونية كالإنترنت مثلا، طالما تم تبادل التعبير عن الإرادة بين الطرفين دون إخلال بالنصوص القانونية، خاصة وأن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة ويجوز حتى أن يكون ضمنيا. وعليه فتعبير الطرفين عن إرادتهما عن طريق الفاكس أو التلكس أو الإنترنت أو أية وسيلة إلكترونية أخرى يكون جائزا طالما أنه لا يخرج عن الطرق الأربعة التي حددها المشرع للتعبير عن الإرادة.

كما أنه وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 13-378⁽¹⁾ الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك نجد أن المشرع أشار إلى تقنية الاتصال عن بعد وعرفها في مادته 22/3 بـ «تقنية الاتصال عن بعد: كل وسيلة بدون الحضور الشخصي والمتزامن للمتدخل والمستهلك، يمكن استعمالها لإبرام العقد بين هذين الطرفين»، وهذا يعني أن المشرع الجزائي يجيز إبرام العقود باستعمال الوسائل الإلكترونية والتي عبر عنها بمصطلح "تقنيات الاتصال عن بعد". مما يعني أن العقود الإلكترونية مشروعة حتى وإن لم تحظ بتشريع خاص ينظم جزئياتها لحد الساعة.

وبالإطلاع على التعريفات التشريعية للعقد الإلكتروني يمكن القول أنها في مجملها، تركز على الطريقة التي ينقذ بها هذا العقد، كما أنها لا تتضمن اختلافات كثيرة في المفهوم الذي قدمته، غير أنه يمكن الإشارة إلى أن مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري قد وسع من مفهوم العقد الإلكتروني بحيث جعله يشمل كل العقود التي يتم فيها التعبير عن الإرادة إلكترونيا بالنسبة لأحد المتعاقدين أو لكليهما كلياً أو جزئياً، كما يشمل حتى العقود التي يتم التفاوض بشأنها أو تبادل وثائق ومستندات متعلقة بها بوسيط إلكتروني بغض النظر عما إذا تم إبرام تلك العقود بالوسائل ذاتها (أي الوسائل الإلكترونية المستعملة في التفاوض أو تبادل المستندات) أو بوسائل تقليدية.

هذا فيما يخص التشريعات، أما فيما يخص الفقه القانوني فنجد أن هناك تعريفات عدة للعقد الإلكتروني منها على سبيل المثال لا الحصر:

- أن العقد الإلكتروني هو: «اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول بشأن الأموال والخدمات، عبر

(1) -مرسوم تنفيذي رقم 13-378 مؤرخ في 5 محرم عام 1435هـ الموافق 9 نوفمبر 2013م، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر رقم 58، السنة 50، 14 محرم 1435هـ/ 18 نوفمبر 2013، ص 10.

شبكة دولية للاتصال عن بعد. وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية تتيح التفاعل بين الموجب والقابل»⁽¹⁾.

- أو هو: «العقد الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية، سواء كانت تلك الوسيلة كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو إلكترومغناطيسية أو أي وسيلة أخرى مماثلة»⁽²⁾.

- أو هو: «اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، بفضل التفاعل بين الموجب والقابل»⁽³⁾.

- كما تم تعريف العقود الإلكترونية بأنها: «العقود التي تتم مرحلتها إبرامها وتنفيذها أو مرحلة إبرامها دون تنفيذها بكافة وسائل الاتصال الإلكترونية»⁽⁴⁾.

والملاحظ بالنسبة لهذه التعريفات هو أنها تباينت فيما يتعلق بتحديد الوسيلة الإلكترونية المستعملة في إبرام العقود الإلكترونية، حيث نجد أن بعض التعريفات قد حددت الوسيلة الإلكترونية، أما البعض الآخر فترك مفهوم الوسيلة الإلكترونية مفتوحاً ليشمل كل الوسائل التي يصدق عليها مفهوم الوسائل الإلكترونية سواء عرفت منذ زمن طويل كالفاكس والتلكس... أو ظهرت حديثاً كالإنترنت، أو ستظهر مستقبلاً مع التطورات العلمية في مجال وسائل الاتصال.

وعليه يمكن القول أن التعريفات التي قدمت للعقد الإلكتروني، سواء على مستوى الفقه أم على مستوى التشريعات المختلفة تبين أن هناك اتجاهين في تعريف هذه العقود، اتجاه ضيق من مفهومها وجعلها قاصرة على العقود المبرمة عبر الإنترنت على الرغم من وجود وسائل إلكترونية أخرى يمكن أن تبرم بها كالفاكس والتلكس والهاتف المحمول... كما قد تظهر وسائل أخرى خاصة مع التطورات السريعة

(1) —contrat électronique, peut se définir comme : «la rencontre d'une offre de bien ou de service, qui s'exprime sur un mode audiovisuel au travers d'un réseau international de télécommunication et d'une acceptation, qui est susceptible de se manifester au moyen de l'interactivité entre professionnels et clients». Pierre Bress : Guide Juridique d'internet de commerce électronique, Op.cit, p16.

(2) —إيمان مأمون أحمد سليمان: إبرام العقد الإلكتروني وإثباته: الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، د.ط، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص58.

(3) —أبو الحسن مجاهد: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص124.

(4) —صفاء فتوح جمعة فتوح: منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم وآليات فض المنازعات، ط1، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ص24.

في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات⁽¹⁾ وبالتالي فإن حصر تعريف العقود الإلكترونية في دائرة شبكة الإنترنت قد يؤدي إلى إخراج بعض العقود من مفهوم هذه العقود على الرغم من أنها عقود إلكترونية، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن التعريف الذي أشار إلى أنها العقود التي يتلاقى فيها القبول بالإيجاب على شبكة دولية مفتوحة قد أقصى الشبكات المحلية أو الإقليمية المشار إليها في الفصل التمهيدي (الإكسترانت، والإنترانت) وهي شبكات يمكن أن تبرم العقود الإلكترونية من خلالها. كما أن هناك من حصرها في العقود الاستهلاكية المبرمة بين المورد والمستهلك فقط.

أما الاتجاه الموسع لمفهوم العقود الإلكترونية، فقد أدخل في مفهوم العقد الإلكتروني كل عقد يتم إتمام إحدى مراحل بوسيلة إلكترونية أو يتفاوض بشأنه إلكترونياً حتى ولو تم التعاقد والتنفيذ بطرق تقليدية، أي كانت أطرافه (مستهلكين عاديين أم تجار وشركات تجارية...).

كما نجد أن هذه التعريفات لم تفرق بين العقد الإلكتروني وعقد التجارة الإلكترونية، على الرغم من وجود فارق بينهما، إذ أن العقد الإلكتروني يشمل جميع صور التعاقد من خلال الوسائط الإلكترونية بغض النظر عن موضوع العقد وأطرافه، فيستوي أن يكون موضوعه ضمن الأعمال المدنية أم التجارية، كما يستوي أن يكون أحد الطرفين أو كلاهما من التجار أم لا، في حين أن عقد التجارة الإلكترونية ينصرف إلى العقد الإلكتروني الذي يقع في مجال التجارة من حيث الموضوع أو الأطراف⁽²⁾، وإن كان العقد الإلكتروني في الغالب الأعم هو عقد تجاري على الأقل من جانب مقدم السلعة أو الخدمة. وتتجلى أهمية هذه التفرقة في النتائج القانونية المهمة التي تترتب على اعتبار العقد من العقود المدنية أم التجارية، فيما يتعلق بالإثبات، والاختصاص القانوني والقضائي فضلاً عن القواعد الخاصة بحماية

⁽¹⁾—هذا وقد جاء في القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الصادر عن الأونسترال سنة 1996 في المادة 02/أ: «يراد بمصطلح "رسالة البيانات" المعلومات التي يتم إنتاجها، أو إرسالها، أو استلامها أو تخزينها بوسيلة إلكترونية أو بوسائل مماثلة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر: البريد الإلكتروني، البرق، التلكس أو النسخ البرقي».

⁽²⁾—فقد أشار القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية في مادته الأولى المتعلقة بنطاق تطبيق القانون: «ينطبق هذا القانون على أي نوع من المعلومات يكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية»، وتمت الإشارة في الهامش إلى أنه: ينبغي تفسير مصطلح "أنشطة تجارية" تفسيراً واسعاً بحيث يشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطابع التجاري، سواء أكانت تعاقدية أم لم تكن. وتشمل العلاقات ذات الطابع التجاري المعاملات التالية على سبيل المثال لا الحصر: المعاملة التجارية لتوريد أو تبادل السلع أو الخدمات؛ اتفاق التوزيع؛ التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية؛ الوكالة بالعمولة؛ الكراء؛ أعمال التشييد؛ الخدمات الاستشارية؛ الأعمال الهندسية؛ منح التراخيص؛ الاستثمار؛ التمويل؛ الأعمال المصرفية؛ التأمين؛ اتفاق أو امتياز الاستغلال؛ المشاريع المشتركة وغيرها من أشكال التعاون الصناعي أو التجاري؛ نقل البضائع أو الركاب جواً أو بحراً أو بالسكك الحديدية أو بالطرق البرية. وعليه يمكن القول بأن اللجة المكلفة بصياغة القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية حاولت الإلمام بكل الأنشطة التي تدخل في نطاق التجارة تاركة المجال مفتوحاً لاستيعاب ما قد يستجد من معاملات في هذا المجال.

المستهلك⁽¹⁾.

بناء على ما تقدم ترى الباحثة أنه يمكن تعريف عقد التجارة الإلكترونية بأنه:

«كل عقد يتم بوسيلة إلكترونية، في مرحلتي الإبرام والتنفيذ أو في مرحلة الإبرام دون التنفيذ، ويكون متعلقا بنشاط تجاري».

فهذا التعريف لم يحدد الوسيلة الإلكترونية وعليه يصدق على كل العقود المبرمة بالوسائل الإلكترونية المعروفة حاليا مثل الفاكس والتلكس والإنترنت، كما يصدق على ما قد يستجد من هذه الوسائل خاصة وأن التطورات متلاحقة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.

كما أدخل التعريف في مفهوم العقد الإلكتروني العقود التي تبرم وتنفذ عن طريق الوسائل الإلكترونية، وحتى تلك التي تبرم ولا تنفذ عبر هذه الوسائل، ذلك أن الغالب في العقود التي تتم بالكلية عبر الوسائل الإلكترونية وبصفة خاصة الإنترنت هي العقود التي يكون موضوعها خدمات أو سلعاً غير مادية كبيع برامج الحاسوب، أو تحميل الأغاني والأفلام، أو الكتب الإلكترونية... وعدد هذه العقود يعد قليلاً مقارنة بالعقود الإلكترونية الأخرى التي يكون محلها سلعاً تسلم ماديًا، كما أن هناك من يفضل أن لا يتم الدفع بالطرق الإلكترونية حتى لو تم العقد بكل مراحلها إلكترونياً، وذلك خوفاً من انعدام الأمن في هذا المجال على نحو ما تمت الإشارة إليه سابقاً.

أما اشتراط أن يكون العقد متعلقاً بنشاط تجاري فذلك لأنه وعلى الرغم من أن الغالب في العقود الإلكترونية بصفة عامة أنها عقود تجارية، حيث يستأثر البيع التجاري بالجانب الأكبر من مجمل العقود التي تبرم إلكترونياً، وبصفة خاصة العقود التي تبرم عبر الإنترنت، كما أنه غالباً ما يكون مقدم أو عارض السلعة أو الخدمة على الأقل تاجراً، إلا أن هذا لا يمنع من وجود بعض العقود التي تبرم عبر الوسائل الإلكترونية ولا تكون عقوداً تجارية كعقد الإيجار مثلاً.

أخيراً تشير الباحثة إلى أنها ستكيز في هذه الدراسة على العقد الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، إذ أنه وعلى الرغم من وجود التبادل الإلكتروني للبيانات واستخدامه في مجال التعاقد قبل ظهور شبكة الإنترنت، إلا أنه لم يؤد إلى انتشار العقود الإلكترونية بالدرجة التي انتشرت بها بعد ظهور الإنترنت واستخدامها في المجال التجاري.

⁽¹⁾—هادي مسلم يونس البشكاني: التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، د.ط، مصر، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، 2009، ص145-146.

وعليه، فكما أن الإنترنت يعد النموذج الأمثل للتجارة الإلكترونية على نحو ما تمت الإشارة إليه في الفصل التمهيدي من هذه الأطروحة، فإن الأمر ذاته يقال بالنسبة للعقود الإلكترونية، لأن هذه الأخيرة لم تظهر أهميتها إلا مع بداية استخدام الإنترنت وما تقدمه من خدمات مختلفة في المجالين المدني والتجاري، أي مع بداية التسعينيات من القرن الماضي، حيث أصبح العقد الإلكتروني والتجارة الإلكترونية قريناً لهذه الشبكة التي تتميز كوسيلة للاتصال ولتقديم ونقل المعلومات من خلال ما تتيحه من إمكانيات نقل الصوت والصورة والحركة... وهو ما يوفر إمكانية التفاعل والتواصل بشكل مباشر وآني بين المتعاملين الأمر الذي لا تتيحه أغلب الوسائل الإلكترونية الأخرى⁽¹⁾.

ومن ثم فإن الباحثة عندما تستعمل مصطلح "العقد الإلكتروني" في هذا البحث دون تخصيص للوسيلة التي يبرم من خلالها، فإنها تقصد مباشرة "عقد التجارة الإلكترونية المبرم عبر شبكة الإنترنت"، لكونه أكثر العقود الإلكترونية استعمالاً كما تبين أعلاه، أما إذا قصدت بقية العقود المبرمة بالوسائل الإلكترونية الأخرى فإنها ستخصص تلك الوسيلة بالذكر.

وبما أن التركيز سيكون على العقد الإلكتروني المبرم عبر شبكة الإنترنت، فإنه لا بد من الإشارة إلى أن العقد المبرم عبر الإنترنت يتم بإحدى الطرق الآتية:

1- التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني: وتسمى العقود التي تبرم بهذه الطريقة بعقود البريد الإلكتروني (E-mail contracts).

ومن بين صور التعاقد عبر البريد الإلكتروني أن تقوم بعض الشركات بإرسال رسائل دعائية لنوع معين من السلع أو الخدمات في البريد الإلكتروني الخاص بالشخص، فإذا اطلع صاحب البريد على هذه الرسالة ورغب في السلعة أو الخدمة، قام بمراسلة الشركة من أجل التعاقد على هذه السلعة أو الخدمة⁽²⁾.

2- التعاقد عن طريق المحادثة: إذ توجد برامج تتيح للأشخاص تبادل الحديث كما في حال الهاتف التقليدي غير أن الفارق هنا أنه يمكن تشارك الحديث مع أكثر من شخص في آن واحد، كما هناك برامج تمكن من نقل الصوت والصورة بشكل مباشر كما في حالة غرفة المحادثة، أو غرفة الفيديو (أراك وتراني) فيتم من خلال استعمال هذه الخدمات التي تتيحها شبكة الإنترنت إبرام العقد بطريقة

(1) - قريب من هذا عند: هادي مسلم يونس البشكاني: التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، 147.

(2) - أحمد خالد العجلوني: التعاقد عبر الإنترنت، ط1، الأردن، دار الثقافة، 2002م، ص16.

تشبه إبرامه بالطرق التقليدية، غير أن الحضور هنا يكون افتراضيا وليس ماديا⁽¹⁾.

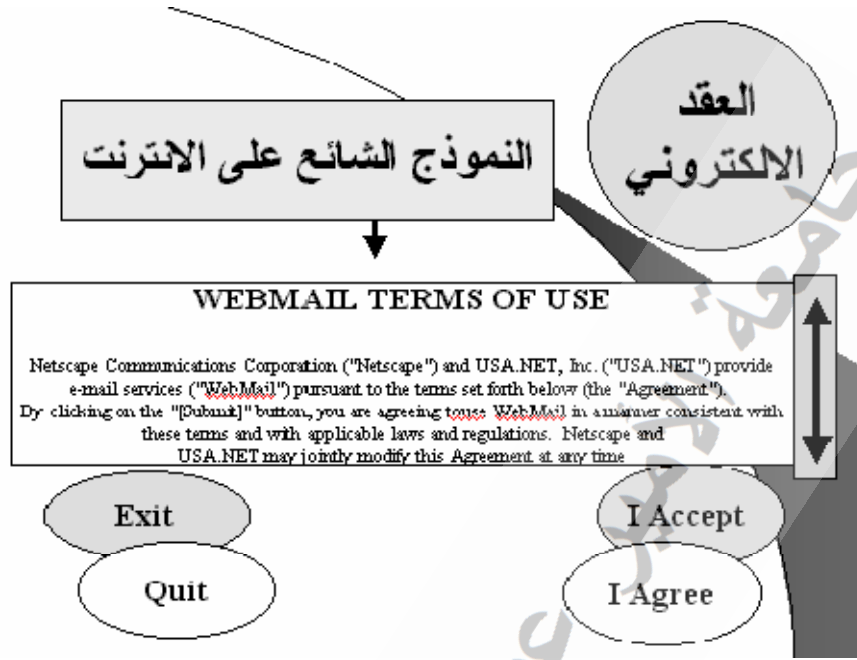
3- التعاقد عن طريق اتصال العميل بالصفحة الرئيسية للبائع أو مقدم الخدمة: حيث يطلع المشتري من خلال هذه الصفحة على محتويات الموقع الإلكتروني لعارض السلعة أو الخدمة، والذي يتضمن جميع البيانات والمعلومات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة المعروضة وتسمى العقود التي تبرم من خلال المواقع الإلكترونية بعقود الشبكة (web-click contracts)⁽²⁾.

وتعد هذه الصورة هي الصورة الأكثر شيوعا للعقد الإلكتروني، وهو عقد مصمم لبيئة النشاط (على الخط) كما في حالة الإنترنت، وذلك بوجود (وثيقة) العقد مطبوعة على الموقع متضمنة الحقوق والالتزامات لطرفيه (المستخدم، وجهة الموقع) منتهية بمكان متروك لطباعة عبارة القبول أو للضغط على إحدى العبارتين (أقبل) أو (لا أقبل) أو عبارات شبيهة، وترجع تسميته المشار إليها إلى حقيقة أن إبرام العقد يتم بالضغط (click) على الفأرة، إما على أيقونة الموضع المتضمنة عبارة (أنا أقبل) أو في المساحة المخصصة لطبع هذه العبارة لغايات وضع المؤشر فيها عبر الضغط بالفأرة. ويتم هذا العقد حسب النموذج الآتي⁽³⁾:

⁽¹⁾ -لمزيد من التفصيل انظر: ليندة بومحراث: التحكيم في المنازعات التجارية الدولية دراسة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، قسنطينة، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، (2004-2005م)، ص 202.

⁽²⁾ -انظر: أمانج رحيم أحمد: التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت دراسة تحليلية مقارنة، ط 1، الأردن، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع، 2006، ص 70-71.

⁽³⁾ -يونس عرب: التعاقد والدفع الإلكتروني، تحديات النظامين الضريبي والجمركي، ورقة بحث مقدمة لبرنامج عمل الندوات المتخصصة حول التجارة الإلكترونية، تنظيم: معهد التدريب والإصلاح القانوني، الخرطوم، 2002م.



نموذج لعقد إلكتروني مبرم عبر موقع إلكتروني

الفرع الثالث: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من العقود الإلكترونية

تقدم أن العقود الإلكترونية هي من العقود المستحدثة في العصر الحالي، بمعنى أن فقهاء الشريعة الإسلامية الأوائل لم يتناولوها بالدراسة والتعميد، إلا أنها وكغيرها من النوازل التي ظهرت في العصر الحديث، قد حظيت باهتمام فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين، خاصة أولئك المهتمين بعقود المعاوضات المالية.

فظهر العقود المبرمة عبر وسائل الاتصال الحديثة، وحاجة الناس إلى بيان حكم الشريعة الإسلامية فيها، خاصة وأنها متعلقة بصفة كبيرة بالمجال التجاري المبني أساساً على السرعة في إنجاز المعاملات، ومثل هذه الوسائل توفر على المتعاملين قسطاً كبيراً من الجهد والوقت، جعل مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي يبحث حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، وكان ذلك في دورته السادسة المنعقدة بمدينة جدة من 17-23/8/1410 هـ الموافق 14-10/3/1990م، حيث أصدر القرار رقم (6/3/52) الذي نص على صحة إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة ومنها الحاسب الآلي وتبين بعض الأحكام المتعلقة به. ونص القرار كالاتي:

«إن مجمع الفقه الإسلامي في دورته..... وباستحضار ما تعرض له الفقهاء بشأن إبرام العقود بالخطاب وبالكتابة وبالإشارة وبالرسول، وما تقرر من أن التعاقد بين الحاضرين يشترط له اتحاد المجلس - عدا الوصية والإيضاء والوكالة - وتطابق الإيجاب والقبول، وعدم صدور ما يدل على إعراض أحد

العاقدين عن التعاقد، والموالاتة بين الإيجاب والقبول بحسب العرف.

قرر ما يلي:

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

2- إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقداً بين حاضرين وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء المشار إليها في الديباجة.

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

4- إن القواعد السابقة لا تشمل النكاح لا اشتراط الإشهاد فيه ولا الصرف لا اشتراط التقابض ولا السلم لا اشتراط تعجيل رأس المال .

5- ما يتعلق باحتمال التزييف أو التزوير أو الغلط يرجع فيه إلى القواعد العامة للإثبات»⁽¹⁾.

فمن خلال الاطلاع على هذا القرار وعلى البحوث التي بني عليها، نجد أن الفقهاء قد درسوا العقود المبرمة بوسائل الاتصال الحديثة، وحاولوا قياسها على ما ثبت حكمه من صور التعاقد في الفقه الإسلامي، وانتهوا إلى بيان حكمها الفقهي الذي مفاده الجواز، غير أن الباحثة تشير في هذا الصدد إلى الملاحظة التي قدمتها في الفصل التمهيدي، والتي مفادها أن الفقهاء في هذه الدورة لم يتناولوا العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت، وذلك راجع إلى أن الدورة عقدت سنة 1990م، وقد اتضح من خلال الحديث عن مراحل تطور الإنترنت، أن الاستعمال التجاري لهذه الشبكة تقريباً بدأ من سنة 1993م، بمعنى أن العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت لم تكن معروفة ومتداولة في تلك الفترة بالشكل الذي نراه الآن، ومع ذلك فإن القرار يمكن أن يستوعب التعاقد بهذه الصورة مع صور التعاقد التي تضمنها، غير أن التكييف الفقهي لهذه العقود بأنها عقود ما بين غائبين أو عقود ما بين حاضرين يبقى خاضع لخدمة الإنترنت المستعملة في التعاقد وهو ما سيوضح من خلال الجزئيات اللاحقة.

(1)-مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ع6، 785/2.

المطلب الثاني: خصائص العقد الإلكتروني ومعايير دوليته

إن العقد الإلكتروني وإن كان لا يتميز عن العقود التقليدية إلا من حيث الوسيلة التي يبرم من خلالها كما تقدم، إلا أن إبرامه بذلك الشكل جعله متميزاً، فهو وإن شابه العقود التقليدية في بعض الأمور فإنه ينفرد عنها في أمور أخرى بناء على نوع الوسيلة التي استعملت في إبرامه، كما أن هذا النوع من العقود قد اختلف بشأنه فيما يتعلق بكونه من العقود الداخلية أم أنه من العقود الدولية التي تحتاج إلى تحديد معايير دوليتها.

وهو ما ستبينه الباحثة في هذا المطلب، حيث سنتناول خصائص عقود التجارة الإلكترونية (وهذا في فرع أول)، ثم نتطرق لمعايير دوليتها (وهذا في فرع ثان).

الفرع الأول: خصائص عقود التجارة الإلكترونية

يمكن تحديد خصائص عقود التجارة الإلكترونية من خلال تمييزها عن العقود المبرمة عن بعد (أولاً)، ثم تمييزها عن عقود الإذعان (ثانياً)، وأخيراً تمييزها عن بعض عقود البيئة الإلكترونية (ثالثاً).

أولاً: عقود التجارة الإلكترونية والعقود المبرمة عن بعد

اختلفت الآراء حول ما إذا كانت عقود التجارة الإلكترونية، عقود بين حاضرين أم أنها عقود بين غائبين. لأن إبرامها بالوسائل الإلكترونية معناه عدم تواجد المتعاقدين بشكل مادي في مجلس واحد، فالتعاقد بينهما يتم عن بعد، مما يجعله يصنف ضمن ما اصطلح على تسميته بالعقود المبرمة عن بعد أو عقود المسافات "contrat à distance" المعرفة في التوجيهات الأوروبية بموجب التوجيه الصادر في 20 ماي 1997 والمتعلق بحماية المستهلك فيما يتعلق بالبيع عن بعد⁽¹⁾، إذ جاء في المادة الثانية منه أن التعاقد عن بعد هو: «كل عقد يتعلق بالسلع أو الخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد، أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام العقد»، وعرف التوجيه الوسيلة الإلكترونية بأنها: «كل وسيلة تستخدم في التعاقد ما بين المورد والمستهلك بدون تواجد مادي ولحظي لهما حتى إتمام العقد بين

⁽¹⁾—Directive 97/7/CE du Parlement européen et conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance, JOCE, n° L 144 du 04/06/1997, p 19-27.

الأطراف»⁽¹⁾.

فمن خلال هذا التعريف يتضح أن عقد التجارة الإلكترونية أيا كانت الوسيلة المتبعة في إبرامه، يدخل ضمن العقود المبرمة عن بعد.

إلا أن الإشكال الذي يطرح هنا هو: هل عقود التجارة الإلكترونية وبصفة خاصة عقود التجارة الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت تشبه بعض صور التعاقد عن بعد خاصة تلك التي تتم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية (الهاتف، التلكس، الفاكسميل والتلفزيون)، أم أنها تتمتع بجانب من الخصوصية بالنظر إلى أن "الإنترنت" التي تعتبر أحدث وسائل الاتصالات الإلكترونية ظهوراً، وأكثرها استعمالاً في مجال المعاملات (المدينة والتجارية) في العصر الحالي، خاصة وأن الخدمات التي تقدمها هذه الوسيلة تختلف عن تلك التي تقدمها الوسائل الأخرى مثل: الهاتف، الفاكس، الفاكسميل، التلفزيون، والتلكس. بمعنى هل نحكم على التعاقد في العقود الإلكترونية بأنه تعاقد بين حاضرين أم بين غائبين انطلاقاً من مقارنته بالتعاقد عبر إحدى الوسائل الإلكترونية المذكورة أعلاه، أم لا؟

والإجابة عن هذا التساؤل، تنطلق من أن المعيار الأساسي لتمييز التعاقد بين حاضرين عن التعاقد بين غائبين، هو أن تفصل فترة من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب به. ففي التعاقد ما بين غائبين فإن القبول يصدر وتمر مدة من الزمن هي المدة اللازمة لوصوله إلى علم الموجب. ومن ثم يختلف وقت صدور القبول عن وقت العلم به. أما في التعاقد ما بين حاضرين تتمحي هذه الفترة من الزمن، فيعلم الموجب بالقبول في الوقت الذي يصدر فيه.⁽²⁾

وعليه فقد نكون بصدد تعاقد بين حاضرين حتى ولو كان هناك بعد مكاني بين طرفي العقد، طالما أمكن العلم بالقبول لحظة صدوره كما في حال التعاقد عبر الهاتف مثلاً، فالعقد هنا يكون عقداً ما بين حاضرين زماناً، وقد نكون بصدد تعاقد ما بين حاضرين ونطبق بشأنه قواعد التعاقد ما بين غائبين لوجود فاصل زمني بين صدور الإيجاب والعلم به، كما في الحالة التي يصدر فيها الإيجاب والمتعاقدان في

⁽¹⁾—«Tout contrat concernant des biens ou services conclut entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de présentation de service à distance organisée par le fournisseur qui pour ce contrat utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle même». La directive précise que la technique de communication à distance concerne: «tout moyen qui, sans présence physique et simultanée du fournisseur et des consommateurs, peut être utilisée pour la conclusion entre ces parties». J.O.C.E, L144, du 4 juin 1997, P19.

⁽²⁾—عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، 253/1.

مجلس واحد، ويحدد الموجب ميعادا للقبول، ثم يفترق الطرفان ويرسل الموجب له القبول بإحدى وسائل الاتصال⁽¹⁾.

من هذا المنطلق اختلفت الآراء حول ما إذا كان التعاقد عبر الإنترنت هو تعاقد ما بين حاضرين أم أنه تعاقد ما بين غائبين على النحو الآتي:

1- التعاقد عبر الإنترنت هو تعاقد ما بين غائبين: ويرى هذا الجانب من الفقه أن التعاقد عبر الإنترنت يوصف بهذا الوصف انطلاقاً من أن الإيجاب والقبول لا يصدران بشكل متزامن، فهناك فارق زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به، كما أن هناك تباعد مكاني بين الموجب والقابل⁽²⁾، فقد يكون الموجب في أمريكا مثلاً والقابل في الجزائر.

فالعقد الإلكتروني عبر الإنترنت بهذا الوصف يشبه التعاقد عن طريق الفاكس والفاكسميل، والتلكس، من جهة أن التعاقد يتم بالمراسلة ما بين غائبين، وهذا في حال ما إذا تم التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية، كما أنه يشبه التعاقد عبر التلفزيون كوسيلة مسموعة ومرئية من وسائل الاتصال عن بعد، من حيث أن المشتري يطلب سلعة أو منتج تم عرضه من خلال التلفزيون فيكون هناك فارق زمني بين وصول الإيجاب لهذا المشتري وإبداء قبوله، كما أنه يشبه التعاقد عن طريق المنتال باعتباره وسيلة مسموعة مرئية مثلها مثل التلفاز.

2- التعاقد عبر الإنترنت هو تعاقد ما بين حاضرين: ذهب اتجاه إلى أن التعاقد الذي يتم من خلال الإنترنت هو تعاقد بين حاضرين لأن أطراف التعاقد على اتصال مباشر في نفس التوقيت وعلى نفس المكان الذي هو شبكة الإنترنت، وبالتالي فإن فكرة الفروق الزمنية والمكانية التي تفرضها عملية التعاقد بين غائبين غير متواجدة بالنسبة للتعاقد عبر شبكة الإنترنت. فالفارق الزمني الذي يعرفه التعاقد التقليدي بين غائبين والذي يتم من خلال الوسائل المادية التقليدية كالخطابات، حيث تستغرق مدة زمنية، غير متوافر في هذه الوسيلة الإلكترونية، إذ يتحقق الاتصال المباشر بين الطرفين لإبداء الإيجاب والقبول في نفس الوقت⁽³⁾. كما أن التعاقد في هذه الحالة وإن شابه التعاقد عبر الهاتف الذي يعتبر تعاقد ما بين حاضرين زماناً غائبين مكاناً من جانب، فهو يختلف عنه من حيث أن الالتقاء المادي

(1) -انظر: صلاح علي حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 121-122.

(2) -انظر: بشار طلال أحمد مومني: مشكلات التعاقد عبر الإنترنت دراسة مقارنة، د.ط، الأردن، عالم الكتب الحديث، 2004م، ص 80.

(3) -انظر: إيمان مأمون أحمد سليمان: إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، مرجع سابق، ص 60، هامش 2.

للطرفين وإن لم يتحقق فعلياً، إلا أنه يتحقق افتراضياً عبر الإنترنت فيكون لطرفي العقد مجالاً لإجراء مفاوضات قبل التعاقد.

ويمكن مناقشة هذه الآراء كالتالي:

- التعاقد عبر الإنترنت يختلف عن التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الأخرى، من حيث مدى توفر النشاط الحوارى أو ما يعرف بـ"التفاعلية"، فالمتعاقد من خلال التلفزيون والمنتال مثلاً، لا يمكنه التعبير عن قبوله للعرض الذي وجهه الموجب عبر البث التلفزيونى بصفة فورية وبنفس الوسيلة، كما لا يمكنه دفع قيمة المنتج أو السلعة إلا بعد إرسال صك بقيمة المنتج أو السلعة، وإما عن طريق إرسال رقم بطاقته البنكية عبر المنتال⁽¹⁾.

- أن التعاقد عبر الإنترنت لا يمكن تشبيهه بالتعاقد عبر الفاكس والتلكس والفاكسميل لغياب التفاعلية المشار إليها أعلاه في هذه الوسائل من جهة، واختلاف الخدمات التي تقدمها عن الخدمات التي تتيحها شبكة الإنترنت من جهة أخرى.

- التعاقد عن طريق الإنترنت يتميز عن التعاقد عبر الهاتف من جانب أن شبكة الإنترنت لا تقتصر خدماتها على نقل الصوت فقط كما هو الحال بالنسبة للهاتف العادى⁽²⁾، بل توفر للمتعاملين خدمات نقل الصوت والصورة والكتابة والحركة، وحتى إرسال واستلام الملفات والصور والفيديوهات... ومن جانب أن الهاتف يوفر إمكانية الاتصال بين طرفين أو ثلاثة على الأكثر، فإن الإنترنت تتيح إمكانية الاتصال مع عدد غير محدود من الأطراف في ذات الوقت. كما أنه في حين لا يمكن التواصل بين طرفي العقد في التعاقد عبر الهاتف إلا إذا كان تواجد الطرفين متزامناً على الخط، نجد أنه في التعاقد عبر الإنترنت يمكن للمتعاقد الذي يريد الحصول على منتج أو خدمة أن يتواصل مع الموقع الذي عرضت من خلاله حتى في غياب العارض⁽³⁾.

- أن الاتصال المباشر بين الطرفين في التعاقد عبر الإنترنت لا يمكن التسليم به على الإطلاق

(1) - Deprez Pierre, Fauchoux Vincent: Lois, contrats et usages du Multimédia, édition : DIXIT, 2002, p136, sur le site : [http://www.En-droit.com/intellexLouvrages/Lois,contrats et usages du Multimédia.pdf](http://www.En-droit.com/intellexLouvrages/Lois,contrats%20et%20usages%20du%20Multim%C3%A9dia.pdf), 2014. La dernière visite du site : 23/12/2014.

(2) - بالنسبة للهاتف المرئى هناك من يعتبره تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان والمكان على عكس الهاتف العادى الذي يعد تعاقد بين حاضرين زماناً. وهناك من يرى أنه يبقى في حكم الهاتف العادى. ينظر تفصيل هذا الرأى لدى: أمانج رحيم أحمد: التراضى في العقود الإلكترونية، مرجع سابق، ص 76 هامش 3.

(3) - انظر: أمانج رحيم أحمد: التراضى في العقود الإلكترونية، مرجع سابق، ص 77.

واعتبار أن التعاقد بهذه الوسيلة هو تعاقد بين حاضرين، فالعامل الزمني يمكن ألا يكون مباشراً. ففي وقت إرسال القبول قد لا يكون الموجب على الجهاز، كما أن التلاقي الافتراضي لا يمكن مساواته بالتلاقي الحقيقي الذي يجنبنا كثيراً من المسائل وعلى رأسها مسألة التحقق من الأهلية⁽¹⁾.

من كل ما تقدم يمكن القول أن عقود التجارة الإلكترونية والتي يقصد بها في مفهوم عصرنا الحالي عقود التجارة الإلكترونية المبرمة عن طريق الإنترنت حصراً، هي بالتأكيد من قبيل العقود المبرمة عن بعد أو ما يعرف بعقود المسافات، غير أنه لا يمكن الجزم بأنها عقود بين حاضرين أم عقود بين غائبين بالنظر إلى نوع الخدمات التي تقدمها وسائل الاتصال الإلكترونية المستعملة في هذا المجال منذ ظهور هذا النوع من العقود.

فالخصوصية التي يتمتع بها عقد التجارة الإلكترونية المبرم عبر هذه الوسيلة التي تتميز بأهم صفة في وسائل الاتصال الحديثة وهي صفة "التفاعلية" أو "النشاط الحواري" تجعل أمر تحديد ما إذا كانت تعاقد ما بين حاضرين أم تعاقد ما بين غائبين بشكل مطلق أمر صعب وغير ممكن واقعياً، فلا يمكن أن نقول أن جميع عقود التجارة الإلكترونية هي عقود ما بين حاضرين لأن التعاقد يمكن أن يتم بين الأطراف المتعاقدة بشكل مباشر يتزامن فيه الإيجاب والقبول ويكون مجلس العقد فيه مجلس عقد ما بين حاضرين فكل الأطراف على اتصال بالصوت والصورة الحركة كما هو حال في مجلس العقد التقليدي، كما لا يمكن القول بأن جميع عقود التجارة الإلكترونية هي عقود ما بين غائبين لأن القبول قد لا يتزامن مع الإيجاب، فقد يرسل عبر البريد الإلكتروني ولا يتم الإطلاع عليه من قبل الموجب إلا بعد مدة وغير ذلك من الفروض المتاحة في هذا المجال.

وعليه فالرأي الراجح في هذه المسألة هو أن العقود الإلكترونية هي عقود مبرمة عن بعد، يتم تحديد ما إذا كانت عقود ما بين غائبين أم ما بين حاضرين في كل حالة على حدة، إذ لا يمكن أن نعمم الحكم بالنسبة لجميع هذه العقود وإنما الضابط في هذا التحديد يترك لنوع للخدمة المستعملة في التعاقد، خاصة وأن الخدمات التي تتيحها هذه الوسيلة متعددة ومتطورة ولا يمكن حصرها وقد تقدم بيان أهم هذه الخدمات في الفصل التمهيدي إلا أن مجاراتها أمر صعب التحقيق.

ثانياً: عقود التجارة الإلكترونية وعقود الإذعان

يقسم فقهاء القانون العقود بالنظر إلى مدى توفر إمكانية مناقشة مضمونها وشروطها إلى عقود

(1) -انظر: إيمان مأمون أحمد سليمان: إبرام العقد الإلكتروني وإثابته، مرجع سابق، ص60.

مساومة⁽¹⁾ وعقود إذعان. فعقد المساومة هو العقد الذي يبرم بعد مناقشة بين طرفيه، حيث يضع كل متعاقد ما يناسبه من بنود وشروط تحقق مصلحته، فتكون إرادتيهما غالباً متساوية ومتكافئة⁽²⁾، أي أن هذه العقود تقوم على حرية أطرافها في مناقشة شروطها والمساومة على عناصرها⁽³⁾. أما عقد الإذعان فيكون فيه أحد الطرفين مستأثراً بوضع بنود العقد وشروطه، وما على الطرف الآخر سوى قبول العقد كما هو أو رفضه، فليس له مجال لمناقشة أو تعديل بنود العقد المعروض عليه بما يوافق مصلحته.

وقد اختلفت الآراء حول الطبيعة القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، إذ صنفته بعض هذه الآراء على أنه من عقود المساومة، وصنفته بعضها على أنه من عقود الإذعان. وستعرض الباحثة هذين الرأيين والترجيح بينهما بعد بيان مفهوم عقد الإذعان لأن هذا المفهوم هو الذي تبني عليه مختلف الآراء.

1- مفهوم عقود الإذعان:

الإذعان لغة: الذال والعين والنون، أصل واحد يدل على الانقياد، وبناءً عليه: دَعَنَ إِلا أن استعماله أَدْعَنَ، والإذعان: هو الخضوع والانقياد والإسراع في الطاعة، ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِنْ يَكُنْ لَهُمُ الْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ﴾⁽⁴⁾، يقال: أذعن الرجل أي: انقاد وذل وخضع، وناقاة مذعان: أي سلسلة الرأس، منقادة لقائدها⁽⁵⁾.

أما اصطلاحاً: فبالنسبة للفقهاء الإسلاميين لا نجد تعريفاً لهذا النوع من العقود عند الفقهاء القدماء، وذلك لأنه من العقود المستجدة، لذلك ستكتفي الباحثة بما أورده الفقهاء المعاصرون من تعريفات لهذا العقد بعد أن نتناول التعريف القانوني لها لأسبقيته في هذا المجال.

أ- تعريف عقد الإذعان على مستوى التشريع والفقهاء القانونيين:

عقود الإذعان من العقود التي ظهرت حديثاً، وتناولتها مختلف التشريعات والآراء الفقهية القانونية، ويطلق على هذا النوع من العقود اصطلاحاً "عقود الانضمام" (Contrat d'adhésion)

(1) وتسمى أيضاً عقود الممارسة أو التراضي (contrats de gré à gré). انظر: نبيل إبراهيم سعد، محمد حسين منصور:

مبادئ القانون المدخل إلى القانون - نظرية الالتزام، بيروت، دار النهضة العربية، 1995م، ص 239.

(2) -علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام، د.ط، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص 26.

(3) -نبيل إبراهيم سعد، محمد حسين منصور: مبادئ القانون، مرجع سابق، ص 239.

(4) -سورة النور: 49.

(5) -ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، مادة (دَعَنَ)، ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، باب الذال والعين وما يثلثهما.

في القانون المدني الفرنسي، لأن من يقبل العقد إنما ينضم إليه دون أن يناقشه⁽¹⁾، أما المشرع اللبناني فيطلق عليها مصطلح عقود الموافقة⁽²⁾.

إلا أن التسمية الأنسب لهذا النوع من العقود كما يرى جل القانونيين وعلى رأسهم الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري هي "عقود الإذعان" لما يُشعر به هذا التعبير من معنى الاضطرار في القبول⁽³⁾.

أما عن تعريف عقد الإذعان فقد عرفه **الفقه التقليدي** بأنه: «العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية، تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها»⁽⁴⁾.

فبناء على هذا التعريف، لا يكون العقد من عقود الإذعان إلا بشروط ثلاث⁽⁵⁾:

-تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين.

-احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق.

-صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر أي لمدة غير محددة. ويغلب أن يكون في صيغة مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة غير قابلة للمناقشة وأكثرها لمصلحة الموجب، فهي تارة تخفف من مسؤوليته التعاقدية وأخرى تشدد في مسؤولية الطرف الآخر، وعادة ما تكون صياغتها معقدة يصعب فهمها من قبل عامة الناس.

ويمكن التمثيل لهذا النوع من العقود بالعقود التي يبرمها الأفراد مع شركات الكهرباء والماء والغاز، ومع مصالح البريد والهاتف، وعقود النقل(البرية والبحرية والجوية)، وعقود التأمين، إضافة إلى عقود الإيجار التي تكون بين الأفراد والدولة فيما يتعلق بإيجار المساكن والأراضي والمحلات، وتعد أيضاً من قبيل عقود الإذعان بعض عقود العمل في الصناعات الكبرى. فهذه كلها عقود لا غنى للفرد عنها وبالتالي لا

(1) -عبد الرزاق أحمد السنهوري: نظرية العقد، مرجع سابق، 279/1.

(2) -أحمد سمير قريفي: عقود الإذعان في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، ط1، المملكة العربية السعودية، دار إشبيلية للنشر والتوزيع، (1431هـ-2010م)، ص26.

(3) -انظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري: نظرية العقد، مرجع سابق، 279/1.

(4) -كوثر سعيد عدنان خالد: حماية المستهلك الإلكتروني، مرجع سابق، ص497.

(5) -عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، 245/1.

يسعه إلا قبولها كما هي (1).

أما تعريف الفقه الحديث لعقد الإذعان فيُستهل بتعريف جاك غستان (Jacques Ghestin) حيث عرفه بأنه: «انضمام لعقد نموذجي يجره أحد الفريقين بصورة أحادية الجانب وينضم إليه الفريق الآخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله» (2). وهناك تعريف آخر مفاده أن عقد الإذعان هو: «عقد يحدد محتواه كلياً أو جزئياً، وبطريقة مجردة وعمامة قبل الفترة التعاقدية» (3)، فهو عقد يتم إعداده مسبقاً، حيث يتولى أحد أطرافه تحديد مضمونه ببيان الحقوق والالتزامات الناتجة عنه بالطريقة التي تحقق مصلحته، دون أن يكون للطرف الآخر حق مناقشة ذلك المضمون (4).

ويرجع جاك غستان عدم اشتراط الاحتكار في العقد حتى يعتبر عقد إذعان إلى أن اللامساواة بين المتعاقدين ليست بالضرورة نتيجة احتكار، بل ليست حتى نتيجة قوة اقتصادية ضخمة، فكل محترف عموماً هو في وضع يمكنه من فرض شروطه العامة على زبائنه.

وقد تبنت حل التشريعات العربية مفهوم الفقه الحديث لعقد الإذعان بعدم اشتراط الاحتكار فيه، فنجد مثلاً المشرع الجزائري قرر في المادة 70 من القانون المدني أنه: «يُحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها» (5)، دون أن يشترط وجود احتكار قانوني أو فعلي كما لم يشترط أن يكون محل العقد سلعة أو خدمة ضرورية للقابل ولا يمكنه الاستغناء عنها.

والفارق الأساسي بين تعريف الفقه التقليدي لعقد الإذعان، وتعريف الفقه الحديث له، يكمن في أن التعريف الأول اشترط في عقود الإذعان أن تكون متعلقة بسلع أو مرافق ضرورية محتكرة بشكل قانوني أو فعلي، أو تكون محل منافسة محدودة النطاق، مما يعني أن المتعاقد في هذه الحالة يكون مجبراً على التعاقد مع عارض أو مقدم هذه السلع والمرافق التي تعد ضرورية بالنسبة له ولا يمكنه الاستغناء عنها، في حين نجد أن التعريف الثاني لم يشترط فكرة الاحتكار أو المنافسة المحدودة النطاق، بل جعل

(1) - انظر: محمود حمودة صالح: عقود الإذعان والممارسات المعيبة المصاحبة لها، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، ع3، (1424هـ -

2004م)، ص15، عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، 1/245.

(2) - جاك غستان: المطول في القانون المدني تكوين العقد، ترجمة: منصور القاضي، مراجعة: فيصل كلثوم، ط1، لبنان، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، (1420هـ - 2000م)، ص97.

(3) - المرجع نفسه، ص498.

(4) - انظر: أحمد سمير قرني: عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص28.

(5) - الأمر رقم 75-58 السابق ذكره.

كل عقد يكون محدد المحتوى جزئياً أو كلياً بطريقة مجردة وعامة (أي أن العقد لا يكون موجه لشخص أو فئة بعينها) قبل الفترة التعاقدية عقد إذعان.

ب-تعريف عقد الإذعان عند فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين

تقدم أن عقد الإذعان من العقود المستجدة، وعليه فلم يتناوله الفقهاء الأوائل، وإنما تناوله الفقهاء المعاصرون، كما أن هذا النوع من العقود كان أحد المواضيع المطروحة على مجمع الفقه الإسلامي، الذي أصدر قراراً⁽¹⁾ بشأن هذه العقود بعد اطلاعه على مجموعة من البحوث المعدة من قبل مجموعة من المتخصصين في فقه المعاملات، ومن ضمن التعريفات التي جاءت في هذه البحوث:

- أن عقد الإذعان هو: «العقد الذي تكون فيه الصيغة من صيغ إبرام العقود التي تعتمد على نموذج نمطي للعقد، يعده أحد طرفي العلاقة التعاقدية بصورة منفردة، ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له إلا الموافقة عليه كما هو، أو رفضه دون أن يكون له أن يغير في العبارات الواردة فيه أو الشروط والأحكام التي يتضمنها، ولا أن يدخل في مجازبة أو مساومة حقيقية على شروطه مع الطرف المعد لهذا العقد»⁽²⁾. أو هو: «عقد يقوم على اتفاق، يضعه أحد طرفي العقد، ويوجب على الطرف الآخر قبوله مطلقاً أو رفضه مطلقاً، ولا تكون هناك مساومة بين الأطراف حول بنود العقد»⁽³⁾. كما عرف بأنه: «عقد تُقيد فيه حرية أحد طرفيه، ويسمح للطرف الآخر بحرية واسعة، بحيث يكون هنالك تفاوت بينهما فيما يتعلق بحق المساومة وتحديد السعر وسوى ذلك»⁽⁴⁾.

والملاحظ بالنسبة لهذه التعريفات أنها توافق التعريفات التي قدمها الفقه القانوني الحديث لعقود الإذعان، ذلك أنها لم تشترط تعلق العقد بسلع أو مرافق ضرورية للأفراد، وأن تكون محتكرة قانونياً أو واقعياً، أو أن تكون المنافسة فيها محدودة، غير أنه وبالاطلاع على القرار النهائي الذي أصدره مجمع الفقه الإسلامي يتبين أن المجمع تبنى المفهوم الذي قدمه الفقه القانوني التقليدي لهذه العقود حيث جاء في القرار: «1-عقود الإذعان مصطلح قانوني غربي حديث لاتفاقيات تحكمها الخصائص والشروط الآتية:

⁽¹⁾ -قرار رقم 132 (14/6) صادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد دورته الرابعة عشرة بالدوحة (دولة قطر) 8 - 13 ذو القعدة 1423هـ، الموافق 11 - 16 كانون الثاني (يناير) 2003م.

⁽²⁾ -محمد علي القرني بن عيد: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، ع14، (1425هـ-2004م)، 308/3.

⁽³⁾ -قطب مصطفى سانو: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، ع14، (1425هـ-2004م)، 333/3.

⁽⁴⁾ -قطب مصطفى سانو: عقود الإذعان، مرجع سابق، 333/3.

أ- تعلق العقد بسلع أو منافع يحتاج إليها الناس كافة ولا غنى لهم عنها، كالماء والكهرباء والغاز والهاتف والبريد والنقل العام... الخ.

ب- احتكاز - أي سيطرة - الموجب لتلك السلع أو المنافع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً، أو على الأقل سيطرته عليها بشكل يجعل المنافسة فيها محدودة النطاق.

ج- انفراد الطرف الموجب بوضع تفاصيل العقد وشروطه، دون أن يكون للطرف الآخر حق في مناقشتها أو إلغاء شيء منها أو تعديله.

د- صدور الإيجاب (العرض) موجهاً إلى الجمهور، موحداً في تفاصيله وشروطه، وعلى نحو مستمر⁽¹⁾.

وعليه، يمكن القول أن الفقهاء الشرعيين تأثروا بالتعريفات القانونية لهذا النوع من العقود، فمنهم من تبنى المفهوم التقليدي، ومنهم من تبنى المفهوم الحديث لها. بمعنى أنه ليس هناك اختلاف بين المفهومين الشرعي والقانوني لهذه العقود.

2- عقود التجارة الإلكترونية بين المساومة والإذعان:

اختلفت الآراء حول طبيعة عقود التجارة الإلكترونية، فهي من عقود المساومة، أم أنها من عقود الإذعان، وسنحاول بيان هذين الرأيين والحجج المقدمة من كل منهما على النحو الآتي:

أ- عقود التجارة الإلكترونية من عقود المساومة: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن عقود التجارة الإلكترونية من عقود المساومة، تتساوى فيها إرادة الطرفين، وتتم بعد مناقشات حرة بين الموجب والقابل.

وقد استدلو على رأيهم هذا بأن خصائص عقد الإذعان لا تتوفر في العقود التي تبرم عبر الوسائل الإلكترونية وبصفة خاصة عبر شبكة الإنترنت، فمقدم الإيجاب عبر الشبكة لا يتمتع بالاحتكار الفعلي أو القانوني، انطلاقاً من عالمية الشبكة وطبيعتها، كما أن الخدمات التي تعرض عبرها لا يمكن الجزم بأنها تتعلق بعقود تكون المنافسة فيها محدودة النطاق لأن الإنترنت كما سبق وأن ذكرنا تتخطى الحدود الجغرافية وسيادة الدول، إضافة إلى أن القابل في هذه العقود له مطلق الحرية في التعاقد بعد الاطلاع على العروض المقدمة من قبل المنتجين أو الموردين، واختيار ما يناسبه من شروط في العقود التي أعدها مسبقاً، فدوره هنا لا يقتصر على مجرد الموافقة، بل له حرية الاختيار والانتقال من موقع إلى آخر حتى

(1) -القرار منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، ع14، (1425هـ-2004م)، 523/3.

يجد ما يرضيه⁽¹⁾.

فيرى أصحاب هذا الرأي أن العقود الإلكترونية هي عقود مساومة، باستثناء العقود الإلكترونية التي تعد في الواقع عقود إذعان، كالعقود المبرمة إلكترونياً للحصول على الخدمات الضرورية: الماء، الكهرباء، الهاتف، وخدمات الاشتراك في شبكة الإنترنت...، فمجرد وجود تفاصيل التعاقد وشروطه العامة مثبتة مسبقاً في الموقع الإلكتروني للتاجر أو وحدة الأعمال لا يعني أن العقد هو عقد إذعان⁽²⁾.

ب- عقد التجارة الإلكترونية من عقود الإذعان: يرى أصحاب هذا الرأي أن عقود التجارة الإلكترونية هي عقود إذعان، ذلك أن أغلب العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية وبصفة خاصة عبر شبكة الإنترنت، تتم بموجب عقود نموذجية (نمطية) تظهر في الموقع الإلكتروني للبائع في شكل استمارة تتضمن تفاصيل التعاقد وتتوجه بشروط متماثلة إلى الجمهور، فلا يكون للطرف الآخر فرصة لمناقشة شروط العقد والتفاوض مع المنتج أو المورد، كما لا يكون له فرصة كافية لمعاينة المنتج أو الاطلاع على مواصفات الخدمة المعروضة⁽³⁾. وقد تبني المشرع المصري هذا الرأي حيث نص في المادة 18 من مشروع قانون التجارة الإلكترونية على أنه: «تعتبر العقود النمطية المبرمة إلكترونياً من عقود الإذعان في مفهوم القانون من حيث تفسيرها لمصلحة الطرف المدعن، وجواز إبطال ما يرد فيها من شروط تعسفية ويعد شرطاً تعسفياً كل شرط من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد وكل شرط يتضمن حكماً لم يجز به العرف»⁽⁴⁾.

وذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى اعتبار العقد المبرم إلكترونياً عبر الإنترنت من قبيل عقود الإذعان، إذا كانت الشروط العامة للتعاقد المذكورة بموقع التاجر، بحيث لا يكون أمام زائر الموقع (المشتري المحتمل) إلا أن يقبلها أو لا يتعاقد مطلقاً⁽⁵⁾.

ج- الرأي المختار: بعد الاطلاع على الآراء الفقهية المتعلقة بتحديد طبيعة عقود التجارة الإلكترونية، هل هي من عقود المساومة أم من عقود الإذعان، وملاحظة الأدلة التي تم الاستناد إليها في

(1) منصور الصرايرة: الإطار القانوني للعقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية، دراسة في التشريع الأردني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج 25، ع 02، 2009، ص 827-828.

(2) انظر: أمانح رحيم أحمد: التراضي في العقود الإلكترونية، مرجع سابق، ص 83.

(3) انظر: المرجع نفسه، ص 82، صلاح علي حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 103.

(4) إلياس ناصيف: العقود الدولية: العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ملحق رقم 03، ص 378.

(5) انظر: صلاح علي حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 132.

ذلك، ترى الباحثة⁽¹⁾ أن عقود التجارة الإلكترونية ليست كلها عقود إذعان، وليست كلها عقود مساومة، فمسألة تحديد طبيعة هذه العقود لا تتوقف على الوسيلة المتبعة في إبرامها، بل تتوقف على العقد ذاته. فالعقود المتعلقة بتوريد الماء والكهرباء والغاز والهاتف هي عقود إذعان سواء أتمت بطريقة تقليدية أم بوسيلة إلكترونية، في حين تكون العقود المتعلقة بالخدمات والسلع الاستهلاكية عقود مساومة في الغالب سواء أتمت بالطرق التقليدية أو بالوسائل الإلكترونية.

كما أنه بالنسبة للعقود المبرمة عبر الإنترنت، تقدم أن هناك طريقتين لإبرامها، فالعقود التي تتم عبر البريد الإلكتروني في الغالب هي عقود مساومة، إذ يتم التفاوض عليها بواسطة الرسائل الإلكترونية إلى أن يقترن إيجاب أحد المتعاقدين بقبول الآخر فيعقد العقد، أما عقود (web) والتي تتم من خلال الموقع الإلكتروني للبائع أو المورد أو المنتج، فهي وإن كانت تحتوي على بعض سمات عقود الإذعان إلا أنها ليست عقود إذعان بالمعنى الدقيق، فالمشتري لا يكون مضطراً للتعاقد مع موقع بعينه، إذ هناك مواقع مختلفة ومتعددة تعرض ذات السلع والخدمات، فهو عادة ما يكون أمام عشرات إن لم نقل مئات الخيارات، ويستحيل أن لا يجد ما يناسبه من بينها.

ثالثاً: تمييز عقد التجارة الإلكترونية عن بعض عقود البيئة الإلكترونية

تقدم أن الإنترنت يعتبر في عصرنا الحالي أكثر الوسائل الإلكترونية استعمالاً في مجال إبرام العقود، غير أنه وحتى يتمكن الأشخاص والشركات من إبرام عقودهم عبر هذه الوسيلة يقومون بإبرام عقود أخرى تسهل لهم مهمة الاستفادة من هذه التقنية في معاملاتهم التجارية خاصة.

فهذه العقود مرتبطة بعقود التجارة الإلكترونية إلا أنها ليست محلاً لها، وإنما يكون إنشاؤها لأجل تحقيقها، لذلك فهي تسمى عادة "عقود الخدمات الإلكترونية".

ويقصد بعقود الخدمات الإلكترونية كل العقود الخاصة بتجهيز وتقديم خدمات الإنترنت وكيفية الاستفادة منها، أي أنها تلك العقود التي تبرم بين القائمين على تقديم خدمات تلك الشبكة من جهة، والمستفيدين منها من جهة أخرى⁽²⁾. وهي بهذا المفهوم تضم عدداً كبيراً من العقود لا يتسع المجال

(1) - لقد تم اختيار هذا الرأي من قبل مجموعة من الباحثين: عمر المومني: التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية، دراسة قانونية وتحليلية مقارنة، ط1، الأردن، دار وائل للنشر والتوزيع، 2003م، ص35، أمانح رحيم أحمد: التراضي في العقود الإلكترونية، مرجع سابق، ص83-84، هادي يونس مسلم البشكاني: التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص179، صلاح علي حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص136.

(2) - انظر: محمد حسين منصور: المسؤولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص26.

لذكرها جميعا لذا ستكتفي الباحثة ببعض منها على النحو الآتي بيانه:

1- عقد الدخول إلى الشبكة (contrat d'accès au réseau):

تتطلب مباشرة المعاملات الإلكترونية عبر الإنترنت، إمكانية النفاذ إلى شبكات الاتصال في الفضاء الإلكتروني عن طريق أحد موردي خدمات النفاذ إلى الشبكة، وهو ما يتطلب بدوره إبرام عقد النفاذ إلى شبكات الاتصال ومن أهمها طبعا شبكة الإنترنت.

فالعقد الدخول إلى شبكة الإنترنت هو العقد الذي يبرم بين العميل -أي الشخص الذي يريد إنشاء موقع على الشبكة- وبين مزود خدمات الدخول إلى الشبكة⁽¹⁾، فهذا العقد هو الذي يحقق الدخول إلى شبكة الإنترنت من الناحية الفنية⁽²⁾. فبمقتضى هذا العقد يتيح مزود خدمة الإنترنت للعميل الوسائل التي تمكنه من الدخول إلى الشبكة، وأهمها برنامج الاتصال (connexion à l'internet) الذي يحقق الاتصال بين الكمبيوتر والشبكة، كما قد يقدم في بعض الأحيان الأدوات اللازمة لذلك كجهاز المودم⁽³⁾. ويستفيد العميل من اسم مستخدم وكلمة سر⁽⁴⁾ خاصين به يكون ملزما بالمحافظة على سرتهما⁽⁵⁾.

وهذا العقد ملزم للطرفين، فبالنسبة لمتعهد خدمة الدخول إلى الشبكة، فإنه يقع على عاتقه التزام رئيس يتمثل في إتاحة الاتصال بشبكة الإنترنت، كما قد يتضمن العقد التزامات أخرى تعد التزامات مكتملة، مثل: الالتزام بالصيانة، الالتزام بتقديم المساعدة الفنية هاتفيا⁽⁶⁾ حتى يضمن الاتصال، والالتزام بتطوير الشبكة. فمثل هذه الالتزامات هي مكتملة للالتزام الرئيس لمتعهد خدمة الدخول، وهي لا تكون

(1)-انظر: إيمان مأمون أحمد سليمان: إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، مرجع سابق، ص70.

(2)-انظر: محمد حسين منصور: المسؤولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص26.

(3)-انظر: أسامة أبو الحسن مجاهد: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص136.

(4)-اسم مستخدم: Nom d'utilisateur، كلمة سر أو كلمة مرور: Mot de passe.

(5)-انظر: خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص73، إيمان مأمون أحمد سليمان: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص71.

(6)-وتسمى هذه الخدمة بخدمة "الخط الساخن" (hot line)، وهي خدمة تدخل في الإطار العقدي باعتبارها عنصرا في العقد الرئيسي أو على الأقل باعتبارها محلا لعقد خاص، لذلك فعلى من يتعهد بتقديم هذه الخدمة القيام بها بالطريقة المناسبة بقدر الإمكان ومن خلال شروط تلزمه بالتزامات محددة، كإلزامه بأن يحدد للعميل الوقت الذي يجوز له الدخول فيه إلى الخط الساخن، والوقت المحدد للرد عليه، واللغة أو اللغات التي تقدم بها هذه الخدمة. انظر تفصيل هذه الخدمة وما يتعلق بها عند: أسامة أبو الحسن مجاهد: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص136-137.

إجبارية إلا بالنسبة لمتعهدي الدخول الذين تتضمنها عقودهم⁽¹⁾.

أما الالتزام الذي يقع على عاتق العميل فهو الالتزام بسداد مبلغ معين يسمى بالاشتراك وذلك في مقابل الدخول والإبحار في شبكة الإنترنت والاستفادة من كل أو بعض خدماتها، لمدة زمنية محددة قابلة للتجديد بشروط معينة، وفي حالة عدم سداد قيمة الاشتراك يحق لمقدم الخدمة إنهاء العقد وحرمان العميل من دخول الشبكة⁽²⁾.

فعقد استخدام الشبكة هو الركيزة الأساسية في العقد الإلكتروني، لأنه إذا لم يكن ثمة إمكانية لاستخدام الشبكة فلا يمكن إبرام عقد إلكتروني عبرها⁽³⁾.

2- عقد إنشاء المتجر الافتراضي (La réalisation de la boutique virtuelle)⁽⁴⁾:

لهذا العقد أهمية بالغة في مجال التجارة الإلكترونية ذلك أنه يمكن التاجر من عرض بضائعه، ومن ثم إجراء الصفقات والتعاقد مع عملائه بشأنها من خلال موقع تجاري على الشبكة.

ويتكون المتجر الافتراضي من صفحة أو أكثر على الواب (web) يمكن الرجوع إليها عبر شبكة الإنترنت، تندرج تحت اسم مجال المركز الافتراضي والذي من خلاله يضمن التاجر عرضه.

وهناك من يطلق على عقد إنشاء المتجر الافتراضي عقد المشاركة (contrat de participation)، لأنه من خلال هذا العقد يتمكن التاجر من أن يصبح مشتركا في المركز التجاري الافتراضي⁽⁵⁾، هذا الأخير الذي يشبه المراكز التجارية التقليدية من حيث أنه يجمع العديد من التجار

(1) -انظر: إيمان مأمون أحمد سليمان: إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، مرجع سابق، ص71، لزهرة بن سعيد: النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص45.

(2) -انظر: أسامة أبو الحسن مجاهد: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص138، خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص73-74.

(3) -انظر: إلياس ناصيف: العقود الدولية العقد الإلكتروني في القانون المقارن، مرجع سابق، ص48-49.

(4) -انظر: المرجع نفسه، ص54، إيمان مأمون أحمد سليمان: إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، مرجع سابق، ص73، لزهرة بن سعيد: النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص74، خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص77-78، أسامة أبو الحسن مجاهد: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص140-141.

(5) -المراكز التجارية الافتراضية تنقسم إلى قسمين: 1- مراكز يمكن الدخول إليها دون حاجة إلى إجراءات خاصة، إلا أنها لا تسمح لزائر موقعها سوى بالاطلاع أي التحول فيه والتعرف على السلع والخدمات المعروضة دون أن يتمكن من الشراء. 2- مراكز لا يمكن الدخول إلى مواقعها إلا بإجراءات معينة تتمثل أساسا في التحقق من شخصية الزائر وتسجيله، وأخذ رقم بطاقته الائتمانية من أجل تسهيل الوفاء في حالة الشراء، وأن يتبنى توقيعاً رقمياً يحمل شفرة خاصة. وإذا ما تمت هذه الإجراءات يتمكن الزائر من التحول في المركز

تحت عنوان واحد كما يجمعهم المركز التجاري التقليدي في مكان واحد.

وبموجب هذا العقد، يلتزم مقدم الخدمة من تمكين التاجر من استعمال الموقع الإلكتروني للمركز التجاري الافتراضي، بناء على استخدام برنامج خاص يتيح له ممارسة أعماله التجارية من عرض للبضائع وإبرام للعقود مقابل قيمة مالية معينة يتفقان عليها.

ويتضمن عقد إنشاء المتجر الافتراضي شروطا تهدف أساسا إلى تنظيم سير النشاط التجاري الذي يتم من خلال المركز التجاري الافتراضي، وتنظيم الرقابة على محتويات متاجر المركز واحترام الأعراف التجارية، إضافة إلى تنظيم إبرام العقود والصفقات.

وتقسم الشروط التي يتضمنها هذا العقد إلى:

أ- شروط عامة تخضع لها كل المتاجر المشاركة بالمركز: مثل تحديد البيانات الشخصية للمشارك، وتقديم بيان مفصل للسلع والمنتجات المعروضة، وصورها الدقيقة، واللغة المستعملة في العرض، وتحديد الأسعار بوضوح، وبيان الضرائب، ونفقات الشحن، ومواعيد التسليم، واحترام التشريعات السارية التي تتعلق بالنشاط التجاري الممارس، وضمن احترام الطرفين للأعراف التجارية، وتنظيم إبرام العقود اللازمة مع الغير مثل الترخيص للمتجر من إحدى شركات البرامج باستخدام برنامج معين للوفاء.

ب- شروط خاصة: وهي شروط تخص كل متجر على حدة، حيث تعتبر وكأنها نظام داخلي يضعه كل متجر حسب ما يراه مناسبا لحسن سيره.

3- عقد الإيجار المعلوماتي ويسمى أيضا عقد الإيواء (contrat d'hébergement):

فبموجب هذا العقد يلتزم مقدم الخدمة بأن يضع تحت تصرف المشترك بعض إمكانيات أجهزته وأدواته المعلوماتية على شبكة الإنترنت لاستعمالها لتحقيق مصالحه، ويكون ذلك بأن يتيح له الانتفاع بمساحة على القرص الصلب بأجهزة الكمبيوتر الخاصة به على نحو معين، ومثال ذلك أن يتيح له إمكانية أن يكون له عنوان بريد إلكتروني لديه، أو أن يوفر له موقع وab (web) من خلال جهاز الكمبيوتر المملوك له والمتصل بالإنترنت بحيث يتمكن من التعامل بشأن هذا الموقع من خلال هذا

الافتراضي بجميع متاجره واقتناء ما يرغب فيه من منتجات وخدمات، كما يستفيد الزائر من كود خاص يستعمله في كل مرة يريد فيها زيارة. انظر: إلياس ناصيف: العقود الدولية، مرجع سابق، ص 54-55.

الجهاز⁽¹⁾.

ويتضمن العقد تحديدا للالتزامات مقدم الخدمة اتجاه المشترك، فقد يلتزم بأداء خدمات إضافية كالالتزام بمساعدة المشترك وتزويده بالمعلومات مقابل مبلغ مالي يدفعه المشترك؛ وبالمقابل تحدد التزامات المشترك أو العميل والمتمثلة أساسا في الالتزام بعدم تجاوز الإطار المحدد لاستعمال الأجهزة المخصصة له، ووجوب استعمالها بالطريقة الصحيحة حتى لا يتسبب في إتلافها⁽²⁾.

وإذا كان جانب من الفقه القانوني يرى أن هذا العقد هو عقد إيجار معلوماتي بالنظر إلى كونه يرد على خدمة معلوماتية، فإن جانب آخر يرى بأن هذا العقد يمكن أن يكيف على أنه عقد إيجار للأشياء طالما أن مقدم الخدمة يسمح لعميله بالانتفاع بأجهزته مع احتفاظه بملكيتها ويتنازل له عن حيازته لبعض الإمكانيات التي تتيحها هذه الأجهزة، وطالما أن ما يقدمه من خدمات فنية يعد ذا صفة تبعية بالنسبة للانتفاع بهذه الأجهزة، ويترتب على الأخذ بهذا التكييف أن مورد الخدمة يخضع للقواعد العامة المتعلقة بمسؤولية حارس الأشياء في حالة ما إذا استعمل العميل أجهزته على نحو يضر بالغير⁽³⁾.

ففي حالة استعمال هذا العقد من أجل حيازة موقع أو بريد إلكتروني يستعمل في إبرام عقود إلكترونية، فإن هذا العقد أيضا يعتبر ركيزة أساسية للعقد الإلكتروني طالما أنه الطريقة المستعملة للاتصال بالإنترنت وإبرام العقود.

الفرع الثاني: دولية عقود التجارة الإلكترونية

تبدو مسألة تحديد ما إذا كانت عقود التجارة الإلكترونية عقود دولية أم لا، مسألة ذات أهمية بالنسبة لهذه الدراسة التي تعنى أساسا بطرق تسوية منازعات هذا النوع من العقود، وذلك بالنظر إلى أنه في حالة العلاقات الداخلية لا يكون هناك إشكال بالنسبة للتسوية ذلك أن قانون الدولة التي وقعت فيها المنازعة هو القانون الذي سيطبق عليها، بمعنى أنه لا مجال للحديث عن إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق، هذه الأخيرة التي تجد لها محلا في حالة العلاقات الدولية التي تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص.

⁽¹⁾—انظر: خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص78، إيمان مأمون أحمد سليمان: إبرام العقد الإلكتروني وإثباته،

مرجع سابق، ص76، إلياس ناصيف: العقود الدولية العقد الإلكتروني في القانون المقارن، مرجع سابق، ص51-52.

⁽²⁾—انظر: محمد حسين منصور: المسؤولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص27-28.

⁽³⁾—انظر: أسامة أبو الحسن مجاهد: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص1، ص139، خالد ممدوح إبراهيم: إبرام

العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص78.

ومن المعلوم أن القانون الدولي الخاص قد وضع مجموعة من المعايير التي يتم بناء عليها تحديد دولية العقود التقليدية، فهل تصلح هذه المعايير لتحديد دولية العقود الإلكترونية، وبصفة خاصة تلك المبرمة عبر الإنترنت أم أنه يجب إيجاد معايير أخرى تتماشى مع خصوصية هذه العقود؟ وستجيب الباحثة عن هذا التساؤل من خلال التطرق إلى معايير دولية العقود بصفة عامة (أولاً)، ثم بيان معايير دولية عقود التجارة الإلكترونية (ثانياً).

أولاً: معايير دولية العقود بصفة عامة

بداية تشير الباحثة أن مسألة دولية العقود لم تبحث لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، ذلك أن الدافع لبحثها في القانون الوضعي هو تحديد ما إذا كان العقد يخضع لقانون داخلي أم أنه خاضع للقانون الدولي الخاص، وهذا الأمر لا يطرح بالنسبة الشريعة الإسلامية لوحدة القانون المطبق، قال تعالى: ﴿... فَإِن نَّزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ٥٩﴾⁽¹⁾، وقوله أيضاً: ﴿وَمَا أَخْلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ...﴾⁽²⁾.

أما على مستوى القانون الوضعي فيتفق الفقهاء على أنه من الصعب إيجاد تعريف للعقد الدولي، ذلك أنه ليس من الهين التمييز بين العلاقات الدولية والعلاقات الداخلية⁽³⁾.

من أجل هذا كان لابد من إيجاد معيار من شأنه تحديد الصفة الدولية للعقد، وقد اختلف الفقه في تحديد المعيار المعول عليه لإضفاء هذه الصفة على العقود، فبينما ذهب جانب إلى أنه يجب الاعتماد على المعيار القانوني الذي يحدد دولية العقد بناء على مدى توفر الصفة الأجنبية فيه، ذهب جانب آخر إلى أنه يجب الاعتماد على المعيار الاقتصادي الذي يتخذ من انتقال رؤوس الأموال عبر الحدود دليلاً لإسباغ الصفة الدولية على العقد، في حين ذهب جانب ثالث إلى أنه يجب الجمع بين المعيارين السابقين لتحديد الصفة الدولية. وهو ما سيتم تفصيله في الآتي:

1- المعيار القانوني: مؤدى هذا المعيار هو أن العقد يعد دولياً متى توافرت الصفة الأجنبية في

واحد أو أكثر من عناصره القانونية دون تمييز بين تلك العناصر⁽⁴⁾. فيعد العقد دولياً، إذا كانت جنسية

(1) -سورة النساء: 59.

(2) -سورة الشورى: 10.

(3) -انظر: سليمان أحمد فضل: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 137.

(4) -انظر: محمد أشرف وفا: عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي، مج 57، 2001م،

ص 197.

أحد أطرافه أجنبية حتى ولو كان العقد ينتمي لنظام قانوني واحد، بما في ذلك محل إقامة وتوطن الطرف صاحب الجنسية الأجنبية، وعليه إذا قام شخص فرنسي الجنسية، بإبرام عقد مع إيطالي مقيم بفرنسا، وتم تنفيذ العقد في فرنسا فإن العقد يعد عقدا دوليا على الرغم من أن القانون الذي سيطبق على العقد في هذه الحالة هو القانون الفرنسي. كما يعد دوليا وفقا لهذا المعيار العقد الذي يبرم بين وطنيين يحملون ذات الجنسية، ويتم تنفيذه داخل وطنهم لمجرد أن اتفاقهم على هذا العقد تم خارج الوطن، أي أن العقد في هذه الحالة دوليا بمناسبة اتصاف محل إبرام العقد بالصفة الأجنبية⁽¹⁾.

وقد انتقد هذا المعيار بأنه يتسم بالجمود، لأنه يؤدي إلى إعمال أحكام القانون الدولي الخاص لمجرد توافر عنصر أجنبي في الرابطة العقدية، بغض النظر عن أهمية هذا العنصر، وطبيعة الرابطة العقدية⁽²⁾.

وهذا الانتقاد أدى ببعض الفقهاء المتبنين لهذا المعيار، إلى التفرقة بين عناصر العقد، وبالتالي إذا اتصف أحد العناصر الفعالة أو المؤثرة في العقد بالصفة الأجنبية كنا أمام عقد دولي، أما إذا كانت العناصر المتصفة بتلك الصفة عناصر غير فعالة أو محايدة كنا أمام عقد داخلي.

على أن تحديد ما إذا كان العنصر المتصف بالصفة الأجنبية عنصر فعال أو مؤثر في العقد، أم أنه عنصر غير فعال أو محايد يرجع إلى نوع الرابطة العقدية، والظروف المحيطة بالعملية التعاقدية، فإذا كانت جنسية طرفي العقد لا تعد عنصرا فعالا في المعاملات المالية، فإنها تعد عنصرا حاسما في عقود الزواج مثلا⁽³⁾.

2- المعيار الاقتصادي: وفقا لهذا المعيار، يعد العقد دوليا إذا كان متعلقا بمصالح التجارة الدولية⁽⁴⁾، وقد أدى الاعتماد على هذا المعيار إلى ظهور أنواع جديدة من العقود المختلفة عن العقود التقليدية مثل: عقد نقل التكنولوجيا، عقود التعاون الصناعي، هذه العقود التي أفرزها حرية المبادلات في

(1) -انظر: جميل الشراوي: محاضرات في العقود الدولية، د.ط، القاهرة، دار النهضة العربية، (1996-1997م)، ص18.

(2) -انظر: أحمد صادق القشيري: الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، مج1، 1965م، ص75.

(3) -ولم يسلم هذا التوجه الفقهي الذي حاول إضفاء شيء من المرونة على المعيار القانوني من الانتقاد، حيث انتقد من جانب أنه يعطي سلطة تقديرية واسعة للقاضي في تقدير مدى فاعلية العنصر الأجنبي في كل حالة على حدة. وهو ما يؤدي في الغالب إلى تطبيق قانونه الوطني من الوجهة العملية، وفي ذلك دعوة إلى فكرة الإقليمية البحتة. وقد رد هذا الانتقاد من حيث أن سلطة القاضي في هذا المجال تخضع لرقابة محكمة النقض، لأن تطبيق القاضي لقانونه الوطني رغم دولية العلاقة قد يشكل خرقا لقواعد الإسناد ومن ثم يعد خطأ في تطبيق القانون. انظر: إبراهيم أحمد إبراهيم: الوجيز القانون الدولي الخاص، د.ط، د.ن، 1991-1992م، ص548.

(4) -انظر: أشرف وفا محمد: عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص197.

المعاملات الدولية عبر الحدود. وقد مر هذا المعيار بمرحلتين، جاءت كل مرحلة تلبية لحاجات اقتصادية معينة⁽¹⁾:

المرحلة الأولى: وفيها اعتبر دوليا كل عقد يستتبع حركة مد وجزر لرؤوس الأموال عبر حدود دولتين أو أكثر، فالعبرة هنا بالمضمون والموضوع الاقتصادي للعقد، بمعنى أن يكون الانتقال متبادلا لرؤوس الأموال.

المرحلة الثانية: وفيها يعتبر دوليا كل عقد يتصل بمصالح التجارة الدولية، أي كل عقد يتعدى بتبعاته وآثاره الاقتصاد الوطني، فيكفي أن يكون انتقال رؤوس الأموال في اتجاه واحد.

وقد تبنت اتفاقية فيينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع هذا المعيار في مادتها 1/1 التي تنص على أن: «أحكام هذه الاتفاقية تنطبق على عقود بيع البضائع المبرمة بين أطراف توجد مراكز أعمالهم في دول مختلفة...»⁽²⁾.

فتواجد مراكز أعمال الأطراف في أكثر من دولة، يعني بالضرورة وجود انتقال لرؤوس الأموال إلى خارجها، وهذا الفرض يعتبر من أهم عناصر المعيار الاقتصادي⁽³⁾.

وبالإطلاع على مفاد هذا المعيار، يتضح أن توافر المعيار الاقتصادي يؤدي بالضرورة إلى توافر المعيار القانوني، ذلك أن حركة رؤوس الأموال عبر الحدود تؤدي إلى اتصال العقد بأكثر من نظام قانوني، بينما توافر المعيار القانوني لا يؤدي بالضرورة إلى توافر المعيار الاقتصادي.

3-الجمع بين المعيارين: ويعرف هذا الاتجاه بالمعيار المختلط، والذي يقوم على الجمع بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي لتحديد الصفة الدولية للعقد، فلا يكفي لجعل عقد ما عقدا دوليا أن يكون أحد عناصره القانونية ذا صفة أجنبية، بل لا بد أن يتعلق هذا العقد بمصالح التجارة الدولية.

وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا التوجه، في حكمها الصادر بتاريخ 1972/07/04، حيث استندت إلى المعيارين القانوني والاقتصادي معا لتقرير دولية عقد أبرم بين شركة هولندية وشخص فرنسي الجنسية، أصبح بموجبه هذا الأخير وكيلا عن الشركة في تسويق منتجاتها في فرنسا، وقد قررت محكمة النقض توافر الصفة الدولية لهذا العقد على أساس اتصال هذه الرابطة بأكثر من نظام قانوني

(1) -انظر: إبراهيم أحمد إبراهيم: الوجيز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص348.

(2) -اتفاقية فيينا: هي اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع المنعقدة في 11 أبريل 1980، وهي الاتفاقية رقم 1489 (R.T.N.U.3)، دخلت حيز التطبيق، بداية من 01 جانفي 1988.

(3) -انظر: إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص133.

واحد (الفرنسي، الهولندي) وهو ما يعني توافر المعيار القانوني، كما أشارت في معرض تأكيدها للصفة الدولية للعقد إلى أن هذه الرابطة القانونية سترتب عليه انتقال للأموال عبر الحدود، بما يعني أنها تلمس مصالح التجارة الدولية، وهو ما يعبر عن تبني المحكمة المعيار الاقتصادي إلى جانب المعيار القانوني⁽¹⁾.

وبعد عرض المعايير المعتمدة في تحديد دولية العقود بصفة عامة، يتوجب تحديد ما إذا كانت عقود التجارة الإلكترونية تتصف بالصفة الدولية أم لا؟ وعلى أي أساس؟

ثانياً: معايير دولية عقود التجارة الإلكترونية

تقدم أن المعايير المعتمدة في تحديد دولية العقود بصفة عامة، تنوعت بين معيار قانوني تقليدي وحديث، ومعيار اقتصادي تطور بين اشتراط الانتقال المتبادل لرؤوس الأموال إلى الاكتفاء بانتقالها من جانب واحد، ومعيار ثالث جمع ما بين المعيارين الأولين، ومع ذلك فإن هناك صعوبة في تطبيق هذه المعايير على عقود التجارة الدولية.

وإذا كان هذا هو الحال بالنسبة للعقود التقليدية، فمما لا شك فيه أن الحال سيكون أكثر تعقيداً بالنسبة للعقود الإلكترونية وبصفة خاصة تلك التي تبرم من خلال شبكة الإنترنت، هذه الأخيرة التي تقوم أساساً على إلغاء كل الحدود السياسية كانت أم جغرافية.

وعليه فقد اختلفت الآراء فيما يتعلق بتحديد دولية عقود التجارة الإلكترونية، بين قائل بأنها عقود دولية على الإطلاق طالما أنها تبرم عبر شبكة دولية، وقائل بأنها قد تكون عقود دولية كما قد تكون عقود داخلية. كما اختلف بشأن المعيار الذي من شأنه تحديد دولية هذه العقود.

1- الاتجاه الأول: ذهب هذا الاتجاه إلى أنه حتى يمكن تحديد ما إذا العقد الإلكتروني دولياً أم

لا، يجب التمييز بين حالتين: حالة قصر العرض، وحالة إطلاقه⁽²⁾.

- فإذا قصر عارض الخدمة أو السلعة عرضه في حدود دولة واحدة فقط، كأن يعرض أحد التجار سلعة ما على شبكة الإنترنت، ويقصر عرضه على العملاء الذين ينتمون لدولته فقط، تفادياً للمشاكل التي قد تثيرها عملية البيع لشخص من دولة أخرى كمسألة التسليم، ودفع الثمن...، فلا يمكن في هذه الحالة الحديث عن دولية العقد، لأن جميع العناصر القانونية للعقد متمركزة في دولة واحدة، أي غياب

⁽¹⁾ -انظر: بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ماهيتها، القانون الواجب التطبيق عليها ووسائل تسوية منازعاتها، ط1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006م، ص84.

⁽²⁾ -انظر: أشرف وفا محمد: عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص197.

العنصر الأجنبي في الصفقة، مما يعني عدم انطباق المعيار القانوني عليه هذا من جهة، ومن جهة ثانية فليس ثمة انتقال لرؤوس الأموال عبر الحدود وبالتالي فلا مساس هنا بمصالح التجارة الدولية مما يعني عدم انطباق المعيار الاقتصادي أيضا.

فالعقد في هذه الحالة هو عقد داخلي بلا شك، وبالتالي فهو يدخل في نطاق القانون الداخلي، ويستبعد من دائرة القانون الدولي الخاص.

- أما إذا كان العرض المقدم مطلقا أي غير مقصور على عملاء في دولة واحدة، فإنه يكون لجميع العملاء - أي كان مكان تواجدهم - الحق في قبول هذا العرض والحصول على السلعة أو الخدمة التي تكون محلا له. ففي هذه الحالة يكون العقد دوليا بتطبيق المعيار القانوني لاحتوائه على عنصر أجنبي كاختلاف جنسية الأطراف أو موطنهم، كما أنه دولي أيضا بتطبيق المعيار الاقتصادي لعدم تركز المبادلات وبالتالي رؤوس الأموال في دولة واحدة وتخطيها للحدود، مما يعني تعلقها بمصالح التجارة الدولية.

2- الاتجاه الثاني: ذهب هذا الاتجاه إلى أن العقد الإلكتروني يمكن أن يبرم بين أطراف من ذات

الدولة، ومن ثم يأخذ حكم العقد الداخلي، إلا أن الغالب فيه اتسامه بالطابع الدولي، ذلك أنه معظم العقود الإلكترونية تبرم من خلال شبكة الإنترنت بين أشخاص يتواجدون وينتمون إلى دول مختلفة⁽¹⁾. كما ذهب جانب من هذا الاتجاه إلى إضفاء الصفة الدولية على جميع العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت، لاتصاف هذه الأخيرة بالطابع الدولي فهي غير مملوكة لدولة معينة، وعابرة للحدود بطبيعتها، ومن ثم فإن العقود التي تتم من خلالها لا تدخل في حدود دولة معينة، وحسب هذا الاتجاه فإن الطابع الدولي يتوافر حتى في العقود التي تتم بين شخصين من دولة واحدة، وتنفذ في ذات الدولة، وذلك على أساس وجود عنصر أجنبي متعلق إما بمقدم الخدمة أو معالج البيانات أو نقلها، إضافة إلى الطبيعة العالمية التي يتصف بها المجال الذي تعمل فيه الشبكة⁽²⁾.

وبناء على هذا الاتجاه فإن الواقع العملي أثبت أن الحدود الفاصلة بين العقد الدولي، والعقد الداخلي على شبكة الإنترنت قد سقطت، فكل العقود التي تبرم على الشبكة هي عقود دولية. ويرى أنصار هذا الاتجاه أن الرأي القائل بإمكانية تقسيم العقود الإلكترونية المبرمة من خلال الإنترنت أو

(1) - انظر: صلاح علي حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 148-152.

(2) - انظر: عزت علي محمد البحيري: القانون الواجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية نظرة عامة، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المنظم من قبل كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة وغرفة تجارة وصناعة دبي، في الفترة 09-11 ربيع الأول 1423 هـ الموافق 10-12 ماي 2003 م، مج 4، 1669، أحمد الهواري: عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال الإلكترونية السابق، مج 4، ص 1646.

الهاتف النقال، أو من خلال البريد الإلكتروني إلى عقود دولية وعقود داخلية، لا يوضح كيف يمكن إعمال هذه التفرقة في الحالات التي يحمل فيها شخص ما هاتفه الخليوي أو حاسوبه الشخصي ويتفاوض لإبرام العقد وهو ينتقل من دولة إلى أخرى أو يتواجد في أماكن لا تخضع لسيطرة دولة ما، كأعالي البحار والمحيطات أو الفضاء الخارجي⁽¹⁾.

من خلال ما تقدم ترى الباحثة أنه على الرغم من صحة ما ذهب إليه هذا الرأي الأخير فيما يخص كون شبكة الإنترنت شبكة عالمية تنتفي فيها كل الحدود الجغرافية وحتى السياسية، وعلى الرغم من أن معاملاتها غالباً ما تكون معاملات عابرة للحدود تتصف بالدولية التي تتحقق بإعمال المعيارين القانوني والاقتصادي، إلا أنه لا يمكن تعميم صفة الدولية على جميع العقود المبرمة عن طريق هذه الشبكة. فما ذهب إليه أنصار هذا الاتجاه من إضفاء الصفة الدولية على العقود التي تبرم بين شخص من نفس الدولة، وتنفذ في ذات الدولة لمجرد كون مزود الخدمة أو ناقل البيانات أو معالجها من دولة أخرى غير مسلم به، لأن العقد المتعلق بالدخول إلى الشبكة أو نقل البيانات أو معالجتها منفصل تماماً عن العقد الإلكتروني المبرم عبر هذه الشبكة، وقد تقد في المطلب السابق أنه هذه العقود هي أساس العقود الإلكترونية وليست العقود الإلكترونية في حد ذاتها. فالاعتماد على الوسيلة التي تم به العقد كأساس لتحديد صفته الدولية أمر لا يمكن التسليم به.

هذا بالنسبة للرأي الثاني، أما بالنسبة للرأي الأول فعلى الرغم من منطوقية التقسيم المقدم والذي يجعل من العقود التي تبرم في حالة ما إذا قصر مقدم العرض عرضه على دولة واحدة، عقود داخلية بحتة، فإن الباحثة لا تتفق مع كون كل العقود التي تبرم في حالة ما إذا كان العرض عاماً هي عقود دولية، إذ قد يكون العرض عاماً ويكون العميل الذي يريد الخدمة أو السلعة في ذات دولة مقدم العرض ومن الجنسية نفسها فهل يمكننا القول في هذه الحالة أن هذا العقد دولياً لمجرد صدور العرض مطلقاً دون تحديد لعملاء من ذات دولة العارض؟

وعليه فإن الراجح لدى الباحثة أن عقود التجارة الإلكترونية شأنها شأن العقود الأخرى يمكن أن تتصف بالدولية كما يمكن أن تكون داخلية وتؤكد وجهة نظرها هذه بما ورد في قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية⁽²⁾.

(1) -انظر: صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، د.ط، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص37.

(2) -حيث نصت المادة من القانون على أن: «ينطبق هذا القانون على أي نوع من المعلومات يكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية»، وأشار في الهامش إلى أنه: تقترح اللجنة النص التالي على الدول التي قد ترغب في قصر انطباق هذا القانون على الرسائل الدولية للبيانات: «ينطبق هذا القانون على رسالة البيانات حسب تعريفها الوارد في الفقرة 1 من المادة 02 عندما تتصل

كما أن هذا الرأي هو أيضا رأي مجموعة من الباحثين في المجال⁽¹⁾. أما بالنسبة لمعيار تحديد هذه الدولية فإنه من الأسلم الاعتماد على المعيارين القانوني (وبصفة خاصة المعيار القانوني الحديث الذي يعتمد على العنصر الأجنبي الفعال أو المؤثر) والاقتصادي معا، ذلك أن الاعتماد على معيار واحد قد يعجز عن تحديد دولية بعض العقود على الرغم من كونها كذلك، ومن ثم فالأسلم إعمال المعيارين معا. غير أنه وتحريا للموضوعية، يمكن القول أن الغالب في عقود التجارة الإلكترونية - خاصة تلك المبرمة عبر شبكة الإنترنت - أنها عقود دولية من منطلق أن هذه الشبكة جعلت من العالم قرية صغيرة ومكنت الأفراد من اقتناء احتياجاتهم من مختلف أنحاء العالم بحثا عن الجودة من جهة، وعن أقل ثمن من جهة أخرى.

المبحث الثاني: إبرام عقود التجارة الإلكترونية

تقدم أن العقد الإلكتروني ليس نوعا مستحدثا من العقود، فهو لا يختلف عن العقود التقليدية إلا من حيث الوسيلة التي يبرم من خلالها، والتي تعطيه نوعا من الخصوصية لا تستوجب خروجه عن القواعد العامة لنظرية العقد، وبالتالي فإنه يشترط لانعقاده توافره على الأركان التي تقوم عليها مختلف

رسالة البيانات بالتجارة الدولية»، فيتضح من خلال هذه النصين أن لجنة الأمم المتحدة المكلفة بالقانون التجاري الدولي، تقر بأن العقود الإلكترونية يمكن أن تكون داخلية، كما يمكن أن تكون دولية.

⁽¹⁾ - انظر: إلياس ناصيف: العقود الدولية: العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 43-44، سليمان أحمد فضل: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 149-150، صلاح علي حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 132-133، عمر خالد زريقات: عقد التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 70-74.

العقود، من رضا ومحل وسبب مشروعين، على أن ما يعنينا في هذا البحث هو التركيز على توفر عنصر أو ركن الرضا أو التراضي وذلك على أساس أنه هو الركن الأساسي في انعقاد أي عقد باتفاق بين الفقهاء الشرعيين والوضعيين، كما أن خصوصية العقود الإلكترونية المتأتية من التباعد المكاني بين طرفي العقد تجعل مسألة التأكد من وجود هذا الركن، وكيفية صدوره من الطرفين مسألة غاية في الأهمية. لذلك سنحاول البحث في كيفية وجوده في هذه العقود والأمور التي تميزه عن التراضي في العقود التقليدية.

وعليه فسيخصص هذا المبحث لبيان طرق التعبير عن الإرادة والتراضي في العقود الإلكترونية (وهذا في مطلب أول)، ثم تحديد زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني (وهذا في مطلب ثان).

المطلب الأول: طرق التعبير عن الإرادة والتراضي في العقود الإلكترونية

لا اختلاف في أن الرضا هو الركن الأساسي لأي عقد، فقيام العقد هو انصراف الإرادة الحقيقية لطرفيه إلى تحقيق أثر شرعي أو قانوني بخروجها إلى الوجود، فلا يتحدد مضمون العقد إلا بالرجوع إلى هذه الإرادة. ومن ثم وجب التطرق إلى الطرق التي من شأنها إخراج هذه الإرادة إلى الواقع (وهذا في فرع أول)، ثم بيان التراضي في هذا النوع من العقود (وهذا في فرع ثان).

الفرع الأول: طرق التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية

ليان طرق التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية يستوجب التطرق لطرق التعبير عن الإرادة في العقود بصفة عامة في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (أولاً)، ثم بيان هذه الطرق في مجال العقود الإلكترونية لما لها من خصوصية (ثانياً).

أولاً: طرق التعبير عن الإرادة بوجه عام في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

1- صور التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي:

لقد ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله مذاهب الفقهاء في الطرق التي يمكن من خلالها التعبير عن الإرادة أي صيغة العقد في الفقه الإسلامي ومن بين تلك المذاهب أن العقود: «تتعقد بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل، فكل ما عدّه الناس بيعاً وإجارة فهو بيع وإجارة، وإن اختلف اصطلاح الناس في الألفاظ والأفعال انعقد العقد عند كل قوم بما يفهمونه بينهم من الصيغ والأفعال، وليس لذلك حد مستمر لا في شرع ولا في لغة، بل يتنوع بتنوع اصطلاح الناس، كما تتنوع لغاتهم، فإن لفظ البيع والإجارة في لغة العرب، ليس هو اللفظ الذي في لغة الفرس أو الروم أو الترك أو البربر أو الحبشة، بل قد تختلف ألفاظ اللغة الواحدة، ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات في

المعاملات، ولا يحرم عليهم التعاقد بغير ما يتعاقد به غيرهم، إذا كان ما تعاقدوا به دالاً على مقصودهم، وإن كان قد يستحب بعض الصفات»⁽¹⁾. كما جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير أن العقد ينعقد بكل: « ما يدل على الرضا من قول أو كتابة أو إشارة منهما أو من أحدهما»⁽²⁾.

فيفهم من هذين القولين أن صيغة العقد في الفقه الإسلامي تكون بكل ما دل على مقصود طرفي العقد من قول أو فعل، وعليه فإنها تكون إما باللفظ، أو بالكتابة، أو بالمعاطاة، أو بالإشارة، أو بالسكوت على اختلاف بين المذاهب الفقهية وهو ما سيتضح من خلال التفصيل الآتي:

أ-اللفظ: والمقصود به الكلام الصادر عن المتعاقدين، وهو الأداة الطبيعية الأصلية للتعبير عن الإرادة الخفية، وهو الأكثر استعمالاً في التعاقد لسهولة وقوة دلالة ووضوحه. فيلجأ إليه متى كان العاقد قادراً عليه، وبأي لغة يفهمها المتعاقدان. ولا يشترط فيه عبارة خاصة، وإنما يصح بكل ما يدل على الرضا المتبادل بحسب أعراف الناس وعاداتهم؛ لأن الأصل في العقود هو الرضا⁽³⁾، لقوله تعالى: ﴿...إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ...﴾⁽⁴⁾، وقوله عليه الصلاة والسلام: [إنما البيع عن تراض]⁽⁵⁾. فالعبارة إذا في اللفظ المتعاقد به أن يدل على الرضا في عرف المتعاقدين، فينعقد عقد البيع مثلاً بكل عبارة تشير إليه في عرف طرفيه، حتى ولو كانت تلك العبارة لا تعني عقد البيع عند غيرها جاء في بدائع الصنائع: «إذا قال البائع: خذ هذا الشيء بكذا أو أعطيتكه بكذا أو هو لك بكذا أو بذلتكه بكذا وقال المشتري: قبلت أو أخذت أو رضيت أو هويت ونحو ذلك، فإنه يتم الركن؛ لأن كل واحد من هذه الألفاظ يؤدي معنى البيع وهو المبادلة، والعبارة للمعنى لا للصورة»⁽⁶⁾. ويقول ابن تيمية: «فأما التزام لفظ خاص فليس فيه أثر ولا تعلق. وهذه القاعدة الجامعة التي ذكرناها من أن العقود تصح بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل، هي التي تدل عليها أصول الشريعة»⁽⁷⁾. وهو ما تثبته القاعدة

(1) -ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، مرجع سابق، 6/4.

(2) -ابن عرفة: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، 3/3.

(3) -وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، 2933/4.

(4) -سورة النساء: 29.

(5) -أخرجه ابن ماجه في سننه عن أبي سعيد الخدري، كتاب: التجارات، باب: بيع الخيار، 737/2، حديث رقم [2185]، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى عن أبي سعيد الخدري أيضاً، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في بيع المضطر وبيع المكره 29/6، حديث رقم [11075].

(6) -الكاساني: -علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، بيروت، دار الكتب العلمية، (1406هـ-1986م)، 133/5.

(7) -ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، مرجع سابق، 10/4.

الفقهية: "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني"⁽¹⁾، ويؤكد الشاطبي بقوله: « فاللفظ إنما هو وسيلة إلى تحصيل المعنى المراد، والمعنى هو المقصود»⁽²⁾.

ب- الكتابة: تعددت آراء فقهاء الشريعة الإسلامية في الاعتداد بالكتابة للتعبير عن الإرادة، فذهب فريق إلى صحة التعاقد بالكتابة مطلقاً بأي لغة كانت، سواء كان التعاقد بين حاضرين أو بين غائبين، وسواء كان الطرفان قادرين على النطق أو عاجزين عنه، وسواء استعملت الكتابة للتعبير عن الإرادة بالنسبة لطرفي العقد أم استعملت من قبل أحدهما فقط، واشترطوا فقط أن تكون الكتابة مستبينة ومرسومة⁽³⁾. فدلالة الكتابة عن الإرادة في هذه الحالة تعادل دلالة الألفاظ، وعلى هذا الاعتبار وضعت وضعت القاعدة الفقهية القائلة: "الكتاب كالخطاب"⁽⁴⁾. وهذا الاتجاه هو مذهب الجمهور⁽⁵⁾. لكنهم لكنهم جميعاً - ما عدا الشافعية - استثنوا من هذا الحكم النكاح لخصوصيته، واشترطوا الشهود فيه⁽⁶⁾. وذهب فريق آخر إلى أن الاعتداد بالكتابة في التعاقد لا يصح إلا بالنسبة للعاجز عن الكلام⁽⁷⁾. في حين ذهب رأي ثالث إلى أن التعاقد بالكتابة يصح بالنسبة للغائبين فقط دون الحاضرين⁽⁸⁾. وقد استدلل كل اتجاه من هذه الاتجاهات على ما ذهب إليه بأدلة تؤيد رأيه وناقش أدلة غيره، ولا

⁽¹⁾ وهي إحدى القواعد المتفرعة عن القاعدة الفقهية الكبرى: "الأمر بمقاصدها". ومعنى القاعدة أنه عند حصول العقد لا ينظر للألفاظ التي يستعملها العاقدان وإنما ينظر إلى مقاصدهم الحقيقية من الكلام الذي يلفظ به حين العقد، لأن المقصود الحقيقي هو المعنى، وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة، لأن الألفاظ ما هي إلا قوالب للمعاني. انظر لمزيد من التفصيل: محمد صدقي بن أحمد أبو الحارث الغزي: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ط4، بيروت، لبنان، مؤسسة الرسالة، (1416هـ - 1996م)، ص148.

⁽²⁾ إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي المشهور بالشاطبي: الموافقات، مرجع سابق، 138/2.

⁽³⁾ ومعنى مستبينة: أن تكون مكتوبة على شيء تظهر مثبت عليه، فلا تعتبر الكتابة في الهواء؛ أو على سطح الماء. أما أن تكون مرسومة فمعناها: أن تكون مكتوبة بالطريقة المعتادة بين الناس في زمانهم. مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، ط10، د.ب، دار الفكر، (1387هـ-1968م)، 327/1.

⁽⁴⁾ المادة 06 من مجلة الأحكام العدلية، علي حيدر: درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، 69/1.

⁽⁵⁾ من حنفية، ومالكية، وحنابلة. انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، 138/5، ابن عرفة: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، 3/3، البهوتي: كشف القناع، مرجع سابق، 148/3.

⁽⁶⁾ انظر: وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، 2942/4، علاء الدين عبد الرزاق الجنكو: التقابض في الفقه الإسلامي وأثره على البيوع المعاصرة، مرجع سابق، ص324.

⁽⁷⁾ وهو أحد أقوال الشافعية، انظر: النووي: المجموع في شرح المهذب، مرجع سابق، 190/9.

⁽⁸⁾ انظر: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي: رد المختار على الدر المختار، ط2، بيروت، دار الفكر، (1412هـ-1992م)، 410/6.

يتسع المجال هنا لذكر جميع الأدلة والمناقشات⁽¹⁾، إلا أن الباحثة تشير إلى أن الراجح من هذه الاتجاهات هو ما ذهب إليه الجمهور من جواز التعاقد بالكتابة سواء بين الحاضرين أو بين الغائبين، وذلك لأن هذا الرأي يتفق مع الأساس الذي تقوم عليه العقود وهو الرضا، دون الالتفات إلى التقيد بأية شكلية، كما أنه يتماشى مع مقاصد الشريعة الدالة على رفع الحرج والمشقة عن الناس إذ أن الأخذ به فيه تيسير على العباد من جهة عدم إلزامهم بإبرام كل عقودهم مشافهة، إضافة إلى هذا فقد اعترف العرف قديماً، وحديثاً بصلاحيته الكتابية للتعبير عن الإرادة وجرى العمل بها في إبرام العقود، والتصرفات⁽²⁾ حتى ثبت عند بعض الفقهاء قولهم أن القلم أحد اللسانين⁽³⁾ وفي هذا إشارة إلى مساواة الكتابة للفظ في الدلالة على المعنى.

ج- الإشارة: اتفقت كلمة الفقهاء بالنسبة لانعقاد العقد بإشارة الأخرس، أو معتقل اللسان⁽⁴⁾ المفهومة وذلك حتى لا يجرم من حق التعاقد⁽⁵⁾، لذا نصت القاعدة الفقهية على أن: "الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان"⁽⁶⁾، وأكد بعض الفقهاء على أن الإشارة من الأخرس معتبرة وقائمة مقام عبارة الناطق، في جميع العقود، كالبيع والإجارة والهبة، والرهن، والنكاح، والرجعة، والظهار. والحلول: كالطلاق، والعتاق، والإبراء، وغيرهما، كالأقارير، والدعاوى، واللعان، والقذف والإسلام⁽⁷⁾،

(1) - للاطلاع على هذه الاتجاهات وأدلة كل اتجاه يرجى الرجوع إلى: وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، 4/2941-2942، علاء الدين عبد الرزاق الجنكو: التقابض في الفقه وأثره على البيوع المباشرة، مرجع سابق، ص 322-324، علي محي الدين القره داغي: حكم التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، 6/711، وهبة الزحيلي: حكم التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، 6/662-663، علي محمد أحمد أبو العز: التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 138-141.

(2) - علي محي الدين القره داغي: حكم التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، مرجع سابق، 6/711.

(3) - انظر: ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، 6/410.

(4) - **معتقل اللسان:** يقال اعتقل لسانه امتسك، قال الأصمعي: مرض فلان فاعتقل لسانه، إذا لم يفدر على الكلام. انظر: ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، 4/3064.

(5) - بالنسبة للحنفية فإن معتقل اللسان الذي يكون الخرس به عارضا لا يلحق بالأخرس الأصلي إلا إذا دام الخرس به حتى وقع اليأس من كلامه وصارت الإشارة منه مفهومة. الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، 5/135.

(6) - القاعدة المذكورة في المادة 70 من مجلة الأحكام العدلية، الإشارة المعهودة "أي المعلومة المعتادة" للأخرس "الأصلي، بعضو من أعضائه كيده أو رأسه معتبرة" كالبيان باللسان "وقائمة مقامه في كل شيء غير الحدود والشهادة. والاحتراز بالأصلي عن العارض، وهو معتقل اللسان، فإنه لا تعتبر إشارته إلا إذا اتصل بعقلته الموت، أو دامت سنة، فحينئذ تعتبر إشارته المعهودة، وإلا فلا. أحمد بن الشيخ محمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، ط2، سوريا، دمشق، دار القلم، (1409هـ - 1989م)، ص 351-352.

(7) - جلال الدين السيوطي: الأشباه والنظائر، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، (1411هـ - 1990م)، ص 312.

وهو ما ذهب إليه السيوطي⁽¹⁾، وما ذكره ابن نجيم⁽²⁾ أيضا إلا أنه جوز إشارة الأخرس في القصاص دون الحدود⁽³⁾.

غير أنهم اختلفوا بالنسبة لجواز التعبير عن الإرادة بالإشارة للقادر على النطق، فأجاز فقهاء المالكية والحنابلة التعبير عن الإرادة من الناطق بالإشارة المفهومة المتداولة عرفاً، لأنها أولى في الدلالة من الفعل الذي يتعقد به العقد، كما في المعاطاة⁽⁴⁾. أما الحنفية والشافعية⁽⁵⁾ فذهبوا إلى أنه إذا كان العاقد قادراً على النطق فلا يتعقد العقد بإشارته، بل عليه أن يعبر عن إرادته بلسانه لفظاً أو كتابة؛ لأن الإشارة وإن دلت على الإرادة لا تفيد اليقين المستفاد من اللفظ أو الكتابة، فلا بد من العبارة، وإلا لم ينشأ العقد.

د-المعاطاة: وتعرف أيضا بالمرابضة أو التعاطي، وهي طريقة للتعبير عن الإرادة، ويقصد بها: التعاقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي دون تلفظ بإيجاب أو قبول، أي أنها أخذ وإعطاء دون تلفظ⁽⁶⁾، وقد تناولتها المادة 175 من مجلة الأحكام العدلية حيث جاء فيها: «بما أن المقصد الأصلي من الإيجاب والقبول هو تراضي الطرفين يتعقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ويسمى هذا بيع

(1) -**السيوطي:** هو المحافظ جلال الدين أبو الفضل عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين أبي بكر بن عثمان بن محمد بن خضر بن أيوب بن محمد بن الشيخ همام الدين الحضيري السيوطي الشافعي ولد سنة 849هـ، وتوفي والده وله من العمر خمس سنوات، وأسند وصايته إلى جماعة، منهم الكمال بن الهمام، ولما بلغ أربعين سنة تجرد للعبادة وشرع في تحرير مؤلفاته، وترك الإفتاء والتدريس. وأقام في روضة المقياس فلم يتحول منها إلى أن مات سنة 1445هـ. له مؤلفات كثيرة قيل أنها بلغت نحو 600 مصنف نذكر منها: الإتيان في علوم القرآن، الأشباه والنظائر، بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، تدريب الراوي تفسيرا للجلالين. (انظر: أبو الفلاح عبد الحلي بن أحمد بن محمد ابن العماد: شذرات الذهب في أخبار من ذهب، خرج أحاديثه: عبد القادر الأرنؤوط، ط1، دمشق، بيروت، دار ابن كثير، (1406هـ-1986م)، 74/10-79، الزركلي: الأعلام، مرجع سابق، 301/3-302).

(2) -**ابن نجيم:** هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الشهير بابن نجيم الحنفي، أخذ عن العلامة بن قطلوبغا والبرهان الكركري وغيرهما، توفي سنة 970هـ تاركاً مجموعة من المؤلفات نذكر منها: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الأشباه والنظائر، شرح المنار، لب الأصول مختصر تحرير الأصول. (انظر: ابن العماد: شذرات الذهب، مرجع سابق، 358/8، الزركلي: الأعلام، مرجع سابق، 64/3).

(3) -ابن نجيم: الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكرياء عميرات، ط1، لبنان، دار الكتب العلمية، (1419هـ-1999م)، ص296.

(4) -شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعييني المالكي: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط3، د.ب، دار الفكر، (1412هـ-1992م)، 229/4.

(5) -انظر: ابن نجيم: الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص297، الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، 135/5، شمس الدين محمد بن أبي العباس العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ط أخيرة، بيروت، دار الفكر، (1404هـ-1984م)، 468/3.

(6) -انظر: مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، 329/1.

التعاطي...»⁽¹⁾، وقد مثلت هذه المادة للبيوع التي تنعقد بهذه الطريقة بعدة أمثلة منها: أن يعطي المشتري للخباز مقداراً من الدراهم فيعطيه الخباز مقداراً من الخبز بدون تلفظ بإيجاب وقبول، أو أن يعطي المشتري الثمن للبائع ويأخذ السلعة ويسكت البائع.

أما صورة المعاطاة في أيامنا هذه فتظهر في المحلات التجارية الكبرى التي تعرض سلعا مع بيان الثمن المحدد لكل منها، فيدخل المشتري إلى هذه المحلات ويقتني ما يريد من سلع مقدما الثمن للبائع دون التفوه بلفظ واحد أحيانا، وربما يكون هناك حديث بين الطرفين غير أنه يقتصر على عبارات الشكر أو التحية، وتظهر أيضا في المواصلات بأنواعها البرية أو البحرية أو الجوية حيث يقدم الشخص الثمن ويحصل على البطاقة دون حاجة إلى تلفظ بإيجاب أو قبول. كما أنه يمكن أن نعتبر عقود الإذعان صورة لبيوع المعاطاة كما هو الحال بالنسبة للتعاقد من أجل الحصول على الغاز أو الكهرباء أو المياه أو الهاتف، حيث يقدم الزبون الطلب إلى الجهة المختصة التي تقوم بإيصال المنفعة دون نقاش لأن الثمن محدد سلفا⁽²⁾.

وقد اختلف الفقهاء في جواز التعبير عن الإرادة بهذه الطريقة، حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى الجواز مطلقا⁽³⁾، وذهب الشافعية إلى عدم الجواز مطلقا⁽⁴⁾، وذهب بعض الفقهاء منهم الكرخي⁽⁵⁾ من الحنفية، وابن سريج⁽⁶⁾ والرويانى⁽¹⁾ من الشافعية، إلى جوازه في الأشياء الزهيدة الثمن، وعدم جوازه

(1) -علي حيدر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، 143/1.

(2) -انظر تفصيل هذه الأمثلة في: علي أبو العز: التكليف الفقهي لعقد التجارة الإلكترونية والآثار المترتبة عليه، مجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، جامعة آل البيت، اللجنة العليا للبحث العلمي في وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، مج4، ع2، (جمادى الآخرة 1429هـ - جويلية 2008م)، ص76.

(3) -ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، 481/3، ابن عابدين: رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، 513/4، الخطاب: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مرجع سابق، 228/4، أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاوش، ط3، بيروت، دمشق، عمان، المكتب الإسلامي، (1412هـ - 1991م)، 338/3.

(4) -أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي: المجموع شرح المهذب، د.ط، د.ب، دار الفكر، د.ت، 162/9.

(5) -الكرخي: هو عبيد الله بن الحسين الكرخي أبو الحسن، ولد سنة 260هـ في الكرخ، وتوفي سنة 340هـ ببغداد، انتهت إليه رئاسة رئاسة الحنفية بالعراق، وكان ورعاً. وعنه أخذ أبو بكر أحمد بن علي الرازي وأبو القاسم علي بن محمد التنوخي. من مصنفاته: "رسالة في الأصول التي عليها مدار فروع الحنفية" و"شرح الجامع الصغير" و"شرح الجامع الكبير". (انظر: أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي: طبقات الفقهاء، تهذيب: محمد بن مكرم ابن منظور، تحقيق: إحسان عباس، ط1، بيروت، دار الرائد العربي، 1970م، ص142، خير الدين الزركلي: الأعلام، مرجع سابق، 193/4).

(6) -ابن سريج: هو أحمد بن عمر بن سريج البغدادي، أبو العباس: فقيه الشافعية في عصره، ولد ببغداد سنة 249هـ وتوفي بها سنة 306 هـ. وكان يلقب بالباز الأشهب، ولي القضاء بشيراز، وقام بنصرة المذهب الشافعي فنشره في أكثر الآفاق. أما عن مصنفاته فقد ذكر السبكي أن له: "مصنفات كثيرة يقال إنها بلغت 400 مصنف ولم نقف إلا على اليسير منها وقفت له على كتاب في الرد على

في الأشياء النفيسة⁽²⁾.

هـ- **السكوت**: السكوت لغة خلاف النطق⁽³⁾، أما اصطلاحاً فهو: «ترك التكلم مع القدرة عليه»⁽⁴⁾. والأصل في الفقه أنه "لا ينسب لساكت قول" فلا يتصور صدور إيجاب عن طريق السكوت⁽⁵⁾، أي أن السكوت لا يصلح أن يكون طريقاً للتعبير عن الإيجاب بأي حال من الأحوال لأن الإيجاب عرض يوجه إلى الطرف الآخر، ولا يمكن أن يُستخلص هذا العرض من مجرد السكوت الذي يعني التزام حالة سلبية لا يرافقتها لفظ أو كتابة أو إشارة أو عمل يحمل معنى التعبير عن الإرادة⁽⁶⁾.

وإذا كان هذا هو الحال بالنسبة للإيجاب، فإن الإشكال يبقى مطروحاً بالنسبة لصلاحيّة السكوت للتعبير عن القبول، أي أنه إذا وجه شخص ما إيجاباً إلى شخص آخر وسكت هذا الأخير فهل يعد سكوته قبولاً أم لا؟

والإجابة عن هذا الإشكال تنطلق من أن الأصل العام في الفقه الإسلامي أنه لا يجوز الاعتداد بالسكوت كطريق للتعبير عن الإرادة، لأن السكوت مجرد لا ينتج أثراً، فسكوت الشخص الذي وجه له الإيجاب لا يعني بالضرورة قبوله العرض، فقد يكون سكوته لعدم الانتباه وشرود الذهن، أو عدم الاكتراث، أو الاستغراب، أو الرفض وغير ذلك من المعاني⁽⁷⁾. غير أنه بالاطلاع على مسالك الفقهاء

ابن داود في القياس وآخر في الرد عليه في مسائل اعترض بها الشافعي...". (انظر: شمس الدين ابن خلكان: وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق: إحسان عباس، د.ط، بيروت، دار صادر، 1990م، 66/1، السبكي تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي: طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق: محمود محمد الطنحاني، عبد الفتاح محمد الحلو، ط2، د.ب، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، 1413هـ، 23/3).

⁽¹⁾ **الرويانى**: هو عبد الواحد بن إسماعيل بن أحمد، أبو المحاسن، فخر الإسلام، فقيه شافعي، مولده في ذي الحجة سنة 415هـ برويان (بلدة بنواحي طبرستان)، تفقه على جده أبي العباس أحمد بن محمد الرويانى، وروى عنه، وعن أبي منصور محمد بن عبد الرحمن الطبري، وأبي محمد عبد الله بن جعفر الخباري، وغيرهم، برع في المذهب الشافعي حتى كان يقول: لو أحرقت كتب الشافعي لأمليتها من حفظي، ولهذا كان يقال له: شافعي زمانه. صنف كتب كثيرة منها: بحر المذهب من المطولات الكبار، ومناصب الشافعي، والكافي، وحلية المؤمن، وصنف في الأصول والخلاف. (انظر: ابن خلكان: وفيات الأعيان، مرجع سابق، 198/3، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير: طبقات الشافعيين: تحقيق: أنور الباز، ط1، المنصورة، دار الوفاء، 2004م، ص525).

⁽²⁾ -النووي: المجموع شرح المذهب، مرجع سابق، 162/9-169.

⁽³⁾ -ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، 2046/3.

⁽⁴⁾ -الجرجاني: التعريفات، مرجع سابق، ص120.

⁽⁵⁾ -لذلك فإن معظم الكتب الفقهية الحديثة لا تشير إلى السكوت كأحد طرق التعبير عن الإرادة، والسبب في إيرادنا له هو أنه يعتبر من طرق التعبير عن الإرادة في القانون الوضعي كما سيأتي لذلك أردنا بيان موقف الفقه الإسلامي من هذا الطريق.

⁽⁶⁾ -عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، 130/1.

⁽⁷⁾ -علي محمد أحمد أبو العز: التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص146-147.

في هذا المجال وجدت الباحثة أن هناك استثناء على هذا الأصل تضمنته المادة 67 من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أنه: "لا ينسب إلى ساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان"⁽¹⁾. حيث يفهم من هذا النص أن السكوت يمكن أن يكون تعبيراً عن الإرادة بالنظر إلى دلالة حال الساکت⁽²⁾، وقد أخرج ابن نجيم مسائل كثيرة يكون السكوت فيها كالنطق⁽³⁾.

فمن خلال هذا العرض يمكن القول أن التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي لا يستلزم شكلاً أو صورة معينة بذاتها، فالمهم هو أن تخرج هذه الإرادة إلى أرض الواقع محدثة أثراً شرعياً سواء عن طريق اللفظ الذي يعد الأصل في التعبير عن الإرادة الباطنية، أو بأية طريقة أخرى تدل على انصراف إرادة المتعاقد إلى إبرام العقد وتحقيق أثره في الواقع، وهو ما يؤكد ابن القيم⁽⁴⁾ بقوله: «فمن عرف مراد المتكلم المتكلم بدليل من الأدلة وجب اتباع مراده، والألفاظ لم تقصد لذواتها، وإنما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم، فإذا ظهر مراده ووضح بأي طريق كان عمل بمقتضاه، سواء كان بإشارة، أو كتابة، أو بإيماءة أو دلالة عقلية، أو قرينة حالية»⁽⁵⁾.

2- طرق التعبير عن الإرادة في القانون الوضعي:

ليس هناك اختلاف كبير بين مختلف القوانين الوضعية فيما يتعلق بطرق التعبير عن الإرادة، لذا ستبين الباحثة هذه الطرق من خلال ما ورد في القانون الجزائري، حيث نصت المادة 60 من القانون المدني على أن: «التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ

⁽¹⁾ -علي حيدر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، 66/1.

⁽²⁾ -مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، 975/2.

⁽³⁾ -حيث أوصلها إلى سبع وثلاثين مسألة نذكر منها: سكوت البكر عند استثمار وليها قبل التزويج وبعده، سكوتها عند قبض مهرها، مهرها، سكوتها إذا بلغت بكرة... راجع تفصيل هذه المسائل في: ابن نجيم: الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 129.

⁽⁴⁾ -ابن القيم: هو شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي، كان أبوه قيماً على الجوزية، مدرسة بدمشق، ومن هنا عرف بابن قيم الجوزية. كان فقيهاً أصولياً مفسراً ونحوياً، لازم الشيخ تقي الدين بن تيمية، وعلى الرغم من أنه كان حنبلياً إلا أنه كثيراً ما كان يخرج على الحنابلة مستنبطاً رأياً جديداً بعد دراسة مقارنة للمذاهب، توفي سنة 751 هـ تاركاً مجموعة كبيرة من المصنفات نذكر منها على سبيل المثال: "زاد المعاد"، "إعلام الموقعين"، "سفر الحجرتين وباب السعادتين"... (انظر: ابن رجب: كتاب الذيل على طبقات الحنابلة، د. ط، لبنان، بيروت، دار المعرفة، د. ت، 447/2).

⁽⁵⁾ -محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين بن قيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، ط 1، بيروت، دار الكتب العلمية، (1411هـ-1991م)، 1 / 167.

موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً⁽¹⁾، ونصت المادة 68 من ذات القانون على أنه: «إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري، وغير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب. ويعتبر السكوت في الرد قبولاً، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه»⁽²⁾.

من خلال هذين النصين يتضح أنه لا فرق بين الفقه والقانون في تحديد طرق التعبير عن الإرادة. إذ نجد أن المشرع الجزائري قد أجاز التعبير عن الإرادة باللفظ دون تحديد، وبالكتابة مطلقاً دون تمييز بين ما إذا كانت بين حاضرين أو غائبين، وبالإشارة مطلقاً أيضاً دون تمييز بين ما إذا كانت هذه الإشارة صادرة عن غير قادر على الكلام أي الأخرس أو معتقل اللسان، أو كانت صادرة من قادر على النطق فضابطها الوحيد أن تكون متداولة عرفاً. كما دل صراحة على الاعتداد بالسكوت كتعبير عن القبول إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين طرفي العقد، أو كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه. وعليه يمكن القول أن الأصل في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي عدم اشتراط شكلية معينة للتعبير عن الإرادة، فللمتعاقدين أن يعبر عن إرادته بأية وسيلة يراها مناسبة لإخراج تلك الإرادة من مكنونات النفس إلى أرض الواقع.

ثانياً: طرق التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني

انطلاقاً من أن العقود الإلكترونية لا تخرج في مجملها عن القواعد العامة المنظمة للعقود، واستصحاباً لحرية الأطراف في اختيار الوسيلة التي من شأنها التعبير عن إرادتهم، فقد أجازت مختلف التشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية التعبير عن الإرادة بالطرق الإلكترونية التي تتماشى وخصوصية العقود الإلكترونية، ومن هذه التشريعات مثلاً قانون الأنستزل النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996 الذي نص في مادته 1/11 على أنه: «في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ بمجرد استخدام رسالة بيانات

⁽¹⁾ - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج. ر ع 78، السنة 12، الصادرة بتاريخ 24 رمضان 1395 هـ الموافق 30 سبتمبر 1975، ص 993.

⁽²⁾ - المرجع نفسه.

لذلك الغرض».

ونص المشرع الأردني في المادة 13 من قانون المعاملات الإلكترونية⁽¹⁾ على أنه: «تعتبر رسالة البيانات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب والقبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي».

كما حاولت هذه القوانين بيان مفهوم "رسالة البيانات" حيث عرفت المادة 2/أ من قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية بقولها: «يراد بمصطلح "رسالة بيانات" المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي». وعرفها قانون إمارة دبي بأنها: «سجل أو مستند يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجها أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة إلكترونية، على وسيط ملموس أو على وسيط إلكتروني آخر، ويكون قابلاً للاسترجاع بشكل يمكن فهمه»⁽²⁾.

فمن خلال هذين التعريفين يتضح أن التشريعات تبنت مفهوماً موسعاً لرسالة البيانات حيث جعلتها تتضمن كل الوسائل الإلكترونية التي من شأنها نقل المعلومة من شخص إلى آخر، سواء التقليدية منها كالبرق والتلكس والنسخ البرقي أو الحديثة كتبادل البيانات إلكترونياً أو البريد الإلكتروني، كما أن عبارة "على سبيل المثال لا الحصر" في التعريف الأول تجعل المفهوم يتسع لاستيعاب كل الوسائل الإلكترونية التي ظهرت أو ستظهر بعد صياغة نص هذه القوانين.

وعليه يمكن القول أن التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية يتم من خلال رسالة البيانات التي تتخذ صوراً مختلفة في التطبيق العملي تتمثل أساساً في استخدام البريد الإلكتروني أو مواقع الواب أو العقود النمطية أو النموذجية حسب التفصيل الآتي بيانه:

1- التعبير عن الإرادة باستخدام البريد الإلكتروني (e-mail):

يعد البريد الإلكتروني أحد الخدمات التي تتيحها شبكة الإنترنت، وقد تم استخدامه كطريق من طرق التعبير عن الإرادة، فكل التجار أو المؤسسات التجارية التي دخلت مجال التجارة الإلكترونية تمتلك

(1) - القانون الأردني رقم 85 لسنة 2001 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية، سبقت الإشارة إليه.

(2) - القانون رقم 2 لسنة 2002 الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، سبقت الإشارة إليه.

بريدا إلكترونيا، تستخدمه أحيانا في تقديم عروض لعملائها المعتادين وحتى لغيرهم من الأشخاص الذين تملك عناوينهم الإلكترونية، حيث ترسل إليهم بريدا يتضمن السلع أو الخدمات الموجودة لديها، وبعد اطلاع المرسل إليه على صندوق بريده الإلكتروني قد يرسل بريدا إلكترونيا يعبر فيه عن قبوله للعرض الموجه إليه إن كان مناسباً له، وإن لم يكن العرض مناسباً إما أن يرسل e-mail يعتذر فيه عن قبول العرض أو لا يرسل رداً مما يعني عدم الاهتمام والقبول.

أي أن التعبير عن الإيجاب والقبول يتم من خلال تبادل الرسائل الإلكترونية، وعليه يمكن القول أن التعبير عن الإرادة في هذه الحالة لا يعدو أن يكون تعبيراً عن الإرادة بالكتابة كما هو الحال في العقود التقليدية، وإن كانت الكتابة الإلكترونية تتميز عن الكتابة التقليدية بخصائص أهمها السرعة الفائقة⁽¹⁾، فيمكن أن يكون تبادل الرسائل بشكل آني بين الطرفين إذا تزامن تواجدهم على الشبكة، فبمجرد وصول e-mail يتم الرد عليه فوراً مما يعطي إمكانية التقاء الإيجاب بالقبول بمجرد صدوره من الموجب وهذه الحالة تضاهي التعاقد باللفظ من حيث اتحاد مجلس العقد.

2- التعبير عن الإرادة بالمحادثة والمشاهدة: تبين فيما تقدم⁽²⁾ أن من بين الخدمات التي تتيحها شبكة الإنترنت للمتعاملين خدمة الاتصال المباشر الذي يكون إما بالتخاطب⁽³⁾ (بالصوت أو بالكتابة) أو بالصوت والصورة (غرف المحادثة أو مكالمات الفيديو)، وهذه الخدمة يمكن أن تكون وسيلة للتعبير عن الإرادة، حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول بين طرفي العقد بشكل مباشر، إضافة إلى إمكانية تبادل كل الوثائق المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، لأن الخدمات التي تتيحها شبكة الإنترنت تتعدى نقل الصوت أو الصورة إلى إمكانية نقل الوثائق والنصوص والصور...

3- التعبير من خلال مواقع الواب: يتضمن الموقع الإلكتروني الخاص بالتاجر أو المؤسسة التعريف بنشاطه من خلال وضع كتالوجات تضم قائمة المنتجات أو الخدمات والأسعار، ويكون لمتصفح الموقع الذي يرغب في اقتناء منتج أو الحصول على خدمة مما هو متاح في الكتالوج أن يدخل بياناته الشخصية مع عنوان بريده الإلكتروني وهو ما يمكن اعتباره إيجاباً منه يتطلب تعبير البائع

(1) -انظر: سليمان أحمد فضل: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 49.

(2) -راجع المبحث الثالث من الفصل التمهيدي لهذه الأطروحة.

(3) -التخاطب هو نظام يتيح إمكانية التحدث إلى الآخرين إما بالصوت أو بالكتابة عبر شبكة الإنترنت، حيث يمكن للشخص أن يكتب رسالة يجري عرضها مباشرة أمام شخص آخر أو مجموعة من الأشخاص يردون عليه مباشرة، وهي بهذا تختلف عن البريد الإلكتروني الذي يكون بإرسال رسالة وانتظار الرد وقلما يصادف تواجد الطرفين على الخط بشكل آني حتى يستلم الرسالة ويقوم بالرد المباشر وعادة هذه الحالة لا تتحقق إلا إذا كان هناك موعد سابق بين الطرفين.

(صاحب الموقع: أي التاجر أو المؤسسة) عن إرادته بالقبول لانعقاد العقد⁽¹⁾. كما قد يعرض التاجر أو المؤسسة المنتج أو الخدمة مرفقا بعقد نموذجي ما على الراغب في الحصول على ذلك المنتج أو الخدمة سوى النقر على أيقونة (OK) أو (J'accepte).

4-صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة إلكترونيا: تقدم أن السكوت في الأصل لا يمكن الاعتداد به للتعبير عن الإرادة، أي أنه لا يمكن أن يستدل من خلاله على الرضا، وتقدم أيضا أن هناك استثناءات على هذا الأصل العام بالنسبة للقبول، بينها فقهاء الشريعة الإسلامية من خلال القاعدة الفقهية: "لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان"⁽²⁾، كما بينها المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 68 من القانون المدني التي جاء فيها: «ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب في مصلحة من وجه إليه»⁽³⁾.

ويمكن استصحاب هذه الاستثناءات بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية، بمعنى أن السكوت يمكن أن يكون صالحا للتعبير عن الإرادة في العقود المبرمة عبر الإنترنت إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف، أو غير ذلك من القرائن والظروف تمكن من اعتبار السكوت قبولا، كما في حالة وجود تعامل سابق بين طرفي العقد يجعل الموجب لا ينتظر تصريحاً بالقبول⁽⁴⁾ كما بينته المادة 2/68 المشار إليها أعلاه.

فمثلا؛ إذا اعتاد أحد تجار الجملة إرسال إيجابه إلى تاجر تجزئة عبر بريده الإلكتروني في موعد محدد من كل شهر، يعرض عليه بضاعة بمواصفات معينة، وثمان محدد، ثم أرسل إليه تلك البضاعة قبل أن يستلم ردا على الإيجاب المرسل، وسكت تاجر التجزئة ولم يبد رأيه بخصوص تلك البضاعة التي وصلت إلى متجره فإن سكوته هذا يعتبر قبولا⁽⁵⁾.

وعليه فإن الباحثة تستنتج أن التعبير عن الإرادة سواء في العقود التقليدية، أم في العقود الإلكترونية لا يتخذ شكلا معينا، وإنما يمكن أن يتخذ أشكالا متعددة، كما أنه لا الفقه الإسلامي ولا القانون الوضعي اشترط الالتزام بشكلية معينة حتى يعتد بالتعبير عن الإرادة، فالضابط في هذا المجال هو قدرة الوسيلة المعتمدة في التعبير عن الإرادة على بيان اتجاه إرادة طرفي المعاملة.

(1) -انظر: سليمان أحمد فضل: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص50.

(2) -علي حيدر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، 66/1.

(3) -ج.ر.، ع78، السنة 12، مرجع سابق، ص993.

(4) -انظر: أحمد العجلوني: التعاقد عن طريق الإنترنت، مرجع سابق، ص83، بشار المومني: التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص70.

(5) -انظر: علي محمد أحمد أبو العز: التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص166-167.

الفرع الثاني: التراضي في العقد الإلكتروني

تقدم أن الرضا هو قوام العقود تقليدية كانت أم إلكترونية، ولما كان هذا الرضا من مكونات النفس وجب الاستدلال عليه من خلال التعبير عن الإرادة من قبل طرفي العقد، غير أن تعبير طرفي العقد عن إرادتهما أي صدور الإيجاب والقبول منهما لا يحقق الأثر الواقعي وهو إبرام العقد إلا في حالة التوافق وهو ما يعرف بارتباط الإيجاب بالقبول بشكل صحيح.

لذلك وجب تحديد معنى الإيجاب الإلكتروني (أولاً)، ثم تحديد معنى القبول الإلكتروني (ثانياً)، وأخيراً بيان صحة التراضي في هذا النوع من العقود (ثالثاً).

أولاً: الإيجاب الإلكتروني

إن بيان الإيجاب في العقود الإلكترونية والذي يصطلح عليه الباحثون في هذا المجال "الإيجاب الإلكتروني" سيكون من خلال التطرق إلى مفهوم الإيجاب الإلكتروني، ثم الشروط الواجب توافرها فيه.

1- مفهوم الإيجاب الإلكتروني:

لتحديد المقصود بالإيجاب الإلكتروني يجب علينا أولاً تحديد المقصود بالإيجاب عموماً، سواء على مستوى الفقه الإسلامي أم على مستوى القانون الوضعي وهو ما سنوضحه على النحو الآتي:

أ- تعريف الإيجاب في الفقه الإسلامي: لقد اختلفت كلمة الفقهاء فيما يتعلق بتحديد تعريف للإيجاب⁽¹⁾، فذهب الحنفية إلى أن الإيجاب هو: ما يذكر أولاً من كلام أحد المتعاقدين، سواء صدر من البائع أو من المشتري. فإذا قال البائع أولاً (بعث) فهو الإيجاب. وإذا ابتدأ المشتري الكلام فقال: (اشترت بكذا) فهو الإيجاب⁽²⁾.

فالمعتبر إذن: أولية الصدور وثانويته فقط، سواء أكان من جهة البائع أم من جهة المشتري في عقد البيع⁽³⁾.

(1) - الإيجاب لغة: الإلزام، يقال: وجب البيع يجب وجوباً وأوجبه، أي لزم وألزمه. ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، 1/793.

(2) - ابن عابدين: رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، 4/506-507، عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، ط1، 1313هـ، القاهرة، المطبعة الكبرى الأميرية (بولاق)، ص3/4، كما عرفته مجلة الأحكام العدلية في مادتها 101 التي نصت على أن: «الإيجاب: أول كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف، وبه يوجب ويثبت التصرف». علي حيدر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، 1/103.

(3) - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، 4/2931.

أما الإيجاب عند الجمهور⁽¹⁾ فهو: هو ما صدر ممن يكون منه التمليك وإن جاء متأخراً، أي أنه اللفظ الصادر من قبل البائع، كقول البائع بعتك، أو ملكتك ونحوهما.

والواقع أن خلاف الفقهاء فيما يتعلق بتعريف الإيجاب والقبول هو خلاف اصطلاحى ليس له أثر فقهي إلا فيما يتعلق بمسألة تقدم الإيجاب على القبول، فبالنسبة لفقهاء الحنفية الذين جعلوا الإيجاب هو ما صدر أولاً سواء من قبل البائع أم من قبل المشتري لا تأتي هذه المسألة في تفرعاتهم، أما من جعل الإيجاب هو ما صدر من البائع، فإنه يتطرق لهذه المسألة⁽²⁾.

ب-تعريف الإيجاب في القانون: يعرف جاك غيستان الإيجاب بأنه: «إبداء إرادة أحادية الجانب مبينة وجازمة ومجردة من اللبس بما فيه الكفاية لكي يكون قبول من وجه إليه كافياً لتكوين العقد»⁽³⁾.

ويعرف الإيجاب في مجال التجارة الدولية بموجب المادة 14 من اتفاقية فيينا⁽⁴⁾ التي تنص على أنه: «1- يعتبر إيجاباً أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجهاً إلى شخص أو عدة أشخاص معينين، وكان محددًا بشكل كافٍ وتبين منه اتجاه قصد الموجب إلى الالتزام به في حالة القبول. ويكون العرض محددًا بشكل كافٍ إذا عين البضائع وتضمن صراحة أو ضمناً تحديداً للكمية والتمن أو بيانات يمكن بموجبها تحديدها. 2- ولا يعتبر العرض الذي يُوجَّه إلى شخص أو أشخاص غير معينين إلا دعوة إلى الإيجاب ما لم يكن الشخص الذي صدر عنه العرض قد أبان بوضوح عن اتجاه قصده إلى خلاف ذلك».

أما المشرع الجزائري فلم يعرف الإيجاب، إلا أنه من خلال استقراء نصوص القانون المدني المتعلقة بشروط العقد، وبصفة خاصة المادة 66 من هذا القانون والتي تنص على أنه: «لا يعتبر القبول الذي

(1) -انظر: الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مرجع سابق، 228/4، ابن عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، 3/3، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير: البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: قاسم محمد النوري، ط1، جدة، دار المنهاج، (1421هـ-2000م)، 15/5، النووي: روضة الطالبين، مرجع سابق، 238/3، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي: كشف القناع عن متن الإقناع، د.ط، د.ب، دار الكتب العلمية، د.ت، 146/3، إبراهيم بن محمد بن عبد الله برهان الدين: المبدع في شرح المقنع، ط1، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، (1418هـ-1997م)، 4-3/4.

(2) -انظر: ديبان بن محمد الديان: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (عقود المعاوضات)، ط2، الرياض، د.ن، 1434هـ، 284/1.

(3) -جاك غستان: المطول في القانون المدني تكوين العقد، مرجع سابق، ص299.

(4) -اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع المنعقدة في 11 أبريل 1980، وهي الاتفاقية رقم 1489 (R.T.N.U.3)، دخلت حيز التطبيق، بداية من 01 جانفي 1988، وتعرف باتفاقية فيينا.

يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا»⁽¹⁾، يتضح أن المشرع الجزائري يعتبر الإيجاب هو ما صدر أولا من أحد المتعاقدين، والقبول هو ما صدر ثانيا، إذ اعتبر القبول الذي يتضمن تعديلا في الإيجاب إيجابا جديدا على الرغم من أنه صدر ممن وجه إليه الإيجاب وهو المشتري عادة.

مما تقدم يمكن القول أن مفهوم الإيجاب في القانون الوضعي يوافق مفهوم الإيجاب في المذهب الحنفي، أي أن الإيجاب هو ما صدر أولا من أحد المتعاقدين سواء أكان بائعا أو مشتريا.

ج-تعريف الإيجاب الإلكتروني: لم تضع معظم التشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية مفهوما للإيجاب الإلكتروني، وإنما اكتفت بالإشارة إلى جواز التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية، والسبب في ذلك يرجع أساسا إلى أن الإيجاب الإلكتروني لا يختلف في جوهره عن الإيجاب في العقود التقليدية، فالاختلاف بينهما إنما هو في الوسيلة المستعملة في التعبير عنه وهو ما جعل التشريعات تكتفي ببيان جواز التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية.

هذا بالنسبة للتشريع، أما على مستوى الفقه فنجد أيضا أنه ليس ثمة تعريفات كثيرة للإيجاب الإلكتروني فجل الفقهاء اكتفوا بالتعريف المذكور للإيجاب بوجه عام، وأسقطوه على الإيجاب الإلكتروني لذلك ستكتفي الباحثة هنا بما ورد عن غرفة التجارة والصناعة لباريس التي عرفتته بأنه: «كل اتصال عن بعد يحتوي على كل العناصر اللازمة التي تمكن المرسل إليه من الموافقة مباشرة على الدخول في عقد»⁽²⁾. فالإيجاب الإلكتروني إذن هو: إبداء إرادة أحادية الجانب من شخص إلى شخص آخر أو أشخاص آخرين غير معينين من خلال الإنترنت يعرض عليهم إبرام عقد ما⁽³⁾.

وبالنظر إلى هذا المفهوم ترى الباحثة بأنه ليس هناك تعريف خاص للإيجاب الإلكتروني يختلف في مضمونه عن تعريف الإيجاب بوجه عام إلا في الوسيلة المستخدمة للتعبير عنه، حيث يتم عادة بوسائل إلكترونية بدلا من الوسائل التقليدية⁽⁴⁾، بمعنى أن مفهوم الإيجاب بوجه عام يستوعب الإيجاب الإلكتروني خاصة وأنا بينا في المطلب السابق أن كلا من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي لا يتطلب شكلا معينا للتعبير عن الإرادة، فيجوز التعبير عن الإرادة بأية وسيلة كانت طالما أنها تدل دلالة واضحة

⁽¹⁾ -ج.ر ع78، السنة 12، مرجع سابق، ص993.

⁽²⁾ -Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, pour un contrat-type de commerce électronique, rapport présenté par J.P.Saillard et adapté le 27 Mars 1997, p10, Publié sur le site : www.ccip.fr

⁽³⁾ -Ghazouani Chiheb : Le Contrat de Commerce Electronique, Op.cit, p121.

⁽⁴⁾ -انظر: أمانج رحيم أحمد: التراضي في العقود الإلكترونية، مرجع سابق، ص144.

على الرضا، ومن ثم يمكن أن تدرج الوسائل الإلكترونية وبصفة خاصة الإنترنت ضمن وسائل التعبير عن الإرادة خاصة وأنها تتيح خدمات على درجة عالية من الكفاءة تجعلها أكثر ملاءمة للتعبير عن الإيجاب مقارنة بالوسائل التقليدية.

2- الشروط الواجب توافرها في الإيجاب الإلكتروني:

تبين لنا من خلال بيان مفهوم الإيجاب الإلكتروني أنه لا يختلف عن الإيجاب بوجه عام إلا من حيث الوسيلة المتبعة للتعبير عنه والتي تستلزم مراعاة خصوصيتها عند الاقتضاء، وعليه يمكن أن نستنتج أن الشروط الواجب توافرها في الإيجاب الإلكتروني هي الشروط ذاتها الواجب توافرها في الإيجاب بوجه عام، مع مراعاة خصوصية الوسيلة المتبعة، وهو ما سيتضح من خلال تناول شروط الإيجاب في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ومدى انطباقها على الإيجاب الإلكتروني على النحو الآتي:

أ- شروط الإيجاب في الفقه الإسلامي: لم يفرد فقهاء الشريعة الإسلامية هذه النقطة بعنوان مستقل وإنما يمكن أن تستنتج من خلال دراستهم للإيجاب وما يتعلق به. وبالاطلاع على مذاهبهم في تحديد مفهوم الإيجاب والقبول وصيغتهما يتبين أنهم يشترطون في الإيجاب شرطين هما:

1- أن يوجه الإيجاب إلى شخص معين: على أن هذا الشرط ليس محل اتفاق بين جميع الفقهاء ففي حين ذهب الجمهور⁽¹⁾ إلى اشتراط اشتغال الإيجاب على الخطاب، وهذا يقتضي توجيه الإيجاب لشخص مقصود به⁽²⁾، ذهب المالكية إلى عدم اشتراط توجيه الإيجاب إلى شخص معين، فمتى صدر الإيجاب وسمعه أي شخص أو بلغه وقبل لزم العقد⁽³⁾.

2- أن يتضمن الإيجاب المسائل الجوهرية بالنسبة للعقد المراد إنشاؤه: ومن المسائل الجوهرية التي ينبغي أن يتضمنها الإيجاب دلالاته على نوع العقد المراد إبرامه على أن هذه الدلالة لا

(1) - من شافعية في قول، وحنفية وحنابلة. انظر: النووي: المجموع شرح المهذب، مرجع سابق، 170/9، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام: فتح القدير، د.ط، د.ب، دار الفكر، د.ت، 252/6، البهوتي: كشف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، 148/3.

(2) - وحتى بالنسبة للجمهور فهناك من استثنى بعض الأحوال وهم الشافعية والحنفية، كما أنهم فصلوا المسألة بين ما إذا كان التعاقد بين حاضرين أم بين غائبين. انظر تفصيل المسألة في: نشأت إبراهيم الدريني: التراضي في عقود المبادلات المالية، ط1، جدة، المملكة العربية السعودية، دار الشروق للنشر والطباعة والتوزيع، (1402هـ-1982م)، ص268-269.

(3) - جاء في حاشية الدسوقي: «وأما لو عرض رجل سلعته للبيع وقال: من أتاني بعشرة فهي له فأنا رجل بذلك إن سمع كلامه أو بلغه فليبع لازم وليس للبايع منعه، وإن لم يسمعه ولا بلغه فلا شيء له ذكره في نوازل البرزلي ومثله في المعيار». ابن عرفة: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، 4/3.

يشترط فيها لفظ معين وإنما يكفي أن يتضح العقد المقصود حتى لو لم يسم بتسميته الأصلية، وهو ما يشير إليه ابن القيم في قوله: «والصواب اتباع ألفاظ العبادات، والوقوف معها، وأما العقود والمعاملات فإنما يتبع مقاصدها والمراد منها بأي لفظ كان، إذ لم يشرع الله ورسوله لنا التعبد بألفاظ معينة لا نتعدها»⁽¹⁾.

على أن المسائل الجوهرية الأخرى التي ينبغي أن يتضمنها العقد تختلف من عقد إلى آخر، بالنسبة لعقد البيع مثلا يعد من المسائل الجوهرية فيه بيان المبيع، وذكر الثمن⁽²⁾.

ب- شروط الإيجاب في القانون الوضعي:

بالنسبة للقانون الوضعي نجد أن شروط الإيجاب لخصتها الفقرة الأولى من المادة 14 من اتفاقية فيينا المتعلقة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، التي نصت على أن الإيجاب يجب أن يكون موجها لشخص أو عدة أشخاص معينين، وأن يكون محددًا بشكل كافٍ، وتبين منه اتجاه قصد الموجب إلى الالتزام به في حالة القبول. ولكي يكون محددًا بشكل كافٍ يجب أن يعيّن البضائع، وأن يتضمن صراحة أو ضمنا تحديدا للكمية والثن أو بيانات يمكن بموجبها تحديدهما، وعليه فإن الشروط الواجب توافرها في الإيجاب تتمثل في⁽³⁾:

1°- أن يكون موجها لشخص أو أشخاص معينين: وهذه المسألة ليست محل اتفاق، فبينما يرى جانب من الفقه أن الإيجاب يجب أن يكون موجها لشخص أو أشخاص معينين، يرى جانب آخر أن العرض الموجه إلى شخص أو أشخاص غير معينين يمكن أن يكون إيجابا إذا تضمن ما يشير إلى انصراف نيته إلى إبرام العقد متى لاقى عرضه إيجابا من قبل أي شخص، وهو ما نصت المادة 2/14 من اتفاقية فيينا المتعلقة بعقود البيع الدولي للبضائع لسنة 1980-المشار إليها سابقا-على أنه: «لا يعتبر العرض الموجه إلى شخص أو أشخاص غير معينين إلا دعوة للإيجاب ما لم يكن الشخص الذي صدر عنه العرض قد أبان بوضوح عن اتجاه قصده إلى خلاف ذلك».

وإن كان هذا الشرط يطرح إشكالا بالنسبة للإيجاب التقليدي، فإن الإشكال يكون أكبر بالنسبة

⁽¹⁾-ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، مرجع سابق، 221/1.

⁽²⁾-انظر: المادتين 200، 238 على التوالي من مجلة الأحكام العدلية. (علي حيدر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، 177/1، 218.

⁽³⁾- KAMEL MEHDAOUI : LA Formation Du Contrat électronique international: le formalisme au regard de la convention CNUDCI 2005, mémoire présenté comme exigence partielle de la maîtrise en droit international, Université du Québec à Montréal, 2010, p16-17.

للإيجاب الإلكتروني انطلاقاً من الطابع العالمي لشبكة الإنترنت، ذلك أن العرض المقدم من الموجب لا يكون موجهاً لعدد محدود من الأشخاص، وإنما قد يكون موجهاً إلى ملايين الأشخاص، فإن قلنا أن هذا العرض يعد إيجاباً يكون الموجب ملزماً بالتعاقد مع كل من يقبله، الأمر الذي يطرح قد يشق على هذا الموجب تحقيقه للجميع، وهو ما جعل بعض مقدمي الخدمات والسلع عبر الشبكة يحتاطون لهذا الأمر بإضافة شروط أو عبارات تجعلهم غير ملزمين بالاستجابة لكل قبول يصدر، ومن هذه الشروط أن يضيف الموجب عبارة "في حدود الكمية المتوفرة"، أو "حتى نفاذ المخزون".

2- أن يكون باتاً وجازماً (Ferme): بمعنى أن تتحقق لدى الموجب النية القاطعة لإبرام العقد إذا صادف عرضه قبولاً ممن وجّه إليه.

3- أن يكون كاملاً ومحددًا تحديداً كافياً: وذلك بتحديد البضاعة تحديداً صريحاً أو ضمناً من حيث الكمية والثلث أو أي بيانات يمكن من خلالها تحديد الكمية والثلث، أي بتحديد العناصر الجوهرية للعقد. وقد اختلفت الآراء فيما يتعلق بتحديد ماهية هذه العناصر الجوهرية الواجب ذكرها في العرض حتى يعتبر إيجاباً، حيث عرفها الفقه بأنها العناصر التي من شأنها: «إثبات الطبيعة الخاصة للعقد، وبغيابها لا يمكن تحديد نوعه»⁽¹⁾، أو هي العناصر التي لا يمكن في غيابها تحديد نوع الاتفاق المبرم بين الطرفين⁽²⁾. لذلك فإن العقود التي يكون محلها تبادل سلع أو خدمات تكون العبارات المستعملة في التعبير عن هذا التبادل أي ألفاظ العقد هي نفسها العناصر الجوهرية.

ومن خلال عرض شروط الإيجاب في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، يتضح أنه ليس هناك فرق كبير بينهما فالاتفاق موجود فيما يتعلق باشتراط توجيه الإيجاب إلى شخص معين سواء أكان واحد أو أكثر، وشرط اشتماله على العناصر الجوهرية، واختلاف الفقهاء من الجانبين في مدى اعتبار الشرط الأول، وفي تحديد العناصر الجوهرية، أما الشرط المتعلق بأن يكون الإيجاب باتاً وجازماً، فهو وإن لم يذكر لدى فقهاء الشريعة الإسلامية إلا أنه متضمن في أقوالهم، خاصة عند تناولهم لمسألة لزوم الإيجاب والتي ستفصل لاحقاً.

ولا اختلاف بين التشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية في أن هذه الشروط هي الشروط

(1) – la doctrine définit les éléments essentiels comme étant ceux qui «impriment à un contrat sa coloration propre et en l'absence desquels ce dernier ne peut être caractérisé». **Shandi youcef** : la formation du contrat a distance par voie électronique, thèse de doctorat nouveau régime, université Robert Schuman, Strasbourg III, faculté de droit, de science politiques et de gestion, soutenue publiquement le 28 juin 2005, p33.

(2) – Ibid, p33.

الواجب توافرها في الإيجاب الإلكتروني، حيث أنه تطبيقاً لشرط وجوبية توافر العناصر الجوهرية للعقد في الإيجاب الإلكتروني، وأن يدل هذا الأخير على إرادة مقدمه في الارتباط بالعقد نصت المادة 1369-2/1 من القانون المدني الفرنسي المضافة بموجب القانون المتعلق بالثقة في الاقتصاد الإلكتروني⁽¹⁾ على البيانات التي يجب أن يتضمنها الإيجاب الإلكتروني والمتمثلة في: «1°_ الخطوات الواجب اتباعها لإبرام العقد بطريقة إلكترونية؛ 2°_ الوسائل التقنية التي من شأنها تمكين المستعمل قبل إتمام العقد، من التحقق من وجود أي أخطاء تكون قد وقعت عند تحرير المعطيات وتصحيحها؛ 3°_ اللغات المقترحة لإبرام العقد؛ 4°_ في حالة حفظ العقد، توضيح طرق الحفظ المتبعة من قبل الموجب، وكيفية الاطلاع على نسخة العقد المحفوظة؛ 5°_ الوسائل التي يمكن من خلالها الاطلاع بطريقة إلكترونية على القواعد المهنية والتجارية التي يقبل الموجب الخضوع لها عند اللزوم»⁽²⁾.

ومتى توافرت هذه البيانات، فهي تدل على اتجاه إرادة الموجب لإبرام العقد، بمعنى أن الإيجاب الصادر عنه في هذه الحالة هو إيجاب بات وحازم، لأنه لا يعقل أن يتكبد الموجب عناء توفير هذه البيانات على دقتها من أجل الهزل أو المزاح.

ثانياً: القبول الإلكتروني

إن بيان مفهوم القبول في العقد الإلكتروني والذي يصطلح عليه الباحثون في هذا المجال "القبول الإلكتروني" سيكون من خلال التطرق إلى مفهومه، ثم الشروط الواجب توافرها فيه، وأخيراً بيان أشكاله.

1- مفهوم القبول الإلكتروني:

حتى يتسنى للباحثة تحديد مفهوم القبول الإلكتروني، ينبغي عليها تعريف القبول بوجه عام في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ثم تعريف القبول الإلكتروني كأحد مفرزات ثورة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في مجال المعاملات على النحو الآتي بيانه:

⁽¹⁾—La Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, Journal officiel de la république française, 22 juin 2004, p10.

⁽²⁾— Art. 1369-1/2 : « L'offre énonce en outre : 1° Les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique; 2° Les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger; 3° Les langues proposées pour la conclusion du contrat ; 4° En cas d'archivage du contrat, les modalités de cet archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ; 5° Les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre».

أ-تعريف القبول في الفقه الإسلامي: اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد تعريف القبول⁽¹⁾ تبعاً لاختلافهم في تحديد تعريف الإيجاب، فبالنسبة للحنفية نجد أنهم يعرفون القبول بأنه: ما صدر ثانياً من المتعاقد الآخر دالاً على الموافقة والرضا بالإيجاب الذي أوجبه المتعاقد الأول، إذ العبرة عند فقهاء الحنفية كما تقدم أولية الصدور وثانويته فقط⁽²⁾، أما جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة، فالقبول عندهم هو ما صدر ممن يصير له الملك (المشتري)، أو من ينتفع بالعين المؤجرة (المستأجر)، وإن كان متقدماً؛ فالعبرة عند هؤلاء بجهة الصدور لا بوقته⁽³⁾.

وتشير الباحثة إلى الملاحظة ذاتها المقدمة في الإيجاب، وهي أن اختلاف الفقهاء في هذه المسألة لا يعدو أن يكون اختلافاً لفظياً لا ثمة له، ذلك أن المقصد من وجود الإيجاب والقبول هو الدلالة على الرضا فلا يهتم بعد ذلك تحديد كل منهما.

ب-تعريف القبول في القانون الوضعي: يعرف القبول بأنه: التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب يفيد موافقته على هذا الإيجاب⁽⁴⁾، أو هو: موافقة الموجب له على الإيجاب الموجه إليه بالشروط التي تضمنها دون تعديل بحيث يترتب عليها انعقاد العقد إذا ما اتصل بعلم الموجب والإيجاب مازال قائماً⁽⁵⁾.

فمن خلال هذين التعريفين، يتضح أن القبول ما هو إلا تعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب بالموافقة على ما جاء فيه دون تعديل (إضافة أو اشتراط...)، ذلك أنه إذا تضمن القبول أي تعديل أو تغيير في الإيجاب الموجه فإنه لا يعتبر قبولا، وإنما يكون بمثابة إيجاب جديد ينتظر قبول من وجه إليه حتى يبرم العقد، لذلك اتفقت كلمة الفقهاء -الشرعيين منهم والقانونيين- والتشريعات المختلفة⁽⁶⁾ على

(1)-القبول لغة: من قبل يقبله قبولا، وقَبِلت بفلان وقَبِلت به. ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، 3518/5.

(2)-انظر: ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، 506/4-507، الزيلعي: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، مرجع سابق، 3/4، كما عرفته مجلة الأحكام العدلية في مادتها 102 التي نصت على أن: «القبول ثاني كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يتم العقد». علي حيدر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، 104/1.

(3)-انظر: الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مرجع سابق، 228/4، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، 3/3، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير: البيان في مذهب الإمام الشافعي، مرجع سابق، 15/5، النووي: روضة الطالبين، مرجع سابق، 238/3، البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، 146/3، إبراهيم بن محمد بن عبد الله برهان الدين: المبدع في شرح المقنع، مرجع سابق، 3/4-4.

(4)-نشأت إبراهيم الدريني: التراضي في عقود المبادلات المالية، مرجع سابق، ص284.

(5)-إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية: دراسة للجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الاتصال الحديثة "التراسل الإلكتروني"، ط1، الكويت، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، 2003، ص93.

(6)-فمثلا نص المشرع الجزائري في المادة 66 من القانون المدني على أنه: «لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا».

ضرورة مطابقة القبول للإيجاب حتى ينعقد العقد.

ج-تعريف القبول الإلكتروني: انطلاقاً من أن العقود الإلكترونية تخضع للقواعد العامة التي تخضع لها العقود التقليدية مع مراعاة الخصوصية التي تتميز بها هذه العقود، فالقبول الإلكتروني لا يختلف عن القبول التقليدي إلا من حيث الوسيلة التي يتم من خلالها، لذلك نجد أن معظم القوانين المتعلقة بالتجارة الإلكترونية لم تعط تعريفاً خاصاً للقبول الإلكتروني نظراً لكونه لا يخرج عن القواعد العامة التي تحكم القبول في العقود التقليدية، واكتفت بالإشارة إلى جواز التعبير عن القبول بالوسائل الإلكترونية حيث نصت مثلاً المادة 11 من قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية على أنه: «في سياق إنشاء العقود وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض و**قبول العرض**...»، كما نصت المادة 13 من القانون الأردني رقم 85 لسنة 2001 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية على أنه: «تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي».

وعليه يمكن تعريف القبول الإلكتروني بأنه: «تعبير يصدر ممن وجه إليه الإيجاب باستخدام وسيلة إلكترونية يفيد موافقته على إبرام العقد طبقاً للشروط الواردة في الإيجاب»⁽¹⁾، وقد ارتأت الباحثة الأخذ بهذا التعريف لبساطته من جهة، ولتعبيره عن المقصود بالقبول الإلكتروني بدقة من جهة ثانية، فقد ركز التعريف على الوسيلة التي يتم من خلالها القبول الإلكتروني "وسيلة إلكترونية" دون تسمية أو تحديد هذه الوسيلة، مما يجعل التعريف صالحاً لاستيعاب كل الوسائل الإلكترونية المتاحة حالياً أو التي ستظهر مستقبلاً، كما ركز التعريف أيضاً على الشروط الواجب توافرها في القبول بشكل ضمني كما سيتضح من خلال الجزئيات الموالية.

وعلى الرغم من أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتطرقوا للقبول الإلكتروني لأنه من مستجدات العصر الحالي، إلا أن في عباراتهم ما يستوعب هذا النمط من القبول ومن هذه العبارات ما جاء في مواهب الجليل: «إذ المقصود من التجارة إنما هو أخذ ما في يد غيرك بدفع عوض عن طيب نفس منكما فتكفي دلالة العرف في ذلك على طيب النفس والرضا بقول أو فعل»⁽²⁾.

فهذه العبارة تدل على أن المهم في المعاملات هو تحقق المقصد من التجارة والذي هو الحصول على ما في يد الغير مقابل عوض عن طيب نفس من الجانبين سواء بقول أو فعل، فمتى تحقق هذا

(1) -كوثر سعيد عدنان خالد: حماية المستهلك الإلكتروني، مرجع سابق، ص431.

(2) -الخطاب: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مرجع سابق، 4/ 228-229.

المقصد جازت المعاملة دون الالتفات إلى الوسيلة المتبعة في التعبير عن الرضا، مما يعني أن القبول الإلكتروني شأنه شأن القبول التقليدي، إذا كان يفضي إلى تحقيق المقصد العام من التجارة.

2- شروط القبول الإلكتروني:

إذا كان القبول الإلكتروني لا يخرج عن القواعد العامة التي تحكم القبول في العقود التقليدية، لأن وجه الخصوصية في هذا القبول يتعلق فقط بالوسيلة التي يتم من خلالها التعبير عنه، فإن الشروط الواجب توافرها فيه هي ذات الشروط الواجب توافرها في القبول بوجه عام، وعليه فستعرض الباحثة للشروط الواجب توافرها في القبول في الفقه الإسلامي ثم في القانون الوضعي مع الإشارة إلى مدى إمكانية تطبيقها على القبول الإلكتروني على النحو الآتي:

أ- شروط القبول في الفقه الإسلامي: من خلال تصفح أقوال الفقهاء في القبول يتضح لنا أن

الشروط الواجب توافرها فيه تتمثل في:

1°- أن لا يكون الإيجاب قد سقط: ذلك أن القبول لا يكون له أثر إذا سقط الإيجاب.

2°- أن يصدر القبول ممن وجه إليه الإيجاب: انطلاقاً من أن الأصل في الإيجاب أن يوجه

إلى شخص معين وقد تقدمت الإشارة إلى مذاهب الفقهاء في مسألة الإيجاب الموجه للجمهور.

3°- موافقة القبول للإيجاب: فالتراضي لا يتحقق إلا بموافقة القبول للإيجاب موافقة تامة وهو

ما يعرف بـ"مطابقة القبول للإيجاب".

بمعنى أن القبول يجب أن يوافق الإيجاب من جميع الوجوه، حقيقة أم ضمناً⁽¹⁾، فإن خالفه بأن

قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه أو بغير ما أوجبه لم ينعقد العقد⁽²⁾. وعلى هذا ذهب الحنفية إلى

أن القبول المخالف يعتبر إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول من الطرف الآخر (الموجب الأول) حتى ينعقد

(1)- حقيقة: بأن تم القبول بما ورد تماماً في الإيجاب، أما ضمناً: فكما ورد في نص المادة 178 من مجلة الأحكام العدلية التي جاء فيها: تكفي موافقة القبول للإيجاب ضمناً فلو قال البائع للمشتري: بعثك هذا المال بألف قرش، وقال المشتري: اشتريته منك بألف وخمسمائة قرش انعقد البيع على الألف إلا أنه لو قبل البائع هذه الزيادة في المجلس يلزم على المشتري حينئذ أن يعطيه الخمسمائة قرش التي زادها أيضاً وكذا لو قال المشتري للبائع: اشتريته منك هذا المال بألف قرش، فقال البائع: بعته منك بثمنامائة قرش ينعقد البيع ويلزم تنزيل المائتين من الألف. علي حيدر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، 149/1.

(2)- انظر تفصيل المسألة في: ابن نجيم: البحر الرائق، مرجع سابق، 279/5، ابن عابدين: رد المختار الدر المختار، مرجع سابق، 526/4-527، وهو ما تضمنه أيضاً المادة 177 من مجلة الأحكام العدلية (علي حيدر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، 147/1)، الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، 136/5، النووي: روضة الطالبين، مرجع سابق، 340/3، البهوتي: كشف القناع، مرجع سابق، 146/3-147،

العقد⁽¹⁾.

4°-ارتباط القبول بالإيجاب: ويقصد بهذا الشرط أن يتصل القبول بالإيجاب في مجلس واحد، ذلك أن انعقاد العقد لا يكون إلا بارتباط القبول بالإيجاب، هذا الارتباط الذي لا يتحقق إلا باتحاد المجلس الذي هو مجلس العقد، وستبين الباحثة هذا الشرط من خلال بيان المقصود من مجلس العقد في التعاقد بين حاضرين ثم في التعاقد بين غائبين، على النحو الآتي:

1°-مجلس العقد في التعاقد بين حاضرين:

يعرف مجلس العقد بأنه: الاجتماع الواقع لأجل التعاقد⁽²⁾، أو «الحالة التي يكون فيها المتعاقدان مقبلين على التفاوض في العقد»⁽³⁾.

وقد فصل الفقهاء مسألة مجلس العقد بإسهاب، واختلفت آراؤهم فيها، حتى أن فقهاء الحنفية قد بالغوا في تحديد مجلس العقد تحديدا ماديا وشكلياً، وحيث أنه لا يتسع المجال هنا لذكر كل الآراء، فإن الباحثة ارتأت الاكتفاء بالإشارة إلى خلاصة ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المسألة وهي:

-إن المراد باتحاد مجلس العقد في التعاقد بين حاضرين هو اجتماع الطرفين لأجل التعاقد، وانشغالهما به بأن لا يوجد ما يدل على الإعراض من أحدهما، وعليه فإن هذا المجلس ينفذ بإعراض أحدهما أو كلاهما، إما إعراضاً صريحاً بأن أعلن الموجب عن رجوعه عن الإيجاب، أو بأن أعلن الطرف الآخر عن رفضه للإيجاب، أو دلالة بانشغالهما أو انشغال أحدهما بأمر لا يتصل بالتعاقد أو بتفرقهما من المجلس⁽⁴⁾.

-ليس المراد باتحاد المجلس؛ كون المتعاقدين في مكان واحد، بل هو الحال التي يكون فيها العاقدان منشغلين بالتعاقد.

-جواز تراخي القبول عن الإيجاب، بمعنى أن من وجه إليه الإيجاب له أن يتأخر في إصدار قبوله

(1)-انظر: ابن نجيم: البحر الرائق، مرجع سابق، 289/5، ابن عابدين: رد المختار الدر المختار، مرجع سابق، 526/4-527.

(2)-وهو ما نصت عليه المادة 181 من مجلة الأحكام العدلية. تراجع في: علي حيدر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، 152/1-153.

(3)-مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، 348/1.

(4)-نشأت إبراهيم الدريني: التراضي في عقود المبادلات المالية، مرجع سابق، ص288.

ما دام المجلس قائما دون الاضطرار إلى القبول فوراً⁽¹⁾.

-ثبوت خيار الرجوع للقبول والموجب.

2^o-مجلس العقد في التعاقد بين غائبين:

إن التعاقد بين غائبين هو تعاقد بين طرفين لا يجمعهما مكان واحد، ويكون عادة عن طريق الكتابة أو الرسول. وإذا كان مجلس العقد بين حاضرين هو مجلس صدور الإيجاب، فإن مجلس العقد بين غائبين هو مجلس بلوغ الإيجاب إلى المتعاقد الغائب أي محل أداء الرسالة، أو بلوغ الكتاب⁽²⁾.

ب-شروط القبول في القانون الوضعي:

حتى يكون القبول منتجاً لأثره فإنه يجب أن يتوافر على مجموعة من الشروط يمكن إنجازها في الآتي⁽³⁾:

1- أن يصدر في وقت يكون فيه الإيجاب قائماً: فحتى ينعقد العقد يجب أن يصدر القبول في وقت يكون فيه الإيجاب قائماً لم يسقط، فإذا صدر القبول بعد سقوط الإيجاب لأي سبب كان، لا ينعقد العقد. ومع هذا فإن القبول المتأخر وإن لم ينعقد به العقد، فإنه قد يعتبر إيجاباً جديداً، يجوز للموجب الأول قبوله ومن ثم ينعقد العقد.

2- مطابقة الإيجاب للقبول: والمطابقة تعني موافقة الإيجاب للقبول اتفاقهما في كل المسائل التي تضمنها الإيجاب.

3- اتصال القبول بعلم الإيجاب: أي وصول القبول إلى الموجب.

وعليه يمكن القول أنه لا اختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها في القبول.

أما بالنسبة للقبول الإلكتروني فليس ثمة ما يتعارض مع هذه الشروط، كما أنه لا توجد أية

⁽¹⁾—هذا قول الحنفية والمالكية والحنابلة، أي جمهور الفقهاء، وخالفهم الشافعية بأن اشترطوا فورية اتصال القبول بالإيجاب فلو فصل بينهما بكلمة أجنبية، أو بسكوت طويل لم ينعقد العقد، حيث جاء في المجموع: «يشترط لصحة البيع ونحوه ألا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول». النووي: المجموع في شرح المهذب، مرجع سابق، 189/9، كما ورد المضمون ذاته في: الرملي: نهاية المحتاج، مرجع سابق، 381/3 وما بعدها.

⁽²⁾—انظر: ابن الهمام: شرح فتح القدير، 236/6. بدائع الصنائع، مرجع سابق، 138/5، ابن عابدين: رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، 512/4.

⁽³⁾—انظر: سليمان أحمد فضل: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 75-79.

نصوص في القوانين المنظمة للتجارة والمعاملات الإلكترونية سواء على مستوى التشريعات الوطنية أم على مستوى التشريعات الدولية تشير إلى أن هناك شروط أخرى للقبول الإلكتروني.

وعليه فالشروط المذكورة أعلاه هي الشروط الواجب توافرها في القبول الإلكتروني حتى ينتج أثره وهو انعقاد العقد.

3- أشكال القبول الإلكتروني: بينت الباحثة فيما تقدم طرق التعبير عن الإرادة التقليدية منها والإلكترونية، وعليه فإن القبول الإلكتروني بوجه عام لا يمكن أن يخرج عن تلك الطرق، فهو إما أن يتم عن طريق اللفظ إن كان التعاقد تم عن طريق غرف المحادثة، وإما أن يتم كتابة عن طريق البريد الإلكتروني، كما تمت الإشارة إلى مدى اعتبار السكوت تعبيرا عن القبول خاصة في العقود الإلكترونية.

وعليه فإنه لا داعي لتكرار ما ذكر، وإنما جاءت الإشارة لهذه الجزئية في هذا الموضوع من أجل تناول أمر آخر يعد مهما وهو مدى اعتبار الضغط على عبارة "موافق" أو "OK" أو "J'accepte" أو "I agree" قبولا؟

اختلفت آراء الفقه والقضاء حول مدى اعتبار مجرد الضغط على إحدى العبارات المذكورة أعلاه، قبولا ينعقد به العقد، على الرغم من الاتفاق على أن التعبير عن الإرادة ليس له شكل محدد وإنما يتم بأي شكل من الأشكال المتعارف عليها بين المتعاقدين.

ومرد الاختلاف في هذه الحالة هو أن الضغط على مربع يحتوي على إحدى العبارات المتقدمة لا يعني دائما اتجاه إرادة الضاغط إلى قبول الإيجاب الموجه من خلال العرض، إذ قد يكون الضغط عن طريق الخطأ، كما قد يكون دون علم الضاغط بأنه قبل عرضا موجهها خاصة وأن أغلب العروض المقدمة على الشبكة تكون باللغة الإنجليزية الأمر الذي يطرح إشكالا بالنسبة لمن لا يتقن هذه اللغة، إذ قد يضغط الشخص على زر القبول دون أن يفهم فحوى العرض ودون أن يعلم أن المربع الذي ضغط عليه هو مربع قبول العرض.

وتفاديا لهذه الإشكالات، نصت غرفة التجارة والصناعة لباريس على أن مقدم العرض يجب أن يحضر نظاما للقبول يتضمن إعطاء مجموعة من المعلومات تفيد اتجاه إرادة القابل إلى قبول الإيجاب قبولا فعليا، كما اقترح مجلس الدولة الفرنسي نظام تأكيد القبول إما عن طريق رسالة إلكترونية مع إلزامية الاحتفاظ بهذه الرسالة، أو أن يكون القبول من خلال الضغط على مربع القبول (j'accepte)

(l'offre)، ثم الضغط على مربع تأكيد القبول (confirmez-vous bien votre commande)⁽¹⁾.

ثالثاً: صحة التراضي في العقود الإلكترونية

لا اختلاف في أن التراضي هو الركن الأساسي في تكوين العقد تقليدياً كان أم إلكترونياً، غير أنه يشترط في التراضي أن يكون صحيحاً فليس كل تراض كاف لانعقاد العقد بشكل صحيح. وصحة التراضي في العقود بوجه عام، تتحقق بتوافر شرطين أساسيين: صدوره عن ذي أهلية كاملة للتعاقد، وخلو الإرادة المنشئة له من أي عيب يشوبها. وبما أن خصوصية العقود الإلكترونية المتأتية من طبيعة الوسيلة المستعملة في إبرامها، لا تعني خروجها عن القواعد العامة التي تحكم العقود التقليدية، فإن هذين الشرطين يجب تحققهما في التراضي المنشئ للعقود الإلكترونية مع مراعاة وجه الخصوصية بالنسبة لها. وهو ما سنتناوله الباحثة من خلال بيان الأهلية في العقود الإلكترونية، ثم بيان عيوب الإرادة في هذه العقود الإلكترونية.

1- الأهلية في العقود الإلكترونية:

يشترط لصحة التعاقد أن يصدر من طرفين تتوفر فيهما الأهلية اللازمة للتعاقد، وإذا كان هذا الشرط يسهل التأكد من تحققه في العقود العادية أو التقليدية التي تتم بالاتقاء المباشر بين المتعاقدين أو من ينوب عنهما، فإن الأمر فيه شيء من الصعوبة في العقود الإلكترونية انطلاقاً من أنها تتم عن بعد، دون تلاق بين الطرفين، لذلك ستبين الباحثة أحكام الأهلية في العقود بوجه عام في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مع بيان إمكانية تطبيقها بالنسبة للعقود الإلكترونية على التفصيل الآتي بيانه:

أ- أحكام الأهلية في العقود بوجه عام: عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الأهلية⁽²⁾ بتعريفات عدة منها قولهم: «أهلية الإنسان للشيء صلاحيته لصدور ذلك الشيء وطلبه منه، وهي في لسان الشرع عبارة عن صلاحيته لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، وهي الأمانة التي أوجب الله عز وجل بحمل الإنسان إياها بقوله: ﴿وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ﴾⁽³⁾ (4).

(1)-Shandi Youcef: La formation du contrat a distance par voie électronique, op.cit, p146, 147.

(2)- الأهلية لغة: نسبة إلى الأهل، يقال: أَهْلٌ لِكَذَا أَي مُسْتَوْجِبٌ لَهُ، الواحدُ والجمعُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ، وفلان أَهْلٌ لِكَذَا أَي خَلِيقٌ بِهِ. وَأَهْلُهُ لِذَلِكَ الأَمْرُ تَأْهِيلًا وَأَهْلَهُ: رَأَهُ لَهُ أَهْلًا. وَاسْتَأْهَلَهُ: اسْتَوْجَبَهُ. انظر: زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي، التوقيف على مهمات التعاريف: ط1، القاهرة، عالم الكتب، (1410هـ-1990م)، ص67.

(3)-سورة الأحزاب: 72.

(4)-عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي: كشف الأسرار شرح أصول البيهقي، د.ط، د.ب، دار الكتاب الإسلامي، د.ت، 4/ 237.

ومن هذا التعريف يتضح أن الأهلية نوعان: أهلية وجوب، وأهلية أداء. فأما أهلية الوجوب فهي: صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه. وهي ملازمة للإنسان منذ بداية حياته، وشرط ثبوتها للإنسان الحياة، وقد يطلق عليها الفقهاء الذمة، ويعرفونها بأنها: «وصف شرعي مقدر يصير به الإنسان أهلاً لما يجب له وعليه»⁽¹⁾. أما أهلية الأداء: فهي صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعاً⁽²⁾.

وكل من أهلية الوجوب وأهلية الأداء قد تكون ناقصة أو تامة⁽³⁾:

فأهلية الوجوب الناقصة تثبت للجنين في بطن أمه؛ لأنه تثبت له حقوق ولا تترتب عليه واجبات، ولكن تلك الحقوق لا بد لثبوتها من ولادته حياً، فإن ولد ميتاً لم يثبت له حق الإرث والوصية ونحوها. وأهلية الوجوب الكاملة تثبت للإنسان منذ ولادته إلى وفاته ولا تفارقه بسبب الصبا أو الجنون أو نحو ذلك، ولكنه إذا لم يبلغ سن التمييز، أو بلغ ولكنه مجنون فلا ينضم إلى هذه الأهلية أهلية الأداء، وما عليه من واجبات يقوم وليه بأدائها من ماله، فيخرج عنه ما يجب عليه من نفقة أو زكاة أو ضمان متلف من ماله.

وأما أهلية الأداء الناقصة فهي تثبت للإنسان منذ بلوغه سن التمييز إلى البلوغ ولا تثبت للمجنون الذي لا يعقل، ولكنها تثبت لضعيف الإدراك ومن به تخلف عقلي. وهذا النوع من الأهلية يترتب عليه صحة ما يفعله من حصلت له من العبادات، فيصح إسلام الصبي وصلاته وحجه وصيامه ونحو ذلك، ولكن لا يكون ملزماً بأدائها إلا على وجه التأديب والتمرين، أما حقوق العباد فتصرفات الصبي فيها إما أن تكون نافعة له نفعاً محضاً، كقبول الهبة والصدقة فهذه تصح مطلقاً، وإما أن تكون ضارة له ضرراً محضاً كالهبة والطلاق والعنق والضمنان، وهذه لا تصح منه حتى لو أجازها وليه، وإما أن تكون دائرة بين النفع والضرر كالنكاح والبيع والإجارة فهذه موقوفة على إجازة وليه، وأما أهلية الأداء الكاملة فتثبت للإنسان بالبلوغ والعقل، ويضاف الرشد في التصرفات المالية. وعليه ينبنى على أهلية الأداء القاصرة صحة الأداء وعلى الكاملة وجوب الأداء وتوجه الخطاب به لقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ

(1) - عياض بن نامي بن عوض السلمى: أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، ط1، الرياض، المملكة العربية السعودية، دار التدمرية، (1426 هـ - 2005 م)، ص79.

(2) - سعد الدين بن عمر التفتزاني: شرح التلويح على التوضيح، د.ط، مصر، مكتبة صبيح، د.ت، 321/2.

(3) - المرجع نفسه، ص80، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي: أصول السرخسي، د.ط، بيروت، دار المعرفة، د.ت، 340/2-341.

اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا... ﴿١﴾.

ولا تختلف نظرة القانون الوضعي للأهلية عما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث تقسم هي أيضا إلى أهلية وجوب وأهلية أداء وكل منهما قد تكون كاملة كما قد تكون ناقصة. فأهلية الوجوب هي صلاحية الإنسان للإلزام والالتزام وهذه تثبت لكل إنسان حتى الجنين في بطن أمه، فمناطها هو الحياة أو الصفة الإنسانية⁽²⁾، وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري بموجب المادة 25 من القانون المدني التي تنص على أنه: «تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته. على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا»⁽³⁾.

أما أهلية الأداء فهي صلاحية الإنسان لاستعمال الحق⁽⁴⁾، ومناطها هو العقل والتمييز، وقد تناولها المشرع الجزائري من خلال المادة 42 من القانون المدني التي جاء فيها: «لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون. يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة»، فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية، ومن كان ناقص التمييز كان ناقص الأهلية وهو ما تؤكد المادة 43 من القانون المدني الجزائري بنصها على أن: «كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون»، بعد أن حُدد سن الرشد بموجب المادة 40 من ذات القانون بتمام 19 سنة.

وعليه فعند الحديث عن الأهلية في العقود فالمقصود هو أهلية الأداء، أي صلاحية الشخص للقيام بالتصرفات القانونية على وجه يعتد به قانونا، بأن يكون عاقلا بالغاً، وهو الأمر الذي يمكن التأكد منه من خلال معرفة سنه، وعلى من يدعي العكس إثباته.

ب- تطبيق أحكام الأهلية على العقود الإلكترونية: إذا كانت أحكام الأهلية السابق بيانها سواء في الفقه الإسلامي أم في القانون الوضعي واضحة ومن السهل التأكد منها في العقود التقليدية، فالإتصال المباشر بين طرفي العقد وتقابلهما وجها لوجه يتيح إمكانية الاستيثاق من توافر الأهلية المطلوبة في كل منهما من خلال فحص وثائق الهوية، إذ من السهل أن يتم التأكد مما إذا كانت أهلية أحد

(1) -سورة البقرة: 286.

(2) -عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، 285/1.

(3) -القانون رقم 05-10 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق 20 يونيو 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر، ع44، السنة 42، مرجع سابق، ص21.

(4) -عبد الرزاق أحمد السنهوري: نظرية العقد، مرجع سابق، 283/1.

الطرفين كاملة أم أنها ناقصة لصغر سن أو لوجود عارض من عوارض الأهلية، خاصة وأن اللقاء بين الطرفين قد يتكرر أكثر من مرة في العقود المتعلقة بصفقات كبيرة مثلاً.

فإن الأمر على خلاف ذلك في العقود الإلكترونية التي تتم عن بعد، والتي لا يتم في أغلبها أي لقاء بين طرفيها، إذ أنه من الصعب التأكد من توافر الأهلية المطلوبة في طرفي العقد، فهذه العقود التي تتم عادة عبر شبكة الإنترنت التي توصف بالعالمية توفر إمكانية التعاقد بين أشخاص من دول وجنسيات مختلفة، يخضعون لقوانين مختلفة في تحديد مدى أهليتهم لإبرام العقود.

حتى لو تم التعاقد بين طرفين من جنسية واحدة ويخضعون لقانون دولة واحدة فإن إشكال توافر الأهلية المطلوبة يظل مطروحاً، ذلك أن التعامل يكون من خلال تقديم إيجاب عن طريق الشبكة يحظى بقبول عن طريق ذات الشبكة، إما عن طريق التعامل المباشر مع موقع الواب، أو عن طريق البريد الإلكتروني أو حتى عن طريق غرف المحادثة، الأمر الذي يجعل من الصعب على مقدم الإيجاب التأكد من أهلية القابل الذي قد يكون قاصراً ومن ثم فإن تصرفاته قد تكون صحيحة أو باطلة أو موقوفة بحسب مقدار نفعها له على النحو السابق بيانه، مما يجعل الموجب معرض للخسارة، على الرغم من الاحتياطات التي يتخذها هذا الأخير من خلال التأكد من بيانات بطاقة الائتمان، والمعلومات الشخصية لصاحبها، ذلك أن القاصر عادة ما يستعمل بطاقة ائتمان لشخص بالغ عادة ما يكون أحد أفراد أسرته، وحتى بالنسبة للعقود التي ترم عبر غرف المحادثة والتي يكون فيها اتصال مباشر بين طرفي العقد صوتاً وصورة يصعب فيها التأكد من أهلية الطرفين ذلك أن الصورة لا تعكس السن الحقيقي للشخص في كل الأحيان.

ونظراً لهذه الإشكالات التي قد يتعرض لها طرفي العقد في المعاملات الإلكترونية، فقد حاولت مختلف التشريعات والمختصون في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات إيجاد حلول عملية لمشكلة التأكد من أهلية طرفي المعاملة بدءاً باستعمال بطاقة الائتمان الذكية⁽¹⁾، والتي لم توفر الحماية اللازمة، نظراً لأن هذه البطاقة قد تستعمل من قبل شخص قاصر حصل عليها إما من أهله أو سرقتها من

(1) - حيث أصبح بإمكان مواقع الواب استخدام برامج وأنظمة تستطيع من خلالها التحقق من السن القانونية للزائرين أو المتعاملين معها، ويكون ذلك متاحاً من خلال بطاقة الائتمان الذكية التي تكفل تحديد سن المستخدم وبيان الهوية والاعتماد، ويتم ذلك بأن يقوم المستخدم بتسجيل بياناته التي تكشف عن هويته للموقع الإلكتروني الذي يرغب بزيارته لإجراء المعاملات التجارية الإلكترونية، ثم يقوم بإدخال الرقم السري لبطاقة الائتمان الخاصة به، حيث يتم التحقق من صحة البيانات واستيفائها للشروط القانونية المطلوبة، فإذا ثبتت شرعيتها يمنح المستخدم رقماً خاصاً وكلمة المرور. محمد سعيد أحمد إسماعيل: أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 204.

شخص آخر، وصولاً إلى التوقيع الإلكتروني، وشهادة تصديقه هذا الأخير الذي سيكون محل بحث في المبحث الموالي.

2- عيوب الإرادة في العقود الإلكترونية:

لا يكفي توافر الرضا المعبر عن إرادة الطرفين، بل يجب أن يكون هذا الرضا صحيحاً بصدوره عن ذي أهلية وحالياً من العيوب.

وعيوب الإرادة سواء في الفقه الإسلامي أم في القانون الوضعي هي: الإكراه، والغلط، والتدليس، وطالما أن العقود الإلكترونية لا تخرج عن النظرية العامة للعقود، فإنها تنطبق عليها ذات الأحكام المتعلقة بهذه العيوب في العقود التقليدية.

المطلب الثاني: زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني

من الإشكالات التي يثيرها التعاقد الإلكتروني على اعتباره تعاقد بين غائبين زماناً ومكاناً

الفرع الأول: زمان إبرام العقد الإلكتروني

يثير التعاقد الإلكتروني إشكالات قانونية فيما يتعلق بمسألة تحديد زمان انعقاد العقد، فإذا كان هناك اتفاق على أن هذا العقد كغيره من العقود لا ينعقد إلا لحظة اقتراح الإيجاب بالقبول. فإن تحديد هذه اللحظة كان محل خلاف على مستوى الفقه والقضاء حتى في العقود التقليدية، فظهرت عدة نظريات حاولت كل منها إيجاد طريقة لتحديد وقت انعقاد العقد.

وعليه ستتطرق الباحثة إلى بيان هذه النظريات (أولاً)، ثم بيان موقف الفقه الإسلامي من هذه المسألة (ثانياً).

أولاً: النظريات التقليدية لتحديد زمان انعقاد العقود

اختلفت الآراء في مسألة تحديد زمان انعقاد العقود، وقد نتج عن هذا الاختلاف ظهور أربع نظريات عالجت كل منها هذه المسألة وقدمت الحلول المناسبة لها، وستعرض الباحثة هذه النظريات مع بيان تطبيقاتها في مجال العقود الإلكترونية ومدى ملاءمتها لها على النحو الآتي:

1- نظرية إعلان القبول: يرى أصحاب هذه النظرية أن العقد ينعقد بمجرد إعلان القبول ممن

وجه له الإيجاب وقبل أن يصل إلى علم الموجب، ذلك أن العقد يتم بإيجاب وقبول متطابقين، فمتى صدر القبول المطابق للإيجاب توافر توافق الإرادتين وتم العقد دون توقف على علم الموجب بالقبول أو

عدم علمه. وعليه فإن هذه النظرية تحقق ما تقتضيه التجارة من سرعة في التعامل وبساطة في الإجراءات⁽¹⁾.

وبتطبيق هذه النظرية فإن العقد الإلكتروني المبرم عبر شبكة الإنترنت ينعقد من حيث الزمان في اللحظة التي يعلن فيها القبول، فإذا كانت الوسيلة المستخدمة في التعبير عن الإرادة هي البريد الإلكتروني مثلاً، فإن زمان انعقاد العقد هو اللحظة التي ينتهي فيها القابل من تحرير رسالته الإلكترونية حتى ولو لم يتم إرسالها، أما إذا كانت وسيلة التعبير عن الإرادة هي قيام القابل بالنقر على أيقونة القبول (Accept/ok)، فإن لحظة إبرام العقد هي لحظة الضغط على ذلك الزر حتى لو لم يتم التصدير بأن ضغط القابل على زر (stop) مباشرة بعد ضغط زر القبول⁽²⁾.

وقد انتقدت هذه النظرية من ناحيتين: تتمثل الأولى في صعوبة إثبات وقت إعلان القبول، لأن إعلان القبول تصرف يختص به القابل وحده ويتم دون تدخل الموجب وحتى دون علمه به، فلا يستطيع إثباته إلا الشخص الذي صدر منه، والذي يكون في وسعه إنكار صدوره، أو العدول عنه دون أن يستطيع الموجب إثباته. أما الثانية فتتمثل في أن مجرد إعلان القبول لا يكفي لتوافق الإرادتين، لأن القبول إرادة، والإرادة لا تنتج أثرها إلا من وقت العلم بها⁽³⁾.

وعلى الرغم من هذه الانتقادات التي وجهت لنظرية إعلان القبول، فإن هناك بعض التشريعات التي أخذت بها والتي نذكر منها: القانون المدني السوري، القانون المدني التونسي، القانون المدني الأردني، القانون المدني المغربي. على عكس التشريعات المتعلقة بالتجارة والمعاملات الإلكترونية، فليس هناك أي تشريع أو قانون خاص بالتجارة الإلكترونية أو التعاقد الإلكتروني أخذ بهذه النظرية أو أشار إليها، وذلك طبعاً للانتقادات التي المذكورة أعلاه والتي تجعلها نظرية غير صالحة لتحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني⁽⁴⁾.

2- نظرية تصدير القبول: حاول أصحاب هذه النظرية تفادي الانتقاد الموجه لنظرية إعلان

القبول، وذلك من خلال ذهابهم إلى أن العقد لا ينعقد بمجرد إعلان القبول، بل بتصديده، فأصحاب

(1) -انظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ص 257/1.

(2) -انظر: خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 296-297.

(3) -انظر: السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ص 257/1.

(4) -انظر: أمانح رحيم أحمد: التراضي في العقود الإلكترونية، مرجع سابق، ص 179، طارق كاظم عجيل: مجلس العقد الإلكتروني، بحث مقدم لمؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية-الحكومة الإلكترونية)، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الفترة من 19-20/05/2009، ص 323.

هذه النظرية يتفقون في الواقع مع أنصار النظرية الأولى، فهم يكتفون بإعلان القبول، ولكنهم يشترطون أن يكون هذه الإعلان نهائيا لا رجوع فيه. ولا يكون ذلك إلا إذا كان من صدر منه القبول قد بعث فعلا بقبوله إلى الموجب بحيث لا يمكنه استرداده، بأن ألقاه في صندوق البريد أو سلم البرقية إلى مكتب الإرسال، أو أبلغه لرسول انطلق ليسلمه للموجب⁽¹⁾.

وتطبيق هذه النظرية على العقود الإلكترونية، فإنه في التعاقد عبر البريد الإلكتروني، تكون لحظة انعقاد العقد هي لحظة إرسال الرسالة الإلكترونية وليست لحظة الانتهاء من كتابتها كما هو الحال في نظرية إعلان القبول، لأنه بإرسال الرسالة الإلكترونية تخرج هذه الأخيرة من نطاق سيطرة القابل، وتدخل في نطاق سيطرة الوسيط الإلكتروني الذي يتولى إيصال الرسالة إلى الموجب هذا دون اشتراط وصول الرسالة إلى البريد الإلكتروني للموجب⁽²⁾.

وانتقدت هذه النظرية أيضا من ناحيتين: الأولى تتمثل في أن إرسال الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القبول لا يعني بالضرورة وصولها إلى الموجب، فقد لا تصل نهائيا إلى البريد الإلكتروني للموجب، إما لعطل في الجهاز، أو لكون النظام المعلوماتي للموجب لا يعمل أو يعمل بشكل غير صحيح...، ومادام الإرسال أو التصدير لا ينفي احتمال عدم وصول القبول، فلا يمكن الوقوف عنده أو التعويل عليه في اعتبار العقد منعقدا بصفة نهائية منذ تصدير القبول.

ومن ناحية أخرى فإنه إذا كان إعلان القبول لا يكفي لإحداث أثره مادام لم يصل إلى علم الموجب، فليس من القانون ولا من المنطق أن يزيده التصدير أية قيمة قانونية⁽³⁾، طالما لم يقترن التصدير باشتراط علم الموجب به.

وعلى الرغم من هذه الانتقادات فإن نظرية تصدير القبول كانت محل تطبيق في بعض التشريعات ومنها مثلا القانونين الإنجليزي والكندي الذين يطلقان عليها قاعدة صندوق البريد (Mail box rule)، أو قاعدة البريد (Postal rule) التي تعني أن العقد يبرم في اللحظة التي يصدر فيها الموجه إليه الإيجاب بقبوله بوضعه معنونا في صندوق البريد، وتصبح الرسالة المتضمنة القبول تحت سيطرة موظفي البريد⁽⁴⁾.

(1) -انظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ص 257/1.

(2) -خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 297.

(3) -انظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ص 257/1.

(4) -انظر: خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 301.

3- نظرية تسليم (وصول) القبول: ويرى أنصار هذه النظرية أن وقت انعقاد العقد هو وقت وصول القبول إلى الموجب، على أن المقصود بالوصول وفق هذه النظرية أن تكون الرسالة المتضمنة القبول تحت سيطرة الموجب بحيث لا يستطيع القابل استردادها، ولا يهم بعد ذلك إن اطلع عليها الموجب أم لا، لأن العبرة في الانعقاد هنا هي وصول القبول المطابق للإيجاب وصورته نهائيًا بعدم إمكانية سحبه من الموجب⁽¹⁾. ومن المزايا التي تحقق من خلالها أن الحل الوارد فيها يسهل إثبات صدور القبول، كما يوزع المسؤولية الناشئة عن عدم انعقاد العقد بين الموجب والقابل، إذ لا يتحمل الموجب المسؤولية سواء علم أم لم يعلم بالقبول لأن العقد ينعقد بوصول القبول الذي يعد قرينة على علمه به⁽²⁾. والواضح من خلال عرض هذه النظرية أنها تتأرجح بين مذهبي تصدير القبول والعلم به، فهي أخذت بمذهب تصدير القبول متأنية إذ لا ترى التصدير باتا حتى يصل القبول إلى الموجب، وأخذت بمذهب العلم مستعجلة إذ جعلت مجرد الوصول قرينة على هذا العلم⁽³⁾.

وبتطبيق هذه النظرية على العقود الإلكترونية، نجد أن لحظة إبرام العقد الإلكتروني هي لحظة وصول الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول إلى صندوق البريد الإلكتروني الخاص بالموجب، دون اشتراط اطلاعه على محتوى هذه الرسالة.

ومن الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية أن وصول القبول إلى الموجب دون علمه لا يزيد شيئًا على تصدير القبول أو إعلانه⁽⁴⁾، كما أنه بالنسبة للعقود الإلكترونية لا يوجد أي فرق بين لحظة تصدير القبول ووصوله إلى الموجب، إذ لا يوجد أي فاصل زمني يذكر بينهما، فعملية تصدير القبول ووصوله عبر شبكة الإنترنت تتم في جزء من الثانية يكاد لا يذكر، إلا في حالة وجود عطل أو خلل في شبكة الاتصالات أو لوجود عطل في جهاز الموجب حيث يختلف في هذه الأحوال وقت التصدير عن وقت الوصول⁽⁵⁾.

وعلى الرغم من هذه الانتقادات، فإن هذه النظرية كانت محل تطبيق في كثير من التشريعات الوطنية والدولية وخاصة منها المتعلقة بالعقود الإلكترونية، ومنها على سبيل المثال: -اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، حيث نصت في مادتها 2/18 على أنه: «يحدث قبول الإيجاب أثره

(1)-انظر: علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص35.

(2)-انظر: أمانح رحيم أحمد: التراضي في العقود الإلكترونية، مرجع سابق، ص181-182.

(3)-انظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ص258.

(4)-انظر: المرجع نفسه، ص258.

(5)-انظر: طارق كاظم عجيل: مجلس العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص328-329.

من اللحظة التي يصل فيها إلى الموجب ما يفيد الموافقة. ولا يحدث القبول أثره إذا لم يصل إلى الموجب خلال المدة التي اشترطها، أو خلال مدة معقولة في حالة عدم وجود مثل هذا الشرط، على أن يؤخذ في الاعتبار ظروف الصفقة وسرعة وسائل الاتصال التي استخدمها الموجب. ويلزم قبول الإيجاب الشفوي في الحال ما لم يتبين من الظروف خلاف ذلك».

-قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية حيث نص في مادته 1/15 على أنه: «ما لم يتفق المرسل والمرسل إليه على خلاف ذلك، يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ، أو سيطرة الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابة عن المنشئ».

أما على مستوى التشريعات الوطنية فقد أخذ بها قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 حيث نص في مادته 17/أ على أنه: «تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من وقت دخولها إلى نظام معالجة معلومات لا يخضع لسلطة المنشئ أو الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عنه ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك»، وقانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002 الذي نص في مادته 1/17 على أنه: «(1) ما لم يتفق المنشئ والمرسل على خلاف ذلك: أ- يقع إرسال الرسالة الإلكترونية عندما تدخل الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عن المنشئ». والملاحظ بالنسبة لهذه القوانين أنها تبنت حرفياً النص الوارد في قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية.

إضافة إلى هذه التشريعات فإن كثيراً من فقهاء القانون وحتى الباحثين في هذا المجال، ذهبوا إلى تفضيل الأخذ بالحلول التي قدمتها هذه النظرية بالنسبة للتعاقد الإلكتروني لأنها من شأنها تسهيل إثبات وصول القبول الإلكتروني إلى الموجب مادام القابل لا يستطيع استرداد رسالته من صندوق البريد الإلكتروني للموجب قبل الاطلاع عليها⁽¹⁾.

4- نظرية العلم بالقبول: يرى القائلون بهذه النظرية أن وقت إبرام العقد هو وقت علم الموجب بالقبول، فهم لا يكتفون بمجرد إعلان القبول، بل يشترطون علم الموجب به تطبيقاً للقاعدة العامة القاضية بأن الإرادة لا تنتج أثراً إلا إذا علم بها من وجهة إليه، فإذا كان العقد توافقي بين إرادتين فيجب أن يعلم طرفا العقد بقيام هذا التوافق، وقد جعل أنصار هذه النظرية من واقعة تسلّم القبول قرينة

⁽¹⁾ -انظر: أمانح رحيم أحمد: التراضي في العقود الإلكترونية، مرجع سابق، ص 183، طارق كاظم عجيل: مجلس العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 328.

على علم الموجب به، ولكنها قرينة يمكن إثبات عكسها⁽¹⁾.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أنه من الصعب تطبيق هذه النظرية على العقود الإلكترونية، انطلاقاً من أن القابل لا يملك دليلاً على علم الموجب بالقبول وإلزامه بالعقد، مما يمكن الموجب من ادعاء عدم العلم إذا لم يكن راغباً في إبرام العقد⁽²⁾. ويدفع هذا الاعتراض من جهة أن هذه النظرية لا تشترط العلم الحقيقي للموجب وإنما مجرد وصول القبول يعد قرينة على العلم به، ويقع على عاتق الموجب إثبات عكسها في حالة ادعائه عدم العلم بالقبول رغم وصوله.

وبتطبيق هذه النظرية على العقود الإلكترونية، تكون لحظة إبرام العقد هي لحظة علم الموجب بقبول من وجه إليه الإيجاب، ويعتبر وصول رسالة القبول إلى البريد الإلكتروني للموجب قرينة على علمه بالقبول.

وعلى الرغم من تعدد النظريات التي حاولت بيان زمان إبرام العقد، إلى أن هذه النظريات الأربع في الحقيقة تعود إلى نظريتين أساسيتين هما نظرية إعلان القبول، ونظرية العلم بالقبول.

كما أنه وعلى الرغم من أن هذه النظريات صالحة للتطبيق على العقود الإلكترونية شأنها في ذلك شأن العقود التقليدية، إلا أن هناك جانب من الفقه ذهب إلى أن الطبيعة الخاصة للبيئة الإلكترونية والتي تنعكس بشكل مباشر على العقود التي تبرم فيها جعل الحاجة ماسة إلى ظهور نظرية جديدة تتماشى مع هذه الخصوصية وسميت هذه النظرية بنظرية تأكيد القبول ومفادها: أن لحظة إبرام العقد الإلكتروني هي لحظة تأكيد القبول (confirmation de l'acceptation) من قبل من وجه إليه الإيجاب بعد تمكنه من مراجعة قبوله ومراجعة عرض الموجب وتصحيح الأخطاء التي قد يكون وقع فيها في المرة الأولى⁽³⁾.

وتجد هذه النظرية محلاً لها في التوجيه الأوروبي رقم 31-2000 حيث نص في المادة 05 على أنه: «يعد العقد قد أبرم في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقراراً إلكترونياً مؤكداً من القابل بقبوله».

وبالنظر إلى واقع العقود المبرمة في البيئة الإلكترونية، وإمكانية وقوع القابل في خطأ أثناء الاطلاع الأول على الإيجاب، فإن الباحثة تؤيد فكرة الأخذ بنظرية تأكيد القبول لما توفره من حماية للقابل دون

(1) -انظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ص258.

(2) -خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص298-299.

(3) -طارق كاظم عجيل: مجلس العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص235-236.

إضرار بالموجب.

ثانيا: موقف الفقه الإسلامي من مسألة تحديد زمان إبرام العقد

على الرغم من عدم تناول فقهاء الشريعة الإسلامية لهذه المسألة بشكل مباشر وإفرادها بعنوان مستقل في كتبهم، إلا أنه بالاطلاع على أقوالهم في مسألة سماع كل من المتعاقدين كلام الآخر، يتضح جليا أنهم أخذوا بنظرتي إعلان القبول والعلم به.

فالقول باشتراط سماع كل من العاقدين كلام الآخر إنما هو قول بنظرية العلم بالقبول، لأن مؤدى هذا الشرط وجوب سماع الموجب القبول وعلمه به.

وذهب السنهوري إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية يأخذون بنظرية إعلان القبول⁽¹⁾، وعلى الرغم من اعتراض بعض الفقهاء المعاصرين على ما ذهب إليه السنهوري⁽²⁾، إلا أنه يعد الرأي الراجح⁽³⁾.

وبالنظر إلى النظرية الأخيرة والتي ترى وجوب تأكيد القبول، فإنه لا يوجد في الفقه الإسلامي ما يتعارض مع الأخذ بهذه النظرية طالما أن فيها تحقيقا لمصلحة أحد الطرفين دون تغليبها على مصلحة الطرف الآخر.

الفرع الثاني: مكان انعقاد العقد الإلكتروني

تكتسي مسألة تحديد مكان انعقاد العقد أهمية بالغة، ذلك أن تحديد مكان الانعقاد هو الذي من شأنه تحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بنظر أي نزاع قد ينشأ بمناسبة ذلك العقد، وقد نوقشت هذه المسألة على مستوى العقود التقليدية واختلفت الآراء فيها بين قائل بالتلازم بين زمان ومكان انعقاد العقد وهو المذهب الذي يعرف بالنظرية الأحادية لأنه ساوى بين الزمان والمكان ومن ثم فإن تحديد مكان انعقاد العقد وفق هذا الرأي يخضع للنظريات الأربع المشار إليها في الفرع السابق، وبين قائل بأنه ليس هناك تلازم حتمي بين مسألتي زمان ومكان انعقاد العقد وهو المذهب الذي يعرف بالنظريات الثنائية.

وبما أن النظرية الأحادية لا تخرج عن النظريات الأربعة المحددة لزمان انعقاد العقد والتي تم تناولها بالتفصيل في الفرع السابق، فستكتفي الباحثة في هذا الفرع بتناول الرأي الثاني، ثم تبين أي الرأيين يمكن

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري: نظرية العقد، مرجع سابق، 302/1.

(2) نشأت الدريني: التراضي في عقود المبادلات المالية، مرجع سابق، ص 316-324.

(3) -وحيد الدين سوار: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ط2، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع،

1979، ص 119-123.

تطبيقه بالنسبة للعقود الإلكترونية على النحو الآتي بيانه:

مبنى النظريات الثنائية لتحديد مكان انعقاد العقود هو الفصل بين مسألة زمان ومكان انعقاد العقد، وبالنسبة لزمان إبرام العقد لا يخرج أنصار هذه النظريات عما ذهب إليه أنصار النظرية الأحادية، حيث نجدهم يفضلون نظرية العلم بالقبول على باقي النظريات الأخرى المشار إليها. أما بالنسبة لمكان إبرام العقد وهو ما يهم هذه الجزئية من الدراسة، فإن هذه النظريات ترى أن مكان إبرام العقد ليس هو مكان علم الموجب بالقبول - أي زمان انعقاد العقد وفقا لنظرية العلم بالقبول-، وإنما هو مكان تصدير القبول وهو ما استقر عليه العمل في أحكام القضاء الفرنسي الذي يوصف بأنه قضاء ذو طابع واقعي.

وعليه فمكان انعقاد العقد هو المكان الذي يصدر فيه القبول؛ بناء على الاعتبار القائل بأنه لا يجوز إجبار المتعاقد الذي لم يصدر عنه الإيجاب على التقاضي بعيدا عن محل إقامته، بل إن الذي يجب أن يتقاضى بعيدا عن محل إقامته هو من صدرت عنه المبادرة التعاقدية أي الموجب⁽¹⁾.

وعلى الرغم من وجود هذه النظريات التي تناولت زمان ومكان إبرام العقد والتي تنطبق بشكل أو بآخر على العقود الإلكترونية، إلا واقع التجارة الإلكترونية والمنازعات التي تنشأ بمناسبة عقودها يؤكد على ضرورة تنظيم هذه المسألة بنصوص تشريعية واضحة نظرا لدقتها وتعلقها بمسائل شائكة تتعلق أساسا بالقانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة، كما أنه وعلى الرغم من اقتداء جل المشرعين بقانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية في تنظيم مثل هذه المسائل، فإن هذا الأخير لم يتناول هذه المسألة بشكل مباشر واكتفى بالإشارة إليها في الفقرة 5 من المادة 11.

(1) -انظر تفصيل المسألة في: أمانج رحيم أحمد: التراضي في العقود الإلكترونية، مرجع سابق، ص 199-207.

المبحث الثالث: إثبات عقود التجارة الإلكترونية

إذا كان الإثبات يكتسي أهمية بالغة في التصرفات والعقود القانونية التقليدية، انطلاقاً من أن «كل من يتمسك بحق ما عليه أن يقيم دليلاً على وجوده، لأن الدليل هو قوة الحق، وكل حق لا دليل عليه هو والعدم سواء»⁽¹⁾. فإن هذه الأهمية تكون أعلى درجة في عقود التجارة الإلكترونية التي تعتبر عقوداً ذات طابع خاص لاتصافها باللاورقية من جهة، ولأنها تبرم عن بعد عبر وسائل إلكترونية حديثة غيرت من المفاهيم التي كانت موجودة في مجال الإثبات من جهة أخرى.

وقد أدت هذه الخصوصية إلى ظهور مصطلحات جديدة تتماشى مع التقنيات الحديثة المستعملة في هذا النوع من العقود، حيث ظهرت المحررات الإلكترونية ومن ثم الكتابة الإلكترونية كبديل للمحررات الورقية والكتابة اليدوية، كما ظهر التوقيع الإلكتروني كبديل للتوقيع اليدوي أو التقليدي. الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن: مدى قدرة أدلة الإثبات التقليدية على استيعاب هذه التطورات التقنية الحديثة؟

وستجيب الباحثة عن هذا التساؤل من خلال هذا المبحث حيث ستتطرق إلى المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني (وهذا في مطلب أول)، ثم تتطرق للتصديق الإلكتروني (وهذا في مطلب ثان).

المطلب الأول: المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني

لقد نتج عن استعمال وسائل الاتصال الحديثة في إنجاز المعاملات والعقود، نمط جديد من المحررات هو المحررات الإلكترونية، والتي استوجبت نمطاً جديداً من التوقيع يتوافق مع طبيعتها. وعليه سنتناول الباحثة المحررات الإلكترونية (وهذا في فرع أول)، ثم التوقيع الإلكتروني (وهذا في فرع ثان).

الفرع الأول: المحررات الإلكترونية

تقدم أن مصطلح "المحرر الإلكتروني" مصطلح جديد ظهر مع دخول تقنيات تكنولوجيا المعلومات والاتصالات مجال المعاملات، الأمر الذي جعله يحظى بتعريفات عديدة، حاول واضعوها تحديد مفهوم هذا المصطلح وتقريب معناه سواء بالنسبة للمتعاملين بهذا النوع من المحررات وهم أطراف

⁽¹⁾—أنور سلطان: قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دراسة في القانون المصري واللبناني، د.ط، لبنان، بيروت، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1984م، ص05.

المعاملات الإلكترونية أو بالنسبة لمن يهمهم أمرها كالباحثين والقضاة مثلاً.

ومن ثم يجب تحديد مفهوم هذه المحررات (أولاً)، مع بيان حجيتها في الإثبات (ثانياً).

أولاً: مفهوم المحررات الإلكترونية

1- تعريف المحرر الإلكتروني:

بداية نشير إلى أن المحرر الإلكتروني لم يحظ بتعريف مباشر في كل التشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية أو المتعلقة بالتوقيعات الإلكترونية، إذ هناك تشريعات كثيرة أشارت إلى تعريفه إشارة ضمنية أو من خلال تعريف مصطلحات أخرى، كما أنه ليس هناك اتفاق على استعمال مصطلح "المحرر الإلكتروني"، فهناك من استعمل مصطلح رسالة البيانات، أو المعلومات أو الرسالة الإلكترونية، أو السجلات الإلكترونية... غير أن الباحثة فضلت استعمال مصطلح "المحرر الإلكتروني" لكونه أكثر دقة.

ومن التشريعات التي عرفت المحرر الإلكتروني نذكر:

أ- قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية: لم يستخدم هذا القانون مصطلح "المحرر الإلكتروني" وإنما استخدم مصطلح "رسالة البيانات" وقد عرفها بموجب نص المادة 2/أ والتي جاء فيها: «يراد بمصطلح "رسالة البيانات" المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس أو النسخ البرقي»، وهو التعريف ذاته الوارد في المادة 2/ج من قانون الأونسترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية لسنة 2001.

ب- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني⁽¹⁾: استعمل المشرع الأردني مصطلح "رسالة المعلومات" للدلالة على "المحرر الإلكتروني"، وعرفها بموجب نص المادة 6/2 الذي جاء فيه: «رسالة المعلومات: المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي»، والملاحظ على هذا التعريف هو أنه نسخ حرفي تقريبا لما ورد في قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية المذكور أعلاه.

ج- قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي⁽²⁾: استعمل هذا التشريع مصطلح

(1) - القانون الأردني رقم 85 لسنة 2001 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية، مشار إليه سابقاً.

(2) - القانون رقم 02 لسنة 2002 الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، مشار إليه سابقاً.

"سجل أو مستند إلكتروني" للدلالة على "المحرر الإلكتروني" وعرفه في المادة 7/2 التي جاء فيها: «سجل أو مستند إلكتروني: سجل أو مستند يتم إنشاؤه أو استلامه أو تخزينه أو استخراج أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بطريقة إلكترونية، على وسيط ملموس أو على وسيط إلكتروني آخر، ويكون قابلا للاسترجاع بشكل يمكن فهمه».

د- قانون التوقيع الإلكتروني المصري⁽¹⁾: استعمل المشرع المصري مصطلح "محرر إلكتروني" وعرفه بموجب نص المادة 1/ب الذي جاء فيه: «(ب) المحرر الإلكتروني: رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج، أو تخزن، أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة إلكترونية، أو رقمية، أو ضوئية، أو وسيلة أخرى مشابهة».

أما بالنسبة للتشريع التونسي المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية والذي يعتبر أول التشريعات العربية صدورا في هذا المجال كما قدمنا، فقد عبر عن المحرر الإلكتروني بمصطلح "وثيقة إلكترونية" غير أنه لم يعرفها إلا أنه بالنظر إلى الفصول التي تناول فيها هذه الوثيقة يمكننا القول أنه مفهومها لا يخرج عن المفاهيم المقدمة في التعريفات المشار إليها أعلاه.

أما المشرع الجزائري فعلى الرغم من أنه قام بتعديلات في القانون المدني تقرر الاعتراف بالكتابة الإلكترونية، والتوقيع الإلكتروني، وأصدر أخيرا قانونا متعلقا بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين إلا أنه لم يعرف المحرر الإلكتروني لا في التعديلات ولا في القانون الجديد.

وبالنظر إلى التعريفات التشريعية المقدمة للمحرر الإلكتروني نلاحظ أنها: وإن اختلفت من حيث التسميات المقدمة للمحرر الإلكتروني، فإنها تتفق في المفهوم العام المقدم له والمتمثل في أنه عبارة عن بيانات أو معلومات منشأة أو مرسله أو مستلمة أو مخزنة عن طريق وسائط أو تقنيات إلكترونية أيا كان نوعها. كما نلاحظ أيضا أن هذا المفهوم هو مفهوم واسع يشمل كل أنواع المحررات الإلكترونية بمعنى أنه لا يقتصر على العقود فحسب، إضافة إلى أنه لم يحدد الوسيلة الإلكترونية المستعملة في إنشاء أو تخزين أو إرسال أو استلام هذا المحرر، وبذلك يكون هذا المفهوم قابلا لاستيعاب كل الوسائل الموجودة حاليا أو التي ستوجد مستقبلا والتي تستعمل في هذا المجال.

وعليه يمكن القول بأن المحرر الإلكتروني هو: «البيانات أو المعلومات التي يتم إنشاؤها وتبادلها أو تخزينها من خلال وسائط إلكترونية».

(1) - القانون رقم 15 لسنة 2004 الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، مشار إليه سابقا.

وقد وضعت الباحثة هذا التعريف استنتاجا من التعريفات التشريعية وبعض الإشارات الفقهية المقدمة للمحرر الإلكتروني، على أنها اختارت لفظي "تبادل" (والتي تقصد بها إرسال واستلام)، و"تخزين" حتى لا تقصر مفهوم المحرر الإلكتروني على العقود المتبادلة بين الأطراف، وإنما يصدق مصطلح المحرر الإلكتروني حتى على السجلات الإلكترونية المخزنة مثل شهادات الميلاد أو الوفاة، أو السجلات الصحية... لأن التقنيات الإلكترونية أصبحت مستعملة في جميع المعاملات ليست حكرًا على المعاملات التجارية فحسب. كما استعملت الباحثة مصطلح "وسائط إلكترونية" ليشمل كل وسيلة إلكترونية يمكنها تأدية هذه المهمة سواء أكانت موجودة حاليا أم ستظهر مستقبلا. وحتى يحقق المحرر الإلكتروني بمفهومه هذا، الدور المنوط به في الإثبات فإنه يجب يتوافر على جملة من الشروط توضحها الجزئية الموالية.

2- الشروط الواجب توافرها في المحرر الإلكتروني:

إن المحرر الإلكتروني باعتباره مجموعة من البيانات المكتوبة أو المعالجة إلكترونيا، لا يعتد به كدليل إثبات إلا إذا توافر على بعض الشروط التي تؤهله لذلك، وهذه الشروط منها ما نصت عليه صراحة التشريعات المتعلقة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، ومنها ما يستنبط من مضامين نصوص تلك التشريعات⁽¹⁾. ويمكن إيجاز هذه الشروط في الآتي:

أ- الكتابة: تعد الكتابة شرط أساسي في المحرر الإلكتروني شأنه في ذلك شأن المحرر العادي أو التقليدي، لأن الكتابة تعد من أهم طرق وأدلة الإثبات حتى الآن لما تتمتع به من مزايا مقارنة بأدلة الإثبات الأخرى. على أن الكتابة المشترطة في المحرر الإلكتروني هي كتابة من نفس جنسه أي كتابة إلكترونية. الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن معنى هذا النوع من الكتابة وهل يمكن مساواتها بالكتابة التقليدية أو اليدوية؟ وسنحاول الإجابة عن هذا التساؤل من خلال:

-تعريف الكتابة الإلكترونية: لم تضع التشريعات في البداية تعريفا خاصا للكتابة بوجه عام، لأن مدلول الكتابة -قبل ظهور التطورات التقنية الحالية- كان ينصرف مباشرة إلى الكتابة الخطية على الورق، ومع مرور الزمن وبداية ظهور بواذر التطور التقني أصبح ينصرف أيضا إلى الكتابة المطبوعة على الورق، أي أنه في كل الأحوال كان مدلول الكتابة يشير دائما إلى وجود ورق مدون عليه إما بخط اليد أو بالطباعة.

(1)- محمد فواز المطالقة: الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 206.

إلا أنه مع دخول الحواسيب مجال المعاملات، وتطور التقنيات التكنولوجية المتعلقة بها، كان لابد من إيجاد سبل لاستيعاب استعمالها في مجال إبرام العقود بصفة خاصة، وكان المشرع الفرنسي سابقا في هذا المجال إذ نجده قد أدخل تعديلا على القانون المدني الذي كان خاليا من أي تعريف للكتابة شأنه في ذلك شأن بقية التشريعات، وكان هذا التعديل بموجب القانون 2000-230 بتاريخ 13 مارس 2000 المتعلق بتكثيف قواعد الإثبات مع التقنيات المعلوماتية المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني⁽¹⁾، حيث عدل هذا القانون المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي لتصبح كالآتي: «يحصل الدليل الخطي أو الكتابي من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية إشارات أو رموز تتمتع بدلالة واضحة مهما كانت دعامتها أو وسيلة تداولها»⁽²⁾. وقد نحي المشرع الجزائري المنحى ذاته، بموجب التعديلات التي أدخلها على القانون المدني بناء على القانون رقم 05-10⁽³⁾، حيث عرف الكتابة في المادة 323 مكرر بقوله: «ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها». وهذه المادة كما يتضح من صياغتها هي نسخ حرفي للنص الفرنسي المشار إليه أعلاه.

وبالنظر إلى هذين التعديلين نجد المشرعين الفرنسي والجزائري لم يعرفا الكتابة الإلكترونية، وإنما عرفا الدليل الكتابي بوجه عام.

ومع ذلك يبقى للمشرع الفرنسي السبق في هذا المجال لأن التعريف الذي قدمه للكتابة أو للدليل الكتابي، هو تعريف يمكنه أن يستوعب أي نوع من الكتابة مهما كانت الدعامة التي تدون عليها ومهما كانت طريقة تداولها. وهو ما جعل الباحثة ترى أن المشرع الجزائري قد أحسن بتبنيه لهذا التعريف وإن كان يعاب عليه: التأخر في هذا التبنى إذ أنه في حين صدر التعديل الفرنسي سنة 2000 نجد أن التعديل الجزائري لم يصدر إلا سنة 2005 أي بتأخر مدته 5 سنوات كاملة، إضافة إلى أنه أدخل تعديلا على القانون المدني تضمن الإشارة إلى مستجدات الكتابة والإثبات بالطرق الإلكترونية، في ظل

⁽¹⁾ - Loi n°2000-230 du 13 mars 2000, Portant adaptation du droit de preuve aux technologies de l'information et relative a la signature électronique, J.O de la république Française du 14 mars 2000, P3968.

⁽²⁾ - Art1316 : «La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission». OP, cit, P3968.

⁽³⁾ - القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 هـ الموافق 20 يونيو سنة 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، منشور بالجريدة الرسمية، العدد 41، السنة 42 الصادرة يوم الأحد 19 جمادى الأولى عام 1428 هـ الموافق 28 يونيو سنة 2005 م، ص 17-25.

غياب تنظيم تشريعي مستقل للمعاملات أو التجارة الإلكترونية في الجزائر⁽¹⁾.

وإذا كان هذا موقف المشرع الفرنسي الذي رأى أن الاختلاف الوحيد بين الكتابة ومن ثمة الدليل الكتابي التقليدي ونظيره الإلكتروني يكمن في الدعامة التي يدون عليها كل منهما، الأمر الذي أدى به إلى الاكتفاء بتعريف الدليل الكتابي تعريفا عاما يشمل كل دعامات التحرير ووسائل التداول سواء أكانت ورقية أم إلكترونية، دون حاجة إلى تعريف خاص للكتابة الإلكترونية، فإن هناك من المشرعين من فضل الإشارة إلى تعريف خاص لهذا النوع من الكتابة، ومن هؤلاء نذكر المشرع المصري الذي عرفها بموجب المادة 1/أ من قانون التوقيع الإلكتروني والتي جاء فيها: «الكتابة الإلكترونية: كل حروف أو أرقام أو رموز أو أية علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك».

وعليه يمكننا القول أن الكتابة الإلكترونية هي نوع خاص من الكتابة المعروفة منذ القدم، ذلك أنه باستقراء التعريفات اللغوية أو الاصطلاحية المقدمة للكتابة أو للمحركات الكتابية بصفة عامة لا نجد إشارة إلى أنها تستوجب أن تكون مدونة على الورق، بدليل أن التاريخ يثبت أن الكتابة كانت على الحجر، وعلى الجلد، وعلى جريد النخل... إذا فلا مانع أن تكون على دعامة إلكترونية طالما أنها تؤدي الغرض من وجودها وهو أن تكون قابلة للإدراك كما عبر المشرع المصري، أي أنه يمكن قراءتها وفهم فحواها ومن ثم الاستدلال بها ما دمنا في مجال الإثبات، لذلك اشترط في الكتابة التقليدية أن تكون مقروءة (Lisible)، وهو ما يشترط أيضا في الكتابة الإلكترونية التي تكون بمثابة معادلات خوارزمية لا يمكن قراءتها إلا من خلال شاشات الحواسيب التي تترجم تلك المعادلات إلى لغة مفهومة، وعليه فالكتابة الإلكترونية التي يمكننا الاعتماد عليها كدليل إثبات هي الكتابة التي تترجم على شاشة الحاسوب بلغة مفهومة وليست الكتابة الإلكترونية في شكلها الأصلي.

ب- قابلية المحرر الإلكتروني للاحتفاظ بالمعلومات الواردة فيه: يشترط في الدليل الكتابي المعتد به في مجال الإثبات أن يكون مدونا على وسيط يسمح ببقاء واستمرار الكتابة المدونة عليه، ليتسنى الرجوع إليها في حالة وجود نزاع، وهذا الأمر محقق في الدليل الكتابي الورقي إذا أنه ثبت قدرة الورق على البقاء مدة طويلة إذا ما تمت المحافظة عليه من التعرض للعوامل الخارجية كالبلل والتمزيق وغيرها.

⁽¹⁾— وإن كان قد أفرج أخيرا عن تشريع متعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين مطلع سنة 2015 إلا أن هذا التشريع يبقى مرهونا بصدر قانون التجارة والمعاملات الإلكترونية على غرار معظم التشريعات الغربية منها والعربية.

وقد أشار قانون الأونسترال النموذجي إلى هذا الشرط في مادته 1/6 والتي جاء فيها: «عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً». كما تضمنته بعض التشريعات العربية⁽¹⁾.

وهذا الشرط محقق في المحرر الإلكتروني المحفوظ على شريحة أو قرص ممغنط... أو في ذاكرة الجهاز، إذ يمكنه الاحتفاظ بالمعلومات المدونة عليه لفترة طويلة، خاصة وأن العقبات التقنية التي شأها التأثير على هذه الإمكانية والتي من بينها تعرض هذه الأجهزة للتلف مجرد اختلاف قوة التيار الكهربائي، أو درجة حرارة تخزين هذه الوسائط، يمكن تفاديها من خلال استخدام الأجهزة ذات التقنيات المتطورة التي توفر إمكانية حفظ الكتابة بصفة مستمرة وعلى نحو أفضل من حفظ المستندات الورقية التقليدية⁽²⁾.

ج- عدم قابلية المحرر الإلكتروني للتعديل: يشترط في الدليل الكتابي المعتد به في الإثبات عدم القابلية للتعديل، فالقيمة القانونية لهذا الدليل تقدر بمدى سلامة محتواه. ولا مرأى من تحقق هذا الشرط في المحررات الورقية التي يستعمل الحبر في تدوينها أو طباعتها، ذلك أن الحبر المستعمل يتصل كيميائياً بالتركيب المادي للورق، بحيث لا يمكن فصل الكتابة عن الورق إلا بإتلاف هذا الأخير أو إجراء تغييرات مادية يسهل كشفها إما بصفة مباشرة وإما عن طريق الخبرة الفنية⁽³⁾.

وقد نصت المادتين 8 و 9 من قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية على وجوب توافر هذا الشرط في المحررات الإلكترونية⁽⁴⁾.

وإذا كانت المحررات الإلكترونية في بداية استعمالها، تعتبر من الوثائق التي يسهل تعديلها أو إعادة تنسيقها دون أن يكون لذلك أثر ظاهر على المحرر، فإن التطورات المتلاحقة في مجال التقنيات المستعملة في تحرير المحررات الإلكترونية أدى إلى إمكانية تحويل المحرر إلى صورة ثابتة غير قابلة للتغيير أو المحو (كأن يحول إلى PDF مثلاً)، كما ظهرت طرق لحفظ هذه المحررات في صيغتها النهائية غير القابلة للتعديل في

⁽¹⁾—راجع الفصل الرابع من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، والمادة 08 من القانون الأردني رقم 85 لسنة 2001 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية، والمادة 8 من قانون إمارة دبي رقم 2 لسنة 2002.

⁽²⁾—انظر: حسن عبد الباسط جمعي: إثبات التصرفات التي يمكن إبرامها عن طريق الإنترنت، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، 2000م، ص 21-22.

⁽³⁾—انظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل: التوقيع الإلكتروني ومدى حجتيه في الإثبات، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ص 29، ملحق العدد 3، سبتمبر 2005م، ص 115.

⁽⁴⁾—قانون الأونسترال للتجارة الإلكترونية لسنة 1996 مشار إليه سابقاً.

صناديق إلكترونية لا يمكن فتحها إلا بمفتاح خاص بحيث تؤدي أي محاولة لتعديل المحرر إلى إتلاف محتواه بصفة كلية⁽¹⁾. مما يعني تحقق شرط عدم القابلية للتعديل في المحرر الإلكتروني شأنه في ذلك شأن الدليل الكتابي التقليدي.

وعليه تستنتج الباحثة أن المحررات الإلكترونية تتصف بذات الصفات الواجب توافرها في الدليل الكتابي التقليدي المعتد به في مجال الإثبات، الأمر الذي يجعلها تتساءل عن مدى حجيتها في مجال الإثبات؟ وهو ما ستبينه من خلال الفرع الموالي، بعد بيان موقف الفقه الإسلامي من هذا النوع من المحررات.

ثانيا: حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات

بعد أن بينا مفهوم المحرر الإلكتروني والشروط الواجب توافرها فيه، نأتي إلى بيان مدى حجية هذه المحررات في الإثبات، بمعنى هل يمكن أن تتساوى هذه المحررات مع المحررات التقليدية وبالتالي تكون لها نفس القوة في الإثبات أم أن خصوصيتها ستجعلها أقل درجة؟ وذلك في كل من القانون الوضعي والفقه الإسلامي على النحو الآتي:

1- في القانون الوضعي:

بالنظر إلى التشريعات التي تناولت المعاملات الإلكترونية أو التي عُدلت لتتماشى مع هذا النوع من المعاملات نجد أن أغلبها قد فصل هذا الأمر بشكل جذري ونص صراحة على قيمة هذه المحررات في الإثبات على أننا سنكتفي بما ورد في التشريعين الفرنسي والجزائري على النحو الآتي بيانه:

بعد أن عرف المشرع الفرنسي الدليل الكتابي بموجب المادة 1316 المضافة بموجب التعديل الوارد في القانون رقم 200-230 المشار إليه سابقا، نجده نص في المادة 1-1316 على أن: «تقبل الكتابة في الشكل الإلكتروني في الإثبات بنفس قوة الكتابة على الدعامة الورقية بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تثبت وتحفظ ضمن الشروط التي تتطلبها طبيعة هذه الكتابة وأن تضمن سلامتها»⁽²⁾، ثم نص في المادة 3-1316 على أن: «تتمتع الكتابة على دعامة إلكترونية بنفس قوة

⁽¹⁾—حسن عبد الباسط جمعي: إثبات التصرفات التي يمكن إبرامها عن طريق الإنترنت، مرجع سابق، ص70.

⁽²⁾—Art. 1316-1 : «L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité». J.O de la République Française du 14 mars 2000, P3968.

الإثبات للكتابة على الدعامة الورقية»⁽¹⁾، وهذا يعني أن المشرع الفرنسي لم يفرق بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية على الورق في مجال الإثبات، أي أن الدليل الكتابي الإلكتروني يتمتع بنفس القوة الثبوتية للدليل الكتابي التقليدي.

كما أنه فصل الأمر بالنسبة للمشاكل التي قد تثار بمناسبة التعارض بين دليل كتابي إلكتروني ودليل كتابي تقليدي، حيث نص في المادة 1316-2 على أنه: «عندما لا يحدد القانون قواعد أخرى، وبغياب وجود اتفاق نافذ بين الأطراف، يبت القاضي في النزاعات حول الدليل الكتابي بكافة الطرق لتحديد السند الأكثر قبولا مهما كانت دعامته»⁽²⁾.

أما المشرع الجزائري، فلم يخرج عما ذهب إليه المشرع الفرنسي، إذ نصت المادة 323 مكررا 1 على أنه: «يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها»⁽³⁾. وهو مضمون المادة 1-1316 المشار إليها أعلاه، مما يعني أن المشرع الجزائري أيضا ساوى بين الدليل الكتابي التقليدي الدليل الإلكتروني من حيث القوة في الإثبات.

وعلى الرغم من أن هذه المساواة نص عليها المشرع الجزائري صراحة بموجب نص قانوني واحد هو نص المادة 323 مكررا 1 من القانون المدني، إلا أننا نجد يؤكد توجهه هذا من خلال نصوص أوردها في أوامر وقوانين أخرى بشكل ضمني والتي نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر:

- نصت المادة 69 من قانون النقد والقرض رقم 03-11 على أنه: «تعتبر وسائل دفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل»⁽⁴⁾. فعبارة "مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل" تدل على أمرين: الأول: إجازة المشرع الجزائري للمعاملات الإلكترونية، والثاني: مساواة المشرع بين وسائل الدفع العادية ووسائل الدفع الإلكترونية في الوفاء بالالتزامات. الأمر الذي يؤكد مساواته بين هذه الأدلة في الإثبات.

- عرّفت المادة 02 من الأمر رقم 05-06 المتعلق بمكافحة الإرهاب بأنها: «كل المعطيات

⁽¹⁾-Art. 1316-3 : «L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier ». Op, cit.

⁽²⁾-Art. 1316-2 : «Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support». Op, cit.

⁽³⁾-ج.ر، ع44، السنة42، مرجع سابق، ص24.

⁽⁴⁾-الأمر رقم 03-11 يتعلق بالنقد والقرض المؤرخ في 26 غشت 2003، ج.ر، ع52، س40، الصادرة في 27 أوت 2003.

المعالجة أو غير المعالجة، المحللة أو غير المحللة، وكل وثيقة أو تقرير وكذلك الاتصالات الأخرى بمختلف أشكالها بما في ذلك الإلكترونية ونسخها المحقق في صحتها والمصادق على مطابقتها»⁽¹⁾.

فهذه النصوص وغيرها تدل على التكافؤ الوظيفي (Equivalence Fonctionnelle) بين الوسائل العادية والوسائل الإلكترونية في الإثبات أمام القضاء الجزائري.

من خلال ما تقدم يمكننا القول أن المشرع الفرنسي، ومن ثمة المشرع الجزائري، قد ساوى بين المحررات الإلكترونية والمحررات التقليدية دون الإشارة إلى ما ذهب إليه بعض التشريعات العربية من جعل المحررات الإلكترونية مساوية للمحررات التقليدية العرفية دون الرسمية. أي أنه إذا ذكر المحرر الإلكتروني فإننا نستحضر مباشرة المستند العرفي⁽²⁾، أما المستند الرسمي⁽³⁾ فلا يمكن أن يساوي المحرر الإلكتروني، وعليه فحسب هذه التشريعات، فإن القاضي يكون ملزما باختيار المستند التقليدي الرسمي في حالة ما إذا قدم إليه مستندين أحدهما تقليدي رسمي، والآخر إلكتروني، وهو بهذا لا يتمتع بالصلاحية التي منحها إياه القانون الفرنسي في المفاضلة بين الدليلين بكافة الطرق.

وترى الباحثة أن المشرع الفرنسي كان محقا في ما ذهب إليه، لأنه لا يمكن أن نجعل المحررات الإلكترونية مساوية للمحررات التقليدية فقط، ذلك أن حتى المحرر الإلكتروني يمكن أن يكون عرفيا كما يمكن أن يكون رسميا، بالشروط المعتبرة في تقسيم المحررات التقليدية إلى عرفية ورسمية. حيث سيبين ذلك من خلال المطالب الموالية، ومن خلال الشروط التي اشترطها كل من المشرع الفرنسي والجزائري في المحرر الإلكتروني المساوي للمحرر التقليدي في الإثبات والتي يأتي على رأسها إمكانية التحقق من نسبة المحرر الإلكتروني إلى مصدره والذي يكون عادة عن طريق التوقيع، هذا الأخير الذي يكون عادة من نفس

⁽¹⁾ -الأمر رقم 05-06 المؤرخ في 23 أوت 2005م والمتعلق بمكافحة الإرهاب، ج.ر، ع59، س42، الصادرة في 26/8/2005م.

⁽²⁾ -نص المشرع الجزائري في المادة 327 من القانون المدني على أنه: «يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقع أو وضع عليه بصمة إصبغه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب...»، أي أن القانون لم يشترط في الورقة (أو العقد) العرفية -وهي الورقة التي تصدر من الأفراد دون حضور موظف عام- المعتبرة قانونا إلا أن تصدر ممن وقعها وأن لا ينكر هذا الأخير صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء، وبمفهوم المخالفة يمكننا القول أن الورقة العرفية غير الموقعة لا يمكن الاعتداد بها في القانون كمبرد أثبت بالكتابة.

⁽³⁾ -المستند الرسمي: هو المستند الذي يثبت تصرفا قانونيا معيناً ويكون موقعا من قبل ذوي الشأن والشهود وصادرا أمام موظف عام، وقد نص المشرع الجزائري على هذا النوع من المستندات بموجب المادة 324 من القانون المدني التي جاء فيها: «العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه»، ونص في المادة 342 مكرر2 من القانون ذاته على أنه: «توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود عند الاقتضاء، ويؤشر الضابط العمومي على ذلك في آخر العقد». القانون رقم 88-14 المؤرخ في 3 ماي 1988 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. ج.ر، ع18، السنة، ص749.

طبيعة المحرر الإلكتروني أي توقيع إلكتروني ويمكن أن يحظى بتوثيق كما هو حال التوقيع التقليدي.

2- موقف الفقه الإسلامي من المحررات الإلكترونية وحجيتها في الإثبات:

قدمنا أن المحررات الإلكترونية ظهرت بدخول تكنولوجيا المعلومات والاتصالات مجال المعاملات، ومن ثم فهي تعد من المستجدات في الفقه الإسلامي، بمعنى أن الفقهاء الأوائل لم يتناولوها بالدراسة والتنظير، غير أنهم تناولوا الكتابة بوجه عام وبينوا حجيتها في الإثبات مما يمكننا من استنتاج موقف الفقه الإسلامي من هذا المستجد على النحو الآتي:

بداية تشير الباحثة إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية الأوائل لم يعرفوا الكتابة، كما لم يتفقوا على مصطلح معين يطلق على المحررات المكتوبة، وإنما اكتفوا بما ثبت من تعريفات لغوية للكتابة أو الخط⁽¹⁾.

أما الفقهاء المعاصرون فإن الكتابة عندهم تعني: الخط الذي يعتمد عليه في توثيق الحقوق وما يتصل بها، بحيث يتسنى لطالب الحق أو مدعيه أن يرجع إليه عند الطلب والحاجة، وهذا التعريف عام يشمل كل المصطلحات التي أطلقها الفقهاء المتقدمون على المحررات المكتوبة والتي نذكر منها: الصك والحجة والسجل، والمحضر، والكتاب...⁽²⁾، كما أن هذا التعريف يمكنه أن يشمل أيضا المحررات الرسمية والعرفية وجميع أنواع الكتابة المعروفة عند الفقهاء الأوائل والمعاصرين بما في ذلك الكتابة التي تتم على دعامة إلكترونية أو عبر وسيط إلكتروني⁽³⁾ خاصة وأن التعريف المقدم ليس فيه ما يشير إلى ضرورة أن تكون الكتابة أو الخط على دعامة مادية ملموسة كالورق.

وقد اختلف الفقهاء فيما يتعلق بمدى اعتبار الكتابة من أدلة الإثبات إلى رأيين: الأول ذهب إلى أن الكتابة ليست دليلا من أدلة الإثبات، والثاني ذهب إلى أن الكتابة دليل من أدلة الإثبات ومرد اختلافهم هذا راجع إلى اختلافهم فيما يتعلق بطرق الإثبات فهي محددة أم لا⁽⁴⁾؟

(1) - الكتابة لغة : رسوم وأشكال حرفية تدل على الكلمات المسموعة الدالة على ما في النفس. انظر: صديق بن الحسن بن القنوجي: أجد العلوم، د.ط، بيروت، دار صادر، 1987م، ص156.

(2) - انظر: محمد الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، ط3، بيروت، مكتبة دار البيان، 2007، 415/2.

(3) - محمد عبد الحسين المهدي: القوة الثبوتية للمعاملات الإلكترونية، مجلة البحوث القضائية، المكتب الفني للمحكمة العليا اليمنية، ع7، يونيو 2007م، ص55.

(4) - حيث ذهب جانب من الفقه إلى أن طرق الإثبات محصورة فيما ورد به النص الشرعي صراحة أو استنباطا كالشهادة واليمين والإقرار. بينما يرى جانب آخر أن هذه الطرق ليست محصورة ومن هؤلاء ابن القيم حيث قال: «ولم تأت البينة قط في القرآن مرادا بها الشاهدان وإنما أتت مرادا بها الحجة والدليل والبرهان، مفردة مجموعة وكذلك قول النبي ﷺ: [البينة على المدعي] المراد به: أن عليه =

وستتناول الباحثة أقوال الفقهاء هذه على النحو الآتي:

القول الأول: الكتابة ليست من طرق الإثبات

ذهب فقهاء الحنفية والشافعية، وأحمد في رواية عنه، إلى أن الكتابة لا تعد دليلاً من أدلة الإثبات إلا في حالات معينة، واستندوا في رأيهم هذا على جملة من الأدلة نوجزها في النقاط الآتية مع مناقشة كل دليل:

أ- قوله ﷺ: [شاهدك أو يمينه...]⁽¹⁾، ووجه الدلالة في هذا الحديث أنه عليه الصلاة والسلام جعل الحكم مقصوراً على الشهادة دون الكتاب⁽²⁾.

ويجاء عن هذا الدليل بأن هذا الحديث ليس فيه ما يدل على تقييد وسائل الإثبات بالشهادة فقط، بدليل أن الإقرار من وسائل الإثبات المتفق عليها ومع ذلك لم يذكره النبي ﷺ في حديثه هذا، كما أن الحديث المستدل به لم يتضمن ما يفيد منع الاستدلال بالخط والكتاب لو كان موجوداً⁽³⁾.

ب- قابلية الخطوط للمشابهة والمحاكاة: وفي هذا يقول ابن القيم: «قال المانعون من العمل بالخطوط: الخطوط قابلة للمشابهة والمحاكاة، وهل كانت قصة عثمان ومقتله إلا بسبب الخط؟ فإنهم صنعوا مثل خاتمه، وكتبوا مثل كتابه، حتى جرى ما جرى»⁽⁴⁾.

ويجاء عن هذا الدليل بأن الخطوط وإن كان يشبه بعضها بعضاً إلا أن الاختلاف فيها أغلب⁽⁵⁾، «وقد جعل الله سبحانه لخط كل كاتب ما يتميز به عن خط غيره كتميز صورته وصوته عن صورته وصوته، والناس يشهدون شهادة - لا يستريون فيها - أن هذا خط فلان، وإن جازت محاكاته ومشابته فلا بد من فرق، وهذا أمر يختص بالخط العربي، ووقوع الاشتباه والمحاكاة لو كان مانعاً

= بيان ما يصح دعواه ليحكم له، والشاهدان من البينة ولا ريب أن غيرها من أنواع البينة قد يكون أقوى منها، لدلالة الحال على صدق المدعي»، وعليه فالبينة: «اسم لما يبين به الحق، فعلم الحق في مجلس القضاء الذي انتصب فيه للحكم به، وليس من شرط صحة الحكم أن يكون بمحضر الشاهدين، فكذلك لا يعتبر في طريقه أن يكون بمحضر شاهدين، وليس هذا بمنزلة ما رآه أو سمعه في غير مجلسه». ابن القيم: الطرق الحكمية، مرجع سابق، ص 11، 163 على التوالي.

(1) - أخرجه البخاري في صحيحه عن الأشعث بن قيس، كتاب: الرهن، باب: إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه، فالبينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه، (3/ 143)، حديث رقم [2515]

(2) - علي بن محمد الماوردي: أدب القاضي، تحقيق: محي هلال السرحان، د.ط، بغداد، مطبعة الإرشاد، (1391هـ-1971م)، 98/2.

(3) - انظر: علي محمد أحمد أبو العز: التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 305.

(4) - ابن القيم: الطرق الحكمية: مرجع سابق، ص 177.

(5) - ابن فرحون تبصرة الحكام، مرجع سابق، 440/1.

لمنع من الشهادة على الخط عند معاينته إذا غاب عنه، لجواز المحاكاة، وقد دلت الأدلة المتضاربة - التي تقرب من القطع - على قبول شهادة الأعمى فيما طريقه السمع إذا عرف الصوت، مع أن تشابه الأصوات - إن لم يكن أعظم من تشابه الخطوط - فليس دونه»⁽¹⁾.

ج- أن الكاتب قد يقصد من كتابته اللعب والتجربة فلا تكون حجة في الإثبات: وأجيب عن هذا الدليل بأنه من المستبعد أن يجرب الإنسان خطه أو يلعب به بكتابة الحقوق وإثبات ديون للآخرين، فهذا احتمال مستبعد لا يمكن أن تسقط به حجية الكتابة في الإثبات⁽²⁾.

القول الثاني: الكتابة وسيلة من وسائل الإثبات: ومن ذهب هذا المذهب: أبو يوسف⁽³⁾ ومحمد بن الحسن⁽⁴⁾ وغيرهما من متأخري الحنفية⁽⁵⁾، والمالكية⁽⁶⁾، وأحمد في رواية عنه⁽¹⁾.

(1) - ابن القيم: الطرق الحكمية: مرجع سابق، ص 175.

(2) - لمزيد من التفصيل يراجع: محمد الزحيلي: وسائل الإثبات، مرجع سابق، 424/2.

(3) - **أبو يوسف:** هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن خنيس بن سعد بن حبة الأنصاري وقال ابن الكلبي سعد بن حبة هو سعد بن عوف بن بجر بن معوية وأمه حبة بنت مالك من بني عمرو بن عوف، جاءت به إلى رسول الله ﷺ فدعا له وبرك عليه ومسح على رأسه. ولد بالكوفة سنة 113هـ/731م، صاحب الإمام أبي حنيفة، وتلميذه، وأول من نشر مذهبه. كان فقيها علامة، من حفاظ الحديث. وتفقه بالحديث والرواية، ثم لزم أبا حنيفة، فغلب عليه "الرأي" وولي القضاء ببغداد أيام "المهدي والهادي والرشيدي. ومات في خلافته، ببغداد، وهو على القضاء سنة 182هـ/798م. وهو أول من دُعي "قاضي القضاة" ويقال له: قاضي قضاة الدنيا، وأول من وضع الكتب في أصول الفقه، على مذهب أبي حنيفة. من كتبه "الخراج" و"الآثار وهو مسند أبي حنيفة، و"النوادر" و"اختلاف الأمصار" [انظر: عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي، أبو محمد محيي الدين الحنفي: الجواهر المضوية في طبقات الحنفية، د. ط، كراتشي، مير محمد كتب خانة، د. ت، (2/ 220-221)، ابن خلكان: وفيات الأعيان، مرجع سابق، 378/6-388].

(4) - **محمد بن الحسن:** هو محمد بن الحسن بن فرقد بن أبو عبد الله الشيباني، أصله من دمشق من قرية حرسه قدم أبوه من العراق فولد محمد بواسط سنة 131هـ/748م، وصحب أبا حنيفة وأخذ عنه الفقه ثم عن أبي يوسف وصنف الكتب ونشر علم أبي حنيفة وروي الحديث عن مالك ودون الموطأ وحدث به عن مالك. وكان إذا تكلم خيل لسامعه أن القرآن نزل بلغته. ولما دخل الإمام الشافعي رضي الله عنه بغداد كان بها، وجرى بينهما مجالس ومسائل بحضرة هارون الرشيد. وقال الشافعي: ما رأيت أحدا يسأل عن مسألة فيها نظر إلا تبينت الكراهة في وجهه، إلا محمد بن الحسن، وقال أيضا: حملت من علم محمد بن الحسن وقر بعير. توفي سنة 189هـ/804م تاركاً كتب كثيرة في الفقه والأصول، منها (المبسوط) في فروع الفقه، و (الزيادات) و (الجامع الكبير) و (الجامع الصغير) (الموطأ). [انظر: أبو محمد محيي الدين الحنفي: الجواهر المضوية في طبقات الحنفية، مرجع سابق، (2/ 42-44) وفيات الأعيان (4/ 184)].

(5) - جاء في المادة 1736 من مجلة الأحكام العدلية: (لا يعمل بالخط والخاتم فقط أما إذا كان سالماً من شبهة التزوير والتصنيع فيكون فيكون معمولاً به أي يكون مداراً للحكم ولا يحتاج للإثبات بوجه آخر، وتراجع أيضاً المواد 1608، 1609، 1612. علي حيدر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، 4/ 479، وانظر أيضاً: ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، 138/8.

(6) - ابن فرحون: تبصرة الحكام، مرجع سابق، 303/1.

وقد استند أصحاب هذا المذهب على جملة من الأدلة نوجز أهمها في الآتي:

أ- قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُتُمْ بِيَدِي إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ...﴾ (2).

ووجه الاستدلال بهذه الآية هو أنها تضمنت الأمر بالكتابة واعتبرتها طريقاً لتوثيق العقود والديون وسائر المعاملات المالية، ومن ثم يكون الاعتماد عليها عند الجحود والإنكار، ويحتج بها أمام القضاء (3)، فكانت هذه الآية حجة عند جمهور العلماء لصحة الاحتجاج بالخط (4)، إذ لو لم تكن كذلك فلا معنى للأمر بها سواء أكان هذا الأمر للفرض أم للندب على اختلاف بين المفسرين (5).

ب- قوله ﷺ: [ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه، يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده] (6).

ووجه الدلالة من هذا الحديث أنه لو لم يجز الاعتماد على الخط لم تكن لكتابة الوصية فائدة. وقد سئل الإمام أحمد عن الرجل يموت، وتوجد له وصية تحت رأسه من غير أن يكون أشهد عليها، أو أعلم بها أحداً، هل يجوز إنفاذ ما فيها؟ قال: إن كان قد عرف خطه، وكان مشهور الخط: فإنه ينفذ ما فيها (7). كما يقول المجد بن تيمية (الجد) تعليقا على هذا الحديث: «وبه احتج من يعمل بالخط إذا عرف» (8).

ج- أن رسول الله ﷺ كان يبعث كتبه إلى الملوك وغيرهم، وتقوم بها حجته، ولم يكن يشافه

(1) -علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالح الحنبلي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط2، د.ب، دار إحياء التراث العربي، د.ت، 304/11، ابن القيم: الطرق الحكيمة، مرجع سابق، ص173.

(2) -سورة البقرة: 282.

(3) -محمد الزحيلي: وسائل الإثبات، مرجع سابق، 426/2.

(4) -محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي: التحرير والتنوير «تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد»، د.ط، تونس، الدار التونسية للنشر، 1984م، 101/3.

(5) -يراجع تفسير الآية الكريمة في: سيد قطب إبراهيم حسين الشاري: في ظلال القرآن، ط17، بيروت، القاهرة، دار الشروق، 1412 هـ، 336/1 وما بعدها، ابن عاشور التحرير والتنوير، مرجع سابق، 101/3 وما بعدها.

(6) -أخرجه البخاري في صحيحه عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، كتاب: الوصايا، باب: الوصايا وقول النبي ﷺ: وصية الرجل مكتوبة عنده، 2/4، حديث رقم: [2738].

(7) -ابن قيم الجوزية: الطرق الحكيمة، د.ط، د.ب، مكتبة دار البيان، د.ت، ص174.

(8) -محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني: نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبايطي، ط1، مصر، دار الحديث، (1413هـ - 1993م)، 134/3.

رسولا بكتابه بمضمونه قط، ولا جرى هذا في مدة حياته ﷺ بل كان يدفع الكتاب محتوما، وأمره بدفعه إلى المكتوب إليه، وهذا معلوم بالضرورة لأهل العلم بسيرته وأيامه⁽¹⁾.

كما احتج أصحاب هذا القول بأدلة أخرى لا يتسع المجال لذكرها كلها⁽²⁾، ونختم أدلتهم بقولهم بأن الخط أفضل من اللفظ لأن اللفظ يفهم الحاضر فقط والخط يفهم الحاضر والغائب⁽³⁾. وكل هذا بشرط التأكد من نسبة الخط إلى صاحبه، وفي هذا يقول ابن القيم: «فإن القصد حصول العلم بنسبة الخط إلى كاتبه، فإذا عرف ذلك وتيقن كان كالعلم بنسبة اللفظ إليه، فإن الخط دال على اللفظ، واللفظ دال على القصد والإرادة...»⁽⁴⁾.

ومن خلال عرض أدلة الفريقين فإن الظاهر رجحان القول باعتبار الكتابة وسيلة أو دليلا من أدلة الإثبات لقوة أدلة القائلين بهذا القول من جهة، ومن جهة ثانية لحاجة الناس إلى استعمال الكتابة وتوافقها مع قواعد الشريعة وأصولها القاضية برفع الحرج، إذ لو منع الاحتجاج بالكتابة لاحتمال المحاكاة والتزوير لتعطلت مصالح الناس، ولاختل التعامل بينهم وبصفة خاصة التجار⁽⁵⁾ لسرعة معاملاتهم وحاجتهم إلى ما يوثقها بطريقة عملية، ذلك أن القول مثلا بوجوب الاعتماد على الشهادة فقط في هذه المعاملات، سيكون فيه تضيق عليهم فليس في الإمكان اصطحاب شاهد في كل مكان يتعامل فيه التاجر إلى غير ذلك من العراقيل التي تنجر عن هذا القول.

وعليه يمكننا أن نستنتج أن الكتابة الإلكترونية أيضا تعد وسيلة من وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، طالما أنه ليس هناك في أقوالهم ما يشير إلى نوع الدعامة التي يجب أن تدون عليها هذه الكتابة، بدليل أن الكتابة عرفت عندهم على الجلد، والورق، والعظم... دون أن يعلقوا على ذلك، وإنما نجد منهم من ركز على الإشهاد على الكتابة أو حتى ختمها وذلك زيادة في الاستيثاق.

وهذا الأمر الأخير يجعلنا نلاحظ اتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية مع ما جاء في القانون الوضعي من ضرورة أن يمهر المحرر إلكترونيا كان أم تقليديا بتوقيع للدلالة على سلامة نسبه إلى من مصدره وهو

(1) - ابن القيم: الطرق الحكمية، مرجع سابق، ص 174.

(2) - لبيان أدلة هذا المذهب يرجى الرجوع إلى: ابن القيم: الطرق الحكمية، مرجع سابق، ص 174 وما بعدها، علي محمد أحمد أبو العز: أبا العز: التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 304 وما بعدها، ابن فرحون: تبصرة الحكام، مرجع سابق، ص 444/1 وما بعدها.

(3) - صديق بن الحسن بن القنوجي: أجد العلوم، مرجع سابق، ص 386.

(4) - ابن القيم: الطرق الحكمية، مرجع سابق، ص 175.

(5) - انظر: أحمد محمد أبو العز: التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 309-310.

ما ستتطرق إليه الباحثة في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: التوقيع الإلكتروني

إن التوقيع هو العنصر الأساسي في الدليل الكتابي المعتمد به قانونا، لأنه يعتبر الوسيلة الوحيدة التي من شأنها نسبة المحرر إلى مصدره، غير أن استعمال وسائل الاتصال الحديثة في المعاملات جعل فكرة التوقيع التقليدي لا تتماشى مع المستندات الإلكترونية التي تتميز بطبيعة خاصة تختلف عن المستندات الورقية، الأمر الذي أدى إلى ظهور نوع جديد من التوقيع هو "التوقيع الإلكتروني".

ومن ثم وجب بيان تعريفه (أولا)، ثم بيان صوره، وظائفه وموقف الفقه الإسلامي منه (ثانيا)، وأخيرا بيان حجيته في الإثبات (ثالثا).

أولا: تعريف التوقيع الإلكتروني

يطلق التوقيع عموما على معنيين: أولهما فعل أو عملية التوقيع ذاتها، أي "واقعة" وضع التوقيع على مستند يحتوي على معلومات معينة، والثاني: يقصد به العلامة أو الإشارة التي تميز الشخص الموقع ونسبة التوقيع إليه واتجاه إرادته نحو الالتزام بما يحتويه المستند⁽¹⁾. على أن المعنى الثاني هو المعنى المقصود للتوقيع في مجال الإثبات.

لذلك يعرف التوقيع بأنه: «علامة شخصية أو خطية يضعها الموقع ليؤكد صحة مضمون الورقة وصدق ما كتب بها مع إقراره بتحمل المسؤولية عما جاء بها»⁽²⁾، فالتوقيع إذا هو علامة خطية أو إشارة يضعها الموقع على المستند تلزمه بما جاء فيه، ولا يشترط في التوقيع أن يتم وفق صفة معينة فالمهم أن يكون دالا على صاحبه، وهذه الدلالة تتحقق من خلال ترك أثر متميز مرئي يبقى ولا يزول مباشرة بعد الفراغ منه، لأنه الدليل على اتجاه إرادة الموقع إلى الالتزام بمضمون المستند.

والإثبات بالكتابة يستوجب أن يكون المستند المقدم كدليل موقع من قبل الشخص المنسوب إليه، ويستوي في ذلك أن يكون المستند رسميا أو عرفيا، كما أن القوانين والتشريعات المختلفة تجعل التوقيع من الحقوق اللصيقة بالشخصية أي أن الشخص يجب أن يضع توقيعته على المستند المنسوب إليه بنفسه

⁽¹⁾—محمد المرسي زهرة: الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، ط3، القاهرة، دار النهضة العربية، د.ت، ص218، نجوى أبو هيبه: التوقيع

الإلكتروني: تعريفه، مدى حجيته في الإثبات، القاهرة، دار النهضة العربية، د.ت، ص38 هامش رقم 1.

⁽²⁾—Paule Robert : Le Nouveau petit Robert de la langue Française, texte remonté et amplifié sous la direction de : Josette Reuy-Delove et Alain Rey, Paris, édition Sejer, 2008, Maury p2371

أي بفعل يده (سواء تم التوقيع باليد مباشرة أي الإمضاء⁽¹⁾، أو ببصمة الأصبع⁽²⁾)، أو بالخطم الخاص⁽³⁾)، باستثناء حالات معينة يمكنه فيها تفويض توقيعه لشخص آخر كأن يسمح شخص لشخص آخر باستعمال ختمه الخاص ووضعه على مستند معين، ويشترط في هذه الحالة أن يتم وضع الختم بموافقة صاحبه وأمام نظره⁽⁴⁾.

وبذلك يمكن أن نستنتج أن التوقيع هو من جهة وسيلة لا يتطرق إليها الشك لتحديد هوية الشخص الموقع، ومن جهة أخرى هو تعبير واضح عن اتجاه إرادة الموقع إلى التزامه بمضمون الورقة الموقع عليها وإقراره لها، ومن جهة ثالثة هو دليل على حضور أطراف التصرف وقت التوقيع⁽⁵⁾.

هذا بالنسبة للتوقيع التقليدي، أما بالنسبة للتوقيع الإلكتروني الذي ظهر كإلزام من لوازم التجارة الإلكترونية وثورة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، فقد تناولته دراسات شتى وعرضت لمختلف التعريفات المقدمة له سواء على مستوى الفقه أم على مستوى المنظمات أم على مستوى التشريعات المختلفة وسنحاول التعرض لأهم التعريفات المقدمة لعدم اتساع المجال لذكر كل التعريفات وذلك على النحو الآتي بيانه:

لقد تم التطرق للتوقيع الإلكتروني لأول مرة من خلال القانون الأونسترالي النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996، حيث نصت المادة السابعة من هذا القانون على أنه: «عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يُستوفى ذلك الشرط بالنسبة لرسالة البيانات إذا:

(أ) استخدمت طريقة لتعيين هوية ذلك الشخص والتدليل على موافقة ذلك الشخص على

(1) - الإمضاء: هو الكتابة المخطوطة بيد من تصدر منه، ويشمل الاسم كاملاً أو مختصراً، كما يشمل كل علامة يختارها الشخص لنفسه ليعبر بها عن صدور الخبر منه وإقراره له والالتزام بمضمونه. أحمد محمد علي داود: أصول المحاكمات الشرعية، ط1، الأردن، دار الثقافة، 2004، 588/2.

(2) - بصمة الأصبع: "ويراد بها وضع أصبع الإبهام على السند أو الصك، أو المعاملة بعد أن يوضع في مادة أو حبر خاص، لتنتقل بواسطتها خطوط الإبهام الخلقية إلى الورقة". أحمد محمد علي داود: أصول المحاكمات الشرعية، مرجع سابق، 588/2. ويرجع سبب الاعتداد ببصمات الأصابع في الإثبات إلى أنها تعد من أهم الخصائص المميزة للبشر، حيث أثبتت الدراسات العلمية أنه لا يمكن أن تتطابق أو تتماثل هذه البصمات في شخصين حتى في التوائم الحقيقية. انظر: علي محمد أحمد أبو العز: التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص321.

(3) - الخطم: ويكون من خلال: "اتخاذ شيء من الخشب أو المعدن أو غيره، يكتب، أو يحفر، أو يرسم عليه اسمه، أو توقيعه، ويمهر به السند أو المعاملة"، وبمعنى آخر هو: "وسيلة ميكانيكية لطبع توقيع الشخص". انظر: أحمد محمد علي داود: أصول المحاكمات الشرعية، مرجع سابق، 588/2، إيمان أحمد سليمان مأمون: إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، مرجع سابق، ص244.

(4) - انظر: نجوى أبو هيبية: التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص39.

(5) - محمد المرسي زهرة: الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص225.

المعلومات على المعلومات الواردة في رسالة البيانات، و(ب) كانت تلك الطريقة جديدة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشأت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات، في ضوء كل الظروف، بما في ذلك أي اتفاق متصل بالأمر»⁽¹⁾.

ويتضح من خلال هذا النص أن القانون النموذجي اشترط في التوقيع الإلكتروني أن يؤدي الوظائف التي يؤديها التوقيع التقليدي وهي تمييز هوية الموقع، والتعبير عن رضائه فيما يخص الارتباط بالعمل القانوني المتضمن في الوثيقة الموقعة، دون أن يشترط طريقة أو إجراءات معينة لذلك التوقيع فالمهم أن يتم من خلال طريقة موثوقة، وهو بذلك يكون قد ترك لكل دولة الحرية المطلقة في تحديد طرق التوقيع الإلكتروني وإجراءاته وفقا لتشريعاتها الخاصة⁽²⁾.

كما عرفته التوجيهات الأوروبية بمقتضى التوجيه رقم CE/93/1999 الصادر بتاريخ 13 ديسمبر 1999 والمتعلق بالإطار المشترك للتوقيعات الإلكترونية⁽³⁾ بأنه: «معطيات في شكل إلكتروني، ملحقة أو مرتبطة منطقيا بمعطيات إلكترونية أخرى تستعمل كوسيلة لإثبات صحتها»⁽⁴⁾.

وفي سنة 2001 صدر قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي⁽⁵⁾، وقد عرف هذا القانون التوقيع الإلكتروني بموجب الفقرة (أ) من المادة الثانية التي نصت على: «(أ) "توقيع إلكتروني": يعني بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة إليها، أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات»⁽⁶⁾.

أما على مستوى التشريعات، فقد حاولت كثير من التشريعات تعريف هذا النوع من التوقيع لأنه من المستجدات التي فرضتها التجارة الإلكترونية من جهة، ومن جهة أخرى لكونه الأداة التي من شأنها تحقيق الثقة والأمان في المعاملات الإلكترونية بصفة عامة أيا كان مجالها ومن ثم التشجيع على اعتمادها نظرا لما

⁽¹⁾—قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق.

⁽²⁾—انظر: إيمان مأمون أحمد سليمان: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 249.

⁽³⁾—directive 1999/93/CE du parlement européen et du conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, JOCE, 19 janvier 2000.

⁽⁴⁾—La signature électronique est définie comme une «donnée sous forme électronique, qui jointe ou liée logiquement à d'autres données électronique et qui sert de méthode d'identification», JOCE, 19 janvier 2000, L. 13, p12.

⁽⁵⁾—القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية الصادر في 12 كانون الأول/ ديسمبر 2001 والذي أقرته الجمعية العامة للأمم

المتحدة في دورتها 56 المنعقدة بتاريخ 24 جانفي 2002 بموجب البند 161 من جدول الأعمال، القرار رقم 80/56.

⁽⁶⁾—قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 80/56، ص 03.

توفره من امتيازات، ومن التشريعات التي عرفت التوقيع الإلكتروني نذكر على سبيل المثال لا الحصر:

1-التشريع الفرنسي: لقد جاء التشريع المدني الفرنسي في البداية خاليا من أي تعريف للتوقيع شأنه في ذلك شأن جل مدونات القانون المدني على المستوى العالمي، ذلك أن مهمة تعريف المصطلحات عادة ما توكل للفقه، غير أنه تدارك الأمر من خلال القانون رقم 230-2000 ل 13 مارس 2000 المتعلق بتكييف قواعد الإثبات مع التقنيات المعلوماتية المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني، والذي أضاف بموجبه نصوص جديدة في القانون المدني تضمنت جملة من التعديلات بما يتوافق والتطورات الحاصلة في مجال تقنيات الاتصال وانعكاساتها على المعاملات، حيث عرف التوقيع بموجب نص المادة 1316-1/4 الذي جاء فيه أن: «التوقيع الضروري لاستكمال التصرف القانوني يحدد هوية واضعه، وهو يعبر عن رضا الأطراف بالالتزامات الناتجة عن هذا التصرف. عندما يوقع التصرف من موظف عام فإنه يضيف عليه الصفة الرسمية»⁽¹⁾.

والملاحظ بالنسبة لهذا التعريف هو أنه تعريف عام يشمل كل صور التوقيع: الخطية، بصمة الأصبع، والختم، والتوقيعات الإلكترونية وغيرها. كما أنه مجرد لأنه ركز على وظيفة التوقيع بغض النظر عن طريقته، فالمهم أن يحدد هوية الموقع من جانب، ويعبر عن إرادته في قبول فحوى المحرر الذي وقعه والالتزام بمقتضاه من جانب آخر، أما إذا كان التوقيع صادرا من موظف عام مختص فإنه يسبغ صفة الرسمية على المحرر الذي يحمله⁽²⁾. ثم أكد المشرع الفرنسي على التوقيع الإلكتروني بموجب الفقرة الثانية من المادة ذاتها حيث جاء فيها: «عندما يتم التوقيع في شكل إلكتروني، يثبت باتباع وسيلة موثوقة للتحقق تضمن صلته بالتصريف المرتبط به. إن مصداقية هذه الوسيلة مفترضة حتى يثبت العكس. عندما ينشأ التوقيع الإلكتروني، فإن ضمان هوية الموقع وسلامة التصرف تتم وفقا للشروط المحددة بمرسوم من مجلس الدولة»⁽³⁾.

⁽¹⁾-Article 1316-4/1 du code civil: «La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des partie aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte». J.O du 14 mars 2000, P3968.

⁽²⁾-انظر: علي سيد قاسم: بعض الجوانب القانونية للتوقيع الإلكتروني، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، ع72، 2002، ص40.

⁽³⁾- L'article 1316-4 alinéa 2^e, réservé à la signature électronique, énonce que : «lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en conseil d'Etat».

فمن خلال هذا النص أوضح المشرع أن التوقيع الإلكتروني الذي يتم عن طريق وسيلة آمنة يعتبر قرينة قانونية على أنه توقيع موثوق به إلى أن يثبت خلاف ذلك، غير أنه لم يحدد الوسيلة التي من شأنها تحقيق الأمان للتوقيع الإلكتروني ولا شروط ذلك الأمان بل ترك الأمر لمجلس الدولة.

2-التشريع الأردني: عرف المشرع الأردني التوقيع الإلكتروني بموجب المادة 9/2 من قانون المعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001 بأنه: «البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره من أجل توقيعه وبغرض الموافقة على مضمونه»⁽¹⁾.

3-التشريع المصري: عرف المشرع المصري التوقيع الإلكتروني بموجب المادة الأولى فقرة (ج) من القانون رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بتنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات بأنه: «ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد، يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره»⁽²⁾.

4-التشريع الجزائري: لقد اهتم المشرع الجزائري بالتوقيع الإلكتروني كضرورة حتمية للمعاملات الإلكترونية، التي لم يكن المواطن الجزائري بمنأى عنها على الرغم من عدم وجود تشريع خاص بها، وكانت بداية الاهتمام من خلال القانون رقم 05-10 المشار إليه سابقا، حيث تضمن هذا القانون تعديل بعض مواد القانون المدني وإضافة مواد أخرى، تماشيا مع الانعكاسات التي أفرزتها ثورة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات على جانب المعاملات، وقد أشار المشرع بموجب هذا التعديل إلى التوقيع الإلكتروني في المادة 327 المعدلة، حيث نصت فقرتها الثانية على أنه: «يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه»⁽³⁾، مما يعني أن هذا التعديل اكتفى بالإشارة إلى ضرورة أن يحقق التوقيع الإلكتروني إمكانية التأكد من هوية من أصدره، وأن يكون معدا ومحفوظا في ظروف تضمن سلامته، أي دون الإشارة إلى مفهوم أو شكل التوقيع الإلكتروني.

الأمر الذي جعل المهتمين بهذا المجال يرون أن هذه التعديلات التي قام بها المشرع على مستوى القانون المدني غير كافية لاستيعاب كل جوانب التوقيع الإلكتروني ومتعلقاته، وأنه من الضروري إصدار

⁽¹⁾—محمد خالد جمال رستم: التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني في العالم، مرجع سابق، ص182.

⁽²⁾—المرجع نفسه، ص222.

⁽³⁾—ج.ر، ع44، السنة42، مرجع سابق، ص24.

قانون خاص بالتوقيع الإلكتروني.

وهو ما كان بالفعل وبعد طول انتظار، حيث أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 04-15 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436هـ الموافق أول فبراير سنة 2015م المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين⁽¹⁾، وقد عرف المشرع الجزائري التوقيع الإلكتروني بموجب المادة 1/2 من هذا القانون التي نصت على: «1- التوقيع الإلكتروني: بيانات في شكل إلكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق»⁽²⁾. وهذا التعريف لم يخرج عما ورد في التوجيهات الأوروبية والقانون الفرنسي.

وبعد عرض هذه التعريفات المقدمة للتوقيع الإلكتروني يمكننا القول بأنه سواء على مستوى المنظمات أم على مستوى التشريعات وحتى على مستوى الفقه تم الحرص على بيان ما يجب أن يحققه التوقيع وهو تحديد هوية الموقع وتمييزه عن غيره من الأشخاص، وانصراف إرادة الموقع إلى الالتزام بمضمون المستند أو المحرر الذي وقع، دون الالتفات إلى صورة التوقيع أو وسيلته أو شكله.

وعليه ترى الباحثة أن التوقيع الإلكتروني هو كل علامة صادرة بشكل إلكتروني من شخص تدل على اسمه أو على أي خاصية من خصائصه⁽³⁾، وتعبّر عن رضاه بالتعاقد أو التصرف. وهذا المفهوم صالح لاستيعاب الأشكال المختلفة للتوقيع الإلكتروني الموجودة حاليا، وحتى التي قد تظهر مستقبلا تبعا للتطورات المتلاحقة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، كما أنه يحقق الشروط الواجب توافرها في التوقيع بوجه عام من خلال تحديد هوية الموقع، والدلالة على رضاه بمضمون التصرف المبرم.

والتوقيع الإلكتروني وفق هذا المفهوم يمكننا من القول بأن جوهر الاختلاف بينه وبين التوقيع التقليدي هو الدعامة أو الوسيط الذي يدون عليه كل منهما، فبينما يعتمد التوقيع الإلكتروني على دعامة إلكترونية، يعتمد التوقيع التقليدي على دعامة ورقية تذييل بتوقيع تقليدي.

كما أنه في حين يتخذ التوقيع التقليدي أشكالا أو صوراً محددة تتمثل في الإمضاء، أو بصمة الإصبع، أو الختم على اختلاف بين التشريعات في الاعتراف بهذه الأشكال الثلاثة كلها أو قصره على

(1) القانون رقم 04-15 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436هـ الموافق أول فبراير سنة 2015م ج ر، ع06، السنة 52، الصادرة يوم الثلاثاء 20 ربيع الثاني عام 1436هـ الموافق 10 فبراير سنة 2015م، ص6-16.

(2) المرجع نفسه، ص07.

(3) تقصد هنا الخصائص التي تجعله متفردا عن غيره.

شكل أو اثنين فقط، فإن التشريعات التي تناولت التوقيع الإلكتروني لم تحصره في شكل أو صورة معينة، فيمكن أن يكون حروفاً أو أرقاماً أو رموزاً أو صوراً أو إشارات أو غيرها، فالمهم أن يسمح بتحديد هوية الموقع وأن يميزه عن غيره.

إضافة إلى ما تقدم فإنه يمكن من خلال التوقيع الإلكتروني استنباط مضمون المحرر الإلكتروني وتأمينه من التعديل بالإضافة أو الحذف، وذلك بالربط بينه وبين التوقيع الإلكتروني، بحيث يقتضي أي تعديل لاحق توقيعاً جديداً، إضافة إلى أن التوقيع الإلكتروني يمنح للمستند صفة المحرر الأصلي؛ وبالتالي يجعل منه دليلاً معداً مسبقاً للإثبات قبل أن يثور أي نزاع بين أطراف المعاملة⁽¹⁾.

ثانياً: صور التوقيع الإلكتروني، وظائفه، وموقف الفقه الإسلامي منه

1- صور التوقيع الإلكتروني:

انطلاقاً من أن الهدف الأساسي من ظهور التوقيع الإلكتروني، هو تحقيق الثقة في المعاملات الإلكترونية، فقد حاول المتعاملون في هذا المجال استغلال كل ما تقدمه التقنيات المتطورة والمتجددة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات من أجل جعل التوقيع الإلكتروني يتمتع بكل الشروط الواجب توافرها في التوقيع التقليدي، وبالتالي المساواة بين المحررات الإلكترونية والمحررات التقليدية في الإثبات بصفة مطلقة. الأمر الذي أدى إلى وجود أشكال عديدة لهذا النوع من التوقيع تبعاً للتقنيات المستعملة فيه سعياً وراء جعله أكثر أماناً، ومن ثم حيازة ثقة عدد أكبر من المتعاملين في المجال الإلكتروني. ومن أهم صور التوقيع الإلكتروني المعروفة حالياً نذكر على سبيل المثال: التوقيع عن طريق البطاقة المقترنة بالرقم السري، التوقيع البيومتري، والتوقيع الرقمي. ونظراً لأهمية هذه الأشكال الثلاثة سنتناول كلا منها بشيء من التفصيل على النحو الآتي بيانه:

أ- التوقيع عن طريق البطاقة المقترنة بالرقم السري: ويتم التوقيع بهذه الطريقة باستخدام مجموعة من الأرقام أو الحروف أو كليهما يختارها صاحب التوقيع لتحديد شخصيته، ولا يعلمها أحد غيره - إلا إذا أراد هو إبلاغها إلى شخص ما - وتسمى هذه الطريقة بـ (N.I. P) وهي اختصاراً لـ (Numéros d'identification personnels)⁽²⁾. وغالباً ما يرتبط هذا التوقيع السري بالبطاقات

(1) - انظر: إيمان مأمون محمد سليمان: إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، مرجع سابق، ص 253.

(2) - ويقابلها في الإنجليزية مصطلح الـ (P.I.N) وهو اختصاراً لـ (Personal Identification Number).

البلاستيكية أو المغنطة، وغيرها من البطاقات الحديثة المشابهة والمزودة بذاكرة إلكترونية⁽¹⁾. وينتشر هذا النوع من التوقيع الإلكتروني بصفة خاصة في مجال عمليات المصارف أي الدفع الإلكتروني⁽²⁾.

ب- التوقيع البيومتري (La signature Biométrique): ويطلق عليه أيضا التوقيع بالخواص الذاتية لاعتماده على الخواص الذاتية المميزة للأفراد. ووفقا لهذا الشكل من أشكال التوقيع الإلكتروني، يتم الاعتماد على إحدى الصفات أو الخواص الفيزيائية والسلوكية للإنسان، والتي من المفترض والطبيعي أن تختلف من شخص إلى آخر مثل: البصمة الشخصية، بصمة شبكية العين، بصمة الصوت، بصمة الشفاه، خواص اليد البشرية، التوقيع الشخصي... حيث تلتقط صورة دقيقة لإحدى هذه الصفات الجسدية للشخص الذي يريد استعمال الإمضاء البيومتري، ثم يتم تخزينها بطريقة مشفرة في ذاكرة الحاسوب، وتتم برمجته بطريقة تجعله لا يصدر أوامره بالتعامل إلا بعد مطابقة بصمة المتعامل بالبصمة المخزنة في ذاكرته، أي بعد التأكد من هوية وشخصية المتعامل⁽³⁾.

ويندرج تحت هذه الصورة أيضا التوقيع بالقلم الإلكتروني، الذي مؤداه أن يقوم الشخص بالتوقيع على شاشة الحاسب الآلي باستخدام قلم خاص، مما يستوجب وجود أجهزة كمبيوتر بمواصفات خاصة، ويتم التحقق من صحة التوقيع استنادا إلى حركة القلم الإلكتروني والأشكال التي يتخذها من الانحناءات أو التواءات، وغير ذلك من سمات التوقيع الخاص بالموقع، على أن يتم حفظ صورة منه في ذاكرة الحاسب الآلي حتى يتمكن من المقارنة بين التوقيع المحفوظ والتوقيع المرسل⁽⁴⁾.

وقد انتقد هذا النوع من التوقيع من جهة أنه يمكن للمرسل إليه الاحتفاظ بصورة من ذلك التوقيع ثم يعيد وضعها على أي وثيقة محررة على الوسائط الإلكترونية وينسبها لصاحب التوقيع. ومع هذا لا يجب رفض هذا النوع من التوقيع بصفة مطلقة إذ يمكن الاستفادة منه في المعاملات التي تتم عبر شبكات الإنترنت والإكسترنات لأنها تعتبر شبكات آمنة إلى حد كبير، إضافة إلى أن مستعمليها عموما يعرفون بعضهم البعض⁽⁵⁾.

⁽¹⁾—ومن البطاقات المعمول بها حاليا على المستوى العالمي نذكر: بطاقة فيزا (visa)، وماستر كارد (Mastercard)، وأميركان إكسبريس (American Express).

⁽²⁾—انظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 158.

⁽³⁾—انظر: إيمان مأمون أحمد سليمان: إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، مرجع سابق، ص 256، عطا عبد العاطي السنباطي: الإثبات في

العقود الإلكترونية دراسة فقهية، مقال مقدم لمؤتمر "الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، 471/1.

⁽⁴⁾—انظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 258-259.

⁽⁵⁾—انظر: إيمان مأمون أحمد سليمان: إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، مرجع سابق، ص 259.

ج- التوقيع الرقمي (La signature Numérique): وهو أكثر صور التوقيع الإلكتروني استخداما، ويتم هذا النوع من التوقيع الإلكتروني من خلال كتابة التوقيع والمستند الصادر فيه في صورة أرقام، أي تحويله إلى شكل غير مقروء وغير مفهوم بحيث يستحيل على أي شخص أو جهة أخرى فهم أو تفسير هذه الشفرة. فالمرسل إليه المقصود هو الوحيد القادر على فك هذه الشفرة بالمفتاح المتعمد لذلك. مما يعني أن عملية التوقيع الرقمي تعتمد على مفتاحين للتشفير أحدهما يستعمل لتشفير التوقيع الرقمي من قبل الموقع وهو المفتاح الخاص⁽¹⁾، والثاني يستعمل لفك التشفير من قبل المستقبل وهو المفتاح العام⁽²⁾، مما يحقق تأمين سلامة الرسالة الإلكترونية من جهة، ومن جهة أخرى يمكن من التحقق من صحتها وإثبات نسبتها بتوقيعها للمرسل⁽³⁾. على أن آلية العمل بهذين المفتاحين سنوضحها عند حديثنا عن التشفير في فرع لاحق.

وهذين المفتاحين وإن كانا غير متماثلين إلا أنهما مرتبطين حسابيا، ومع ذلك فإن معرفة المفتاح العام لا تمكن من الوصول إلى معرفة المفتاح الخاص حسابيا، وهذا يجعلنا نقول أنه وعلى الرغم من أن العديد من الأشخاص يمكن أن يكونوا على علم بالمفتاح العام لموقع ما، ويستخدمونه للتأكد من صحة توقيعاته الإلكترونية، إلا أنهم لا يستطيعون اكتشاف المفتاح الخاص لذلك الموقع واستخدامه في تزوير تلك التوقيعات⁽⁴⁾، الأمر الذي يجعل التوقيع الرقمي أكثر أنواع التوقيع الإلكتروني أمانا لأنه يحقق أعلى درجات الثقة بناء على أنه⁽⁵⁾:

- باستخدام التوقيع الرقمي يتحقق الارتباط بين المستند الكتابي والتوقيع الوارد عليه.

- يضمن عدم إمكانية التدخل في مضمون التوقيع أو مضمون المحرر الذي يرتبط به.

- يؤدي إلى التحقق من هوية الموقع، وأن الرسالة الموقعة منه تنسب إليه، إذ لا يمكن له إنكار

⁽¹⁾ - عرف المشرع الجزائري المفتاح الخاص بموجب نص المادة 8/2 من القانون رقم 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين التي جاء فيه: «مفتاح التشفير الخاص: هو عن سلسلة من الأعداد يحوزها حصريا الموقع فقط، وتستخدم لإنشاء التوقيع الإلكتروني، ويرتبط هذا المفتاح بمفتاح تشفير عمومي». ج.ر، ع06، السنة52، مرجع سابق، ص07.

⁽²⁾ - أما المفتاح العام أو العمومي فقد عرفه المشرع الجزائري المفتاح نضه على أن: «مفتاح التشفير العمومي: هو عبارة عن سلسلة من الأعداد تكون موضوعة في متناول الجمهور بهدف تمكينهم من التحقق من الإضاء الإلكتروني، وتدرج في شهادة التصديق الإلكتروني». ج.ر، ع06، السنة52، مرجع سابق، ص07.

⁽³⁾ - انظر: محمد المرسي زهرة: الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص236.

⁽⁴⁾ - صفوان حمزة إبراهيم عيسى: الأحكام القانونية للتجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، 2012م، ص178.

⁽⁵⁾ - إيمان مأمون أحمد سليمان: إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، مرجع سابق، ص169-170.

المستند المنسوب إليه للارتباط الموجود بين المفتاحين العام والخاص.

-يحقق سرية المعلومات التي تتضمنها المحررات الإلكترونية، لأنه لا يمكن قراءتها إلا ممن أرسلت إليه باستعمال المفتاح العام للمرسل.

وحتى يحقق التوقيع الرقمي هذه الدرجة العالية من الثقة والمصادقية، فإنه يلزم وجود جهة محايدة تتولى تسليم المفتاح العام من المرسل إلى المرسل إليه، كما تقوم بإصدار شهادات إلكترونية تحدد هوية المتعاملين وصحة المعلومات التي تتضمنها رسائلهم وهي ما يعرف بـ"جهات التوثيق والتصديق" والتي سنتناولها في مطلب مستقل لاحقا.

أخيرا نخلص إلى أن الأشكال المذكورة للتوقيع الإلكتروني مختلفة من حيث التقنيات المستخدمة فيها، ودرجة الأمان والثقة التي يحققها كل شكل منها، إلا أنه لا يمكننا المفاضلة بينها، نظرا إلى أنها في تطور مستمر تبعا للتطورات المتلاحقة في مجال التقنيات المستعملة فيها، إضافة إلى أن البحث عن تحقيق الثقة والأمان في التوقيع الإلكتروني ومن ثم الحفاظ على الحقوق في مجال المعاملات الإلكترونية يجعل فرضية ظهور أشكال جديدة له قائمة بشكل دائم، وهو الأمر الذي يبرر عزوف التشريعات المختلفة عن ذكر شكل محدد للتوقيع الإلكتروني، حيث صيغت كل التعريفات التي ذكرناها وحتى التي لم نذكرها بشكل عام دون تحديد شكل معين أو طريقة خاصة لإجرائه.

من هنا يمكن القول أن الضابط الوحيد في قبول شكل أو صورة معينة للتوقيع الإلكتروني والاعتداد به في الإثبات، هو مدى تحقق الشروط الواجب توافرها في التوقيع عموما في هذا الشكل.

2-وظائف التوقيع الإلكتروني:

إن التوقيع المعتد به في مجال الإثبات هو التوقيع الذي من شأنه تحقيق جملة من الوظائف تمثل أساسا في القدرة على تحديد هوية الشخص الموقع، والتعبير عن إرادة الموقع في الموافقة على مضمون السند الذي وقع. وعليه سنحاول شرح هاتين الوظيفتين مع بيان مدى تحققهما في التوقيع الإلكتروني.

أ- **تحديد هوية الشخص الموقع:** فالتوقيع يجب أن يحدد بوضوح شخصية الموقع بغض النظر عن الشكل الذي يتخذه ذلك التوقيع، لأن التوقيع منبثق عن شخصية الموقع ويعتبر امتدادا لهذه الشخصية، وسمة تميزه عن غيره.

والتوقيع الإلكتروني بالمفهوم الذي بيناه يحقق هذه الوظيفة، حيث أكدت أغلب التشريعات التي خصته بتعريف مباشر، أن هذه الوظيفة أساس لا بد من توافره في التوقيع الإلكتروني حتى يكون له قوة

في الإثبات. وبالنظر إلى صور التوقيع الإلكتروني التي بينها في بداية هذا الفرع، يمكن القول أن تلك الصور أو الأشكال المختلفة تمكن من تحديد هوية الموقع وشخصيته إذا اعتمدت على التقنيات الحديثة للأمان التي تعزز الثقة بها، حتى أن هناك من يرى أن التوقيع الإلكتروني بأشكاله يتفوق على التوقيع العادي أو التقليدي في القيام بهذه الوظيفة⁽¹⁾.

فالتوقيع الرقمي قادر على تحديد هوية الموقع من خلال قيامه على عملية التشفير المزدوج بالمفتاحين العام والخاص، ويتيح للأشخاص التعرف على بعضهم من خلال حل الشفرة، أو الاستعانة بجهات التصديق. والتوقيع البيومتري أيضا يمكن من تحديد هوية الموقع انطلاقا من اعتماده على خصائص مميزة لا يمكن أن تتطابق في شخصين. كما تتحقق هذه الوظيفة في التوقيع عن طريق البطاقة المقترنة بالرقم السري، لأن هذا الرقم لا يعرفه أحد سوى صاحبه، ومن ثم لا يمكنه إنكار استخدامه للبطاقة المقترنة برقمه السري الذي لا مجال لأن يتشابه مع أي رقم آخر⁽²⁾. إضافة إلى هذا فإن التطور التقني الذي تعتمد عليه أشكال التوقيع الإلكتروني هذه يجعل إمكانية تزويرها أو تقليدها أمر صعب المنال ويجعلها تتمتع بدرجة عالية من الأمان لا تتوفر في التوقيع التقليدي سواء أتم من خلال الإمضاء أو البصم أو الختم، لأن إمكانية التزوير فيها قائمة بشكل كبير.

ب-الدلالة على الرضا والالتزام بما تم التوقيع عليه: تتعلق هذه الوظيفة بمسألة التأكد من رضا الشخص الموقع وقبوله الالتزام بمضمون السند الذي وقعه وإقراره له. ذلك أن الإرادة كما قدمنا سابقا شيء داخلي لا يمكن الاستدلال عليه إلا من خلال التعبير عنه بشكل ملموس، ومن ثم كان وضع الشخص توقيعه على سند معين دلالة على موافقته على ما تضمنه ذلك السند.

وعليه فقد أصبح التوقيع طريق للاستيثاق من أن الموقع على علم بما يحتويه السند الذي وقعه، وأنه قابل لكل ما جاء فيه، وأنه وقّع عليه بإرادة حرة واعية ومدركة⁽³⁾. فتمت تثبيت نسبة المحرر المكتوب إلى من وقعه، كان ذلك دليلا على قبوله بمضمون التصرف القانون المدون في المحرر⁽⁴⁾.

(1) -انظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص169، علي أبو مارية: التوقيع الإلكتروني ومدى قوته في الإثبات دراسة مقارنة، مجلة جامعة الخليل للبحوث، مج5، ع2، 2010، ص105-130.

(2) -انظر: إيمان مأمون أحمد سليمان: إبرام العقد الإلكتروني وإثباته دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص289-292، علي أبو مارية: التوقيع الإلكتروني ومدى قوته في الإثبات، مرجع سابق، ص114-115 إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص169.

(3) -علي أبو مارية: التوقيع الإلكتروني ومدى قوته في الإثبات، مرجع سابق، ص115.

(4) -نجوى أبو هيبية: التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص79.

وبالنسبة للتوقيع الإلكتروني فإن هذه الوظيفة تتحقق بمجرد قيام الشخص بإدخال الرقم السري الخاص به- في التوقيع عن طريق البطاقة المقترنة بالرقم السري-، أو مفتاح الترميز- في التوقيع الرقمي-، أو استعمال خاصية من خصائصه الذاتية -في التوقيع البيومتري- بشكل إرادي على المحرر الإلكتروني الخاص به لأنه بهذا يكون قد عبر عن إرادته في الموافقة على مضمون المعاملة وإقراره لها⁽¹⁾.

وتضاف إلى هاتين الوظيفتين وظيفة ثالثة تتمثل في "إثبات سلامة المحرر أو العقد" وهي وظيفة حديثة خاصة بالتوقيع الإلكتروني فقط.

وبهذا نكون قد توصلنا إلى أن التوقيع الإلكتروني يحقق الوظائف ذاتها التي يحققها التوقيع التقليدي، بل إنه قد يحققها بكفاءة أعلى بالنظر إلى التقنيات التكنولوجية المتطورة المستعملة فيه والتي تضمن له درجة عالية من الثقة والأمان تجعله أقل عرضة للتزوير والتقليد مقارنة بالتوقيع التقليدي. الأمر الذي يجعلنا عن نتساءل عن حجية هذا التوقيع في الإثبات وهل يمكن أن تتساوى مع حجية التوقيع العادي طالما أنهما يحققان الوظائف ذاتها؟ وهو ما سنجيب عنه من خلال الفرع الموالي بعد أن نبين موقف الفقه الإسلامي من التوقيع الإلكتروني.

3- موقف الفقه الإسلامي من التوقيع الإلكتروني:

يعتبر التوقيع الإلكتروني من المستجدات التي أفرزها دخول التقنيات الحديثة مجال المعاملات، لذلك وكما قدمنا بالنسبة للمحركات والكتابة الإلكترونية، لا نجد للفهاء الأوائل أحكاماً أو آراء متعلقة به بشكل مباشر، بل سنحاول استنتاج موقف الفقه الإسلامي من التوقيع الإلكتروني من خلال تناول الفهاء للتوقيع بوجه عام على النحو الآتي:

بداية نشير إلى أن التوقيع الذي يتخذ شكل الإمضاء بالقلم المعروف عندنا اليوم، لم نجد له إشارة عند فهاء الشريعة الإسلامية، وإنما نجدهم يشيرون إلى التوقيع عن طريق الختم.

وتشير كتب التاريخ الإسلامي إلى أن أو وضع للختم على المحررات المكتوبة في الإسلام كان في السنة السادسة للهجرة النبوية بعد غزوة الحديبية، حيث أراد رسول الله ﷺ أن يكتب الملوك في الدول المجاورة ويدعوهم إلى الإسلام قياماً بالواجب من تبليغ رسالات الله إلى الناس كافة، فعن أنس رضي الله عنه [أن نبي الله ﷺ أراد أن يكتب إلى رهط أو أناس من الأعاجم، فقيل له: إنهم لا يقبلون كتاباً إلا

(1) -محمد لورانس عبيدات: إثبات المحرر الإلكتروني، د.ط، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005م، ص153.

عليه خاتم، فاتخذ النبي ﷺ خاتماً من فضة...⁽¹⁾، وفي رواية لمسلم: [أن النبي ﷺ اتخذ خاتماً من فضة ونقشت فيه " محمد رسول الله " فلا ينقش أحد على نقشه]"⁽²⁾.

واستمر استخدام التوقيع بالختم بعد عصر النبي ﷺ في القرون الإسلامية الأولى، فعن الإمام مالك بن أنس رحمه الله أنه قال: «كان الأمر القديم إجازة الخواتيم»⁽³⁾. وقد بحث العلماء رحمهم الله تأكيد المحررات بالتوقيع وأوردوا لها أسماء متعددة حسب الجهة التي تصدر منها (السلطان أو القاضي أو الأفراد) ومن تسمياتها: الصك والحجة والسجل والوثيقة، كما بينوا تأكيدها بالإشهاد عليها خاصة إذا خيف التزوير⁽⁴⁾.

وعليه فإن القصد من وجود الختم أو التوقيع هو تحديد الشخص الذي صدر منه وتمييزه عن غيره والدلالة على رضاه بمضمون المحرر الذي ختمه أو وقع، والتزامه به.

والذي يظهر من خلال ما كتبه الفقهاء الأوائل والمعاصرين في مجال حجية الكتابة في الإثبات، وحجية المحررات المختومة هو جواز استخدام التوقيع الإلكتروني لإثبات العقود الإلكترونية في الفقه الإسلامي، لأنه يتفق مع مبادئ الإثبات في الشريعة الإسلامية من حيث⁽⁵⁾:

- أن القصد من التوقيع أو الختم دلالاته على صاحبه وعلمه بمضمون الكتابة التي وقع عليها، وهذا متحقق في التوقيع الإلكتروني كما هو متحقق في التوقيع العادي أو الختم إن لم يكن أكثر.

- أن الكتابة ليست محصورة بشيء معين كالورق بل تصح على الأشجار والأحجار والجلود وغيرها، وكان هذا مستخدماً في زمن الرسول ﷺ، فكذلك التوقيع ليس محصوراً بالطريقة العادية من الإمضاء باليد أو الختم أو بصمة الأصبع بل يصح بالوسائل الإلكترونية

ثالثاً: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

إن حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات تتحدد من خلال مدى توافره على الشروط الواجب

(1) - انظر: صفى الرحمن المباركفوري: الرحيق المختوم، ط1، بيروت، دار الهلال، د.ت، ص466، وأخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: اللباس، باب نقش الخاتم، حديث رقم [5423].

(2) - أخرجه مسلم في صحيحه، باب اللباس والزينة حديث رقم [3901]، وكان هذا الخاتم في أصبعه البنصر من يده اليسرى ﷺ، ثم لبسه أبو بكر وعمر رضي الله عنهما بعده، فلما كان عثمان جلس على بئر أريس فأخرج الخاتم فجعل يعبث به فسقط في البئر، وانظر صحيح البخاري كتاب اللباس رقم الحديث 5429.

(3) - ابن عرفة: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، 4/160.

(4) - انظر: محمد مصطفى الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص474.

(5) - عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر: العقود الإلكترونية دراسة فقهية مقارنة، مرجع سابق، 5/2148.

توافرها في التوقيع العادي (التقليدي) من جهة، ومن خلال الضمانات التقنية التي من شأنها ضمان الثقة في هذا النوع من التوقيع وهو ما سيوضح في الآتي:

1- شروط التوقيع الإلكتروني:

بالرجوع إلى التشريعات المنظمة للتوقيع الإلكتروني والتي يستمد هذا الأخير حجته في الإثبات من خلالها، والتي نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر: التوجيه الأوروبي رقم 93-1999 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني، القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني لسنة 2001 الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري، القانون الفرنسي رقم 230-2000 لـ 13 مارس 2000 المتضمن تكييف قواعد الإثبات مع التقنيات المعلوماتية المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني، والمرسوم التنفيذي رقم 272-2001 المتعلق بتنفيذ المادة 1316-4 من القانون المدني والمرتببط بالتوقيع الإلكتروني، والقانون الجزائري رقم 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين... نجد أنها ميّزت بين نوعين من التوقيع الإلكتروني: التوقيع الإلكتروني العادي، والتوقيع الإلكتروني المعزز أو المؤمن أو الموصوف أو المحمي. وقد جعلت التوقيع الإلكتروني المعزز مساويا تماما للتوقيع التقليدي أو اليدوي بشرط تمتعه بالشروط الآتية: 1- أن يكون مرتبطا بالموقع وحده، 2- أن يسمح بتحديد هوية الشخص الموقع، 3- أن ينشأ باستخدام وسائل تمكن الموقع من إبقائها تحت رقابته الحصرية، 4- أن يكون مرتبطا بالبيانات التي يوثقها بشكل يسمح بكشف كل تعديل يمسها⁽¹⁾.

⁽¹⁾—هذه الشروط تضمنتها: المادة 2/2 من التوجيه الأوروبي CE /93/1999 التي نصت على:

«2-«signature électronique avancée» une signature électronique qui satisfait aux exigences suivantes: a) être liée uniquement au signataire; b) permettre d'identifier le signataire; c) être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif et d) être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable;» J.O des communautés européennes, 19.1.2000, L13, p14.

والمادة 2/1 من المرسوم رقم 272-2001 لـ 30 مارس 2001 الخاص بتطبيق المادة 1316-4 من القانون المدني والمرتبطة بالتوقيع الإلكتروني حيث جاء فيها:

«"signature électronique sécurisée": une signature électronique qui satisfait, en outre, aux exigences suivante : -être propre au signataire ; -être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif ; -garantir avec l'acte auquel elle s'attache un lien tel que toute modification ultérieure du l'acte soit détectable ». J.O de la République Française, 31 mars 2001, p5070.

وتضمنتها أيضا المادة 07 من القانون الجزائري رقم 15-04 المحدد للقواعد العامة المنظمة للتوقيع والتصديق الإلكترونيين حيث نصت على: «التوقيع الإلكتروني الموصوف هو التوقيع الإلكتروني الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية: 1- أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، 2- أن يرتبط بالموقع دون سواه، 3- أن يمتد من تحديد هوية الموقع، 4- أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني، 5- أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع، 6- أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات». ج ر، ع 06، السنة 52، مرجع سابق، ص 08.

وبالنظر إلى هذه الشروط يمكننا الإشارة إلى أنه:

-بالنسبة للشرطين الأول والثاني المتعلقين بارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده، وسماحه بتحديد شخصية مصدره، فهما يشيران إلى أن التوقيع الإلكتروني يجب أن يدل دلالة قطعية على شخص الموقع، وهذا الأمر يعتبر بديهي حتى في التوقيع اليدوي أو التقليدي الذي يتم بالإمضاء أو الختم أو البصم، ذلك أن تحديد هوية الموقع الذي أبرم تصرفا معينا أمر ضروري في مجال الإثبات. وعليه حتى لو تم التوقيع الإلكتروني في شكل أرقام أو حروف أو رموز أو أصوات... يجب أن يمكن في النهاية من تحديد هوية صاحبه وتمييزه عن غيره وهو أمر محقق في جميع صور التوقيع الإلكتروني التي أشرنا إليها سابقا، لأن كلا منها يعتمد على صفات أو خصائص أو شفرات مميزة للشخص ومحددة لهويته.

-وبالنسبة للشرط الثالث الذي يقتضي أن ينشأ التوقيع الإلكتروني بوسائل يمكن للموقع إبقاءها تحت رقابته الحصرية، فقد أشار التوجيه الأوروبي رقم CE/93/1999 في ملحقه الثالث⁽¹⁾ إلى بعض المتطلبات التي من شأنها تحقيق تدابير الأمن للتوقيع الإلكتروني حيث أوجب في فقرته الأولى أن تضمن هذه المتطلبات ما يأتي:

-ألا يمكن عمليا مصادفة المعطيات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني إلا مرة واحدة، وينبغي أن تكون سريتها مضمونة.

-أن تمكن من الحصول على الثقة الكافية بأن المعطيات المستعملة لإنشاء التوقيع لا يمكن إيجادها بالاستنتاج، وأن التوقيع محمي بالوسائل التقنية المتاحة وقت الاعتماد.

-أن تكون المعطيات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني محمية بطريقة موثوقة من قبل الموقع الشرعي ضد استعمالها من قبل الغير.

⁽¹⁾«Annexe III : Exigences pour les dispositifs sécurisés de création de signature électronique

1. Les dispositifs sécurisés de création de signature doivent au moins garantir, par les moyens techniques et procédures appropriés, que:

a) les données utilisées pour la création de la signature ne puissent, pratiquement, se rencontrer qu'une seule fois et que leur confidentialité soit raisonnablement assurée;

b) l'on puisse avoir l'assurance suffisante que les données utilisées pour la création de la signature ne puissent être trouvées par déduction et que la signature soit protégée contre toute falsification par les moyens techniques actuellement disponibles;

c) les données utilisées pour la création de la signature puissent être protégées de manière fiable par le signataire légitime contre leur utilisation par d'autres.

2. Les dispositifs sécurisés de création de signature ne doivent pas modifier les données à signer ni empêcher que ces données soient soumises au signataire avant le processus de signature». J.O des communautés européennes, 19.1.2000, L13, p20.

أما الفقرة الثانية من الملحق فقد أشارت إلى أن المتطلبات المشار إليها أعلاه لا يجب أن تعدل المعطيات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني، أو أن تمنع خضوع تلك المعطيات للموقع قبل إجراء التوقيع. وقد تبني المشرع الجزائري هذا الملحق حرفيا في نص المادة 11 من القانون رقم 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين المشار إليه سابق⁽¹⁾.

وترى الباحثة أن تحقيق هذه المتطلبات يرتبط أساسا بمستوى تطور تقنيات الأنظمة المعلوماتية المستعملة، وعليه فإنه لا يمكن الجزم بتساوي الدول في تحقيق هذا الأمر نظرا إلى التفاوت التكنولوجي بينها، مما يعني أنه على كل دولة الحرص على مواكبة التطورات المتلاحقة في هذا المجال حتى تحقق درجة مقبولة من الثقة في التوقيع الإلكتروني ومن ثم في المعاملات الإلكترونية ككل.

أما بالنسبة للشرط الرابع والأخير والمتعلق بارتباط التوقيع بالمعلومات التي يوثقها بطريقة تسمح باكتشاف أي محاولة تعديل في هذه المعلومات، فإن هذا الشرط متأني من أن حماية التوقيع الإلكتروني وحتى التوقيع اليدوي ليست هدفا في حد ذاتها، بقدر ما هي حماية للمحرر الموقع، فوضع التوقيع على محرر ما يعني اتجاه إرادة الموقع إلى الالتزام بالآثار القانونية المترتبة عليه. لذلك نقول أنه حتى يتحقق هذا الشرط من الضروري إيجاد تكامل بين البيانات الواردة في المحرر والتوقيع الإلكتروني، بحيث يكون كل تعديل أو تغيير في رسالة البيانات أو المحرر الإلكتروني بعد توقيعه قابلا للكشف، وكل تعديل أو تغيير في التوقيع الوارد في المحرر الإلكتروني يؤدي إلى تعديل بيانات المحرر كاملة، مما يجعله غير صالح للإثبات. وهو ما يستفاد من نصوص التشريعات المنظمة للتوقيع الإلكتروني التي تقضي بأن توثيق التوقيع الإلكتروني يؤدي بالضرورة إلى توثيق المحرر الإلكتروني المرتبط به⁽²⁾.

إضافة إلى هذه الشروط الأربعة، نجد أن المشرع الجزائري قد أضاف بموجب نص المادة 1/7 من القانون 15-04 المذكور أعلاه شرطا آخر يقضي بأن ينشأ التوقيع الإلكتروني الموصوف على أساس شهادة تصديق موصوفة، وهو ما أشار إليه أيضا المشرع الفرنسي بموجب المادة 2/3 من المرسوم رقم 272-2001 المشار إليه سابقا، كما أشارت إليه جل القوانين المنظمة للتوقيع الإلكتروني ولكن ليس كشرط وإنما كآلية لتوثيق التوقيع الإلكتروني وزيادة قوته في الإثبات، ولن نفصل هذا الشرط لأنه سيكون محل تفصيل في مطلب لاحق.

وبعد بيان الشروط الواجب توافرها في التوقيع الإلكتروني المعزز، ينبغي علينا أن نشير إلى أن

(1) - ج ر، ع06، السنة 52، مرجع سابق، ص08.

(2) - انظر: علي أبو مارية: التوقيع الإلكتروني ومدى قوته في الإثبات، مرجع سابق، ص119.

التشريعات المنظمة للتوقيع الإلكتروني قد رتبت آثارا قانونية عن التمييز بين التوقيع الإلكتروني العادي والتوقيع الإلكتروني المعزز، تتمثل في أن هذا الأخير فقط هو الذي يتمتع بالقيمة القانونية ذاتها التي يتمتع بها التوقيع التقليدي أو اليدوي المكتوب على دعامة ورقية. وحتى لا يفهم بطريق المخالفة أن التوقيع الإلكتروني العادي أو البسيط ليست له أية حجية في الإثبات، فقد أشارت تلك التشريعات ذاتها إلى أنه لا يجب أن يجرى من فعاليتها القانونية ويفقد قيمته كدليل إثبات أمام القضاء مجرد أنه لا يستند إلى شهادة مصادقة، أو أنه لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة⁽¹⁾.

مما يعني أن حجية التوقيع الإلكتروني العادي في الإثبات تخضع للسلطة التقديرية للمحكمة أو القاضي، الذي له أن يخضعه للخبرة الفنية التي تحدد ما إذا كان من الممكن اعتباره ذا حجية كاملة في الإثبات، أو اعتباره مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة⁽²⁾. ويعني أيضا أنه في حالة ما إذا قدم توقيع إلكتروني عادي، وتوقيع إلكتروني معزز لإثبات تصرف ما، فإنه يقدم التوقيع الإلكتروني المعزز على العادي، لأن الأول أعلى قوة في الإثبات من الثاني.

بعد هذا العرض لنوعي التوقيع الإلكتروني، شروط التوقيع الإلكتروني المعزز والآثار القانونية المترتبة عن التمييز بينهما، والمتعلقة بالحجية في الإثبات، يمكننا القول أن وجود التوقيع الإلكتروني في بيئة إلكتروني أهم ما توصف به هو عدم الثبات والتطور المتلاحق والمستمر، يجعله في حاجة إلى ضمانات تقنية تحقق له الاعتراف القانوني بغض النظر عما إذا كان بسيطا (عاديا) أو معززا، وهو ما سنتناوله في الجزئية الموالية.

2- الضمانات التقنية للاعتراف القانوني بالتوقيع الإلكتروني:

باطلاعنا على التشريعات المنظمة للتوقيع الإلكتروني، نجد أنها تربط مسألة المساواة بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع التقليدي أو اليدوي، ومن ثم المساواة بين المحررات الإلكترونية والمحررات الورقية بوجود ضمانات تقنية تحول دون إساءة استخدام التقنيات الإلكترونية أو تزويرها، بمعنى أن قوة التوقيع أو

⁽¹⁾ - وهو ما يستفاد من نص المادتين 8-9 من القانون الجزائري رقم 15-04 المذكور سابقا حيث تنصان على التوالي على أنه: «يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده ممثلا للتوقيع المكتوب، سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي»، «بغض النظر عن أحكام المادة 8 أعلاه، لا يمكن تجريد التوقيع الإلكتروني من فعاليتها القانونية أو رفضه كدليل أمام القضاء بسبب: 1- شكله الإلكتروني، أو، 2- أنه لا يعتمد على شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، أو، 3- أنه لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني». (ج.ر، ع06، س52)، مرجع سابق، ص08، ويقابلها نص المادة 1/5 و2 من التوجيه الأوروبي رقم CE/93/1999، ونص المادة 3/3 و3 من القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية الصادر عن لجنة القانون التجاري لهيئة الأمم المتحدة 2001.

⁽²⁾ - انظر: محمد لورانس عبيدات: إثبات المحرر الإلكتروني، مرجع سابق، ص159-160.

المستند الإلكتروني في الإثبات تعتمد على مصداقية النظام المعلوماتي المستخدم في إنشائه، كما نجد أنها تؤكد على ضرورة وجود جهة ثالثة محايدة تصدر شهادة تصادق من خلالها على صحة المعلومات الرقمية الصادرة عن الشخص المنسوب إليه التوقيع الإلكتروني⁽¹⁾.

وعليه نلاحظ أن الإشكال في حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات يغلب عليه الطابع التقني لا الطابع القانوني، لأن هذا الأخير أصبح أمراً مفروغاً منه بعد أن نظمت التشريعات سواء على المستوى الدولي أم على المستوى الوطني، مما يعني أن السبيل الذي من شأنه إعطاء التوقيع الإلكتروني حجية أو قوة في الإثبات تضاهي الحجية الممنوحة للتوقيع التقليدي أو اليدوي أي تحقيق المناظرة بين التوقيعين يتمثل في إيجاد نظام تقني موثوق يضمن مصداقية المعلومات الصادرة من خلاله، وما يعزز هذه المصداقية من عناصر وبرامج تكميلية لهذا النظام.

وبالرجوع إلى الدراسات التي تناولت الأنظمة التقنية المستعملة في مجال التوقيع الإلكتروني، نجد أنها تركز على أن النظام المعلوماتي الذي يمكن أن يحقق المصداقية المرجوة في هذا المجال يجب أن يكون⁽²⁾:

- نظام يتمتع بالضمانات اللازمة لحسن أدائه بحيث يحمل القضاة على منح ثقة أكبر للمستندات الإلكترونية.

- نظام يضمن حفظاً وحماية منهجية ومنظمة لجميع العمليات المعلوماتية الحاصلة.

- نظام يقدر على جعل وسائط التخزين حيث البيانات المعلوماتية مسجلة ترصد عدد المرات التي تجري فيها معاينة هذه البيانات حتى يمكن ضبط الإمكانية التقنية في نسخ البيانات الرقمية التي تبقى موجودة حتى ولو كانت مسجلة داخل الأسطوانة الضوئية.

- نظام يسمح بإجراء تحديد دقيق لتاريخ إرسال واستلام المستندات الإلكترونية والتأكد من كونها قد استلمت من قبل من أرسلت إليه، دون تعديل أو مس بسلامتها.

وعلى الرغم من أهمية هذه الضمانات فإنه حتى وإن توافرت في نظام معين فلا يمكن الجزم بقدرته على تحقيق درجة أمان كاملة (100%) تنتفي معها إمكانية الخطأ والاختراق.

ولعل أهم الضمانات التقنية المتاحة حتى الآن هي تقنيات التشفير التي ترتب في مقدمة الوسائل المبتكرة في مجال تحقيق أمن وسلامة العقود والمستندات المبرمة والمتبادلة عبر الإنترنت. وسنحاول تسليط الضوء على هذه التقنية

⁽¹⁾ -انظر: باسيل يوسف: الاعتراف القانوني بالمستندات والتوقيعات الإلكترونية في التشريعات المقارنة، مجلة دراسات قانونية، قسم

الدراسات القانونية في بيت الحكمة، بغداد، ع02، ص03، (1422هـ-2001م)، ص21.

⁽²⁾ -باسيل يوسف: الاعتراف القانوني بالمستندات والتوقيعات الإلكترونية، مرجع سابق، ص22-23.

ولو باختصار حتى نوضح مدى قدرتها على تحقيق المصادقية للتوقيع الإلكتروني خاصة وأنا بينا عند تناولنا لصور التوقيع الإلكتروني أن التوقيع الرقمي -الذي يعتمد هذه التقنية كأساس له- يعد أحدث هذه الصور وأكثرها استخداما وذلك على النحو الآتي:

أ-تعريف التشفير (Cryptographie): التشفير هو عملية تحويل المعلومات إلى رموز غير مفهومة من العامة، بحيث لا يستطيع الأشخاص غير المرخص لهم الإطلاع على المعلومات أو فهمها⁽¹⁾. وقد عرفته تشريعات عديدة منها على سبيل المثال:

-التشريع الفرنسي وذلك بموجب المادة 28 من القانون رقم 90-1170 المتعلق بتنظيم الاتصالات عن بعد، التي عرفت وسائل وأدوات التشفير بأنها: «جميع التقنيات التي ترمي، بفضل اتفاقيات سرية، إلى تحويل معلومات أو إشارات مقروءة إلى معلومات أو إشارات غير قابلة للقراءة من قبل الغير أو القيام بعملية معاكسة، وذلك باستعمال معدات أو برامج للحاسوب مصممة لهذه الغاية»⁽²⁾.

-التشريع التونسي حيث عرفه قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية⁽³⁾ بمقتضى الفصل 5/2 والذي جاء فيه:«التشفير: إما استعمال رموز أو إشارات غير متداولة تصبح بمقتضاها المعلومات المرغوب تمريرها أو إرسالها غير قابلة للفهم من قبل الغير، أو استعمال رموز أو إشارات لا يمكن الوصول إلى المعلومة بدونها».

- كما عرفه التشريع المصري بموجب نص المادة 6/1 من مشروع قانون التجارة الإلكترونية حيث جاء فيه: «التشفير: تغيير في شكل البيانات عن طريق تحويلها إلى رموز أو إشارات لحماية هذه البيانات من اطلاع الغير عليها أو من تعديلها أو تغييرها»⁽⁴⁾.

مما سبق نخلص إلى أن التشفير هو استخدام وسائل أو أساليب معينة تسمح بإخفاء محتويات المعلومات وذلك بتحويلها إلى شكل غير مقروء بهدف حمايتها من أي تعديل أو استخدام غير مشروع⁽⁵⁾، وهذا من خلال مفتاح سري يستعمله المرسل، وتتم إعادة الرسالة إلى صورتها الأصلية بنفس

(1)-إلياس ناصيف: العقود الدولية: العقد الإلكتروني في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 243.

(2)-«On entend par prestation de cryptographie toute les prestations visant à transformer à l'aide de conventions secrets des informations ou signaux clairs en informations ou signaux inintelligibles pour des tiers, ou à réaliser l'opération inverse, grâce à des moyens matériels, ou logiciels conçus à cet effet».

(3)-قانون عدد 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، مرجع سابق.

(4)-إلياس ناصيف: العقود الدولية: العقد الإلكتروني في القانون المقارن، مرجع سابق، ملحق رقم 03، ص 377.

(5)-عبد الفتاح بيومي حجازي: التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، ط 1، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2005، ص 31.

الطريقة أي باستعمال مفتاح سري يمتلكه من وجهت إليه هذه الرسالة.

فالتشفير من الناحية الفنية يعني إعادة كتابة رسالة البيانات قبل إرسالها باستخدام مفتاح معين يفترض الربط بين البيانات والأرقام، على أن تتوافر لدى المرسل والمرسل إليه القدرة على استعادة الرسالة في صورتها الأصلية قبل تشفيرها⁽¹⁾، وذلك إما باستعمال المفتاح ذاته الذي استعمله المرسل، أو باستعمال مفتاح آخر على حسب نوع التشفير المستعمل كما سنبين في الجزئية الموالية.

ب-أنواع التشفير: إن أنواع التشفير تتعلق أساسا بالمفتاح المستعمل للتشفير، ولفك التشفير، هذا المفتاح الذي قد يكون مفتاح واحد يستعمله كل من المرسل والمرسل إليه وهو ما يعرف بالتشفير التماثلي أو المتماثل، وقد يكون ثمة مفتاحين أحدهما يملكه المرسل، والآخر يملكه المرسل إليه وهو ما يعرف بالتشفير اللاتماثلي أو غير المتماثل. وسنحاول بيان كل منهما على النحو الآتي:

1-التشفير المتماثل: ويقوم هذا النوع من التشفير على استخدام مفتاح واحد لتشفير الرسالة من ناحية، ولفك الشفرة من ناحية أخرى. بمعنى أن يكون المفتاح ذاته في حيازة كل من المرسل والمرسل إليه، ومن المفترض أنه لا يعلمه أحد غيرهما، وأنه ينبغي عليهما المحافظة على سرية طوال فترة استخدامه⁽²⁾.

وينتقد هذا النظام من حيث اعتماده على مفتاح واحد يتعين إرساله بطريقة سرية وآمنة إلى المرسل إليه حتى يتمكن من إعادة الرسالة إلى صورتها الأصلية، ذلك أن عملية الإرسال هذه لا يمكن الجزم بأنها آمنة 100%، لأنها عادة ما تتم عبر الإنترنت مما يعطي إمكانية اختراقها من قبل الغير والاطلاع على المفتاح. كما ينتقد من جهة أن هذا النظام يفترض وجود معرفة سابقة بين المرسل والمرسل إليه، وهو أمر قد لا يتحقق في التجارة الإلكترونية التي تتم في الغالب بين شخصين متباعين لا يعرف أحدهما الآخر. وهذه الانتقادات أدت إلى تراجع استخدام هذا النوع من التشفير⁽³⁾.

2-التشفير غير المتماثل: لقد كان عدم نجاح نظام التشفير المتماثل في تحقيق الغاية من التشفير، والمتمثلة في حماية الأعمال والبيانات التي يتم تداولها عبر وسائل الاتصال الحديثة بصفة عامة

(1) - رأفت رضوان: عالم التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 80.

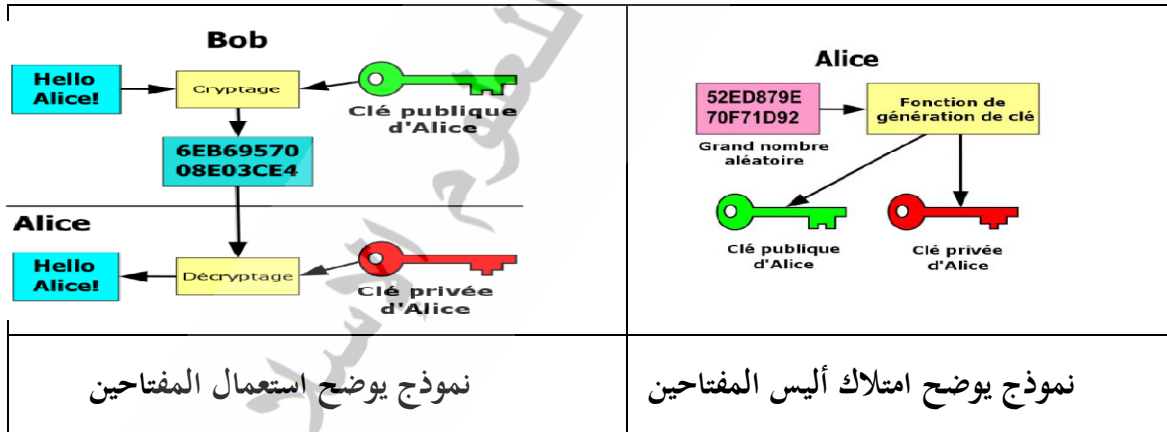
(2) - انظر: علي سيد قاسم: بعض الجوانب القانونية للتوقيع الإلكتروني، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ع 72، 2002، ص 13.

(3) - انظر: محمد فواز المطالقة: الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 163-164، رأفت رضوان: عالم التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 85، باسيل يوسف: الاعتراف القانوني بالمستندات والتوقيعات الإلكترونية في التشريعات المقارنة، مرجع سابق، ص 25، علي سيد قاسم: بعض الجوانب القانونية للتوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص 13.

والإنترنت بصفة خاصة، سببا في البحث عن بديل يحقق هذه الغاية، ومن تم توصل علماء التقنية إلى نظام آخر للتشفير هو التشفير غير المتماثل.

ويقوم هذا النظام على استخدام نوعين من المفاتيح بدل استخدام نوع واحد في النظام السابق، ويسمى المفتاح الأول بالمفتاح العام أو العمومي (clé publique)، والمفتاح الثاني المفتاح الخاص (clé privée). على أن تربط بين هذين المفتاحين علاقة رياضية متينة دون أن يعني ذلك إمكانية استنتاج أحدهما من معرفة الآخر كما أشرنا عند تناولنا للتوقيع الرقمي.

وتقوم آلية هذا النوع من التشفير على أن المفتاح الخاص يكون معروفا لدى جهة واحدة أو شخص واحد فقط وهو المرسل، أما المفتاح العام فيكون معروفا لدى أكثر من شخص أو جهة. ويستطيع المفتاح العام فك شفرة الرسالة التي تم تشفيرها بالمفتاح الخاص، ويمكن استخدامه أيضا لتشفير الرسائل المرسلة لمالك المفتاح الخاص، دون أن يكون بالإمكان استخدام المفتاح العام لفك شفرة رسالة مشفرة عن طريقه، بمعنى أن مالك المفتاح الخاص هو الوحيد القادر على فك شفرة الرسائل المشفرة بالمفتاح العام⁽¹⁾. ويمكن أن نوضح آلية التشفير من خلال نموذج يبين استعمال شخصين (أليس) و(بوب) للتشفير غير المتماثل لتشفير المعاملات المبرمة بينهما⁽²⁾:



ومن البرامج الشائعة في هذا النوع من التشفير برنامج (PGP) وهو اختصار لـ (Pretty Good Privacy) الذي صممه الأمريكي "Phil Zimmerman" عام 1991، وهو برنامج يتميز بدرجة

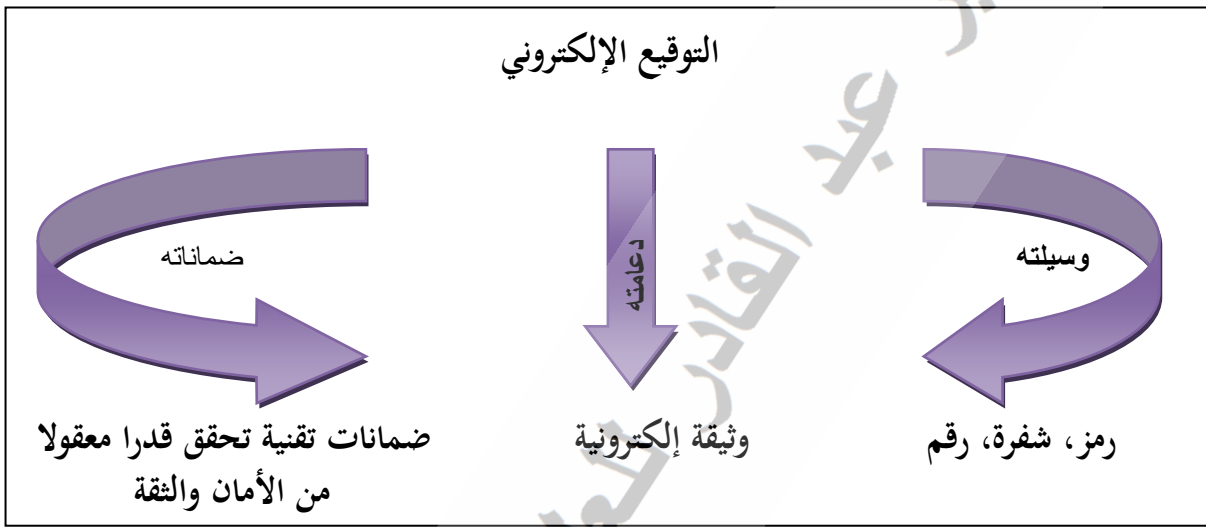
⁽¹⁾ -انظر: فواز المطالقة: الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص165.

⁽²⁾ -Kolb Romain : Signature électronique, GALLIS Ingenierie, 31/10/2008, p4-5, Etude publié sur le site : <http://www.calais-conseil.com> 03/04/2015 à 11h 38m.

عالية من الأمان والدقة حتى أن هناك من يعتبره برنامج يكاد يستحيل خرقه⁽¹⁾.

ونظرا لنجاعة التشفير غير المتماثل في تحقيق حماية البيانات المتداولة عبر شبكة الإنترنت بصفة خاصة، فقد تم استعماله في التوقيع الإلكتروني، فظهر التوقيع الإلكتروني الرقمي الذي رأينا أنه يبني على مفتاحين عام وخاص بمعنى أنه يعتمد على تقنية التشفير غير المتماثل ولعل هذا ما جعله أكثر أنواع التوقيع الإلكتروني استخداما كما قدمنا.

وعليه ترى الباحثة أنه يمكن تصور التوقيع الإلكتروني بكل تفاصيله المشار إليها في هذا المطلب مختصرا في النموذج الآتي:



نموذج خاص يوضح التوقيع الإلكتروني

على أن ما تجدر الإشارة إليه هنا، هو أنه على الرغم من وجود ضمانات تقنية على درجة عالية من الثقة والأمان يمكن أن تحقق مصداقية التوقيع الإلكتروني ومن ثم مصداقية المحرر الإلكتروني الذي يوجد عليه هذا التوقيع، والتي كان أهمها التشفير غير المتماثل الذي وضحنا آلية عمله وأعطينا نموذجا تطبيقيا له، قيل أن إمكانية اختراقه تكاد تكون مستحيلة، إلا أن هذا لا يعني أن هذا النوع من التشفير يخلو من الصعوبات، ذلك أن الواقع العملي بين أن هناك العديد من الإشكالات التي تواجهه والتي تتمثل أساسا في: ما يضمن أن المفتاح العمومي يعود فعلا إلى المستخدم الحائز على المفتاح الخاص؟ إضافة إلى الصعوبات المتعلقة بالتأكد من أهلية الموقع، وإرادته، وخلو المعاملة من الاحتيال....

وقد حاولت التشريعات المنظمة للتوقيع الإلكتروني إيجاد حل لهذه المشاكل العملية من خلال

(1) - باسيل يوسف: الاعتراف القانوني بالمستندات والتوقيعات الإلكترونية في التشريعات المقارنة، مرجع سابق، ص 25.

إيجاد طرف ثالث محايد يقوم بالمصادقة على هوية الحائزين على المفاتيح المستعملة في عملية التشفير، وسلامة المعاملة وتوافر الرضا ويقوم حتى بتسليم مفاتيح التشفير ويكون ذلك من خلال إصدار شهادة إلكترونية تستعمل عند الاقتضاء وهو ما سنتناوله من خلال المطلب الموالي.

المطلب الثاني: المصادقة الإلكترونية

إن سعي التشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية من جهة، والمنظمة للتوقيعات الإلكترونية من جهة أخرى، وراء تحقيق المناظرة ومن ثم المساواة بين المحررات والتوقيعات الإلكترونية والمحررات والتوقيعات التقليدية، جعلها تقرر مجموعة من الإجراءات والوسائل التي من شأنها المساعدة على تحقيق هذه الغاية، وكان من بين هذه الإجراءات "المصادقة الإلكترونية" والتي «تعتبر وسيلة فنية آمنة للتحقق من صحة التوقيع أو المحرر، حيث تتم نسبته إلى شخص أو كيان معين عبر جهة موثوق بها أو طرف محايد يطلق عليه مقدم خدمات التصديق أو مورد خدمات التوثيق»⁽¹⁾.

وستحاول الباحثة بيان هذه الوسيلة من خلال هذا المطلب، حيث سنتناول جهات المصادقة الإلكترونية (وهذا في فرع أول)، ثم سنتناول شهادات المصادقة الإلكترونية (وهذا في فرع ثان).

الفرع الأول: جهات المصادقة الإلكترونية

جهات المصادقة الإلكترونية هي الجهات المختصة بإصدار شهادات المصادقة الإلكترونية التي من شأنها تحقيق الثقة والأمان في المعاملات الإلكترونية. لأن هذه المعاملات وكما أشرنا منذ بداية هذه الأطروحة تتميز بطابع خاص، لكونها تتم بين أطراف متباعدة لا يعرف بعضهم بعضاً، وقد لا يمكن أن تتحقق لهم حتى إمكانية اللقاء فيما بينهم في أي مرحلة من مراحل إبرام المعاملة، مما يستلزم توفير مجموعة من الضمانات التي تساعد على تحديد هوية هؤلاء المتعاملين وأهليتهم، وصحة إرادتهم، إضافة إلى التأكد من طبيعة المعاملة ومضمونها.

فجهات المصادقة الإلكترونية إذن، وجدت من أجل تحقيق هذه الضمانات، لذلك تم تعريفها بأنها: عبارة عن هيئات أو جهات عامة أو خاصة، تصدر شهادات إلكترونية وظيفتها التعريف بالشخص الذي يحملها وأهليته، وتصادق على توقيعه الإلكتروني وعلى الصفقات التي يجريها عبر الإنترنت⁽²⁾، أو هي: جهة أو منظمة عامة أو خاصة مستقلة محايدة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين

(1) محمد حسين منصور: الإثبات التقليدي والإلكتروني، ط1، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2006، ص289.

(2) -انظر: باسيل يوسف: الاعتراف القانوني بالمستندات والتوقيعات الإلكترونية في التشريعات المقارنة، مرجع سابق، ص26.

لتوثيق تعاملاتهم الإلكترونية بإصدار شهادات إلكترونية⁽¹⁾.

وقد عرفها التوجيه الأوروبي رقم CE/93/1999 المتعلق بالإطار المشترك للتوقيعات الإلكترونية بموجب المادة 11/2 بأنها: «كيان أو شخص طبيعي أو معنوي يقدم شهادات أو يؤدي خدمات أخرى مرتبطة بالتوقيعات الإلكترونية»⁽²⁾، وعرفها قانون الأونسترال النموذجي المتعلق بالتوقيعات الإلكترونية الصادر عن لجنة القانون التجاري لهيئة القانون التجاري سنة 2001 بموجب المادة 2/هـ التي جاء فيها: «مقدم خدمات تصديق يعني شخصا يصدر الشهادات ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الإلكترونية»⁽³⁾.

أما المشرع الجزائري فنجد أنه قد عرف جهات التصديق بموجب المادة 2⁽⁴⁾ من القانون 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، غير أنه فرق بين الطرف الثالث الموثوق الذي عرفه في الفقرة 11 من هذه المادة بأنه: «شخص معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى متعلقة بالتصديق الإلكتروني لفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي»، ومؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الذي عرفه في الفقرة 12 من ذات المادة بأنه: «شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني»، وهو بهذا يكون قد خص الطرف الثالث الموثوق بالخدمات المتعلقة بالتصديق الإلكتروني لفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي الذين عرفهم بموجب الفقرة 13 من المادة 02 ذاتها بأنهم: «المؤسسات والإدارات العمومية والهيئات العمومية المحددة في التشريع المعمول به، والمؤسسات الوطنية والمتدخلون في المبادلات ما بين البنوك، وكذا كل شخص أو كيان ينتمي إلى الفرع الحكومي بحكم طبيعته أو مهامه». وما عدا هذه الفئة، فهو خاضع لسلطة مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني.

والملاحظ بالنسبة لهذه التعريفات هو أنها تجمع على أن هيئات أو جهات التصديق، هي هيئات مستقلة محايدة قد تكون أشخاصا طبيعية، أو أشخاصا معنوية، وقد تكون هيئات عامة منشأة بتدخل

(1) -انظر: سعيد السيد قنديل: التوقيع الإلكتروني ماهيته، صورته، حقيقته في الإثبات بين التدويل والاقْتباس، ط1، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004م، ص75-76، إيمان مأمون أحمد سليمان: إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، مرجع سابق، ص309.

(2) -«prestataire de service de certification: toute entité ou personne physique ou morale qui délivre des certificats ou fournit d'autres services liés aux signatures électroniques»; J.O des communautés européennes, 19.1.2000, L13, p14.

(3) -الأمم المتحدة: قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية مع دليل الاشتراع 2001، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك 2002، رقم المبيع A.02.V8، ص02.

(4) -ج.ر، ع06، السنة52، مرجع سابق، ص07.

من الدولة، أو هيئات خاصة، تقوم بتوثيق المعاملات الإلكترونية بطلب من أطرافها.

ويمكن تلخيص المهام التي يمكن لجهات التصديق تأديتها في الآتي⁽¹⁾:

1-التحقق من هوية الشخص الموقع والذي يعد التزام رئيس لهذه الجهات، حيث تقوم بإصدار شهادة توثيق إلكترونية تصادق بموجبها على التوقيع الإلكتروني أي أنها تشهد على صحة التوقيع ونسبته إلى من صدر عنه، وما يستتبع هذا الالتزام الرئيس من تحديد للأهلية القانونية للتعامل والتعاقد لأطراف المعاملة الإلكترونية، إضافة إلى التحقق من مضمون هذا التعامل وسلامته، وبعده عن الغش والاحتيال، كتعقب المواقع التجارية على شبكة الإنترنت للتحري عن جديتها ومصداقيتها، وإذا ثبت لها عدم أمن أحد تلك المواقع فإنها تقوم بتحذير المتعاملين مع ذلك الموقع، من خلال توجيه رسائل توضح فيها عدم مصداقية ذلك الموقع.

2-إصدار التوقيع الرقمي، وشهادة توثيق هذا التوقيع التي تشهد بمقتضاها على صحة التوقيع ونسبته إلى من صدر عنه، كما تتولى إصدار المفاتيح المتعلقة بالشفير، سواء تعلق الأمر بالمفاتيح الخاصة أو المفاتيح العامة، وبالتالي تضمن هذه الجهات الصلة بين مفتاح خاص ومفتاح عام، كما تقوم بنقل المفتاح الخاص وتوقيعه الإلكتروني بطريقة موثوقة دون الاحتفاظ بصورة عن التوقيع ومفتاحه الخاص.

3-مسك سجلات إلكترونية خاصة بالتوقيعات الإلكترونية توضح فيها ما هو قائم منها، وما ألغى أو أبطل، وما تم إيقافه وتعليق العمل به.

وحتى تؤدي جهات التوثيق المهام المبينة أعلاه، فإنه يجب عليها الاستجابة لجملة من الشروط، منها ما ورد في القانون الجزائري رقم 04-15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، حيث جاء في المادة 33 من هذا القانون: «يخضع نشاط تأدية خدمات التصديق الإلكتروني إلى ترخيص تمنحه السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني»، وجاء في المادة 34 من القانون ذاته: «يجب على كل طالب ترخيص لتأدية خدمة التصديق الإلكتروني أن يستوفي الشروط الآتية: - أن يكون خاضعا للقانون الجزائري للشخص المعنوي أو الجنسية الجزائري للشخص الطبيعي، - أن يتمتع بقدر مالية كافية، - أن يتمتع بمؤهلات وخبرة ثابتة في ميدان تكنولوجيات الإعلام والاتصال للشخص الطبيعي أو المسير للشخص المعنوي، - أن لا يكون قد سبق الحكم عليه في جناية أو جنحة تتنافى مع

⁽¹⁾-انظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 177-182، عبد الفتاح بيومي حجازي: التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، مرجع سابق، ص 134، إيمان مأمون أحمد سليمان: إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، مرجع سابق، ص 314.

نشاط تأدية خدمات التصديق الإلكتروني».

فمن خلال هذين النصين نلاحظ أن المشرع الجزائري قد اشترط في مقدم الخدمات:

1- الحصول على ترخيص من قبل السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني: وقد تمت الإشارة في القانون ذاته إلى أن هذه السلطة تعين من قبل السلطة المكلفة بضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية (المادة 29)، كما حددت مهامها بموجب المادة 30، وهي مهام كثيرة نذكر منها: منح التراخيص لمؤدبي خدمات التصديق الإلكتروني بعد موافقة السلطة، اتخاذ التدابير اللازمة لضمان استمرارية الخدمات في حالة عجز مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني عن تقديم خدماته.

وعليه يمكن القول أن المشرع الجزائري قد أحسن حين جعل جهات التصديق خاضعة لرقابة الدولة، ذلك أن اشتراط الترخيص يضيف نوع من الثقة والأمان على عمل هذه الجهات، ويؤدي إلى التحقق من توافر الشروط التي تجعل جهة التصديق جديرة بممارستها لهذا العمل ويؤدي بالتالي إلى تخفيف فرص الاحتيال في عمل هذه الجهات، كما أنه أحسن أيضا عندما جعل من بين مهام السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني اتخاذ التدابير اللازمة لضمان استمرارية الخدمات في حالة عجز مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، لأنه بهذا يقلل من فرص تعرض مصالح المتعاملين المتوقفة على إصدار شهادات من قبل جهات التصديق للتعطيل قليلة، وهذا له قدر كبير من الأهمية في المجال التجاري وبصفة خاصة في المعاملات التجارية الإلكترونية لتمييزها أساسا بالسرعة وعدم إمكانية تجاوز المواعيد المحددة آليا.

2- الخضوع للقانون الجزائري في حالة الشخص المعنوي والتمتع بالجنسية الجزائرية في حالة الشخص الطبيعي: وهذا معناه أن المشرع الجزائري لا يرخص لغير الجزائريين، ولا للأشخاص المعنوية الخاضعة لقانون أجنبي بتأدية خدمات التصديق الإلكتروني على التراب الجزائري، وهذا يجعلنا نتساءل عن مدى قبوله لشهادات التصديق الأجنبية؟

3- أن يتمتع بقدرة مالية كافية: أي أن المركز المالي للشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يريد تأدية خدمات التصديق الإلكتروني له اعتبار في التشريع الجزائري، ولعل الأمر الذي جعل المشرع الجزائري يأخذ الجانب المالي بعين الاعتبار هو أن خدمات التصديق الإلكتروني تعتمد على تقنيات تكنولوجية دقيقة، كما أن هذه التقنيات في تطور مستمر ومتلاحق وعلى جهة التصديق مواكبة هذه التطورات حتى تضمن تأدية خدماتها بدرجة عالية من الكفاءة، وهذا الأمر يعد مكلفا جدا خاصة وأنا نعتبر من الدول المستوردة للتكنولوجيا وليس من الدول المنتجة لها.

4- أن يتمتع الشخص الطبيعي أو مسير الشخص المعنوي الذي يريد تأدية خدمة التصديق الإلكتروني بمؤهلات وخبرة ثابتة في ميدان تكنولوجيات الإعلام والاتصال: وهذا الشرط يعتبر من الشروط المتعلقة بالكفاءة المهنية لجهات التصديق، حيث اشترط المشرع الجزائري خبرة ثابتة في هذا الميدان، بمعنى أنه على من يقدم طلبا لمنحه ترخيصا لتأدية هذه الخدمات أن يقدم ما يثبت الخبرة اللازمة التي تؤهله لتأدية هذه المهمة خاصة وأنها كما قدمنا تعتمد على تقنيات متطورة في مجال تكنولوجيات الإعلام والاتصال، مما يستلزم دراية وتخصصا. وهو محق باشرطه لمثل هذا الشرط لأنه عليه أن يضمن كفاءة عالية في أداء هذه المهام حتى يجوز على ثقة المتعاملين في المجال التجاري ويشجعهم على خوض مجال التعاملات الإلكترونية.

5- أن لا يكون مقدم طلب الترخيص قد سبق الحكم عليه في جنابة أو جنحة تتنافى مع نشاط تأدية خدمات التصديق الإلكتروني: أي أن لا يكون قد ارتكب جريمة تزوير أو احتيال إلكتروني مثلا، وهذا الشرط هو بمثابة حرص من المشرع على البيانات والمعلومات الشخصية للمتعاملين في هذا المجال والذين يستوجب عليهم وضع ثقتهم الكاملة في جهة التصديق وتسليمها كل ما تتطلبه الخدمة التي تؤديها لهم من معلومات خاصة.

زيادة على هذه الشروط فإنه يقع على عاتق جهات التصديق، الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات وأسرار الحياة الخاصة للمتعاملين معها⁽¹⁾، وأن أي إخلال بأحد الالتزامات الواقعة على عاتقها يعرضها للمسؤولية⁽²⁾.

أخيرا يمكن القول أن جهات التصديق الإلكتروني التي تعد بمثابة جهة توثيق يشبهها البعض بما يقوم به الموثق في المعاملات التقليدية أو الورقية مع بعض الفروق التي لا يتسع المجال لتناولها، على الرغم من المهام المتعددة التي تؤديها، إلا أن أهم تلك المهام كما قدمنا، هو إصدار "شهادة التصديق الإلكترونية" التي ستكون موضوع الفرع الموالي.

الفرع الثاني: شهادات التصديق الإلكتروني

شهادات المصادقة الإلكترونية هي الشهادات التي تصدرها جهات التوثيق، المرخص لها من قبل الجهات المسؤولة في الدولة، لتشهد بأن التوقيع الإلكتروني هو توقيع صحيح ينسب إلى من أصدره،

⁽¹⁾ - فقد نص المشرع الجزائري في المادة 42 من القانون المذكور أعلاه على أنه: «يجب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الحفاظ على سرية البيانات والمعلومات المتعلقة بشهادات التصديق الإلكتروني الممنوحة».

⁽²⁾ - وهو ما تضمنته المادتين 53 و54 من القانون السابق. تراجع: ج.ر، ع06، السنة 52، مرجع سابق، ص13.

ويستوفي الشروط والضوابط المطلوبة فيه باعتباره دليل إثبات يعول عليه⁽¹⁾.

وقد عرفت المادة 2/ب من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001 بأنها: «رسالة بيانات أو سجلا آخر يؤكدان الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع»⁽²⁾.

أما التوجيه الأوروبي رقم CE/93/1999 المتعلق بالإطار المشترك للتوقيعات الإلكترونية فقد ميز بين نوعين من الشهادات الإلكترونية الصادرة عن جهات التصديق الإلكتروني: شهادة إلكترونية بسيطة ترتبط بمعطيات ومعلومات متعلقة بالتحقق من توقيع شخص معين وتؤكد هوية هذا الشخص⁽³⁾، وشهادة إلكترونية موصوفة هي الشهادة التي تلي المتطلبات الواردة في الملحق الأول من هذا التوجيه والتي قدمت من قبل مقدم خدمات تصديق يلي المتطلبات الواردة في الملحق الثاني⁽⁴⁾. وهو ما تبناه المشرع الجزائري أيضا الذي عرف شهادة التصديق الإلكتروني بموجب المادة 7/2 من القانون 04-15-04 بأنها: «وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع»، ثم أشار إلى شهادة التوثيق الإلكتروني الموصوفة بموجب المادة 15 من القانون ذاته، مما يعني أن المشرع الجزائري يميز بين نوعين من شهادات التصديق الإلكتروني كما هو الشأن بالنسبة للتوجيه الأوروبي.

فمن خلال هذه التعريفات نستنتج أن الهدف من إصدار شهادات التصديق الإلكتروني هو تأكيد نسبة التوقيع الإلكتروني ومن ثم المحرر الإلكتروني إلى من صدر عنه، وأن توقيعه هذا توقيع صحيح، كما تؤكد هذه الشهادات أن البيانات التي وقعها الموقع صحيحة وخالية من أي تلاعب أو تغيير، بمعنى أنها تصبح بيانات موثقة لا يمكن إنكارها، حيث يتم التحقق منها عن طريق تقنيات وأنظمة معلوماتية آمنة تجعل من الشهادة المقدمة سبيلا لتعزيز الثقة لدى المتعاملين⁽⁵⁾.

وحتى تحقق شهادات التصديق الإلكتروني الهدف من إصدارها، يجب أن تتضمن بيانات معينة حددها المشرع الجزائري بموجب المادة 3/15 من القانون 04-15 التي جاء فيها:

«يجب أن تتضمن (شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة) على الخصوص: أ-إشارة تدل على أنه

(1) - إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 183.

(2) - الأمم المتحدة: قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية مع دليل الاشتراع، مرجع سابق، ص 02.

(3) - L'article 1/9 : «certificat : une attestation électronique qui lie des données afférentes à la vérification de signature à une personne et confirme l'identité de cette personne;»

(4) - L'article 1/10: «certificat qualifié, un certificat qui satisfait aux exigences visées à l'annexe I et qui est fourni par un prestataire de service de certification satisfaisant aux exigences visées à l'annexe II; »

(5) - انظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 183.

تم منح هذه الشهادة على أساس أنها شهادة تصديق إلكتروني موصوفة؛ ب- تحديد هوية الطرف الثالث الموثوق أو مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المرخص له المصدر لشهادة التوثيق الإلكتروني وكذا البلد الذي يقيم فيه؛ ج- اسم الموقع أو الاسم المستعار الذي يسمح بتحديد هويته؛ د- إمكانية إدراج صفة خاصة للموقع عند الاقتضاء، وذلك حسب الغرض من استعمال شهادة التصديق الإلكتروني؛ هـ- بيانات تتعلق بالتحقق من التوقيع الإلكتروني، وتكون موافقة لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني؛ و- الإشارة إلى بداية ونهاية مدة صلاحية شهادة التصديق الإلكتروني؛ ز- رمز تعريف شهادة التصديق الإلكتروني؛ ط- التوقيع الإلكتروني الموصوف لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أو الطرف الثالث الموثوق الذي يمنح شهادة التوثيق الإلكتروني؛ د- حدود استعمال شهادة التوثيق الإلكتروني عند الاقتضاء؛ ي- حدود قيمة المعاملات التي قد تستعمل من أجلها شهادة التصديق الإلكتروني، عند الاقتضاء؛ ك- الإشارة إلى الوثيقة التي تثبت تمثيل شخص طبيعي أو معنوي آخر، عند الاقتضاء».

فهذه البيانات تعد ضرورية في شهادة التصديق الإلكتروني المعتمد بها أمام القانون الجزائري⁽¹⁾، كما أن الطرف الثالث الموثوق أو مقدم خدمات التصديق الإلكتروني يكون مسؤولاً عن الأضرار التي قد تنتج عن عدم صحة هذه البيانات أو الإخلال بها، أو عدم إلغاء الشهادة وقت وجوب الإلغاء⁽²⁾. ونظراً لعدم صدور مراسيم تنفيذية توضح الشكل النهائي لشهادة التصديق، إضافة لعدم انطلاق العمل بهذه الشهادة بشكل فعلي في الجزائر فقد اكتفت الباحثة بإيراد نموذج لشهادة التصديق الصادرة عن الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية للجمهورية التونسية⁽³⁾.

وقد أعطى المشرع الجزائري للطرف الثالث الموثوق أو مقدم خدمات التصديق الإلكتروني الحق في وضع بعض القيود على استعمال شهادات التصديق الإلكتروني التي يمنحها كأن يشير في الشهادة التي يقدمها إلى الحدود المفروضة على استعمالها، أو إلى الحد الأقصى لقيمة المعاملات التي يمكن أن تستعمل فيها هذه الشهادة، وهذا كله بشرط أن تكون هذه القيود مفهومة لدى الغير⁽⁴⁾، وهي ذات القيود التي أوردها

⁽¹⁾ - وهذه البيانات التي نص المشرع الجزائري على وجوب توافرها في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة لا تختلف كثيراً عن البيانات التي تطلبها التوجيه الأوروبي المتعلق بالإطار التشريعي للتوقيعات الإلكترونية في ملحقه الأول، والتي ذكرها الدليل التشريعي لقانون اليونسسترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية، والتي بينها المادة 20 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري، والمادة 3/24 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي.

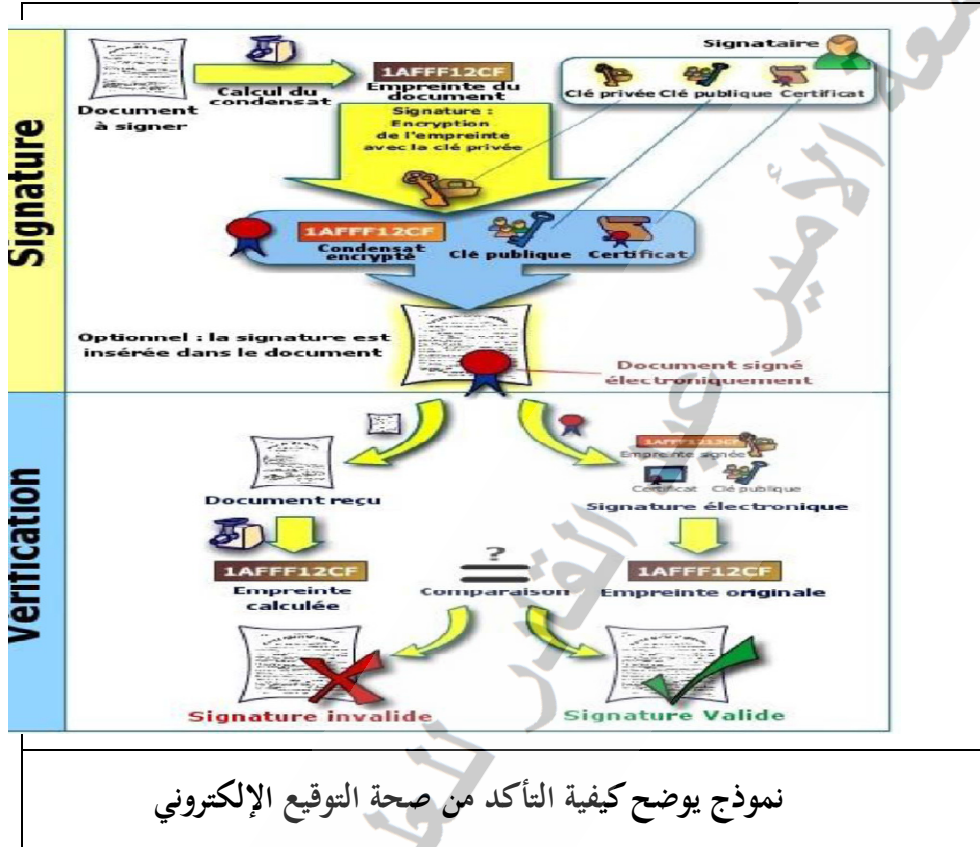
⁽²⁾ - انظر: المادة 53-54 من القانون رقم 15-04، ج.ر، ع06، السنة52، مرجع سابق، ص13.

⁽³⁾ - انظر: الملحق رقم 03، ص من هذه الأطروحة.

⁽⁴⁾ - انظر: نصي المادتين 55-56 من القانون رقم 15-04، ج.ر، ع06، السنة52، مرجع سابق، ص13-14.

التوجيه الأوروبي المتعلق بالإطار التشريعي للتوقيعات الإلكترونية في المادة 3/6-4⁽¹⁾.

وعليه يمكننا أن نبين كيف تتم عملية التأكد من صحة التوقيع الإلكتروني من قبل مقدم خدمات التصديق من خلال النموذج الآتي⁽²⁾:



غير أن ما تجدر الإشارة إليه هنا، هو أن شهادات التصديق الإلكتروني لا تكون خاصة فقط بتصديق التوقيع الإلكتروني، وإنما هناك شهادات أخرى تتنوع بحسب الهدف منها، ومن أمثلة ذلك⁽³⁾:

- شهادة "Digital time stamp" التي توثق تاريخ ووقت إصدار التوقيع الرقمي، حيث يقوم صاحب الرسالة بعد التوقيع عليها بإرسالها إلى جهة التوثيق التي تقوم بتسجيل التاريخ عليها وتوقعها من جهتها ثم تعيدها إلى مرسلها.

⁽¹⁾ - J.O des communautés européennes, 19.1.2000, L13, p16.

⁽²⁾ - Kolb Romain : Signature électronique, op.cit, p08.

⁽³⁾ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 186.

- شهادة الإذن "Authorizing certificate": ومقتضاها يتم تقديم بيانات إضافية عن صاحبها، مثل عمله، ومؤهلاته والترخيصات التي يملكها.

- شهادة البيان "Attesting certificate": والتي تفيد في بيان صحة واقعة معينة أو حدث ما ووقت وقوعه.

أخيرا نذكر أن جل التشريعات المتعلقة بالتوقيعات الإلكترونية أو حتى المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية قد أشارت إلى الاعتراف بشهادات التصديق الأجنبية، غير أنها لم تتفق بشأن شروط هذا الاعتراف وستحاول الإشارة إلى بعض هذه التشريعات على النحو الآتي بيانه:

- بالنسبة للتوجيه الأوروبي المتعلق بالإطار التشريعي للتوقيعات الإلكترونية، نجد أنه قد أشار إلى الاعتراف بالشهادات الصادرة عن مقدم خدمات تصديق إلكتروني أجنبي في المادة 1/7 منه، حيث نصت هذه المادة على ثلاث حالات يجوز فيهما هذا الاعتراف:

حالة توافر الشروط التي حددها هذا التوجيه في مقدم الخدمات الأجنبي بأن تم اعتماده وفقا لنظام توثيق اختياري معمول به ضمن إحدى دول المجموعة الأوروبية، وحالة كون شهادة التصديق الأجنبية مضمونة من قبل أحد مقدمي خدمات تصديق معتمد داخل المجموعة الأوروبية وتتوافر فيه الشروط التي يتطلبها هذا التوجيه، أما الحالة الثالثة فتتعلق بتطبيق اتفاقية ثنائية أو جماعية بين دول الاتحاد ودول ثالثة أو منظمات دولية⁽¹⁾.

- أما المشرع الجزائري فقد نص على الاعتراف بشهادات المصادقة الأجنبية في المادة 63 من القانون رقم 04-15 التي تنص على أن: «تكون لشهادات التصديق الإلكتروني التي يمنحها مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المقيم في بلد أجنبي، نفس قيمة الشهادات الممنوحة من طرف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المقيم في الجزائر، بشرط أن يكون مؤدي الخدمات الأجنبي هذا قد تصرف في إطار اتفاقية للاعتراف المتبادل أبرمتها السلطة»⁽²⁾. فالمشرع الجزائري رهن الاعتراف بوجود اتفاقية اعتراف متبادل، وهو ما ذهب إليه أيضا التشريع التونسي⁽³⁾.

⁽¹⁾ - J.O des communautés européennes, 19.1.2000, L13, p16.

⁽²⁾ - ج.ر، ع06، السنة52، مرجع سابق، ص14.

⁽³⁾ - انظر: الفصل 23 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

في حين نجد أن قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية قد ساوى بين شهادات التصديق الإلكتروني الصادرة داخل الدولة، وشهادات التصديق الإلكتروني بموجب نص في المادة 3-2/12⁽¹⁾.

⁽¹⁾ «2-2- يكون للشهادة التي تصدر خارج [الدولة المشترعة] المفعول القانوني نفسه في [الدولة المشترعة] الذي للشهادة التي تصدر في [الدولة المشترعة] إذا كانت تتيح مستوى مكافئاً جوهرياً من قابلية التعويل 3- يكون للتوقيع الإلكتروني الذي يُنشأ أو يُستخدم خارج [الدولة المشترعة] المفعول القانوني نفسه في [الدولة المشترعة] الذي للتوقيع الإلكتروني الذي يُنشأ أو يُستخدم في [الدولة المشترعة] إذا كان يتيح مستوى مكافئاً جوهرياً من قابلية التعويل». قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية مع دليل الاشتراع، مرجع سابق، ص 08.

الفصل الثاني:

القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية

المبحث الأول: تطبيق قواعد الإسناد الشخصية على عقود

التجارة الإلكترونية

المبحث الثاني: تطبيق قواعد الإسناد الموضوعية على عقود

التجارة الإلكترونية

المبحث الثالث: تطبيق قواعد الإسناد المادية على عقود

التجارة الإلكترونية

تمهيد:

ثبت مما تقدم أن عقود التجارة الإلكترونية تتسم في الغالب بالصفة الدولية، الأمر الذي يجعلها مرتبطة بأكثر من نظام قانوني في آن واحد، شأنها في ذلك شأن العقود التجارية الدولية بصفة عامة. وعليه فهي تثير ذات الإشكالات التي تثيرها هذه الأخيرة والتي يأتي على رأسها مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق عليها في حالة قيام أي نزاع بمناسبةها.

وقد حاول كل من الفقه والقضاء إيجاد حلول لمشكلة تنازع القوانين في العالم المادي، حيث ظهرت قواعد الإسناد التي من شأنها تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد محل النزاع، سواء أحدث ذلك النزاع في شكل العقد أم في موضوعه. غير أن السؤال الذي يطرح بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية هو هل يمكن إخضاع هذه العقود لذات قواعد الإسناد التي قررها الفقه والقضاء للعقود الدولية في العالم المادي؟ أم أن خصوصية هذه العقود المتأتية من الوسائل المتبعة في إبرامها والتي يأتي على رأسها الإنترنت - كما أسلفنا - يجعلها في حاجة إلى تنظيم خاص؟

لقد تعددت آراء الفقهاء في هذا الشأن بين قائل بأن عقود التجارة الإلكترونية لا تخرج عن القواعد العامة للعقود التقليدية ومن ثم فإنه يجب إخضاعها للقواعد العامة في تنازع القوانين والتي تنتهي باختيار قانون وطني لدولة ما ليطبق على العقد المتنازع فيه، وبين قائل بوجوب مراعاة خصوصية هذه العقود ومن ثمة إخضاعها إلى قانون خاص يتكون أساسا من العادات والأعراف السائدة في بيئة التجارة الإلكترونية، التي تعد بيئة مختلفة عن البيئة التقليدية، ذلك أن هذه الأخيرة تعرف بالعالم المادي بينما تعرف الأولى بالعالم اللامادي الذي تنقلب فيه الموازين وتمحى فيه الحدود الجغرافية منها والسياسية.

وعليه ستبين الباحثة هذه الآراء من خلال هذا الفصل حيث ستتناول تطبيق قواعد الإسناد الشخصية على عقود التجارة الإلكترونية (وهذا في مبحث أول)، ثم ستتناول تطبيق قواعد الإسناد الموضوعية على هذه العقود (وهذا في مبحث ثان)، وأخيرا ستبين تطبيق ما يعرف بالقواعد المادية عليها (وهذا في مبحث ثالث).

المبحث الأول: تطبيق قواعد الإسناد الشخصية على عقود

التجارة الإلكترونية

إن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، كانت محل اهتمام واسع على مستوى القانون الدولي الخاص، حيث عكف الباحثون في هذا المجال على إيجاد حلول من شأنها الحد من إشكالية تنازع القوانين في هذا النوع من العقود، التي ترتبط بأكثر من دولة في آن واحد، وتمثلت هذه الحلول فيما يعرف بقواعد الإسناد التي من شأنها تمكين القاضي من تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد محل النزاع المطروح عليه.

وقد تم تقسيم قواعد الإسناد هذه إلى قواعد موضوعية وأخرى شخصية، هذه الأخيرة التي تتمثل أساساً فيما يعرف بقانون الإرادة أو مبدأ سلطان الإرادة، الذي بدأ العمل به وتطبيقه بداية من أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، الأمر الذي يجعل التساؤل مطروح عن مدى إمكانية تطبيق هذا المبدأ في مجال عقود التجارة الإلكترونية، التي تصنف في طائفة العقود التجارية الدولية من جهة، وتعتبر من تداعيات ثورة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات من جهة ثانية؟

وستجيب الباحثة عن هذا التساؤل من خلال هذا المبحث، حيث سنتناول أعمال هذا المبدأ في عقود التجارة الإلكترونية (وهذا في مطلب أول)، ثم سنتناول القيود الواردة عليه في هذه العقود (وهذا في مطلب ثان).

المطلب الأول: أعمال مبدأ قانون الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية

حتى تتضح كيفية أعمال قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية، ينبغي على الباحثة بيان مفهوم قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية (وهذا في فرع أول)، ثم بيان كيفية تحديد إرادة الطرفين في هذه العقود (وهذا في فرع ثان).

الفرع الأول: مفهوم قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية

قبل بيان المقصود بقانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية، ينبغي بيان المقصود بقانون الإرادة في مجال العقود الدولية بوجه عام، مع الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي من هذا المبدأ (أولاً)، ثم تحديد المقصود بهذا المبدأ في مجال عقود التجارة الإلكترونية (ثانياً).

أولاً: المقصود بقانون الإرادة في مجال العقود الدولية وموقف الفقه الإسلامي منه

إن مسألة تنازع القوانين في العقود الدولية بصفة عامة والعقود التجارية الدولية بصفة خاصة تعتبر من المسائل المهمة في مجال القانون الدولي الخاص⁽¹⁾، وقد حاول الفقهاء معالجتها عن طريق إعمال ما يعرف "بقواعد الإسناد"⁽²⁾، هذه القواعد التي قدمنا أنها تقسم إلى قواعد موضوعية وأخرى شخصية، وتمثل هذه الأخيرة أساساً في قانون الإرادة، هذا المبدأ الذي ستتناوله الباحثة بالدراسة من حيث بيان مفهومه، ثم بيان موقف الفقه الإسلامي منه، حسب التفصيل الآتي:

1- مفهوم مبدأ قانون الإرادة:

يمكن تحديد مفهوم هذا المبدأ من خلال تعريفه، ثم بيان نشأته وتطوره، وأخيراً بيان الاعتراف به على مستوى كل من: الاتفاقيات والمواثيق الدولية، القوانين النموذجية، والتشريعات الوطنية على النحو الآتي بيانه:

أ- تعريف قانون أو مبدأ سلطان الإرادة (L'Autonomie de la volonté):

"قانون الإرادة" هو مبدأ من المبادئ التي استقر العمل بها في مجال القانون الدولي الخاص⁽³⁾،

⁽¹⁾ -القانون الدولي الخاص: اختلف الفقهاء في تعريف القانون الدولي الخاص تبعاً لاختلافهم في تحديد المسائل التي تدخل في نطاقه والتي يرى الرأي الغالب في الفقه أنها لا تخرج عن ستة مواضيع وهي: تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي، حالة الأجنبي، الجنسية، الموطن، وتنفيذ الأحكام الأجنبية. ومن التعريفات البسيطة والمعبرة عن مدلول القانون الدولي الخاص نذكر: «Le droit international privé est: le droit spécial applicable aux personnes privées impliquées dans des relations juridiques internationales». Mayer Pierre, Henze Vincent : Droit international privé, 7em édition, Paris, édition Montchrestien, 2001, p02, n°2.

⁽²⁾ -قواعد الإسناد: عبارة عن قواعد قانونية يضعها المشرع الوطني بهدف إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي. وتتركب قاعدة الإسناد من ثلاث عناصر الفئة المسندة أو ما يسند، وضابط الإسناد. ثم القانون المسند إليه. والفئة المسندة: عبارة عن مجموعة من المسائل القانونية المتشابهة أو المتقاربة التي وضع لها المشرع ضابطاً خاصاً بها، يمكن من إسنادها إلى قانون معين، فالالتزامات التعاقدية أحضعتها المشرع لقانون الإرادة، فهي تشكل فئة مسندة تتضمن كل أنواع الالتزامات التي تنشأ عن العقود. أما ضابط الإسناد: فهو الأداة التي ربط بها المشرع بين الفئة المسندة والقانون المسند إليه. والقانون المسند إليه هو: القانون الذي يحكم العلاقة القانونية. انظر: عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، ط5، القاهرة، دار النهضة العربية، 1965م، 159/2، أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين، د.ط، د.ب، الزيتونة للإعلام والنشر، د.ت، ص69، وبالنسبة لعقود التجارة الدولية محل دراستنا تكون الفئة المسندة هي: الالتزامات التعاقدية، وضابط الإسناد هو قانون الإرادة (ضابط أصلي، وقانون بلد إبرام العقد أو تنفيذه...ضوابط احتياطية).

⁽³⁾ -خصصت الباحثة الحديث عن قانون الإرادة بمجال القانون الدولي الخاص، ذلك أن هذا القانون أو المبدأ مطبق أيضاً في القانون الداخلي، ومؤداه أن الأفراد أحرار في قبول أو رفض التعاقد تبعاً لما فيه مصلحة لهم، فلا يمكن إجبار أحد على التعاقد، كما لا يمكن حرمان أحد من مناقشة محتوى العقد المعروض عليه والشروط المدرجة فيه، فالأطراف أحرار في إبرام ما يشاءون من العقود، وهم أحرار =

ومفاده: أن لطرفي العقد الحق في الاتفاق على اختيار قانون معين ليكون واجب التطبيق على روابطهم العقدية ذات الطابع الدولي⁽¹⁾.

غير أن هذا المفهوم ليس معناه الاعتداد بإرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد في كل الروابط العقدية ذات الطابع الدولي، إذ هناك طائفة من العقود تستثنى من القاعدة العامة المتعلقة بإسناد العقود الدولية لقانون الإرادة، وتمثل هذه العقود في: عقود الأحوال الشخصية (كعقد الزواج)، عقود التصرفات القانونية، العقود الخاصة التي تبرمها الدول فيما بينها باعتبارها من أشخاص القانون الدولي العام⁽²⁾. من هنا تشير الباحثة إلى أن ما يهم هذه الأطروحة هو تطبيق قانون الإرادة في مجال العقود التجارية الدولية، لأنها العقود التي ترتبط بموضوع دراستنا الذي خصصناه بالمنازعات المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية.

كما أنه يجب التفريق بين الجانب الشكلي والجانب الموضوعي للعقد، فقد استقر أغلب فقهاء القانون الدولي الخاص على أن تطبيق قانون الإرادة بالمفهوم المتقدم، يقتصر على الجانب الموضوعي للعقد، أي أن قانون الإرادة ينطبق على تكوين العقد، والشروط الموضوعية لانعقاده (مثل التراضي والحل والسبب)، كما ينطبق أيضا على آثار العقد (سواء تعلق بالأشخاص أو بالموضوع) خاصة فيما يترتب من التزامات متبادلة بين أطرافه وجزاء مخالفة تلك الالتزامات. وتستبعد من تطبيق قانون الإرادة مسألتان تتعلقان بالأهلية وشكل العقد، فالأهلية وإن كانت شرطا لصحة التعاقد من حيث الموضوع، إلا أن الفقه الغالب قد اتجه مع ذلك إلى إخضاعها للقانون الشخصي للمتعاقد، سواء كان ذلك القانون هو قانون الجنسية أو قانون الموطن، وذلك على أساس أن الغرض الذي تهدف إليه أحكام الأهلية هو حماية الشخص نفسه، حتى لو كان التصرف المباشر من التصرفات المالية. أما شكل العقد، فقد استقر الاتجاه الغالب في الفقه على إسناد اختياريا لقانون العقد، أو لقانون الإبرام، وذلك تيسيرا على المتعاملين

=أيضا في تحديد مضمون هذه العقود وفي اختيار الشروط التي تلائمهم، كما لهم الحق في تحديد الالتزامات والحقوق المترتبة عن عقودهم تلك. انظر: صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص259، هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط2، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2001م، ص23. وعلى هذا الأساس ظهرت قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" التي تضمنتها حل النظم القانونية الداخلية، فقد تضمنتها مثلا المادة 106 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن: «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون» وهذه كلها تعتبر مبادئ متفرعة عن فكرة قانون الإرادة.

⁽¹⁾—Kamdem Innoent Fetze : L' autonomie de la volonté dans les contrats internationaux, les cahiers de droit, vol 40, n°3, 1999, p649, diffusé sur le site : <http://www.erudit.org>

⁽²⁾—انظر: علي علي سليمان: مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري لطلبة الفصلين الدراسيين السابع والثامن، د.ط، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000، ص117-118.

ورعاية للاعتبارات العملية التي تقتضيها التجارة الدولية⁽¹⁾. على أن هذه الدراسة ستقتصر على بيان القانون الواجب التطبيق على موضوع عقود التجارة الإلكترونية لا على شكلها، وإن كان هذا الأخير يطرح إشكالات إلا أنها تعتبر مسائل أقل أهمية بالنسبة للموضوع المدروس.

ب- التطور التاريخي لفكرة قانون الإرادة: إن فكرة الاعتداد بقانون الإرادة كقاعدة من قواعد تنازع القوانين استقر العمل بها في مجال العقود التجارية الدولية ذات العنصر الأجنبي، في كل من الفقه والقضاء والتشريع المقارن عقب تطور تاريخي طويل، حيث عرفتها مصر البلطمية مائتي عام قبل الميلاد، إذ كان للمتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، والذي يكون إما القانون البلطمي أو القانون المصري، ويستفاد اختياريهم من لغة تحرير العقد، فإن حرر باللغة الإغريقية كان القانون الواجب التطبيق هو القانون البلطمي، أما إن حرر باللغة المصرية يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون المصري⁽²⁾.

أما فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة والتي تعرف بمدرسة الأحوال الإيطالية⁽³⁾، فقد درجوا على إخضاع العقد إلى قانون محل الإبرام إن من حيث الشكل أو من حيث الموضوع، إلى غاية نهاية القرن الخامس عشر، أين ظهر الفقيه "Rochus curtius"⁽⁴⁾ الذي فسر قاعدة خضوع العقد في جانبه الموضوعي لقانون محل إبرامه، على أساس أن إرادة الأطراف الضمنية اتجهت إلى اختيار ذلك القانون

(1) - هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 16-19.

(2) - أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية- القانون الواجب التطبيق وإجراءاته)، ط 1، القاهرة دار النهضة العربية، 2000-2001، ص 158.

(3) - مدرسة الأحوال الإيطالية: تعتبر أولى المدارس الفقهية مساهمة في حل مشكلة تنازع القوانين، فبعد أن استقلت المدن الإيطالية، ازدهرت التجارة في كل منها، وتزايد التبادل التجاري فيما بينها، ومن ثم طرحت مشكلة المنازعات التي تقوم بين أفراد ينتمون إلى أكثر من مدينة، لأنه كان لك مدينة قوانين (أو أحوال) خاصة بها، وهي قوانين مختلفة المضمون ولا تشتمل على حلول موضوعية موحدة، من هنا اهتمت فقه الأحوال الإيطالي إلى حل التنازع السابق عن طريق اختيار قانون إحدى المدن التي تتراحم قوانينها لحل النزاع، مراعيًا في ذلك اعتبارات المنطق القانوني المجرد من ناحية، ومقتضيات التجارة والضرورات العملية من ناحية أخرى، وكان لهذا الفقه الفضل في ابتداء ما يسمى بالفئات المسندة، وإخضاع كل فئة منها لقانون معين، الأمر الذي أخذ به القانون الدولي الخاص الحديث على الرغم من أن التنازع الذي واجهه فقه الأحوال هو تنازع بين قوانين أحوال المدن المختلفة، أو بين هذه القوانين من جهة والقانون الروماني المشترك من جهة أخرى، أي أنه كان تنازع داخلي يدور في إطار العلاقات الناشئة في حدود الإمبراطورية الرومانية القديمة. انظر تفصيل المسألة في: هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين- الاختصاص القضائي الدولي"، ط 1، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية جورج عوض، د.ت، 33/2-35.

Henri Batiffol, Paul Lagarde : Droit international privé, 6^{em} édition, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence (L.G.D.J), 1974 , 1/15-16, n°15.

(4) - "Rochus curtius": فقيه إيطالي يعتبر آخر فقهاء المدرسة الإيطالية في العصور الوسطى. انظر:

Henri Batiffol, Paul Lagarde : Droit international privé, Op. cit, 1/284-285, n°216, 1/353, n°279.

ليطبق على عقدهم، وبهذا فقد بدت ملامح اتجاه الفقه الإيطالي في النهاية إلى إخضاع العقد لقانون الإرادة⁽¹⁾.

وفي بداية القرن السادس عشر ظهر الفقيه الفرنسي "Dumoulin"⁽²⁾ الذي كان له السبق في الإشارة لقاعدة إخضاع العقد لقانون الإرادة، وكان ذلك من خلال فتوى متعلقة بالنظام المالي للزوجين، حيث أخضع النظام المالي للزوجين في القضية المطروحة عليه لقانون موطن الزوجية الأول على اعتبار أن إرادتهما الضمنية اتجهت إلى اختيار ذلك القانون⁽³⁾.

وعلى الرغم من أنه هو أول من أشار إلى مبدأ قانون الإرادة، إلا أنه استخدمه كمجرد تبرير لاحق لإسناد سابق يتسم بالطابع الأمر الذي لا يسمح لإرادة المتعاقدين بتغييره، فالعقد في نهاية الأمر يخضع لدى "Dumoulin" لقانون بلد الإبرام كما هو الحال بالنسبة للمدرسة الإيطالية القديمة⁽⁴⁾.

وظل شرح القانون الدولي الخاص حتى منتصف القرن التاسع عشر يستخدمون فكرة سلطان قانون الإرادة كتبرير لحلول التنازع التقليدية (قانون بلد الإبرام أو التنفيذ)، إلى عهد الفقيه "Laurent"⁽⁵⁾ الذي يعتبر الأب الروحي لفقه قانون الإرادة في مجال العقود، حيث أكد أن إرادة الأطراف في هذا المجال هي التي تضع شروط العقد، وتختار القانون الذي يحكمه، ومن ثم لم يعد سلطان الإرادة مجرد تبرير لحل مسبق لتنازع القوانين في مجال العقود الدولية، بل أصبحت إرادة المتعاقدين -سواء أكانت صريحة أم ضمنية تكشف عنها ظروف العقد وملابساته- هي الحل ذاته. غير أن "Laurent" ومن عاصره من شرح القانون الدولي الخاص، كانوا يستخدمون اصطلاح إرادة المتعاقدين أو الأطراف "Autonomie des parties" للتعبير عن قدرة الإرادة على الاختيار⁽⁶⁾، أما مصطلح سلطان الإرادة

(1) -هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، 331/2، وص 34، صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 262.

(2) -"Dumoulin": هو (Charles Dumoulin) عاش في الفترة الممتدة ما بين (1500-1566م)، كان محامياً في برلمان باريس، ثم أستاذاً في جامعة "Tubingue" الألمانية، يعتبره بعض الكتاب امتداد لفقه المدرسة الإيطالية، غير أن البعض الآخر يراه أول ممثل للمدرسة الفرنسية، إذ أنه أول من أصل لتقسيم الأحوال إلى أحوال عينية، وأحوال شخصية في فرنسا. انظر:

Henri Batiffol, Paul Lagarde : Droit international privé, Op.cit, 1/288, n°220.

(3) -انظر تفصيل القضية في: هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، 331/2،

Pierre Mayer, Vincent Henze : Droit international privé, Op.cit, p43, n°61.

(4) -هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، 332/2.

(5) -"Laurent": فقيه بلجيكي شهير صاحب كتاب (le droit civil international) الذي نشر في نهاية القرن التاسع عشر في ثمانية أجزاء، خلال الفترة الممتدة بين سنتي 1880 و 1882.

(6) -انظر: هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 31، فقرة 18، Kamdem (I. F): L'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux, Op.cit, p648.

"Autonomie de la volonté" فلم يظهر إلا سنة 1883م⁽¹⁾.

واستمر مبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة في التطور أحيانا والأفول أحيانا أخرى، تبعا لآراء فقهاء القانون، وتطور الحرية الفردية والفكر الليبرالي، إلى أن استقر العمل به في أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، ومن ثم تبنته مجموعة كبيرة من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية.

ج- الاعتراف بالمبدأ في الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية والقوانين النموذجية:

1°- الاعتراف بالمبدأ في الاتفاقيات الدولية: تقدم أن مبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة، يعتبر من أهم وأقدم قواعد القانون الدولي الخاص، لذلك نجد أن عددا كبيرا من الاتفاقيات الدولية تبنته منذ زمن طويل، وتمثل لهذه الاتفاقيات بالآتي:

1°/1- اتفاقية لاهاي الخاصة بالبيع الدولية للمنقولات المادية لسنة 1955⁽²⁾: وقد نصت هذه الاتفاقية على المبدأ في مادتها 1/2 حيث جاء فيها: «يسري على البيع القانون الداخلي للبلد الذي تحدده إرادة الأطراف»⁽³⁾.

1°/2- اتفاقية لاهاي لسنة 1978 المتعلقة بالنيابة وعقود الوساطة⁽⁴⁾: وقد نصت هذه الاتفاقية على الاعتراف بقانون الإرادة بموجب مادتها 1/5 حيث جاء فيها: «يسري على روابط الوكالة

⁽¹⁾ - أول من استعمل المصطلح هو الأستاذ (Brocher) في كتابه "Cours de droit international privé" الذي نشر سنة 1883 أي بعد سنة من نشر كتاب "Laurent". انظر: هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ص35، فقرة 20.

⁽²⁾ - "convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels": الاتفاقية أبرمت بتاريخ 15 جوان 1955، ودخلت حيز التنفيذ بتاريخ: 1 سبتمبر 1964، وقد تم التوقيع على الاتفاقية من قبل مجموعة من الدول منها: بلجيكا، الدانمارك، فنلندا، فرنسا، إيطاليا، النرويج، السويد، سويسرا، إضافة إلى النيجر، انظر تفصيل الاتفاقية في:

Cahen, Murielle-Isabelle: La Formation des contrats de commerce électronique, septembre 1999, p16, Publié sur le site: <http://www.juscom.net/uni/mem/0/ce/pdf,la> dernière visite du site :13/07/2015.

أما النص الكامل للاتفاقية فهو متاح على الموقع. <http://www.hcch.net/f/conventions.index.html>.

⁽³⁾ - Article 2/1: «La vente est régie par la loi interne du pays désigné par les parties contractantes».

⁽⁴⁾ - Convention sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, Conclue le 14 mars 1978 .

أو النيابة بين الموكل والوكيل القانون الداخلي الذي تختاره الأطراف»⁽¹⁾.

1/3-اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لسنة 1980⁽²⁾: نصت هذه الاتفاقية على مبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة في مادتها 3 المعنونة بـ"حرية الاختيار" وذلك في الفقرة الأولى من هذه المادة والتي جاء فيها: «يسري على العقد القانون الذي اختاره الأطراف...»⁽³⁾. جدير بالذكر أن ما يميز هذه الاتفاقية هو أنها ذات صفة عالمية، هذه الصفة قررتها المادة الثانية منها إذ نصت على أن: «القانون المحدد من خلال هذه الاتفاقية يطبق حتى لو كان قانون دولة غير عضو فيها»⁽⁴⁾. وعليه فهذه الاتفاقية وإن كانت خاصة بدول المجموعة الأوروبية، إلا أنها قابلة للتطبيق في كل الحالات التي تتضمن تنازع قوانين⁽⁵⁾.

1/4-اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع المعروفة باتفاقية فيينا⁽⁶⁾: على الرغم من أن هذه الاتفاقية لم تشر صراحة إلى اعتماد المبدأ، إلا أنه يستفاد من خلال إشارات في موادها، فمثلا المادة 2/7 جاء فيها: «المسائل التي تتعلق بالموضوعات التي تتناولها هذه الاتفاقية والتي لم تحسمها نصوصها، يتم تنظيمها وفقا للمبادئ العامة التي أخذت بها الاتفاقية، وفي حالة عدم وجود هذه المبادئ، تسري أحكام القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص». ولما كان مبدأ قانون الإرادة هو قاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص، فهذا يعني أن الاتفاقية تعد به.

1/5-اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع

⁽¹⁾-Article 5/1: «La loi interne choisie par les parties régit le rapport de représentation entre le représenté et l'intermédiaire». www.hcch.net/f/conventions.index.html

⁽²⁾-convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980 (80/934/CEE), J.O.C.E, n°L 266 du 09/10/1980, p0001-0019.

⁽³⁾- Article 3/1:«Le contra test régie par la loi choisie par les parties...».

⁽⁴⁾- Article 2: «La loi désignée par la présente convention s'applique même si cette loi est celle d'un état non contractant».

⁽⁵⁾-**Gahazouani chiheb:** Le contrat de commerce électronique international, op.cit, p243.

⁽⁶⁾- convention sur les contrats de vente internationale de marchandises, dite convention de

Vienne: انعقدت هذه الاتفاقية في 11 أبريل 1980، وهي الاتفاقية رقم 1489 (R.T.N.U.3)، ودخلت حيز التطبيق، بداية من 01 جانفي 1988. نصوص الاتفاقية إضافة إلى مذكرة تفسيرية لأمانة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

الأونسترال، متاحة على موقع هذه الأخيرة: www.uncitral.org، الأمم المتحدة، نيويورك 2011.

1986⁽¹⁾: وقد تبنت هذه الاتفاقية قانون الإرادة في مادتها 1/7 التي جاء فيها: «يخضع عقد البيع الدولي للقانون الذي يختاره الطرفان...»⁽²⁾.

2°- الاعتراف بالمبدأ في التشريعات الوطنية: نظرا لأهمية مبدأ قانون الإرادة، فقد اعترفت به جل النظم القانونية الوطنية على مستوى العالم العربية منها والغربية، وأدرجته بشكل مباشر في نصوصها وتمثل لهذه التشريعات بالآتي:

2°/1- القانون الفرنسي: إن المتبع لمبدأ قانون الإرادة في فرنسا، يجد أن هذا المبدأ تم الاعتراف به على مستوى القضاء منذ زمن بعيد، يرجع إلى الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ: 1910/12/05 في قضية بـ "American Trading company Quebec Steamship company limited"، حيث اعترفت المحكمة بحق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم من خلال نصها القاضي بأن: «القانون الواجب التطبيق على العقود سواء فيما يتعلق بتكوينها، أو آثارها أو بالنسبة لشروطها، هو القانون الذي تتبناه الأطراف»⁽³⁾.

ومع هذا فإن التشريع الفرنسي لم يتضمن نصا صريحا ومباشرا يتضمن المبدأ، وبقي القضاء يعتمد على هذا الحكم إضافة إلى نص المادة 1134 من القانون المدني الذي يقضي بأن: «الاتفاقيات التي تعقد بشكل شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقيدها»⁽⁴⁾، ونصوص الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها فرنسا، وعلى رأس هذه الاتفاقيات اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لسنة 1980 -المشار إليها سابقا- والتي انضمت إليها فرنسا بموجب القرار رقم 242-91 الصادر في 28 فيفري 1991⁽⁵⁾ ودخلت حيز التنفيذ ابتداء من الفاتح أفريل 1991، حيث تعتبر بمثابة القانون الدولي الخاص الفرنسي للعقود⁽⁶⁾. وبقي الأمر على هذه الحال إلى حين صدور

⁽¹⁾-convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, conclu le 22 décembre 1986 à la Haye, la convention est disponible sur le site : <http://www.hcch.net/f/conventions.index.html>

⁽²⁾- Article 7/1: «La vente est régie par la loi choisie par les parties...».

⁽³⁾- «La loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée». Mayer P, Henzè V : le droit international privé, Op.cit, p469, n°692.

⁽⁴⁾-Article 1134 du code civil Français: «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont fait».

⁽⁵⁾- Décret n°91-242 du 28 février 1991 Portant Publication de la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ensemble un protocole et deux déclarations communes), signée à Rome le 19 juin 1980, journal officiel de la république Française, 03 Mars 1991, p3072 et s.

⁽⁶⁾- Mayer P, Henzè V : le droit international privé, Op.cit, p470, n°694.

القانون المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي الصادر في 21 جوان 2004 والذي تبنى في مادته 1/17⁽¹⁾ ما ورد في المادة 03 من اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على العقد⁽²⁾.

2/°2- القانون الكندي لإقليم كيبيك: اعترف التشريع الكندي لإقليم كيبيك بقانون الإرادة بموجب المادة 1/3111 من القانون المدني الذي دخل حيز التنفيذ ابتداء من الفاتح من يناير سنة 1994 حيث جاء فيها: «التصرف القانوني الذي ينطوي أو لا ينطوي على عنصر أجنبي يكون محكوماً بالقانون المحدد بوضوح في العقد، أو الذي يمكن تحديده بشكل مؤكد من أحكام العقد»⁽³⁾.

2/°3- القانون الجزائري: لقد أقر المشرع الجزائري مبدأ قانون الإرادة في نص المادة 18 من القانون المدني حيث جاء فيها: «يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من قبل المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد...»⁽⁴⁾، فمن خلال هذا النص كرس المشرع الجزائري مبدأ حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهما، غير أنه قيد هذه الحرية، بأن يكون للقانون المختار صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. على أن هذا التقييد ليس مبتدعاً من المشرع الجزائري إذ هناك تشريعات واتفاقيات كثيرة نحت هذا المنحى على ما سيتضح من الجزئيات اللاحقة. جدير بالذكر أن نص المادة 18 قبل التعديل ينص على أنه: «يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر»⁽⁵⁾، فهذا النص كان يكرس مبدأ قانون الإرادة دون قيد، فلطربي العقد الحرية الكاملة في اختيار أي قانون يخضعون له عقدهم.

2/°4- القانون المصري: نصت المادة 19 من القانون المدني المصري على أنه: «يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا

⁽¹⁾-Article 17/ 1: «L'activité définie à l'article 14 est soumise à la loi de l'Etat membre sur le territoire duquel la personne qui l'exerce est établie, sous réserve de la commune intention de cette personne et de celle à qui sont destinés les biens ou services». J.O n° 143 du 22 juin 2004 page 11168

⁽²⁾-Gahazouani chiheb: Le contrat de commerce électronique international, op.cit, p246.

⁽³⁾-Article 3111/1: «L'acte juridique, qu'il présente ou non un élément d'extranéité, est régi par la loi désignée expressément dans l'acte ou dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte». Gahazouani chiheb: Le contrat de commerce électronique international, op.cit, p249.

⁽⁴⁾-قانون رقم 05-10، ج.ر، ع44، السنة 42، مرجع سابق، ص20.

⁽⁵⁾-أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني معدل ومتمم، ج.ر، ع78، السنة 12، صادرة بتاريخ 30/09/1975، ص991.

موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه»، فمن خلال هذا النص يتضح أن المشرع المصري قد أعطى الأولوية للقانون المختار من قبل أطراف العقد⁽¹⁾، وهو بهذا يكون قد أخذ بمبدأ إخضاع العقد لقانون الإرادة، على أنه تجدر الإشارة إلى أن القضاء المصري قد اعتنق هذا المبدأ في أحكام قضائية سبقت صدور القانون المدني بسنوات⁽²⁾.

2/5- القانون التونسي: بالنسبة للمشرع التونسي نجده هو الآخر قد اعتد بقانون الإرادة وذلك بموجب المادة 62 من القانون الدولي الخاص التونسي⁽³⁾ التي جاء فيها: «العقد يحكمه بالقانون الذي سماه الأطراف...»⁽⁴⁾، والملاحظ على هذا النص، أنه أعطى للأطراف الحرية الكاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على رابطتهم العقدية دون قيد أو شرط.

3- الاعتراف بالمبدأ على مستوى القوانين النموذجية: إضافة إلى الاتفاقيات الدولية، والتشريعات الوطنية، فقد كان للمبدأ نصيب من التطبيق في بعض القوانين النموذجية التي تمثل لها بما جاء في المادة 1/28 من قانون اليونسسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985⁽⁵⁾ حيث نصت على أن: «تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على الموضوع...».

2- موقف الفقه الإسلامي من قانون الإرادة:

إن مبدأ "قانون الإرادة" وإن لم يعرف كاصطلاح في الفقه الإسلامي، إلا أن مضمونه يجعله من

⁽¹⁾ -انظر: سليمان أحمد فضل: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص152، صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص264.

⁽²⁾ - فقد جاء مثلا في حكم لمحكمة استئناف الإسكندرية المختلطة (الدائرة الثانية) في 5 يونيو 1925 أن العقد الدولي محل النزاع: «لا يمكن أن يخضع إلا للقانون واحد... وهو القانون الذي يأتي من تفسير إرادة الأطراف». أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص162.

⁽³⁾ -La loi n° 98-97 du 27 Novembre 1998 Portant Promulgation du code de droit international privé, La loi est diffusé sur le site : <http://www.droit-afrique.com/images/textes/Tunisie/Tunisie%20-%20code%20du%20droit%20intel%20prive.pdf>, la dernière visite du site était le : 09/06/2015.

⁽⁴⁾ -Article 62: «Le contrat est régi par le droit désigné par les parties...».

⁽⁵⁾ -قانون اليونسسترال النموذجي بشأن التحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، (ISBN: 978-92-1-633039-2, Sales No.A.08.V.4,V.07-86996-February 2008-515) منشورات الأمم المتحدة، فيينا، 2008.

المبادئ المعتد بها شرعا إذا طبق في إطار دائرة الضوابط الشرعية التي تحكم سائر تصرفات المسلمين من معاملات وعقود ونحوها.

فإذا كان قانون الإرادة الذي تقدم أنه يعني حرية الأطراف في الاتفاق على القانون الذي يحكم موضوع رابطتهم العقدية، من خلال شرط أو بند في عقدهم، أو حتى من خلال العقد النموذجي الذي اختير لتنظيم رابطتهم العقدية، فإن هذا الأمر جائز شرعا وفقا لقوله عليه الصلاة والسلام: [المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ، إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا]⁽¹⁾.

فاختيار طرفي العقد لقواعد قانونية تطبق على عقدهم، يعتبر من الشروط الجائزة شرعا، إذا أخذنا بمذهب جمهور الفقهاء⁽²⁾ في مجال الشروط العقدية، والذي نلخصه في الآتي:

أ- مذهب المالكية والحنابلة:

هذا المذهب يلخصه ابن تيمية رحمه الله في قوله: «الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يجرم ويبطل منها إلا ما دل على تحريمه، وإبطاله نص، أو قياس عند من يقول به، وأصول أحمد- رضي الله عنه- المنصوصة عنه أكثرها تجري على هذا القول، ومالك قريب منه لكن أحمد أكثر تصحيحا للشروط فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحا للشروط منه»⁽³⁾.

ب- مذهب الشافعية والحنابلة:

هذا المذهب مبناه أن الأصل في الشروط هو الحظر، غير أنهم أوردوا على هذا الأصل مجموعة من الاستثناءات وتوسعوا فيها. فقد قسم الحنفية الشروط المستثناة إلى أنواع أربعة⁽⁴⁾:

- شروط يقتضيها العقد⁽⁵⁾،

⁽¹⁾ - أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب: البيوع، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد بروهوم، ط1، بيروت، لبنان، مؤسسة الرسالة، (1424هـ-2004م)، حديث رقم [2892]، 426/3.

⁽²⁾ - وهو مذهب مخالف لمذهب الظاهرية الذين ذهبوا إلى إبطال كل شرط لم ينص عليه القرآن الكريم، ومن ثم لا يكون الشرط عندهم مباحا إلا إذا ورد به نص خاص، ودليلهم في هذا قوله صلى الله عليه وسلم: [ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط كتاب الله أحق وشرط الله أوثق]. يراجع تفصيل المسألة في: محمد مصطفى شلي: المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، د.ط، بيروت، دار النهضة العربية، (1405هـ-1985م)، ص 477 وما بعدها، وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، 3051/4.

⁽³⁾ - ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، مرجع سابق، 4/ 79-80.

⁽⁴⁾ - انظر: السرخسي: المبسوط، مرجع سابق، 14/13، الكمال بن الهمام: شرح فتح القدير، مرجع سابق، 442/6-446.

⁽⁵⁾ - ويتميز هذا النوع من الشروط بأن مضمونها ثابت ويجب الوفاء بها حتى لو لم يشترطها أحد المتعاقدين، لأنها هي التي تكون العقد أساسا، ولا تثبت شيئا زائدا على ما تقتضيه طبيعة العقد، ويمثلون لها بشرط الملك للمشتري في المبيع أو شرط تسليم الثمن أو تسليم المبيع. اشتراط البائع تقديم كفيل أو رهن معينين بالثمن عن تأجيله للمستقبل.

- وشروط مؤكدة أو ملائمة لمقتضى العقد⁽¹⁾،

- وشروط ورد بها نص خاص في الشريعة⁽²⁾،

- وأخيرا شروط جرى التعامل بها بين الناس⁽³⁾.

فمذهب الجمهور يقضي بإباحة الشروط طالما أنها لا تفضي إلى حرام، أو تحرم حلالا، فاتفق طرفي العقد على قانون معين لحكم رابطتهم العقدية، هو من الشروط المباحة إذ يمكن إدراجه ضمن الشروط الملائمة والمؤكدة لمقتضى العقد، انطلاقا من الفائدة التي يحققها لطرفي العقد وهي الاطمئنان والثقة في القانون الذي سيطبق في حال قيام أي نزاع بمناسبة العقد المبرم بينهما، كما يمكن إدراجه ضمن الشروط التي جرى بها التعامل بين الناس في حال ما إذا كان هذا الاختيار مدرج ضمن أحد العقود النموذجية التي ألف الناس اعتمادها في إبرام بعض العقود.

غير أن هذه الإباحة معلقة بشرط استجابة هذه القواعد القانونية المختارة لحكم العقد للضوابط الشرعية التي تقضي بالألا يكون متضمنة لقواعد متعارضة مع نص في الشريعة الإسلامية أو مع مقاصدها الشرعية، فهو يجب أن تكون راجعة إلى الشريعة الإسلامية ومستمدة منها، لقوله تعالى:

﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴿٥٩﴾﴾⁽⁴⁾، وقوله أيضا: ﴿وَمَا أَخْلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ ذَلِكُمُ اللَّهُ رَبِّي عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ ﴿١٠﴾﴾⁽⁵⁾.

فالآيات الكريمة تشير في مجملها إلى وجوب تحكيم شرع الله، وهي قاعدة واجبة النفاذ سواء أكان جميع الخصوم من المسلمين، أو من المسلمين وغيرهم، بل وحتى لو كانوا جميعا من غير المسلمين وهو ما

(1)- وهي الشروط التي تثبت شيئا زائدا على ما أوجبه العقد أو تنقص منه، وتأتي مثل هذه الشروط بناء على رغبة أحد المتعاقدين أو كليهما، وتكون بدورها شروطا أساسية ولازمة لصحة رضا من اشترطها، ولا يتم العقد صحيحا إلا بتحقيقها، وذلك للفائدة الكبيرة التي تقدمها، سواء لأحد المتعاقدين أم لكليهما، ويشترط لصحة مثل هذه الشروط ألا يكون محلها مجهولا أو يخفي مقامرة أو غررا بأحد المتعاقدين، وإلا أصبحت شروطا فاسدة، كما يجب ألا تتضمن هذه الشروط منفعة زائدة لأحد المتعاقدين لا يقضيها العقد، وإلا كانت باطلة لأنها تخفي ربا.

(2)- كاشتراط تأجيل الثمن، واشتراط الخيار لكل من المتبايعين.

(3)- كاشتراط المشتري على البائع توصيل البضاعة إلى بيته.

(4)- سورة النساء: 59.

(5)- سورة الشورى: 10.

يعززه قوله جل جلاله: ﴿وَأَن أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَأَحْذَرَهُمْ أَن يَفْتِنُوكَ عَن بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِن تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَن يُصِيبَهُم بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِن كَثِيرًا مِّنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ ﴿٤٩﴾ أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴿٥٠﴾﴾⁽¹⁾.

وعليه يمكن القول أنه لا يجوز الاتفاق على تحكيم نظام غير مستمد من الشريعة الإسلامية مهما كان هذا النظام، والاتفاق على ذلك يعتبر من قبيل "الشرط الذي أحل حالاً"، فيكون الاتفاق في هذه الحالة اتفاق باطل وغير صحيح، أما إذا تم الاتفاق على تطبيق قانون دولة مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، فالاتفاق في هذه الحالة يكون صحيحاً ويجوز للأطراف العمل به⁽²⁾.

من هنا نصل إلى أن "مبدأ قانون الإرادة" من المبادئ المعتمد بها في الفقه الإسلامي في حالة استجابته للقاعدة العامة في الشريعة الإسلامية والتي مفادها عدم جواز تحكيم غير شرع الله، فاختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق مكفول، غير أنه مرهون بكون هذا القانون مستمد وغير مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية، ويستوي بعد ذلك أن يكون هذا القانون قانون دولة معية أم قواعد مستمدة من الأعراف السائدة في المجال التجاري.

أما فيما يخص الإشكال الذي يمكن أن يطرح من جهة أن جل العقود الإلكترونية المبرمة على شبكة الإنترنت يكون أحد أطرافها شركات أو مواقع تجارية من دول غير إسلامية، الأمر الذي يجعل تطبيق قاعدة التحاكم إلى شرع الله صعب بل شبه مستحيل، خاصة وأن جل هذه الشركات أصبحت تحدد القانون الواجب التطبيق كشرط أساسي في عقودها، ومن ثم لا يكون للطرف الآخر المتعاقد معها الحق في التفاوض حول هذا الشرط، فإما أن يقبل التعاقد بالكامل، وإما أن يرفضه، وهو ما يمكن أن يفوت على المسلمين كثيراً من المصالح بالنظر إلى كون مثل هذه الشركات هي المسيطر على الأسواق العالمية بصفة عامة، والأسواق المتعلقة بمجال المعلومات والاتصالات ومستجداته بصفة خاصة، هذه الأخيرة التي أصبحت من الضروريات التي لا يمكن الاستغناء عنها لما لها من مزايا تنعكس على مجالات حساسة في الحياة كالتعليم والطب والصيدلة...

فهل نسلم بما تتضمنه هذه العقود، ومن ثم نقبل التحاكم إلى غير شرع الله، وبعدها نبرر هذا التسليم بالضرورة، أم نبحث عن حلول من شأنها إخراجنا من هذا المأزق دون أضرار؟

(1) -سورة المائدة: 49-50.

(2) -انظر: عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر: العقود الإلكترونية دراسة فقهية مقارنة، مرجع سابق، 2140/5.

إن حل هذا الإشكال يجب أن ينطلق من أن تحكيم الشريعة الإسلامية أمر لا خيار للمسلمين فيه، فهو من القواعد الأساسية في الدين الإسلامي التي لا يمكن تجاوزها انطلاقاً من حرية الإرادة الممنوحة لطرفي العقد، فهذه الحرية مقيدة في الإسلام بعدم التعارض مع المقاصد العامة للشريعة الإسلامية والتي يأتي على رأسها حفظ الدين، هذا المقصد الذي يمكن أن يضيع بالتهاون والتفريط في التحاكم إلى غير شرع الله الذي جعله الله جل وعلى سبب في نفي الإيمان عن القائم به في قوله: ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ ءَامَنُوا بِمَا نُزِّلَ إِلَيْكَ وَمَا نُزِّلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا ﴿٦٠﴾ وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ تَعَالَوْا إِلَى مَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَإِلَى الرَّسُولِ رَأَيْتَ الْمُنَافِقِينَ يَصُدُّونَ عَنْكَ صُدُودًا ﴿٦١﴾﴾⁽¹⁾.

فإذا تقين المسلمون من هذا الأمر، كان لزاماً عليهم إيجاد حلول من شأنها أن تحفظ لهم المصالح المرجوة من التعاقد مع هذه المواقع أو الشركات التجارية التي تلقى رواجاً كبيراً في الدول الإسلامية وخاصة العربية منها التي تعتبر سوقاً لتصريف كل المنتجات.

ومن الحلول التي يمكن التركيز عليها في هذا المجال التكتل والاتفاق على رفض كل الشروط التي تقضي بتطبيق قوانين مخالفة لشرع الله، واشتراط تطبيق قوانين أو أعراف مستمدة من الشريعة الإسلامية، خاصة إذا ركزنا على جزئية أن بلداننا العربية تعتبر أكبر سوق استهلاكي لهذه المنتجات لعدم امتلاكنا لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات، ومن ثم فإن خسارة هذه السوق ستؤدي إلى كساد المنتج، الأمر الذي يجعل هؤلاء منتجين يستجيبون لشروطنا.

ثانياً: مضمون قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية

ثبت فيما تقدم أن عقود التجارة الإلكترونية ليست نوعاً مستحدثاً من العقود، وإنما هي عقود تتميز بشيء من الخصوصية المتأتية من نوع الوسيلة التي تبرم من خلالها، وعليه فهذه العقود تخضع لذات القواعد التي تخضع لها عقود التجارة الدولية بصفة عامة. إلا أن الخصوصية التي تتمتع بها هذه العقود تستوجب بعض التدابير الخاصة التي تتماشى مع البيئة الإلكترونية.

وفيما يتعلق بمسألة القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد، فإنه يمكن القول بأن عقود التجارة الإلكترونية، تخضع للقاعدة العامة المقررة في القانون الدولي الخاص، أي أنها تخضع بالدرجة الأولى لقانون الإرادة، بدليل أن جل التشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية بصفة عامة والتجارة

(1) -سورة النساء: 60-61.

الإلكترونية بصفة خاصة، لم تفرد هذه المسألة بتنظيم خاص، وإنما اكتفت بالإحالة إلى القواعد المقررة في القانون الدولي الخاص، فنجد مثلا الحثية 23 من حيثيات التوجيه الأوروبي رقم 2000-31 لـ 08 جوان 2000 المعروف بتوجيه التجارة الإلكترونية⁽¹⁾، تشير إلى أن هذا التوجيه «ليس من شأنه إقامة قواعد مكملة للقانون الدولي الخاص»⁽²⁾، وهو ما أكدته المادة 4/1 من ذات التوجيه حيث جاء فيها أن: «هذا التوجيه لا يقيم قواعد مضافة للقانون الدولي الخاص، ولا يعالج الاختصاص القضائي»⁽³⁾. مما يعني أن قواعد القانون الدولي الخاص تبقى مطبقة حتى بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية شأنها في ذلك شأن العقود التجارية الدولية بصفة عامة.

كما أنه لم تعقد اتفاقيات دولية جديدة بشأن القانون الواجب التطبيق على هذه العقود بعد ظهورها، مما يعني أن الاتفاقيات المبرمة في هذا المجال والخاصة بالعقود التجارية الدولية المشار إليها فيما تقدم تبقى سارية المفعول بالنسبة لها، وخاصة اتفاقية روما لسنة 1980 التي تتصف بالعالمية، فقد تمت الإشارة مثلا إلى أن المادة 1/17 من القانون الفرنسي رقم 2004-575 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي، والتي تضمنت الحديث عن العقود الإلكترونية المبرمة بين التجار، تبنت الحل الوارد في المادة 03 من الاتفاقية الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق، وهو ما يعني أن هذه الاتفاقية صالحة وممكنة التطبيق بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية أيضا.

غير أن القول بتطبيق قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية، ليس معناه أن هذه القاعدة من شأنها فصل مسألة تنازع القوانين ببساطة، ذلك أنه وعلى الرغم من استقرار العمل بهذه القاعدة في جل النظم القانونية والاتفاقيات الدولية على ما تقدم، فإن تطبيقها لازال يطرح إشكالا على مستوى العقود التقليدية، فما بالك بالعقود الإلكترونية والخصوصية التي تتميز بها، لذلك يتوجب على الباحثة تحديد المقصود بقانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية، ثم بيان الآثار المترتبة على الأخذ به في

⁽¹⁾– Directive 2000/31/CE du parlement européen et du conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»)

⁽²⁾– « (23) La présente directive n'a pas pour objet d'établir des règles supplémentaires de droit international privé relatives aux conflits de loi ni de traiter de la compétence des tribunaux». Journal officiel des Communautés européennes du 17.7.2000, L 178/4.

⁽³⁾–Article 1/4 : «La présente directive n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé et ne traite pas de la compétence des juridictions». Journal officiel des Communautés européennes du 17.7.2000, L 178/8.

هذه العقود على النحو الآتي بيانه:

1- المقصود بقانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية:

اختلفت كل من الآراء الفقهية والأحكام القضائية، وحتى الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية في تحديد المقصود بقانون الإرادة الذي تشير إليه قواعد الإسناد في مجال القانون الدولي الخاص، ويمكن حصر هذه الاختلافات في اتجاهات ثلاث نوجزها في الآتي:

أ-الاتجاه المقيد لنطاق قانون الإرادة: ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن قانون الإرادة الذي تشير إليه قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، معناه أن يختار الأطراف القانون الداخلي لدولة معينة ليطبق على عقدهم، فالقانون المختار حسبهم يجب أن يكون قانون دولة تتمتع بهذا الوصف وفقا للقانون الدولي العام⁽¹⁾.

وهذا الاتجاه تبنته محكمة العدل الدولية الدائمة في حكمها الصادر سنة 1929، حيث جاء فيه أن: «كل العقود التي تبرم بين الدول تخضع بالضرورة للقانون الوطني لدولة معينة بموجب قواعد القانون الدولي الخاص»⁽²⁾، كما تبنته اتفاقية لاهاي لسنة 1955 المتعلقة بالبيع ذات الطابع الدولي للمنقولات المادية في مادتها الثانية التي نصت على أن: «البيع يكون منظما بواسطة قانون الدولة المعين بواسطة الأطراف المتعاقدة»⁽³⁾.

وقد انتقد الأخذ بهذا الاتجاه في مجال عقود التجارة الإلكترونية، من جهة أن العمل به يترتب عليه تطبيق حلول وطنية وضعت أساسا من أجل العقود الداخلية على عقود التجارة الإلكترونية التي تبرم عادة عبر الإنترنت وتتسم بالطابع الدولي، فضلا عن أن الأخذ بهذا الاتجاه قد يؤدي إلى تباين الحلول القضائية بصدد هذه العقود، وهو ما توضحه مثلا المقارنة بين القضية الأمريكية "Playmen"، والقضية الفرنسية "Yahoo"، فعلى الرغم من أن كلا الموقعين قد استخدم في أعمال غير مشروعة، فإن القضاء الفرنسي رفض إغلاق موقع "Yahoo"، لأن إغلاق الموقع سوف يكون ضد مصلحة المجتمع، بينما حكم القضاء الأمريكي بإغلاق الموقع الإيطالي "Playmen" استنادا إلى أن استمرار

⁽¹⁾ -انظر: سليمان أحمد فضل: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 157.

⁽²⁾ - Arrêt sur l'affaire des Emprunts Brésiliens. Mario Giuliano, Paul Lagarde : Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, J.O.C.E, du 31/10/1980, N°C282/16.

⁽³⁾ -يراجع نص الاتفاقية المنشور على الموقع: <http://www.hcch.net/f/conventions.index.html>

الموقع فيه إهانة للقضاء⁽¹⁾.

ب-الاتجاه الموسع لنطاق قانون الإرادة: مؤدى هذا الاتجاه أن الحرية الممنوحة لطرفي العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق بموجب قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، هي حرية لا تقف عند حدود القانون الداخلي لدولة معينة، وإنما بإمكانهم إخضاع رابطتهم العقدية لقانون قد يكون وطنيا كما قد لا يكون كذلك.

ومن التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه التشريع الجزائري حيث نجد المادة 18 من القانون المدني المشار إليها سابقا تنص على أنه: «يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين...»⁽²⁾، فالمشروع لم يربط القانون المختار بكونه قانون دولة معينة، مما يعني أن الأطراف بإمكانهم اختيار قواعد قانونية مستمدة من الأعراف السائدة في بيئة العقد المبرم بينهم، وقد أكد اتجاهه هذا في المادة 3/1040 من قانون الإجراءات المدنية في الفصل السادس المتعلق بالإحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي: «تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما»⁽³⁾، فقد أشار إلى القانون الذي يختاره الأطراف دون أن يقيد بكونه قانونا وطنيا لدولة معينة.

كما أخذت بهذا الاتجاه أيضا اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية حيث جاء في المادة 1/3: «يسري على العقد القانون الذي اختاره الأطراف...»⁽⁴⁾، فالقانون المشار إليه في هذه المادة غير مقيد بكونه قانون داخلي لدولة ما.

وعليه، يمكن لأطراف العقد الإلكتروني إخضاع عقدهم لقواعد ذات صبغة عالمية مثل القواعد العرفية التي نشأت واستمرت بين الجماعات العاملة في مجال التجارة الإلكترونية.

ويعاب على هذا الاتجاه أنه أطلق حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد على نحو قد

⁽¹⁾ -مشار إليه لدى: صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 271.

⁽²⁾ -القانون رقم 05-10، ج.ر، ع 44، س 42، مرجع سابق، ص 20.

⁽³⁾ -القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع 21، السنة 45، الصادرة بتاريخ 17 بعب الثاني 1429 هـ الموافق 23 أبريل 2008، ص 93.

⁽⁴⁾ - J.O.C.E, n°L 266 du 09/10/1980, p1.

يؤدي إلى الغش نحو القانون⁽¹⁾، أو الإفلات من القواعد الآمرة في القوانين التي ترتبط ارتباطا وثيقا به⁽²⁾.

ج-الاتجاه الموفق بين تقييد وتوسيع نطاق قانون الإرادة: وهذا الاتجاه هو عبارة عن اتجاه معتدل، لا يضيق من نطاق قانون الإرادة كما هو شأن الاتجاه الأول، ولا يطلق حرية الأطراف في اختيار القانون المطبق على عقدهم كما هو شأن الاتجاه الثاني، فهذا الاتجاه يمنح للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية عملا بحقهم المقرر بموجب قاعدة الإسناد واحتراما لتوقعاتهم، ولكنه يحرص في ذات الوقت على ألا تصل هذه الحرية الممنوحة للطرفين في اختيار القانون الواجب التطبيق إلى حد قد يؤدي إلى الغش نحو القانون، أو الإفلات من القواعد القانونية الآمرة في القوانين المرتبطة بالعقد ارتباطا وثيقا⁽³⁾.

وهذا الاتجاه مؤسس على ما ورد في بعض الاتفاقيات الدولية في مجال القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، كاتفاقية لاهاي لسنة 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولية للمنقولات المادية، حيث نصت المادة 6 منها على: «في كل دولة من الدول المتعاقدة، يمكن استبعاد تطبيق القانون المحدد بموجب هذه الاتفاقية إذا تعارض مع النظام العام»⁽⁴⁾، واتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية التي تضمنت مادتها 1/7 الإشارة إلى أن: «عند تطبيق قانون بلد معين بموجب هذه الاتفاقية، فإنه يجوز الاعتداد بالنصوص الآمرة في قانون بلد آخر يرتبط بهذه العلاقة المطروحة بصلة وثيقة وذلك فيما لو كانت هذه النصوص واجبة التطبيق بموجب قانون البلد الذي تنتمي إليه بغض النظر عن قانون العقد»⁽⁵⁾.

وعليه يتضح جليا أن الاتجاه الأخير هو الذي يمكن أن يعول عليه في تحديد القانون الواجب

⁽¹⁾ - الغش نحو القانون (Fraude à la loi) معناه: «قيام أطراف العلاقة بتغيير أحد الضوابط التي يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق بشكل متعمد بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة». أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 172.

⁽²⁾ - صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 274.

⁽³⁾ - انظر: سليمان أحمد فضل: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 161، صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 274، فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز: الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 664-665.

⁽⁴⁾ - Article 06: «Dans chacun des pays contractants, l'application de la loi détermine par la présente convention peut être écartée pour un motif d'ordre public». [http:// www.hcch.net](http://www.hcch.net)

⁽⁵⁾ - Article 7/1: «Lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelque soit la loi régissant le contrat». J.O.C.E, n°L 266 du 09/10/1980, p2.

التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية من حيث الموضوع، ذلك أنه جمع بين مزايا الاتجاهين الأول والثاني، كما أنه تفادى إلى حد ما الانتقادات الموجهة لهما.

2- الآثار المترتبة على الأخذ بقانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية:

يترتب على تطبيق قانون الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية جملة من النتائج يمكن حصر أهمها في:

أ- إمكانية تجزئة العقد (Dépeçage): إن فكرة قابلية العقد للتجزئة من المسائل التي طرحت بشدة في مجال القانون الدولي الخاص، سواء كان موضع التجزئة المركز أو العلاقة القانونية محل الإسناد مثل الرابطة العقدية التي تثار بشأنها النزاع (وهي تجزئة يقوم بها عادة المشرع بأن يقسم العقد إلى عدة أفكار مسندة)، أو كان موضوعها القانون الواجب التطبيق على هذا المركز أو العلاقة (وهو ما قد تسعى إليه إرادة المتعاقدين عند اختيارها لأكثر من قانون لحكم العقد)⁽¹⁾، على أن هذا الشرط الأخير هو ما يعيننا في مجال بحثنا، إذ أن السؤال الذي يجب أن نجيب عليه هو: هل أن إرادة الأطراف في مجال عقود التجارة الإلكترونية، تملك الحق في اختيار أكثر من قانون لحكم الجوانب الموضوعية لعقدهم؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل جعلت الفقه ينقسم إلى اتجاهين:

1- الاتجاه الأول: ذهب جانب من الفقه إلى أنه من الضروري الحفاظ على وحدة العقد بإخضاعه لقانون واحد، حتى لا يختل التوازن والاستقرار اللازم للرابطة العقدية، والذي من أجله تم إعطاء الحرية للأفراد في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم. وعليه فليس لأطراف العقد الحق في اختيار أكثر من قانون ليطبق على موضوع العقد المبرم بينهم، خاصة إذا تعلق الأمر بعقود التجارة الإلكترونية التي تبرم بسرعة وحتى دون الدخول في مفاوضات، الأمر الذي قد يؤدي إلى اختيار قوانين غير منسجمة لتطبق على موضوع العقد، فقد يتم اختيار قانون يقر بحجية التوقيع الإلكتروني وصحة المعاملات الإلكترونية على جزء من العقد، بينما يتم اختيار قانون آخر لا يقبل هذه التصرفات ليطبق على الجزء الآخر من العقد، مما يؤدي إلى الإخلال بالرابطة العقدية. كما أن تجزئة العقد قد تؤدي إلى الإفلات من القواعد القانونية الآمرة في القوانين المختارة⁽²⁾.

2- الاتجاه الثاني: ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن تجزئة العقد هي مرتبطة مباشرة بقانون

الإرادة، وعليه فمن الصعب منعها، أي أن القول بجرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على

(1) هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 482-485.

(2) انظر: فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز: الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 670-671.

العقد المبرم بينهم يتضمن حقهم في اختيار أكثر من قانون ليطبق على موضوع هذا العقد⁽¹⁾.

وهذا الاتجاه أخذت به اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وذلك بموجب نص المادة 1/3 الذي جاء فيه:«يسري على العقد القانون المختار من قبل الأطراف،...وبهذا الاختيار الأطراف من شأنهم تحديد القانون المطبق على العقد بأكمله أو على جزء منه فقط»⁽²⁾، كما أخذت به أيضا اتفاقية لاهاي لسنة 1986 بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع بموجب المادة 1/7 التي تنص على أن: «يخضع عقد البيع للقانون الذي يختاره الطرفان، ويجب أن يكون اتفاق الطرفين على هذا الاختيار صريحا أو ضمنيا أو أن تعبر عنه بوضوح شروط العقد أو سلوك الطرفين بصفة إجمالية. ويجوز أن يقتصر هذا الاختيار على جزء من العقد»⁽³⁾.

ويرى أغلب الفقهاء أن هذا الاتجاه هو الاتجاه الأمثل لعقود التجارة الإلكترونية، للمرونة النسبية التي يتصف بها والتي تتماشى مع هذا النوع من العقود الذي ينطوي على مسائل منفصلة يمكن أن يخضع كل منها لقانون خاص، كمسألة الوفاء، ومسألة التسليم...

غير أنه لا بد من الإشارة إلى أن حرية الإرادة في تجزئة العقد لا يجب أن تؤدي إلى إهدار الانسجام المتطلب في الرابطة العقدية، وهي مسألة مختلفة تماما عن مبدأ وحدة العقد، ذلك أن تجزئة العقد ستؤدي دائما إلى الإخلال بمبدأ وحدة القانون المطبق على العلاقة العقدية، ولكن هذه التجزئة لا تعني بالضرورة هدم الانسجام المتطلب في الرابطة المذكورة. ولهذا يشترط الفقه لسلامة تجزئة العقد والاختيار الإرادي لأكثر من قانون لحكم عناصره المختلفة، أن تتسم التجزئة "بالمعقولية" حتى لا تطيح بالانسجام المنشود للرابطة العقدية⁽⁴⁾، فإذا أراد الأطراف أن يطبقوا قوانين مختلفة على العقد المبرم بينهم، فعليهم اختيار عناصر يمكن فصلها وإخضاع كل منها لقانون مختلف، دون أن يتركوا مجالاً للوقوع في تعارض جراء القوانين المختارة، فمثلا يمكن أن يخضع شرط المقياسية في عقد ما لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم بقية العقد، غير أنه لا يمكن مثلا إخضاع فسخ العقد لعدم الوفاء لقوانين مختلفة،

⁽¹⁾—Mario Giuliano, Paul Lagarde : Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Op.cit, N°C282/17.

⁽²⁾— J.O.C.E, n°L 266 du 09/10/1980, p2.

⁽³⁾—يراجع نص الاتفاقية على الموقع: <http://www.hcch.net/f/conventions.index.html>.

⁽⁴⁾—هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص497.

قانون خاص بالمشتري وقانون خاص بالبائع⁽¹⁾.

فالضابط إذا في جواز التجزئة هو أن يكون بين القوانين المختارة انسجام بحيث لا يؤدي تطبيقها على العقد إلى الوقوع في تعارض، سواء تعلق الأمر بعقود إلكترونية أم تقليدية.

ب- عدم لزوم توافر صلة بين العقد والقانون المختار: اختلفت آراء فقهاء القانون الدولي الخاص فيما يتعلق بوجود صلة بين القانون الذي تختاره الإرادة والعقد الدولي الذي يخضع لأحكام للقانون المختار، كما اختلفت آراءهم حول طبيعة الصلة الواجب توافرها بين القانون والعقد فهي ذات طابع شخصي أم مادي أم أنه يكفي وجود مصلحة مشروعة يحققها القانون المختار لطرفي العقد حتى تتحقق الصلة المطلوبة. ويمكن حصر اختلافاتهم هذه في آراء ثلاث:

1- الرأي الأول: يرى أصحاب هذا الرأي أن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع علاقتهم العقدية مقيد بوجود صلة حقيقية أو جدية بين العقد والقانون المختار، فهذا الأخير يجب أن يكون أحد القوانين التي تتراحم لحكم الرابطة العقدية تحقيقاً لأهداف قاعدة الإسناد التي تعمل في دائرة تنازع القوانين⁽²⁾، بمعنى أن الصلة الموجودة بين العقد والقانون المختار هي التي تبرر اختيار هذا القانون دون غيره. وإذا اختار الأطراف قانون منبت الصلة بالعقد كان اختيارهم دون جدوى، إذ يتعين على القاضي في هذه الحالة عدم الاعتماد بالقانون المختار، وإسناد الرابطة العقدية للقانون الأوثق صلة بما كما هو الحال عند سكوت الإرادة عن الاختيار الإرادي لقانون العقد⁽³⁾ على ما سيأتي في المبحث الموالي.

ومن التشريعات التي أخذت بهذا الرأي القانون المدني الجزائري وذلك بموجب المادة 1/18 التي جاء فيها: «يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من قبل المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد»⁽⁴⁾، فالمشرع من خلال هذا النص ربط الاعتماد بالقانون المختار من قبل المتعاقدين بشرط أن تكون له صلة حقيقية إما بالمتعاقدين وهي صلة ذات طابع شخصي (كأن

⁽¹⁾ - Mario Giuliano, Paul Lagarde : Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Op.cit, N°C282/17.

⁽²⁾ - هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص452، فقرة 299.

⁽³⁾ - انظر: سليمان أحمد فضل: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص165، هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص463، فقرة 306، صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص277-278، فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز: الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص271،

⁽⁴⁾ - قانون رقم 05-10، ج.ر، ع44، السنة 42، مرجع سابق، ص20.

ينصب الاختيار على قانون إحدى الدول التي يتوطن بها أحد المتعاقدين أو التي يتمتع بجنسيتها)، وإما بالعقد وهي صلة ذات طابع مادي (كأن ينصب الاختيار على موقع المال أو قانون محل إبرام العقد أو قانون محل تنفيذه)، دون الإشارة إلى الصلة المبنية على وجود مصلحة مشروعة للمتعاقدين، وهذا يعني أن المشرع الجزائري لا يعتبر المصلحة المشروعة رابطة يمكن الاعتداد بها، وهو بهذا حصر الصلة المعتمدة قانوناً في الصلة التي يكون لها إما طابع شخصي أو مادي فقط.

وإضافة إلى التشريع الجزائري هناك تشريعات أخرى أخذت بهذا الرأي أيضاً كالتشريع الإسباني⁽¹⁾، كما أنه الاتجاه الذي يؤيده الفقه والقضاء الأمريكي الحديث⁽²⁾.

٥٢- الرأي الثاني: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن الحرية الممنوحة للطرفين في اختيار القانون الواجب التطبيق على رابطتهم العقدية، تجيز لهم اختيار أي قانون يرونه مناسباً حتى لو كان منبت الصلة بالعقد المبرم بينهم، غير أنه يشترط في هذا الاختيار ألا يتعارض مع النظام العام وألا يكون مشوباً بالغش نحو القانون.

وقد أخذت بهذا الاتجاه كل من اتفاقية لاهاي لسنة 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للمنقولات المادية، فقد تقدم أن مادتها الثانية أجازت للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد البيع المبرم بينهم دون أن تعلق هذا الجواز بضرورة توفر صلة بين هذا العقد والقانون المختار، وكذلك اتفاقية لاهاي لسنة 1978 والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة والتمثيل التجاري، واتفاقية روما لسنة 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، واتفاقية لاهاي لسنة 1986 والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع⁽³⁾.

كما أخذ بهذا الرأي أحدث التنظيمات الأوروبية في هذا الخصوص، وهو التنظيم (CE) رقم

⁽¹⁾—حيث أكدت المادة 5/10 من القانون الإسباني الصادر في 31 ماي 1974 خضوع العقد للقانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين الصريحة على شرط أن تكون هناك صلة ما بين القانون المختار والرابطة العقدية التي يحكمها. مشار إليه لدى: هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية مرجع سابق، ص 462 فقرة 305.

⁽²⁾—حيث سجلت محاضر الاجتماعات السابقة على إبرام معاهدة روما لسنة 1980 والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية رفض الوفد الأمريكي لإطلاق حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على رابطتهم العقدية، مؤكداً على ضرورة تقييد هذه الحرية باشتراط أن يكون القانون المختار على صلة حقيقية بالرابطة العقدية. انظر: هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية مرجع سابق، ص 462 فقرة 305.

⁽³⁾—تراجع نصوص هذه الاتفاقيات على الموقع: www.hcch.net/f/conventions.index.html.

2008/593 للبرلمان والمجلس الأوروبي 17 جوان 2008 المتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية المعروف بتنظيم روما⁽¹⁾، حيث لم يشترط أي صلة بين القانون المختار والعقد، وأقر ما تضمنته اتفاقية روما لسنة 1980 بموجب مادتها الثالثة السابق ذكرها.

3-^oالرأي الثالث: اتخذ أصحاب هذا الرأي موقفا وسطا، إذ لم يطلقوا حرية الأطراف في اختيار أي قانون لحكم رابطتهم العقدية حتى لو كان منبث الصلة بعقدهم، كما أنهم لم يشترطوا وجود صلة جوهرية بين العقد والقانون المختار، فهم قالوا بوجود توافر صلة بين القانون المختار والعقد إلا أنهم اکتفوا بأن تكون هذه الصلة صلة فنية معينة⁽²⁾، كتحقيق مصلحة مشروعة للمتعاقدین من خلال القانون المختار⁽³⁾، أو حتى أن تكون هذه الصلة نابعة من حاجات المعاملات والتجارة الدولية، كأن يرم العقد في صورة عقد نموذجي متعارف عليه في مجال سلعة معينة وتقبله أوساط التجارة الدولية⁽⁴⁾، فيخضع الأطراف للقانون الذي يحكم هذا العقد بالرغم من انتفاء صلة شخصية أو مادية بين القانون المختار والعقد المبرم.

وبالنظر لعقود التجارة الإلكترونية، يمكن القول أنه إذا كان لا بد من اختيار أحد هذه الآراء الثلاثة ليطبق عليها، فإنه يمكن القول أنه يصعب تطبيق الرأي القائل بوجود وجود صلة حقيقية أو جوهرية بين العقد والقانون المختار، ذلك أن البيئة التي تتم فيها التجارة الإلكترونية والتي تعرف بالعالم

⁽¹⁾—Règlement (CE) N° 593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), J.O.U.E du 4.7.2008, L 177/6-16.

⁽²⁾—أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 192.

⁽³⁾—فقد أكد القضاء الفرنسي صحة الاتفاق على تطبيق القانون الإنجليزي على عقود نقل البضائع بحرا ولو لم تكن هناك صلة مادية بين هذه العقود والقانون الإنجليزي لما يحققه من مصلحة مشروعة للمتعاقدین تنصب على ما يوفره القانون المختار من مزايا متعددة للعملية العقدية، وذلك راجع إلى تقدم القانون الإنجليزي في مجال النقل والتأمين البحري مقارنة بغيره. انظر: هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 461، فقرة 304، أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 192.

⁽⁴⁾—ك نماذج العقود النمطية (النموذجية) التي أعدتها جمعية لندن لتجارة الذرة والتي تتضمن شرطا يقضي بوجود تطبيق القانون الإنجليزي على هذه العقود التي نشأت في ظل أحكامه. وعليه فلو افترضنا أن موردا إيطاليا ومستوردا فرنسا اختار العقد النموذجي الذي أعدته جمعية لندن لإتمام الصفقة بينهما، ووقع نزاع بمناسبة هذا العقد، فإن القانون الإنجليزي هو الذي سيطبق لفض النزاع على الرغم من عدم وجود أي صلة مادية أو جوهرية بين العقد محل النزاع والقانون الإنجليزي. راجع في هذا الصدد: هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 461، فقرة 304، وما جاء في:

LARPVANICHAR Ratchaneekorn : Les contrats internationaux : étude comparative franco-thaïlandaise, thèse pour obtenir le grade de docteur en droit, Université Lille 2 Droit et Santé, discipline : droit international privé, présenté et soutenue publiquement le 30 Mai 2012, p34.

الافتراضي تتميز كما سبقت الإشارة بأنها عالم تتمحي فيه الحدود الجغرافية، وبالتالي يصعب الاعتماد على الصلة المكانية بين القانون المختار والعقد المبرم، خاصة إذا تعلق الأمر بعقود التجارة الإلكترونية التي تبرم وتنفذ على الخط كتحميل برامج إلكترونية أو أغاني أو كتب... فهنا يصعب تحديد مكان إبرام العقد، وحتى مكان تنفيذه انطلاقاً من أن شبكة الإنترنت التي تبرم من خلالها هذه العقود لا تتركز في إقليم دولة معينة ومن ثم تخضع لقانونها.

لذلك يمكن القول أن الرأي الذي يمكن إعماله في مجال عقود التجارة الإلكترونية، هو الرأي القائل بإطلاق حرية المتعاقدين في اختيار القانون المطبق على رابطتهم العقدية بشرط عدم التعارض بينه وبين النظام العام، وألا تكون لهم نية الغش نحو القانون، وهو الرأي الذي أخذت به أغلب الاتفاقيات الدولية في هذا المجال والتي تقدم أنها اتفاقيات صالحة للتطبيق في مجال عقود التجارة الإلكترونية شأنها في ذلك شأن عقود التجارة الدولية، خاصة وأنه لم تعقد اتفاقيات جديدة بشأن هذه العقود، كما أن التنظيم الأوروبي لسنة 2008 المشار إليه أعلاه الذي صدر في أوج انتشار عقود التجارة الإلكترونية وازدهارها في المجموعة الأوروبية، أبقى على ما جاء في المادة الثالثة من اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، والتي حولت للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق دون استلزام توافر صلة بين القانون المختار والعقد المبرم بينهم، مما يعني أن هذا الحل الأنسب لهذه العقود.

كما تشير الباحثة في الأخير إلى أنه أيضاً يمكن تطبيق الرأي الثالث على عقود التجارة الإلكترونية، والذي يقضي بوجود صلة فنية بسيطة بين العقد والقانون المختار ليطبق عليه، كأن يجري العقد في صورة عقد نموذجي متعارف عليه في مجال التجارة الإلكترونية.

ج- رفض فكرة الإحالة في مجال عقود التجارة الإلكترونية: يرى أغلب الفقهاء رفض فكرة الإحالة⁽¹⁾ في مجال عقود التجارة الإلكترونية، لأن الأخذ بها سيؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأفراد

⁽¹⁾ -الإحالة: هي "نظرية تقتضي تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص في القانون الأجنبي الواجب التطبيق". وللإحالة صورتان:

-إحالة من الدرجة الأولى: حين يحيل القانون الأجنبي إلى قانون القاضي: مثال ذلك أن يقوم إنجليزي مقيم بفرنسا بتصرف متعلق بأهليته فيطبق عليه القانون الفرنسي قانون جنسيته وهو القانون الإنجليزي، ولكن قواعد التنازع في القانون الإنجليزي تحيل إلى قانون الوطن وهو القانون الفرنسي، وتسمى هذه الحالة الرجوع. -إحالة من الدرجة الثانية: حين يحيل القانون الأجنبي إلى قانون ثالث كما لو كان هذا الإنجليزي متخذاً له موطناً في إيطاليا، ورفع الأمر إلى القاضي الفرنسي، فإنه لو قبل إحالة القانون الإنجليزي إلى القانون الإيطالي فسوف يطبق القانون الإيطالي. علي علي سليمان: مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص49، هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، 90/2.

واضطراب معاملاتهم عبر شبكة الإنترنت⁽¹⁾، من منطلق أن اتفاق الأطراف على اختيار تطبيق قانون دولة معينة معناه إسناد العقد للقواعد الموضوعية التي يتضمنها هذا القانون. فمضمون هذه القواعد هو أساس وغاية اختيارهم، وقبول فكرة الإحالة يؤدي إلى خضوع العقد لقانون لم يكن متوقعا لديهم⁽²⁾.

وهناك كثير من التشريعات رفضت فكرة الإحالة في العقود الدولية بصفة عامة، ومن هذه التشريعات التشريع الجزائري، فالمشرع الجزائري والذي لم يشر في البداية إلى الإحالة في أي نص من نصوصه، قرر رفض الإحالة في العقود الدولية بموجب التعديل الذي أجراه سنة 2005 على القانون المدني، إذ نصت المادة 23 مكرر 1 المضافة بموجب هذا التعديل في فقرتها الأولى على أنه: «إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان»⁽³⁾. فهذا النص يقضي بتطبيق القواعد الداخلية الموضوعية فقط في القانون الأجنبي دون الرجوع إلى قواعد تنازع القوانين الواردة فيه.

كما أن العقود الخاصة بالمراكز التجارية الافتراضية وبصفة خاصة العقود الأمريكية على عدم الأخذ بفكرة الإحالة، ومن هذه العقود العقد الخاص بالمركز التجاري "Apple store" الذي ينص في أحد شروطه العامة على أن: «تخضع كل العقود التي يكون Apple store طرفا فيها لقانون كاليفورنيا دون أي أثر لنصوص التنازع الواردة به»⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: تحديد إرادة الطرفين في عقود التجارة الإلكترونية

إذا كان قانون الإرادة الذي أقرته جل النظم القانونية على مستوى العالم يقضي بحق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم الدولية، فإن ممارسة هذا الحق تختلف من عقد لآخر سواء بالنسبة للعقود التقليدية أم بالنسبة للعقود الإلكترونية، حيث نجد بعض العقود تتضمن إشارة مباشرة للقانون الواجب التطبيق عليها في حالة قيام أي نزاع بمناسبةها، بينما نجد عقود أخرى لا تتضمن هذه الإشارة، وهو ما ستوضحه الباحثة من خلال هذا الفرع، حيث سنتناول الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية (أولا)، ثم سنتناول الاختيار الضمني لهذا القانون (ثانيا).

(1) -صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 282.

(2) -هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ص 535، فقرة 358.

(3) -قانون رقم 05-10، ج.ر، ع 44، السنة 42، مرجع سابق، ص 20.

(4) -<http://www.apple.com>, rubrique: « apple store », Garantie légale.

أولاً: الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق (Le choix Express)

إن المقتضى الطبيعي لتطبيق قانون الإرادة هو أن يعلن الأطراف إرادتهم الصريحة في اختيار قانون معين ليحكم رابطتهم العقدية، وذلك إما عن طريق بند أو شرط صريح يدرج في العقد، أو في اتفاق لاحق مستقل ينص على هذا الاختيار، أو عن طريق اختيار أحد العقود النموذجية ليتم التعاقد وفقه، حيث نجد أن هذه العقود النموذجية تتضمن شرطاً متعلقاً بالاختصاص التشريعي، مما يعني أن كل من يختار هذا العقد النموذجي سيكون بالضرورة خاضعاً للقانون المحدد من خلال هذا الشرط⁽¹⁾، حتى لو لم تكن هناك صلة بين هذا القانون والعقد المبرم، وهذا ما نص عليه العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية "بيع السلع أو تقديم الخدمات بين التجار والمستهلكين" الذي أصدرته غرفة التجارة والصناعة بباريس (CCIP)، حيث نصت المادة 15 من هذا العقد على أن القانون الذي يحكم هذا العقد هو القانون الفرنسي، غير أنها أشارت إلى أنه بإمكان طرفي العقد اختيار قانون آخر بالنص على ذلك صراحة من خلال ملاء الفراغ الوارد في بند العقد المتعلق بالقانون الواجب التطبيق⁽²⁾.

فالأصل إذن أن يتم اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي سواء كان تقليدياً أم إلكترونياً صراحة، وهو ما أشارت إليه جل القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية المبرمة في هذا المجال والتي تمثل لها بنص المادة 1/3 من اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية التي تشير إلى أن الاختيار يكون صريحاً أو مستنتجاً⁽³⁾، فهذا النص يقتضي أن يتم الاختيار بشكل صريح بحسب الأصل، فإن انعدم هذا الأصل تم اللجوء إلى الاختيار الضمني. وإذا طبق هذا الأصل فإنه سيحقق لطرفي العقد عنصر الأمان القانوني، لأنهم يعرفون مقدماً القانون الذي سيحكم المنازعات التي قد تنشأ بمناسبة عقدهم.

لذلك لم يتوان مجمع القانون الدولي عن مناقشة أطراف العقود الدولية أن يعينوا بأنفسهم، وعلى

⁽¹⁾—انظر: أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص189، أشرف وفا محمد: عقود التجارة الإلكترونية والقانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص201.

⁽²⁾— Contrat-Type de Commerce Electronique vente de biens ou prestation de services - Commerçants - Consommateurs, chambre de commerce et d'industrie de Paris, Article 15 : « Les parties conviennent que le présent contrat est soumis au droit français. Cependant, une option subsidiaire peut être retenue par le vendeur ou le prestataire : Les parties conviennent que le présent contrat est soumis au droit..... (indiquer la loi de l'État sur le territoire duquel le consommateur a sa résidence habituelle) ». Mise à jour du rapport de M. Jérôme canlorbe au nom de la Commission du commerce et des échanges, Juin 2008

⁽³⁾—المادة 1/3: «يسري على العقد القانون الذي يختاره الأطراف، ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحاً أو مستمداً بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد». يراجع نص الاتفاقية على الموقع: <http://www.hcch.net>

نحو صريح القانون الواجب التطبيق على عقودهم⁽¹⁾. تفاديا لأي إشكال يمكن أن يصادفهم جراء الخضوع لقانون يُفرض عليهم دون سابق معرفة به وبأحكامه، مما قد يعرضهم لخسائر وعراقيل هم في غنى عنها، خاصة وأن المعاملات التجارية بصفة عامة والمعاملات التجارية الإلكترونية بصفة خاصة تقوم أساسا على عامل الوقت، فالسرعة في إبرام العقود وتنفيذها وفض منازعاتها ضرورية لتحقيق الاستقرار المالي للمتعاملين في هذا المجال، وعليه فأي تأخير قد يؤدي إلى خسائر معتبرة إن على الصعيد المادي أو على صعيد سمعة المتعامل وعلاقاته بغيره من مستهلكين أو تجار.

وإذا كان الغالب أن يتم الاتفاق على اختيار قانون العقد عند إبرامه، بموجب شرط صريح يدرج في العقد ذاته، أو بمقتضى اتفاق مستقل عنه، فإنه لا مانع من أن يتراخى هذا الاختيار إلى مرحلة لاحقة على إبرام العقد قد تكون حتى أثناء عرض النزاع أمام المحكمة، كما أنه يجوز تعديل اختيار طرفي العقد للقانون الواجب التطبيق على عقودهم في أي مرحلة يرون فيها أن القانون المختار لا يستجيب لتطلعاتهم، وأن هناك قانونا آخر أنسب لعقدهم من القانون الذي تم اختياره أول مرة.

وقد نصت اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية على كل هذه الأمور في الفقرة الثانية من المادة 03 حيث جاء فيها: «يحق للأطراف في أي وقت الاتفاق على إخضاع العقد لقانون آخر غير الخاضع له من قبل، سواء تم ذلك بإجراء اختيار لاحق يتم تبعا لنفس المادة أو بمقتضى نصوص أخرى. وكل تعديل في تحديد القانون الواجب التطبيق يأتي لاحقا على إبرام العقد، لا ينال مطلقا من صحة العقد من حيث الشكل المحدد بموجب المادة 9 ولا يمس بحقوق الغير»⁽²⁾.

وهو ما تضمنته أيضا المادة 2/7 من اتفاقية لاهاي لسنة 1986 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع حيث جاء فيها: «للطرفين أن يتفقا في أي وقت على أن يخضعا العقد، كلياً أو جزئياً، لقانون آخر غير الذي كان يحكمه من قبل، سواء كان ذلك الأخير أو لم يكن من اختيار الطرفين. ولا يخل أي تغيير للقانون الواجب التطبيق يجريه الطرفان بعد إبرام العقد

(1) —أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص191.

(2) —Article3, paragraphe 2: «Les parties peuvent convenir, à tout moment, de faire régir le contrat par une loi autre que celle que celle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieur selon le présent article, soit en vertu d'autres dispositions de la présente convention, toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 9 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers». J.O.C.E, n°L 266 du 09/10/1980, p2.

بصحة العقد من حيث الشكل، ولا بحقوق الغير»⁽¹⁾.

والواضح من النصين السابقين أن حرية الأطراف في تغيير القانون المختار أو تعديله مقيدة بألا يترتب على ذلك التغيير أو التعديل إخلال بصحة العقد من الناحية الشكلية، أو إضرار بالغير الذين بنوا توقعاتهم على القانون الذي تم اختياره أولاً.

على أن الحرية الممنوحة لطرفي العقد في تعديل أو تغيير القانون المختار في أي مرحلة من المراحل ليست مكفولة في جميع الدول، فهناك بعض التشريعات لا تعترف للأطراف بهذا الحق كالتشريع الإيطالي والإنجليزي والأيرلندي...⁽²⁾.

وإذا كانت هذه القواعد المذكورة تطبق على عقود التجارة الإلكترونية شأنها في ذلك شأن العقود التجارية الدولية بصفة عامة، فإنه لا بد من الإشارة إلى أن خصوصية الوسيلة المستعملة في إبرام هذه العقود تستدعي مراعاة جملة من الأمور خاصة بالنسبة للعقود التي تبرم مباشرة من خلال صفحة الموقع⁽³⁾، ذلك أنه عادة ما يكون الشرط المتعلق بالقانون الواجب التطبيق غير واضح على الصفحة الرئيسية للموقع بل يتطلب الأمر الرجوع إلى صفحة أخرى للاطلاع على هذا الشرط (Hypertext)، وهذا لا يتحقق دائما خاصة بالنسبة للعقود الاستهلاكية، حيث يقوم المستهلك بالضغط على زر الموافقة دون أن يكون قد اطلع على الشرط المذكور في تلك الصفحة، فعلى الرغم من وجود الشرط المتعلق بالقانون الواجب التطبيق على العقد فليس هناك ما يؤكد قبول المستهلك لهذا الشرط، مما يضع على عاتق مقدم المنتج أو الخدمة عبء توفير كل الوسائل اللازمة لتسهيل الاطلاع على شروط العقد كاملة بما فيها الشرط المتعلق بالقانون الواجب التطبيق على العقد⁽⁴⁾.

(1) -انظر نص الاتفاقية على الموقع: <http://www.hcch.net>

(2) -فقد أشارت محكمة النقض في حكمها الصادر في 28 جوان 1966 رقم 1680 في قضية " Affaire Assael Nissim contre Crespi " إلى أن: القانون الواجب التطبيق المختار من قبل الأطراف لا يكون مقبولا إذا تم الاختيار في فترة لاحقة على إبرام العقد. انظر:

Mario Giuliano, Paul Lagarde : Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Op.cit, N°C282/17.

(3) -لأن العقود الإلكترونية التي تبرم من خلال البريد الإلكتروني أو حتى من خلال الاتصال المباشر بين طرفي العقد لا تطرح إشكالا، إذ عادة ما يتم التفاوض حول كل الشروط المتعلقة بالعقد ومنها الشرط المتعلق بالقانون الواجب التطبيق، فإما أن يقبل المتعاقد الثاني القانون الذي اقترحه الموجب بصفة مباشرة وأكيدة، وإما أن يتم الاتفاق على القانون المختار بعد تبادل الآراء بينهما.

(4) -Shandi Yousef : La formation du contrat a distance par voie électronique , Op .cit, p214.

ثانيا: الاختيار الضمني (Le choix Tacite)

قد لا يتضمن العقد المبرم اختيارا صريحا من طرفيه لقانون معين يحكمه، ومع ذلك فإنه لا ينبغي استبعاد إرادة الطرفين في مثل هذا العقد، إذ يجب في هذه الحالة البحث عن إرادتهم الضمنية وهي إرادة ينبغي اعتبارها وعدم تجاهلها، لأنها إرادة حقيقية، تنبئ عن ميل واضح لقانون معين وإن لم يعلن عنه صراحة⁽¹⁾.

وقد أشارت جل التشريعات الخاصة أو المتضمنة للقانون الدولي الخاص وكذا كل الاتفاقيات الدولية المنعقدة في هذا المجال إلى ضرورة الأخذ بالإرادة الضمنية لطرفي العقد وعدم إهمالها، فقد نصت المادة 19 من القانون المدني المصري على أنه: «يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق الطرفان المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه»⁽²⁾، أما المشرع الجزائري فقد اكتفى بالإشارة إلى الاختيار الصريح دون الاختيار الضمني، غير أنه ومن خلال إشارته في المادة 23 مكرر 2 إلى أنه: «تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين»⁽³⁾، فبناء على هذا النص، يمكننا القول أنه إذا كان الاعتداد بالاختيار الضمني لطرفي العقد قاعدة من القواعد العامة للقانون الدولي الخاص فإنه يعتد بها في الجزائر حتى لو لم يرد بشأنها نص خاص.

كما نصت اتفاقية لاهاي لسنة 1955 بشأن القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للمنقولات الدولية في المادة 2/2 على أن اختيار طرفي العقد للقانون الواجب التطبيق على عقدهم يجب أن يكون صريحا أو مستخلصا بشكل أكيد من ظروف العقد⁽⁴⁾، وهو ما نصت عليه أيضا اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في مادتها 2/3 -المشار إليها سابقا- إلى 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»⁽⁵⁾، كما تضمنت اتفاقية لاهاي

(1) -أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص194.

(2) -صالح المنزلوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص286.

(3) -القانون رقم 10-05، ج.ر، ع44، السنة 42، مرجع سابق، ص20.

(4) - Article 2/2: «Cette désignation doit faire l'objet d'une clause expresse ou résulter indubitablement des dispositions du contrat». <http://www.hcch.net/>

(5) -تراجع نصوص الاتفاقية على الموقع: <http://www.hcch.net>

لسنة 1986 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع المضمون ذاته في مادتها 1/7 التي جاء فيها: «يخضع عقد البيع للقانون الذي يختاره الطرفان، ويجب أن يكون اتفاق الطرفين على هذا الاختيار صريحا أو أن تعبر عنه بوضوح شروط العقد أو سلوك الطرفين بصفة إجمالية»⁽¹⁾.

فالقاضي ينبغي عليه أن يستنتج الإرادة الضمنية لطرفي العقد في اختيار قانون معين ليطبق على العقد المبرم بينهما، من ظروف وملابسات هذا العقد، أو من سلوك الأطراف، دون أن يخضع في بحثه عن هذه الإرادة لرقابة محكمة النقض، لأن التقصي عن الإرادة الضمنية يعتبر مسألة واقع يتمتع فيها القاضي بسلطة تقديرية، طالما جاء استنتاجه مبنيًا على أسباب سائغة⁽²⁾.

أما عن المؤشرات أو الظروف التي من شأنها بيان الإرادة الضمنية لطرفي العقد، فقد استقر الفقه والقضاء على وجود عدد كبير من القرائن التي يمكن الاعتماد عليها لتحديد هذه الإرادة ونذكر منها مثلا: اختيار طرفي العقد مجموعة من النصوص من قانون معين واعتمادها كبنود أو شروط في العقد، أو أن يتم استعمال استمارة عقد نموذجي تمت صياغته وفق قانون دولة معينة، أو أن يدرج بند أو شرط في العقد يجعل اختصاص النظر في أي نزاع ينشأ بمناسبة العقد المبرم بينهما لمحكمة من محاكم دولة معينة، أو أن يكون العقد تجديد لعقد سبق إبرامه بين الأطراف ذاتها وفي نفس المجال وتم اختيار القانون الواجب تطبيقه عليه. والقانون الواجب التطبيق يمكن أن أيضا أن يستخلص من ظروف وسلوك الطرفين: كالرجوع إلى موثق لدولة معينة خاصة إذا كان هذا الرجوع غير مفروض على الطرفين، أو بالنظر للعملة المستعملة في دفع المستحقات، أو اللغة المستعملة في تحرير العقد⁽³⁾.

والنسبة لعقود التجارة الإلكترونية يمكن القول أن أغلب هذه المؤشرات تصبح عديمة الجدوى، ذلك أنه بالنسبة للغة المستعملة في صياغة العقد نجد أن اللغة المستعملة في الإنترنت هي اللغة الإنجليزية، وإذا استعملت لغة أخرى فهي عبارة عن مجرد ترجمة للغة الإنجليزية، وعليه يصعب الاعتماد على اللغة كمؤشر لتحديد الإرادة الضمنية لطرفي العقد، ونفس الشيء يقال بالنسبة للعملة إذ غالبا ما يتم التحويل بشكل آلي للحسابات، أما عن تحديد مكان إبرام أو تنفيذ العقد واعتماده كدليل على اتجاه إرادة الطرفين لاختيار قانون معين ليطبق على العقد المبرم بينهما، فإنه من الأمور التي يصعب تحديدها

⁽¹⁾—تراجع نصوص الاتفاقية على الموقع: <http://www.hcch.net>

⁽²⁾—انظر: أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص196، سليمان أحمد فضل: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص177.

⁽³⁾—Shandi Yousef: La formation du contrat a distance par voie électronique, Op .cit, p214-215.

بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية أيضا.

لذلك وتفاديا لهذه الصعوبات، فإنه ينبغي على الأطراف في هذا النوع من العقود اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم بشكل صريح بموجب أحد بنود العقد، أو بموجب اتفاق مستقل سواء عند إبرام العقد أو بعد إبرامه، فالمهم أن يتم الاختيار بشكل صريح حتى لا يكون هناك مجال للتعقيدات التي تنجر عن البحث الإرادة الضمنية للأطراف، طبعاً مع مراعاة ألا يكون القانون المختار مخالفاً للنظام العام أو مشوباً بالغش نحو القانون على ما سيتضح في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: القيود الواردة على أعمال قانون الإرادة في مجال عقود

التجارة الإلكترونية

إذا كان أعمال قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية معناه إعطاء الحرية لطرفي العقد في اختيار القانون الذي من شأنه أن يحكم رابطة العقدية، فإن هذه الحرية مقيدة بألا يكون القانون المختار مخالفاً للنظام العام أو مشوباً بالغش نحو القانون كما سبق وأن ذكرنا، كما أنها مقيدة أيضاً بموجبات حماية المستهلك.

وهو ما ستيبته الباحثة من خلال بيان مدى اعتبار النظام العام والغش نحو القانون قيوداً على قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية (وهذا في فرع أول)، ثم بيان تأثير موجبات حماية المستهلك على هذا النوع من العقود (وهذا في فرع ثان).

الفرع الأول: مدى اعتبار النظام العام والغش نحو القانون قيوداً على قانون الإرادة

في مجال عقود التجارة الإلكترونية

نصت جل القوانين التي كرس قانون الإرادة على أن تطبيق القانون المختار من قبل طرفي العقد مرهون بمدى مطابقة هذا القانون للنظام العام في دولة القاضي، وبألا يكون اختيارهم له منطوقاً على غش نحو القانون وهو ما نص عليه المشرع الجزائري بموجب المادة 1/24 من القانون المدني التي جاء فيها: «لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون»⁽¹⁾.

وعليه سنتناول الباحثة النظام العام كقيد على قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية (أولاً)، ثم تتناول الغش نحو القانون كقيد على قانون الإرادة في مجال هذه العقود (ثانياً).

(1) - القانون رقم 05-10، ج.ر، ع44، السنة 42، مرجع سابق، ص20.

أولاً: النظام العام كقيد على قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية

حتى يتضح مدى اعتبار النظام العام قيدا على قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية ينبغي بيان مفهوم النظام العام في كل من القانون الوطني والقانون الدولي الخاص والتجارة الدولية، ثم بيان تطبيق فكرة النظام العام على عقود التجارة الإلكترونية على النحو الآتي:

أ- مفهوم النظام العام في القانون الوطني والقانون الدولي الخاص والتجارة الدولية:

1- مفهوم النظام العام في القانون الوطني: تعتبر فكرة النظام العام فكرة مرنة تتغير بتغير المكان والزمان، فهي لا تتغير من مجتمع إلى آخر فحسب، بل تتغير داخل المجتمع الواحد من وقت لآخر، فما يعد مخالفا للنظام العام في وقت قد لا يكون كذلك، كما هو الحال للطلاق، وإثبات نسب الولد غير الشرعي في المجتمع الفرنسي مثلا⁽¹⁾.

ومن ثم اكتفى الفقه بالإشارة إلى الإطار السياسي والاقتصادي والاجتماعي الذي يساعد في وضع حدود لها. ومن المفاهيم التي حاولت تقريب هذه الفكرة أن: القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة (سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو حتى الأخلاقية)⁽²⁾، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد⁽³⁾.

فوفقا لهذا المفهوم يمكن القول أن النظام العام هو: القواعد القانونية التي تنظم المصالح التي تهم المجتمع بصفة مباشرة، ويجب على الأفراد مراعاة هذه المصالح وتحقيقها، ولا يجوز لهم التعدي عليها أو تخطئها باتفاقيات تبرم فيما بينهم، حتى لو كانت هذه الاتفاقيات تحقق مصالح فردية لهم، فالمصلحة الفردية تعتبر مرجوحة أمام مصلحة المجتمع أو المصلحة العامة. فالنظام العام الداخلي إذاً يهدف إلى إبطال كل اتفاق للأطراف يخالف قاعدة من القواعد الآمرة المرتبطة بالمصالح الاقتصادية أو السياسية أو

⁽¹⁾—Henri Batiffol, Paul Lagarde : Droit international privé, Op.cit, p444, n°354.

⁽²⁾—حيث يمكن تحديد الأسس السياسية للمجتمع بأنها: كل القواعد التي تتعلق بتنظيم الدولة وطريقة مباشرتها لسيادتها عن طريق السلطات المختلفة فيها، والأسس الاجتماعية بأنها: مجموع القواعد التي تهدف إلى كفالة الأمن والنظام في الدولة، وكذلك كل ما يتعلق بالأسرة ومسائل الأحوال الشخصية بوجه عام، وكل ما يتعلق بتحقيق التضامن الاجتماعي بين مختلف طبقات الجماعة كما هو الحال بالنسبة للقواعد المتصلة بتنظيم العمل مثلا. أما الأسس الاقتصادية فهي: كل ما يتعلق بتنظيم الإنتاج القومي وتداول النقد... في حين أن الأسس الأخلاقية هي الناموس الأدبي في الجماعة، لذلك يمكن القول أن فكرة النظام العام تشمل أيضا كل ما يتصل بالآداب. انظر: توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق)، ط3، بيروت، الدار الجامعية، 1993م، ص79، بند 44.

⁽³⁾—عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، 443/1.

الاجتماعية أو الأخلاقية للمجتمع⁽¹⁾، وهو ما يجعله قيذا على مبدأ سلطان الإرادة الذي يمنح للأطراف حرية إبرام ما يشاءون من عقود، بمعنى أن إرادة الأطراف تتقيد باحترام تلك القواعد بحيث يترتب على كل مخالفة لها بطلان مطلق للاتفاق الذي يتضمن هذه المخالفة⁽²⁾.

2- مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص:

إذا كان تحديد مفهوم النظام العام على المستوى الوطني أمرا صعبا، فإنه يزداد صعوبة على الصعيد الدولي، الأمر الذي جعل غالبية الفقه ترى بأنه لا يمكن إعطاء تعريف دقيق للنظام العام الدولي، غير أنهم حاولوا تحديد مفهومه من خلال بيان دوره والذي يتمثل أساسا في أنه يسمح بإبعاد تطبيق القوانين الأجنبية المعينة من قبل الأطراف إذا كانت هذه القوانين تتعارض مع الأهداف السياسية أو الاقتصادية أو الأخلاقية للقانون الداخلي في دولة القاضي⁽³⁾، لأن المشرع عندما سمح بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليم دولته، فإن ذلك لا يعني أنه منح توقيعا على بياض لجميع تشريعات العالم⁽⁴⁾ حتى تطبق دون قيد أو شرط.

وعليه يمكن القول أن النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص هو أداة استثنائية لاستبعاد القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد الإسناد⁽⁵⁾، ذلك أن الأصل هو تطبيق القانون الذي ارتضاه طرفي العقد الدولي إما صراحة أو ضمنا كما تقدم.

وعلى الرغم من أن فكرة النظام العام بصفة عامة تهدف إلى صيانة المصالح الجوهرية للمجتمع سواء في مجال القانون الداخلي أم مجال القانون الدولي الخاص، إلا أن المفاهيم المشار إليها أعلاه، توضح بشكل جلي اختلاف دور النظام العام في القانون الداخلي عنه في مجال القانون الدولي الخاص، فبينما تستخدم فكرة النظام العام في مجال القانون الداخلي لضمان عدم الخروج الإرادي عن أحكام القواعد القانونية الآمرة، يستعان بهذه الفكرة في نطاق القانون الدولي الخاص لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت قواعد الإسناد باختصاصه. ومن ثم يمكن القول بأن النظام العام في القانون الدولي

(1) -انظر: عبد المنعم فرج الصده: أصول القانون، د.ط، القاهرة، دار النهضة العربية، د.ت، ص76.

(2) -انظر: حسن كيرة: المدخل إلى القانون، ط5، الإسكندرية، منشأة المعارف، د.ت، ص53، بند23.

(3) - LARPVANICHAR Ratchaneekorn : Les contrats internationaux : étude comparative franco-thaïlandaise, Op.cit, p247.

(4) -Henri Batiffol, Paul Lagarde : Droit international privé, Op.cit, p445, n°345.

(5) -سامي بديع منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب: القانون الدولي الخاص: تنازع الاختصاص التشريعي، ط1، بيروت، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، (1430هـ-2009م)، 903/1.

الخاص يكتسي طابعا استثنائيا لأنه خروج عن الأصل العام يقضي بوجوب تطبيق القانون الذي أشارت إليه قواعد الإسناد وطنيا كان أم أجنبيا، أما النظام العام في مجال القانون الداخلي فلا يعتبر ذو طبيعة استثنائية حتى لو كان فيه تقييد لمبدأ سلطان الإرادة، لأن هذا التقييد لا يعد خروجاً عن مبدأ عام، بل هو تطبيق للمبدأ القائل بأن الإرادة حرة في الحدود التي يسمح بها المشرع⁽¹⁾.

ويترب عن هذا الاختلاف نتيجة هامة، تتمثل في أن نطاق إعمال فكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص أضيق منه في مجال القانون الداخلي، فجميع المسائل التي نظمها المشرع بقواعد آمرة تعتبر من النظام العام الداخلي، ومن ثم لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، في حين أن غالبية هذه المسائل تقبل تطبيق القوانين الأجنبية عليها إذا ما أشارت باختصاصها قواعد الإسناد الوطنية⁽²⁾، ومثال ذلك تحديد سن الرشد في دولة ما يعتبر من النظام العام في القانون الداخلي، ومن ثم لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف هذا التحدي، ومع ذلك فإن تطبيق القانون الأجنبي الذي يحدد سن الرشد بأكثر من السن المحددة في هذه الدولة أو أقل لا يصطدم بالضرورة مع النظام العام لهذه الدولة.

ونظرا لكون الدفع بالنظام العام في مواجهة تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قانون الإرادة خروج عن الأصل فإنه يشترط لإثارته شروط تتمثل في⁽³⁾:

- أن يكون القانون الأجنبي واجب التطبيق وفقا لقواعد الإسناد في دولة القاضي، فلا يثار هذا الدفع إذا كان القانون الأجنبي يمكن أن يستبعد تطبيقه لسبب آخر.

- أن يكون القانون الواجب التطبيق مختلفا في حكمه المطلوب مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي.

- أن تكون المخالفة للنظام العام حالية عند رفع الدعوى، ولو كان نشوء الحق قد تم دون أن يكون مخالفا للنظام العام، تبعا لما تقدم فيما يتعلق بمرونة فكرة النظام العام وتغيرها من زمن إلى آخر داخل المجتمع ذاته، فما يكون مخالفا للنظام العام لدولة ما في هذه السنة قد لا يكون كذلك في السنوات القادمة والعكس صحيح.

أما الأثر الذي يترتب عن مخالفة القانون الأجنبي الواجب التطبيق للنظام العام في دولة القاضي الذي يعرض عليه النزاع المثار بمناسبة العقد الدولي، فهو أثر سلبي من جهة وجوب استبعاد القانون

(1)-انظر: هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 197-198.

(2)-انظر: أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 162.

(3)-انظر: علي علي سليمان: مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 152-153.

الأجنبي استبعادا كلياً أو جزئياً⁽¹⁾، وأثر إيجابي من جهة ثبوت الاختصاص لقانون القاضي لسد الفراغ التشريعي الناجم عن استبعاد القانون الأجنبي، وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في نص المادة 2/24 من القانون المدني حيث جاء فيها: «يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة»⁽²⁾، فالمشرع الجزائري لم يكتف بالأثر السلبي لمخالفة النظام العام، وإنما أشار أيضاً إلى الأثر الإيجابي المتمثل في تطبيق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي الذي يستبعده القاضي لمخالفته للنظام العام الجزائري.

وإذا كان القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في فحص ما إذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام في دولته أم لا، فإن هذه السلطة لا تعني ترك الأمر لتقديره الشخصي ولمعتقداته الخاصة، وإنما يتعين أن يكون تقديره موضوعياً يستوحي شعور الجماعة، وليس شخصياً يترجم مشاعره الخاصة، ولهذا استقر الرأي على إخضاع تقدير القاضي في هذا المجال لرقابة المحكمة العليا، لأن الدفع بالنظام العام هو استثناء يعطل تطبيق قاعدة الإسناد، فالمسألة هنا مسألة قانون تستوجب الخضوع لرقابة المحكمة العليا، هذه الرقابة التي تعد ضرورة لتوحيد الحلول القضائية بالنسبة لهذه المسألة الجوهرية خاصة وأن فكرة النظام العام فكرة مرنة وصعبة التحديد⁽³⁾.

3- مفهوم النظام العام في مجال عقود التجارة الدولية:

ذهب جانب من الفقه إلى أن عقود التجارة الدولية تتطلب وجود نظام عام آخر هو النظام العام الدولي، الذي يتكون من مجموع القواعد اللصيقة بالتجارة الدولية، والتي تلبي كل متطلباتها

⁽¹⁾—عادة ما يطرح التساؤل بالنسبة لاستبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في دولة القاضي: هل يكون استبعاداً كلياً أم يكتفي القاضي باستبعاد الجزء المخالف للنظام العام فقط؟ وقد انقسم الفقه بشأن هذه المسألة إلى اتجاهين: اتجاه يرى بأنه يجب استبعاد القانون الأجنبي الذي تثبت مخالفته للنظام العام في دولة القاضي استبعاداً كلياً، بينما يرى الاتجاه الثاني أن الأثر السلبي لمخالفة النظام العام ليس معناه استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق كلية، وإنما ينحصر هذا الأثر في استبعاد الجزء الذي يتعارض مع المفهوم الوارد في قانون دولة القاضي، وقد برر كل اتجاه موقفه بجملة من المبررات لا يتسع المجال لذكرها، على أن الاتجاه الغالب في هذا المجال والذي تؤيده الباحثة هو أن يتم استبعاد الجزء المخالف للنظام العام فقط، إلا إذا كان هذا الجزء يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمجموع النصوص الأخرى في هذا القانون، بحيث يتعذر على القاضي الاكتفاء باستبعاد الجزء المخالف وتطبيق النصوص الأخرى، ففي هذه الحالة لا مناص من الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي وتطبيق قانون القاضي. لتفصيل المسألة يراجع: هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، 201/2-203، هشام علي صادق: دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص151.

⁽²⁾—القانون رقم 05-10 لسنة 2005 المشار إليه سابقاً، ج.ر، ع44، السنة 42، مرجع سابق، ص20.

⁽³⁾—انظر: هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، 195/2، سامي بديع منصور وآخران: القانون الدولي الخاص: تنازع الاختصاص التشريعي، مرجع سابق، 921/1، علي علي سليمان: مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص150، 153.

واحتياجاتها عن طريق تشجيع وابتداع قواعد ذاتية خاصة تتفق ونمو المبادلات التجارية بين الدول، وهو بهذه المثابة يحقق صفة الدولية انطلاقاً من أنه يحكم مجموعة التجار التي يتجاوز نشاطها حدود الدولة الواحدة إقليمياً وموضوعياً⁽¹⁾.

غير أن هذا المذهب انتقد من جهة أنه لا مجال لوجود نظام عام دولي، ذلك أن النظام العام عبارة عن الأسس الاجتماعية والسياسية والخلقية والاقتصادية التي تعتبر من مقومات الدولة، وهذه الأسس تختلف من دولة إلى أخرى، وتأخذ في كل دولة طابعاً خاصاً مغايراً لما هو موجود في الدول الأخرى، فلا يتصور أن تكون هذه الأسس واحدة في كل الدول إلا إذا أتيح للعالم كله أن يتوحد في دولة واحدة⁽²⁾.

ومن ثم فليس هناك نظام عام دولي ونظام عام داخلي أو وطني، فالنظام العام دائماً وطني، وإنما فقط يختلف الدور الذي يؤديه على المستوى الداخلي عنه دوره على المستوى الدولي، لذلك فغالبية الفقه مع تسمية النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص مقابل النظام العام الوطني⁽³⁾.

ب- تطبيق فكرة النظام العام على عقود التجارة الإلكترونية:

اختلفت الآراء فيما يتعلق بعقود التجارة الإلكترونية من حيث خضوعها للنظام العام (في مجالي القانون الداخلي والقانون الدولي الخاص)، بين قائل بأنها يجب أن تخضع لفكرة النظام العام شأنها في ذلك شأن العقود الدولية بصفة عامة، وبين قائل بأن خصوصية البيئة التي تبرم فيها هذه العقود تجعل إعمال فكرة النظام العام عليها أمراً صعباً ومن ثم تحتاج إلى تدابير من نوع خاص.

غير أن الباحثة ومن خلال تحديد مفهوم النظام العام بالتفاصيل السابق الإشارة إليها، ترى بأن عقود التجارة الإلكترونية تخضع لقواعد النظام العام في دولة القاضي شأنها في ذلك شأن بقية العقود الدولية، وعليه فإن قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية مقيد بمدى استجابة هذا القانون للقواعد الأساسية في دولة القاضي، أي أنه مقيد بالألا يتعارض مع أحكام النظام العام في هذه الدولة، وخاصة فيما يتعلق بالأعمال الممنوعة أو المحظورة في دولة القاضي، إذ لا مجال للاحتجاج بإخراج هذه الأعمال من دائرة المنع أو الحظر بمجرد أنها تتم عن طريق عقود إلكترونية، حتى في الحالات التي يكون فيها منح هذه السلع أو الخدمات بالمجان.

⁽¹⁾ -انظر: سليمان أحمد فضل: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 183-184.

⁽²⁾ -علي علي سليمان: مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 150.

⁽³⁾ -Henri Batiffol, Paul Lagarde : Droit international privé, Op.cit, p459, n°366.

والذي يؤكد خضوع عقود التجارة الإلكترونية فيما يتعلق بتقييد قانون الإرادة بالنظام العام مثلها مثل العقود الدولية بصفة عامة، هو ما تضمنته الاتفاقيات الدولية في مجال القانون الواجب التطبيق والتي سبق وأن تبين أنها صالحة للتطبيق في مجال عقود التجارة الإلكترونية أيضا، ومثال ذلك اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية حيث جاء في مادتها 16 أن تطبيق القانون المحدد بموجب هذه الاتفاقية لا يمكن أن يستبعد إلا إذا كان تطبيقه يتعارض بصورة واضحة مع النظام العام في الدولة التي يعرض فيها النزاع⁽¹⁾، وهو ما تم تأكيده من خلال التنظيم الأوروبي (CE) رقم 2008/593 للبرلمان والمجلس الأوروبي 17 جوان 2008 المتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية بموجب ما جاء في مادته 21⁽²⁾.

أما فيما يتعلق بالرأي الذي ذهب إلى أن عقود التجارة الإلكترونية يجب أن تخضع لتدابير خاصة تتلاءم مع طبيعة البيئة الإلكترونية، أي أن تخضع لنظام عام دولي مستلهم من طبيعة المعاملات الإلكترونية يتمثل أساسا في عادات وأعراف التجارة الدولية، فهو منتقد من وجهين⁽³⁾:

-الأول: أن هذه المسألة خلافية، فلا أجماع للفقهاء بشأنها، وحتى القائلون بها يجزمون بأن هذه القواعد لا تمثل قانونا مستقلا، وإنما هي قواعد خاصة بالتجارة الدولية ولا تغني مطلقا عن القواعد القانونية الوطنية.

-أما الثاني: فإنه حتى وإن سلمنا بوجود هذا النظام العام الدولي المستمد من عادات وأعراف التجارة الدولية، فإنه ليست هناك سلطة عليا تسمو فوق الدول تسهر على احترام تطبيق هذا النظام العام وعدم خرقه، بل إن الأمر يبقى خاضعا لسلطة القاضي ومدى فهمه لهذا النظام.

ثانيا: الغش نحو القانون كقيد على قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية

سبق وأن بينا أن الغش نحو القانون معناه التحايل على ضوابط قواعد الإسناد بقصد التهرب من تطبيق القانون الواجب التطبيق أصلا على النزاع.

ويكون الغش نحو القانون أكثر حدوثا في مجال العقود الإرادية التي يترك فيها اختيار القانون

⁽¹⁾-Article 16 : « L'application d'une disposition de loi désignée par la présente convention ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for ». J.O.U.E du 30.12.2005, C 334/9.

⁽²⁾-Article 21 : «L'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for.» (Rome I), J.O.U.E du 4.7.2008, L 177/15.

⁽³⁾-صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص320.

الواجب التطبيق لإرادة المتعاقدين احتراماً لمبدأ قانون الإرادة، وكثيراً ما يختار طرفي العقد قانوناً أجنبياً لا يمت بأية صلة للعقد ولا للمتعاقدين بقصد التهرب من القانون الواجب التطبيق أصلاً، ومن صور التحايل الدارجة في هذا المجال إما باختيار طرفي العقد لقانون أجنبي غير القانون الواجب التطبيق فعلاً على النزاع قهراً من الضرائب، أو الشكل الرسمي، أو حكم موضوعي آخر، أو بنقل المنقول إلى إقليم دولة أخرى كما هو الحال بالنسبة للسفن التجارية التي تسجل في ميناء أجنبي غير الميناء الذي ترتبط به للتهرب من قانونه⁽¹⁾.

1- شروط الدفع بالغش نحو القانون وأثره:

أ- شروط الدفع بالغش نحو القانون: اشترط الفقهاء لتوافر حالة الغش نحو القانون شرطين أساسيين يتمثلان في⁽²⁾:

1°- إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد: وهو ما يعرف بالعنصر المادي، والذي يتوافر باختيار الأطراف لقانون أجنبي غير القانون الواجب التطبيق، أو بتغيير موقع المنقول، أو جنسية أو موطن أحد طرفي العقد أو كلاهما. ويشترط في هذا التغيير أن يكون مشروعاً، إذ لو تم التغيير بوسيلة غير مشروعة فإن تلافي النتيجة التي يهدف إليها الغاش يكون عن طريق إثبات عدم مشروعية الوسيلة في حد ذاتها، أما إذا تم الغش باستعمال وسيلة مشروعة للتوصل إلى نتيجة غير مشروعة فهنا تبدو أهمية إعمال نظرية الدفع بالغش نحو القانون لتلافي تحقيق هذه النتيجة.

فالدفع بالغش نحو القانون لا يتأتى إلا في الأحوال التي ينعدم فيها وجود جزاء آخر يمكن عن طريقه تفادي النتيجة غير المشروعة التي يهدف الشخص إلى تحقيقها.

2°- توافر نية التحايل أو الغش نحو القانون: لا يكفي أن يكون تغيير ضابط الإسناد فعلياً ومشروعاً حتى يمكن الدفع بالغش نحو القانون، وإنما يتعين أن تتوافر نية التحايل والغش نحو القانون بأن يكون هدف الشخص الغاش أو المتحايل هو الإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً. وتوافر هذه النية خاضع لتقدير القاضي الذي عليه أن يستخلصها من ظروف الدعوى وملاساتها، على أن هذا الاستخلاص هو من مسائل الواقع التي تخضع لمطلق تقدير القاضي دون رقابة المحكمة العليا.

ب- أثر الدفع بالغش نحو القانون: يرى الرأي الغالب في الفقه أن أثر الدفع بالغش نحو القانون

(1)-انظر: علي علي سليمان: مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص151.

(2)-انظر: هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، 213/2-215.

ينصب على استبعاد تطبيق القانون الذي ثبت له الاختصاص وفقا للضابط المفتعل، وإعادة الاختصاص إلى القانون الذي أراد الشخص التهرب منه⁽¹⁾.

على أن المشرع الجزائري وإن أشار إلى وجوب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المشوب بالغش نحو القانون بموجب المادة 1/24 من القانون المدني المشار إليها أعلاه، إلا أنه لم يتناول الأثر المترتب على هذا الاستبعاد، على عكس ما فعل بالنسبة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام، حيث أشار أن القانون الجزائري يطبق محل القانون الأجنبي المستبعد (2/24 ق.م). ومن ثم يمكن القول أن القاضي الجزائري في مثل هذه الحالة يطبق الحكم الثابت فقها وهو تعطيل قانون الإرادة وإعادة الاختصاص للقانون الواجب التطبيق على العقد بحسب الأصل.

ب-إعمال الدفع بالغش نحو القانون في مجال عقود التجارة الإلكترونية:

إن صور الغش نحو القانون المشار إليها أعلاه يمكن بلا شك أن تتوافر في مجال عقود التجارة الإلكترونية، بل قد تكون أسهل في هذا المجال منه في المجال المادي، انطلاقا من التباعد المكاني الموجود بين طرفي العقد، وعدم المعرفة المسبقة بينهما، إضافة إلى سهولة إبرام التعاقد من المكان الذي يرغب فيه أي من طرفي العقد أو كلاهما.

فيمكن أن يحصل التحايل أو الغش خاصة في المسائل المتعلقة باختيار القانون الواجب التطبيق على العقد بناء على قانون الإرادة بأن يعمل طرفا العقد -أو أحدهما على الأقل- على إيجاد صلة مفتعلة مثلا بين العقد والقانون المختار، فقد يقوم مثلا أحد المتعاقدين بتغيير محل إقامته أو موطن أعماله إلى دولة ما حتى تتوافر الصلة الفنية بين قانون هذه الدولة والعقد المبرم، ومن ثم يتم اختيار قانون هذه الدولة كقانون واجب التطبيق دون التعرض للانتقاد لعدم وجود أي صلة بين العقد وبين القانون المختار، ونفس الشيء يقال بالنسبة للجنسية.

الفرع الثاني: موجبات حماية المستهلك كقيد على قانون الإرادة في مجال عقود

التجارة الإلكترونية

إضافة إلى تقييد قانون الإرادة بأحكام النظام العام والغش نحو القانون، فإنه مقيد أيضا بموجبات حماية المستهلك، نظرا لأن هذا الأخير يعتبر الطرف الضعيف في العملية التعاقدية مقارنة بالتاجر أو

⁽¹⁾ -انظر: هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، 223/2، علي علي سليمان: مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص164-166.

المنتج الذي يعتبر أكثر دراية وفي مركز أقوى.

لذلك ستبين الباحثة هذا القيد الذي يرد على قانون الإرادة من خلال تناولها لخصوصية المستهلك في مجال عقود التجارة الإلكترونية (أولاً)، ثم تناولها لتأثيرات موجبات حماية المستهلك على قانون الإرادة في مجال هذا النوع من العقود (ثانياً).

أولاً: خصوصية المستهلك في مجال عقود التجارة الإلكترونية

قبل الحديث عن خصوصية المستهلك في مجال عقود التجارة الإلكترونية، ينبغي الإشارة أولاً إلى أن المستهلك بصفة عامة يعتبر طرفاً ضعيفاً دائماً سواء تعلق الأمر بالعقود الإلكترونية أو حتى بالعقود التقليدية، وذلك انطلاقاً من أنه عادة ما يبرم تعاقدته من أجل تلبية حاجات شخصية أو عائلية بعيدة عن مجال تخصصه من جهة، ويكون في حاجة للحصول عليها من جهة أخرى، ما يجعله في مركز أضعف مقارنة بالطرف الآخر (تاجرًا كان أو منتجًا أو مزودًا بالخدمة) الذي يتعاقد في مجال تخصصه من جهة، ولا يكون في حاجة ماسة للتعاقد مع هذا المستهلك بالذات خاصة بالنسبة للسلع والخدمات التي يكثر عليها الطلب.

كما ينبغي أيضاً بيان مفهوم المستهلك في مجال عقود التجارة الإلكترونية والذي يسمى عادة بالمستهلك الإلكتروني انطلاقاً من الوسيلة التي يتعاقد من خلالها، ويعرف هذا المستهلك بأنه: «الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتلقى السلع أو الخدمات من المهني لغير الأغراض التجارية ويتسلمها مادياً أو حكماً، سواء بمقابل أو بدون مقابل عبر شبكات الاتصال الإلكترونية»⁽¹⁾.

ويلاحظ على هذا التعريف أنه وسع من دائرة مفهوم المستهلك لتشمل الأشخاص المعنوية إضافة إلى الأشخاص الطبيعية، غير أنه أخرج المهني أو التاجر الذي يتعاقد خارج نطاق تخصصه لإشباع احتياجاته المهنية من هذا المفهوم، وهذه المسألة محل خلاف واسع على مستوى الفقه بالنسبة للعقود التقليدية وكذلك بالنسبة للعقود الإلكترونية، ففي هذه الأخيرة والتي تنسم بأنها عقود تبرم عن بعد، دون أن تتحقق إمكانية المعاينة الحسية للسلعة أو المنتج المراد اقتنائه إلا عند التسليم، ودون إمكانية الالتقاء المباشر بالمهني (تاجرًا كان أو منتجًا أو حتى مزودًا بالخدمات)، ذهب بعض الآراء الفقهية إلى أن المستهلك في هذه العقود يكون عرضة للمخاطر حتى ولو كان مهنيًا، انطلاقاً من أنه يتعاقد بالطرق الإلكترونية في مجال خارج تخصصه، خاصة إذا نظرنا إلى التطورات المتلاحقة في مجال التجارة الإلكترونية التي يصعب على غير المتخصصين في هذا المجال متابعتها وفهمها مما يجعلهم دائماً في مركز ضعف

(1) -خالد ممدوح إبراهيم: حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، ط1، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2008م، ص33.

يستوجب الحماية⁽¹⁾.

فالخصوصية التي تتمتع بها عقود التجارة الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الإنترنت التي سبقت الإشارة إلى أنها شبكة عالمية لا تعترف بحدود إقليمية أو سياسية، تجعل المستهلك في هذه العقود في حاجة إلى حماية أكبر من الحماية المقررة للمستهلك التقليدي، لأن هذا الأخير، وإن كان طرفاً ضعيفاً فهو يتعاقد في مجال مادي يتيح له التعرف على المنتج أو الخدمة الذي يريد الحصول عليها، ومواجهة صاحبها والتفاوض معه حتى لم تم التعاقد مع طرف أجنبي، لأنه عادة ما يضطر إلى التنقل إلى محل المنتج أو الخدمة، أو حتى الالتقاء بمندوب عن المزود في أسوأ الظروف، على عكس المستهلك الإلكتروني الذي يبرم عقده مباشرة على الإنترنت وفي بعض الأحيان يتحصل على المنتج أو الخدمة مباشرة عبر هذه الوسيلة، وهو ما يجعله عرضة لمخاطر الدفع الإلكتروني، والقرصنة وغيرها، كما أن عملية التعاقد قد تتم في كثير من الأحيان في ظرف قياسي يغيب معه التروي والتفكير ومن ثم حسن التدبير، خاصة مع كثرة الصفحات الإعلانية والإجراءات التي تبثها.

وإن كان هناك رأي آخر يرى بأن المستهلك الإلكتروني لا يعتبر في مركز أكثر ضعف من المستهلك التقليدي، ذلك أن الخدمات التي توفرها شبكة الإنترنت والمشار إليها سابقاً ربما تجعله في مركز متكافئ مع المهني إن لم يكن في مركز أقوى، فحلقات النقاش، ومواقع التواصل الاجتماعي تمكن المستهلك من جمع كل المعلومات اللازمة عن المنتج أو الخدمة التي يريد الحصول عليها في ظرف وجيز وبكفاءة عالية، كما أن هناك مواقع مختصة في تقديم الاستشارات المتعلقة بالشراء عبر الإنترنت، مما يجعل المستهلك على دراية تامة بما هو مقدم عليه⁽²⁾.

غير أن الباحثة ترى أن هذا الرأي وإن صح بالنسبة للمستهلك الإلكتروني في الدول الغربية، فإنه غير صحيح بالنسبة للمستهلك على مستوى العالم الثالث بصفة عامة والعالم العربي بصفة خاصة، لأن هذا الأخير يصطدم كما سبق بإشكال اللغة، ذلك أن اللغة الإنجليزية هي اللغة الأساسية في مجال الإنترنت والمستهلك العربي لا يتقنها، ناهيك عن تسارع التطورات في التقنيات المستعملة في هذا المجال، والتي لا يصل عالمنا العربي منها إلا الفتات، مما يجعلنا غير متمكنين من حسن استعمالها بما يخدم مصالحنا خاصة وأن سوق الإنترنت سوق مفتوح على العالم، فالمستهلك الإلكتروني العربي لا يتعامل

⁽¹⁾—انظر: كوثر سعيد: حماية المستهلك الإلكتروني، مرجع سابق، ص 80-81.

⁽²⁾—Ndiaye Penda : Arbitrage en ligne et les litiges du commerce électronique, Université de Montréal, Faculté de droit, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de Maîtrise en droit (LLM), Décembre 2006, p158-159.

بالضرورة مع مهني عربي، وإنما يمكن أن يتعامل مع أي مهني في أي دولة كان، وعليه فالقول بأنه في مركز متكافئ أو أقوى من مركز المهني الموجود في الدول الغربية غير وارد.

ومن ثم تتفق الباحثة مع الرأي الفقهي الذي يرى أن المستهلك الإلكتروني شأنه شأن المستهلك التقليدي يبقى في حاجة إلى حماية ربما تفوق الحماية التي يحتاجها هذا الأخير.

ثانياً: تأثير موجبات حماية المستهلك على قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية

ثبت فيما تقدم أن قانون الإرادة من أهم المبادئ التي استقر العمل بها في مجال القانون الدولي الخاص، وأقرتها جل النظم القانونية والاتفاقيات الدولية كسبيل لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية بما فيها عقود التجارة الإلكترونية، والعقود التي يبرمها المستهلك تقليدياً كان أم إلكترونياً والتي تعرف بالعقود الاستهلاكية لا تخرج عن هذه القاعدة العامة، غير أنها تتميز عن بقية العقود بعدم التكافؤ بين طرفي العقد حيث يعتبر المستهلك طرفاً ضعيفاً مقابل المهني الذي يعد في مركز قوة لما له من نفوذ اقتصادي وخبرة في مجال تخصصه، الأمر الذي قد يجعل هذا الأخير يفرض شروطه على المستهلك خاصة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق، فقد يتجنب -بما له من خبرة- اختيار القوانين التي تتضمن قواعد حمائية للمستهلك، ويركز على اختيار القوانين التي تقدم مستوى أقل من الحماية⁽¹⁾.

من هذا المنطلق اختلفت كلمة الفقهاء حول إعمال قانون الإرادة في مجال العقود الاستهلاكية وخاصة تلك المبرمة إلكترونياً بين من ذهب إلى تعطيل العمل بقانون الإرادة نهائياً في هذا النوع من العقود، وبين من ذهب إلى تقييد العمل بهذا المبدأ بما يخدم مصلحة المستهلك على النحو الآتي بيانه:

1-تعطيل مبدأ قانون الإرادة في مجال العقود الاستهلاكية لحماية للمستهلك

ذهب جانب من الفقه إلى أنه إذا كان من شأن خضوع العقد لقانون الإرادة في عقود الاستهلاك الدولية أن يؤدي إلى تحقيق مصلحة للمهني أو المزود على حساب المستهلك الذي يعد الطرف الضعيف في هذه العملية التعاقدية، فإنه ينبغي تعطيل العمل بهذا المبدأ نهائياً حتى نفوت على الطرف القوي استغلال ضعف الطرف الآخر ومن ثم التعسف في استعمال الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من العقود.

⁽¹⁾ -موفق حماد عبد: الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، ط1، بغداد، مكتبة السنهوري، 2011م، ص408.

وقد وجد هذا الرأي تطبيقات عدة نذكر منها على سبيل المثال القانون النمساوي الصادر في 15/06/1978 الذي يقرر إخضاع العقود التي يرميها المستهلكون بصفة عامة لقانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك، وهو ما ذهب إليه أيضا القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في 18/12/1987م حيث أشارت المادة 120 منه بفقرتها إلى وجوب تطبيق قانون دولة مقر إقامة المستهلك، مع استبعاد اختيار القانون من جانب الأطراف استبعادا كلياً⁽¹⁾.

وقد وجهت لهذا جملة من الانتقادات نوجز أهمها في أن⁽²⁾:

- تعطيل مبدأ قانون الإرادة من شأنه الإضرار بمصالح التجارة الدولية، لأنه يعد واحدا من أهم أسباب تقدمها، لما يقدمه لها من حلول واقعية تتلاءم مع مقتضياتها.

- لا يمكن الجزم بأن القانون المختار يكون دائما ضارا بالمستهلك، فقد يكون الاستبعاد الكلي لقانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق متعارض مع مصلحة المستهلك، الذي قد يجد في القانون المختار حماية أكبر من الحماية الموجود في قانون محل إقامته المعتادة.

2- تقييد مبدأ قانون الإرادة في مجال العقود الاستهلاكية حماية للمستهلك

ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن حماية الطرف الضعيف في العقد الدولي وهو المستهلك طبعاً، لا تستوجب تعطيل قانون الإرادة الذي يعتبر من أهم ضوابط الإسناد، وإنما يكفي وضع ضوابط تحد من إمكانية التعدي على مصالح هذا الطرف.

وقد أخذت بهذا الرأي اتفاقية روما لسنة 1980م والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية بموجب مادتها 2/5 التي نصت على أنه: «على الرغم من أحكام المادة الثالثة، فإن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لا ينبغي أن ينتج عنه حرمان المستهلك من الحماية التي تضمنها له القواعد الآمرة في قانون بلد محل إقامته المعتاد:

- إذا كان إبرام العقد قد سبقه في هذا البلد عرض خاص أو دعاية، وقد اتخذ المستهلك في هذا البلد كافة الإجراءات الضرورية من جانبه لإبرام العقد في هذا البلد، أو

- إذا تلقى المتعاقد الآخر أو وكيله طلب المستهلك في هذا البلد، أو

⁽¹⁾ -انظر تفصيل هذه القوانين في: سليمان أحمد فضل: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص191،

أشرف وفا محمد: عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص216.

⁽²⁾ -موفق حماد عبد: الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص411-412.

-إذا كان العقد لبيع بضائع، وانتقل المستهلك من هذا البلد إلى بلد أجنبي وأصدر طلبه من هناك، على شرط أن تكون الرحلة منظمة من طرف البائع بهدف حث المستهلك على الشراء»⁽¹⁾.

فمن خلال هذا النص اشترطت المعاهدة للاعتداد باختيار الطرفين للقانون الواجب التطبيق في العقود التي يكون أحد أطرافها مستهلكا، ألا يؤدي هذا الاختيار إلى حرمان المستهلك من الحماية التي تقرها النصوص القانونية الآمرة في قانون محل إقامته المعتاد، وذلك في الحالات التي ذكرتها المادة على سبيل الحصر، وعليه فهي لم تستبعد حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على رابطتهم العقد ومن ثم لم تعطل العمل بقانون الإرادة كلية، وإنما أوجبت على القاضي المقارنة بين الحماية المقررة للمستهلك في القانون المختار والحماية المقررة في قانون محل إقامته المعتاد، وتطبيق أكثر القانونيين حماية له هذا طبعا في الحالات التي حددتها المادة. ومن ثم فالقانون المختار لا يستبعد إلا إذا كان أقل حماية للمستهلك.

وبالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية فمن المفروض أن تخضع لذات الأحكام التي تخضع لها عقود التجارة الدولية على التفصيل المبين أعلاه، أي أن قانون الإرادة بالنسبة لهذه العقود يقيد فقط بموجبات حماية المستهلك ولا يعطل، عملا بما جاء المادة 5 من اتفاقية روما لسنة 1980م التي لا تستبعد قانون الإرادة نهائيا، ومن ثم فكل عقد إلكتروني يعقد بين تاجر أو مهني من جهة، ومستهلك من جهة أخرى وهي العقود التي تعرف ب(B₂C) يطبق عليها قانون محل الإقامة المعتاد للمستهلك، وإن أراد الأطراف استعمال حقهم في اختيار القانون الواجب التطبيق عملا بمبدأ قانون الإرادة طبقا لأحكام المادة 3 من اتفاقية روما كما سبق، فلهم ذلك غير أنه يشترط في هذا الاختيار أن لا يحرم المستهلك من الحماية المقررة بموجب القواعد الآمرة في قانون محل إقامته المعتاد.

⁽¹⁾—Article 5 : «2. Nonobstant les dispositions de l'article 3, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle:

— si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat, ou

— si le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande du consommateur dans ce pays, ou

— si le contrat est une vente de marchandises et que le consommateur se soit rendu de ce pays dans un pays étranger et y ait passé la commande, à la condition que le voyage ait été organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à conclure une vente».

J.O.U.E, Op.cit, C 334/6.

وبهذا نكون أمام منافسة بين قانونين، قانون محل الإقامة المعتاد للمستهلك، والقانون الذي اختارته إرادة الطرفين، ومن المنطقي أن يطبق على العقد أكثر القانونين حماية للمستهلك، على أنه في حالة عدم وجود اختيار من قبل طرفي العقد للقانون الواجب التطبيق فإن القانون الواجب التطبيق بالضرورة هو قانون محل الإقامة المعتاد للمستهلك⁽¹⁾.

غير أن هناك من ذهب إلى أن أحكام المادة 2/5 من اتفاقية روما لسنة 1980 لا تصلح لتوفير الحماية اللازمة للمستهلك في العقود التي تبرم عبر الإنترنت، نظرا لصعوبة انطباق الحالات التي حصرتها هذه المادة على عقود التجارة الإلكترونية، ويجاب على هذا الرأي بأن هناك فعلا صعوبة في تطبيق الشروط الواردة في هذه المادة على عقود التجارة الإلكترونية.

وهو ما جعل دول المجموعة الأوروبية تعمل على تعديل هذه الشروط بناء على التشريع (CE) رقم 2008/593 للبرلمان والمجلس الأوروبي 17 جوان 2008 المتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية⁽²⁾ المعروف بـ"روما1"، حيث تضمنت مادته 6 شروطا يمكن تطبيقها إلى حد ما على عقود التجارة الإلكترونية إذ نصت على أنه: «1- ودون المساس بالمادتين 5 و7، العقد المبرم من طرف شخص طبيعي (مستهلك)، بغرض يمكن اعتباره خارج مهنته أو تجارته مع شخص آخر (مهني) يتصرف في مجال نشاطه المهني، يحكمه قانون بلد محل الإقامة المعتاد للمستهلك بشرط أن يكون المهني: أ- يمارس مهنته في البلد الذي يوجد به محل الإقامة المعتاد للمستهلك، أو

ب- أو يسير بأي وسيلة كانت نشاطه في هذا البلد، أو في مجموعة من البلدان من ضمنها هذا البلد.

2- وعلى الرغم من أحكام الفقرة 1، يمكن للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد يستجيب لشروط الفقرة 1، طبقا للمادة 3، على أن لا ينتج عن هذا الاختيار حرمان المستهلك من الحماية التي تضمنها له الأحكام التي لا يمكن الاتفاق على استبعادها في القانون الذي كان من المفروض أن يطبق»⁽³⁾.

⁽¹⁾– Larpvanichar Ratchaneekorn : Les contrats internationaux : étude comparative franco-thaïlandaise, Op.cit, p210.

⁽²⁾–Règlement (CE) N° 593/2008 du parlement européen et du conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), J.O.U.E du 4.7.2008, L 177/6-16.

⁽³⁾– Article 6: «1. Sans préjudice des articles 5 et 7, un contrat conclu par une personne physique (ci-après «le consommateur»), pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne (ci-après «le professionnel»), agissant dans l'exercice de son activité professionnelle, est régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle, à condition que le professionnel: a)=

فالشروط الواردة في هذا النص يمكن أن تطبق على كثير من عقود التجارة الإلكترونية التي يكون أحد أطرافها مستهلكا.

وعليه يمكن تعويض بالمادة 2/5 من اتفاقية روما لسنة 1980، بنص المادة 6 من اتفاقية روما لسنة 2008، كما أنه وحتى في حالة عدم تعويض نص المادة 2/5 فإنه يمكن الاستعانة بنص المادة 7 المتعلق بالقواعد الواجبة التطبيق حتى نضمن للمستهلك الإلكتروني الحماية اللازمة.

وعليه فإن موجبات حماية المستهلك تعتبر قيда على قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية وليس تعطيلا له، شأنها في ذلك شأن كافة عقود التجارة الدولية.

مما تقدم نستنتج أن الأصل في العقود التجارة الإلكترونية أن تخضع للقانون الذي تختاره إرادة الطرفين صراحة أو ضمنا، أما في حالة غياب هذا الاختيار فإن القاضي يلجأ إلى قواعد إسناد أخرى حتى يتسنى له تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التجارة الإلكترونية على نحو ما ستوضحه الباحثة من خلال المبحث الموالي.

=exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, ou b) par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci, et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité.

2. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1, les parties peuvent choisir la loi applicable à un contrat satisfaisant aux conditions du paragraphe 1, conformément à l'article 3. Ce choix ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix, sur la base du paragraphe 1». J.O.U.E du 4.7.2008, L 177/11-12.

المبحث الثاني: تطبيق قواعد الإسناد الموضوعية على عقود

التجارة الإلكترونية

إذا كان الأصل أن تخضع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة، بأن تتفق إرادة الطرفين على اختيار القانون الواجب التطبيق على رابطتهم العقدية، سواء أكان هذا الاختيار صريحا بموجب بند أو شرط مدرج في العقد، أو بموجب اتفاق مستقل، أم ضمينا يستنتجه القاضي من خلال ظروف وملابسات العقد، فإنه في ظل غياب الاختيار الصريح لهذا القانون، وفشل القاضي في استنتاج الإرادة الضمنية للطرفي للعقد، يتم اللجوء إلى تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال قواعد إسناد موضوعية، وهي عبارة عن مؤشرات تشير إلى ارتباط العقد ارتباطا وثيقا بالقانون المحدد.

وقواعد الإسناد الموضوعية التي يمكن من خلالها تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في ظل غياب إرادة طرفيه، إما أن تكون قواعد جامدة أي محددة سلفا كمكان إبرام العقد، أو مكان تنفيذه، أو الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك لطرفيه، وإما أن تكون قواعد مرنة تستمد من طبيعة العقد كضابط الأداء المميز للعقد، وهو ما ستيينه الباحثة من خلال بيان الإسناد الجامد للرابطة العقد (وهذا في مطلب أول)، ثم بيان الإسناد المرن لهذه الرابطة (وهذا في مطلب ثان).

المطلب الأول: الإسناد الجامد للرابطة العقدية

يرى فقهاء القانون الدولي الخاص أنه في ظل غياب اتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق على رابطتهم العقدية، فإنه يتم اللجوء إلى ضوابط ثابتة ومعلومة مسبقا لتحديد هذا القانون وتمثل هذه الضوابط أساسا في قانون محل إبرام العقد أو تنفيذه، أو قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين أو قانون موطنهما المشترك، على اعتبار أن هذه الضوابط تعبر عن صلة جادة وحقيقية بين العقد وهذه القوانين.

وستفصل الباحثة هذه الضوابط من خلال تناولها لإسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد وتنفيذه (وهذا في فرع أول)، ثم إسناد الرابطة العقدية لقانون الجنسية والموطن المشترك لطرفي العقد (وهذا في فرع ثان)، مع بيان تطبيق هذه الضوابط في مجال عقود التجارة الإلكترونية طبعا.

الفرع الأول: إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد أو تنفيذه

ستيين الباحثة من خلال هذا الفرع إسناد الرابطة العقدية إلى قانون محل إبرام العقد (أولا)، ثم

لقانون محل التنفيذ (ثانياً).

أولاً: إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام

تقدم أن إسناد العقد لقانون محل إبرامه، هو الحل الذي كان سائداً قبل بداية الاعتداد بجزية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على تعاقداتهم، أي قبل اعتماد قانون الإرادة كضابط إسناد أصلي، وعلى الرغم من ذهاب بعض شراح القانون الدولي الخاص إلى أفول نجم هذا الضابط، إلا أنه بالنظر إلى التشريعات الوطنية نجد أن كثيراً منها لازال يعتمد كضابط لتحديد قانون العقد في حالة غياب الإسناد الإرادي من قبل طرفيه.

ومثل لهذه التشريعات على المستوى الغربي بالتشريعين الإيطالي، والبرتغالي، حيث ذهب المشرع الإيطالي إلى أنه في حالة غياب اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم العقد، فإن الالتزامات الناشئة عن هذه العقود تكون محكومة بقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين إذا اتحدت جنسيتهم، فإذا لم تتحد جنسيتهم فإن هذه الالتزامات تكون محكومة بقانون دولة محل إبرام العقد⁽¹⁾، بينما ذهب المشرع البرتغالي إلى أنه في حالة غياب اختيار الأطراف الصريح أو الضمني، فإن الاختصاص بشأن الالتزامات التعاقدية يكون لقانون دولة الموطن المشترك للأطراف، وإلا طبق قانون محل إبرام العقد في العقود التي تتم بمقابل، أما في عقود التبرعات فيعمل بقانون دولة محل إقامة المتبرع⁽²⁾.

أما على المستوى العربي فنمثل لها بالتشريعين الجزائري والمصري، حيث ذهب المشرع الجزائري بموجب نص المادة 18 من القانون المدني إلى أنه: «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»⁽³⁾. فهذا النص يشير إلى أن المشرع الجزائري قد تبنى الإسناد الجامد للرابطة العقدية في حالة غياب اختيار طرفي العقد للقانون الواجب التطبيق، كما أنه حدد للقاضي كيفية اختيار هذا القانون، حيث يلجأ أولاً إلى تطبيق قانون الموطن المشترك، أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين، فإن تعذر ذلك لجأ إلى قانون محل إبرام العقد دون الإشارة إلى

⁽¹⁾—وهو نص المادة 25 من القانون الدولي الخاص الإيطالي رقم 218، الصادر في 13 ماي 1995م، والساري المفعول بداية من

الفتاح سبتمبر 1995. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 325.

⁽²⁾—وهذا بموجب نص المادة 42 من القانون المدني البرتغالي.

⁽³⁾—القانون رقم 05-10، ج.ر، ع 44، السنة 42، مرجع سابق، ص 20.

محل التنفيذ، مما يعني أن المشرع الجزائري لا يعتد بإسناد العقد إلى قانون محل تنفيذه على الرغم من أن هذا الضابط معترفا به في كثير من التشريعات.

بينما ذهب المشرع المصري بناء على نص المادة 19 من القانون المدني، إلى أنه في حالة غياب اختيار الأطراف -الصريح أو الضمني- للقانون الواجب التطبيق على عقودهم، فإن الالتزامات الناشئة عن هذه العقود تكون محكومة بقانون الموطن المشترك للطرفين، فإن اختلفا موطننا سرى قانون محل إبرام العقد⁽¹⁾، وهو بهذا يعتد بضابطين فقط هما قانون الموطن المشترك، أو قانون محل إبرام العقد.

وقد برر الفقهاء إسناد العقد لقانون بلد إبرامه، عند سكوت المتعاقدين عن تطبيق قانون الإرادة واختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم صراحة أو ضمنا، بأن هذا الإسناد يحقق لطرفي العقد ميزة العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق على ما ينتج عن عقودهم من التزامات، مما يصون توقعاتهم ويوفر لهم الأمان القانوني المنشود لاستقرار التجارة الدولية، هذا من جهة، ومن جهة ثانية، بأن اختيار قانون بلد محل الإبرام يعبر عن وجود صلة حقيقية وجادة بين القانون والعقد، فهي صلة غير مفتعلة لأن مكان الإبرام هو مكان الميلاد الأول للعقد⁽²⁾.

ومع هذه المبررات التي ساقها مؤيدو إسناد العقد لقانون محل إبرامه، فقد وجهت لهذا الرأي جملة من الانتقادات على اعتبار أن حجج هذا الرأي لا تقوم على أساس صحيح، ذلك أن إبرام العقد في مكان معين قد يتحدد بناء على ظروف عارضة لا تكفي لقيام الصلة المطلوبة بين الرابطة العقدية والقانون الذي يحكمها، فالعقود تبرم عادة في مواقع تجارية لا تعدو أن تكون أماكن للقاء المتعاملين ولا تتركز فيها في الغالب مصالحهم الأساسية. كما أنه وإن صلحت الحجج المقدمة للتطبيق في مجال العقود التجارية التقليدية البحتة، فإنها لم تعد ملائمة لتطور التجارة الدولية خاصة مع كثرة وتعدد صور التعاقد بين غائبين⁽³⁾.

ولعل هذا النقد الأخير يعطي من البداية صورة واضحة عن مدى صلاحية هذا الضابط للتطبيق في مجال عقود التجارة الإلكترونية، على اعتبار أنها عقود تبرم بين غائبين مكانا شأنها في ذلك شأن بقية عقود التجارة الدولية المبرمة بين غائبين، والتي تطرح إشكالا في تحديد مكان إبرامها، حيث ظهرت عدة نظرية فقهية في هذا المجال حاولت كل منها الوصول إلى تحديد المكان الحقيقي الذي

(1)-انظر: فيصل محمد محمد كمال: الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص688.

(2)-هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص353، 357، بند274.

(3)-انظر: هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص555، بند374.

تم فيه إبرامها.

وإذا كان تحديد مكان إبرام العقد يطرح إشكالا في مجال عقود التجارة الدولية المبرمة بين غائبين، فإن هذا الإشكال يزداد حدة في مجال عقود التجارة الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الإنترنت حيث تبين من خلال الفصل السابق مدى صعوبة تحديد مكان إبرامها والاختلافات الموجودة بين التشريعات الوطنية والقوانين النموذجية في تحديد هذا المكان، وذلك بالنظر إلى عالمية هذه الشبكة ومن ثم تواجدها في كل أنحاء العالم، مما يعني أن للشخص أن يبرم عقده من أي محل كان فيه، طالما أنه يحمل حاسوبه الشخصي أو حتى هاتفه النقال، وعليه يمكن القول أن الرابط الذي يفترض وجوده بين العقد الإلكتروني ومكان إبرامه قد ينتفي في كثير من هذه العقود، لأن إبرام العقد في مكان معين قد يكون مجرد صدفة، كأن يطلع المتعاقد على إعلان ما وهو في أحد سفرياته، فيضطر لإبرام العقد من ذلك المكان الذي يتواجد فيه خوفا من انقضاء مدة الإيجاب، دون أن تخطر في باله إمكانية الاعتداد بقانون ذلك المكان كقانون واجب التطبيق على العقد الذي أبرمه.

من هذا المنطلق، كما من الملائم التخلي عن اعتماد محل إبرام العقد كمعيار لإسناد الرابطة العقدية إلى قانون يحكم الالتزامات الناشئة عنها، ومن ثم ذهب فقهاء القانون الدولي المعاصرين إلى عدم التعويل على هذا الضابط⁽¹⁾.

وعليه ترى الباحثة أن معيار إسناد العقد لقانون محل إبرامه لا يمكن أن يطبق في مجال عقود التجارة الإلكترونية، نظرا لصعوبة تحديد مكان إبرامها، مساندة بذلك ما ذهب إليه غالبية الباحثين في هذا المجال.

ثانيا: إسناد الرابطة العقدية لقانون محل التنفيذ

كان الفقيه الألماني سافيني (Savigny)⁽²⁾ هو أول من نبه إلى أهمية إسناد العقود الدولية لقانون دولة محل تنفيذ العقد، على أساس أن الرابطة التعاقدية تنتج آثارها في هذه الدولة، فدولة محل التنفيذ هي الدولة التي تتركز فيها مصلحة طرفي العقد، لأنهما يجنيان فيها ثمار عقدهما، وفيها أيضا تتحقق

⁽¹⁾— **Larpvanichar Ratchaneekorn** : Les contrats internationaux : étude comparative franco-thaïlandaise, Op.cit, p187.

⁽²⁾—**سافيني (Savigny)** : هو (Friedrich-karl von Savigny)، من عظماء الفقه الألماني، عاش في الفترة الممتدة بين سنتي 1779 و1861. من مؤلفاته شرح القانون الروماني، الذي خصص الجزء الثالث منه والصادر سنة 1849، لبيان آرائه بالنسبة لتنازع القوانين. انظر:

Pierre Mayer, Vincent Henze : Droit international privé, Op.cit, p48, n°68, Henri Batiffol, Paul Lagarde : Droit international privé, Op.cit, 1/308 , n°237 .

المسؤولية عن عدم تنفيذه، وتتركز فيها أيضا مصلحة كل من له ارتباط بهذا العقد. فمحل التنفيذ يعبر عن مركز الثقل والارتباط الاجتماعي والاقتصادي في الرابطة العقدية، لأنه يرتبط به ارتباطا حقيقيا ووثيقا وليس ارتباطا عرضيا، كما قد يحدث بالنسبة لمحل الإبرام. وهو ما جعل كثير من التشريعات الوطنية تتبناه لتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة سكوت الإرادة عن التعيين الصريح أو الضمني لهذا القانون⁽¹⁾.

غير أن هذه المزايا التي يحققها هذا الضابط لا تنفي وجود بعض العيوب التي تظهر عند تطبيقه في الواقع العملي، حيث تظهر صعوبة إعماله مثلا حينما يتم التنفيذ في أكثر من دولة، أو يكون التنفيذ متتابعا على مراحل كما هو حال العقود الزمنية. ومع هذا فإن هذه المثالب لم تنل من اعتبار محل التنفيذ من أهم القرائن التي يمكن الاعتماد عليها في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد⁽²⁾، وذلك لقوة الارتباط الموجود بين العقد ومحل تنفيذه على عكس محل الإبرام.

أما بالنسبة لتطبيق هذا ضابط في مجال عقود التجارة الإلكترونية، فإنه ينبغي التمييز بين نوعين من هذه العقود على النحو الآتي⁽³⁾:

أ-العقود التي تبرم عبر الشبكة وتنفذ خارجها: وهذه العقود لا تطرح إشكالا، فهي لا تختلف عن بقية عقود التجارة الدولية، لأنها تحيل إلى عناصر مادية لتحديد مكان التنفيذ، الذي عادة ما يكون مكان تسليم البضاعة أو الخدمة.

ب-العقود التي تبرم وتنفذ عبر الشبكة: وتمثل لهذا النوع من العقود، بعقود تحميل برامج الحاسوب أو الكتب أو الأفلام... حيث ينفذ العقد على الخط بتنزيل البرنامج أو الكتاب أو الفلم بشكل مباشر على الحاسوب الشخصي أو حتى على الهاتف المحمول بعد إتمام العقد ودفع الثمن بشكل إلكتروني، فهذه العقود تطرح إشكالا فيما يتعلق بتحديد مكان تنفيذ العقد، وهو المكان الذي يوجد فيه حاسوب المشتري أو هاتفه النقال، أم هو مكان موقع التحميل على الخط لحظة التنفيذ، أم مكان المزود الذي يقدم الخدمة، أم هو مكان المستضيف الذي يجري عملية التحميل.

(1) - هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 559-562، بند 378-379.

(2) - أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 201.

(3) - صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 331، سليمان أحمد فضل: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 201-202، لزهرة بن سعيد: النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 184-185.

وعليه ترى الباحثة أنه وإن كان تطبيق معيار محل تنفيذ العقد على عقود التجارة الإلكترونية التي تبرم إلكترونيا وتنفذ بشكل ملموس ممكن، ولا يطرح إشكالا ما عدا الإشكالات المطروحة في مجال عقود التجارة الدولية بصفة عامة، والمتعلقة بتنفيذ العقد في أكثر من دولة أو التنفيذ المتتابع في العقود الزمنية كما سبقت الإشارة، فإن المسألة تبدو جد معقدة بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية التي تبرم وتنفذ عبر شبكة الإنترنت، نظرا لاعتماد هذا النوع من العقود على تقنيات دقيقة يصعب معها تحديد المكان الذي أبرم فيه العقد، نظرا لتداخل هذا الأخير مع العقود الموجود في البيئة الإلكترونية كما تمت الإشارة إليه في الفصل السابق.

ولتفادي هذه الصعوبات ينبغي على المتعاقدين - كما يرى أغلب الباحثين في هذا المجال⁽¹⁾ - تحديد مكان التنفيذ سلفا في العقد المبرم بينهم كشرط من شروطه، أو بند من بنوده، أو حتى في اتفاق مستقل.

الفرع الثاني: إسناد الرابطة العقدية لقانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدین العقد

ستتناول الباحثة في هذا الفرع إسناد الرابطة العقدية لقانون الجنسية المشتركة لطرفي العقد (أولا)، ثم تتناول إسنادها لقانون الموطن المشترك لهما (ثانيا).

أولا: إسناد الرابطة العقدية لقانون الموطن المشترك للمتعاقدین

قبل الحديث عن إسناد الرابطة العقدية لقانون الموطن المشترك لطرفي العقد، ينبغي بداية بيان المقصود بالموطن، خاصة وأن الأنظمة القانونية قد تباينت في تحديد مفهومه، على أن الباحثة ستقتصر على بيان هذا المفهوم في التشريع الجزائري فقط.

عرف المشرع الجزائري الموطن بموجب المادتين 36 و37 من القانون المدني حيث نصت على التوالي على أن: «موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن»⁽²⁾، «يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا

⁽¹⁾يراجع في هذه النقطة: صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص332، لزهري بن سعيد: النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص185.

⁽²⁾القانون رقم 05-10 لسنة 2005 المشار إليه سابقا، ج.ر، ع44، السنة 42، ص21.

خاصا بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة»⁽¹⁾.

فمن خلال هذين النصين يتضح أن المشرع الجزائري يقسم الموطن إلى موطن عام وهو محل السكن الرئيسي للشخص أو محل الإقامة المعتاد، وموطن خاص وهو الموطن الذي يخاطب فيه الشخص بخصوص بعض أوجه النشاط المحددة على وجه التخصيص كما هو الحال بالنسبة لموطن الأعمال للمعاملات المتعلقة بالتجارة أو الحرفة.

وقد أضاف المشرع الجزائري أنه بإمكان الشخص أن يكون له موطن مختارا بالنسبة لتنفيذ بعض التصرفات القانونية وذلك بموجب نص المادة 1/39 من القانون المدني حيث جاء فيه: «يجوز اختيار موطن خاص لتنفيذ تصرف قانوني معين»⁽²⁾.

وعليه نلاحظ أن مفهوم الموطن في القانون الداخلي يختلف بحسب حالة الشخص والمجال المتعلق به، وهو بهذا يعتبر من العناصر المميزة للشخصية، وينسحب الأمر ذاته إلى مجال القانون الدولي الخاص، لذلك اعتبره جانب كبير من الفقهاء أحد المعايير التي يمكن الاعتماد عليها لإسناد العقد إلى القانون الذي يحكمه.

ومن ثم اعتمدت كثير من التشريعات الموطن المشترك للمتعاقدين كضابط إسناد يمكن الاعتماد عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة سكوت الإرادة عن اختيار هذا القانون، ومن هذه التشريعات التشريع الجزائري، حيث اعتبر المشرع الجزائري أن ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين هو الضابط الاحتياطي الأول الذي يلجأ إليه القاضي عند عدم اختيار أطراف العقد لقانون يحكم عقدهم صراحة، وذلك بموجب نص المادة 2/18 من القانون المدني السالفة الذكر، وهو ذات ما ذهب إليه كل من المشرع المصري، من خلال المادة 19 من القانون المدني، والمشرع البرتغالي بموجب المادة 42 من قانونه المدني، أما المشرع الإسباني فهو وإن اعتد بقانون الموطن المشترك كضابط إسناد، إلا أنه جعله في المرتبة الثانية بعد قانون الجنسية المشتركة لطرفي العقد بموجب المادة 5/10 من قانونه المدني.

وإضافة إلى أن الموطن يعتبر من العناصر المميزة للشخصية، يعلل أنصار الأخذ بهذا المعيار لتحديد القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية مذهبهم بأن قانون الموطن هو القانون الذي يعرفه المتعاقدون أكثر من غيره، كما أنهم اعتادوا على أن ينظموا سلوكهم وفق أحكامه، وبالتالي يكون في

⁽¹⁾ -الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر، ع78، السنة 12، صادرة يوم الثلاثاء 24 رمضان عام 1395هـ الموافق 30 سبتمبر سنة 1975، ص992.

⁽²⁾ -القانون رقم 05-10 لسنة 2005 المشار إليه سابقا، ج.ر، ع44، السنة 42، مرجع سابق، ص21.

مقدورهم أن يتوقعوا الآثار التي يمكن أن تنتج عن تطبيقه إيجابية كانت أم سلبية⁽¹⁾.

وإذا كان الأخذ بمعيار الموطن المشترك واضح وسهل التطبيق في العالم المادي، فإن الأمر على خلاف ذلك في العالم الافتراضي، لأن تحديد موطن مشترك لطرفي العقد المبرم عبر الإنترنت يطرح إشكالا من حيث كون التعاقد الإلكتروني يتم من خلال المواقع الإلكترونية، بمعنى أن التعامل يكون بناء على عناوين هذه المواقع، التي تقدم أنها ليست مرتبطة جميعا بالبلد الذي أنشأت أو توجد فيه حقيقة⁽²⁾، فإذا كانت بعض المواقع تشير عناوينها إلى الدولة التي توجد فيها عن طريق الامتداد الجغرافي الممنوح لكل دولة كالامتداد (.dz) الذي يشير للجزائر مثلا، فإن هناك مواقع أخرى لا تشير إلى ارتباطها بأي دولة كما هو الحال بالنسبة للمواقع التي تحمل الامتداد (.com)، أو الامتداد (.bz) والتي غالبا ما تكون مواقع تجارية.

وعليه فإذا كان الموقع يحمل امتدادا لا يشير إلى دولة معينة، فإنه يكون من الصعب تحديد موطن مشترك لطرفي العقد خاصة وأن المعلومات التي يدلي بها متصفح الويب ليست دائما حقيقية، فقد يشير المتعامل إلى دولة مع أنه من دولة أخرى، وهو ما يحدث أيضا في عناوين البريد الإلكتروني فهي الأخرى لا تشير إلى الموطن الحقيقي للشخص، فمثلا عناوين البريد الإلكتروني التي تقدمها شركة (yahoo) والتي تنتهي ب (yahoo.fr)، لا تعني بالضرورة أن الشخص مقيم بفرنسا على الرغم من أن الامتداد (.fr) هو الامتداد الجغرافي الخاص بالدولة الفرنسية.

ومن ثم يمكن القول بأنه يصعب تحديد موطن مشترك لطرفي العقد في عقود التجارة الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت اعتمادا على عناوين المواقع الإلكترونية، أو عناوين البريد الإلكتروني، أو حتى عن طريق المعلومات التي يدلي بها طرفي العقد خاصة في حالة غياب شهادة التصديق الإلكتروني التي تثبت صحة المعلومات المقدمة.

مما يعني أنه لا يمكن الاعتماد على معيار الموطن المشترك لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية لصعوبة التأكد من الموطن الحقيقي لطرفي العقد أو لأحدهما على الأقل، لأنه وإن كان بالإمكان التأكد من موطن التاجر، إلا أن التأكد من موطن الطرف الثاني ليس متاحا دائما.

ثانيا: إسناد الرابطة العقدية لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدین

إن اعتماد الجنسية المشتركة لطرفي العقد كمعيار لتحديد القانون الواجب التطبيق عليه في حالة

(1) -انظر: هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية، مرجع سابق، ص562، بند379.

(2) -انظر تفصيل هذه المسألة في الفصل التمهيدي من هذه الأطروحة.

سكوت الإرادة عن التحديد الصريح أو الضمني لهذا القانون، أخذت به بعض التشريعات الوطنية، ومنها التشريع الجزائري، والتشريع الإسباني، وإن اختلفت في المرتبة الممنوحة لهذا المعيار، إذ بينما جعل المشرع الجزائري معيار الجنسية المشتركة لطرفي العقد في المرتبة الثانية بعد معيار الموطن المشترك، جعله المشرع الإسباني في المرتبة الأولى مفضلا إياه على قانون الموطن المشترك وقانون محل إبرام العقد.

وقد عللت بعض أحكام القضاء إسناد العقد لقانون الجنسية المشتركة لطرفي العقد، بأنه هذا القانون هو قرينة على الإرادة المفترضة⁽¹⁾ لطرفيه، بينما عللته بعض الأحكام الأخرى بأنه دليل على الإرادة الضمنية لهما⁽²⁾.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن معيار الجنسية المشتركة وإن لعب دورا في مجال العلاقات العائلية، ومسائل الأحوال الشخصية، فإن نجاحه في مجال المعاملات المالية ومنها العقود الدولية كان محدودا لضآلة الاعتبار الشخصي في تلك العلاقات⁽³⁾.

وعليه ترى الباحثة أنه لا يمكن اعتماد إسناد العقد لقانون الجنسية المشتركة لطرفي العقد في مجال العقود التجارية الدولية بصفة عامة، وعقود التجارة الإلكترونية بصفة خاصة، ذلك أن الجنسية لا تشكل صلة وثيقة بين العقد وقانون الجنسية فقد تقدم أن الجنسية لا تعتبر عنصرا مؤثرا في عقود المعاملات الدولية إذ لا تصلح حتى لإضفاء الصفة الدولية على هذه العقود، هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن جنسية طرفي العقد يصعب التحقق منها في مجال العقود المبرمة عن طريق الإنترنت، انطلاقا من صعوبة التحقق من هوية الأطراف أصلا.

المطلب الثاني: الإسناد المرن للرابطة العقدية

نظرا للانتقادات الموجهة لضوابط الإسناد الجامد للرابطة العقدية على نحو ما تبين في المطلب السابق، والتي بينت صعوبة تطبيق هذه الضوابط في العقود التجارية الدولية وخاصة عقود التجارة الإلكترونية، ذهب كل من الفقه والقضاء والتشريعات المختلفة، إلى ضرورة الاعتماد على الإسناد المرن للرابطة العقدية، هذا الإسناد الذي يقوم على ضابط موضوعي يتناسب مع واقع التجارة الدولية وتطوراتها المتلاحقة، وهو يتمثل أساسا فيما يعرف بـ"ضابط الأداء المميز للعقد".

وستبين الباحثة من خلال هذا المطلب المقصود بضابط الأداء المميز في العقد وموقف الاتفاقيات

(1) -انظر: صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص333.

(2) -الإرادة المفترضة تعني أن القاضي عليه أن يتوقع ما كان سيفعله المتعاقدان فيما لو كانوا قد اتفقوا على اختيار قانون العقد.

(3) -انظر: أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص202.

الدولية والتشريعات الوطنية منه (وهذا في فرع أول)، ثم تبين مدى صلاحية هذا الضابط للتطبيق في مجال عقود التجارة الإلكترونية (وهذا في فرع ثان).

الفرع الأول: ضابط الأداء المميز للعقد وموقف الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية منه

يتناول هذا الفرع المقصود بضابط الأداء المميز للعقد (أولاً)، ثم يتناول موقف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية من هذا الضابط (ثانياً).

أولاً: المقصود بضابط الأداء المميز للعقد

تبين لفقهاء القانون الدولي الخاص منذ زمن طويل، أن العقد التجاري الدولي وإن ارتبط بعدد من القوانين، إلا أن درجة الصلة التي تربطه بهذه القوانين مختلفة، الأمر الذي جعل الاتجاه الغالب في القانون الدولي الخاص المعاصر يرى أن القانون الواجب التطبيق في حالة غيبة قانون الإرادة هو قانون الدولة الأوثق صلة بالعلاقة التعاقدية، وبهذا فقد ظهر معيار جديد يمكن الاعتماد عليه لإسناد العقد إلى قانون يحكمه وهو "معيار قانون الدولة الأوثق صلة" (Le critère du lien les plus étroits).

غير أن هذا المعيار عام ويكتنفه بعض الغموض، إذ يصعب تحديد الصلة الأوثق للعقد، فهي صلته بمحل الإبرام، أم صلته بمحل التنفيذ، أم صلته بالدولة التي يتوطن بها طرفاه أو يحملون جنسيتها، لذلك أو جد الفقهاء قرينة من شأنها تحديد هذه الصلة بشكل موضوعي وهي ما يعرف بمعيار "الأداء المميز في العقد" (Le critère de la prestation caractéristique) هذا بالنسبة للشخص الطبيعي، أما بالنسبة للشخص المعنوي فإن المعيار الذي يعتد به فهو قانون الدولة التي يوجد بها مركز الإدارة الرئيسي⁽¹⁾.

وتقوم فكرة معيار الأداء للمميز للعقد على أساس تفريد معاملة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد، حسب الوزن القانوني والأهمية الواقعية "للأداء" أو "الالتزام" الأساسي فيه، ومكان الوفاء به أو تقديمه، ولما كان ذلك الأداء أو الالتزام ليس سواء في كل العقود، فإنه من الطبيعي أن يختلف القانون الذي يحكمه في كل عقد على حدة⁽²⁾.

فعلى الرغم من تعدد الالتزامات في العقد الواحد، إلا أن أحد هذه الالتزامات فقط هو الذي يميز العقد ويعبر عن جوهره، لذلك يعرف الأداء المميز للعقد بأن ذلك الأداء: «الذي يسمح بتمييز عقد

(1) - أشرف وفا محمد: عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 201-202.

(2) - أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 199.

عن غيره»⁽¹⁾، ومن ثم لا يمكن اعتبار دفع الثمن أداء مميزاً، لأنه التزام تشترك فيه العديد من العقود التي لا يمكن التمييز بينها بموجبه، على عكس الالتزام المقابل لدفع الثمن كالتزام البائع في عقد البيع بتسليم المبيع أو نقل الملكية، والتزام المورد بتوريد الخدمة في عقد المقاولة⁽²⁾، فهذا الالتزام الذي يعتبر مركز الثقل في الرابطة العقدية يمكن أن يميز العقد عن غيره.

والإسناد طبقاً لمعيار الأداء المميز يقوم على افتراض مسبق مؤداه أن محل تنفيذ الأداء المميز هو محل إقامة المدين بهذا الأداء، وهو ما يكفل للأطراف الأمان القانوني ويصون توقعاتهم المشروعة ويحقق الاستقرار لمعاملاتهم التجارية فيما يتعلق بالقانون الذي يحكم رابطتهم العقدية.

وبهذا يتميز معيار الأداء المميز عن معيار التركيز الموضوعي، الذي يقوم على ترك تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد للقاضي الذي ينظر النزاع، حيث يحدد هذا القانون في كل حالة على حدة وفقاً لظروف العقد وملابساته في مرحلة متأخرة، لا يتحقق معها العلم المسبق لطرفي العقد بالقانون الذي سيطبق على رابطتهم العقدية، وهو ما يحول دون تحقق الأمان القانوني الذي ينشدها، فالإسناد وفقاً لهذا المعيار يتميز بالمرونة الشديدة انطلاقاً من أنه يترك للقاضي حرية واسعة في تحديد قانون العقد وفقاً لظروف واقعية تختلف من حالة إلى أخرى⁽³⁾.

وعلى هذا الأساس فمعيار الأداء المميز وإن اتسم بالمرونة لاختلاف صورته حسب كل فئة من العقود، إلا أنه لا يفتقد إلى الوضوح والتحديد كما هو حال معيار التركيز الموضوعي، ذلك أنه يمكن في إطار كل فئة من العقود ذات الطبيعة الواحدة كعقود بيع المنقولات مثلاً، أن نحدد من البداية الأداء المميز فيها بوصفه المعيار المنضبط الذي سيسند العقد طبقاً له إلى القانون السائد في محل التنفيذ المفترض لهذا الأداء، بغض النظر عن الظروف الواقعية المحيطة بالعقد في الحالة المعروضة، وعليه فإن ترجيح قانون محل إقامة المدين بالأداء المميز، وهو ليس بالضرورة قانون محل تنفيذ هذا الأداء، يرجع إلى وضوح معيار هذا الإسناد وسهولة العلم المسبق به⁽⁴⁾.

ومن ثم فهذا المعيار من شأنه المساعدة على تجنب الصعوبات التي يثيرها الإسناد الجامد للرابطة العقدية، الأمر الذي جعله محل تطبيق في عدد من الاتفاقيات الدولية وكذا التشريعات الوطنية على ما سيتضح من خلال الجزئية الموالية.

⁽¹⁾— « celle qui permet de distinguer un contrat d'un autre ». **Youcef Shandi** : la Formation des contrat à distance par voie électronique, op.cit, p224.

⁽²⁾— انظر: موفق حماد عبد: الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 434.

⁽³⁾— هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 593، بند 397.

⁽⁴⁾— المرجع نفسه، ص 589، بند 394-395.

ثانيا: موقف الاتفاقيات الدولية والتشريعات والوطنية من ضابط الأداء المميز للعقد

أقرت العديد من الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية ضابط الأداء المميز للعقد كمعيار لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذا العقد، وهو ما سيتضح من خلال ما يأتي:

1-موقف الاتفاقيات الدولية: تبنت جل الاتفاقيات التي تناولت القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية فكرة الأداء المميز في العقد كمعيار لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في حالة سكوت الإرادة عن تحديده ومن هذه الاتفاقيات نذكر على سبيل المثال لا الحصر:

أ-اتفاقية لاهاي لسنة 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية وذلك بموجب مادتها 1/3 والتي جاء فيها أنه: في غياب القانون المختار من قبل الأطراف، وفي ظل الشروط المشار إليها في المادة السابقة، يسري على البيع القانون الداخلي للدولة التي يقع بها مقر الإقامة المعتاد للبائع في اللحظة التي يتسلم فيها الطلب، وإذا كان الطلب قد تم تسلمه عن طريق منشأة البائع، فإن العقد يحكمه القانون الداخلي للدولة التي توجد بها هذه المنشأة⁽¹⁾. فهذا النص وإن لم يستعمل مصطلح "الأداء المميز" بشكل مباشر، إلا أنه يستفاد من فحواه الاعتداد بهذا المعيار، ذلك أن البائع هو المدين بالأداء المميز في عقود البيوع الدولية للمنقولات المادية، على اعتبار أنه ملتزم بتسليم المنقولات المادية محل التعاقد، فإذا أشار نص المادة إلى أن القانون الواجب التطبيق على هذه العقود في حالة عدم اختيار الأطراف لهذا القانون هو قانون محل الإقامة المعتاد للبائع أو قانون الدولة التي يوجد بها مقر منشأته، فهذا يعني أن الاتفاقية أخذت بمعيار الأداء المميز.

ب-اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، وذلك بناء على نص المادة 4 منها في فقرتها الأولى والثانية⁽²⁾ حيث نصت الفقرة الأولى على أنه: "في حالة

⁽¹⁾– Article 3/1 : « A défaut de la loi déclarée applicable par les parties, dans les conditions prévues à l'article précédent, la vente est régie par la loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande. Si la commande est reçue un établissement du vendeur, la vente est régie par la loi interne du pays où est situé cet établissement ». www.hcch.net.

⁽²⁾– Article 4 : «1. Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Toutefois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application, à titre exceptionnel, à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays.

2. Sous réserve du paragraphe 5, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale. Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, =

سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق، يسند العقد إلى قانون الدولة الأوثق صلة به"، ثم نصت الفقرة الثانية على القرينة التي من شأنها تحديد القانون الأوثق صلة بالعقد بقولها: "ويفترض أن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند التعاقد محل الإقامة المعتاد للطرف المدين بالأداء المميز، أو مركز إدارته فيما لو كان شخصا اعتباريا"، وعليه فنص المادة الرابعة من هذه الاتفاقية يجسد الاعتراف بمعيار الأداء المميز سواء كان المدين به شخصا طبيعيا أم معنويا، بعد أشارت الفقرة الأولى من هذه المادة إلى القانون الأوثق صلة بالعقد، ومن ثم يتضح أن معيار "الأداء المميز" هو الذي يحد من عمومية قاعدة التنازع التي تقرر إسناد العقد إلى قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد على نحو ما تقدم.

ج- تشريع روما⁽¹⁾: نظرا لأهمية معيار الأداء المميز للعقد كمعيار لتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة سكوت الإرادة عن تحديد هذا القانون، فقد أكدته اتفاقية روما 1، وذلك بموجب مادتها الرابعة أيضا، حيث تضمنت ذات المضمون الوارد في اتفاقية روما لسنة 1980 مع تحديد المدين بالأداء المميز في بعض العقود على سبيل الحصر حتى لا تدع مجالاً للتأويلات القضائية في مختلف دول المجموعة الأوروبية⁽²⁾.

=selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement». www.hcch.net,

⁽¹⁾—سبقت الإشارة إلى أن اتفاقية روما 1 هي عبارة عن:

REGLEMENT (CE) N° 593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), J.O.U.E du 4.7.2008, L 177/6-16

⁽²⁾—article 4 du Règlement : « 1. A défaut de choix exercé conformément à l'article 3 et sans préjudice des articles 5 à 8, la loi applicable au contrat suivant est déterminée comme suit:

- a) le contrat de vente de biens est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle;
- b) le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle;
- c) le contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'immeuble;
- d) nonobstant le point c), le bail d'immeuble conclu en vue de l'usage personnel temporaire pour une période maximale de six mois consécutifs est régi par la loi du pays dans lequel le propriétaire a sa résidence habituelle, à condition que le locataire soit une personne physique et qu'il ait sa résidence habituelle dans ce même pays;
- e) le contrat de franchise est régi par la loi du pays dans lequel le franchisé a sa résidence habituelle;
- f) le contrat de distribution est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle;
- g) le contrat de vente de biens aux enchères est régi par la loi du pays où la vente aux enchères a lieu, si ce lieu peut être déterminé;
- h) le contrat conclu au sein d'un système multilatéral qui assure ou facilite la rencontre de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers pour des instruments financiers, au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 17), de la directive 2004/39/CE, selon des règles non discrétionnaires et qui est régi par la loi d'un seul pays, est régi par cette loi.

أخيرا تجدر الإشارة إلى أن الأحكام المتعلقة بمعيار الأداء المميز المعتمد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في ظل غياب اختيار الطرفين المنصوص عليها في هذه الاتفاقيات، يرد عليها استثناء متعلقا بالعقود المبرمة مع المستهلك، حيث أن هذه العقود تكون خاضعة لقانون محل الإقامة المعتاد للمستهلك على الرغم من أنه ليس الشخص المدين بالأداء المميز، وعليه فهذه العقود كما كانت استثناء على قانون الإرادة على نحو ما تقدم، فهي أيضا تعتبر استثناء على معيار الأداء المميز، وهو ما أكدته المادة 2/3 من اتفاقية لاهاي لسنة 1955 بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية⁽¹⁾، والمادة 5 من اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية⁽²⁾، والمادة 6 من تنظيم روما⁽³⁾.

2-موقف التشريعات الوطنية:

لقد كانت المادة الرابعة من اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، مصدرا لكثير من التشريعات الوطنية التي تبنت ضابط الأداء المميز للعقد كمعيار لتحديد القانون الواجب التطبيق، وتمثل لهذه التشريعات ب:

أ-القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987: الذي تبنى هذا المعيار بموجب مادته 117 حيث جاء فيها أنه: عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق، يخضع العقد لقانون الدولة الأوثق صلة به، وهي الصلة التي يفترض وجودها مع الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتاد للطرف الذي يتعين أن يقوم بالأداء المميز، أو التي توجد بها منشأة هذا الأخير فيما لو كان العقد قد أبرم لممارسة نشاطه المهني أو التجاري⁽⁴⁾.

=2. Lorsque le contrat n'est pas couvert par le paragraphe 1 ou que les éléments du contrat sont couverts par plusieurs des points a) à h) du paragraphe 1, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ». J.O.U.E , du 4.7.2008, L 177/11.

⁽¹⁾—فبعد أن أقرت الفقرة الأولى من المادة 3 محل الإقامة المعتاد للبائع أو منشأته كضابط إسناد لتعيين قانون العقد، قضت فقرتها الثانية بأن: البيع يكون محكوما بالقانون الداخلي للدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتاد للمشتري في الحالة التي يتم استلام طلب الشراء في دولة المشتري من قبل البائع أو الممثل القانوني له. يراجع نص المادة المنشور على الموقع: www.hcch.net.

⁽²⁾—نص المادة 5 من اتفاقية روما لسنة 1980 مشار إليه كاملا فيما تقدم من صفحات هذه الأطروحة.

⁽³⁾—نص المادة 6 من تشريع روما لسنة 2008 مشار إليه كاملا فيما تقدم من صفحات هذه الأطروحة.

⁽⁴⁾—Article 117 : «1. à défaut d'élection de droit, le contrat est régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroit.

2. ces liens sont réputés exister avec l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou, si le contrat est conclu dans l'exercice d'une activité professionnelle ou commerciale, son établissement» . **Gazouani Chiheb** : Le contrat de commerce électronique international, Op.cit , p304.

ب- القانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986: بموجب مادته 28 التي نصت على أنه عند سكوت إرادة المتعاقدين عن اختيار القانون الذي يحكم العقد، يسري على هذا الأخير قانون البلد الأوثق صلة به، وتعتبر هذه الصلة موجودة مع البلد الذي تقع به الإقامة المعتادة للطرف الذي يتعين أن يقوم بالأداء المميز، أو مركز إدارته الرئيسي إذا كان شخصا معنويا. ومع ذلك إذا كان العقد يرتبط بنشاط مهني للطرف المدين بالأداء المميز، فيعتبر القانون الأوثق صلة بالعقد هو قانون الدولة التي يوجد بها مقر منشأته الرئيسية ما لم يكن الأداء المميز مناطا بمنشأة فرعية فينطبق قانون الدولة التي يوجد بها هذه المنشأة⁽¹⁾.

ج- القانون الكندي لإقليم الكيبك: حيث أنه وفي ضوء اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، جسد القانون المدني لهذا الإقليم أخذه بمعيار الأداء المميز بموجب مادته رقم 3112، و3113 حيث نصت هذه الأخيرة على أن الروابط الأكثر ثقة تكون موجودة مع قانون الدولة التي يوجد بها محل إقامة الطرف المكلف بالأداء المميز، أو منشأته في حالة إذا كان العقد مبرما في إطار نشاط المنشأة⁽²⁾.

والملاحظ أن الباحثة اقتضت بالنسبة لنماذج التشريعات الوطنية التي تبنت معيار الأداء المميز لتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة غياب الاختيار الصريح أو الضمني من قبل طرفي العقد على التشريعات الأجنبية دون التشريعات العربية، وذلك راجع إلى أن التشريعات العربية في الغالب تتبنى الإسناد الجامد للرابطة العقد كما هو الحال بالنسبة للمادة 18 من القانون المدني الجزائري، والمادة 19 من القانون المدني المصري المشار إليهما سابقا.

ولم تقف الباحثة على إشارة لهذا المعيار فيما تسنى لها الاطلاع عليه من القوانين العربية إلا في: - قانون التحكيم المصري لسنة 1994 حيث نصت المادة 2/39 منه على: «وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت محكمة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه القانون الأكثر اتصالا بالنزاع»⁽³⁾، في حين نجد أن المشرع الجزائري قد نص بموجب المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية على الإجراء الواجب اتباعه في حالة غياب اختيار

⁽¹⁾ -صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص341.

⁽²⁾ -L' article 3113 du code civil Québécois : « Les liens les plus étroits sont présumés exister avec la loi de l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence ou, si celui-ci est conclu dans le cours des activités d'une entreprise, son établissement ». **Gazouani Chiheb** : Le contrat de commerce électronique international, Op.cit , p304.

⁽³⁾ -إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي: القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص384.

الأطراف للقانون الواجب التطبيق بقوله: «تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة»⁽¹⁾، دون أن يشير إلى القانون الأوثق صلة بالعقد.

الفرع الثاني: تطبيق ضابط الأداء المميز للعقد في مجال عقود التجارة الإلكترونية

تقرر في ما تقدم من جزئيات هذه الأطروحة أن عقود التجارة الإلكترونية ليست نوعاً مستحدثاً من العقود، وإنما هي عقود تجارية دولية تتميز بخصوصية متأتية من نوع الوسيلة التي تبرم من خلالها، وهو ما جعل أغلب الفقهاء يميلون إلى تطبيق قواعد الإسناد المقررة في القانون الدولي الخاص عليها مثلها مثل بقية العقود التجارية الدولية.

وعليه ذهب جانب كبير من هؤلاء الفقهاء إلى أن ضابط الأداء المميز يعد ضابطاً ملائماً لعقود التجارة الإلكترونية انطلاقاً من المرونة التي يتمتع بها، والتي تجعله مناسباً للتطبيق في مجال هذه العقود طالما أنه يعتمد على إسناد العقد إلى قانون محل الإقامة المعتاد للمدين بالأداء المميز في العقد.

وما يعزز موقف هذا الاتجاه أن كثيراً من الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية قد تبنته على نحو ما تقدم، خاصة بالنظر إلى تشريع روما I الذي يعتبر من أحدث التنظيمات الأوروبية التي صدرت في أوج ازدهار التجارة الإلكترونية في المجموعة الأوروبية، حيث أكد هذا التنظيم ما تضمنته اتفاقية روما لسنة 1980 من الاعتراف بمعيار الأداء المميز، واكتفى بتحديد المدين بالأداء المميز في مجموعة من العقود بصفة مباشرة، دون تحديد ما إذا كانت هذه العقود تبرم بشكل تقليدي أم بشكل إلكتروني، وهو ما يشير بشكل ضمني إلى إمكانية تطبيق هذا المعيار على العقود الإلكترونية خاصة باستحضار التوجيه الأوروبي الخاص بالتجارة الإلكترونية⁽²⁾ والذي يميل وإن بشكل غير مباشر إلى تبني هذا المعيار⁽³⁾.

غير أن هذا الاتجاه وإن أيدته أغلب الفقهاء فهو اتجاه منتقد من عدة أوجه يمكن إيجازها في

⁽¹⁾ - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ الموافق 25 فبراير سنة 2008م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر. ع 21، السنة 45، الصادرة بتاريخ 17 ربيع الثاني عام 1429 هـ الموافق 23 أبريل سنة 2008م، ص 94.

⁽²⁾ - Directive 2000/31/ce du parlement européen et du conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»)

⁽³⁾ - حيث أشار هذا التوجيه إلى تحديد محل الإقامة المعتاد لمقدم الخدمات على اعتبار أنه المدين بالأداء المميز في عقود خدمات المعلومات الإلكترونية وذلك بموجب الفقرة (C) من المادة الثانية من هذا التوجيه التي صيغت على النحو الآتي:

Article 2 : « c. «prestataire établi»: prestataire qui exerce d'une manière effective une activité économique au moyen d'une installation stable pour une durée indéterminée. La présence et l'utilisation des moyens techniques et des technologies requis pour fournir le service ne constituent pas en tant que telles un établissement du prestataire; ». J.O.C.E, du 17.7.2000, L 178/9.

النقاط الآتية:

- إن الأساس الذي تستند إليه فكرة الأداء المميز يقوم على مرتكزات جغرافية لا تتلاءم مع طبيعة التجارة الإلكترونية التي تقدم أن بيئتها تتمحي فيها الحدود جغرافية كانت أم سياسية⁽¹⁾.

- إذا كان معيار الأداء المميز يعتد بمحل الإقامة المعتاد للمدين بهذا الأداء أو مقر منشأته وقت إبرام العقد لتحديد القانون الواجب التطبيق، فإن هذا المحل يصعب تحديده في مجال عقود التجارة الإلكترونية على نحو ما تقدم بالنسبة لمعيار قانون محل التنفيذ، كما أنه وحتى بالنسبة للتوجيه الأوروبي الخاص بالتجارة الإلكترونية وإن كان يميل إلى الأخذ بمعيار الأداء المميز إلا أنه عند تحديده لمكان إقامة مقدم الخدمات عبر الإنترنت بموجب المادة (2/c) المشار إليها في الهامش، ذكر أنه المكان الذي يمارس فيه أنشطته بشكل دائم ومستقر، وهذا الأمر لا يتحقق دائما في عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر مواقع الواب التي يكون أغلبها مؤقتا، كما أنه أشار في ذات المادة إلى أنه لا يعتد بالمعايير التكنولوجية لتحديد مكان منشأة المدين بالأداء المميز، مما يثبت اعتداده بالمعايير المادية فقط لتحديد هذا المكان⁽²⁾، وهو أمر يشكل صعوبة للمواقع الإلكترونية.

- إذا كان من السهل تحديد الأداء المميز في العقود التجارية التقليدية حيث تقدم هذا الأداء هو الالتزام المقابل لدفع الثمن، فإن بعض عقود التجارة الإلكترونية يصعب فيها تحديد هذا الأداء، كما هو الحال بالنسبة للخدمات التي تقدم مجانا على الشبكة⁽³⁾، فعقد تقديم هذه الخدمات المجانية يصعب فيه تحديد الأداء المميز ومن ثم يصعب تحديد المدين بهذا الأداء الذي يفترض أن محل إقامته المعتاد أو محل منشأته هو الضابط الأساسي الذي يحدد القانون الواجب التطبيق على العقد في حال قيام أي نزاع بمناسبة⁽⁴⁾. ويترب على تعذر تحديد الأداء المميز في مثل هذه العقود فقد ميزة توفير الأمان القانوني والتوافق مع التوقعات المشروعة لطرفي العقد التي من المفروض أن تتحقق من خلال أعمال ضابط الأداء المميز الذي يمكن من العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق⁽⁵⁾.

⁽¹⁾-انظر: صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص345.

⁽²⁾-المرجع نفسه، ص345، وكذلك:

Gazouani Chiheb : Le contrat de commerce électronique international, Op.cit , p232.

⁽³⁾-ومن هذه الخدمات مثلا: ما يعرف بخدمة (Peer to Peer)، وهي خدمة تمكن من التحميل المباشر للموسيقى، أو البرامج...، وخدمة البريد الإلكتروني التي يشغل بموجبها المستعمل حيزا من مجال الشركة المانحة، ويستعمل قاعدة معلوماتها مجانا.

⁽⁴⁾-**Gazouani Chiheb** : Le contrat de commerce électronique international, Op.cit, p237.

⁽⁵⁾-انظر: موفق حماد عبد: الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص440.

إضافة إلى هذه الانتقادات هناك من يضيف انتقاداً متعلقاً بالعقود المبرمة مع المستهلك حيث أن تطبيق معيار الأداء المميز يؤدي إلى تطبيق قانون البائع، مما يعني تغليب الطرف القوي على الطرف الضعيف في العقد، غير أن الباحثة ترى أن هذا النقد غير ذي فائدة بالنظر إلى أن جل الاتفاقيات الدولية وحتى التشريعات الوطنية تستثني العقود المبرمة مع المستهلك من القاعدة العامة للعقود، وتوجب حمايته بشكل خاص، إذ تقدم أنه في هذه العقود يطبق قانون محل الإقامة المعتاد للمستهلك وليس للبائع كما تقدم.

والباحثة تؤيد بقية الانتقادات الموجهة للأخذ بمعيار الأداء المميز في مجال عقود التجارة الإلكترونية، ذلك أنها معايير تقوم على أسس واقعية، إضافة إلى أنه بالنظر إلى التطورات المتسارعة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات والتي تنعكس بشكل مباشر على عقود التجارة الإلكترونية، فإنها ترى أن الصعوبات المشار إليها في الانتقادات السابقة ستزداد حدة.

وهو أمر أدركه جل المتعاملون في مجال التجارة الإلكترونية، وحتى الباحثين المهتمين بهذا المجال، مما دفع البعض منهم إلى القول بوجوب تجاوز الاعتماد على قواعد الإسناد التقليدية المقررة في مجال القانون الدولي الخاص، والبحث عن قواعد مادية خاصة بالتجارة الإلكترونية على نحو ما سيتبين من خلال المبحث الموالي من هذه الأطروحة.

المبحث الثالث: تطبيق القواعد المادية على عقود التجارة

الإلكترونية

إن الإشكالات التي يثيرها تطبيق قواعد الإسناد الخاصة بالقانون الدولي الخاص المشار إليها سابقاً، جعلت عدداً من المهتمين بمجال التجارة الدولية يميل إلى ضرورة خضوع هذه العقود لقواعد خاصة تناسبها وتكون متماثلة على مستوى العالم، وهي ما يعرف بالقواعد المادية أو القواعد الموضوعية والتي يشار إليها اختصاراً بقانون التجار "Lex Mercatoria"⁽¹⁾، فهذه القواعد ليس من شأنها الإحالة لقانون معين حتى يطبق على النزاع كما هو حال قواعد الإسناد، بل إن تطبيقها سيمكّن القاضي من إيجاد حل للنزاع المطروح عليه بشكل مباشر.

فالقواعد المادية بناءً على هذا الوصف تعد مناسبة لعقود التجارة الدولية التي تتسم بالسرعة والتطور المستمر من جهة، كما أن السعي إلى توحيد هذه القواعد على مستوى العالم بأكمله سيمكّن من إزالة العراقيل الناجمة عن اختلاف النظم التشريعية من دولة إلى أخرى.

وإذا كان هذا هو الحال بالنسبة لعقود التجارة الدولية بصفة عامة، فإن عدداً من الفقهاء ذهب إلى أن عقود التجارة الإلكترونية أكثر حاجة إلى هذه القواعد، انطلاقاً من الصعوبات التي تواجه تطبيق قواعد الإسناد المقررة في القانون الدولي الخاص في مجالها كما تقدم، فهذه العقود تتم في عالم افتراضي تغيب فيه الحدود الجغرافية والسياسية، مما يجعلها تتصل بمجموعة من الدول اتصالاً وثيقاً يصعب معه تحديد الدولة الأكثر اتصالاً بها، ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق.

غير أن التسليم بحاجة عقود التجارة الإلكترونية لإعمال القواعد المادية أكثر من غيرها، يطرح إشكالا فيما يتعلق بفاعلية القواعد المادية في معالجة منازعات التجارة الإلكترونية؟

وللإجابة عن هذا التساؤل فإن الباحثة ستتناول في هذا المبحث ماهية القواعد المادية للتجارة الإلكترونية (وهذا في مطلب أول)، ثم ستتناول نجاعة هذه القواعد في حكم عقود التجارة الإلكترونية (وهذا في مطلب ثان).

⁽¹⁾—**Lex Mercatoria**: عبارة عن مجموعة من القواعد التي ظهرت لتنظيم التجارة وأحوال التجار بين حدود أوروبا في العصور الوسطى، حيث قام التجار بابتكار تلك القواعد وتنفيذها والاتفاق على الأخذ بها طوعاً. إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي: القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 261.

المطلب الأول: ماهية القواعد المادية للتجارة الإلكترونية

إن تحديد ماهية القواعد المادية للتجارة الإلكترونية يتطلب من الباحثة تحديد مفهومها (وهذا في فرع أول)، ثم بيان مصادرها (وهذا في فرع ثان).

الفرع الأول: مفهوم القواعد المادية للتجارة الإلكترونية

إن مفهوم القواعد المادية للتجارة الإلكترونية سيتضح من خلال تعريفها (أولاً) ثم بيان خصائصها (ثانياً).

أولاً: تعريف القواعد المادية للتجارة الإلكترونية

تعرف القواعد المادية بأنها: «القواعد الموضوعية أو المادية ذات المضمون الدولي العالمي الموجودة أو المعدة خصيصاً لتعطي حلاً مباشراً ينهي النزاع أو يتفادى مشكلة تنازع القوانين في علاقة خاصة ذات طابع دولي»⁽¹⁾. فهي قواعد تكفل حلولاً موحدة للمنازعات ذات الطابع الدولي أياً كانت الدولة التي سينظر النزاع أمام محاكمها.

أما القواعد المادية للتجارة الإلكترونية (Lex Electronica) فإنها لا تختلف في مضمونها عن هذا المعنى غير أنها تراعي خصوصية الوسيلة المتبعة في إتمام عقودها، وعليه تعرف بأنها: «مجموعة من القواعد القانونية غير الرسمية المطبقة في نطاق التجارة الإلكترونية»⁽²⁾، أو هي مجموعة قواعد قانونية تقدم تنظيمًا مباشرًا وخصوصًا ليحكم المعاملات التي تتم عبر شاشات الحواسيب، «وتتشكل من مجموع العادات والممارسات المقبولة التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي (Société virtuelle) للإنترنت، وطورتها الهيئات والحكومات والمستخدمون في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات»⁽³⁾.

وعليه فالقواعد المادية للتجارة الإلكترونية هي قواعد تعطي حلاً مباشراً لما يحدث من نزاعات ناشئة عن المعاملات المبرمة في بيئة المجتمع الإلكتروني، وهي مستقاة من العادات والممارسات التي استقر العمل بها في هذه البيئة.

وهي بهذا تكون قواعد تلقائية النشأة، وجدت لتتوافق مع توقعات أطراف المعاملات الإلكترونية، ولتتلاءم مع مجتمع يقوم أساساً على السرعة في التعامل، إذ أن أغلب العقود المبرمة في هذا المجتمع لا

(1) - إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي: القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 266.

(2) - صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 111.

(3) - أحمد عبد الكريم سلامة: الإنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق، مرجع سابق، ص 41/1.

يتعدى إبرامها بضع ثوان، كما أنه مجتمع تغيب فيه المحررات الورقية والتواجد المادي للأطراف وتحل محلها بيانات رقمية تنقل عبر شاشات الحواسيب الآلية التي تتم المعاملات والصفقات من خلالها. الأمر الذي يجعلها مختلفة عن قواعد الإسناد التقليدية على ما سيأتي.

ثانياً: خصائص القواعد المادية للتجارة الإلكترونية

تتميز القواعد المادية للتجارة الإلكترونية بجملة من الخصائص التي تميزها عن قواعد الإسناد المقررة في القانون الدولي الخاص من جهة، وعن القواعد المادية للتجارة الدولية بصفة عامة من جهة ثانية، ويمكن إجمال أهم هذه الخصائص في النقاط الآتية:

أ- القواعد المادية للتجارة الإلكترونية قواعد طائفية ونوعية:

فهي طائفية بالنظر إلى الأشخاص المخاطبين بأحكامها، إذ نجد موجهة إلى طائفة معينة تعرف بـ (Internauts) وهم مستخدمو شبكة الإنترنت، ومقدمو خدمات المواقع الإلكترونية والاشتراك في الشبكة. وهي نوعية بالنظر إلى أن أحكامها تقتصر على تنظيم نوع معين من المعاملات والمسائل وهي تلك التي تنشأ في مجال البيئة الإلكترونية (التجارة الإلكترونية والدعاية والترويج للسلع والخدمات، والمعالجة الآلية للبيانات والمعلومات، ونظام التعامل مع بنوك المعلومات، والدفع الإلكتروني، والبريد الإلكتروني...⁽¹⁾).

ب- القواعد المادية للتجارة الإلكترونية قواعد موضوعية وغير وطنية:

حيث توصف هذه القواعد بالموضوعية أو المادية انطلاقاً من أنها تقدم حلاً موضوعياً للمسألة محل النزاع بشكل مباشر دون الإحالة إلى قانون معين لإيجاد هذا الحل، على عكس ما هو مقرر في القانون الدولي الخاص، حيث تعمل قواعد الإسناد على الإحالة إلى القانون الداخلي الذي من شأنه أن يقدم حلاً للنزاع المثار، ومن ثم فهي لا تعدو أن تكون أداة لتحديد القانون الذي يكفل حل النزاع من بين مجموعة من القوانين المتزاحمة لحكم العقد أو المعاملة التي أثير النزاع بمناسبتها. وهي قواعد غير وطنية لأن شبكة الإنترنت كما أسلفنا غير تابعة لدولة أو منظمة معينة، ومن ثم كان لا بد للقواعد المادية التي تنشأ في إطارها أن تكون قواعد عالمية، لأنها ليست من وضع سلطة معينة، وإنما هي قواعد نشأت أغلبها بشكل تلقائي من مجموع الممارسات والعادات الموجودة في هذه البيئة.⁽²⁾

(1) - أحمد عبد الكريم سلامة: الإنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق، مرجع سابق، 47/1.

(2) - انظر: أحمد عبد الكريم سلامة: الإنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق، مرجع سابق، 51/4.

ج- القواعد المادية للتجارة الإلكترونية تلقائية النشأة:

إن النشأة التلقائية للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية تعني ببساطة أن هذه القواعد لم تنشأ بالشكل الرسمي الذي تنشأ به القواعد القانونية في التشريعات الوطنية، ذلك أنه لا توجد سلطة أو هيئة رسمية تقوم بالإشراف على شبكة الإنترنت وتسير أو توجه نشاطها، ومن ثم تسن القوانين أو القواعد السلوكية للمتعاملين في إطارها، فالقواعد المادية للتجارة الإلكترونية - كما تقدم - مستقاة مما جرى عليه العمل من أعراف وعادات وممارسات المتعاملين على الشبكة والتي صارت بمثابة قانون يلتزمون به، كما أن التلقائية تعني أنه ليس هناك سلطة معينة تتدخل للسهر على تطبيق هذه القواعد، فهي قواعد تطبق بشكل لأن الأطراف ارتضوا تطبيقها من جهة، وملاءمتها لطبيعة المعاملات عبر الشبكة من جهة ثانية⁽¹⁾.

وعليه فإن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية تتصف في مجملها بالتلقائية حتى بالنسبة لتلك القواعد التي نشأت من خلال المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية، لأنها تكون في كل الأحوال تلقائية التطبيق، لا تحتاج لتدخل سلطة معينة تسهر على تطبيقها، وإنما يكفي رضا الأطراف بها مسبقاً، إضافة إلى ملاءمتها لما يتم عبر الشبكة من معاملات.

الفرع الثاني: مصادر القواعد المادية للتجارة الإلكترونية

لا تعتمد القواعد المادية للتجارة الإلكترونية على مصدر واحد، بل إن لها مصادر مختلفة، وبناء على ذلك فقد قسمها الفقهاء بالنظر إلى هذه المصدر إلى قواعد ذات نشأة تلقائية (أولاً)، وقواعد ذات نشأة اتفاقية (ثانياً).

أولاً: القواعد ذات النشأة التنظيمية

على الرغم من إقرار أغلب الفقهاء بأن أهم مصدر للقواعد المادية سواء للتجارة الدولية بصفة عامة أم للتجارة الإلكترونية بصفة خاصة، هو القواعد المادية ذات النشأة التلقائية، إلا أن هذا لا ينفي وجود مصادر أخرى لهذا النوع من القواعد، وتمثل هذه المصادر في: المصادر التنظيمية أو الاتفاقية الناشئة عن الاتفاقيات الدولية، أو التوصيات الدولية الأساسية، أو تقنيات السلوك، أو العقود النموذجية، أو قضاء التحكيم الإلكتروني، وهو ما ستعرضه الباحثة من خلال التفصيل الآتي:

⁽¹⁾ -انظر: أحمد عبد الكريم سلامة: الإنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق، مرجع سابق، 4/49-50، خالد ممدوح إبراهيم: التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، ط1، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2008م، ص201، صلاح علي حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص248.

أ- الاتفاقيات الدولية:

تعد الاتفاقيات الدولية من أهم السبل التي من شأنها الحد من مسألة تنازع القوانين على مستوى العالم، انطلاقاً من أنها تمكّن من خلق قواعد موحدة على مستوى أطراف هذه الاتفاقيات، ومن أهم الاتفاقيات الدولية المبرمة في مجال التبادل التجاري الدولي نذكر اتفاقية فيينا لسنة 1980 والمتعلقة بالبيع الدولي للبضائع المشار إليها سابقاً، وهذه الاتفاقية وإن لم تخص التجارة الإلكترونية بشكل مباشر إلا أنها نصوصها صالحة للتطبيق في هذا المجال، حيث يمكن للأشخاص اختيارها للتطبيق على معاملاتهم المبرمة عبر الشبكة، وهو ما يقال أيضاً بالنسبة لاتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لسنة 1980، كذلك اتفاقيات اتفاقيتي لاهاي لسنتي 1955، و1986 المشار إليهما سابقاً⁽¹⁾.

أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية المبرمة في مجال المعاملات الإلكترونية والتي يفترض أن تكون مصدراً مهماً للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية من شأنه حل الإشكالات القانونية الناتجة عن معاملات البيئة الإلكترونية بشكل مباشر وموحد على المستوى الدولي، فإن الملاحظ هو قلة هذه الاتفاقيات، وهي قلة لا تتناسب إطلاقاً مع حجم المعاملات المبرمة إلكترونياً.

وتمثل للاتفاقيات المبرمة في هذا المجال باتفاقية مجلس أوروبا المبرمة في 28 أبريل 1981 حول حماية الأشخاص من المعالجة الآلية للبيانات ذات الطابع الشخصي⁽²⁾، وهذه الاتفاقية هي أول صك دولي ملزم يهدف لحماية الأشخاص من سوء استخدام المعالجة الآلية للبيانات الشخصية، من خلال تنظيم تدفق البيانات عبر الحدود، وبصرف النظر عن الضمانات فيما يتعلق بالمعالجة الآلية للبيانات الشخصية، فإنه يحظر على معالجة البيانات "الحساسة" المتعلقة بالأصل العرقي للفرد أو آرائه السياسية، أو صحته، أو ديانته، أو حياته الجنسية، أو الإدانات الجنائية التي تعرض لها الخ... في غياب الضمانات التي ينص عليها القانون الداخلي. كما تضمن الاتفاقية حق الأشخاص المعنيين في معرفة المعلومات المخزنة عنهم وطلب تصحيحها إذا لزم الأمر، غير أن هناك قيد وحيد على هذا الحق يتمثل في عدم تعلقه بالمصالح الكبرى للدولة (الأمن العام، الدفاع، الخ...). كما تفرض الاتفاقية قيوداً على تدفق

⁽¹⁾ -اتفاقيات لاهاي 1955 الخاصة بالبيع الدولية للمنقولات المادية واتفاقية 1986 بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع، وهما اتفاقيتان ساهمتا بشكل كبير في إرساء عدد من المبادئ القانونية المادية في مجال المعاملات التجارية ذات الطابع الدولي.

⁽²⁾ -Convention pour la protection des données à caractère personnel (STE N°108).

البيانات عبر الحدود في الدول التي لا يوجد فيها حماية متكافئة⁽¹⁾.

ونظرا لأهمية الاتفاقية من حيث تعلقها بحماية الأشخاص من المعالجة الآلية للبيانات التي أصبحت واقعا مفروضا في جل دول العالم إن لم نقل كلها، فقد تم تعزيزها ببروتوكول خاص بالسلطات الإشرافية وتدفق البيانات عبر الحدود⁽²⁾، وهو بروتوكول⁽³⁾ على قدر كبير من الأهمية لما يقدمه من حماية إضافية للأشخاص تعطيهم ثقة أكبر في المعالجة الآلية للبيانات الخاصة بهم، إضافة إلى هذا فإن مجلس أوروبا يهتم دائما بتطوير الاتفاقية والبروتوكول بناء على نتائج الدراسات والبحوث التي يشرف عليها في هذا المجال.

وعلى الرغم من أن هذه الاتفاقية خاصة بمجلس أوروبا والدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي إلا أنها تبقى اتفاقية على درجة عالية من الأهمية لما تضمنته بنودها من حماية للأشخاص في هذا المجال والتي يمكن تحقيقها بعقد اتفاقيات مماثلة على مستوى مجموعات الدول الأخرى كالدول العربية مثلا أو الدول الإسلامية، كما أنه يمكن لهذه الدول الانضمام إليها بشكل مباشر لأنه ليس فيها ما يشير إلى كونها حكرا على دول مجلس أوروبا والاتحاد الأوروبي، خاصة وأنها تعتبر مصدرا مهما للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية التي تتصف أساسا بالعالمية⁽⁴⁾.

ب-التوصيات الدولية الأساسية: وهي التوصيات الصادرة عن الهيئات الدولية التي تنشط في مجال التجارة الدولية عموما بما فيها التجارة الإلكترونية، وتتمثل أهم هذه الهيئات⁽⁵⁾ في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (CNUDCI) المعروفة بـ(UNICTRAL) وقانونها النموذجي للتجارة الإلكترونية، والمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص المعروف بـ(UNIDROIT) ومبادئه العامة المنظمة لعقود التجارة الدولية، وستوجز الباحثة التوصيات الصادرة عن هاتين الهيئتين على النحو الآتي:

⁽¹⁾—يمكن مراجعة هذه المعلومات والاطلاع على الاتفاقية بشكل مفصل من خلال موقع مجلس أوروبا على الإنترنت: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/default_fr.asp آخر زيارة للموقع كانت بتاريخ: 2015/10/17 على الساعة 18 و25د.

⁽²⁾—Protocole additionnel à la Convention 108 sur les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données (STE N°181).

⁽³⁾—تم فتح هذا البروتوكول الإضافي للتوقيع في 08 نوفمبر 2003 بـسترسبورغ.

⁽⁴⁾—للاطلاع على نصوص الاتفاقية مترجمة إلى اللغة العربية انظر الملحق رقم 04، ص من هذه الأطروحة.

⁽⁵⁾—أشارت الباحثة في هذه الجزئية إلى أهم الهيئات التي تصدر عنها التوصيات الدولية الأساسية للتجارة الإلكترونية وهي اليونسترال، وUnidroit، وهناك هيئات أخرى يمكن أن تصدر عنها مثل هذه التوصيات مثل: منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، وغرفة التجارة الدولية، والاتحاد الأوروبي... والسبب الذي جعل الباحثة تركز على الهيئتين المذكورتين بالذات يعود إلى أنهما هيئتان ذاتا طابع دولي من جهة، ومن جهة ثانية إلى أنهما تعملان بمشاركة بقية الهيئات.

1- لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وقانونها النموذجي للتجارة الإلكترونية:

سبقت الإشارة إلى أن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي أصدرت قانونا نموذجيا للتجارة الإلكترونية سنة 1996، وقد تضمن هذا القانون 17 مادة، تناولت كافة الجوانب القانونية المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية، بداية بتحديد المصطلحات، ثم بيان شروط وضوابط استخدام التقنيات الحديثة لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات في إبرام العقود، وانتهاء بنموذج للتطبيقات في بعض المجالات.

وقد تم إرفاق هذا القانون النموذجي بمذكرة إيضاحية بينت من خلالها اللجنة أن الهدف من وضع هذا القانون هو إيجاد مجموعة من القواعد الموحدة المقبولة لدى الدول ذات الأنظمة القانونية والاجتماعية والاقتصادية المختلفة، فتكون هذه القواعد مرشدا لها عند إصدارها قوانينها أو إعادة النظر في تشريعاتها بهدف تذليل العقبات القانونية الداخلية التي تحول دون استعمال وسائل الاتصالات الإلكترونية في التجارة الدولية، وأن هذا القانون يتضمن توجيهات متعلقة بإبرام الاتفاقيات التعاقدية من أجل إزالة الصعوبات القانونية التي قد تعترض المتعاملين في مجال المعاملات الإلكترونية وهو ما يمكن أن يسهم على نحو مهم في تنمية علاقات اقتصادية منسجمة⁽¹⁾.

ولم تكتف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بإصدار القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، إذ أن متابعتها لمسار نمو وتطور التجارة الإلكترونية جعلتها تقف على الإشكالات القانونية المثارة بشأنها، والتي كان على رأسها مسألة المساواة بين المحررات الورقية والخطابات الإلكترونية، الأمر الذي جعلها تصدر قانونا نموذجيا بشأن التوقيعات الإلكترونية سنة 2001، فكان هذا القانون بمثابة امتداد للقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، فقد عزز الثقة في معاملات التجارة الإلكترونية انطلاقا من نصه على عدم التمييز بين المستندات الورقية الموقعة خطيا والرسائل الإلكترونية الموقعة إلكترونيا طالما كانت مستوفية للشروط المنصوص عليها في هذا القانون.

كما أن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي تواصل جهودها في مجال متابعة تطور التجارة الإلكترونية والحث على تبنيها من قبل المتعاملين في مجال التجارة الدولية، وتقديم الحلول للإشكالات القانونية التي يطرحها تطبيق هذه التجارة، وذلك بتخصيص فريق عمل مكلف بمستجدات التجارة الإلكترونية، حيث يقوم هذا الفريق بدراسة كل ما يطرأ في هذا المجال، ومن ثم يعقد دورات لمناقشة نتائج الدراسات والخروج بما يراه مناسبا من حلول، إما في شكل توصيات أو قرارات يتم إصدارها

⁽¹⁾ - www.uncitral.org/uncital_texts/electronic_commerce/1996Model.html آخر زيارة للموقع كانت بتاريخ:

بموجب جمعية عامة للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري، هذا طبعاً بمشاركة مجموعة من الهيئات المهتمة بالتجارة الدولية ومن ثم التجارة الإلكترونية كمنظمة التجارة العالمية، ومنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD)، والاتحاد الأوروبي، حيث يعمل الفريق على الاستعانة بما توصلت إليه الدراسات التي يجريها الخبراء على مستوى هذه الهيئات، وتبادل المشورة فيما يتعلق بالإشكالات القانونية الناتجة عن اعتماد التجارة الإلكترونية كطريق مستحدث للتبادل التجاري على مستوى مختلف دول العالم.

ومن ثم يمكن القول أن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سواء من خلال قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، أو القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، أو من خلال نتائج الدراسات التي يعكف عليها فريق العمل المكلف بالتجارة الإلكترونية، قد أسهمت بشكل كبير في إيجاد القواعد المادية لهذه التجارة والتي يمكن اللجوء إليها لحسم المنازعات الناشئة عن العقود المبرمة في مجالها دون ضرورة الرجوع إلى القوانين الداخلية في جميع الأحوال.

2- المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص والمبادئ المرتبطة بعقود التجارة الدولية:

لقد أصدر المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص⁽¹⁾ سنة 1994 مجموعة من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية⁽²⁾، وقد تمت صياغة هذه المبادئ لتشكّل مجموعة متوازنة من القواعد المحددة لتستعمل في العالم بأكمله مهما كانت التقاليد التشريعية والظروف الاقتصادية والسياسية للدولة التي ستطبق فيها⁽³⁾. وعليه فإن هذه المبادئ يمكن أن تستعمل على مستوى العالم بأكمله لتحكم عقود التجارة الدولية، فكانت بمثابة التوحيد التدرجي للقانون التجاري على مستوى كل دول العالم، انطلاقاً

⁽¹⁾ - المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (UNIDROIT): هو منظمة حكومية دولية مستقلة، يقع مقرها في العاصمة الإيطالية روما "la Villa Aldobrandini"، وقد تم إنشاء المعهد سنة 1926 كهيئة مساعدة لعصبة الأمم المتحدة، وبعد حل هذه الأخيرة، أعيد تأسيسه من جديد سنة 1940 من خلال اتفاق متعدد الأطراف نتج عنه وضع القانون الأساسي للمعهد، وقد حدد في هذا القانون الهدف الأساسي من إنشاء المعهد والمتمثل أساساً في دراسة الوسائل والأساليب لتحديث ومواثمة وتنسيق القانون الخاص - القانون التجاري خاصة - بين الدول أو مجموعات من الدول، بغية الوصول إلى قواعد موحدة للقانون الخاص تتبناها الدول تدريجياً. ويضم المعهد حالياً حوالي 63 دولة من مختلف قارات العالم، منها أربع دول عربية هي: مصر (المنظمة بتاريخ 1951/11/22)، العراق (المنظمة بتاريخ 1973/05/3)، تونس (المنظمة بتاريخ 1980/01/01)، المملكة العربية السعودية (المنظمة بتاريخ: 2009/01/01). لمزيد من التفاصيل عن المعهد وأهدافه وطريقة عمله، يرجى زيارة الموقع:

<http://www.unidroit.org/fr/presentation/presentation> آخر زيارة للموقع كانت بتاريخ: 2015/10/17.

⁽²⁾ -Principes Relatifs Aux Contrats Du Commerce International, Rome 1994.

⁽³⁾ -Principes Relatifs Aux Contrats Du Commerce International, Rome 1994, publié par l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), Rome, ISBN: 88 - 86449 - 01 - 1, p viii.

من أن التجارة الدولية لا يمكن أن تقف عند حدود مجموعة معينة من الدول، فهي تهدف أساسا للوصول إلى سوق مفتوحة على كل الدول.

وقد تم تعديل هذا الإصدار سنة 2004، ثم سنة 2010 ليتلاءم مع متطلبات التجارة الإلكترونية⁽¹⁾ التي أصبحت واقعا مفروضا على المتعاملين في مجال التجارة الدولية نظرا للتطور الذي شهدته تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، والذي أسفر عن تحقيق مزايا ومكاسب لم تكن متوقعة، ولا يمكن تجاهلها أو الاستغناء عنها.

وعليه فقد أصبحت مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص ممكنة التطبيق بسهولة على عقود التجارة الإلكترونية خاصة تلك المبرمة بين تجار (B₂B)، لأنها لا تتطلب شكلية معينة للاتفاق كما أنها تمنحهم حرية الإثبات، حيث نص المبدأ 2/1 على أنه ليس هناك شكل معين يجب توفره لإبرام العقد، كما أن العقد يمكن أن يثبت بأي وسيلة كانت ولو حتى بالشهادة⁽²⁾، كما تضمنت الفقرة 11 من ذات المبدأ تعريفا موسعا للكتابة يشمل كل الأشكال التي تتخذها سواء كانت مادية أم إلكترونية⁽³⁾، على أنه ليس هناك ما يمنع الأطراف من اشتراط أن تكون المحررات المتبادلة ممهورة بتوقيع إلكتروني من شأنه إثبات هوية صاحبه حتى لو كانت مبادئ المعهد لا تتضمن مثل هذه الشروط⁽⁴⁾.

ومع ذلك فإن هناك من الباحثين من يرى أن مبادئ المعهد تعتبر مبادئ محدودة ولا يمكنها مواجهة كل الإشكالات التي قد تنتج عن العقود الإلكترونية، الأمر الذي جعل الأطراف يتعدون عن الاحتكام لهذه المبادئ منفردة وإنما عادة ما يختارونها كقانون واجب التطبيق مكمل لقانون وطني آخر يختارونه أو بجانب احتكامهم لاتفاقية فيينا لسنة 1980 الخاصة بعقود البيع الدولي للبضائع⁽⁵⁾.

(1) - حيث جاء في ديباجة إصدار سنة 2004 ما يأتي:

«Il (le Conseil de Direction) a été décidé de réfléchir à l'opportunité et, le cas échéant, à l'ampleur, d'éventuelles additions ou modifications nécessaires aux Principes d'UNIDROIT de 1994, pour les adapter à la pratique croissante des contrats électroniques». Principes Relatifs Aux Contrats Du Commerce International, Rome 2004, publié par l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), Rome, ISBN : 88-86449-33-X, p vii.

(2) - Article 1.2: «Ces Principes n'imposent pas que le contrat, la déclaration ou tout autre acte soit conclu ou constaté sous une forme particulière. Il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins». Principes Relatifs Aux Contrats Du Commerce International, Rome 2004, op.cit, p09.

(3) - Article 1.11: «...le terme "écrit" s'entend de tout mode de communication qui permet de conserver l'information qui y est contenue et qui est de nature à laisser une trace matérielle». Ibid, p30.

(4) - Ghazouani Chiheb: Le contrat de commerce Electronique International, op.cit, p275.

(5) - Ibid, p276.

غير أن هذا الأمر لا يجد من فعالية هذه المبادئ كأحد مصادر القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، خاصة وأنها تحظى بتطبيق واسع على مستوى عدد كبير من الدول من مختلف قارات العالم، مما يجعلها أداة لتوحيد القواعد المطبقة وهو ما يسعى كل المتعاملون في مجال التجارة الإلكترونية لأن هذا التوحيد سيؤدي إلى كسر كل الحواجز والعراقيل التي تقف حجر عثرة أمام التطور السريع للتجارة الإلكترونية التي تمتاز أساسا بالعالمية.

ج- تقنيات السلوك (Codes de conduite ou de Netiquette):

يقصد بتقنيات السلوك تلك القواعد التي من شأنها توجيه سلوك المتعاملين في مجال شبكة الإنترنت وفق المبادئ الأخلاقية المتعارف عليها على مستوى العالم.

لذلك نجد بعض الهيئات والمؤسسات الداعية لسيادة أخلاق قديمة في التعامل عبر شبكة المعلومات الدولية قد حرصت على تدوين عدد من قواعد السلوك التي أصبحت تعد مصدرا هاما للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية.

فقد بادرت مثلا غرفة التجارة الدولية (CCI) إلى عرض مجموعة من القواعد المنظمة لسلوك متعاملي شبكة الإنترنت بداية من سنة 1987 وعرفت هذه المبادئ بـ "The uniform Rules of Conduct for Interchange of Trade Data by Teletransmission" وهي المبادئ التي كان لها أثر كبير على النصوص المحررة لاحقا والمتعلقة بالتجارة الإلكترونية على غرار قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، وبعض العقود النموذجية⁽¹⁾.

وفي فرنسا تم وضع ميثاق تقوم مبادئه على خلق كيان أو هيكل ينهض باستقبال شكاوى مستعملي الإنترنت، ويتولى بعد ذلك اتخاذ الإجراءات اللازمة للوساطة من أجل وقف بث المواد والإعلانات غير المشروعة، على أنه لا يوجد إلزام للانضمام إلى هذا الهيكل، فالانضمام إليه يعد مسألة إرادية لا إلزام فيها، وفي هولندا أنشئت مؤسسة تجمع مقدمي خدمات الإنترنت، من مهامها إدارة خط ساخن يسمح لكل مواطن أن يبلغ عن أية صورة تتعلق بالشذوذ مع الأطفال، أو المواقع التي يوجد بها أفعال مخلة بالحياة مع الصغار⁽²⁾.

كما أوصى التوجيه الأوروبي رقم 31-2000 لـ 08 جوان 2000 المعروف بتوجيه التجارة

⁽¹⁾—GhazouaniChiheb: Le contrat de commerce Electronique International, op.cit, p283.

⁽²⁾—انظر: أحمد عبد الكريم سلامة: الإنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق، مرجع سابق، 44/1.

الإلكترونية⁽¹⁾، في مادته 16 المخصصة أساسا لتقنيات السلوك "Codes de conduite" الدول الأعضاء وكذا جمعيات المستهلكين بضرورة السهر على احترام تقنيات السلوك المعدة من قبل الهيئات النشطة في هذا المجال دون أن يكون لتطبيق هذه التقنيات أي أثر إلزامي، كما أوصى أيضا بضرورة تشجيع مستعملي شبكة الإنترنت (les Internautes) على إقامة تقنيات سلوك خاصة بهم من أجل ضمان إعلام الأشخاص بأحكام هذا التوجيه⁽²⁾.

على أن هناك مجموعة من قواعد السلوك التي أصبحت تشكل مبادئ موحدة تهدف إلى تفادي المنازعات بين المتعاملين في بيئة الإنترنت بصفة عامة وتتمثل في⁽³⁾:

- لا تستخدم الحاسوب بهدف الإضرار بالآخرين.
- لا تفتش في الملفات الخاصة بالغير ولا تطلع عليها.
- لا تستخدم الحاسوب في السرقة.
- لا تستخدم الحاسوب بغرض الشهادة الزور على الآخرين.
- لا تستعمل أو تنسخ برنامج لم تدفع ثمنه.
- لا تستعمل مصادر حاسوب الآخرين دون إذن.
- لا تنتهك حقوق الملكية الفكرية المملوكة للغير باستخدامها دون ترخيص.
- استخدم الحاسوب بطريقة تشير إلى الاحترام.

⁽¹⁾ - Directive 2000/31/CE du parlement européen et du conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»)

⁽²⁾ - Article 16 : «1. Les Etats membres et la Commission encouragent:a) l'élaboration, par les associations ou organisations d'entreprises, professionnelles ou de consommateurs, de codes de conduite au niveau communautaire, destinés à contribuer à la bonne application des articles 5 à 15;b) la transmission volontaire à la Commission des projets de codes de conduite au niveau national ou communautaire;c) l'accessibilité par voie électronique des codes de conduite dans les langues communautaires) la communication aux Etats membres et à la Commission, par les associations ou organisations d'entreprises, professionnelles ou de consommateurs, de leurs évaluations de l'application de leurs codes de conduite et de leur impact sur les pratiques, les us ou les coutumes relatifs au commerce électronique;

e) l'établissement de codes de conduite pour ce qui a trait à la protection des mineurs et de la dignité humaine.

2. Les Etats membres et la Commission encouragent les associations ou les organisations représentant les consommateurs à participer à l'élaboration et à l'application des codes de conduite ayant des incidences sur leurs intérêts et élaborés en conformité avec le paragraphe 1, point a). Le cas échéant, les associations représentant les personnes souffrant d'un handicap visuel et, de manière générale, les personnes handicapées devraient être consultées afin de tenir compte de leurs besoins spécifiques».J.O.C.E, 17.7.2000, L 178/14.

⁽³⁾ - Ghazouani Chiheb: Le contrat de commerce Electronique International, op.cit, p284.

وجزاء مخالفة تقنيات السلوك هذه يمكن أن يصل إلى حد قطع اتصال المخالف مباشرة.

هـ- قضاء التحكيم الإلكتروني:

يرى المهتمون بالتجارة الإلكترونية وإشكالاتها القانونية، وكذا المتعاملون في مجالها، أن الخصوصية التي تتمتع بها هذه التجارة والناعبة أساس من الوسيلة المتبعة في إتمام صفقاتها تستوجب طرقا خاصة لفض منازعاتها، ذلك أن الطرق القضائية التقليدية لا يمكنها مجاراة خصوصية هذه التجارة في نظرهم، ومن ثم ذهبوا إلى أن منازعات التجارة الإلكترونية يجب أن تحل عن طريق التحكيم الإلكتروني بصفة أساسية لأنه أكثر وسائل تسوية المنازعات ملائمة وانسجاما معها.

وعليه فإن ما يصدر عن قضاء التحكيم الإلكتروني من أحكام سيكون مصدرا مهما من مصادر القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، خاصة وأن المحكم في أغلب القضايا يتمتع بحرية كبيرة في اختيار القواعد القانونية الملائمة لحل النزاع المعروض عليه أيا كان مصدر هذه القواعد أي سواء كانت مستقاة من تشريعات وطنية أو من عادات وأعراف دولية مستقرة في بيئة الإنترنت، أو حتى استنادا إلى مبادئ العدالة.

ثانيا: القواعد ذات النشأة التلقائية

تختلف مصادر القواعد المادية للتجارة الإلكترونية ذات النشأة التلقائية فمنها ما يرجع إلى الممارسات التعاقدية، ومنها ما يرجع إلى الأعراف والعادات والممارسات المستقرة، وهو ما سيتضح من خلال التفصيل الآتي:

أ- العادات والأعراف والممارسات المستقرة:

من الثابت أن العرف هو أحد المصادر المهمة للقانون، فكثيرا ما تعتبر القواعد العرفية قواعد قانونية ملزمة في التشريعات الداخلية خاصة تلك المتعلقة بالمعاملات التجارية، حيث تعتمد بشكل كبير على الأعراف والعادات المستقرة بين فئة التجار.

ولا يختلف الأمر بالنسبة للمعاملات التجارية الدولية إذ تحتل العادات والأعراف مكانة مهمة في إرساء القواعد الأساسية التي تسيّر وفقها هذه المعاملات، وهو ما تؤكدته اتفاقية فيينا لسنة 1980 الخاصة بعقود البيع الدولي للبضائع، حيث نصت في مادتها التاسعة على أنه: «1- يلتزم الطرفان بالأعراف التي اتفقا عليها وبالعادات التي استقر عليها التعامل بينهما. 2- ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، يفترض أن الطرفين قد طبقا ضمنا على عقدهما أو على تكوينه كل عرف كانا يعلمان

به أو كان ينبغي أن يعلم بما متى كان معروفاً على نطاق واسع ومراعى بانتظام في التجارة الدولية بين الأطراف في العقود المماثلة السارية في نفس فرع التجارة»⁽¹⁾.

وبهذا كانت العادات والأعراف مصدراً مهماً للقانون الموضوعي أو المادي للتجارة الدولية "Lex Mercatoria"، أما بالنسبة للمعاملات الإلكترونية فالملاحظ أن هناك أعراف وعادات نشأت بطرق تلقائية تعاونية بين المتعاملين على الشبكة، وهي غالباً ما تكون خاصة بكل نوع من التعامل فهناك أعراف وعادات وممارسات سائدة في مجال التجارة الإلكترونية والدعاية والترويج للسلع والخدمات، وأخرى في مجال حماية الحياة الخاصة أو حماية المستهلكين أو الحفاظ على الملكية الفكرية...⁽²⁾.

فهذه العادات والأعراف التي استقرت في الأوساط المهنية للعالم الافتراضي تعتبر مصدراً أساسياً للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية، لملاءمتها لطبيعة هذه التجارة التي تتسم أساساً بالتطور السريع والمتلاحق، وهو أمر لا يمكن للقوانين التقليدية مجاراته لأنها تتسم بالبطء بالنظر إلى الشكليات التي يجب مراعاتها عند إصدارها أو تعديلها.

ومن ثم يمكن القول أن العادات والأعراف والممارسات السائدة في الأوساط التجارية تعتبر مصدراً مهماً للقواعد المادية وذلك سواء تعلق الأمر بالتجارة الدولية أو بالتجارة الإلكترونية، لأنها توفر قواعد مستقاة من الممارسة العملية، من شأنها القضاء على كثير من الإشكالات القانونية التي لا يمكن للتشريعات الوطنية التصدي لها، خاصة وأنها في الغالب قواعد موحدة على مستوى كثير من الدول، كما أن كثيراً من التنظيمات وعلى رأسها لجنة اليونسترال والمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص تعمل على صياغة هذه العادات والأعراف في شكل قواعد دولية أو إقليمية.

ب- الممارسات التعاقدية:

يلعب العقد دوراً هاماً في ترسيخ الأعراف السائدة في الوسط التجاري الدولي، فهو يعد وسيلة تقنين أساسية لها، تجعلها مرجعاً للفصل فيما يثار من منازعات بشأن العقد الدولي.

وعلى صعيد المعاملات التي تتم عبر الإنترنت، فإن العقد هو أداة التحكم في الفضاء الإلكتروني، لأنه في نظر الكثيرين يفرض واجب الاحترام على المتعاقدين أكثر مما يفرضه القانون ذاته، فقد أرسلت

⁽¹⁾ - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، المعروفة باتفاقية فيينا لسنة 1980، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك 2011، ص 4.

⁽²⁾ - أحمد عبد الكريم سلامة: الإنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق، مرجع سابق، 43/1-44.

مثلا الممارسات التعاقدية بعض الحقوق لمقدمي خدمات المواقع كالحق في فحص وتصحيح مضمون الوثائق التي تبث على الشبكة، والحق في استبعاد كل مستخدم لا يحترم بالالتزامات التي يفرضها القانون أو أعراف وعادات الشبكة، كما ألفت بعض الالتزامات على عاتق مستخدمي الشبكة والمستفيدين من إمكانياتها كضرورة احترام قواعد السلوك المستقرة في مجال التعامل عبر الشبكة (والتي سبق الإشارة إليها بتقنيات السلوك)، وعدم التعدي على خصوصيات الأشخاص وحقوق الملكية الفكرية...⁽¹⁾، فانبثق هذه الحقوق والالتزامات عن الممارسات التعاقدية في بيئة الإنترنت هو ما جعلها تستقر وترسخ في هذه البيئة.

فالممارسات التعاقدية من هذا المنطلق، تعد مصدرا مهما من مصادر القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، الأمر الذي جعل الهيئات والجمعيات المهتمة بمجال التجارة الإلكترونية تعمل على إصدار مجموعة كبيرة من العقود النموذجية "Les Contrats-types" التي جعلت منها سبيلا لمواجهة المشاكل التي قد يثيرها التعامل في الفضاء الإلكتروني، من خلال تضمين هذه العقود النموذجية مجموعة من الأحكام التي تنظم العلاقات المتبادلة بين طرفيها، وعددا من القضايا الرئيسية كشكل رسالة البيانات وكيفية التحقق من استلامها، والتدابير الأمنية المتخذة ضد مخاطر وصولها أو فقدانها أو تدميرها، وسرية البيانات وتسجيلها وتخزينها، إضافة إلى تحديد القانون الواجب التطبيق، وطرق تسوية المنازعات...

ومن بين الهيئات المهتمة بإصدار مثل هذه العقود غرفة التجارة الدولية "CCI"، التي قامت بوضع عقد نموذجي خاص بالتبادل الإلكتروني للبيانات عبر شبكات الحواسيب الآلية "EDI"، إضافة إلى هذا العقود، فقد وضعت الغرفة مجموعة من الشروط النموذجية للعقود المرتبطة بنقل البيانات الشخصية من أجل تمكين المتعاملين من الحصول على عقود متطابقة مع التشريعات الخاصة بنقل البيانات الشخصية بشكل اتفاقي، أي دون أن يكونوا مرغمين على الخضوع لتلك التشريعات⁽²⁾.

كما توجد مجموعة كبيرة من العقود والاتفاقات النموذجية التي أبرمت في البيئة الإلكترونية سواء على المستوى الوطني أم على المستوى الإقليمي والتي تمثل لها بالاتفاق النموذجي لتبادل البيانات التجارية المقترح من قبل الجمعيات المتخصصة في هذا المجال في سويسرا يعرف بـ (Eurozinet et Swisspro)، أما في فرنسا فقد وضع " Le club informatique des Grandes

⁽¹⁾—انظر: أحمد عبد الكريم سلامة: الإنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق، مرجع سابق، 43/1.

⁽²⁾—Ghazouani Chiheb: Le contrat de commerce Electronique International, op.cit, p282.

Entreprises Françaises (CIREF) سنة 1999 عقدا نموذجيا تحت تصرف أعضائه، كما تم إعداد اتفاق للشركاء التجاريين في الولايات المتحدة الأمريكية من قبل " American Bar Association"⁽¹⁾.

أخيرا يمكن القول أن العقود بصفة عامة والعقود النموذجية بصفة خاصة وإن لم تضع أعرافا تجارية بصفة مباشرة، فإنها أسهمت وتساهم بشكل كبير في تطوير وإنشاء مثل هذه الأعراف التي تعتبر مصدرا مهما للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية.

كما تشير الباحثة أيضا إلى أن بعض الدراسات تدرج الممارسات التعاقدية والعقود النموذجية بصفة خاصة في المصادر الاتفاقية للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية، غير أنها ارتأت إدراجها ضمن المصادر التلقائية للتجارة الإلكترونية ذلك أنها ترى أن هذه العقود النموذجية لم تنشأ من أجل خلق قواعد مادية للتجارة الإلكترونية، بل أنشأت لتفادي الإشكالات القانونية التي قد تقع في مجال هذه التجارة، غير أن الاستعمال المتكرر لهذه العقود جعل الشروط والبنود التي تتضمنها تتحول بطريقة تلقائية إلى قواعد مادية للتجارة الإلكترونية.

المطلب الثاني: نجاعة القواعد المادية الدولية في حكم عقود التجارة الإلكترونية

إن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية على اختلاف مصادرها على النحو المتقدم، ونظرا لما تتمتع به من خصائص كانت محط اهتمام جل المعنيين بالتجارة الإلكترونية سواء أكانوا باحثين في هذا المجال أم متعاملين فيه، الأمر الذي أدى إلى وجود وجهات نظر متباينة بخصوصها ففي حين ذهب البعض إلى أن هذه القواعد هي السبيل الأنجع للقضاء على إشكالات تنازع القوانين التي يمكن أن تثار بمناسبة المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية، ذهب البعض الآخر إلى أن هذه القواعد لا يمكنها القيام بهذا الدور لافتقارها لمقومات القواعد القانونية.

وستعرض الباحثة هذه الآراء من خلال هذا المطلب، حيث سنتناول الطبيعة القانونية لهذه القواعد (وهذا في فرع أول)، ثم سنتناول مدى كفايتها لعقود التجارة الإلكترونية (وهذا في فرع ثان).

⁽¹⁾ -انظر: صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 179،

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية

إن تحديد الطبيعة القانونية للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية معناه البحث فيما إذا كانت هذه القواعد تتمتع بصفة النظام القانوني (أولاً)، ثم التطرق لمدى تمتعها بالإلزام المطلوب في القواعد القانونية (ثانياً).

أولاً: تمتع القواعد المادية للتجارة الإلكترونية بصفة النظام القانوني

حتى تبين الباحثة ما إذا كانت القواعد المادية للتجارة الإلكترونية تتمتع بصفة النظام القانوني أم لا، فإنه ينبغي عليها أولاً بيان المقصود بالنظام القانوني ثم بيان ما إذا كان هذا المقصود ينطبق على القواعد المادية للتجارة الإلكترونية على النحو الآتي بيانه:

1- المقصود بالنظام القانوني:

لم تتفق كلمة الفقهاء بشأن تحديد مفهوم للنظام القانوني، حيث اختلفت آراءهم حول هذه المسألة إلى آراء ثلاث، ذهب الأول منها إلى أن مفهوم النظام القانوني لا يختلف عن مفهوم القاعدة القانونية، أي أنه مجموع القواعد المنظمة لسلوك الأفراد⁽¹⁾، أما الاتجاه الثاني، فقد ربط فكرة النظام القانوني بوجود أجهزة أو هياكل قانونية داخل المجتمع تأخذ على عاتقها مهمة وضع وصياغة قوانين جديدة، إضافة إلى تنقية القواعد الموجودة والسهر على احترامها، وقد اشترط أنصار هذا الاتجاه ثلاثة شروط لوجود النظام القانوني هي: إصدار القوانين، فرض الانضباط عن طريق القضاء، وقوة تنفيذية لأحكام القضاء. أما الاتجاه الثالث والأخير فقد جمع بين الاتجاهين السابقين بأن جعل النظام القانوني متكون من هيكل وتنظيم إضافة إلى مجموعة قواعد تطبق داخل هذا التنظيم⁽²⁾.

من هنا يمكن تعريف النظام القانوني بأنه: مجموع القواعد القانونية التي تنظم سلوك الأشخاص داخل مجتمع متماسك منظم من قبل سلطة تسهر على سن وتطبيق تلك القواعد⁽³⁾.

2- إمكانية انطباق مفهوم النظام القانوني على القواعد المادية للتجارة الإلكترونية:

على الرغم من وضوح فكرة النظام القانوني المشار إليها أعلاه، والتي تقتضي وجود مجموعة من القواعد القانونية، ومجتمع تطبق فيه، وسلطة مؤثرة داخل ذلك المجتمع، إلا أن الفقه اختلف فيما إذا كان هذا المفهوم منطبق على القواعد المادية للتجارة الإلكترونية أم لا؟

(1) -انظر: جلال محمد إبراهيم: المدخل لدراسة القانون، مرجع سابق، ص 11.

(2) -صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 198-199.

(3) -هذا التعريف قريب مما جاء عند: صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 199.

وقد نتج عن هذا الاختلاف وجود اتجاهين، اتجه يرى بأن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية لا تتوفر على العناصر الأساسية المكونة للنظام القانوني ومن ثم نفى عنها هذه الصفة، واتجاه يرى بأن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية تتحقق فيها مقومات النظام القانوني ومن ثم أثبت لها هذه الصفة، واستند كل اتجاه على مجموعة من الحجج التي تؤيد وتعزز مذهبه، وهو ما ستوجزه الباحثة في الآتي:

أ- حجج القائلين بنفي صفة النظام القانوني عن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية:

اعتمد القائلون بأن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية لا تشكل نظاما قانونيا على مجموعة من الحجج تتمثل أهمها في أن:

-القواعد المادية للتجارة الإلكترونية لا تشكل نظاما قانونيا متكاملًا لأنه لا توجد هيئة أو مؤسسة تدير هذه القواعد، ومن ثم يحتل أحد المقومات الأساسية لفكرة النظام القانوني، كما أن غياب هذه الهيئة أو المؤسسة معناه غياب الجهة التي من شأنها السهر على إلزامية هذه القواعد وفرض التعويضات في حالة وقوع ضرر ما⁽¹⁾.

-جماعة الإنترنت لا تشكل جماعة متماسكة، إذ أنها تضم أشخاصا ينتمون لدول مختلفة لها أنظمة قانونية متباينة، كما أنهم في الغالب لا يعرفون بعضهم البعض، ولا تربطهم طائفة واحدة فهم ينتمون لفئات متنوعة من تجار ومهنيين وفنيين، وعليه فهي جماعة ليست منظمة بشكل كاف مما يعني اختلال فكرة النظام القانوني التي تقوم أساسا على وجود جماعة أو مجتمع منظم ومتماسك⁽²⁾.

-القواعد المادية للتجارة الإلكترونية لازالت حديثة العهد، مما يعني أنه لا يمكن القول بأنها تشكل نظاما قانونيا قائما بذاته، قادرا على مواجهة كل الإشكالات القانونية التي قد يثيرها التعامل عبر الشبكة، فهذه القواعد تقف عاجزة أمام بعض المسائل كالقانون الواجب التطبيق على أهلية أطراف المعاملات، والتراضي والتقادم المسقط، وتقدير التعويض المستحق للمضروب فهي تبقى في حاجة إلى تدخل القوانين الوطنية لمواجهتها⁽³⁾. الأمر الذي جعل كثيرا من الفقهاء يرى بأن المجتمع الافتراضي لا يستقل عن المجتمع الحقيقي ولا يمكن أن ينظم بعيدا عن القوانين السائدة في هذا الأخير، والتي يتم تحديدها عن طريق قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص، كما أن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية حسبهم تدخل ضمن عموم القواعد المادية للتجارة الدولية ومن ثم فإنها لا يمكن أن تشكل نظاما قانونيا

(1)-انظر: إيهاب السباطي: الموسوعة القانونية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص382.

(2)-انظر: أحمد عبد الكريم سلامة: الإنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق، مرجع سابق، 4/53.

(3)-المرجع نفسه، 4/55.

قائما بذاته⁽¹⁾.

ب- حجج القائلين بإثبات صفة النظام القانوني للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية:

ذهب جانب من الفقه إلى أن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية تشكل نظاما قانونيا متكاملًا، وهو قانون موضوعي له قيمة خاصة بالنسبة للعمليات التي تتم عبر شبكة الإنترنت، ومن ثم فهذه القواعد لا تعد جزءًا من القواعد المادية للتجارة الدولية وإنما تعد معادلة لها، لأن لكل منهما مجالًا خاصًا به. كما أن الانتقاد الموجه لمجتمع الإنترنت والمتمثل في أنه مجتمع يفتقر للتنظيم والتماكك أجاب عنه أنصار هذا الاتجاه بأن المجتمع الافتراضي (مجتمع الإنترنت) وبصفة خاصة السوق الإلكترونية وإن تعددت طوائفها بين مستهلكين وغير المهنيين الذين يدخلون في علاقات تعاقدية، ومهنيون محترفون إضافة إلى من يزاولون التجارة بالصدفة، فإن هذا لا يعني تعارض مصالح هذه الفئات بشكل كلي، ذلك أن تباين المصالح يعد من متطلبات العمل التجاري الذي يقوم على المنافسة بين القائمين به، غير أن هذه المنافسة تبقى دائمًا على حد أدنى من المصالح المشتركة بين جميع الأطراف الذين يعملون دائمًا على التضامن من أجل تحقيقها، فالمنافسة وتباين المصالح تعد عامل وحدة بالنسبة لهم لا عامل انقسام⁽²⁾، مما يعني أن مجتمع الإنترنت هو مجتمع دولي يتولى أعضاؤه وضع قواعد سلوكية تحكم معاملاتهم، وفرض الجزاءات التي تكفل احترام تلك القواعد⁽³⁾.

أما بالنسبة لكون مجتمع الإنترنت ليس له هيئة أو سلطة تضع قواعده وتسهر على احترامها، ومن ثم تعطيتها الصفة الإلزامية التي تجعلها تشكل نظامًا قانونيًا، فقد قد أجاب أنصار هذا الاتجاه عن هذا النقد بأنه توجد هيئات دولية تعنى بوضع القواعد المادية للتجارة الإلكترونية واحترام تطبيقها، ومنها لجنة هيئة الأمم المتحدة للقانون التجاري اليونسترال التي قامت بوضع قوانين نموذجية للتجارة والتوقيعات الإلكترونية وهي تسهر على تطبيق أحكام هذه القوانين وعدم مخالفتها، إضافة إلى غرفة التجارة الدولية بباريس والتي وضعت عقدا نموذجيا للتجارة الإلكترونية بين المستهلكين والتجار وتسهر أيضا على تطبيق أحكام هذا العقد بالنسبة لمن يختار التعاقد وفقه، إضافة إلى هيئة الأيكان التي تقدم أنها هيئة تسهر على احترام القواعد الخاصة بمجتمع الإنترنت ككل سواء كانت المعاملات تجارية أم لا.

⁽¹⁾ -انظر: صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 204، 201 على التوالي.

⁽²⁾ -انظر: صلاح علي حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص 249.

⁽³⁾ -انظر: صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 205.

ج- الترجيح بين المذهبين:

بعد أن عرضت الباحثة اتجاهي الفقهاء فيما يتعلق بمسألة تمتع القواعد المادية للتجارة الإلكترونية بصفة النظام القانوني، فإنه تجلّى لها من خلال فحص وتمحيص الحجج المقدمة من كل فريق للتدليل على مذهبه، وبالاطلاع على آراء الباحثين الذين استطاعت الحصول على أبحاثهم في هذا المجال⁽¹⁾، أن ترجح مذهب القائلين بأن القواعد القانونية للتجارة الإلكترونية تشكل نظاماً قانونياً موضوعياً متكاملًا، ذلك أنها تحقق كل مقومات النظام القانوني من وجود قواعد خاصة بمجتمع متماسك تسهر على وضعها واحترام تطبيقها هيئات دولية متخصصة في هذا المجال.

ثانياً: تمتع القواعد المادية للتجارة الإلكترونية بالإلزام

ذهب كثير من الفقهاء إلى عدم توافر صفة الإلزام في القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، انطلاقاً من أن الإلزام عندهم مرتبط بوجود جزء مادي توقعه السلطة المخولة بذلك، إلا أن الباحثة ترى أن هذه القواعد لا تفتقر لصفة الإلزام بل إن الإلزام فيها نابع من قناعة أطراف معاملات التجارة الإلكترونية بأنها ستوفر لهم الأمان والسرعة المطلوبة في معاملاتهم، فهم يلتزمون بتطبيق هذه القواعد بصفة إرادية طوعية وعياً منهم بالإيجابيات التي توفرها لهم مقارنة بخضوعهم لقواعد التشريعات الوطنية مروراً طبعاً بقواعد التنازع في القانون الدولي الخاص وما ينتج عنه من إهدار للجهد والوقت، دون ضمان النتائج التي سيسفر عنها إعمال قواعد التنازع.

ضف إلى ذلك فإن الإخلال باحترام القواعد المادية للتجارة الإلكترونية وقواعد السلوك المقررة في العالم الافتراضي لا يخلو من الجزاء، فهناك جزاءات كثيرة قد يتعرض لها من يخل بهذه القواعد سواء أكانت جزاءات مادية كتوقيف إعلان المنتج ومنعه من استعمال موقع معين، أو جزاءات معنوية كفقد ثقة المتعاملين معه مما يؤثر على سمعته التجارية التي تعتبر عاملاً أساسياً في استمرار تجارته.

الفرع الثاني: كفاية القواعد المادية لحكم عقود التجارة الإلكترونية

إذا كانت الباحثة قد توصلت في الفرع السابق إلى أنه ليس بالإمكان نفي صفة النظام القانوني

⁽¹⁾ - وهم: سلمان أحمد فضل في مؤلفه: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 246، وصلاح علي حسين في مؤلفه: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 250-256، إيهاب السنباطي في مؤلفه: الموسوعة القانونية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 282 وما بعدها، وصالح المنزلاوي في مؤلفه: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 207-215، و Chiheb Ghazouani في مؤلفه: Le contrat de commerce Electronique International، مرجع سابق، ص 265-270.

عن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية فإن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو هل هذه القواعد قادرة على حل كل الإشكالات القانونية التي يمكن أن تفرزها التجارة الإلكترونية أملا؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي من الباحثة بيان مواطن القصور في القواعد المادية للتجارة الإلكترونية (أولا)، ثم اقتراح الحلول التي من شأنها تفادي ذلك القصور (ثانيا).

أولا: مواطن القصور في القواعد المادية للتجارة الإلكترونية

على الرغم من إقرار عدد كبير من الباحثين والفقهاء بتمتع القواعد القانونية بمقومات النظام القانوني، وأن تطبيق هذه القواعد من قبل القضاة أو المحكّمين يستجيب لتوقعات الأطراف ويحقق لهم جانبا من العدالة، إلا أن عددا كبيرا منهم يرى أن هذه القواعد غير كافية لحكم عقود التجارة الإلكترونية، ذلك أن فيها كثيرا من مواطن القصور التي يمكن إجمال أهمها في الآتي:

-تقدم أن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية وإن أمكنها التصدي لما تطرحه عقود التجارة الإلكترونية من إشكالات بصفة مباشرة ودون التعرّيج على قواعد الإسناد المقررة في القانون الدولي الخاص، إلا أنها تقف عاجزة أمام بعض المسائل كالقانون الواجب التطبيق على أهلية أطراف المعاملات، والتراضي والتقدم المسقط، وتقدير التعويض المستحق للمضروب، فهي تبقى في حاجة إلى تدخل القوانين الوطنية لمواجهة هذه المسائل وما يشبهها، وهذا يعد قصورا من جهة أنه ليس بإمكانها الاستغناء عن التشريعات الوطنية ومن ثم التكفل التام بكل ما تفرزه عقود التجارة الإلكترونية من إشكالات.

-تقدم أيضا أن أهم مصادر القواعد المادية للتجارة الإلكترونية هي العادات والممارسات المستقرة في البيئة الإلكترونية، ولا أحد ينكر أن العالم الافتراضي وإن استطاع جذب الأنظار واستقطاب اهتمام كبير في كل المجالات، إلا أنه يبقى عالما فتيا لازال في طور النمو، ومن ثم فإن النظام القانوني المكون من القواعد الناشئة عن الممارسات والعادات المستقرة في هذا العالم لا يمكن أن يكون نظاما متكاملا، وإنما هو نظام في طور النمو أيضا، ويحتاج إلى مدة أطول من أجل الاكتمال، وعليه فإنه لازال في حاجة إلى التشريعات الدولية والوطنية المستقرة منذ زمن بعيد.

-وبالنسبة للإلزام الذي يعد عنصرا مهما في اكتساب صفة القانون، فهو وإن توفر في القواعد المادية للتجارة الإلكترونية كما أشارت الباحثة سابقا، إلا أنه يبقى إلزام غير كاف لتحقيق إحدى غايات القانون وهي الردع، ذلك أن الجزاء المترتب على مخالفة القواعد المادية للتجارة الإلكترونية كثيرا ما

يكون جزءاً أدبياً أو أخلاقياً⁽¹⁾.

ومن خلال هذه النقاط فإن الباحثة تؤيد هذا الرأي، وترى أن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية وإن كان فيها حلاً لكثير من الإشكالات الناتجة عن عقود التجارة الإلكترونية إلا أنه لا يمكن القول بأنها كافية وحدها لحكم هذا النوع من العقود، لأن الاستقلال الذي ينادي به المؤيدون لإصدار قانون خاص بالإنترنت يطبق على كل ما يحدث في البيئة الإلكترونية، دون الاستعانة بما استقر من تشريعات في العالم الحقيقي كلام فيه نظر، ذلك أن العالم الافتراضي وإن كانت له خصوصياته والتي يأتي على رأسها كما تقدم تلاشي كل الحدود السياسية منها والجغرافية إلا أنت هذا لا يعني قطع الصلة بالعالم الحقيقي بشكل نهائي، ذلك أن جل العقود الإلكترونية تتأثر إما بالحدود السياسية أو الحدود الجغرافية، كما أنها وإن تمت بين في عالم افتراضي وبين أشخاص دون حضور مادي إلا أن هؤلاء الأشخاص لهم وجود حقيقي، ومن ثم لا يمكنهم قطع صلتهم بعالمهم الحقيقي بمجرد أنهم يبرمون معاملات إلكترونية.

وعليه فإنه لا بد من اقتراح حلول من شأنها تقليل القصور الوارد في القواعد المادية دون قطع صلتها نهائياً بما ثبت في العالم الحقيقي من تشريعات على المستويين الدولي والداخلي وهو ما ستشير إليه الباحثة في النقطة الموالية.

ثانياً: الحلول المقترحة لتفادي قصور القواعد المادية للتجارة الإلكترونية

إن الحلول التي يمكن أن تساهم في التقليل من قصور القواعد المادية للتجارة الإلكترونية تتمثل في نظر الباحثة في عقد اتفاقيات خاصة بالتجارة الإلكترونية وإشكالاتها القانونية سواء على المستوى الدولي أو الإقليمي، وحتى اتفاقيات بينية حتى تسهل التعامل مع هذا النوع من التجارة الذي يحقق كما تقدم مزايا عديدة للمتعاملين غير أن هذه المزايا عادة ما تصطدم بالعراقيل الناتجة عن أعمال قواعد الإسناد الخاصة بالقانون الدولي الخاص، حيث يؤدي هذا الأعمال إلى تعطيل كثيراً من المصالح المحققة.

فهذه الاتفاقيات التي تعنى بشكل مباشر بالتجارة الإلكترونية يمكنها أن تجيب عن إشكالاتها بشكل مباشر أيضاً، حيث لاحظنا فيما تقدم أن تطبيق الاتفاقيات الدولية الخاصة بعقود التجارة الدولية بصفة عامة على التجارة الإلكترونية، لم يكن بالبساطة المتوقعة نظراً لوجود بعض الاختلافات الناتجة عن نوع الوسيلة المستعملة لإبرام العقود، حيث تحتاج كل وسيلة إلى تدابير خاصة مغايرة عن الأخرى، كما أن من شأن هذه الاتفاقيات تعزيز مصادر القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، خاصة إذا تضمنت هذه الاتفاقيات الإجابة عما يطرحه الواقع العملي للتجارة الإلكترونية من إشكالات فيما

(1) -انظر: سليمان أحمد فضل: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 249.

يخص القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص، لأنه عادة ما تعد مثل هذه الاتفاقيات بمشاركة مختصين في المجال الذي ترم فيه الاتفاقية.

إضافة إلى الاتفاقيات، فإن الباحثة ترى بأنه يجب أن يستعين القضاة بالقواعد المادية للتجارة الإلكترونية لتذليل العقبات التي يفرزها أعمال بعض قواعد الإسناد المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، كالاتماد على قانون الموطن، أو قانون جنسية طرفي المعاملة، لأنه تقدم أن أعمال مثل هذه المعايير يطرح إشكالا في العقود الإلكترونية، ففي مثل هذه الحالات يمكن للقاضي اللجوء إلى القواعد المادية لحل النزاع دون الرجوع للقواعد التي قد تعقد الأمر.

ومن ثم فإن الباحثة ترى بأنه يجب أن يكون هناك تكاملا بين القواعد المادية للتجارة الإلكترونية وما يوجد من تشريعات دولية ووطنية، أما الرأي القائل بوجود إصدار قانون للإنترنت وعزل كل معاملات العالم الافتراضي عن العالم الحقيقي فهذا يعد حلا صعب المنال، ذلك أنه لا مجال للفصل النهائي بين العالمين.

وإذا كان هذا هو شأن القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، فإن السؤال الذي يطرح هل تخضع منازعات هذه العقود لسلطة القضاء العادي؟ أم أنه يجب أن تخضع إلى قضاء خاص يستجيب لطبيعتها؟ وهو ما سيجيب عنه الباب الموالي من هذه الأطروحة.

الباب الثاني:

جهات الاختصاص القضائي بمنازعات عقود التجارة الإلكترونية

الفصل الأول: منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين الاختصاص
القضائي الدولي والطرق البديلة

الفصل الثاني: التحكيم الإلكتروني كوسيلة بديلة لتسوية منازعات
التجارة الإلكترونية

تمهيد:

إذا كان العقد الإلكتروني يطرح إشكالات قانونية كبيرة من حيث انعقاده والقانون الذي يحكمه، فإن هذه الإشكالات تزداد حدة وتعقيدا عند الحديث عن المنازعات الناشئة عن مثل هذه العقود، إذ أن ظهور التجارة الإلكترونية وزيادة حجمها يوما بعد يوم قد صاحبتة زيادة مطردة في عدد المنازعات عن عقودها، ومن ثم ظهرت الحاجة إلى البحث عن الجهات القضائية المختصة بنظر مثل هذه المنازعات التي تتصف بخصوصيتين: الأولى متعلقة بالوسائل التي ترم من خلالها هذه العقود، والثانية متعلقة بالطابع الدولي لهذه التجارة، وهو ما يستدعي إيجاد حلول للإشكالات المتعلقة بتوطينها لبيان وتحديد الجهات القضائية المختصة بنظر وتسوية هذه المنازعات.

فمسألة تحديد الاختصاص القضائي إن كانت مسألة مهمة في العالم المادي، فهي تزداد أهمية في العالم الافتراضي الذي لا يعترف بجنسية أو حدود، الأمر الذي يستدعي معالجة هذه المسألة، وما يندرج تحتها من إشكالات وتساؤلات.

وهو ما سيكون موضوعا لهذا الباب، الذي خصصته الباحثة للحديث عن منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين الاختصاص القضائي الدولي والطرق البديلة (وهذا في فصل أول)، ثم التطرق إلى التحكيم الإلكتروني كوسيلة بديلة لتسوية تلك المنازعات (وهذا في فصل ثان).

الفصل الأول:

منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين الاختصاص القضائي الدولي والطرق البديلة

المبحث الأول: مفهوم الاختصاص القضائي الدولي وموقف
الفقه الإسلامي منه

المبحث الثاني: إعمال القواعد العامة للاختصاص القضائي
الدولي في مجال منازعات عقود التجارة الإلكترونية

المبحث الثالث: الوسائل الإلكترونية البديلة لتسوية منازعات
عقود التجارة الإلكترونية

تمهيد:

إن تحديد الاختصاص القضائي الدولي في المنازعات ذات الطابع الدولي والتي تأتي في مقدمتها منازعات عقود التجارة الدولية، من أصعب المواضيع التي عالجها القانون الدولي الخاص، حيث حاول الفقهاء إيجاد الضوابط التي من شأنها تسهيل تحديد القضاء المختص بنظر المنازعات الناشئة عن تلك العقود، كما ذهبت كثير من الآراء الفقهية إلى البحث عن بدائل لهذا القضاء تماشياً مع خصوصية التجارة الدولية وما تتطلبه من سرعة وسرية لا يمكن تحقيقهما في القضاء العادي، هذا من جهة، ومن جهة ثانية تبادياً للإشكالات القانونية المتعلقة بتحدي الجهة القضائية المختصة بنظر تلك المنازعات.

وإن كان هذا الأمر يتسم بالصعوبة في العالم المادي فإن هذه الصعوبة تتضاعف في العالم الافتراضي، فالتجارة الإلكترونية ومنازعاتها جعلت مسألة الاختصاص القضائي الدولي أكثر تعقيداً بالنظر إلى صعوبة توطين العقود المبرمة إلكترونياً على نحو ما تقدم في الباب الأول، ناهيك عن صعوبة إعمال المعايير المحددة في مجال القانون الدولي الخاص والتي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالمجال الجغرافي بالنسبة لهذه العقود.

إضافة إلى هذا، فإنه وحتى بالنسبة لوسائل التسوية البديلة التي كانت متنفساً يمكن من خلاله استيعاب منازعات التجارة الدولية، لا يمكن الاستفادة منها في مجال عقود التجارة الإلكترونية إلا في حال استفادتها من التقنيات التي تقوم عليها هذه الأخيرة.

وعليه خصصت الباحثة هذا الفصل، لبيان مفهوم الاختصاص القضائي الدولي وموقف الفقه الإسلامي منه (وهذا في مبحث أول)، ثم التطرق إلى إعمال القواعد العامة للاختصاص القضائي الدولي في مجال منازعات عقود التجارة الإلكترونية (وهذا في مبحث ثان)، وأخيراً التطرق إلى الوسائل الإلكترونية البديلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية (وهذا في مبحث ثالث).

المبحث الأول: مفهوم الاختصاص القضائي الدولي وموقف الفقه الإسلامي منه

إن توافر العنصر الأجنبي في عقود التجارة الدولية عموماً، يجعل المنازعات التي تنشأ عنها تدخل في اختصاص أكثر من محكمة، ومن ثم فقد تدعي محاكم عدة دول حق نظرها، كما قد تدعي خروجها من اختصاصها، الأمر الذي يستوجب البحث عن حل لإثبات اختصاص محكمة بعينها، حتى يمكن إلزامها بالفصل في النزاع. وقد اهتم القانون الدولي الخاص بهذه المسألة اهتماماً كبيراً حتى أصبح الاختصاص القضائي الدولي، واحداً من المواضيع المهمة التي يعنى بها هذا الفرع من فروع القانون، إضافة إلى هذا فإن أهمية هذه المسألة تثير ضرورة البحث عن آراء فقهاء الشريعة الإسلامية فيها.

وانطلاقاً من أهمية الاختصاص القضائي الدولي كان لزاماً على الباحثة بيان مفهومه وضوابط تحديده (وهذا في مطلب أول)، ثم بيان موقف الفقه الإسلامي منه (وهذا في مطلب ثان).

المطلب الأول: مفهوم الاختصاص القضائي الدولي وضوابط تحديده

إن الحديث عن الاختصاص القضائي الدولي في مجال عقود التجارة الإلكترونية يستوجب على الباحثة تحديد مفهوم الاختصاص القضائي الدولي عموماً انطلاقاً من أنها قررت فيما تقدم من جزئيات هذه الأطروحة أن عقود التجارة الإلكترونية لا تختلف عن العقود التجارية عموماً إلا من حيث الوسيلة التي تبرم من خلالها والتي تعطيها شيئاً من الخصوصية ينبغي مراعاتها، كما أنه ينبغي على الباحثة أيضاً تحديد المعايير أو الضوابط المعتمدة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي.

ومن ثم خصصت الباحثة هذا المطلب لبيان مفهوم الاختصاص القضائي الدولي (وهذا في فرع أول)، ثم بيان ضوابط تحديده (وهذا في فرع ثان).

الفرع الأول: مفهوم الاختصاص القضائي الدولي

يتحدد مفهوم الاختصاص القضائي الدولي من خلال بيان المقصود به (أولاً)، ثم تمييزه عن الاختصاص التشريعي وتحديد علاقة كل منهما بالآخر (ثانياً).

أولاً: المقصود بالاختصاص القضائي الدولي

يراد بالاختصاص القضائي الدولي «القواعد التي تحدد ولاية محاكم الدولة في المنازعات التي تتضمن عنصراً أجنبياً إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى وذلك بالمقابلة لقواعد الاختصاص الداخلي

والتي تحدد اختصاص كل محكمة من محاكم الدولة إزاء غيرها من محاكم نفس الدولة»⁽¹⁾، وبعبارة أخرى هو: «بيان الحدود التي تباشر فيها محاكم دولة معينة وظيفة القضاء بالمقابلة للحدود التي تباشر فيها محاكم الدول الأجنبية هذه الوظيفة»⁽²⁾، أي بيان الأحوال التي تختص فيها المحاكم الوطنية بنظر النزاع المشتمل على عنصر أجنبي.

ومن ثم فقواعد الاختصاص القضائي الدولي هي قواعد موضوعية وليست قواعد إسناد، انطلاقاً من أنها تحدد مباشرة الحالات التي يختص القضاء الوطني بالنظر فيها دون أن تهتم بتحديد القضاء الأجنبي المختص⁽³⁾.

وعلى الرغم من أن مصطلح "قواعد الاختصاص القضائي الدولي" يوحي بارتباط هذه القواعد بقواعد القانون الدولي العام. إلا أن كل دولة تستقل بتحديد الحالات التي تدخل ضمن ولاية محاكمها الوطنية في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي، من خلال تحديد الضوابط اللازمة لذلك، وفق ما يحقق الأهداف الاجتماعية والاقتصادية التي ترمي إليها السياسة التشريعية لتلك الدولة، وعلى هذا الأساس فليس هناك قواعد دولية تلزم الدول بعقد اختصاص محاكمها في أحوال معينة أو باستبعاد بعض المنازعات من اختصاص محاكمها، غير أن الصلاحية الممنوحة للدولة لتحديد اختصاص محاكمها على المستوى الدولي، ترد عليها قيود يفرضها العرف الدولي في هذا المجال، أو تملئها ضرورات التعايش السلمي المشترك بين الدول⁽⁴⁾.

ثانياً: تمييز الاختصاص القضائي الدولي عن الاختصاص التشريعي وعلاقة كل منهما بالآخر

1- تمييز الاختصاص القضائي عن الاختصاص التشريعي:

إذا كانت قواعد الاختصاص القضائي تهتم بتحديد المحكمة المختصة بنظر النزاعات المتضمنة عنصراً أجنبياً، وقواعد الاختصاص التشريعي أو تنازع القوانين تهتم بتحديد القانون الواجب التطبيق على تلك المنازعات، فهذا يعني أنهما تشتركان في الاختصاص بوضع حد لمشكلة التزاحم سواء تعلق الأمر بتزاحم المحاكم أم بتزاحم القوانين، غير أنهما تختلفان من وجهين⁽⁵⁾:

(1) - هشام علي صادق: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة، د.ط، الإسكندرية، منشأة المعارف، د.ت، ص 07.

(2) - عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، 500/2.

(3) - انظر: المرجع نفسه، 500/2.

(4) - انظر: هشام علي صادق: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 8-9.

(5) - انظر: عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، 500/2.

أ- في حين تعتبر قواعد تنازع القوانين قواعد غير مباشرة لأنها لا تحسم النزاع المطروح أمام القاضي مباشرة وإنما تكتفي بالإشارة إلى القانون الواجب التطبيق على ذلك النزاع، فإن قواعد الاختصاص القضائي تعتبر قواعد مباشرة لأنها تفصل بطريقة مباشرة في مدى اختصاص القضاء الوطني في النزاع المطروح أمامه.

ب- تعتبر قواعد تنازع القوانين قواعد مزدوجة الجانب إذ لا تقتصر على بيان الحالات التي يطبق فيها القانون وطني بل تبين أيضا الحالات التي يطبق فيها القانون الأجنبي، على عكس قواعد الاختصاص القضائي التي تعتبر مفردة الجانب لأنها تقتصر على بيان اختصاص القضاء الوطني دون تحديد اختصاص المحاكم الأجنبية.

2- العلاقة بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي:

تقدم أن قواعد الاختصاص القضائي تحدد مدى اختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعات ذات العنصر الأجنبي، أما قواعد الاختصاص التشريعي فتعين القانون الواجب التطبيق على تلك المنازعات، ومن ثم فالأصل أن يكون كلا منهما مستقلا عن الآخر، إذ ليس هناك ما يوجب التلازم بين الاختصاصين، بمعنى أنه إذا كانت محاكم دولة معينة هي المختصة، فإنه لا يكون بالضرورة قانون تلك الدولة هو القانون الواجب التطبيق، والعكس صحيح، أي أنه إذا كان قانون دولة معينة هو القانون الواجب التطبيق على نزاع ما، فإنه ليس بالضرورة أن تكون محاكم تلك الدولة هي المحاكم المختصة بنظر ذلك النزاع⁽¹⁾.

ويمكن أن يرد هذا الاستقلال إلى أن الاعتبار التي تقوم عليها قواعد الاختصاص القضائي لا تتطابق بالضرورة مع الاعتبار التي يراعيها المشرع عند وضعه لقواعد الاختصاص التشريعي، فقد تقضي قواعد الاختصاص بانعقاد ولاية المحاكم الوطنية بنظر نزاع معين لاعتبارات الأمن والسلامة في الإقليم، بينما تشير قواعد الإسناد بتطبيق قانون أجنبي على موضوع ذلك النزاع على اعتبار أنه أكثر القوانين المتزاحمة ملاءمة لطبيعة النزاع⁽²⁾. هذا دون إغفال أنه قد يحدث وأن تتطابق الاعتبارات التي يقوم عليها الاختصاصان، فيُعقد الاختصاص التشريعي لمحاكم الدولة التي عُقد لها الاختصاص القضائي كما

⁽¹⁾ -والواقع أن عدم التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي شرط أساسي لقيام ظاهرة التنازع، إذ لو كانت محاكم الدولة تطبق قانونها في كل مرة ينعقد اختصاصها بالنزاع المطروح أمامها لما وجد مجال لأي تنازع. هشام علي صادق: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 15.

⁽²⁾ -انظر: عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، 553/2.

هو الحال للتنظيم العقاري لتعلقه باعتبارات السيادة⁽¹⁾، حيث تختص المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار بنظر النزاع الواقع على ذلك العقار، ويكون قانون موقع العقار هو القانون الواجب التطبيق على ذلك النزاع⁽²⁾.

ومع أن الأصل العام هو استقلال الاختصاص القضائي عن الاختصاص التشريعي على نحو ما تقدم، فإن هذا لا يعني بالضرورة عدم تأثير أحدهما في الآخر، فقد يؤثر الاختصاص القضائي على الاختصاص التشريعي، كما قد يؤثر الاختصاص التشريعي على الاختصاص القضائي وذلك على النحو الآتي بيانه⁽³⁾:

أ- أثر تعيين المحكمة المختصة على الاختصاص التشريعي: يبدو أثر الاختصاص القضائي أي تعيين المحكمة المختصة على الاختصاص التشريعي في عدة حالات لعل أبرزها أن القاضي قد يكون ملزماً برفض تطبيق القانون الأجنبي الذي تم تحديد اختصاصه بناء على قواعد الإسناد، وذلك إذا ما تعارض تطبيقه مع النظام العام. كما أن الاختصاص القضائي قد يؤثر بشكل غير مباشر على الاختصاص التشريعي من جهة أن القاضي الوطني قد لا يحسن تفسير القاعدة القانونية الأجنبية الواجبة التطبيق، خاصة إذا كانت هذه القاعدة تنتمي إلى نظام قانوني يختلف اختلافا جوهريا عن قانون القاضي. إضافة إلى أن هذا التأثير يجد مجالا له فيما يتعلق بمسألتي الإحالة والتكييف.

(1) -انظر: عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، 553/2، هامش رقم (1).

(2) -وهو ما تضمنه التشريع الجزائري حيث نص المشرع بموجب المادة 2/17 من القانون المدني على انه: «يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار...»، القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005. (ج.ر، ع 44، س، ص 19). كما نص بموجب المادة 1/40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: «فضلا عما ورد في المواد 37 و38 و46 من هذا القانون، ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها: 1- في المواد العقارية، أو الأشغال المتعلقة بالعقار، أو دعاوى الإيجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات، والدعاوى المتعلقة بالأشغال العمومية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار، أو أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال العمومية». قانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (ج.ر، ع 21، س 45، ص 07). كما تضمن القانون الفرنسي الحكم ذاته، أي أن الدعاوى العينية العقارية لا تختص بها المحاكم الفرنسية إلا إذا كان العقار واقعا في فرنسا، وهو ما نصت عليه المادة 59 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي التي تعقد الاختصاص المحلي لمحكمة موقع العقار، إضافة إلى نص المادة 3 من القانون المدني الذي يخضع كل عقار موجود في فرنسا للقانون الفرنسي، مما يعني بمفهوم المخالفة أن العقارات الفرنسية الواقعة في دولة أجنبية تكون خاضعة لقانون تلك الدولة وليس للقانون الفرنسي. لمزيد من التفصيل يرجى الاطلاع على نصوص القانون المدني، وقانون الإجراءات المدنية الفرنسيين، وهما متاحان على الموقع الرسمي لقوانين الجمهورية الفرنسية على العنوان:

<http://www.legifrance.gouv.fr>

(3) -انظر: عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، 553/2-554، هشام علي صادق: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 15-25.

ب- أثر تعيين القانون الواجب التطبيق على الاختصاص القضائي: إن تأثير الاختصاص التشريعي على الاختصاص القضائي يبدو واضحاً في بعض الأحوال منها على سبيل: أن تحديد القانون الأجنبي الواجب التطبيق قد يؤدي إلى تحلي المحاكم الوطنية عن نظر بعض النزاعات، كتلك المتعلقة بالأحوال الشخصية، حيث تفضل المحاكم الوطنية إسناد هذه المهمة للقضاء الأجنبي، الذي قد يكون أولى بالفصل فيها.

ومن كل ما تقدم، يتضح أن الاختصاص القضائي الدولي يعني ببساطة القواعد التي تحدد اختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعات ذات العنصر الأجنبي، وهو بهذا يختلف عن الاختصاص التشريعي، ومستقل عنه، غير أن هذا الاستقلال لا يعني بالضرورة عدم تأثير كل منهما في الآخر، كما أن الطابع الوطني للاختصاص القضائي الدولي لم يمنع من وجود تشابه بين التشريعات الوطنية في بعض الضوابط والمعايير العامة المعتمدة في تحديد هذا الاختصاص على نحو ما ستوضحه الباحثة في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: الضوابط العامة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي

يعتبر الاختصاص القضائي الدولي مظهراً من مظاهر سيادة الدولة على إقليمها واختصاص محاكمها بتسوية أي نزاع ينشأ في حدود هذا الإقليم، فلكل دولة الحرية الكاملة في تحديد القواعد والضوابط التي تحدد هذا الاختصاص مع مراعاة القيود المشار إليها سابقاً، ومن ثم فإن الضوابط المعتمدة لاشك أنها ستختلف من دولة إلى أخرى، غير أنه وباستقراء مختلف التشريعات الوطنية المتعلقة بمسألة تحديد الاختصاص القضائي الدولي وُجد أن هناك عدداً من الضوابط المشتركة بين كثير من دول العالم حتى باتت تعتبر من الضوابط المسلم بها، ويأتي على رأس هذه الضوابط الخضوع الاختياري أو الإرادي لولاية محكمة دولة ما كضابط عام اعتمده جل التشريعات المعاصرة مع مراعاة جملة من القيود التي من شأنها تحقيق الحماية لكل أطراف العملية التعاقدية، إضافة إلى مجموعة أخرى من الضوابط يتم اللجوء إليها في حال غياب الخضوع الإرادي وقد جرى عرف الدراسات القانونية على تصنيفها إلى ضوابط شخصية وأخرى مكانية مراعاة للاعتبارات التي يقوم عليه كل ضابط من تلك الضوابط.

وعليه ستطرق الباحثة لدور الإرادة في تحديد الاختصاص القضائي والقيود الواردة عليه (أولاً)، ثم ستطرق للضوابط الشخصية والمكانية والموضوعية في تحديد الاختصاص القضائي الدولي (ثانياً).

أولاً: دور الإرادة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي والقيود الواردة عليه

1- دور الإرادة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي:

تقدم أن القانون الدولي الخاص عموماً يقوم على مراعاة مصالح الأفراد، بالشكل الذي يساعد على تيسير حرية التجارة الدولية، وعليه فقد تقرر أنه يمكن لأطراف العقد الدولي التجاري أو المدني الاتفاق على منح الاختصاص لمحكمة معينة لنظر النزاعات الناشئة أو التي يمكن أن تنشأ بينهم، وهو ما يعرف بضابط الخضوع الاختياري القائم على مبدأ حرية الإرادة، حيث أضحي هذا الضابط واحداً من الضوابط المعتمدة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي⁽¹⁾.

وإعمالاً لهذا الضابط الذي تأخذ به غالبية الدول، تُمنح للأطراف الحرية في إخضاع منازعاتهم العقدية الدولية لولاية محكمة دولة ما حتى لو كان النزاع يخرج من ولاية تلك المحكمة وفقاً للقواعد العامة للاختصاص القضائي، سواء تم إخضاع المنازعة لولاية تلك المحكمة بشكل صريح عن طريق شرط أو بند مدرج في العقد المبرم بينهم، حيث يعرف هذا الشرط بـ"الشرط المانع للاختصاص القضائي"، أو بشكل ضمني كأن يقبل الخصم الوقوف أمام محكمة في دعوى مرفوعة ضده دون أن يدفع بعدم اختصاصها، مما يعني قبوله ضمناً لولايتها، أو من خلال تعيين طرفي العقد لموطن مختار لهم في دولة معينة، مما يشير إلى اختصاص محاكم تلك الدولة بنظر ما ينشأ من منازعات بمناسبة ذلك العقد بناء على موطن المدعى عليه الذي يعتبر من الضوابط المعتمدة في تحديد الاختصاص على ما سيأتي.

على أن اتفاق الأطراف على منح الاختصاص لمحكمة ما لا يمكن أن يقع صحيحاً ومنتجاً لآثاره إلا بتوافر شرطين يتمثلان في وجوب اتصاف النزاع بالصفة الدولية، ووجوب توافر صلة جدية بين المحكمة المتفق على منحها الاختصاص وبين النزاع المطروح أمامها أو على الأقل أن تتوافر لدى أطراف النزاع مصلحة مشروعة من وراء اتفاقهم على منح الاختصاص إلى المحكمة المذكورة⁽²⁾، على ما سيأتي بيانه في القيود الواردة على هذا الضابط.

ومن التشريعات التي أخذت بهذا المبدأ:

أ- **التشريع الفرنسي:** وذلك بموجب المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية الجديد (NCPC)، حيث أجازت هذه المادة للتجار فقط إدراج شرط مانح للاختصاص القضائي بشكل صريح أو ضمني

⁽¹⁾ -انظر: عبد الباسط جاسم محمد: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 227.

⁽²⁾ -انظر تفصيل هذه الشروط عند: حفيظة السيد الحداد: النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، (الكتاب الثاني: الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ أحكام الأجنبية وأحكام التحكيم)، د.ط، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، 154-132/2.

حتى لو كان يقضي عكس قواعد الاختصاص الإقليمي⁽¹⁾.

ب- التشريع الجزائري: حيث نصت المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: «يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا. يوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي، وإذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك. يكون القاضي مختصا طيلة الخصومة، ويمتد الاختصاص في حالة الاستئناف إلى المجلس القضائي التابع له»⁽²⁾، فالمشرع الجزائري لم يشترط أن يكون الممارس لهذا الحق جزائريا، بل نص عليه بصورة عامة ودون شروط مما يعني أن الأجنبي أيضا يمكنه الاستفادة منه سواء كان مقيما في الجزائر أم لا، وبصرف النظر عن نوع الدعوى التي يكون طرفا فيها.

ج- التشريع المصري: وذلك بموجب نص المادة 32 من القانون المرافعات المدنية المصري الذي جاء فيه: «تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن في اختصاصها طبقا للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنا»⁽³⁾.

أما على مستوى الاتفاقيات الدولية، فإن ضابط الخضوع الاختياري قد تم اعتماده في دول المجموعة الأوروبية في كل من اتفاقية بروكسل لسنة 1968 المتعلقة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المواد المدنية والتجارية⁽⁴⁾ المعدلة بموجب التنظيم رقم CE/2001/44 الصادر في 22 ديسمبر 2000⁽⁵⁾، وكذلك

⁽¹⁾– Article 48 du NCPC: «Toute clause, qui directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'a été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée».

⁽²⁾– القانون رقم 08-09 لسنة 2008 المشار إليه سابقا، ج.ر، ع 21، س 45، ص 8.

⁽³⁾– عبد الباسط جاسم محمد: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 231.

⁽⁴⁾– اتفاقية بروكسل لسنة 1968: هي اتفاقية أبرمت بين دول المجموعة الأوروبية بتاريخ 27 سبتمبر 1968، ودخلت حيز التطبيق بداية من الفاتح فيفري 1973، من أجل تسهيل تنفيذ الأحكام داخل دول المجموعة، ونظرا لأهمية الاتفاقية فقد تم إدخال بعض التعديلات عليها وصدرت في شكل تنظيم أوروبي في 22 ديسمبر 2000، غير أن هذا التنظيم وإن أصبح ساري المفعول فهو لم يلغ الاتفاقية نهائيا بل أبقى على نفاذها بالنسبة للدول الأوروبية التي لم تصادق على التنظيم الجديد، وهو ما تضمنته حيثيات التنظيم ذاته بشكل مباشر حفاظا على الاتفاقية. والاتفاقية منشورة في الجريدة الرسمية للمجموعة الأوروبية:

la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, CE 72/454 Journal officiel n° L 299 du 31/12/1972, pp 32 –42 .

⁽⁵⁾– le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, j.o. n° L12 du 16/01/2001, pp 1-23.

في اتفاقية لوجانو لسنة (1)1988.

حيث نصت المادة 1/23 من التنظيم الأوروبي المعدل لاتفاقية بروكسل والمعروف ببروكسل 1 على ضرورة احترام الدول الأطراف في الاتفاقية لحرية الأطراف في اختيار جهة قضائية تتولى فصل منازعاتهم، سواء تم ذلك الاتفاق قبل أو بعد نشوء النزاع شرط توافر جملة من الشروط (2). وهو المعنى الذي تضمنته أيضا المادة 17 من اتفاقية بروكسل لسنة 1968.

إضافة إلى اتفاقيات المجموعة الأوروبية فقد وجد هذا الضابط تطبيقا في اتفاقيات أخرى منها على سبيل المثال اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عبر البحر كليا أو جزئيا المبرمة سنة 2008 (3).

(1) اتفاقية لوجانو لسنة 1988: هي الاتفاقية المبرمة في 16 سبتمبر 1988 بين دول المجموعة الاقتصادية الأوروبية "CEE" (La Communauté Economique Européenne)، ودول منظمة الاتحاد الأوروبي للتبادل الحر "AELE" (Association Européenne de Libre Echange) والتي دخلت حيز التنفيذ في الفاتح من جانفي 1992، حيث كان الهدف منها استفادة دول الاتحاد الأوروبي مما تضمنته اتفاقية بروكسل التي لم يكن بإمكان هذه الأخيرة الانضمام إليها لعدة أسباب. ومن ثم كانت هذه الاتفاقية التي لا تختلف عن اتفاقية بروكسل إلا في تفصيلات بسيطة، سببلا لتلك الدول حتى تتمكن من الاستفادة من امتيازات اتفاقية بروكسل ومن هذه الدول سويسرا، النرويج، وأيسلندا. يمكن مراجعة تفصيل الاتفاقية في:

Mayer Pierre, Heuzé Vincent : droit internationale privé, Op.cit, p237, n°357.

أما نصوص هذه الاتفاقية فيمكن الرجوع إليها من خلال الجريدة الرسمية للمجموعة الأوروبية:

la convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, qui étend l'application des dispositions de la convention de Bruxelles de 1968 à certains Etats membres de l'Association européenne de libre-échange. CE 88/592 Journal officiel n° L 319 du 25/11/1988, pp 09 - 33

(2)–Article 23/1 : « 1. Si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État membre, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État membre sont compétents. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties. Cette convention attributive de juridiction est conclue:

a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, ou b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles, ou c) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée.

(3)–وهي الاتفاقية التي اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار رقم 133/63 في دورتها 63، ديسمبر 2008.

2- القيود الواردة على دور الإرادة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي

على الرغم من أن جل التشريعات الوطنية والدولية قد أعطت للأطراف حرية الاتفاق على إخضاع منازعتهم لولاية محكمة غير المحكمة المختصة أصلاً بنظره على نحو ما تقدم، إلا أن هذه الحرية تجدد ما يقيدها، ويمكن التمثيل لهذه القيود بالقيدين الآتين:

أ- الرابطة الجدية بين النزاع والمحكمة المختارة من قبل الأطراف:

إن حرية الأطراف في اختيار المحكمة المختصة لحل النزاع ليست مطلقة، بل تتقيد بضرورة وجود صلة بين النزاع والمحكمة المختارة، أو توفر مصلحة مشروعة في اختيارها، وهو ما يكفل فعالية الأحكام التي تصدر عن تلك المحكمة.

ويتحقق الارتباط أو الاتصال بين النزاع والدولة التي تم اختيار محاكمها، إما بناء على معيار موضوعي كمحل نشوء الالتزام أو تنفيذه، أو موقع المال محل النزاع، أو معيار شخصي، مثل موطن المدعى عليه، أو أن يكون الشخص يحمل جنسية دولة المحكمة المختارة. ذلك أن اختيار محكمة دولة لا تربطها أي علاقة بالنزاع قد يشير إلى حالة من حالات الغش والاحتيال.

ب- توفير الحماية اللازمة للمستهلك:

تهتم التشريعات بالحرص على توفير الحماية اللازمة للمستهلك على اعتبار أنه الطرف الضعيف في العملية التعاقدية، ومن ثم وكما كانت حماية المستهلك قيدا على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد على نحو ما تقدم في فصول هذه الأطروحة، فهي أيضا تعتبر من القيود الواردة على حرية الأطراف في تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع، إذ يجب مراعاة المستهلك عند هذا التحديد، لأنه قد يكون عرضة للاستغلال من قبل المنتج أو البائع أو مقدم السلعة الذي يعتبر أكثر خبرة ودراية ومن ثم قد يضع شرطا يحدد المحكمة المختصة بنظر أي نزاع قد ينشأ بين الطرفين، ويكون اختياره لتلك المحكمة مبني على أنها المحكمة التي تلائمه هو لا المستهلك.

لذلك نجد أن التشريعات المختلفة نصت على أنه من الضروري أن يخضع المستهلك إلى نظام قضائي يعرفه حددته بقضاء موطن إقامة هذا الأخير.

ثانيا: الضوابط الشخصية والمكانية لتحديد الاختصاص القضائي الدولي

إذا كان الأصل هو اتفاق الأطراف على اختيار القضاء الذي من شأنه النظر في أي نزاع ينشأ عن الالتزامات التعاقدية المبرمة بينهم بموجب شرط أو بند في العقد كما تقدم، فإنه كثيرا ما يغفل

الأطراف مثل هذا الشرط، ومن ثم يتعين إيجاد معايير وضوابط من شأنها تحديد الاختصاص القضائي الدولي، وهو ما عمدت إليه جل التشريعات، حيث تم اعتماد مجموعة من الضوابط منها ما يقوم على أسس شخصية، ومنها ما يقوم على أسس مكانية، هو ما ستتناوله الباحثة في الآتي:

1- الضوابط الشخصية المعتمدة في تحديد القضائي الدولي:

تتمثل الضوابط الشخصية المعتمدة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي في ضابطين أساسيين الأول: ضابط جنسية المدعى عليه، والذي يعتبر من الضوابط الشخصية البحتة، لأنه يمنح الاختصاص بنظر الدعوى إلى محكمة الدولة التي ينتمي إليها المدعى عليه بجنسيته، أما الثاني فيتمثل في ضابط موطن المدعى عليه والذي يعتبر ضابط شخصي ذو طابع مكاني، لأنه يعبر عن الشخصية القانونية من جانب، ويعبر عن ارتباط المدعى عليه بمكان معين من جانب آخر.

أ- ضابط جنسية المدعى عليه: وفقا للتشريعات التي أخذت بهذا الضابط⁽¹⁾، ينعقد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة التي ينتمي إليها المدعى عليه بجنسيته، بغض النظر عما إذا كان مقيما بها أم بإقليم آخر، ودون اشتراط توفر أي رابطة أخرى بين النزاع وبين دولة المحكمة، على أن تكون العبارة بحمل الجنسية وقت رفع الدعوى، دون أن يؤثر سقوط الجنسية عن المدعى عليه في وقت لاحق على تحديد اختصاص المحكمة⁽²⁾.

وقد انتقد هذا الضابط من جهة أن عقد الاختصاص القضائي لمحكمة دولة ما مجرد انتماء المدعى عليه بجنسيته إلى تلك الدولة، دون أن يكون له موطن أو مال فيها، من شأنه أن ينتقص من قيمة الحكم الصادر عن المحكمة، لعدم قابليته للتنفيذ، خاصة وأن "مبدأ قوة النفاذ"⁽³⁾ من أهم الركائز في قواعد الاختصاص القضائي الدولي، لأن الحكم القضائي الذي لا يمكن تنفيذه يكون مجردا من الفاعلية⁽⁴⁾.

جدير بالذكر أنه إذا كانت جل التشريعات الوطنية عبر العالم قد اعتمدت جنسية المدعى عليه

(1) -من التشريعات التي أخذت بهذا الضابط، التشريع المصري حيث جاء في المادة 28 من قانون المرافعات: «تختص محاكم الجمهورية بنظر دعاوى التي ترفع على المصري ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية».

(2) -انظر: حفيظة السيد الحداد: النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، مرجع سابق، ص 54/2.

(3) -مبدأ قوة النفاذ: يرجع هذا المبدأ أصلا إلى الفقه الأنجلوساكسوني الذي يرى فيه معيارا أساسيا لتحديد به جميع حالات الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية. ومفاد هذا المبدأ أن محاكم الدولة تختص بالنازعات التي تملك في شأنها السلطة الفعلية والحقيقية التي تجعلها قادرة على كفالة آثار الحكم الصادر عنها. هشام علي صادق: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 40.

(4) -انظر: عبد الباسط جاسم محمد: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 161.

كضابط لتحديد الاختصاص القضائي، فإن هناك بعض التشريعات قد اعتمدت جنسية الخصمين أي كل من المدعى عليه والمدعى لتحديد هذا الاختصاص، ومن هذه التشريعات التشريعات الفرنسيين الجزائريين، إذ بالنسبة للتشريع الفرنسي نجد هذا الضابط بموجب نصي المادتين 14، 15 من القانون المدني الفرنسي، حيث تنص المادة 14 على أنه: «يمكن رفع الدعوى أمام المحاكم الفرنسية على الأجنبي ولو لم يكن مقيما في فرنسا، لتنفيذ الالتزامات التي عقدها في فرنسا مع فرنسي، كما يمكن مقاضاته أمام محاكم في فرنسا من أجل الالتزامات التي عقدها في بلد أجنبي مع فرنسيين»⁽¹⁾، وتنص المادة 15 على أنه: «يمكن مقاضاة الفرنسي أمام محكمة فرنسية من أجل الالتزامات التي عقدها في بلد أجنبي ولو مع أجنبي»⁽²⁾، وعليه فالمادتان تقرران في عبارة صريحة عقد الاختصاص للمحاكم الفرنسية بالنظر إلى جنسية طرفي المنازعة أي الخصمين، فكلما كان أحد الخصمين مدعى أو مدعى عليه فرنسيا، ثبت الاختصاص للمحاكم الفرنسية، بصرف النظر عن موطن كل منهما أهو في فرنسا أو في دولة أجنبية، وبصرف النظر أيضا عن نوع الدعوى⁽³⁾.

وقد نصح المشرع الجزائري المنهج ذاته، بموجب نصي المادتين 41، و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽⁴⁾، التي جاءت صياغتهما تقريبا مطابقة لما ورد في نصي المادتين 14، 15 من القانون المدني الفرنسي المشار إليهما أعلاه، إذ نصت المادة 41 على أنه: «يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي، حتى لو لم يكن مقيما في الجزائر أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقدها عليها في الجزائر مع جزائري. كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن

⁽¹⁾-Article 14 : « L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français.»

⁽²⁾-Article 15 : « Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France pour des obligations pour lui contractées en pays étranger même avec un étranger.»

⁽³⁾-انظر: عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص562-563.

⁽⁴⁾-على أن هاتين المادتين قد حافظتا على ذات الأحكام الواردة في قانون الإجراءات المدنية القديم وذلك بموجب المادتين 10، 11 حيث نصت المادة 10 على أن: «كل أجنبي ولو لم يكن مقيما بالجزائر يجوز أن يكلف بالحضور أمام المحاكم الجزائرية لتنفيذ الالتزامات التي تعاقدها عليها في الجزائر مع جزائري. كما يجوز أيضا أن يقدم إلى المحاكم الجزائرية بشأن عقود أبرمها في بلد أجنبي مع جزائريين» (الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ الموافق 8 يونيو سنة 1966م، ج.ر، ع47 الصادر بتاريخ 9 يونيو سنة 1966، ص)، بينما نصت المادة 11 على أنه: «يجوز تقديم كل جزائري إلى الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقدها عليها في بلد أجنبي حتى ولو كان مع أجنبي»، المعدلة بموجب الأمر رقم 71-80 في مادته السادسة.

التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين»⁽¹⁾، بينما نصت المادة 42 على أنه: «يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي، حتى لو كان مع أجنبي»⁽²⁾.

وبناء على ما ورد في التشريعين الفرنسي والجزائري يمكن القول أن الفرنسي أو الجزائري بوصفه مدعيا يجوز له التنازل عن اختصاص المحاكم الفرنسية أو الجزائرية المقرر لصالحه بموجب المادتين 14 و41 على الترتيب، لصالح محاكم أجنبية، ذلك أن الحق الممنوح له لم يأت على سبيل الإلزام بل على سبيل الجواز كما تبين من خلال النصين المذكورين أعلاه.

ب-ضابط موطن المدعى عليه: بناء على هذا الضابط، ينعقد الاختصاص القضائي للمحكمة التي يوجد بها موطن أو محل إقامة المدعى عليه، وهو أمر مستقر حتى في الاختصاص الداخلي⁽³⁾ انطلاقاً من أن المدعي هو الذي يسعى إلى المدعى عليه في محكمته⁽⁴⁾. ويعتبر هذا الضابط من أهم المبادئ التي يقوم عليها الاختصاص القضائي الدولي، حيث أشارت معظم التشريعات الوطنية على مستوى العالم إلى أن محاكمها الوطنية تختص بنظر المنازعات إذا كان المدعى عليه مقيماً أو متوطناً بها، ويمكن التمثيل لهذه التشريعات بالتشريع المصري الذي تبني هذا الضابط بموجب نص المادة 29 من قانون المرافعات حيث جاء فيه: «تختص محاكم الجمهورية بالدعاوى التي ترفع على أجنبي الذي له محل إقامة في الجمهورية»⁽⁵⁾.

أما على المستوى الدولي فقد تم تبني هذا الضابط في اتفاقية بروكسل المتعلقة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المواد المدنية والتجارية في دول الاتحاد الأوروبي بموجب نص المادة الثانية من هذه الاتفاقية التي أشارت إلى أن كل من يقيم في إقليم دولة عضو (في المجموعة الأوروبية) أيا كانت

(1) -القانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، مرجع سابق، ج.45، ع.21، س.45، ص.08.

(2) -المرجع نفسه.

(3) -فقد نص مثلاً المشرع الجزائري بموجب المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: «يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك». قانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (ج.ر، ع.21، س.45، ص.07).

(4) -انظر: أحمد عبد الكريم سلامة: الإنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق، مرجع سابق، ص.30.

(5) -سليمان أحمد فضل: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص.260.

جنسيته بإمكانه الاستفادة من قضاء هذه الدولة العضو⁽¹⁾.

على أن تفسير المقصود بالموطن يعد أمراً متعلقاً بقاعدة وطنية، ومن ثم يلزم الرجوع بشأن تفسيرها إلى قانون القاضي الذي يكون النزاع معروفاً عليه⁽²⁾. وبالنظر إلى مذاهب المشرعين والفقهاء بالنسبة لتحديد المقصود بالموطن يمكن حصر أنواع الموطن التي يمكن بناءً على توافر واحد منها عقد الاختصاص لمحاكم الدولة في: موطن عام وموطن خاص على نحو ما تقدمت الإشارة إليه في الباب الأول من هذه الأطروحة.

أخيراً تشير الباحثة إلى أن موطن المدعى عليه كضابط لتحديد الاختصاص الدولي للمحاكم، يستوي أن يكون موطناً لشخص طبيعي أم موطناً لشخص معنوي أو اعتباري، وقد حدد المشرع الجزائري بموجب المادة 2/50 من القانون المدني موطن الشخص الاعتباري بأنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته⁽³⁾.

2- الضوابط المكانية المعتمدة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي:

أ- **ضابط محل الالتزام:** ووفقاً لهذا الضابط ينعقد الاختصاص لمحكمة محل الالتزام، هذا الأخير الذي قد يكون محل إنشاء الالتزام، أي محل إبرام التصرف القانوني أو حتى محل صدور الفعل الضار (وهو خارج نطاق موضوع هذه الأطروحة)، أو محل تنفيذ الالتزام أي محل تنفيذ العقد، وعليه فإذا نشأ الالتزام في دولة معينة أو تم تنفيذه في إقليمها انعقد الاختصاص لمحاكمها إعمالاً لهذا الضابط الذي علل الفقهاء اعتماده بأن محكمة محل الالتزام تكون في الغالب أكثر إلماماً من غيرها بالظروف والملايسات المحيطة بالنزاع الناشئ عن ذلك الالتزام⁽⁴⁾.

ب- **ضابط موقع المال:** وبناءً على هذا الضابط ينعقد الاختصاص لمحكمة موقع المال، ومن ثم اعتبر هذا الضابط ضابطاً مكانياً أو إقليمياً لأنه يتحدد بالنظر إلى إقليم الدولة⁽⁵⁾.

(1) - Article 2 : «1. Sous réserve des dispositions du présent règlement, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre».

(2) - Mayer Pierre, Heuzé Vincent : droit internationale privé, Op.cit, p188, n°284.

(3) - الأمر رقم 75-58 لسنة 1975 المشار إليه سابقاً، ج.ر، ع78، س12، ص993.

(4) - انظر: عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص591، هشام علي صادق: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص50.

(5) - المرجع نفسه.

مما تقدم يتضح أن هناك مجموعة من المعايير والضوابط التي يمكن الاعتماد عليها في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، وهي ضوابط متفق عليها بين كثير من التشريعات، وإن اختلفت الأسس والاعتبارات التي تعتمد عليها كل دولة في اعتدادها بتلك الضوابط.

المطلب الثاني: تحديد المحاكم المختصة في الفقه الإسلامي

قد يبدو أن مسألة الاختصاص القضائي الدولي من المسائل المستحدثة التي لم يعرفها الفقه الإسلامي، ومن ثم فهي تعتبر من المسائل التي تحتاج إلى حكم فقهي، خاصة وأن الثابت فقها وحدة القضاء ووحدة القانون المطبق في الدولة الإسلامية. غير أنه بالنظر إلى الموروث الفقهي في مجال الأحكام القضائية وحقوق غير المسلمين في الدولة الإسلامية، إضافة إلى مباحث الفقهاء المعاصرين في هذا المجال، يمكن القول أن المسألة تعد من المباحث التي تناولها الفقهاء بإسهاب.

وهو ما ستوضحه الباحثة من خلال هذا المطلب، حيث ستتطرق للقضاء المختص بقضايا الأجانب (وهذا في فرع أول)، ثم ستتطرق إلى الضوابط والمعايير المعتمدة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي في الفقه الإسلامي (وهذا في فرع ثان).

الفرع الأول: القضاء المختص بقضايا الأجانب في الدولة الإسلامية

تقدم أن الاختصاص القضائي في القانون الوضعي معناه بيان القواعد التي من شأنها تحديد اختصاص المحاكم بنظر الدعاوى التي تتضمن عنصراً أجنبياً، ومن ثم وبالمبحث في هذا المجال تبين أن الفقهاء قد بحثوا ولاية القضاء الإسلامي على الدعاوى التي يكون أحد أطرافها غير مسلم، وكذلك الدعاوى التي يكون طرفها غير مسلمين.

وهو ما ستتناوله الباحثة، حيث تتطرق لمدى اختصاص القاضي المسلم بنظر الدعاوى التي يكون أحد أطرافها غير مسلم (أولاً)، ثم تتطرق لاختصاصه بنظر الدعاوى بين غير المسلمين (ثانياً).

أولاً: إذا كان أحد أطراف الدعوى مسلماً

الثابت لدى فقهاء الشريعة الإسلامية أنه إذا رفعت للقاضي المسلم دعوى في نزاع بين مسلم وغير مسلم، وجب عليه النظر فيها، والفصل بين المتخاصمين وفق أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا باتفاق بين الفقهاء رحمهم الله⁽¹⁾.

(1) -انظر: الباجي: المنتقى شرح الموطأ، ط1، مصر، مطبعة السعادة، 1332هـ، 187/5، القراني: الذخيرة، مرجع سابق، 111/10، الشافعي: الأم، مرجع سابق، 259/5، ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، 383/12.

فقد جاء مثلاً في المغني: «وإن تحاكم مسلم وذمي، وجب الحكم بينهم بغير خلاف، لأنه يجب دفع ظلم كل واحد منهما عن صاحبه»⁽¹⁾.

كما جاء في المدونة الكبرى: «كل أمر يكون بين مسلم ونصراني فأرى أن يحكم بينهما بحكم الإسلام»⁽²⁾. وهو المعنى الوارد في الأم أيضاً: «إذا تحاكم إليه مشرك وجب أن يحكم له أو عليه بالإسلام»⁽³⁾.

وما يتضح من هذه النصوص وغيرها في هذا المجال، أن القاضي المسلم يجب عليه النظر في كل دعوى يكون أحد أطرافها مسلماً سواء كان مدعياً أو مدعى عليه، دون اعتبار لجنسيته، أو موطنه، أو نوع الدعوى، فاختصاص المحكمة الإسلامية مبني على وجود مسلم في الدعوى أياً كان هذا المسلم.

وقد علل الفقهاء هذا المذهب بقولهم: «لأن كل حكم بين مسلم وكافر، فإنما يقضى فيه بحكم الإسلام»⁽⁴⁾، وحكم الإسلام لا يمكن أن يكون من غير المسلم، لأنه لا يجوز أن يحكم على المسلمين حاكم كافر⁽⁵⁾.

فخضوع المسلمين لأحكام الشريعة الإسلامية في كل معاملاتهم مع المسلمين أو غيرهم أمر تعبدى بالدرجة الأولى، كما أن خضوع غير المسلمين للقضاء الإسلامي ليس فيه ظلم لهم، بل هو إنصاف.

ثانياً: إذا كان طرفاً الدعوى غير مسلمين

اختلف الفقهاء في مسألة الخصومات الواقعة بين غير المسلمين، ومدى اختصاص القضاء الإسلامي بنظرها، فكانت لهم آراء شتى في هذه المسألة، حتى أنهم فرقوا في هذا الصدد بين الذمي والمستأمن على النحو الآتي بيانه:

1- مذاهب الفقهاء في خضوع الذميين للقضاء الإسلامي:

تناول الفقهاء هذه المسألة في أبواب شتى من كتبهم ويمكن تلخيص آرائهم فيها كل حسب مذهبه مع الاختصار على المذاهب الأربعة:

(1) - ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، 383/12.

(2) - مالك: المدونة الكبرى، مرجع سابق، 395/4، 417.

(3) - الشافعي: الأم، مرجع سابق، 259/5.

(4) - الباجي: المنتقى شرح الموطأ، مرجع سابق، 187/5.

(5) - ابن الإخوة: معالم القرية في معالم الحسبة، مرجع سابق، ص 44.

أ- مذهب الحنفية: فرّق فقهاء الحنفية بين ما إذا كان موضوع الدعوى يتعلّق بالنكاح، وما إذا كان يتعلّق بغيره كالمعاملات والحدود والقصاص:

فبخصوص النكاح قالوا: كل نكاح يجوز فيما بين المسلمين فهو جائز فيما بين أهل الذمة؛ لأنهم يعتقدون جوازه، ونحن نعتقد ذلك في حقهم أيضاً فإن النبي ﷺ قال: [بعثت إلى الأحمر والأسود]، وخطاب الواحد خطاب الجماعة فما توافقنا في اعتقاده يكون ثابتاً في حقهم⁽¹⁾، فأما ما لا يجوز بين المسلمين فهو أنواع منها: النكاح بغير شهود، ونكاح المعتدة، ونكاح المحارم، وقد فصل فقهاء الحنفية في هذه المسألة، غير أننا سنقتصر هنا على ما ذهبوا إليه في النكاح بغير شهود.

قال السرخسي: أما النكاح بغير شهود فإنه جائز بين أهل الذمة يقرون عليه إذا أسلموا عندنا، وقال زفر -رحمه الله تعالى-: لا يتعرض لهم في ذلك إلا أن يسلموا أو يترافعوا إلينا فحينئذ يفرق القاضي بينهم لقوله تعالى: ﴿... فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ...﴾⁽²⁾. ولأنهم بعقد الذمة صاروا منا داراً، والتزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات فيثبت في حقهم ما هو ثابت في حقنا ألا ترى أن حرمة الربا ثابتة في حقهم بهذا الطريق، فكذلك حرمة النكاح بغير شهود، ولكننا نقول: نعرض عنهم؛ لمكان عقد الذمة لا لأننا نفرهم على ذلك كما نتركهم وعبادة النار والأوثان على سبيل الإعراض لا على سبيل التقرير والحكم بصحة ما يفعلون ولا نعرض عنهم في عقد الربا؛ لأن ذلك مستثنى عن عقد الذمة... وحجتنا في ذلك أن الإشهاد على النكاح من حق الشرع، وهم لا يخاطبون بحقوق الشرع بما هو أهم من هذا؛ ولأن النكاح بغير شهود يجوزه بعض المسلمين، ونحن نعلم أنهم لم يلتزموا أحكام الإسلام بجميع الاختلاف ثم من المنزل أن يترك أهل الكتاب وما يعتقدون إلا ما استثنى عليهم، وأن حكم خطاب الشرع في حقهم كأنه غير نازل؛ لاعتقادهم خلاف ذلك⁽³⁾.

أما الكاساني فيرى أنه: «لا يفرق بينهما، وإن تحاكما إلينا أو أسلما بل يقران عليه، أما قولهم إنهم لما قبلوا عقد الذمة، فقد التزموا أحكامنا ورضوا بها، ومن أحكامنا أنه لا يجوز النكاح بغير شهود، ولهذا لم يجز نكاحهم المحارم في حكم الإسلام؛ ولأن تحريم النكاح بغير شهود في شريعتنا ثبت بخطاب الشرع على سبيل العموم بقوله ﷺ [لا نكاح إلا بشهود]. والكفار مخاطبون بشرائع هي حرمت في الصحيح من الأقوال، فكانت حرمة النكاح بغير شهود ثابتة في حقهم. فنقول: أنهم كانوا يتدينون النكاح بغير شهود، والكلام فيه، ونحن أمرنا بتركهم، وما يدينون إلا ما استثنى من عقودهم كالزنا، وهذا غير مستثنى منها(وأما) قوله إنهم بالذمة

(1) -السرخسي: المبسوط، مرجع سابق، 38/5، الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، 311/2.

(2) -سورة المائدة: 48.

(3) -السرخسي: المبسوط، مرجع سابق، 38/5.

التمزوا أحكام الإسلام، فنعم لكن جواز أنكحتهم بغير شهود من أحكام الإسلام، وقوله تحريم النكاح بغير شهود عام ممنوع بل هو خاص في حق المسلمين لوجود المخصص لأهل الذمة، وهو عمومات الكتاب»⁽¹⁾.

-أما في المعاملات والموارث وسائر العقود والتصرفات فإن أهل الذمة يخضعون للقضاء الإسلامي، وتطبق عليهم أحكام الإسلام كالمسلمين، سواءً ترفع كلاهما إلى القاضي المسلم أو ترفع أحدهما؛ لأنهم ملتزمون بأحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات المالية، إلا في بيع الخمر والخنزير، فإن ذلك جائز فيما بينهم، لأنهم يُقَرُّون على أن تكون مالا لهم، ولو لم يجز مبيعهم وتصرفهم فيها والانتفاع بها لخرجت من أن تكون مالا لهم، ولما وجب على مستهلكها عليهم ضماناً. وفيما عدا ذلك فإنهم يُحْمَلون على أحكام المسلمين؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَن أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾⁽²⁾، ولأن النبي ﷺ كتب لأهل نجران: [أن من بايع منكم بالربا فلا ذمة له]⁽³⁾، وفي رواية أخرى: [إما أن تذرنا الربا وإما أن تأذنوا بحرب من الله ورسوله]⁽⁴⁾ فقد سوى بينهم وبين المسلمين في المنع من الربا والعقود الفاسدة المحظورة، فيقاس على الربا كل ما يتعلق بحكم البيوع والإيجارات ونحوها من العقود والمعاملات⁽⁵⁾.

وقد حمل الحنفية الآية السابقة على أنها نسخٌ للتخيير الوارد في الآية السابقة لها، وهي قوله تعالى: ﴿...فَأَحْكَمَ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضَ عَنْهُمْ...﴾ على رأي بعض العلماء، أو هي خاصة في غير أهل الذمة، والأولى في أهل الذمة، فلا نسخ فيهما⁽⁶⁾.

وكذلك الأمر بالنسبة للحدود حيث يجب على الإمام أن يحكم بينهم بأحكام المسلمين، فكل ما وجب على الإمام أن يُقيمه على المسلمين فيما أصابوا من الحدود، كالزنا والقذف والسرقعة وقطع الطريق وجب عليه أن يقيمه على أهل الذمة، غير ما استحلوا به في دينهم، كشرهم الخمر وما أشبهه، فإن ذلك يختلف حالهم فيه وحال المسلمين، فيعاقب المسلمون على ذلك، وأهل الذمة لا يعاقبون عليه، ما خلا الرجم في الزنا، فإنه لا يقام على أهل الذمة، لأن الأسباب التي يجب بها الإحصان: أحدها الإسلام. فأما ما سوى ذلك من العقوبات الواجبات في انتهاك الحرمات، فإن أهل الذمة كأهل

(1)-الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، 311/2.

(2)-سورة المائدة: 49.

(3)-أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، 426/7.

(4)-أبو بكر الرازي الحصاص: الفصول في الأصول، ط2، وزارة الأوقاف الكويتية، 1414هـ-1994م، 39/2.

(5)-انظر: السرخسي: المبسوط، 38/5.

(6)-لقد فصل ابن جرير تفصيل هذه المسألة في تفسيره، بيروت، دار الكتب العلمية، 1412هـ، 584/4 وما بعدها.

الإسلام. ويجب على الإمام أن يقيّمها عليهم، وإن لم يتحاكموا إليه، كما يجب عليه أن يقيّمه على أهل الإسلام وإن لم يتحاكموا إليه. ويقتص من الذمي إذا ارتكب جريمة القتل العمدي سواء أكان المقتول مسلماً أم ذمياً، وتجب عليه الدية في القتل الخطأ وشبه العمد⁽¹⁾.

ب- مذهب المالكية:

ذهب الإمام مالك إلى أن أهل الذمة يخضعون للقضاء الإسلامي، فيحملون في البيوع والمعاملات والحدود على حكم الإسلام إلا في الزنا، فإنه لا يُحكم به فيما بينهم، فإن ترفعوا إلى القاضي المسلم كان مخيراً، إن شاء حكم وإن شاء ترك. فإن حكم بينهم حكم بحكم الإسلام، وإنما حكم النبي ﷺ بالرحم على اليهودي لأنه لم يكن له ذمة يومئذ.

وقال: الذمي إذا سرق قُطع، وكذلك إذا قُتل أو قُطع يد ذمي، اقتص منه، وإذا زنى لم يُحدّ، ويُردّ إلى أهل دينه، فإن أعلن ذلك عزّره الإمام.

وقال: إذا تظالم أهل الذمة في موارثهم: لم يُعرض لهم، ولا أحكم لهم فيما يحكم دينهم وإن تظالموا. لكن إن رضوا بحكمنا: حكمنا بينهم بحكمنا. وإذا طلق الذمي امرأته ثلاثاً فرفعتّه إلى الإمام: لم يُعرض لهما حتى يرضيا بحكمنا، فإن رضيا فالقاضي مخير، وإن حكم بينهما حكم بحكم الإسلام⁽²⁾.

ج- المذهب الشافعي:

قال الإمام الشافعي: «الذي أحفظ من قول أصحابنا وقياسه أنهم لا ينظرون فيما بين أهل الكتاب ولا يكشفونهم عن شيء من أحكامهم فيما بينهم، وأنهم لا يلزمون أنفسهم الحكم بينهم إلا أن يتدارؤوا هم والمسلمون، فإن فعلوا فلا يجوز أن يحكم لمسلم ولا أن يحكم عليه إلاً مسلم يحكم بحكم الإسلام. وكذلك لو ترفعوا إلى حكمانا هم ومستأمن لا يرضى حكمهم، أو أهل ملة وملة أخرى لا ترضى حكمهم، وإن تداعوا إلى حكمانا فحما المتنازعين معاً متراضين: فالحاكم بالخيار، إن شاء حكم وإن شاء لم يحكم، وأحب إلينا أن لا يحكم، فإن أراد الحكم بينهم قال لهم قبل أن ينظر فيه: إني إنما أحكم بينكم بحكمي بين المسلمين، ولا أجزى بينكم إلا شهادة العدول المسلمين، وأحرم بينكم ما يحرم في الإسلام من

(1) -انظر: السرخسي: المبسوط، مرجع سابق، 39/5.

(2) -ابن العربي: أحكام القرآن، مرجع سابق، 123/2 وما بعدها، ابن جزى: القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص96، الطحاوي: مختصر اختلاف الفقهاء، تحقيق: عبد الله نذير أحمد، ط2، بيروت، دار البشائر الإسلامية، 1417هـ، 91/3-92، ابن فرحون: تبصرة الحكام، مرجع سابق، 96/1.

الربا وثنم الخمر والخنزير، وإذا حكمت في الجنايات حكمتُ بها على عواقلكم برضا العاقلة»⁽¹⁾.

د- مذهب الحنابلة:

أما الحنابلة فيقولون: إذا تحاكم إلينا مسلمٌ مع ذمي: وجب الحكم بينهم، لأنَّ علينا حفظَ الذميِّ من ظلم المسلم، وحفظَ المسلم منه. وإن تحاكم بعضهم مع بعض، أو استعدى بعضهم على بعض: خيّر الحاكم بين الحكم بينهم والإعراض عنهم، فإن حكم بينهم لم يحكم إلا بالإسلام، وإذا استعدت المرأة على زوجها في طلاق أو ظهار أو إيلاء: فإن شاء حكم لها وإن شاء تركها، فإن حضر زوجها: حكم عليه بما يُحکم على المسلم في مثل ذلك⁽²⁾.

ويُقرُّ أهل الذمة على الأنكحة الفاسدة بشرطين:

(أحدهما): ألا يتحاكموا إلينا، فإن تحاكموا إلينا لم نقرهم على ما لا مساغ له في الإسلام.

و(الثاني): أن يعتقدوا إباحة ذلك في دينهم، فإن كانوا يعتقدون تحريمه وبطلانه: لم نقرهم عليه، كما لا نقرهم على الربا وقتل بعضهم بعضاً وسرقة أموال بعضهم. وقد رجم رسول الله ﷺ اليهوديين لما زنيا⁽³⁾.

2- خضوع المستأمنين للقضاء في الفقه الإسلامي :

اتفق العلماء على أن القوانين الإسلامية تطبق على المستأمنين فيما يتعلق بالمعاملات المالية، وعليه يمنع المستأمن من التعامل بالربا لأن ذلك محرّم في القوانين الإسلامية، وكل بيوعه ومعاملاته يطبق عليها النظام الإسلامي لأنه يتعامل مع المسلمين وحتى لو كان يتعامل مع الذميين والمستأمنين فإنه خاضع للأحكام الإسلامية لا يُحكم بغيرها، لأن السيادة للدولة الإسلامية مفروضة على كلّ رعاياها - وهو ما يعرف في القانون الوضعي بمبدأ إقليمية القوانين-.

وقد فصل الفقهاء في خضوع المستأمن للقضاء الإسلامي وتطبيق الأحكام عليه، وميزوا بين ما إذا كان موضوع الدعوى أو الحكم يتعلق بالمعاملات المالية أو الدعوى الجنائية من جهة، وبين الأمور الواقعة

⁽¹⁾ -الشافعي: الأم، مرجع سابق، 44/7، النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، مرجع سابق، 327/10-328.

⁽²⁾ -ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، مسألة رقم 7699، 362/9.

⁽³⁾ -ابن قيم الجوزية: أحكام أهل الذمة، ط1، تحقيق: يوسف بن أحمد البكري، شاعر توفيق العاروري، 1418هـ-1997م، 768/2.

في دار الحرب أو في دار الإسلام من جهة أخرى⁽¹⁾.

وتتلخص أقوالهم بالنسبة لهذه المسألة في أمور ثلاث:

أحدها: أن المستأمنين تقام عليهم الحدود كلها إذا رفعت إلى القاضي المسلم إلا حدّ الشرب. وهذا مذهب الأوزاعي وأبو يوسف في أحد رأيه.

والثاني: لا تقام الحدود عليهم إلا حدّ القذف، وإن كانوا يضمنون السرقة ويعاقبون بما دون الحدّ، وهو مذهب أبي حنيفة، وقال به أبو يوسف في قوله الأول، وهو مذهب الإمام مالك.

والثالث: مذهب الإمام محمد بن الحسن والشافعي في التفريق بين ما كان حقاً لله من الحدود فلا يقام عليهم، وبين ما كان حقاً للعبد فيقام عليهم. وقريب منه مذهب الحنابلة.

وتظهر مسألة أخرى تناولها الفقهاء وهي حالة ما إذا لم يترافع غير المسلمين إلى القضاء الإسلامي فهل يجوز أن يقلد قاض منهم ولاية القضاء لفض خصوماتهم؟

ذهب الحنفية إلى جواز أن يقلد غير المسلمين القضاء بينهم في قضاياهم؛ لأن لهم ولاية على بعضهم، وإذا جازت شهادة بعضهم على بعض فإنه يجوز قضاؤهم على بعض، وقد جرى العرف في الدولة الإسلامية على ذلك. أما جمهور الفقهاء فقد منعوا من تولية غير المسلم للقضاء، حتى ولو كان بين غير المسلمين، لأنهم يشترطون في القاضي أن يكون مسلماً على الإطلاق، ولأن القانون الواجب التطبيق في دار الإسلام هو أحكام الشريعة الإسلامية، ولا يقوم بتطبيقها وتنفيذها إلا المسلم⁽²⁾.

ويمكن الجمع بين الرأيين بأن الأصل عدم تقليد غير المسلم القضاء باعتباره ولاية عامة، ولكن لو كان ذلك نوعاً من التحكيم أو الرياسة والزعامة بين أهل دينه، في ظل الولاية الإسلامية العامة والخضوع لها؛ فإنه يجوز⁽³⁾، على ما أشار إليه الماوردي في حكايته لقول الإمام أبي حنيفة.

ومن ثم يتضح أن فقهاء الشريعة الإسلامية منهم من أجاز احتكام غير المسلمين للقضاء الإسلامي، ومنهم من لم يجزه.

⁽¹⁾—تراجع آراء الفقهاء في هذه النقطة في: كتب المذاهب السبق الإشارة إليها في مسألة خضوع الذميين للقضاء الإسلامي إذ لا يتسع المجال لإيرادها مفصلة هنا.

⁽²⁾—ابن فرحون: تبصرة الحكام، 96/1 وما بعدها، ابن القيم: أحكام أهل الذمة، مرجع سابق، 768/2 وما بعدها، ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، 363/9، الماوردي: الأحكام السلطانية والولايات الدينية، تحقيق: أحمد مبارك البغدادي، ط1، الكويت، دار ابن قبية، 1409هـ-1989م، ص89.

⁽³⁾—الماوردي: المرجع السابق، ص89.

ويستنتج من الآراء المتقدمة أن الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي لا يستقل عن الاختصاص التشريعي كأصل عام على عكس ما هو الحال بالنسبة للقانون الوضعي، فالقاضي المسلم لا يمكنه الحكم بغير أحكام الشريعة الإسلامية إلا في حالات استثنائية وهي تلك المتعلقة بالأحوال الشخصية المرتبطة بالدين. فالأصل إذا التلازم بين الاختصاصين، والاستثناء استقلال كل منهما عن الآخر، وهذا على عكس ما هو مقرر في القانون الوضعي على النحو المتقدم.

الفرع الثاني: معايير الاختصاص القضائي الدولي في الفقه الإسلامي

بعد بيان آراء الفقهاء في مسألة اختصاص القاضي المسلم بنظر النزاعات القائمة في إقليم الدولة الإسلامية سواء بين المسلمين فيما بينهم، أو بين المسلمين وغيرهم، أو فيما بين غير المسلمين، وبالنظر إلى آراء الفقهاء أيضا في مسألة امتداد ولاية القضاء الإسلامي ومن ثم ولاية الدولة الإسلامية إلى المسلمين في حال تواجدهم خارج إقليم دولتهم، يتضح أن الفقهاء اعتمدوا مجموعة من الضوابط والمعايير التي يمكن من خلالها تحديد الاختصاص القضائي الدولي.

وهو ما سنتناوله الباحثة من خلال بيان موقف الفقه الإسلامي من الاختيار الإرادي للقضاء المختص (أولا)، ثم بيان موقفه من المعايير الشخصية والمكانية المعتمدة في تحديد هذا الاختصاص (ثانيا).

أولا: موقف الفقه الإسلامي من الخضوع الاختياري

من خلال مذاهب الفقهاء في مسألة خضوع غير المسلمين لسلطة القضاء في الدولة الإسلامية على نحو ما تقدم، يتضح جليا أن ضابط الخضوع الاختياري للقضاء والذي يعد من أهم معايير تحديد الاختصاص القضائي الدولي في القانون الوضعي حيث تأخذ به جل التشريعات الوطنية والدولية على نحو ما تقدم، يجد تطبيقا واسعا في مجال الفقه الإسلامي، بدليل ورود صراحة في القرآن الكريم وفي مجال الدولي تحديدا⁽¹⁾، وذلك بموجب قوله تعالى في الآية السابقة الذكر: ﴿فَإِنْ جَاءُوكَ فَأَحْكَمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ﴾⁽²⁾، كأصل عام.

(1) -انظر: محمد عبود مكحلة: الحقوق الدولية الخاصة للأجانب في الدولة الإسلامية، مرجع سابق، ص 673.

(2) -سورة المائدة: 42.

ثانيا: موقف الفقه الإسلامي من المعايير الشخصية والمكانية في تحديد الاختصاص

القضائي

على الرغم من أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتناولوا معايير الاختصاص القضائي الدولي على نحو التصنيف الموجود في القانون الوضعي أي المعايير الشخصية والمعايير المكانية أو الإقليمية، إلا أنهم تناولوا تلك المعايير وبالتفصيل عند دراستهم للقضاء المختص وخاصة في حال ما إذا وجد في البلدة قاضيان، أو إذا وقعت منازعة بين طرفين كل منهم ينتمي إلى إقليم، ومن ثم يمكن القول أن الشريعة الإسلامية أيضا عرفت جل الضوابط التي أقرتها التشريعات الوضعية، كضابط موطن المدعى عليه، وموقع المال، ومكان التنفيذ وغيرها⁽¹⁾، ويمكن تلخيص آراء الفقهاء في هذه المسألة في آراء ثلاثة:

الرأي الأول: أن القاضي المختص هو قاضي المدعي، إلا أن له الخيار بين رفع الدعوى أمام قاضيه أو أمام قاضي المدعى عليه. وهذا ما ذهب إليه جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة وبعض الحنفية⁽²⁾، وعللوا مذهبهم هذا بأن المدعي هو المنشئ للخصومة وهو صاحب الحق فيها فله الحق أن يقيم الدعوى عند قاضيه أو قاضي خصمه.

وقد استثنى بعض الحنفية وبعض المالكية من هذا الحكم دعاوى المتعلقة بال عقار، حيث يعقد الاختصاص في هذه الحالة إلى ولاية قاضي المكان الذي يوجد به العقار دون نظر إلى طرفي الدعوى⁽³⁾.

الرأي الثاني: أنه لا يوجد قاضٍ مختص وإنما تقام الدعوى أمام أي قاضٍ بصرف النظر عن محلات المتداعين، وهذا ما ذهب إليه بعض الحنفية والمالكية⁽⁴⁾، وعلل أصحاب هذا المذهب رأيهم بأنه لا يوجد دليل يحدد ذلك فيبقى الأمر على إطلاقه بدون تحديد قاضٍ معين والإلزام به. ومن ثم يمكن القول أن هذا الرأي لا يخرج عن الرأي الأول في أحد شطريه.

(1) -يراجع المسألة لدى: محمد عبود مكحلة: الحقوق الدولية الخاصة للأجانب، مرجع سابق، ص 425 وما بعدها، عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر: العقود الإلكترونية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 27-29.

(2) -انظر: ابن نجيم: البحر الرائق، مرجع سابق، 192/7، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 129/4، الخطيب الشربيني: ومغني المحتاج، مرجع سابق، 269/6، البهوتي: كشف القناع، مرجع سابق، 292/6.

(3) -انظر: ابن نجيم: البحر الرائق، مرجع سابق، 280/6، ابن عرفة الدسوقي: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه، مرجع سابق، 164/4.

(4) -انظر: المرجع نفسه.

الرأي الثالث : أن القاضي المختص هو قاضي المدعى عليه, وهذا هو المعتمد عند الحنفية وقول بعض المالكية⁽¹⁾. معللين مذهبهم هذا بأن الأصل براءة ذمة المدعي عليه، ومن ثم كان من الضروري عدم تكليفه بالانتقال إلى محل الخصوم وتعطيل مصالحه حتى يثبت شغل ذمته أي إدانته.

من كل ما تقدم نخلص إلى أن الاختصاص القضائي الدولي سواء في القانون الوضعي أم في الفقه الإسلامي يمكن أن يتحدد بناء على جملة من الضوابط والمعايير، على أن أهم تلك الضوابط وأكثرها اعتماداً من قبل التشريعات الوضعية وحتى التشريع الإسلامي هو ضابط الخضوع الاختياري في حدود الشروط والقيود الواردة عليه، والتي وإن لم يتم الإشارة إليها في الفقه الإسلامي فإنها تعد من الأسس التي يقوم عليها إذ أن الحرص على استيفاء الحقوق والعدل بين أطراف المعاملات والابتعاد عن الغش والتحايل تعتبر من المقاصد العامة للشريعة الإسلامية والتي لا يمكن النزول عنها بأي حال من الأحوال، وإذا كانت هذه الضوابط هي الضوابط التي من شأنها إنهاء الإشكال المتعلق بتحديد الاختصاص القضائي في مجال العقود الدولية التقليدية أي في العالم المادي، فإن التساؤل يطرح فيما يتعلق بصلاحياتها للتطبيق في مجال عقود التجارة الإلكترونية، وهو ما سيناقش في المبحث الموالي.

(1) -انظر: ابن نجيم: البحر الرائق، مرجع سابق، 192/7، المواق: التاج والإكليل، مرجع سابق، 146/9.

المبحث الثاني: إعمال القواعد العامة للاختصاص القضائي الدولي في مجال

منازعات عقود التجارة الإلكترونية

إذا كانت عقود التجارة الإلكترونية تتميز عن عقود التجارة الدولية عموماً بالخصوصية المتعلقة بالوسائل التي تبرم من خلالها، والتي تتمثل أساساً في الإنترنت التي تعد أحدث وسيلة اتصال إلى حد الساعة، فإن التساؤل يطرح حول ما إذا كان لهذه الخصوصية تأثير بالنسبة لتحديد القضاء المختص بنظر المنازعات التي تنشأ بمناسبة هذه العقود، ومن ثم هل تصلح الضوابط التقليدية المعتمدة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي عموماً للتطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية؟ وهل يمكن أن يكون للقضاء الدولي فاعلية في تسوية تلك المنازعات؟

وعليه خصصت الباحثة هذا المبحث للإجابة عن هذه التساؤلات من خلال بيان صلاحية الضوابط التقليدية لتحديد الاختصاص القضائي الدولي في مجال عقود التجارة الإلكترونية (وهذا في مطلب أول)، ثم بيان فاعلية القضاء الدولي في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية (وهذا في مطلب ثان).

المطلب الأول: صلاحية الضوابط التقليدية لتحديد الاختصاص القضائي الدولي في

مجال منازعات ع ت إ

تقدم أن هناك اتفاق بين تشريعات العالم حول بعض الضوابط التي من شأنها تحديد هذا الاختصاص، والتي يأتي في مقدمتها ضابط الخضوع الاختياري كضابط معتمد على مبدأ سلطان الإرادة الذي يجد تطبيقاً واسعاً في مجال عقود التجارة الدولية عموماً، إضافة إلى مجموعة من الضوابط الأخرى التي يلجأ إليها عادة في حال غياب الخضوع الاختياري أو عدم الاعتداد به لكونه مشوباً بأحد العيوب كالغش والتحايل مثلاً، والمتمثلة في الضوابط الشخصية والمكانية.

ومن ثم وجب التطرق إلى هذه الضوابط الموضحة في المبحث السابق من حيث إمكانية تطبيقها في مجال منازعات عقود التجارة الإلكترونية، حيث ستتطرق الباحثة إلى إمكانية إعمال ضابط الخضوع الاختياري لتحديد الاختصاص القضائي في مجال عقود التجارة الإلكترونية (وهذا في فرع أول)، ثم تتطرق إلى إمكان تطبيق الضوابط الشخصية والمكانية لتحديد الاختصاص القضائي في مجال تلك العقود (وهذا في فرع ثان).

الفرع الأول: أعمال ضابط الخضوع الاختياري لتحديد الاختصاص القضائي في

مجال منازعات عقود التجارة الإلكترونية

إن الحديث عن أعمال ضابط الخضوع الاختياري لتحديد الاختصاص القضائي الدولي في مجال منازعات عقود التجارة الإلكترونية يكون من خلال بيان إمكانية تحديد الإرادة في منازعات عقود التجارة الإلكترونية (أولاً)، ثم بيان صلاحية الإرادة لتحديد الاختصاص القضائي الدولي في مثل هذه المنازعات (ثانياً).

أولاً: إمكانية تحديد الإرادة في منازعات عقود التجارة الإلكترونية

إن ضابط الخضوع الاختياري هو تطبيق لمبدأ قانون الإرادة، ومن ثم فإن تحديد الاختصاص القضائي الدولي يتم بناء على اتجاه إرادة الأطراف إلى اختيار محكمة دولة معينة لتكون لها ولاية الفصل في ما نشأ أو قد ينشأ من منازعات عن العقد المبرم بينهم.

على أن هذه الإرادة يستدل على وجودها من خلال ورود شرط أو بند في العقد الأصلي يشير إلى المحكمة المختارة، أما في حال غياب مثل هذا الشرط فيستدل القاضي على اتجاه إرادة طرفي النزاع إلى إخضاع منازعاتهم لقضاء دولة معينة إما من خلال اختيارهما لموطن معين ليكون مقر عملهما أو عمل أحدهما، أو محل إقامة لهما أو لأحدهما.

وهو ما يمكن تطبيقه بالنسبة للعقود الدولية سواء أكانت تقليدية أم إلكترونية، فالإشكال لا يطرح في مثل هذه الحالات التي يكون فيها الاختيار صريحاً وكذلك التوطين، غير أن الإشكال يطرح بصفة خاصة في العقود الإلكترونية التي تبرم في مكان معين دون أن تتجه نية الطرفين إلى اختيار محكمة الدولة التي يوجد بها ذلك المكان لنظر منازعاتهم، أي بالنسبة للحالات التي لا يتم فيها الاختيار الصريح للمحكمة أو للموطن، ومن ثم فإذا أخذ القاضي مكان إبرام كقرينة على اتجاه إرادة الطرفين إلى اختيار محكمة ذلك المكان لن يكون صحيحاً في جميع الأحوال.

ذلك أن الطابع الدولي لشبكة الإنترنت يمكن طرفي النزاع من إبرام عقدهم من أي مكان يتواجدون فيه حتى لو كان تواجههم في ذلك المكان بشكل عرضي، ومن ثم فلا يمكن الاعتماد على محل أو مكان إبرام كقرينة على اتجاه الطرفين إلى منح الاختصاص القضائي للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الالتزام على عكس العقود التقليدية، التي يكون فيها اختيار طرفي العقد لمكان معين يبرم فيه عقدهما دلالة على اتجاه إرادتهما إلى الخضوع لمحكمة ذلك المكان.

ثانيا: صلاحية الإرادة لتحديد الاختصاص القضائي الدولي في مجال منازعات عقود التجارة الإلكترونية

لقد أجاز تشريع بروكسل الذي أخذت صياغته التجارة الإلكترونية بعين الاعتبار الاعتماد على الخضوع الاختيار لمحكمة معينة من اختيار الأطراف وذلك بناء على نص مادته 23⁽¹⁾، التي أجازت لطرفي النزاع الاتفاق على إخضاع منازعاتهم لولاية محكمة غير المحكمة المختصة أصلا بنظرها، سواء أعلق الأمر بعقود تقليدية أم بعقود إلكترونية، حيث يشير نص هذه المادة على أن هذا الاتفاق يكون مكتوبا أو شفاهة مع تأكيد كتابي بطريق مباشر أو بشكل إلكتروني، مما يعني أن هذا النص يطبق على عقود التجارة الدولية في أي شكل كانت.

غير أن الاتفاقية استثنت العقود التي يكون أحد أطرافها مستهلكا، حيث أعطتها أحكاما خاصة رعاية لحقوق المستهلك الذي ينظر إليه دائما كطرف ضعيف من الناحية الاقتصادية بالمقارنة مع المنتج أو البائع أو مقدم الخدمة، ومن ثم يكون في حاجة إلى رعاية خاصة، «لأن من شأن الاعتراف للإرادة بدورها في تحديد المحكمة المختصة في هذه الطائفة من العقود قيام الطرف القوي بفرض إرادته على الطرف الضعيف (المستهلك)»⁽²⁾، وذلك بموجب المادة 16 منها، حيث تضمنت هذه المادة أحكاما

⁽¹⁾– Article 23 : « 1. Si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État membre, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État membre sont compétents. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties. Cette convention attributive de juridiction est conclue:

a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, ou
b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles, ou
c) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée.

2. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite.

3. Lorsqu'une telle convention est conclue par des parties dont aucune n'a son domicile sur le territoire d'un État membre, les tribunaux des autres États membres ne peuvent connaître du différend tant que le tribunal ou les tribunaux désignés n'ont pas décliné leur compétence.

4. Le tribunal ou les tribunaux d'un État membre auxquels l'acte constitutif d'un trust attribue compétence sont exclusivement compétents pour connaître d'une action contre un fondateur, un trustee ou un bénéficiaire d'un trust, s'il s'agit des relations entre ces personnes ou de leurs droits ou obligations dans le cadre du trust;

5. Les conventions attributives de juridiction ainsi que les stipulations similaires d'actes constitutifs de trust sont sans effet si elles sont contraires aux dispositions des articles 13, 17 et 21 ou si les tribunaux à la compétence desquels elles dérogent sont exclusivement compétents en vertu de l'article 22 ». J. O. C. E, du 16.1.2001, op.cit, L12/8.

⁽²⁾– أشرف وفا محمد: عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، 247.

خاصة بالعقود الاستهلاكية، وفرقت بين ما إذا كان المستهلك مدعي أو مدعى عليه، ففي الفرض الذي يكون فيه المستهلك مدعي فإنه له الخيار بين رفع الدعوى أمام محاكم الدولة التي يتوطن بها المدعى عليه أو رفعها أمام محكمة الدولة التي يتوطن بها هذا المستهلك، أما في الفرض الذي يكون فيه المستهلك هو المدعى عليه، فإنه يتوجب على الطرف الآخر رفع الدعوى أمام محكمة موطن المستهلك دون غيرها⁽¹⁾.

وإذا كان هذا الاستثناء مقبول في العقود التقليدية الذي يكون فيها المستهلكون التي يتوجه لهم عرض المنتج أو البائع أو مقدم الخدمة في دولة واحدة غالباً، فإن الأمر يطرح إشكالا بالنسبة للعقود الإلكترونية التي توجه إلى مستهلكين من دول مختلفة، ومن ثم قد يكون على هذا الطرف أن يرفع دعاوى في العديد من الدول بناء على تعدد جمهور المستهلكين، وهو ما جعل إحدى المحاكم الأمريكية تحكم بأن مجرد الإعلان عن طريق الإنترنت لا يعد أمراً كافياً في حد ذاته لرفع الدعوى على البائع الإيطالي أمام المحاكم الأمريكية حيث يوجد موطن المستهلك رافع الدعوى⁽²⁾.

الفرع الثاني: إمكانية أعمال الضوابط الشخصية والمكانية في منازعات مجال عقود التجارة الإلكترونية

ستبين الباحثة من خلال هذا الفرع إمكانية تطبيق الضوابط الشخصية لتحديد الاختصاص القضائي الدولي في مجال عقود التجارة الإلكترونية (أولاً)، ثم تتطرق إلى إمكانية أعمال الضوابط المكاني في مجال تلك العقود (ثانياً).

أولاً: إمكانية أعمال الضوابط الشخصية في منازعات عقود التجارة الإلكترونية

تقدم أن الضوابط المكانية تتمثل أساساً في ضابطي جنسية المدعى عليه وموطنه.

1- أعمال ضابط جنسية المدعى عليه في منازعات عقود التجارة الإلكترونية: إن أعمال ضابط جنسية المدعى عليه مفاده اختصاص المحاكم الوطنية بنظر الدعاوى التي ترفع ضد مواطنيها، أي أن الاختصاص القضائي ينعقد لمحكمة الدولة التي ينتمي إليها المدعى عليه بجنسيته بغض النظر عن

⁽¹⁾ - Article 16 : « 1. L'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée soit devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel est domiciliée cette partie, soit devant le tribunal du lieu où le consommateur est domicilié.

2. L'action intentée contre le consommateur par l'autre partie au contrat ne peut être portée que devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel est domicilié le consommateur.». J. O. C. E, du 16.1.2001, op.cit, L 12/7.

⁽²⁾ -الحكم مشار إليه لدى: أشرف وفا محمد: عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، 245.

وجود أي رابطة بين النزاع ودولة هذا الأخير.

وبالنظر إلى منازعات عقود التجارة الإلكترونية، يمكن القول أن هذا الضابط وإن أدى دورا محدودا في تحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات عقود التجارة الدولية في شكلها التقليدي في ظل الانتقادات المشار إليها سابقا، فإن هذا الدور يكون أكثر محدودية في مثل هذه المنازعات، ذلك أن تحديد جنسية المدعى عليه في العقود المبرمة إلكترونيا وبصفة خاصة عبر الإنترنت أمر يصعب تحقيقه، لأن انعدام اللقاء المادي بين الأطراف يطرح إشكالا بالنسبة لتحديد شخصية المتعاقد فما بالك بجنسيته.

ومن ثم ذهب جانب من الفقه إلى عدم ملائمة هذا الضابط لمعطيات العالم الافتراضي، إذ لا يمكن تحديد جنسية المدعى عليه سواء أكان شخصا معنويا أم شخصا طبيعيا.

فبالنسبة للشخص المعنوي والذي يظهر في شكل موقع إلكتروني فيجب التمييز بين حالتين:

-الأولى: بالنسبة للموقع الإلكتروني الذي يكون ممثلا لشخص معنوي (شركة تجارية، أو محل أو منشأة) موجود في العالم المادي: فهذا النوع يسهل تحديد جنسيته بالرجوع إلى جنسية الشخص المعنوي الذي يمثله والتي تتعين إما بناء على مكان التأسيس، أو مكان الاستغلال، أو مركز الإدارة الرئيسي....

-والثانية: بالنسبة للموقع الإلكتروني الذي يكون ممثلا لشخص معنوي ليس له وجود واقعي، فمثل هذه المواقع لا يمكن تحديد جنسيته، إذ أنه وعلى الرغم من وجود مقاطع في عنوان الموقع تشير إلى الدولة التي يوجد بها الموقع على نحو ما تقدم في الفصل الأول من هذه الأطروحة، فإنه لا يمكن الاعتماد على تلك المقاطع في تحديد جنسية الموقع، حيث أشارت اتفاقية الأمم المتحدة لاستعمال الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005 بموجب مادتها 5/6 إلى أنه: «إن مجرد استخدام الطرف اسم نطاق أو عنوان بريد إلكتروني ذا صلة ببلد معين لا ينشئ قرينة على أن مقر عمله يوجد في ذلك البلد»⁽¹⁾، فإذا كان المقطع الذي يشير إلى دولة معينة لا يمكن أن يعتمد كقرينة على وجود مقر عمل الطرف في تلك الدولة فإنه لا يمكن اعتماده كقرينة لتحديد جنسية ذلك الطرف من باب أولى.

زيادة على ذلك، فإن المواقع التجارية عادة ما تستعمل مقاطع عامة يمكن أن تستعمل في أي دولة من العالم مثل (com)، أو (biz) ففي هذه الحالة لا يمكن الاستدلال على جنسية الشخص المعنوي انطلاقا من عنوان موقعه الإلكتروني، ولعل هذا ما جعل اتفاقية الأمم المتحدة لاستعمال

⁽¹⁾ -اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية المعتمدة بموجب قرار اتخذته الجمعية العامة في 23 نوفمبر 2005، في دورتها الستين تحت رقم (A/RES/60/21)، ص 6.

الخطابات الإلكترونية السابقة لا تشير إلى ضرورة بيان جنسية الأطراف واكتفت بالحديث عن مقر العمل، وهو ما أكدته من خلال مادتها 3/1 التي جاء فيها: «لا تؤخذ جنسية الأطراف ولا الصفة المدنية أو التجارية للأطراف أو للعقد في الاعتبار لدى تقرير انطباق هذه الاتفاقية»⁽¹⁾.

وإذا كان هذا حال المواقع، فحال الأشخاص الطبيعية يكون أكثر تعقيداً، ذلك أن المتعاقد يتعاقد من خلال ملاء وثيقة بيانات تتضمن المعلومات الشخصية له دون الإشارة إلى جنسيته وحتى العقود النموذجية تأتي خالية من اشتراط هذا البيان، كما هو حال العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية لغرفة التجارة الدولية (CCI) المبرم بين التجار والمستهلكين، حيث جاءت مادته الثامنة المتضمنة المعلومات التي يجب على المستهلك التصريح بها والمتمثلة في الاسم واللقب والعنوان والتوقيع دون إشارة إلى جنسيته. وكذلك حال التاجر سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً حيث جاءت المادة الثانية خالية من ضرورة الإشارة إلى الجنسية واكتفت بالمعلومات المتعلقة بالاسم والعنوان الجغرافي والبريد الإلكتروني⁽²⁾.

ومن ثم يتضح أن ضابط المدعى عليه لا يجد تطبيقاً واسعاً في مجال منازعات عقود التجارة الإلكترونية، إذ أن فكرة الجنسية لم تعد لها أي أهمية في العالم الافتراضي، إذ أن التاجر أو حتى المستهلك أصبح يبرم تعاقداته في جميع دول العالم بغض النظر عن جنسية من يتعامل معه⁽³⁾.

2- إعمال ضابط موطن المدعى عليه في منازعات عقود التجارة الإلكترونية: ذهبت كثير

من التشريعات إلى منح الاختصاص القضائي لمحاكمها الوطنية في الدعوى التي يكون فيها المدعى عليه متوطناً في إقليمها، وهو ما يعرف بضابط "موطن المدعى عليه" على نحو ما تقدم.

وبتطبيق هذا الضابط الذي يعد من أهم الضوابط المعتمدة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات عقود التجارة الدولية التقليدية، على منازعات عقود التجارة الإلكترونية نجده يطرح إشكالاتاً إذ يصعب تحديد موطن المدعى عليه سواء أكان بائعاً أو مقدماً لخدمة من خلال موقع إلكتروني، أم مشترياً خاصة في العقود التي تبرم وتنفذ إلكترونياً، وهذا على عكس العقود التي يبرمها هذا المشتري إلكترونياً وتنفذ بشكل مادي كما هو حال التعاقد على منتج ملموس، حيث يكون على المشتري تحديد عنوانه الجغرافي بدقة حتى يصله ذلك المنتج، ومن ثم يسهل في مثل هذه الحالة تحديد موطنه أو

(1) -اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية، مرجع سابق، ص4.

(2) -Contrat-type de E-Commerce, -Vente de Biens ou Prestation de Services-Commerçants – Consommateurs, CCI PARIS ILE-DE-FRANCE.

(3) -انظر: حسام أسامة محمد: الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم، مرجع سابق، ص54.

على الأقل محل إقامته المعتاد⁽¹⁾.

ومع هذا فقد أخذت بهذا الضابط كثير من الاتفاقيات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية عموماً، حيث أخذ به تشريع بروكسل لسنة 2000 المشار إليه سابقاً⁽²⁾ في مادته الثانية⁽³⁾، على الرغم من أن صياغته أخذت بعين الاعتبار عقود التجارة الإلكترونية على نحو ما تقدم، إضافة إلى هذا التشريع، فقد تبنت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالخطابات الإلكترونية في العقود الدولية هذا الضابط وذلك بموجب المادة السادسة المخصصة لتحديد مكان الأطراف حيث جاء فيها: «1- لأغراض هذه الاتفاقية، يفترض أن يكون مقر عمل الطرف هو المكان الذي يعينه ذلك الطرف، ما لم يثبت طرف آخر أن الطرف الذي عين ذلك المكان ليس له مقر عمل فيه

2- إذا لم يعين الطرف مقر عمل وكان له أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل، لأغراض هذه الاتفاقية، هو المقر الأوثق صلة بالعقد المعني، مع إيلاء اعتبار للظروف التي كانت الأطراف على علم بها أو تتوقعها في أي وقت قبل إبرام العقد أو عند إبرامه.

3- إذا لم يكن للشخص الطبيعي مقر عمل، أخذ بمحل إقامته المعتاد.

4- لا يكون المكان مقر عمل لمجرد أنه: أ) (توجد فيه المعدات والتكنولوجيا

الداعمة لنظام المعلومات الذي يستخدمه الطرف في سياق تكوين العقد؛ أو ب) (يمكن فيه لأطراف أخرى أن تصل إلى نظام المعلومات المعني).

5- إن مجرد استخدام الطرف اسم نطاق أو عنوان بريد إلكتروني ذا صلة ببلد معين لا ينشئ قرينة على أن مقر عمله يوجد في ذلك البلد»⁽⁴⁾.

ويلاحظ من خلال هذا النص أن الاتفاقية قد تبنت معيار المقر الأوثق صلة بالعقد، ومنحت القضاء سلطة تحديد ذلك المقر، في ظل الظروف التي كان الأطراف على علم بها أو كان عليهم توقعها

⁽¹⁾ -انظر: حسام أسامة محمد: الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم، مرجع سابق، ص60.

⁽²⁾ - le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, j.o. n° L12 du 16/01/2001, pp 1-23.

⁽³⁾ - Article 2 : « 1. Sous réserve des dispositions du présent règlement, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre».

⁽⁴⁾ -اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005، مرجع سابق، ص6.

قبل أو عند إبرام العقد، على أن القضاء لا يلجأ إلى تطبيق هذا المعيار إلا في الحالات التي لا يحدد فيها الأطراف مقر عملهم، أو في الحالة التي يكون فيها لأحدهم أكثر من مقر عمل. أما بالنسبة للشخص الطبيعي فقد أخذت الاتفاقية بمحل الإقامة المعتاد وليس بمعيار المقر ذي الصلة الأوثق بالعقد الذي ثار النزاع بمناسبة⁽¹⁾.

ومن ثم يمكن القول أنه يمكن القضاء على الإشكال المتعلق بتحديد موطن المدعى عليه، باختيار كل طرف من أطراف العقد لموطن معين يكون هو مقر عمله حتى لو كان موطنًا مختلفًا عن الموقع الجغرافي الحقيقي لهذا الطرف طالما أن القانون يتيح ذلك تفادياً للإشكالات المتعلقة بتحديد الموطن، على أن الأخذ بفكرة الموطن المختار يعود بنا إلى ضابط الخضوع الاختياري والذي تقدم أنه يتطلب وجود صلة جديدة بين العقد والموطن المختار أو وجود مصلحة مشروعة لطرفي العقد من وراء هذا الاختيار.

جدير بالذكر أن كثيراً من المواقع الإلكترونية تختار الولايات المتحدة الأمريكية كموطن مختار لها بخصوص ما تبرمه من تعاقدات مع عملائها، على الرغم من أنه ليس لها مركز إدارة أو حتى فرع مادي بها، ومع ذلك فإنه يمكن القول أن هذا الاختيار راجع لوجود مصلحة مشروعة لطرفي العقد في اختيار هذه الدولة بالذات كموطن مختار، وذلك انطلاقاً من أن الولايات المتحدة الأمريكية تعد أولى الدول التي تصدى قضاؤها للفصل في منازعات التجارة الإلكترونية، كما أنها تمتلك تشريعات خاصة لمواجهة هذه المنازعات⁽²⁾، لأنها الموطن الأول للإنترنت ومن ثم للتجارة الإلكترونية.

من كل ما تقدم يمكن الوصول إلى أن الضوابط الشخصية لا يمكن أن تعتمد بشكل أساسي في تحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، ذلك أن كلا من جنسية وموطن المدعى عليه قد تراجعت أهميته في العالم الافتراضي فلم تعد لهذين الضابطين أي أهمية تذكر، فالتعامل أصبح يتم بين الأطراف بغض النظر عن جنسياتهم أو مكان تواجدهم، ومن ثم وجب اللجوء إلى ضوابط أخرى أكثر ملاءمة للبيئة الإلكترونية.

ثانياً: إمكانية أعمال الضوابط المكانية في مجال عقود التجارة الإلكترونية

تقدم أن الضوابط المكانية المعتمدة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي في مجال عقود التجارة الدولية تتمثل في ضابطي محل الالتزام وموقع المال، ومن ثم وجب التطرق إلى إمكانية أعمال هذين

(1) -انظر تفصيل المسألة في: عبد الباسط جاسم محمد: تنازع الاختصاص القضائي، مرجع سابق، ص 173-174.

(2) -انظر: حسام أسامة محمد: الاختصاص الدولي للمحاكم، مرجع سابق، ص 75.

الضابطين في مجال عقود التجارة الإلكترونية على النحو الآتي:

1-إعمال ضابط محل الالتزام في مجال عقود التجارة الإلكترونية: يعتمد ضابط محل الالتزام على انعقاد الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها محل إنشاء الالتزام، أي محل إبرام التصرف القانوني، أو محل تنفيذ الالتزام أي محل تنفيذ العقد.

وتطبيق ضابط محل إبرام العقد في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، يعود بنا إلى تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني عموماً والذي تقدم أن التشريعات والاتفاقيات الدولية اتجهت إلى اعتبار أن مكان تسلم الرسالة أو العلم بها هو المكان الذي يوجد به مقر عمل المرسل إليه والذي يعتبر مكان إبرام العقد. ومن ثم يعود للمحكمة التي يقع بها هذا المكان الاختصاص بنظر المنازعة الناشئة بمناسبة هذا العقد.

وقد اتجهت الآراء الفقهية إلى وجوب اتفاق الأطراف على تحديد مكان إبرام العقد بشكل صريح من خلال شرط أو بند يدرج في العقد الأصلي تفادياً للإشكالات التي تثيرها هذه المسألة.

أما فيما يتعلق بتطبيق ضابط محل تنفيذ الالتزام على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، فإنه ينبغي التمييز بين العقود التي تبرم وتنفذ إلكترونياً، وبين تلك التي تبرم إلكترونياً وتنفذ مادياً.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن حل الإشكالات المتعلقة بمكان التنفيذ يكمن في اتفاق الأطراف عقود التجارة الإلكترونية على تحديد مكان التنفيذ صراحة في العقد المبرم بينهم.

هذا وقد حدد تشريع بروكسل مكان التنفيذ بناء على نص مادته الخامسة⁽¹⁾، حيث فرق بين ما

⁽¹⁾– Article 5 : « Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite, dans un autre État membre:

1) a) en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée;

b) aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est:

. pour la vente de marchandises, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées,

. pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis;

c) le point a) s'applique si le point b) ne s'applique pas;

2) en matière d'obligation alimentaire, devant le tribunal du lieu où le créancier d'aliments a son domicile ou sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une demande accessoire à une action relative à l'état des personnes, devant le tribunal compétent selon la loi du for pour en connaître, sauf si cette compétence est uniquement fondée sur la nationalité d'une des parties; », J.O.C.O, L12/4.

إذا كان موضوع العقد تسليم بضاعة أو تقديم خدمة، حتى يجنب الأطراف الإشكالات المتعلقة بتحديد مكان التسليم ومن ثم تحديد الاختصاص القضائي الدولي بناء على هذا المكان.

2- إعمال ضابط محل المال في مجال عقود التجارة الإلكترونية: إن إعمال

المطلب الثاني: فاعلية القضاء الدولي في تسوية منازعات عقود التجارة

الإلكترونية

إن تحديد فاعلية القضاء الدولي في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية تكون من خلال بيان قدرة هذا الطريق على استيعاب منازعات هذه العقود ومن ثم تسويتها بما يتلاءم مع طبيعتها الخاصة.

وعليه سنتناول الباحثة في هذا المطلب تقييم دور القضاء في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية (وهذا في فرع أول)، ثم تناول إمكانية تفادي الإشكالات القانونية الناتجة عن اللجوء إلى القضاء الدولي لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية (وهذا في فرع ثان).

الفرع الأول: تقييم دور القضاء في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية

إن تقييم دور القضاء في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية يكون من خلال تقييم الضوابط والمعايير التقليدية في تحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات هذه العقود وهو ما ستبينه الباحثة من خلال التطرق إلى تقييم دور ضابط الخضوع الاختياري في تحديد الاختصاص القضائي في مجال عقود التجارة الإلكترونية (أولاً)، ثم تقييم دور المعايير الشخصية والمكانية في تحديد ذلك الاختصاص (ثانياً).

أولاً: تقييم دور ضابط الخضوع الاختياري في تحديد الاختصاص القضائي في منازعات

عقود التجارة الإلكترونية

إذا كانت الاتفاقيات والتشريعات الدولية، إضافة إلى بعض التشريعات الوطنية قد أعطت لإرادة الطرفين حرية اختيار القضاء المختص بنظر المنازعات الناشئة عن العقود المبرمة بينهما، وذلك حتى بالنسبة للعقود المبرومة إلكترونياً مع استثناء العقود التي يكون أحد أطرافها مستهلكاً، فإن الباحثة ترى أنه من الضروري المحافظة على هذه الحرية لأن من شأنها القضاء على الصعوبات الناشئة عن إعمال الضوابط الأخرى المكانية والشخصية على حد سواء، إذ في حال تضمين العقد بنداً أو حتى اتفاقاً مستقلاً عن العقد إلى يحدد المحاكم المختصة بنظر المنازعات التي قد تنور بمناسبة ذلك العقد سيتم

التوجه مباشرة إلى تلك المحاكم دون الدخول في متاهة توطين العقد في مكان معين، أو تحديد جنسية الطرفين.

كما تشير الباحثة إلى أن استثناء العقود التي يكون أحد أطرافها مستهلكا في مجال التجارة الإلكترونية والتي تعرف بـ(B₂C) من الأخذ بمبدأ الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي حماية للطرف الضعيف في العملية التعاقدية ليس صحيح في جميع الأحوال فلا يمكن الجزم بأن الطرف المتعاقد مع المستهلك يختار محكمة تخدم مصالحه على حساب مصالح هذا الطرف في جميع الأحوال، إذ أن اختياره قد يقع على محكمة دولة فيها تقدم ضمانات حماية لهذا المستهلك أفضل من الضمانات المقررة في قانونه الوطني كما هو الحال إذا ما قورنت الضمانات المقررة لحماية المستهلك في بعض الدول العربية بتلك المقررة في بعض الدول الغربية كدول المجموعة الأوروبية مثلا.

ومن ثم يمكن القول أن ضابط الإرادة يبقى من الضوابط الأساسية التي يعول عليها لتحديد القضاء المختص بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

ثانيا: تقييم دور المعايير الشخصية و المكانية في تحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات عقود التجارة الإلكترونية

من القواعد المستقر عليها في القوانين الداخلية والدولية، وهي القاعدة التي تنص على أن: "المدعي يتبع المدعى عليه"، أي أن المدعي يسعى إلى المدعى عليه في محكمته. وهو مبدأ تأخذ به القوانين الوطنية والدولية، وعليه فإذا أبرم عقد دولي بواسطة شبكة الانترنت سواء كان هذا العقد متعلقا بتقديم خدمة أو بيع سلعة ما، فإنه ليس هناك ما يدعو إلى الخروج على القواعد العامة في الاختصاص الدولي للمحاكم حيث يمكن رفع الدعوى أمام محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه، وهو ما نصت عليه اتفاقية بروكسيل في المادة الخامسة، حيث أعطت الاختصاص فيما يتعلق بالمواد الجرمية و شبه الجرمية إلى محكمة محل إقامة المدعى عليه...

وهذا المبدأ أخذت به العديد من الدول، وله حكمة من الوجهة الدولية، وهي أنه لكي يكون الحكم ساريا على المدعى عليه وملزما له يجب أن يصدر من محاكم دولة لها الولاية عليه، وإلا كان تنفيذه غير ممكن، ومن أسباب هذه الولاية كون الشخص من رعايا الدولة أو مستوطنا فيها أو على الأقل مقيما أو موجودا بأرضها أو خضع باختياره لقضائها.

ونشير إلى أن هذا الضابط تعرض لمجموعة من الانتقادات فيما يخص تطبيقه على منازعات التجارة الإلكترونية، نظرا لصعوبة بل استحالة تحديد موطن أو محل إقامة المدعى عليه في حالة ما إذا

كان موقعه منشأ على شبكة الانترنت، بالإضافة إلى صعوبة التحقق من شخصية المدعى عليه ومكان وجوده، وخاصة في الحالة التي لا يلتزم فيها المتعاقد معه بالإدلاء بالبيانات الشخصية كالاسم والعنوان.

أما بالنسبة للضوابط المكانية والمتمثلة أساساً في ضابطي محل إبرام الالتزام وتنفيذه، فعلى الرغم من محاولة التشريعات الدولية والوطنية وكذلك الاتفاقيات الدولية تحديد محل إبرام العقود الإلكترونية بالاعتماد على النظريات التقليدية الواردة في هذا المجال إلا أن ذلك التحديد لم يؤت ثماره ويبقى الإشكال قائماً بالنظر إلى تداخل عدة أطراف في العملية التعاقدية بين طرفي العقد مثار المنازعة كمقدم خدمة الإنترنت وصاحب الموقع... ومن ثم لا يمكن الجزم بإمكانية تحديد مكان إبرام التعاقد بشكل دقيق ومتفق عليه، وكذلك الحال بالنسبة لتحديد مكان تنفيذ العقد الإلكتروني الذي وكما تقدم وإن أمكن تحديده بسهولة بالنسبة للعقود التي تبرم على الخط وتنفذ بشكل مادي، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للعقود التي تبرم وتنفذ إلكترونياً.

الفرع الثاني: إمكانية تفادي الإشكالات القانونية الناتجة عن اللجوء إلى القضاء الدولي

لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية

أمام الإشكالات القانونية التي يطرحها الاعتماد على الضوابط التقليدية في تحديد الاختصاص القضائي في مجال عقود التجارة الإلكترونية، فإن هناك محاولات كثيرة من قبل فقهاء القانون والباحثين والعاملين في المجال التجاري لتفادي هذه الإشكالات ومن أهم هذه المحاولات:

أولاً: التركيز على الخضوع الإرادي وتوطين عقود التجارة الإلكترونية

بالنظر إلى أن تحديد طرفي العقود الإلكترونية للمحكمة المختصة بنظر منازعاتهم سواء قبل أو بعد وقوعها، وساء كان ذلك بموجب بند أو شرط في العقد الأصلي، أو بموجب اتفاق مستقل يعقد بالموازاة مع إبرام العقد أو بعده، يغني أطراف هذا العقد عن إشكالات تحديد المحكمة المختصة بتسوية ما ينشأ من منازعات، فإن الاتجاهات الفقهية تشير إلى ضرورة حث المتعاملين في هذا المجال على عدم إغفال مثل هذه الشروط أو الاتفاقات، وهو ما تطبقه كثير من العقود النموذجية التي أصبحت تقرر مسبقاً الجهة القضائية المختصة بتسوية كل ما ينشأ بمناسبة هذه العقود من منازعات على الرغم من وجود كثير من الانتقادات لمثل هذه البنود والشروط في حال كون العقود من عقود الاستهلاك على نحو ما تقدم إلا أن هذه العقود لازالت تتضمن هذه الشروط كما أن حتى المستهلك الذي يعد طرفاً ضعيفاً تسعى التشريعات الوطنية والدولية إلى حمايته، بات يفضل مثل هذه الشروط خاصة وأنها في الغالب تشير إلى تسوية المنازعات عبر طرق أخرى غير القضاء على ما سيأتي لاحقاً.

أما بالنسبة لتوطين العقود فنجد أن الاتجاهات الفقهية تشير إلى ضرورة تحديد موطن مشترك أو موطن أحد طرفي العقد على الأقل في مكان يتفق عليه الطرفان مسبقا ليعطي الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها ذلك المكان للفصل في المنازعات التي تنشأ بمناسبة ذلك العقد.

ثانيا: إبعاد منازعات عقود التجارة الإلكترونية عن ساحات القضاء العادي

على الرغم من الاهتمام الواسع بمثل هذه البنود والتفاصيل التي من شأنها التخفيف من الإشكالات القانونية في هذا المجال، إلا أن كثيرا من العقود لازالت تحملها إما عن قصد أو عن غير قصد الأمر الذي يتطلب إيجاد حلول أخرى.

وهو ما كان بالفعل حيث تنادي كثير من الأصوات المهتمة بالتجارة الدولية عموما والتجارة الإلكترونية خصوصا بضرورة الابتعاد عن القضاء الرسمي بالنسبة للمنازعات التي تنشأ في هذه البيئة ذلك أنها تتطلب كثيرا من السرعة والسرية والمرونة وهو مالا يتوفر في القضاء الذي يتسم أساسا بشكليات معينة لا يمكن تفاديها ناهيك عن تعقيدات تحديد الجهة القضائية التي تختص بنظر المنازعات في ظل غياب الاختيار الصريح أو إذا كان ذلك الاختيار مشوب بالغش أو التحايل وعليه ارتأى المتعاملون في مجال التجارة الإلكترونية أن الحل الذي يمكن أن يعتمد في هذا المجال هو اللجوء إلى الطرق البديلة للتسوية والتي يأتي في مقدمتها التحكيم الذي كان له أثر كبير في القضاء على مثل هذه الإشكالات في مجال التجارة الدولية منذ زمن، فكان من الضروري الاستفادة من هذا الطريق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية التي لا تختلف عن الأولى إلا من حيث الوسيلة التي تبرم من خلالها وهو ما ستوضحه الباحثة في المبحث الموالي.

المبحث الثالث: الوسائل الإلكترونية البديلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية

إن الإشكالات القانونية التي يطرحها اللجوء إلى القضاء العادي لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية الموضحة في المبحث السابق، جعلت المهتمين والعاملين في هذا المجال يفضلون اللجوء إلى الوسائل البديلة لتسوية المنازعات التي كان لها دور كبير في استيعاب مشاكل التجارة الدولية عموماً منذ زمن بعيد.

غير أن أعمال هذه الوسائل في مجال عقود التجارة الإلكترونية لاشك وأنه يتطلب مواكبتها للتقنيات التي تعتمد عليها هذه التجارة والمتمثلة أساساً في الاعتماد على وسائل الاتصال الحديثة وفي مقدمتها الإنترنت طبعاً، ومن ثم فالملاحظ هو ظهور ما يعرف بـ"وسائل التسوية الإلكترونية". الأمر الذي أدى إلى التساؤل عما إذا كانت هذه الوسائل المستحدثة هي ذاتها الوسائل البديلة للتسوية التقليدية مع تغير في وسيلة القيام بها، أم أنها وسائل جديدة لا تمت للأولى بأية صلة؟

وستجيب الباحثة عن هذا التساؤل من خلال هذا المبحث، حيث ستطرق لماهية الوسائل الإلكترونية البديلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية (وهذا في مطلب أول)، ثم ستطرق لأنواع وسائل التسوية الإلكترونية المستعملة في تلك المنازعات (وهذا في مطلب ثان).

المطلب الأول: ماهية الوسائل الإلكترونية البديلة لتسوية منازعات

على اعتبار أن الوسائل الإلكترونية لتسوية المنازعات تعتبر من المستجدات التي ظهرت بظهور التجارة الإلكترونية وتنامي العمل بها ومن ثم تنامي المنازعات الناشئة عنها عموماً وعن عقودها بصفة خاصة، فإنه ينبغي بيان مفهومها وتوضيح صورتها قبل الحديث عن دورها وفعاليتها في تسوية منازعات هذه التجارة.

وهو ما ستتناوله الباحثة في هذا المطلب، حيث ستطرق لمفهوم الوسائل الإلكترونية لتسوية المنازعات (وهذا في فرع أول)، ثم تميزها عما يشتهر بها من مصطلحات (وهذا في فرع ثان).

الفرع الأول: مفهوم الوسائل الإلكترونية لتسوية المنازعات

إن الحديث عن الوسائل الإلكترونية البديلة لتسوية المنازعات لن ينطلق حتما من العدم، فكما أن التجارة الإلكترونية وعقودها لا تختلف عن التجارة التقليدية وعقودها إلا من حيث الوسيلة التي تتم من خلالها وما تتركه من خصوصية، فإن وسائل التسوية الإلكترونية تركز أساسا على الوسائل البديلة للتسوية الموجودة قبل ظهور وسائل الاتصال الإلكترونية بسنوات طويلة، دون إغفال الخصوصية المتعلقة بالوسيلة المستعملة في إتمامها. وعليه فإنه يمكن تحديد مفهوم هذه الوسائل من خلال التطرق إلى تعريفها (أولا)، ثم الحديث عن أهميتها (ثانيا).

أولا: تعريف وسائل التسوية الإلكترونية للمنازعات وموقف الفقه الإسلامي منها

انطلاقا من أن وسائل التسوية الإلكترونية تركز أساسا على الوسائل البديلة لتسوية المنازعات عموما فإن تعريفها يرتكز حتما على تعريف هذه الأخيرة وهو ما سيتضح في الآتي:

1-تعريف وسائل التسوية الإلكترونية للمنازعات:

أ-تعريف وسائل التسوية البديلة للمنازعات عموما:

عُرفت وسائل التسوية البديلة للمنازعات منذ زمن بعيد⁽¹⁾، وتعددت تسمياتها، حيث وصلت إلى ما يقارب 80 تسمية، منها أنها قضاء غير رسمي (Justice Informelle)، قضاء اتفاقي (Justice Convenue)، قضاء ودي (Justice Amiable)، عدالة غير رسمية... غير أن التسمية الأكثر شيوعا واستعمالا هي الوسائل البديلة لتسوية المنازعات والتي يطلق عليها في اللغة الإنجليزية (A.D.R) اختصارا لـ (Alternative Dispute Resolution)، وهي تقابل (M.A.R.C) في اللغة الفرنسية اختصارا لـ (Modes Alternatifs de Règlement des Conflits) أو (M.A.R.L) اختصارا لـ (Modes Alternatifs de Règlement des Litiges)⁽²⁾. وعلى الرغم من تعدد التسميات

⁽¹⁾ - إن أول تنظيم تشريعي للطرق البديلة لتسوية المنازعات كبديل للقضاء الرسمي كان في الولايات المتحدة الأمريكية في سبعينيات القرن

الماضي. Moreau Nathalie : La formation du contrat électronique, Op.cit, 74.

⁽²⁾ - ومع صحة المصطلحين ودلالتهما على الوسائل البديلة للتسوية، واستعمالهما من قبل الفقهاء الفرنسيين، فإن أكثر الفقهاء والباحثين في فرنسا يفضلون استعمال (M.A.R.C)، دون أن يكون تفضيلهم هذا مرتبطا بالجدل الفقهي المتعلق بتفريق الخلاف عن النزاع، حيث أرجعوا تفضيلهم لهذه العبارة إلى أن وقعها في الأذن أحسن من وقع عبارة (M.A.R.L). وهو ما أشار إليه الباحث (JARROSSON) - الذي يعتبر من أكثر المؤلفين تناولا لموضوع الطرق البديلة- في قوله:

«le terme M.A.R.C. a été choisi pour une raison euphonique car cela sonne mieux à l'oreille». Moreau Nathalie : La formation du contrat électronique, Op.cit, p74.

المقدمة لوسائل التسوية البديلة للمنازعات إلا أن جوهرها يبقى واحدا وهو الحل الودي للنزاع بعيدا عن التعقيدات والإجراءات الرسمية والشكليات المعقدة للقضاء، فهي تدور حول فكرة النظام البديل عن النظام القضائي⁽¹⁾.

وهو ما جعل بعض الفقهاء إضافة إلى منظمة التجارة الدولية يرى تعويض عبارة البديل بعبارة الودي ومن ثم فإن الحرف (A) في المختصر (A.D.R) يصبح يشير إلى (Amiable) ودي، وليس إلى (Alternative) بديل، أي أن التسمية تصبح الوسائل الودية لتسوية المنازعات عوض الوسائل البديلة.

غير أن الباحثة ترى أن هذا الأمر لا يمكن التسليم به إلا في حالة التوصل إلى تحديد هذه الوسائل على سبيل الحصر والتأكد من أنها فعلا تتم بشكل ودي، أما إذا بقي الحال على ما هو موجود الآن، فإنه لا يمكن الجزم بأن تسوية النزاعات بهذه الوسائل يتم بشكل ودي في جميع الحالات. جدير بالذكر أن رأي الباحثة يؤيده موقف المشرع الفرنسي الذي قد أخذ بهذه التسمية أي الطرق الودية لتسوية المنازعات وذلك في القانون رقم 98-1163 الصادر بتاريخ 18 ديسمبر 1998⁽²⁾ بعد أن أخرج التحكيم من دائرة الطرق البديلة أو الودية لتسوية المنازعات على ما سيأتي لاحقا.

وبعيدا عن الاختلافات المتعلقة بالتسميات الممنوحة لهذه الوسائل، فقد قدم لها الفقه تعريفات كثيرة سعيا وراء توضيح مفهومها، ومن هذه التعريفات على سبيل المثال:

-أنها: «آليات بديلة عن قضاء الدولة من أجل تفادي تعقيدات الإجراءات القضائية والاستفادة من تسوية سلمية للنزاع»⁽³⁾.

-أو هي: «مجموعة غير محددة من الإجراءات لحل النزاعات بحيث تتم في أغلب الأحيان بواسطة تدخل طرف ثالث بهدف إيجاد حل غير قضائي لهذه النزاعات»⁽⁴⁾.

على أن الملاحظ بالنسبة لهذين التعريفات وغيرهما من التعريفات التي قدمها الفقهاء للوسائل

⁽¹⁾ -انظر: علاء أباريان: الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية دراسة مقارنة، تقدم: غسان رباح، ط1، لبنان، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008م، ص52-53.

⁽²⁾ -Loi n° 98-1163, 18 décembre 1998 Relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits.

⁽³⁾ -Seraglini Christophe, Ortscheidt Jérôme : Droit de L'arbitrage interne et international, 1^{er} édition, Paris, Montchrestien-Lextenso éditions, 2013,p9.

⁽⁴⁾ -علاء أباريان: الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص53.

البديلة هو أنها عرفت الوسائل البديلة بطريقة سلبية، لأنها ركزت على أن هذه الوسائل هي وسائل أو طرق غير قضائية للتسوية، كما أنها ركزت على الدور الكبير للإرادة المشتركة لطرفي النزاع في اللجوء إلى هذه الوسائل الأمر الذي جعل هذه الوسائل غير محددة، فهي تشكل فئة مفتوحة⁽¹⁾ تضم كل الوسائل التي يصدق عليها المفهوم المشار إليه. وعليه يمكن القول أن مفهوم وسائل التسوية البديلة لتسوية المنازعات (ADR) ينطبق على كل وسيلة أو إجراء من شأنه تسوية النزاع بين طرفين دون اللجوء إلى القضاء الرسمي.

ب- المقصود بوسائل التسوية الإلكترونية للمنازعات:

من المصطلحات التي أفرزتها التجارة الإلكترونية ما يعرف بوسائل التسوية الإلكترونية للمنازعات والتي تعرف بـ(ODR) في اللغة الإنجليزية اختصاراً لعبارة (Online Dispute Resolution)، وهي تقابل (MERL) في اللغة الفرنسية اختصاراً لعبارة (Mode Electronique de Règlement de Litiges).

وقد تم تعريفها على أنها: «الوسائل التي تسمح للمتنازعين بالالتقاء عبر شبكة الإنترنت، بغرض حسم النزاع إما باتفاق بين الأطراف أو بحكم يلزم الطرفين»⁽²⁾.

ويتضح من خلال هذا التعريف أن هذه الوسائل ليست أمراً مستحدثاً، إذ أن التعريف المقدم للوسائل البديلة لتسوية المنازعات يمكن أن يستوعب وسائل التسوية الإلكترونية للمنازعات طالما أنه يدور حول فكرة النظام البديل عن النظام القضائي الرسمي، لأن وسائل التسوية الإلكترونية لا تعدو أن تكون وسائل بديلة لتسوية المنازعات خارج أروقة القضاء الرسمي للدولة.

على أن الباحثة ترى أن تعريف وسائل التسوية الإلكترونية على النحو المتقدم، وإن عبّر بشكل دقيق عن مفهوم هذه الوسائل، إلا أن استعماله لعبارة "عبر شبكة الإنترنت" يحد من استيعابه لوسائل الاتصال الإلكترونية التي ظهرت أو ستظهر مستقبلاً، لذلك يمكن استبدال هذه العبارة بـ"عبر وسائل الاتصال الحديثة" لأنها تستوعب الإنترنت وغيرها من وسائل الاتصال مهما تطورت، وعليه يمكن

⁽¹⁾—Fouchard Philippe : Alternative Dispute Résolution et Arbitrage, L'évolution des Modes de règlement des litiges du commerce ; la seconde partie d'un article à paraître dans l'ouvrage "Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXè siècle", Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, Litec, 2001, P1.

⁽²⁾—حسام أسامة محمد: الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، ط1، الإسكندرية، الأزاريطة، دار الجامعة الجديدة، 2009م، ص151.

اعتماد التعريف السابق بصياغته على النحو الآتي: «الوسائل التي تمكن طرفي النزاع من تسوية نزاعهم عبر وسائل الاتصال الحديثة إما بالاتفاق بينهم أو عن طريق حكم ملزم لهما».

2- موقف الفقه الإسلامي من وسائل التسوية الإلكترونية للمنازعات:

بداية تشير الباحثة إلى أن الفقهاء لم يستعملوا مصطلح الطرق البديلة للتسوية، غير أن مصادر التشريع الإسلامي كانت تشير دائماً إلى الحث على تسوية الخلافات بشكل ودي أي عن طريق الوسائل البديلة المعروفة لدى فقهاء القانون الوضعي، ومن هذه النصوص:

أ- من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَخْتَلَا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقِنِلُوا الَّتِي تَبَغَى حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنَّ فَاءَ ت فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴿٩١﴾ (1)، وقوله: ﴿ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ ﴿١٠﴾ (2)، وقوله: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴿٣٥﴾ (3)، وقوله: ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِي مَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴿٦٥﴾ (4)، وقوله: ﴿ وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴿١٢٨﴾ (5)، وقوله أيضاً: ﴿ لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا ﴿١١٤﴾ (6).

فهذه النصوص القرآنية الكريمة تشير إلى الوسائل البديلة المعتمدة في تسوية النزاعات كالتحكيم والصلح.

(1) -سورة الحجرات: 09.

(2) -سورة الحجرات: 10.

(3) -سورة النساء: 35.

(4) -سورة النساء: 65.

(5) -سورة النساء: 128.

(6) -سورة النساء: 117.

ب- من السنة:

قول النبي ﷺ: [الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحا حرم حلالا، أو أحل حراما]⁽¹⁾، وقوله لأبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه: [يا أبا أيوب ألا أدلك على صدقة يرضى الله ورسوله موضعها؟] قال: بلى قال: «تصلح بين الناس إذا تفاسدوا وتقرب بينهم إذا تباعدوا»⁽²⁾.

ج- عمل الصحابة:

لقد مارس الصحابة رضي الله عنه الطرق البديلة للتسوية وحثوا الناس على اللجوء إليها ومن ذلك مثلا قول الخليفة عمر رضي الله عنه: [ردوا الخصوم حتى يصطلحوا، فإن فصل القضاء يورث الضغائن بين الناس]⁽³⁾.

ومن ثم يتضح جليا أن الطرق البديلة لتسوية المنازعات وإن لم تعرف بهذا المصطلح، إلا أنها مورست على مر التاريخ الإسلامي، وعنيت باهتمام واسع لدى فقهاء الشريعة الإسلامية الذين برعوا في التقعيد لها ودراسة كل جزئياتها بداية من بيان مفهومها وأركانها وشروطها، وهو ما يتضح جليا في مباحث الصلح والتحكيم وسبل قطع المنازعات بصفة عامة.

أما بالنسبة للوسائل الإلكترونية لتسوية المنازعات، فانطلاقا من أن الشريعة الإسلامية تجيز تسوية المنازعات عبر الوسائل البديلة، فإن إتمام هذه التسوية عبر الوسائل الإلكترونية لن يؤثر على هذا الجواز خاصة وأنه تقدم في فصول هذه الأطروحة أن المعاملات الإلكترونية جائزة شرعا طالما أنها لا تتعارض مع المقاصد العامة للشريعة الإسلامية.

ثانيا: أهمية وسائل التسوية الإلكترونية للمنازعات

إن الوسائل البديلة لتسوية المنازعات عموما تكتسي أهمية بالغة خاصة في المجال التجاري، ذلك أن هذا المجال يقوم أساسا على السرعة في إتمام المعاملات ناهيك عن تعدد الأطراف واختلاف مواطنهم

(1) - أخرجه ابن ماجه في سننه كتاب: الأحكام، باب: الصلح، 2/ 788، حديث رقم [2353]، وأخرجه الترمذي في سننه، كتاب الأفضية، باب: في الصلح، 3/ 304، حديث رقم [3594].

(2) - أخرجه أبو داود الطيالسي في مسنده، أحاديث أبي أيوب الأنصاري رحمه الله، 1/ 481، حديث رقم [599]، وأخرجه أبو بكر البيهقي في شعب الإيمان الإصلاح بين الناس إذا مرجوا وفسدت ذات بينهم، حديث رقم [10583].

(3) - أخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه، كتاب: البيوع، باب: هل يرد القاضي الخصوم حتى يصطلحوا؟، 8/ 303، حديث رقم [15304]، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب: البيوع والأفضية، باب: في الصلح بين الخصوم، 4/ 534، حديث رقم [22896].

وجنسياتهم في التجارة الدولية، الأمر الذي جعل الأنظمة التشريعية تتيح إمكانية لجوء الأطراف إلى طرق أخرى لتسوية ما ينشأ بينهم من منازعات في بعض المجالات، دون أن يكون هذا الأمر بخساً لحق الفرد في اللجوء إلى القضاء الرسمي للدولة الذي يعد من الحقوق المكفولة له مهما كانت نوعية النزاع، ذلك أن اللجوء إلى هذه الطرق فيه مساعدة للأفراد على اقتضاء حقوقهم بالاتفاق والتراضي بينهم وبين خصومهم، زيادة على تخطي ما تطرحه الشكليات المعقدة التي يتطلبها القضاء الرسمي خاصة فيما يتعلق بالمنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية⁽¹⁾.

وإذا كانت الوسائل البديلة لتسوية المنازعات تكتسي هذه الأهمية في مجال منازعات عقود التجارة الدولية عموماً، فإن أهميتها تزداد في مجال المنازعات الناشئة عن التجارة الإلكترونية عقدية كانت أم غير عقدية، انطلاقاً من الطبيعة الخاصة لهذه التجارة وما تتطلبه من سرعة، إضافة إلى ما تتطلبه خصوصيتها لاسيما تلك الناشئة عن عدم الالتقاء المادي بين أطرافها ناهيك عن صعوبة التوطين الجغرافي لعقودها والذي يطرح إشكالات كبيرة بالنسبة لتحديد القضاء المختص بنظر منازعاتها على نحو ما تقدم.

وعليه فإن اللجوء إلى الوسائل الإلكترونية البديلة لتسوية منازعات عقود هذه التجارة بات مطلباً مهما للخروج من الإشكالات القانونية التي يطرحها تحديد الاختصاص القضائي وفق المعايير والضوابط المعتمدة في القانون الدولي الخاص القائم على المرتكزات المادية، على عكس العالم الافتراضي الذي تتم فيه عقود التجارة الإلكترونية والذي يقوم على المرتكزات اللامادية.

ولقد أدرك المتعاملون في المجال التجاري هذه الأهمية خاصة بالنسبة للعقود التي يكون أحد أطرافها مستهلكاً، أي العقود الاستهلاكية والتي تكون عادة قليلة القيمة، مما يعني اختلال التوازن بين قيمتها وقيمة المصاريف التي سيتكبدها الطرف الضعيف (المستهلك) في حالة لجوئه إلى القضاء، وهو ما دفع بعض المشرعين إلى العمل على جعل اللجوء إلى هذه الطرق في هذا النوع من العقود إلزامياً، على غرار البرلمان الأوروبي الذي أصدر تنظيمًا يلزم باللجوء إلى الوسائل البديلة أو الطرق غير القضائية لتسوية منازعات هذا النوع من العقود وهو القانون أو التنظيم (UE 524/2013) الصادر بتاريخ 21 ماي 2013 والمتعلق بالتسوية الإلكترونية للمنازعات الاستهلاكية⁽²⁾، والمعد للتطبيق بداية من التاسع جانفي 2016، والذي صدر بالموازاة مع التوجيه (2013/11/UE) الصادر بتاريخ 21 ماي 2013

(1) - انظر: عبد الباسط جاسم محمد: تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية، مرجع سابق، ص 335.
(2) - Le Règlement UE 524/2013 du Parlement et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le Règlement (CE) 2006/2004 et la Directive 2009/22/CE (règlement relatif au RLLC)

والمعلق بالتسوية غير القضائية للمنازعات الاستهلاكية⁽¹⁾.

وصدور هذين النصين عن البرلمان والمجلس الأوروبي بشكل متزامن يؤكد إدراك المجموعة الأوروبية لأهمية التجارة الإلكترونية وعقودها، حيث لم تكتف بالنص على ضرورة اللجوء إلى الوسائل البديلة لتسوية منازعات العقود الاستهلاكية عموماً والتي يمكن أن تستوعب العقود الاستهلاكية المبرمة إلكترونياً، بل أفردت المنازعات الناشئة عن هذه الأخيرة بتنظيم خاص يتعلق بضرورة تسويتها مباشرة عبر شبكة الإنترنت أي بذات الطريقة التي تبرم بها تلك العقود، وأطلقوا عليها تسوية المنازعات عبر الخط (Règlement des Litiges en Ligne)، والتي تعرف اختصاراً بـ(RLL)، وقد تم الحرص في هذين النصين على تنظيم اللجوء إلى الطرق البديلة لتسوية المنازعات الناشئة بين مستهلك ومنتج أو مقدم خدمة، سعياً وراء حماية المستهلك على اعتبار أنه الحلقة الضعيفة في العملية العقدية التي تتم بينه وبين المنتجين أو مقدمي الخدمات ومن ثم وجب التخفيف عليه من خلال تسوية تلك المنازعات بالطرق البديلة التي تعتبر إجراءاتها أيسر من إجراءات التقاضي أمام القضاء الرسمي للدولة، كما أنها تتم في فترة وجيزة وبأقل تكلفة.

وما يؤكد عناية المجموعة الأوروبية بعقود التجارة الإلكترونية ومنزعاتها أنه في حين كان النص المتعلق بتسوية منازعات عقود المستهلك عموماً في شكل توجيه، جاء النص المتعلق بمنازعات العقود الإلكترونية وتسويتها مباشرة على الخط في شكل قانون أو تنظيم واجب التطبيق مباشرة في كل دول المجموعة الأوروبية، بما لا يترك مجالاً لهذه الأخيرة في رفض أو تعديل الخطوط العريضة التي تضمنها هذا القانون خاصة وأنه منح للدول أجلاً أقصاه التاسع من جانفي 2016 لاكتمال كل الترتيبات التي تخص تطبيق هذا القانون إن على مستوى التشريعات الوطنية لدول المجموعة الأوروبية أم على مستوى المؤسسات التي ستتولى الفصل في منازعات المستهلكين مع المنتجين أو مقدمي الخدمات عبر الطرق البديلة إلكترونياً.

تجدر الإشارة هنا إلى أن المجموعة الأوروبية أدركت أهمية الطرق البديلة في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية منذ بداية تنظيم التجارة الإلكترونية في هذه المجموعة، حيث تمت الإشارة إلى أن

⁽¹⁾—La Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du conseil de 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le Règlement(CE) 2006/2004 et la Directive 2009/22/CE (règlement relatif au RLLC).

المادة 17 من التوجيه (2000/31/CE) والمعروف بتوجيه التجارة الإلكترونية⁽¹⁾ نصت على أنه على الدول الأعضاء وفي حالة عدم الاتفاق بين مقدمي خدمات الإعلام الآلي وملتقي الخدمة أن تحرص على ألا تشكل تشريعاتها عائقا أمام استعمال آليات التسوية غير القضائية المنصوص عليها في القانون الوطني لتسوية النزاع بالوسائل الإلكترونية المناسبة⁽²⁾.



نموذج يوضح كيفية استفادة المستهلك الإلكتروني من الأفضية الأوروبية لتسوية المنازعات عبر الخط⁽³⁾

⁽¹⁾-Directive 2000/31/CE du parlement européen et du conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»). Journal officiel des Communautés européennes , n° L 178, du 17.7.2000 , p1-16.

⁽²⁾- Article 17: «1-Les Etats membres veillent à ce que, en cas de désaccord entre un prestataire de services de la société de l'information et le destinataire du service, leur législation ne fasse pas obstacle. à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le règlement des différends, disponibles dans le droit national, y compris par des moyens électroniques appropriés.

2-Les Etats membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire, notamment en ce qui concerne les litiges en matière de consommation, à fonctionner de manière à assurer les garanties procédurales appropriées pour les parties concernées.

3-Les Etats membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire des litiges à communiquer à la Commission les décisions importantes qu'ils prennent en matière de services de la société de l'information ainsi que toute autre information sur les pratiques, les us ou les coutumes relatifs au commerce électronique». Journal officiel des Communautés européennes , Op.cit, L 178/14.

⁽³⁾- A.BENSOUSSAN « Litiges : une plateforme de règlement en ligne pour les consommateurs », le droit du numérique et des technologies avancées, publié le 30 août 2013, disponible sur : <http://www.alain-bensoussan.com/plateforme-litiges-consommateurs/2013/08/30/>

الفرع الثاني: تمييز الوسائل الإلكترونية لتسوية المنازعات عن بعض المصطلحات المشابهة

إن الوسائل الإلكترونية لتسوية المنازعات قد تشبه ببعض المصطلحات التي تشترك معها في بعض الخصائص، لذلك وجب تمييزها عنها ببيان أوجه الاتفاق وأوجه الاختلاف الموجودة بينها. وهو ما ستبينه الباحثة من خلال تمييز هذه الوسائل عن الوسائل البديلة لتسوية المنازعات في شكلها التقليدي (أولا)، ثم تمييزها عن إدارة المنازعات إلكترونياً (ثانياً).

أولاً: تمييز الوسائل الإلكترونية لتسوية المنازعات عن الوسائل البديلة لتسوية المنازعات

إن وسائل التسوية الإلكترونية للمنازعات (ODR) وإن كانت لا تختلف عن الوسائل البديلة لتسوية المنازعات عموماً (ADR) إلا من حيث الوسيلة التي تتم من خلالها، إلا أن هذه الوسيلة جعلتها تتميز بمجموعة من الخصائص والمميزات التي لا تتحقق في الوسائل البديلة التقليدية، وهو ما أدى ببعض الفقهاء إلى اعتبارها نظاماً مستقلاً تماماً عن هذه الأخيرة⁽¹⁾.

وهو ما لا تؤيده الباحثة، لأن اعتماد الوسائل الإلكترونية لتسوية المنازعات على وسائل الاتصال الحديثة وفي مقدمتها الإنترنت لا يعني أنها تخرج عن نطاق الوسائل البديلة للتسوية، التي تقدم أنها تشمل كل وسيلة من شأنها الوصول بطرفي النزاع إلى تسوية نزاعهم دون اللجوء إلى القضاء الرسمي، وهو ما ينطبق تماماً على الوسائل الإلكترونية.

ومن ثم يمكن القول أن الوسائل الإلكترونية لتسوية المنازعات نتجت عن دخول وسائل الاتصال الحديثة وعلى رأسها الإنترنت مجال الوسائل البديلة لتسوية المنازعات (ADR)، فهي إذا لا تشكل نظاماً مستقلاً لتسوية المنازعات، وإنما تطورا في مجال الوسائل البديلة في شكلها التقليدي.

على أن استفادة هذه الوسائل من التقنيات الحديثة التي أفرزتها تكنولوجيا المعلومات والاتصالات جعلتها تتفق مع الوسائل البديلة للتسوية في بعض النقاط وتختلف عنها في نقاط أخرى، وهو ما ستوضحه الباحثة في الآتي:

⁽¹⁾—ذلك أنه ترتب عن استخدام الوسائل الإلكترونية للتسوية (ODR) ظهور العديد من الآليات الجديدة مثل التحكيم الملزم لطرف واحد، ونظام علامة الثقة (Trust Mark)، ونظام التحكم في بطاقة الائتمان، وسلطة إعادة المسحوبات من هذه البطاقة على ما سيأتي لاحقاً. انظر: حسام أحمد محمد: الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 153، عبد الباسط جاسم محمد: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 330.

1- أوجه الاتفاق بين ال(ODR) وال(ADR):

على الرغم من اعتماد الوسائل الإلكترونية للتسوية على الإنترنت كأهم وأحدث وسيلة اتصال في العصر الحالي، إلا أنها تشترك مع الوسائل التقليدية البديلة لتسوية المنازعات في كثير من الأمور لعل أهمها أن:

- كلا منهما يتم خارج إطار المحاكم الوطنية، ويضمن إلى حد ما السرعة في تحقيق العدالة.
- كلا منهما يعتمد على آليات معينة لتسوية المنازعات⁽¹⁾.

1- أوجه الاختلاف بين ال(ODR) وال(ADR):

على الرغم من التوافق الموجود بين الوسائل التقليدية البديلة للتسوية والوسائل الإلكترونية، فإن لا يمكن إغفال الفروق الموجودة بينهما والناجئة عن طبيعة الوسيلة المتبعة في إتمام كلا منهما، ويمكن حصر أهم هذه الفروق في أن الوسائل الإلكترونية للتسوية تتم عبر الشبكة الدولية للاتصالات (الإنترنت)، أي دون حضور مادي لطرفي المنازعة (والقائم بالتسوية في حالة كونها تتم عن طريق تدخل طرف ثالث)، وهذا على عكس ال(ADR) التي يشترط فيها الحضور المادي للأطراف في المكان المتفق عليه للتسوية.

ثانياً: تمييز الوسائل الإلكترونية لتسوية المنازعات عن إدارة المنازعات إلكترونياً

إن الاستفادة من وسائل الاتصال الحديثة وفي مقدمتها الإنترنت لم يكن حكراً على مجال معين، وإنما استفادت منه كل المجالات بما فيها مجال تسوية المنازعات سواء في إطار القضاء الرسمي للدولة أو في إطار الوسائل البديلة للتسوية، حيث تم عصنة قطاع العدالة من خلال الاعتماد على الإنترنت في ترتيب مواعيد الجلسات والإعلان عن تواريخها...، كما أن كثيراً من الهيئات⁽²⁾ المعنية بتقديم تسوية المنازعات عبر الوسائل البديلة استفادت من الإنترنت بشكل كبير، بحيث أصبحت تعتمد عليها في تبادل المستندات والملفات وترتيب المواعيد والجلسات، وحتى سماع الشهود وتقديم الأدلة في بعض الأحيان.

وهو ما أدى إلى ظهور ما يعرف بنظام إدارة المنازعات إلكترونياً، الذي يعني ببساطة استخدام مراكز تسوية المنازعات للوسائل الإلكترونية من أجل استقبال وحفظ طلبات ومستندات الأطراف، دون

⁽¹⁾ -انظر: حسام أسامة محمد: الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم، مرجع سابق، ص152-153.

⁽²⁾ -ومن هذه الهيئات مثلاً غرفة التجارة الدولية بباريس (CCI) والتي أصبحت تعتمد على نظام (Net Case) حيث أتاحت إمكانية تسجيل المنازعات وتقديم المستندات إلكترونياً مع ضمان الأمن والسرية للمحافظة على كل ما يتداول على موقع الغرفة.

أن يكون لهذه الوسائل أي دور في انعقاد الجلسات أو إصدار الحكم⁽¹⁾.

المطلب الثاني: أنواع وسائل التسوية الإلكترونية للمنازعات

تتعدد وسائل التسوية الإلكترونية على غرار تعدد وسائل التسوية البديلة عموماً، التي تقدم أحياناً بشكل فئة مفتوحة، ومن ثم فكل وسيلة يصدق عليها مفهوم الوسائل البديلة للتسوية تتم بشكل إلكتروني يمكن اعتبارها وسيلة إلكترونية لتسوية المنازعات.

ومن ثم فإنه ليس في الإمكان حصر هذه الوسائل، بل درج فقهاء القانون على تصنيفها في فئات مختلفة. ومع ذلك فإن التعامل بهذه الوسائل أثبت أن هناك بعضاً منها هو الأكثر شيوعاً على غرار التحكيم والتفاوض والوساطة، وذلك سواء تمت هذا الوسائل بشكل تقليدي أم بشكل إلكتروني.

وعليه ستناول الباحثة في هذا المطلب الأسس المعتمدة في تقسيم وسائل التسوية الإلكترونية (وهذا في فرع أول)، ثم ستناول التفاوض والوساطة كآليات للتسوية الإلكترونية (وهذا في فرع ثان).

الفرع الأول: الأسس المعتمدة في تقسيم وسائل التسوية الإلكترونية

اختلفت تصنيفات المهتمين بالوسائل البديلة للتسوية عموماً لهذه الوسائل بين معتمد على تدخل طرف ثالث أم لا، ومعتمد على قيمة الحكم الصادر عن وسيلة التسوية في حد ذاتها.

ومن ثم كانت أشهر هذه التصنيفات وسائل التسوية القضائية ووسائل التسوية غير القضائية (أولاً)، ووسائل التسوية المعتمدة على طرف ثالث ووسائل التسوية المباشرة (ثانياً).

أولاً: وسائل التسوية القضائية ووسائل التسوية غير القضائية

يرى القائلون بهذا التصنيف أن وسائل التسوية يمكن أن تكون قضائية، بمعنى أن حكمها يشبه أحكام القضاء ويخضون بالذكر في هذا المجال التحكيم على أساس أن مهمة المحكم تشبه إلى حد بعيد مهمة القاضي، كما أن الحكم الصادر في العملية التحكيمية يشبه الحكم القضائي عموماً من حيث قدرته على إنهاء المنازعة.

ثم يضيفون إلى التحكيم كل من الوساطة والصلح أو التوفيق في حال توجه الأطراف إليها بأمر من القاضي.

على أن الباحثة ترى أن هذا التصنيف لا يمكن اعتماده في تصنيف الوسائل البديلة عموماً لأن

(1) -انظر: حسام أسامة محمد: الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم، مرجع سابق، ص 154.

الوساطة والتوفيق أو المصالحة التي يلجأ إلى الأطراف بطلب من القاضي ينتفي معها الطابع الاختياري للجوء الأطراف إلى الوسائل البديلة، والذي تقدم أن الأصل في هذه الوسائل أن يتم اتفاق الأطراف على اللجوء إليها بإرادة الأطراف ودون إجبار.

وبالنسبة للتحكيم فالباحثة ترى فيه طريقاً بديلاً من نوع خاص، فهو يمكن اعتباره قضاء خاص على غرار ما ذهب إليه المشرع الفرنسي حيث أخرجه من دائرة الوسائل البديلة، فهو ليس قضاء رسمياً للدولة، وليس طريقاً بديلاً.

ثانياً: تصنيف الطرق البديلة بناء على تدخل طرف ثالث أو عدمه

يصنف القائلون بهذا المذهب الوسائل البديلة إلى وسائل قائمة على تدخل طرف ثالث خارج عن أطراف النزاع لمساعدة الخصوم على تسوية نزاعهم، ووسائل أخرى تتم بشكل مباشر، ومن ثم نجد بناء على هذا التصنيف أن وسائل التسوية التي تتم من خلال تدخل طرف من غير الخصوم تضم كلا من الوساطة، والصلح والتوفيق، والوسائل التي لا يكون فيها تدخل طرف ثالث تتمثل أساساً في التفاوض الذي يتم بشكل مباشر بين الخصوم أو ممثليهم.

على أن هذا التصنيف لا يمكن أن ينطبق على التحكيم، ذلك أن المحكم وظيفته تسوية النزاع بحكم مباشر وليس مساعدة الخصوم على الوصول إلى ترضية تنهي خلافهم.

وبناء على هذه الآراء وغيرها ارتأت الباحثة التركيز على أهم الطرق البديلة وهي الوساطة والتفاوض والتحكيم، على أنها أفردت التحكيم بفصل مستقل لأنه أشبه بالقضاء من جهة ولأنه حتى الآن يعد أجمع هذه الوسائل سواء بالنسبة للمنازعات التقليدية أم بالنسبة للمنازعات الإلكترونية على الرغم من الانتقادات الكثيرة الموجهة إليه على نحو ما سيأتي.

الفرع الثاني: التفاوض والوساطة كآليات للتسوية الإلكترونية للمنازعات الإلكترونية

على الرغم من تعدد الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، واختلاف الفقهاء حول المعايير المعتمدة لتقسيمها على النحو المتقدم، فإنه وبالنظر إلى الهيئات والمراكز التي اعتمدت التسوية الإلكترونية للمنازعات يمكن القول أن التفاوض والوساطة يعتبران أهم الوسائل الإلكترونية لتسوية منازعات العالم الافتراضي إلى جانب التحكيم طبعاً والذي تقدم أنه ذو طبيعة خاصة ومن ثم فضلت الباحثة إفراده بفصل مستقل.

وعليه فقد خصصت الباحثة هذا المطلب لبيان مفهوم التفاوض الإلكتروني (أولاً)، ثم بيان

الوساطة الإلكترونية (ثانياً).

أولاً: التفاوض الإلكتروني (La Négociation en Ligne)

يعتبر التفاوض أو المفاوضات من أهم الوسائل البديلة لتسوية المنازعات المعروفة منذ زمن بعيد إن على مستوى المنازعات التجارية أم على مستوى المنازعات السياسية بين الدول.

غير أن دخول تقنيات الاتصال الحديثة جميع المجالات وعلى الأخص المجال التجاري الذي يهتم موضوع هذه الأطروحة، أفرز نمطا جديدا من التفاوض في مجال تسوية المنازعات الناشئة في البيئة التجارية الإلكترونية، حيث بات التفاوض يتم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية وفي مقدمتها الإنترنت طبعاً وأصبح يعرف بـ"التفاوض الإلكتروني"، الأمر الذي أدى إلى ضرورة بيان هذا النمط من التفاوض وتحديد دوره في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية. وهو ما سيتضح في الآتي:

1- مفهوم التفاوض الإلكتروني:

يمكن تحديد مفهوم التفاوض الإلكتروني من خلال الوقوف على تعريفه، وبيان أنواعه.

أ- تعريف التفاوض الإلكتروني:

التفاوض عموماً عبارة عن تبادل وجهات النظر بين طرفي النزاع أو من ينوب عنهم في لقاء مباشر من أجل الوصول إلى تسوية نهائية لذلك النزاع دون تدخل من طرف ثالث⁽¹⁾. أما التفاوض الإلكتروني فيتم بين طرفي النزاع عبر شبكة الإنترنت، ودون لقاء مادي وجهها لوجه كما هو الحال في التفاوض العادي أو التفاوض خارج الخط (Off Line). هذا، ويعتبر التفاوض الإلكتروني من أهم الآليات المستحدثة في مراكز التسوية الإلكترونية للمنازعات⁽²⁾.

ومن ثم يمكن للباحثة أن تعرف التفاوض الإلكتروني بأنه: "تبادل وجهات النظر بين طرفي النزاع أو من ينوب عنهم عبر وسائل الاتصال الحديثة دون حضور مادي، من أجل التوصل إلى تسوية نهائية للنزاع المطروح".

(1) وهذا المعنى العام مستنتج من التعريفات العديدة التي قدمت للتفاوض، ومنها أنه: «تلك العملية الخاصة بتقريب وجهات نظر طرفين للتوصل إلى نتيجة معينة يمكن تحقيقها عملياً بدلاً من النتيجة المثالية التي يسعى إليها كل طرف على حدة»، أو هو: «نوع من الحوار وتبادل الاقتراحات بين طرفين أو أكثر بهدف التوصل إلى اتفاق يؤدي إلى حسم قضية أو قضايا نزاعية بينهما أو بينهم، وفي نفس الوقت تحقق الحفاظ على المصالح المشتركة فيما بينهما». ثابت عبد الرحمن إدريس: التفاوض استراتيجيات وتكتيكات ومهارات تطبيقية، د. ط، الإسكندرية، الدار الجامعية، 2005م، ص 28، 35 على الترتيب.

(2) -انظر: حسام أسامة محمد: الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم، مرجع سابق، ص 163.

ب-أنواع التفاوض الإلكتروني:

تقوم فكرة التفاوض الإلكتروني على تمكين طرفي النزاع من التواصل معا بشكل مباشر من خلال توفير مركز التسوية الإلكترونية لآلية اتصال بينهما⁽¹⁾، على أن هذه الأخيرة تختلف تبعا لنوع التفاوض الإلكتروني الذي ينقسم إلى نوعين أساسيين:

1°-التفاوض الآلي (La Négociation Automatisée): في هذا النوع من التفاوض

يلتقي الطرفان عبر الإنترنت من أجل الوصول إلى تسوية النزاع دون تدخل طرف ثالث، بل باستعمال برامج كمبيوتر خاصة توفرها مراكز التسوية الإلكترونية⁽²⁾.

ويعتبر مركز (Cybersettle)⁽³⁾ من أول وأهم المراكز استخدما لهذا النوع من التفاوض⁽⁴⁾، حيث يبدأ التفاوض الآلي الذي يستخدمه هذا المركز بمنح رقم سري لكل طرف من أطراف النزاع، يمكنه من الدخول إلى صفحة خاصة على الموقع الإلكتروني للمركز، ويطلب من كل طرف إدخال ثلاثة أرقام مختلفة، تعبر عن المبالغ التي يمكن أن يقبلها الطرفان لتسوية النزاع، حيث يبدأ المدعي بإدخال الأرقام التي يقبلها لتسوية النزاع، ثم يدخل المدعى عليه بدوره الأرقام التي يراها مناسبة، ومن ثم يقوم الكمبيوتر بعقد مقارنة إلكترونية بين المبالغ المدخلة، فإذا وجد أن هناك فرقا بين أحد المبالغ التي أدخلها المدعي وأحد المبالغ التي أدخلها المدعى عليه يعادل 30%⁽⁵⁾، يقوم بحساب متوسط هذين المبلغين، ثم يرسل المبلغ المحصل عليه إلى الطرفين عبر البريد الإلكتروني لكل منهما، فإن قبلاه اعتبرت تسوية النزاع قد تمت بينهما⁽⁶⁾. ومن ثم يتضح أن الطرفان لا يتصلان مع بعضهما بشكل مباشر وإنما يتصلان بهذا

⁽¹⁾ -انظر: مهند عزمي أبو مغلي ومحمد إبراهيم أبو الهيجاء: الوسائل الرقمية البديلة لتسوية المنازعات المدنية، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، مج36، (ملحق)، 2009م، ص783.

⁽²⁾ -Il ya Plus de 20 institutions proposent de la négociation automatisée, parmi lesquels on citera ClickNsettle, Cybersettle, DisputeManager, Intersettle, MARS, SmartSettle, The Claim Room, WebAssured, WebMediate et WeCanSettle. Voir: T. SCHULTZ, Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, Op.cit , P184, référence n°588.

⁽³⁾ -<http://www.Cybersettle.com>

⁽⁴⁾ -Cybersettle administre en moyenne 3000 litiges par mois.

⁽⁵⁾ - Chacun des centres fournissant ce type de service définit cette marge à l'avance. En général, elle est fixée à 30 pour cent, mais elle peut descendre, selon les centres ou les montants en jeu, à 10 voire 5 pour cent. Voir: T. SCHULTZ, Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, Op.cit , P184, référence n°585.

⁽⁶⁾ -انظر: SCHULTZ, Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, Op.cit , P184 عبد الباسط جاسم محمد: تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية، مرجع سابق، ص487-488.

البرنامج الذي يبحث عن تقريب وجهات النظر بينهما من خلال اختيار الأرقام المتقاربة وإعطاء متوسط حسابي بينهما.

وإذا كان استخدام التفاوض الآلي وفقا لهذا النموذج، لا يمكن أن يتم إلا في المنازعات التي يكون محلها خلافا ماليا، أي خلاف متعلق بالمبالغ المستحقة في صفقة ما، فإن هناك طرقا أخرى للتفاوض الآلي يمكن أن تستخدم في جميع النزاعات، ويمكن التمثيل لهذه الطرق بالبرنامج الذي يستخدمه مركز (SmartSettle)⁽¹⁾، والمتمثل في برنامج تقديري أو توقعي يطرحه على موقعه الإلكتروني، أسماه برنامج "تقدير الحلول"⁽²⁾، وهو برنامج يقوم أساسا على طرح مجموعة من الأسئلة التوقعية على طرفي النزاع على غرار ما هو موضوع النزاع؟ ما معدل التنازل الذي يمكن أن يكون مقبولا لدى كل طرف؟... بهدف تحديد النقطة التي ينصب عليها النزاع ومدى إمكانية التوصل إلى تسوية مرضية. بعدها يقوم البرنامج برصد النقاط المشتركة في إجابات الطرفين حتى يصل إلى وثيقة أو تصور موحد للتسوية، مع إمكانية منح الطرفين القدرة على التفاوض المباشر لتعديل بعض بنود هذه الوثيقة⁽³⁾.

جدير بالذكر أن حرية الأطراف في التفاوض سواء بالنسبة لبرنامج العروض الخاص بمركز (Cybersettle)، أو في برنامج الحلول المقترحة لمركز (SmartSettle) أو بالنسبة لغيرها من المراكز مقيدة بفترة زمنية محددة يجب على الأطراف خلالها إنهاء التفاوض سلبا أو إيجابا، وتقدر تلك المدة في بعض المراكز بـ30 يوما من تاريخ بدء المفاوضات، وفي بعضها بـ10 أيام فقط، حيث يتم غلق صفحة التفاوض بشكل تلقائي عند نهايتها (ما لم يقدم الطرفان طلبا مسببا للحصول على مهلة إضافية)⁽⁴⁾ ومن ثم يتم اللجوء إلى وسيلة أخرى لتسوية النزاع في حال الإنهاء السلي للتفاوض.

2°- التفاوض الإلكتروني بمساعدة الكمبيوتر (La Négociation en Lige Assistée)

(par Ordinateur): في هذا النوع من التفاوض يتم الاتصال بين طرفي النزاع بشكل مباشر عبر الكمبيوتر من خلال شبكة الإنترنت وما تقدمه من خدمات مثل الرسائل (Messenger)، أو (Video conference)، حيث يقومون بتبادل وجهات النظر ويطلع كل طرف على مقترحات

(1)– <http://www.smartsettle.com>

(2)–Multivariable resolution optimization programs

(3)–انظر: حسام أحمد محمد: الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم، مرجع سابق، ص166، عبد الباسط جاسم محمد: تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية، مرجع سابق، ص489. كما يمكن الاطلاع على تفاصيل البرنامج من خلال موقعه الإلكتروني المشار إليه أعلاه.

(4)–انظر: عبد الباسط جاسم محمد: تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية، مرجع سابق، ص490.

الطرف الآخر بشأن تسوية النزاع القائم بينهما، وعلى عكس ما توحى به التسمية "بمساعدة الكمبيوتر" فإن هذه الأخير لا يعدو أن يكون وسيلة اتصال فقط- كما هو الحال مثلا بالنسبة للهاتف أو الكتابة- تستعمل لتحقيق لقاء في العالم الافتراضي بين طرفي النزاع دون أن يكون له دخل في اقتراح حلول أو تسوية⁽¹⁾.

ومن أكثر المراكز استعمالا لهذا النوع من التفاوض مركز (SquareTrade)⁽²⁾ الذي يتولى إدارة النزاعات المتعلقة بالمتجر الافتراضي (eBay) حيث يدير حوالي 800000 نزاع كل السنة⁽³⁾. مع العلم أنه يقدم هذه الوسيلة دون مقابل مادي يدفعه أي من الطرفين⁽⁴⁾.

ومن ثم يتضح أن التفاوض الإلكتروني يشبه التفاوض التقليدي من حيث أنه يتم دون تدخل من طرف ثالث وذلك حتى فيما يتعلق بالتفاوض الآلي لأنه يتم من خلال برنامج وليس بتدخل شخص آخر.

2- دور التفاوض الإلكتروني في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية:

من خلال بيان مفهوم التفاوض الإلكتروني وأنواعه المختلفة، يمكن استنتاج دوره في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية بداية ببيان المزايا التي يقدمها لطرفي منازعات هذه العقود، والانتقادات التي توجه لهذا المسلك من مسالك التسوية الإلكترونية للمنازعات على النحو الآتي:

أ- مزايا التفاوض الإلكتروني: إن التفاوض الإلكتروني وعلى غرار التفاوض التقليدي يمنح لطرفي النزاع كثيرا من المزايا يأتي في مقدمتها⁽⁵⁾:

1°- بساطة إجراءاته وسهولة اللجوء إليه: إذ أنه يتم بالدخول إلى الصفحة الخاصة بالنزاع على الموقع الإلكتروني للمركز عن طريق رقم سري يمنح لطرفي النزاع، ومن ثم يتم التفاوض الآلي أو التفاوض بمساعدة الكمبيوتر بشكل سري وبدرجة كبيرة من الأمان.

2°- المجانية: حيث يتم التفاوض دون أن يتكبد طرفا النزاع أي مصاريف على الرغم من

⁽¹⁾-انظر: حسام أحمد محمد: الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم، مرجع سابق، ص168، عبد الباسط جاسم محمد: تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية، مرجع سابق، ص489.

⁽²⁾-<http://www.squaretrade.com>

⁽³⁾- T. SCHULTZ, Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, Op.cit , P185.

⁽⁴⁾-انظر: حسام أحمد محمد: الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم، مرجع سابق، ص169.

⁽⁵⁾-انظر: عبد الباسط جاسم محمد: تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية، مرجع سابق، ص497-498.

استعمالهم لبرامج أو أدوات ووسائل الاتصال الإلكترونية التي تتيحها مراكز تسوية المنازعات التي تقدم خدمة التفاوض الإلكتروني، وهذا أيا كانت نتيجة التفاوض إيجابية بأن تمت تسوية النزاع المتفاوض بشأنه، أم سلبية بأن افترق الطرفان دون الوصول إلى نتيجة تحسم النزاع القائم بينهما.

3- المحافظة على العلاقات الودية بين الطرفين: وهي ميزة تتمتع بها المفاوضات عموماً سواء التقليدية منها أم الإلكترونية وسواء تعلقت بنزاعات تجارية أم سياسية، إذ أن التوصل إلى تسوية للنزاع القائم بين طرفي المفاوضات بشكل مباشر ودون تدخل من أي طرف يمكن الطرفان من المحافظة على العلاقات الجيدة بينهما طالما أنهما يتوصلان إلى تسوية مرضية للطرفين حتى وإن تم تقديم تنازلات بينهما، إذ المهم أنها لم ينهيا النزاع بحكم قضائي فيه رابح وخاسر مجبر على التنفيذ حتى ولو يكن راضياً بالحكم المتوصل إليه.

ب- الانتقادات الموجهة للتفاوض الإلكتروني: على الرغم من قيمة المزايا التي يقدمها التفاوض الإلكتروني لطرفي النزاع على النحو المتقدم، إلا أنه لا يخلو من السلبيات التي جعلت الفقهاء يوجهون له مجموعة من الانتقادات بعضها موجه للتفاوض الإلكتروني الآلي، وبعضها موجه للتفاوض الإلكتروني بمساعدة الكمبيوتر والتي يمكن تلخيص أهمها في⁽¹⁾:

1- الانتقادات الموجهة للتفاوض الإلكتروني الآلي: بالنسبة لهذا النوع من التفاوض فقد انتقد من وجهين، الأول من جهة أنه يعتمد على عمليات رياضية أو طرق تقديرية قد لا تتناسب مع الواقع أو مع رغبات المتنازعين، والثاني متعلق بعدم إلزاميته، إذ لا يوجد ما يلزم الطرفان بالتسوية المتوصل إليها حتى بعد انتهاء العملية التفاوضية، فنتيجة المفاوضات حتى وإن كانت إيجابية متوقفة على مدى استجابة الطرفان لها بشكل إرادي، ومن ثم فالعملية التفاوضية أقرب إلى عقد صلح منها إلى تسوية بديلة للنزاع.

2- الانتقادات الموجهة للتفاوض الإلكتروني بمساعدة الكمبيوتر: انتقد هذا النوع من التفاوض وعلى غرار النوع السابق من جهة أنه لا يتمتع بأي نوع من الإلزامية كما تقدم، كما انتقد من حيث أنه يتم بشكل مباشر بين طرفي النزاع دون تدخل من طرف ثالث، أو حتى الاستعانة ببرنامج يوفق بين وجهات نظرهما، إذ أن التفاوض بهذا الشكل قد لا يجدي نفعا خاصة وأن الطرفان على دراية بوجهة نظر بعضهما بخصوص النزاع المطروح، وعليه قد تنتهي المفاوضات دون الوصول إلى تسوية للنزاع.

(1) -انظر: عبد الباسط جاسم محمد: تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية، مرجع سابق، ص 498-499.

وبعد بيان المزايا والانتقادات الموجهة إلى التفاوض الإلكتروني بنوعيه، وبالنظر إلى الإحصائيات المقدمة من مراكز التسوية الإلكترونية التي تتزايد يوما بعد يوم، فإن الباحثة ترى أن التفاوض الإلكتروني وإن كان ينطوي على بعض السلبيات والتي يأتي في مقدمتها عدم الإلزام الذي يجعل منه عرضة لتنصل أي طرف من النتيجة المتوصل إليها حتى بعد انتهاء العملية التفاوضية، إلا أنه يتمتع بالقبول لدى المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية، وبصفة خاصة بالنسبة للعمليات التعاقدية التي يكون أحد أطرافها مستهلكا، حيث نجد أن مجانية وسرعة وسهولة إتمام تسوية المنازعات عبر هذه الوسيلة يعد مطلباً مهماً بالنسبة للنزاعات الإلكترونية، خاصة بالنسبة للمستهلك الذي يكون في أغلب الصفقات غير مستعد لتكبد مصاريف إضافية لتسوية أي نزاع، فقد يفضل التنازل عن حقه بدل اللجوء إلى التقاضي وما يكلفه من مصاريف ومضيق للوقت والجهد.

ومن ثم قد يكون التفاوض الإلكتروني بنوعه ملاذاً لهذا المستهلك الذي قد يفضل تقديم بعض التنازلات البسيطة مع الطرف الثاني مقابل تسوية سريعة ومجانية لنزاعه، على اللجوء إلى القضاء أو التنازل نهائياً عن حقه.

ومع هذا فإن مراكز التسوية، وفي حالة فشل التفاوض الإلكتروني، تقدم وسائل بديلة أخرى لتسوية المنازعات في مقدمتها الوساطة الإلكترونية التي ينتمي فيها الانتقاد المتعلق بكون التفاوض لا يجدي نفعا لأنه يتم بين طرفي النزاع دون تدخل طرف ثالث يعمل على تقريب وجهات النظر بينهما، لأن أساس الوساطة وجود مثل هذا الطرف على نحو ما سيتضح في الجزئية الموالية.

ثانياً: الوساطة الإلكترونية (La mediation en Ligne)

تعتبر الوساطة أيضاً من أهم الطرق البديلة لتسوية المنازعات على نحو ما تقدم، أي كان نوع النزاع، غير أن أهميتها تزداد أكثر في مجال المنازعات التجارية، لما تتطلبه هذه الأخيرة من سرعة وسرية أثناء فصلها إضافة إلى المحافظة على العلاقات الودية بين طرفي النزاع خاصة إذا كانا يرغبان في استمرار التعامل بينهما وهو ما حققته الوساطة كطريق بديل عن القضاء في تسوية هذه المنازعات بكفاءة جعلتها تحتل مكانة ممتازة بين وسائل التسوية البديلة عموماً.

ونظراً لهذه المزايا التي تحققها الوساطة للمتعاملين في المجال التجاري، فقد اهتم بها المتعاملون في مجال التجارة الإلكترونية أيضاً، ومن ثم ظهرت الوساطة الإلكترونية التي أصبحت واحدة من أهم الطرق الإلكترونية البديلة للتسوية (ODR)، حيث نظمتها جل مراكز التسوية الإلكترونية وجعلتها في مقدمة خدمات التسوية التي تقدمها المتنازعين في العالم الافتراضي، وهو ما توضحه الباحثة من خلال بيان

مفهوم الوساطة الإلكترونية ودورها في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

1- مفهوم الوساطة الإلكترونية: يمكن توضيح مفهوم الوساطة الإلكترونية من خلال تعريفها

وبيان خصائصها وأنواعها على النحو الآتي:

أ- **تعريف الوساطة الإلكترونية:** يقصد بالوساطة «التدخل في مفاوضات أو في نزاع من قبل طرف ثالث مقبول من الطرفين ولا يملك سلطة أو يملك سلطة محدودة في اتخاذ القرار، ويعمل على مساعدة الأطراف المعنية على الوصول طوعاً إلى تسوية مقبولة من الطرفين المتنازعين»⁽¹⁾، أي أنها «إجراء يطلب بمقتضاه الأطراف في نزاع ما من شخص ثالث يدعى الوسيط التدخل والتوفيق بينهم لإيجاد حل لنزاعهم»⁽²⁾.

ووفقاً لهذا المعنى عرفها قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي في الفقرة الثالثة من مادته الأولى والتي جاء فيها: «لأغراض هذا القانون، يقصد بمصطلح "التوفيق" أي عملية، سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر أو أشخاص آخرين (الموفق) مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة. ولا يكون للموفق الصلاحية لفرض حل النزاع على الطرفين»⁽³⁾. والواضح أن الأونسترال تستعمل الوساطة كمرادف للتوفيق⁽⁴⁾.

(1) كريستوفر و. مور: عملية الوساطة استراتيجيات عملية لحل النزاعات، ترجمة: فؤاد سروي، مراجعة وتدقيق: عماد عمر، د. ط، الأردن، الأهلية للنشر والتوزيع، 2007م، ص 38.

(2) F.JACQUET et B.WEITZEL, « chapitre 11- Le règlement des litiges » in « Le guide juridique du commerce électronique », p 208, disponible en ligne sur : <http://www.yumpu.com/fr/document/view/12860790/chapitre-11-le-reglement-des-litigesintroduction-juris-international>

(3) قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لسنة 2002 المعتمد، ص 1. متاح على موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسترال:

https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/.../04-90951_Ebook.pdf آخر زيارة للموقع: 2016/03/28م.

(4) وقد تم تبرير هذا الاستعمال بما جاء في دليل الاشتراع الخاص بهذا القانون بأنه: في الممارسة العملية، يشار إلى الإجراءات التي يستعين فيها الطرفان بشخص ثالث لتسوية نزاعهما بتعابير مثل التوفيق أو الوساطة أو التقييم المحايد أو المحاكمة الصغرى أو ما شابه ذلك من التعابير . وتُستعمل أساليب مختلفة وإجراءات مكيفة من أجل حل النزاعات بطرائق توفيقية يمكن اعتبارها بدائل لحل النزاع قضائياً الذي هو الأسلوب التقليدي الشائع. ويستعمل القانون النموذجي تعبير "التوفيق" لكي يشمل كل تلك الإجراءات . ويميز الأخصائيون الممارسون بين هذه التعابير من حيث الأساليب التي يستعملها الشخص الثالث أو مدى مشاركة الشخص الثالث في العملية . ولكن، لا توجد حاجة، من وجهة نظر المشرع، إلى التمييز بين مختلف الأساليب الإجرائية التي يستعملها الشخص الثالث . ففي بعض الحالات، تبدو التعابير المختلفة مسألة تتعلق بالاستخدام اللغوي أكثر مما هي تجسد السمة التي ينفرد بها استعمال كل =

أما الوساطة الإلكترونية أو الوساطة على الخط (En Ligne) فقد تم تعريفها بأنها: «اتصال طرف ثالث محايد مع طرفي النزاع على شبكة الإنترنت، من أجل الوصول إلى تسوية نهائية لهذا النزاع»⁽¹⁾.

ومن ثم يتضح أن الوساطة الإلكترونية بهذا المعنى لا تختلف عن الوساطة التقليدية إلا من حيث الوسيلة التي تتم من خلالها والمتمثلة في وسائل الاتصال الحديثة وفي مقدمتها الإنترنت، حيث يتم الاعتماد على مختلف الخدمات التي تقدمها الشبكة الدولية للاتصالات في إدارة عملية الوساطة، إذ قد يتم الاعتماد على الاتصال بين الوسيط وطرفي النزاع عبر البريد الإلكتروني (E-Mail) أو الرسائل (Messenger)، كما يمكن الاعتماد على المحادثات المباشرة التي تجمع الأطراف بالوسيط بشكل مباشر عن طريق غرف المحادثة (Chat Rooms)، أو برنامج السكايب (Skype)، أو الفيديوكونفرنس (Video Conference) من خلال صفحات خاصة على مواقع مراكز التسوية الإلكترونية يتم الدخول إليها من خلال كلمة مرور خاصة بكل قضية تسلم للمعنيين (الأطراف والوسيط)، إضافة إلى أنهم يسلمون ويستلمون الوثائق والمستندات عبر هذه التقنيات.

ب- أنواع الوساطة الإلكترونية: انطلاقاً من أن الوساطة الإلكترونية لا تختلف عن الوساطة التقليدية، إلا من حيث اعتمادها على وسائل الاتصال الإلكترونية على النحو المتقدم، فإن أنواعها لا تختلف عن أنواع هذه الأخيرة، والتي قسمت تقسيمات عديدة⁽²⁾، غير أن ما يهم هذه الدراسة هو التقسيم الذي يبني على دور القائم بعملية الوساطة أي الوسيط، والذي يجعل من الوساطة نوعان هما:

= أسلوب إجرائي. ومهما كان الأمر، فإن كل هذه العمليات تتقاسم سمة مشتركة وهي أن دور الشخص الثالث مقصور على مساعدة الطرفين على تسوية النزاع ولا يشمل سلطة فرض قرار ملزم على الطرفين وطالما تميزت إجراءات "الحل البديل للنزاع" بالسماوات المذكورة في هذه الفقرة، فهي مشمولة بالقانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي. انظر: قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي مع دليل اشتراعه واستعماله 2002، مرجع سابق، ص 11.

(1)-T. SCHULTZ, Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, Op.cit , P184, référence n°588.

(2)-منها تقسيم الوساطة إلى وساطة اتفافية يتفق عليها الأطراف في العقد الأصلي المبرم بينهما أو في عقد لاحق قبل قيام أي نزاع بينهما ووساطة قضائية تتم بناء على إحالة القضية من قبل القضاء الرسمي للدولة على الوطاء المعتمدين لديه، كما تقسم إلى وساطة حرة وهي الوساطة التي يتولى فيها الأطراف تنظيم عملية الوساطة بشكل إرادي بداية من اختيار الوسيط إلى تحديد إجراءات وآليات تأدية مهمته، ووساطة مؤسساتية في إطار مراكز متخصصة تتولى تنظيم العملية من بدايتها إلى نهايتها بناء على إشارة من الطرفين في العقد الأصلي المبرم بينهما إلى اللجوء إلى المركز لتسوية أي نزاع من شأنه أن يقوم بينهما مستقبلاً، أو بتقديم الطلب إلى المركز مباشرة بعد قيام النزاع. لمزيد من التفصيل يمكن مراجعة: عبد الباسط جاسم محمد: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 510-514.

1- وساطة البسيطة: يقتصر فيها دور الوسيط على إيصال عروض ومقترحات ووجهات نظر الطرفين دون أن يكون له أي دور مؤثر في عملية الوساطة.

2- وساطة الفعالة: أو إيجابية وهي الوساطة التي يؤدي فيها الوسيط دور مؤثر حيث لا يكتفي بإيصال المقترحات ووجهات النظر، بل يكون له الحق في اقتراح حلول أو صيغ لتسوية النزاع ويعمل على الحصول على موافقة الطرفين عليها.

على أنه واقعيًا يصعب تحديد نوع الوساطة، فكثيرًا ما تبدأ الوساطة بسيطة، ثم تتحول إلى وساطة فعالة، في حال ما إذا لاحظ الوسيط عدم وجود تقارب في وجهات النظر بين الطرفين، خاصة وأن عملية الوساطة تتم في فترة زمنية محددة لا يمكن تجاوزها إلا في حالة وجود أسباب مقنعة، وفي غياب مثل هذه الأسباب تغلق صفحة القضية الموجودة على موقع المركز بشكل آلي، إذا انتهت المدة التي يحددها المركز مسبقًا للتوصل إلى تسوية نهائية للنزاع، على أن هذه المدة تختلف من مركز إلى آخر، حيث حددها مثلاً مركز (Square Trade) بـ 14 يوماً⁽¹⁾، في حين قصرها مركز (Internet Neutral) على 10 أيام فقط⁽²⁾.

كما أن الوساطة سواء كانت بسيطة أم فعالة تتم بمقابل مادي يدفعه الطرفان للمركز الذي يقدم لهم هذه الخدمة، على أن هذا المقابل يختلف من مركز إلى آخر⁽³⁾.

2- دور الوساطة الإلكترونية في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية:

من خلال تعريف الوساطة الإلكترونية وبيان أنواعها المختلفة، يمكن استنتاج دورها في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، بداية بتحديد المزايا التي تقدمها لطرفي منازعات هذه العقود،

⁽¹⁾ -تراجع المعلومة على الموقع الإلكتروني للمركز: <http://www.squaretrade.com>

⁽²⁾ -تراجع المعلومة على الموقع الإلكتروني للمركز: <http://www.internetneutral.com>

⁽³⁾ -فبالنسبة مثلاً لمركز (Internet Neutral) يستوفي \$ 250 من المدعي عند تقديمه طلب الوساطة، ويستوفي المبلغ نفسه من المدعى عليه عند قبوله الدخول في عملية الوساطة، مع \$25 عن كل ساعة من جلسات الوساطة لحد الساعة السادسة مساءً، يضاف لها 50% للجلسات التي تجرى بين الساعة 7 مساءً والساعة 7 صباحاً، أما بالنسبة لعمليات الوساطة التي تجري عبر البريد الإلكتروني فقط، فإن المركز يطلب رسوماً على أساس الدقيقة الواحدة بدءاً بـ \$1 حتى \$6 للدقيقة الواحدة، تبعاً لقيمة المبلغ المتنازع بشأنه. أما مركز (Square Trade) فإن تسجيل طلب الوساطة لديه يكون مقابل \$20، بعدها يقدر المقابل المادي لعملية الوساطة وفقاً لقيمة المبلغ محل النزاع، حيث يستوفي \$50 عن النزاع الذي لا تزيد قيمته عن \$1000، أما إذا زاد المبلغ عن هذه القيمة فإن المركز يطلب \$40 زائد 5% من قيمة النزاع على ألا يزيد المقابل المادي في جميع الأحوال عن \$2500، على أن المركز يقدم إعفاءات أو تخفيضات للعملاء إذا كانوا من عملاء الشركات المسجلة لديه. على أن تفاصيل عمليات الوساطة ورسومها يمكن أن تراجع على المواقع الإلكترونية للمركزين المشار إليهما أعلاه.

والانتقادات التي توجه لهذا المسلك من مسالك التسوية الإلكترونية وإمكانية تفاديها.

أ- مزايا الوساطة الإلكترونية: تقدم الوساطة عموماً والوساطة الإلكترونية خصوصاً مجموعة كبيرة من المزايا التي جعلت منها طريقاً مفضلاً لدى كثير من المتعاملين في المجال التجاري، ويمكن إجمال أهم هذه المزايا في الآتي⁽¹⁾:

1°- توفير الوقت والجهد على المتنازعين: وذلك انطلاقاً من أن جلسات الوساطة إضافة إلى تبادل الوثائق تتم عن بعد عبر شبكة الإنترنت، ومن ثم لا يضطر أطراف النزاع إلى تكبد عناء التنقل من مكان لآخر، وهو ما يوفر الكثير من الجهد والوقت.

2°- مرونة القواعد والإجراءات: فالقواعد الإجرائية المتبعة خلال عملية الوساطة، تتسم بالمرونة حيث يترك للأطراف اختيار القواعد المناسبة لهم في ظل الحياد والشفافية، ومن ثم يتجاوز الأطراف الإجراءات الشكلية المعقدة المتبعة أمام القضاء الرسمي.

3°- وجود طرف ثالث محايد يساعد الطرفين على تسوية النزاع: إن اعتماد الوساطة على تدخل طرف ثالث لتسوية النزاع بين الطرفين، يسهل الوصول إلى تسوية نهائية للنزاع، حيث يقوم الوسيط بتقريب وجهات النظر بينهما، خاصة وأن هذا الأخير عادة ما يختار بناء على كفاءته وخبرته، إضافة إلى اتصافه بالحياد، الأمر الذي يجعله يوظف خبرته في إيجاد حلول ومقترحات للنزاع المعروض عليه، وهو ما يزيد من فعالية الوساطة.

ب- الانتقادات الموجهة للوساطة الإلكترونية: على الرغم من المزايا والإيجابيات التي تتمتع بها الوساطة تقليدية كانت أم إلكترونية، فهي تنطوي على بعض السلبيات التي جعلتها تنتقد من وجهين:

1°- الأول: أنها وعلى غرار المفاوضات لا تتمتع بصفة الإلزام، حيث يمكن لطرفي النزاع الانسحاب من الوساطة في أي مرحلة كانت دون أن يجبر حتى على تقديم سبب الانسحاب. إضافة إلى أن الوسيط ليس له سلطة إجبار الطرفين على قبول ما يقترحه من حلول، فللطرفين الحرية الكاملة في رفض أو قبول ما يقترحه الوسيط من حلول، مما يوجب على هذا الوسيط العمل على إيجاد حلول أخرى في كل مرة يتم فيها رفض ما يقدمه من تسوية⁽²⁾.

⁽¹⁾ -انظر: عبد الباسط جاسم محمد: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 526، مهند عزمي أبو مغلي ومحمد إبراهيم أبو الهيجاء: الوسائل الرقمية البديلة لفض المنازعات المدنية، مرجع سابق، ص 785-786.

⁽²⁾ -انظر: عبد الباسط جاسم محمد: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 528-529.

2- الثاني: إضافة إلى الانتقاد الأول الذي تشترك فيه الوساطة التقليدية مع الوساطة الإلكترونية، فإن هذه الأخيرة تنفرد بانتقاد آخر يتعلق بوسائل الاتصال المستعملة في إتمامها، والمتمثلة أساسا في شبكة الإنترنت، حيث تتوقف سرعة إتمام الوساطة على فعالية وقدرتها على تمكين المتنازعين من التواصل مع الوسيط من خلال صفحاتها الرقمية، ومن ثم فإن أي خلل في التيار الكهربائي، أو في الحاسب الآلي، أو في الموقع الإلكتروني سيؤثر حتما على حسن سير عملية الوساطة الإلكترونية⁽¹⁾، إضافة إلى الإشكال المتعلق بتحقيق الأمن التام للصفحة الخاصة بالقضية المعروضة على الوساطة والتي قد تخترق في حال وجود أي خلل في نظام الحماية المعتمد في مركز التسوية الإلكترونية خاصة إذا تم إغفال تجميع هذا النظام.

وبالنظر إلى مزايا وسلبيات الوساطة الإلكترونية كآلية من آليات تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، يتضح أنه يمكن اعتماد هذه الآلية في هذا النوع من العقود، حيث من شأنها أن تخفف كثيرا من الكم الهائل للمنازعات الناشئة عنها خاصة تلك التي يكون أحد أطرافها مستهلكا، حيث يسعى هذا الأخير إلى الحصول على تسوية سريعة وغير مكلفة لنزاعه الذي عادة ما يكون متعلقا بصفقة منخفضة القيمة، مما يعني أن اللجوء إلى القضاء قد يكلفه أكثر من قيمة تلك الصفقة.

ومن ثم تكون الوساطة الإلكترونية أنسب الطرق لتسوية مثل هذه المنازعات ذلك أنه وحتى إن كان هناك مقابل مادي يدفعه طرفا النزاع فإن هذا المقابل يعد زهيدا مقارنة بما سيخسره الطرفان وبصفة خاصة المستهلك إذا لجأ إلى القضاء، فالقيمة المادية التي تدفع مقابل تسوية النزاع عن طريق الوساطة الإلكترونية تكون في أغلب الأحيان قيمة معقولة خاصة بالنسبة للمراكز التي تقدرها وفقا لقيمة المبلغ المتنازع عليه على النحو المتقدم.

أما فيما يخص الانتقادات الموجهة للوساطة الإلكترونية، فترى الباحثة أن تلك الانتقادات يمكن تفاديها بسهولة إذا ما تم الاتفاق على التسوية التي تتوصل إليها الوساطة في شكل عقد، إذ يصبح ذلك الاتفاق ملزما لطرفيه، ولا يمكن لأي منهما التنصل منه، وهو ما يحقق شيئا من الإلزام لهذه الوسيلة، ضف إلى ذلك فإن كون الوساطة وعلى خلاف التفاوض لا تتم مجانا، بل بمقابل يدفعه الطرفان، فإن هذا يكون أدعى إلى الالتزام بإتمام الوساطة متى بدأت حتى لا يخسر الطرفان المبلغ المدفوع.

أما فيما يتعلق بالإشكالات الناجمة عن استعمال وسائل الاتصال الحديثة وفي مقدمتها الإنترنت، فترى الباحثة أن هذه الإشكالات وإن كانت واردة إلا أنها لا تحدث دائما، وحتى وإن حدثت فإنها لا

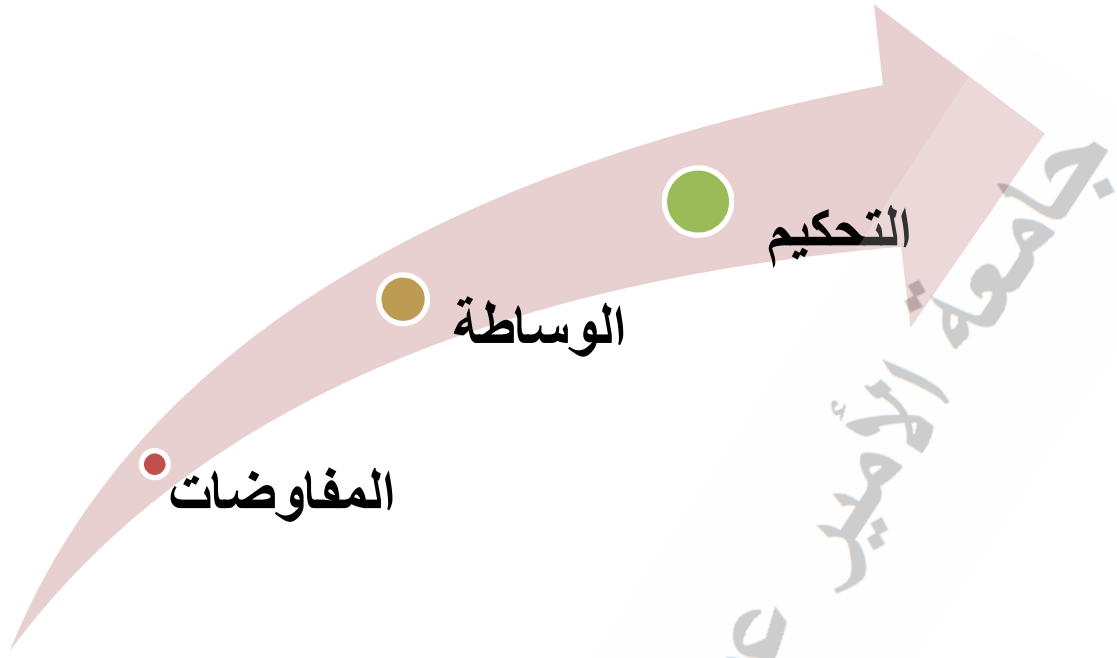
(1) -انظر: مهند عزمي أبو مغلي ومحمد إبراهيم أبو الهيجاء: الوسائل الرقمية البديلة لفض المنازعات المدنية، مرجع سابق، ص 785.

تعرق عملية الوساطة بشكل كبير بل تؤدي إلى إطالة المدة التي تتم فيها، على أن هذه الإطالة إن قورنت بالفترة التي تتطلبها الوساطة التقليدية في حال اعتمادها على وثائق وحساب الزمن الذي يمكن أن تستغرقه هذه الوثائق للوصول إلى الوسيط أو إلى الطرفين ومن ثم فحصها والرد عليها، يمكن القول أن المدد التي تستغرقها الوساطة الإلكترونية حتى في حال وجود انقطاعات في التيار أو خلل في الأجهزة أو بقاء في الشبكة لن يصل بها إلى المدد المستغرقة في الوساطة التقليدية.

أما فيما يتعلق بالأمان على الشبكة، فقد بينت الباحثة فيما تقدم وجود برامج كثيرة بإمكانها العمل على تقليل فرص اختراق المواقع والصفحات بكفاءة عالية، خاصة وأن العاملين في المجال الإلكتروني بما فيهم مراكز التسوية الإلكترونية للمنازعات، يدركون تماما أهمية مواكبة كل التطورات التي تحصل بشكل متتابع في مجال الحماية لأنها السبيل الوحيد للحفاظ على مواقعهم وتحقيق ثقة المتعاملين في الخدمات التي يقدمونها لهم.

أخيرا يمكن للباحثة القول أن الوساطة الإلكترونية كآلية من آليات تسوية المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية على درجة عالية من الأهمية، ويمكنها المساهمة مساهمة فعالة في تسوية عدد كبير من المنازعات الناشئة عن هذا النوع من العقود خاصة وأن هذا العدد في تنامي مستمر مع زيادة اعتماد الأفراد على وسائل الاتصال الحديثة والتي يمكن اختصارها في هذه المرحلة في شبكة الإنترنت في إتمام عقودهم وتعاملاتهم أيا كان نوعها، فكلما زاد عدد مستخدمي الإنترنت على مستوى العالم قابلته زيادة معتبرة لحجم التجارة الإلكترونية، ومن ثم زيادة معتبرة في عدد النزاعات الناشئة عن عقود هذه التجارة والتي تتطلب آليات مناسبة لتسوية منازعاتها.

غير أن القول بإمكانية الاعتماد على الوساطة الإلكترونية وحدها في تسوية هذا الكم الهائل من النزاعات، غير صائب لأن هناك بعض النزاعات لا تصلح لأن تفصل بالوساطة لأنها تحتاج إلى حكم ملزم للطرفين من البداية الأمر الذي يتطلب آلية أخرى تفي بهذا الغرض والمتمثلة في التحكيم الإلكتروني الذي سيكون موضوع الفصل الموالي بإذن الله.



طرق التسوية البديلة

الفصل الثاني:

التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات

عقود التجارة الإلكترونية

المبحث الأول: ماهية التحكيم الإلكتروني

المبحث الثاني: التنظيم القانوني للتحكيم الإلكتروني

المبحث الثالث: حكم التحكيم الإلكتروني وفاعليته

في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية

تمهيد:

إن الإشكالات التي يطرحها اللجوء إلى القضاء التقليدي من أجل تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، أدت إلى ضرورة البحث عن بديل يذلل تلك المشاكل التي تعتبر عقبة تحد من تطور ونمو التجارة الإلكترونية، خاصة وأن سرعة إبرام عقودها وكثرة الإشكالات القانونية التي تثيرها، لا تتناسب إطلاقاً مع الوتيرة التي تسير بها دعاوى المعروضة على القضاء.

وعليه اتجهت الأنظار إلى طرق التسوية البديلة والتي يأتي في مقدمتها التحكيم الذي أثبت نجاعته في مجال تسوية منازعات العقود التجارية الدولية منذ زمن بعيد، حتى أصبح لازمة من لوازم التجارة الدولية، فلا يكاد يخلو عقد من عقودها من النص على أن ما ينشأ بمناسبة ذلك العقد من منازعات يحل بطريق التحكيم لا القضاء.

ومن ثم ظهر مصطلح جديد هو "التحكيم الإلكتروني" الذي يراه الفقهاء أهم الطرق البديلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية انطلاقاً من كونه يتناسب مع طبيعتها، ويوفر لها الأمان والاستقرار الذي من شأنه أن يساهم في زيادة ثقة المتعاملين في مجالها، ومن ثم يدعم نموها وتطورها.

غير أن السؤال يطرح عما إذا كان التحكيم الإلكتروني هو امتداد وتطور للتحكيم التقليدي أم أنه يختلف عنه تماماً؟ ومن ثم نكون أمام نوع مستقل من التحكيم؟

وستجيب الباحثة من خلال هذا الفصل عن هذا التساؤل وما قد يندرج تحته من تساؤلات، حيث ستتطرق لتحديد ماهية التحكيم الإلكتروني (وهذا في مبحث أول)، ثم تتناول التنظيم القانوني له (وهذا في مبحث ثان)، وأخيراً تتناول حكم التحكيم الإلكتروني وفعاليتها في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية (وهذا في مبحث ثالث).

المبحث الأول: ماهية التحكيم الإلكتروني

على الرغم من حداثة التحكيم الإلكتروني⁽¹⁾ كمصطلح أفرزته انعكاسات ثورة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات على المجال التجاري، إلا أنه حظي باهتمام عدد كبير من الفقهاء والباحثين الذين حاولوا تقريب مفهومه للمتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية، لما له من مزايا من شأنها المساهمة في تطور هذه التجارة، خاصة وأن التحكيم بصفة عامة كان ولازال طريق التسوية المفضل لدى المتعاملين في مجال التجارة الدولية عموماً.

وعليه فقد خصصت الباحثة هذا المبحث لتحديد ماهية التحكيم الإلكتروني، وذلك من خلال بيان مفهومه (وهذا في مطلب أول)، ثم بيان خصائصه وأهميته ونطاق تطبيقه (وهذا في مطلب ثان).

المطلب الأول: مفهوم التحكيم الإلكتروني

لا يمكن الحديث عن التحكيم الإلكتروني كأحد الوسائل البديلة لتسوية المنازعات عقود التجارة الإلكترونية في غياب تصور واضح عن مفهومه، وحتى توضح الباحثة هذا المفهوم ينبغي عليها تعريفه وبيان موقف الفقه الإسلامي منه (وهذا في فرع أول)، ثم تميزه عما قد يشبهه من أنظمة تسوية المنازعات إلكترونياً (وهذا في فرع ثان).

الفرع الأول: تعريف التحكيم الإلكتروني وبيان موقف الفقه الإسلامي منه

ستتناول الباحثة من خلال هذا الفرع تعريف التحكيم الإلكتروني (أولاً)، ثم ستبين موقف الفقه الإسلامي منه على اعتبار أنه أحد مستجدات العصر الحالي (ثانياً).

أولاً: تعريف التحكيم الإلكتروني

تقدم أن التحكيم الإلكتروني حاز على اهتمام واسع من قبل الفقهاء والباحثين المهتمين بمجال التجارة الإلكترونية عموماً، ومن ثم فقد تعددت التعريفات المقدمة لهذا المصطلح غير أنها تتفق جميعاً في الانطلاق من مفهوم التحكيم عموماً وهو ما ستقوم به الباحثة أيضاً حيث ستتطرق إلى تعريف التحكيم على مستوى كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي لتصل إلى تعريف التحكيم الإلكتروني على النحو الآتي بيانه:

⁽¹⁾ - إن إدراج الباحثة لعبارة "حداثة التحكيم الإلكتروني" لا يعني أن هذا التحكيم ظهر منذ سنة أو سنتين، وإنما الحدائة هنا مقارنة بالتحكيم الذي ظهر كنظام لتسوية المنازعات منذ عهود على ما سيأتي بيانه، أما التحكيم الإلكتروني فيعود ظهوره إلى بداية التسعينيات من القرن الماضي، كما تم بيانه في الفصل السابق.

1-تعريف التحكيم بوجه عام: يعتبر التحكيم من أشهر الطرق البديلة لتسوية المنازعات في مجال التجارة الدولية، وهو نظام عرف منذ زمن بعيد حيث تمتد جذوره إلى الحضارة السومرية، كما أنه من النظم التي وجدت عند العرب وأقرها الإسلام بعد مجيئه لما له من مزايا⁽¹⁾، ومن ثم فقد كان التحكيم موضع اهتمام فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون الوضعي على حد سواء. وعليه ستتطرق الباحثة من خلال هذه الجزئية إلى تعريف التحكيم في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي مع بيان أسس مشروعيته في كلا النظامين.

أ-تعريف التحكيم في الفقه الإسلامي

بالرجوع إلى كتب الفقه الإسلامي نجد أن جل الفقهاء قد أفردوا للتحكيم بابا أو فصلا أو عنوانا مستقلا في مدوناتهم، غير أنهم في كثير من الأحيان لا يعرفونه، بل يكتفون بشرح معناه، وبيان حكمه اكتفاء بما قر في الأذهان من معناه اللغوي⁽²⁾، وبما تواضع عليه العرف والعمل⁽³⁾. ومن ذلك مثلا قول ابن قدامة⁽⁴⁾ في المعني: «وإذا تحاكم رجلان إلى رجل حكّماه بينهما ورضياه وكان ممن يصلح للقضاء جاز ذلك»⁽⁵⁾.

وقول الشيرازي⁽⁶⁾ في المهذب: «فإن تحاكم رجلان إلى من يصلح أن يكون حاكما ليحكم

⁽¹⁾يراجع التطور التاريخي للتحكيم عند: ليندة بومحراث: التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، مرجع سابق، ص31-37.
⁽²⁾التحكيم لغة مشتق من حَكَمَ يَحْكُمُ، والحكم القضاء، وحاكمه إلى القاضي دعاه وخاصمه، وحكمه في الأمر تحكما أمره أن يحكم، ويقال حَكَمْنَا فلان فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا، وحكّمه في الأمر فاحتكم جاز فيه حكمه، والاسم من الأحكومة والحكومة. انظر: الفيروزآبادي: القاموس المحيط، ط3، مصر، بولاق، المطبعة الميرية، 1301هـ، 97/4، ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، 932/2، مادة (حَكَم).

⁽³⁾محمد جبر الألفي: التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ع9، (1417هـ-1996م)، 172/4.
⁽⁴⁾ابن قدامة: هو أبو محمد موفق الدين عبد الله بن محمد بن قدامة، بن مقدم المقدسي، الدمشقي الحنبلي، ولد في جمادى سنة 541هـ وتوفي بدمشق سنة 620هـ، له تصانيف كثيرة منها: المعني، الكافي، الروضة، البرهان في مسألة القرآن، منهاج القاصدين في قضاء الخلفاء الراشدين... انظر: ابن العماد: شذرات الذهب، مرجع سابق،، الذهبي: سير أعلام النبلاء، د.ط، القاهرة، دار الحديث، (1427هـ-2006م)، 149/16. الزركلي: الأعلام، مرجع سابق، 67/4.

⁽⁵⁾موفق الدين ابن قدامة: المعني، مرجع سابق، 94/10.
⁽⁶⁾الشيرازي: هو إبراهيم بن علي بن يوسف، يكنى أبا إسحاق ويلقب جمال الدين، ولد سنة 393هـ في بلدة فيروزآباد، من شيوخه: أبو عبد الله محمد عمر الشيرازي، أبو أحمد عبد الوهاب البغدادي، وأبو عبد الله البيضاوي. توفي سنة 476هـ تاركا جملة من المصنفات منها: المهذب في المذهب، التنبية في الفقه، النكت في الخلاف، اللمع، التلخيص، طبقات الفقهاء. انظر: جمال الدين الإسني: طبقات الشافعية، تحقيق: كمال الحوت، ط2، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، (1417هـ-1997م)، 27/2، ابن العماد: شذرات الذهب، مرجع سابق، 323/5.

بينهما جاز»⁽¹⁾، وقول ابن فرحون⁽²⁾ في التبصرة متحدثاً عن التحكيم دائماً: «ومعناه أن الخصمين إذا حكما بينهما رجلا وارتضياه لأن يحكم بينهما فإن ذلك جائز في الأموال وما في معناها»⁽³⁾.

وبالنظر إلى هذه الأقوال، وأقوال من عرفه من الفقهاء كابن نجيم الذي يعرفه في البحر الرائق بقوله: «أما في الاصطلاح فهو [أي التحكيم] تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما»⁽⁴⁾، وما جاء في المادة 1790 من مجلة الأحكام العدلية التي نصت على أن: «التحكيم هو عبارة عن اتخاذ الخصمين آخر حكماً برضاها لفصل خصومتها ودعواها»⁽⁵⁾، فإنه يمكن القول أن التحكيم في الفقه الإسلامي المراد بالخصمين - كما قال ابن عابدين⁽⁶⁾ - هو الفريقان المتخاصمان، فيشمل ما لو تعدد الفريقان، والمراد بالحاكم هو ما يعم الواحد والمتعدد⁽⁷⁾.

ومن خلال ما تقدم يتضح أن التحكيم جائز ومشروع في الفقه الإسلامي، وقد استدلل الفقهاء على مشروعيته بأدلة من الكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول ويمكن إيجاز أهمها في الآتي:

1°- من الكتاب: استدلل الفقهاء على مشروعة التحكيم بما ورد في القرآن الكريم من الآيات التي تنص على هذا المبدأ والتي نذكر منها:

قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ

(1)- أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، د. ط، بيروت، دار الكتب العلمية، د. ت، 378/3.

(2)- ابن فرحون: هو أبو الوفاء إبراهيم بن علي بن محمد البعمري المالكي، ولد بالمدينة ونشأ بها، وولي قضاءها، تفقه وبرع، توفي سنة 799 هـ ودفن بالبقيع، من مؤلفاته: تبصرة الحكام والديباج المذهب. انظر: محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، د. ط، د. ب، دار الفكر، د. ت، ص 222، ابن العماد: شذرات الذهب، مرجع سابق، 608/8.

(3)- ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، مرجع سابق، 62/1.

(4)- ابن نجيم: البحر الرائق، مرجع سابق، 24/7.

(5)- علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، 578/4.

(6)- ابن عابدين: هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي: فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره. ولد بمشقق سنة 1198 هـ، وتوفي بها سنة 1252 هـ تاركاً جملة من المصنفات منها: رد المختار على الدر المختار، ورفع الأنظار عما أورده الحلبي على الدر المختار، والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ونسمات الأسحار على شرح، وحواش على تفسير البيضاوي، التزم فيها أن لا يذكر شيئاً ذكره المفسرون. انظر: الزركلي: الأعلام، مرجع سابق، 42/6، يوسف بن إيلان بن موسى سركيس: معجم المطبوعات العربية والمصرية، د. ط، مصر، مطبعة سركيس، (1346 هـ-1928 م)، 150/1.

(7)- ابن عابدين: حاشية رد المختار، مرجع سابق، 428/5.

يُرِيدَ إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴿٣٥﴾^(١).

فهذه الآية^(٢) وإن كانت خاصة بالتحكيم في الشقاق بين الزوجين، إلا أنه لما جاز في حق الزوجين دل ذلك على جوازه في سائر الخصومات والدعاوى^(٣)، أي في المعاملات الدنيوية لدنوها في الأهمية من العلاقات الأسرية^(٤)، ومن ثم كانت هذه الآية الكريمة دليلاً على إثبات التحكيم^(٥).

-قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا

بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴿٥٨﴾^(٦).

وجه الاستدلال بهذه الآية هو أنها تضمنت خطاباً عاماً موجهاً لكل من ينظر في نزاع بين الناس سواء أكان قاضياً أم لا، وهو يؤكد القرطبي^(٧) في تفسيره حيث يقول: «والأظهر في الآية أنها عامة في جميع الناس، فهي تتناول الولاية فيما إليهم من الأمانات في قسمة الأموال ورد الظلمات، والعدل في الحكومات وهذا اختيار الطبري، كما تتناول من دونهم من الناس في حفظ الودائع والعدل في الشهادات، وغير ذلك كالرجل يحكم في نازلة»^(٨)، ومن ثم كانت الآية دليلاً على مشروعية التحكيم.

2- من السنة: استدلل الفقهاء على مشروعية التحكيم إضافة إلى الآيات السابقة بما ورد من

(١) -سورة النساء: 35.

(٢) -ذهب بعض المعاصرين إلى أن الاستدلال بهذه الآية الكريمة على مشروعية التحكيم الرضائي يتطرق إليه الاحتمال، لأن الآية فيها أمر بإرسال الحكمين، ومن ثم فإنها تصلح للاستدلال على جواز التحكيم الإجمالي لا الاختياري. انظر هذا الرأي عند: محمد بدر يوسف المنيوي: مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ع09، (1417هـ-1996)، ص32، وعند المتقدمين نجد أن الكمال بن الهمام اعترض على الاستدلال بهذه الآية على جواز التحكيم دون أن يبين وجه الاعتراض وذلك في مؤلفه: شرح فتح القدير، 315/7. غير أن الباحثة استدلت بما هنا لأنها في معرض الاستدلال على جواز التحكيم كمبدأ ولا يهم إن كان إجبارياً أم اختيارياً.

(٣) -انظر: الخصاص: شرح أدب القاضي، شرح: عمر عبد العزيز، تحقيق: أبو الوفا الأفعاني وأبو بكر محمد الهاشمي، ط1، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، (1414هـ-1994م)، ص482.

(٤) -عبد العزيز بن عثمان التويجري: التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ع09، (1417هـ-1996م)، ص262.

(٥) -القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ط1، مصر، دار الكتاب العربي، (1387هـ-1967م)، 179/5.

(٦) -سورة النساء: 58.

(٧) -القرطبي: هو عبد الله بن محمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري القرطبي، استقر بمصر وتوفي بها في شوال سنة 671هـ، تاركاً جملة من المصنفات منها: تفسير جامع أحكام القرآن، شرح الأسماء الحسنى، التذكار في فضل الأذكار، والتذكرة في أحوال الآخرة. انظر: ابن فرحون: الديباج المذهب، مرجع سابق، ص317، محمد بن مخلوف: شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ص197.

(٨) -القرطبي: أحكام القرآن، مرجع سابق، 256/5.

آثار عن النبي ﷺ تدل على إقراره لعمل عدد من الصحابة به، ونذكر من هذه الآثار:

- ما رُوي عن أبي شريح أنه: لما وفد رسول الله ﷺ مع قومه سمعهم يكتفون بأبي الحكم، فدعاه رسول الله ﷺ فقال: [إن الله هو الحكم وإليه الحكم فلم تكني أبا الحكم؟]، فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي كلا الفريقين. فقال ﷺ: [ما أحسن هذا! فمالك من الولد؟] قال: لي شريح، ومسلم، وعبد الله. فقال: [فمن أكبرهم؟]، قال: شريح. فقال ﷺ: [فأنت أبا شريح]⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال بهذا الحديث الشريف هو أن استحسانه وإقراره عليه الصلاة والسلام لما كان يقوم به أبو شريح من تحكيم بين قومه، فيه دليل على أن التحكيم في الدعاوى والخصومات الناشئة بين الأطراف أمر جائز ومشروع.

-رضاه ﷺ بتحكيم سعد بن معاذ⁽²⁾ رضي الله عنه في أمر يهود بني قريظة⁽³⁾.

ووجه الاستدلال بهذا الحديث هو أنه لولا مشروعية التحكيم لما قبل النبي ﷺ النزول على حكم سعد بن معاذ رضي الله عنه في يهود بني قريظة.

3-الإجماع: نقلت جل كتب الفقه إجماع الصحابة رضوان الله عليهم على جواز التحكيم ومشروعيته، حيث وقع لجمع منهم ولم ينكره أحد مع اشتهاؤه، ومن ذلك ما جاء في الشرح الكبير: «وأما تحكيم شخصين في نازلة معينة فلا أظنهم يختلفون في جوازه وقد فعله علي ومعاوية في تحكيمهما أبا موسى وعمرو بن العاص»⁽⁴⁾، وما جاء في المبسوط: «والصحابه -رضي الله عنهم- كانوا مجمعين

⁽¹⁾ -أخرجه أبو داود في سننه، كتاب: الأدب، باب: في تغيير الاسم القبيح، مرجع سابق، 289/4، حديث رقم [4955]، وأخرجه البيهقي في سننه، كتاب: آداب القاضي، باب: ما جاء في التحكيم، مرجع سابق، 243/10، حديث رقم [20511].

⁽²⁾ -سعد بن معاذ: هو سعد بن معاذ بن النعمان سيد الأوس في الجاهلية والإسلام، أسلم بالمدينة بين العقبة الأولى والثانية على يد مصعب بن عمير، شهد بدرًا وأحد والخندق، ورمي يوم الخندق فعاش شهرًا ثم انتفض جرح فمات وكان ذلك سنة 05هـ، والذي رماه بالسهم كان حبان بن العرقه، وقال خذها وأنا بن العرقه، فقال ﷺ: [عرق الله وجهه في النار]، وقال عليه الصلاة والسلام: [اهتنز العرش لموت سعد بن معاذ]. انظر: ابن عبد البر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، مرجع سابق، 602/2، ابن الأثير: أسد الغابة في معرفة الصحابة، د. ط، بيروت، دار إحياء التراث العربي، د. ت، 52/5.

⁽³⁾ -انظر: تفصيل الحادثة في: صحيح البخاري، كتاب: المغازي، باب: مرجع النبي ﷺ من الأحزاب وخرجه إلى بني قريظة، ومحاصرته إياهم، مرجع سابق، 112/5، حديث رقم [4121]، وكتاب: مناقب الأنصار، باب: مناقب سعد بن معاذ، 35/5، حديث رقم [3804]، وفي صحيح مسلم، كتاب: الجهاد، باب: جواز قتال من نقض العهد وجواز إنزال أهل الحصن على حكم حاكم عدل أهل للحكم، مرجع سابق، 1388/3، حديث رقم [1768].

⁽⁴⁾ -الدردير: الشرح الكبير على مختصر خليل، مطبوع مع حاشية الدسوقي، مرجع سابق، 134/4.

على جواز التحكيم»⁽¹⁾، وما جاء أيضا في نهاية المحتاج في معرض الحديث عن التحكيم: «لأن ذلك وقع لجمع من الصحابة ولم ينكر مع اشتغاره فكان إجماعا»⁽²⁾.

4-المعقول: استدلال الفقهاء أيضا على مشروعية التحكيم بأدلة عقلية كثيرة منها⁽³⁾:

- إن التحكيم فيه توسعة على الناس في فصل منازعاتهم عن طريق محكمين يختارونهم، مما يغنيهم عن إجراءات التقاضي وحضور مجالس القضاء، كما أن فيه توسعة على القضاة من جهة ثانية حيث تفصل بعض القضايا دون الرجوع إليهم، الأمر الذي يخفف عنهم أعباء النظر في عدد كبير من القضايا.

- إذا كان يجوز للخصمين استفتاء فقيه فيما ينشأ بينهما من منازعة والعمل بفتواه، فإنه أيضا يجوز لهما تحكيم غيرهما في منازعاتهما، من باب أن لهما ولاية على أنفسهما والتحكيم ولاية تستفاد من آحاد الناس.

وبهذا يتضح أن التحكيم من الأنظمة المشروعة في الفقه الإسلامي بنصوص الكتاب والسنة، والإجماع والمعقول.

ب-تعريف التحكيم في القانون الوضعي:

لم يخرج تعريف فقهاء القانون الوضعي للتحكيم عن التعريف اللغوي والشرعي له، إذ عرفوه بأنه: «الاتفاق على طرح النزاع على شخص أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة»⁽⁴⁾، كما عرفوه على أنه: «نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم إما مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها، أو هو مكنة أطراف النزاع بإقصاء منازعاتهم عن الخضوع لقضاء المحاكم المخول لها طبقا للقانون، كيما تحل عن طريق أشخاص يختارونهم»⁽⁵⁾.

ومن التعريفات المقدمة للتحكيم أيضا أنه: «نظام قضائي خاص، يختار فيه الأطراف قضاتهم، ويعهدون إليهم بموجب اتفاق مكتوب، بمهمة المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم، بخصوص

(1)-السرخسي: المبسوط، مرجع سابق، 62/21.

(2)-الرملي: نهاية المحتاج، مرجع سابق، 242/8.

(3)-انظر: عبد الصبور عبد القوي علي المصري: التنظيم القانوني للتحكيم الإلكتروني، ط1، الرياض، مكتبة القانون والاقتصاد، (1434هـ-2013م)، ص20-21.

(4)-أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم وإجراءاته، ط2، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1974م، ص15.

(5)-أبو زيد رضوان: الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، ط1، القاهرة، دار الفكر العربي، 1981م، ص19.

علاقتهم التعاقدية أو غير التعاقدية والتي يجوز حسمها بطريق التحكيم، وفقا لمقتضيات القانون والعدالة وإصدار قرار قضائي ملزم لهم»⁽¹⁾.

والملاحظ بالنسبة لهذه التعريفات هو أنها وإن اختلفت في مبانيها اللفظية، فهي تصب في معنى واحد مفاده أن التحكيم نظام بمقتضاه يمكن للأفراد التنازل عن اللجوء إلى القضاء، وعرض منازعاتهم على أفراد يختارونهم إما مباشرة أو بأية وسيلة أخرى.

أما عن مشروعية هذا النظام «فالتحكيم مشروع في الأنظمة المعاصرة بتنظيمها له، والاعتراف للأفراد بحق اللجوء إليه دون قضائها العام، وبتحديداتها للمنازعات التي يجوز التحكيم فيها ولكافة القواعد الموضوعية والإجرائية المنظمة للتحكيم وخصومته»⁽²⁾، فجعل الأنظمة الوضعية نظمت التحكيم إما بقانون مستقل كما هو حال فرنسا ومصر مثلاً، وإما بناء على نصوص مدرجة في قوانين الإجراءات المدنية والإدارية كما هو حال الجزائر، كما عكفت الهيئات الدولية على عقد اتفاقيات عديدة أهمها اتفاقية نيويورك لسنة 1958م والخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والتي لازالت سارية المفعول إلى يومنا هذا، إضافة إلى أن هيئة الأمم المتحدة ممثلة في لجنتها الخاصة بالقانون التجاري الدولي (UNISTRAL) قد أصدرت قانوناً نموذجياً للتحكيم التجاري الدولي نظمت من خلاله كل ما يتعلق بالتحكيم التجاري الدولي على ما سيأتي.

2- المقصود بالتحكيم الإلكتروني:

تبين مما تقدم أن التحكيم سواء في الفقه الإسلامي أم في القانون الوضعي هو اتفاق بين طرفي النزاع على عرض النزاع القائم بينهما أو المحتمل قيامه على محكم أو أكثر للفصل فيه دون اللجوء إلى القضاء المختص أصلاً بنظر ذلك النزاع.

أما بالنسبة للتحكيم الإلكتروني، والذي يعد من المستجدات التي أفرزتها ثورة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، فقد اختلفت كلمة الفقهاء بالنسبة لتعريفه بين مضيق وموسع لمفهومه إذ بينما ذهب فريق إلى أن التحكيم الإلكتروني هو التحكيم الذي يختص بالفصل في المنازعات الناشئة عن المعاملات الإلكترونية عقدية كانت أم لا، ذهب فريق آخر إلى أن التحكيم الإلكتروني يمكن أيضاً أن ينظر في منازعات ناشئة عن تعاملات تقليدية، هذا من جهة.

⁽¹⁾ - أحمد عبد الكريم سلامة: التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية دراسة مقارنة، د.ط، القاهرة، دار النهضة العربية، 2006م، ص19.

⁽²⁾ - عبد الفتاح مراد: شرح تشريعات التحكيم الداخلي والدولي، د.ط، د.ب، د.ن، 1996، ص20.

ومن جهة ثانية ففي حين ذهب بعض الفقهاء إلى أن التحكيم الإلكتروني هو التحكيم الذي تجري كل مراحله ابتداء من الاتفاق على اللجوء إليه كطريق بديل لتسوية المنازعات القائمة أو المحتمل قيامها بين الطرفين إلى صدور الحكم وتنفيذه بطريق إلكتروني، ذهب فريق آخر إلى أنه يكفي أن تتم بعض مراحل التحكيم بشكل إلكتروني حتى يكون التحكيم إلكترونياً.

وتبعاً لهذه الاختلافات ظهرت هناك عدة تعريفات للتحكيم الإلكتروني يمكن إيجاز أهمها في:

- «التحكيم الإلكتروني هو ذلك التحكيم الذي يتفق بموجبه الأطراف على إخضاع منازعاتهم الناشئة عن صفقات أبرمت، في الغالب الأعم بوسائل إلكترونية، إلى شخص ثالث يفصل فيها بموجب سلطة مستندة ومستمدة من اتفاق أطراف النزاع، وباستعمال وسائل اتصال حديثة تختلف عن الوسائل التقليدية المستخدمة في التحكيم التقليدي»⁽¹⁾.

- «التحكيم الإلكتروني هو التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة اتصالات دولية سمعية بصرية ودون الحاجة إلى التواجد المادي لأطراف النزاع والمحكمين في مكان معين»⁽²⁾.

- «التحكيم الإلكتروني هو قيام طرف ثالث محايد بإصدار حكم في نزاع بين طرفين، متى عقدت جلساته وصدر الحكم بواسطة شبكة الإنترنت، أو هو اتفاق أطراف النزاع الناشئ عن علاقة قانون، تعاقدية أو غير تعاقدية على اللجوء إلى التحكيم باستخدام وسائل تقنية حديثة، مسموعة ومرئية، عبر شبكة الإنترنت»⁽³⁾.

ومن خلال هذه التعريفات التي صيغت وفق الآراء المختلفة للفقهاء السابق الإشارة إليها، فإن الباحثة تؤيد الرأي القائل بأن التحكيم لا يكون إلكترونياً إلا إذا تمت كل مراحله أو على الأقل المراحل الأساسية كعقد الجلسات وإصدار الحكم بشكل إلكتروني، أما التحكيم الذي تتم بعض مراحله فقط بشكل إلكتروني وخاصة إذا كانت تلك المراحل غير أساسية كالاتفاق الأول على اللجوء إلى التحكيم كطريق لتسوية المنازعة المثارة بين الطرفين بدل اللجوء إلى القضاء، فإن هذا التحكيم لا يمكن أن يعتبر تحكيمياً إلكترونياً بل هو تحكيم تقليدي، ذلك أنه حتى بالنسبة للتحكيم التقليدي ليس هناك ما يمنع من استعمال وسائل إلكترونية، بل إنه في كثير من الأحيان يتم الاتفاق على مواعيد الجلسات عن طريق

⁽¹⁾-Chassigneux Cynthia : Nouvelles voies offertes pour la résolution des conflits en ligne, Lex Electronica, vol. 5, n° 1, 2000, disponible sur le site : http://www.lex-electronica.org/docs/5-1_chassigneux.pdf.htm, la dernière vite site était le 23/11/2015.

⁽²⁾-خالد ممدوح إبراهيم: التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 248.

⁽³⁾-عبد الباسط جاسم محمد: تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية، مرجع سابق، ص 401.

الهاتف أو البريد الإلكتروني، كما يتم تبادل الوثائق المتعلقة بالعملية التحكيمية عن طريق الفاكس أو البريد الإلكتروني أيضا دون أن يحول هذا الاستعمال التحكيم من تقليدي إلى إلكتروني.

أما بالنسبة لاشتراط كون النزاع الذي سيسوى عن طريق التحكيم الإلكتروني، ناشئا عن معاملة إلكترونية عقدية كانت أم لا، فإن الباحثة ترى أنه ليس هناك ما يمنع من اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني في المنازعات المتعلقة بالمعاملات التقليدية إذا رغب الأطراف في التمتع بمزايا التحكيم الإلكتروني خاصة إذا كانوا مدركين لما له من عيوب على ما سيأتي.

ومن ثم فإن الباحثة تختار التعريف الأول على أن تضاف له عبارة "في كامل مراحل" ، زيادة في التأكيد على أن استعمال الوسائل الحديثة في بعض مراحل التحكيم لا يعني بالضرورة أن يكون التحكيم إلكترونيا، ومن ثم يكون التعريف المختار على النحو الآتي: «التحكيم الإلكتروني هو ذلك التحكيم الذي يتفق بموجبه الأطراف على إخضاع منازعاتهم الناشئة عن صفقات أبرمت، في الغالب الأعم بوسائل إلكترونية، إلى شخص ثالث يفصل فيها بموجب سلطة مستندة ومستمدة من اتفاق أطراف النزاع، وباستعمال وسائل اتصال حديثة تختلف عن الوسائل التقليدية المستخدمة في التحكيم التقليدي في كامل مراحل».

ويرجع اختيار الباحثة لهذا التعريف إلى كونه يتوافق مع الآراء التي أيدتها الباحثة، كما أنه يستجيب للمفهوم العام للتحكيم سواء أكان إلكترونيا أم تقليديا من كون اللجوء إلى التحكيم يجب أن يكون بموجب اتفاق بين طرفي النزاع على إخضاع نزاعهم إلى طرف ثالث غير القضاء المختص للفصل فيه، زيادة على كون النزاع يتعلق بصفقات أبرمت في الغالب الأعم بوسائل إلكترونية، مما يعني أنه بالإمكان إخضاع المنازعات الناشئة عن صفقات أبرمت بطريقة تقليدية للتحكيم الإلكتروني، إضافة إلى هذا فإن التعريف استعمل عبارة "وسائل اتصال حديثة" دون تخصيصها بالشبكة الدولية للاتصالات أو الإنترنت، وهو ما يجعل هذا التعريف صالحا لاستيعاب كل وسائل الاتصال الموجودة حاليا أو المستقبلية، حيث أشارت الباحثة في الفصل التمهيدي من هذه الأطروحة إلى أن هناك تطورات دائمة ومتلاحقة في مجال وسائل الاتصال الحديثة منها الإعلان عن ظهور ما يعرف بـ إنترنت 2 أو إنترنت الجيل القادم، فالتعريف بهذه الصيغة يمكنه استيعاب كل هذه التطورات بشكل آلي، أي دون حاجة إلى التعديل.

على أن الباحثة تشير أيضا إلى أن التحكيم الإلكتروني بهذا المفهوم لا يختلف عن التحكيم التقليدي إلا من حيث الوسيلة المتبعة في إتمام جميع مراحل، مما جعل البعض يعتبره امتدادا أو تطورا

للتحكيم التقليدي، غير أن هذا لا يعني أنهما شيء واحد، إذ أن الباحثة ترى أن الوسيلة المتبعة في التحكيم الإلكتروني تجعله يتمتع بخصوصية يجب أن تراعى وهو ما ستؤكدده المباحث اللاحقة.

أخيرا يمكن القول أنه وبعد أن تم تحديد المقصود بالتحكيم الإلكتروني، فإنه يتعين على الباحثة بيان موقف الفقه الإسلامي من هذا المستجد وهو ما سيكون من خلال الجزئية الموالية.

ثانيا: موقف الفقه الإسلامي من التحكيم الإلكتروني

بداية يمكن الإشارة إلى أن التحكيم الإلكتروني كمصطلح ومفهوم لم يعرف عند فقهاء الشريعة الإسلامية المتقدمين، وهذا أمر بديهي على اعتبار أنه من مستجدات العصر الحالي كما تقدم، كما أن الباحثة لم تقف على استعمال هذا المصطلح من قبل الفقهاء المعاصرين.

غير أنه وبالنظر إلى أن التحكيم هو نظام مشروع في الفقه الإسلامي على نحو ما تقدم بنصوص من الكتاب والسنة، مع وجود إجماع من الصحابة على مشروعيته وممارستهم له، إضافة إلى تضافر الأدلة العقلية الدالة على مشروعيته لما يقدمه من مزايا سواء للأطراف أو للقضاة، وعدم تعارضه مع الأحكام العامة للشريعة الإسلامية، هذا من جهة.

ومن جهة ثانية بالنظر إلى مشروعية إبرام العقود وإتمام المعاملات بالطرق الإلكترونية المشار إليها في الفصول السابقة فإنه يسهل تحديد موقف الفقه الإسلامي من هذا المستجد.

وعليه ترى الباحثة أنه ليس هناك ما يمنع شرعا من أن يتم التحكيم بالطرق الإلكترونية، طالما أنه يحقق منفعة لأطرافه دون مخالفة المقاصد العامة للشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني: تمييز التحكيم الإلكتروني عن غيره من آليات التسوية الإلكترونية وبيان

أنواعه

ستتطرق الباحثة من خلال هذا الفرع إلى تمييز التحكيم الإلكتروني عن أهم آليات التسوية الإلكترونية (أولا)، ثم ستبين أنواعه (ثانيا).

أولا: تمييز التحكيم الإلكتروني عن غيره من آليات التسوية الإلكترونية

تقدم أن أشهر آليات التسوية الإلكترونية للمنازعات هي المفاوضات (أو التفاوض) والوساطة إلى جانب التحكيم طبعا الذي يعتبر أبرز هذه الآليات، وعليه ستبين الباحثة أوجه الاتفاق والاختلاف بين

التحكيم الإلكتروني وهذين النظامين⁽¹⁾ على النحو الآتي:

1- تمييز التحكيم الإلكتروني عن المفاوضات الإلكترونية:

تقدم أن التفاوض الإلكتروني يعتبر من أبسط الوسائل البديلة لحل المنازعات إلكترونياً، حيث يقوم أساساً على توفير مساحة يلتقي فيها أطراف المنازعة من أجل الوصول إلى اتفاق لتسويتها عن طريق الحوار بشكل مباشر ودون تدخل طرف ثالث.

من هنا يمكن القول أن التحكيم الإلكتروني وإن كان يتفق مع التفاوض الإلكتروني في النشأة الاتفاقية، إذ أن اللجوء لكل منهما يتم برضا الطرفين وباتفاق بينهما، وفي أن كلا منهما يعتبر طريقاً بديلاً لتسوية المنازعات في البيئة الإلكترونية⁽²⁾.

غير أنهما يختلفان في أن التحكيم الإلكتروني يحتاج إلى تدخل طرف ثالث يتولى مهمة الفصل في النزاع القائم بين الطرفين عن طريق إصدار حكم تحكيم، في حين تتم إجراءات التفاوض الإلكتروني بشكل مباشر بين طرفي النزاع ودون تدخل من الغير، وتنتهي باتفاق موقع بين الطرفين وليس بحكم واجب التنفيذ كما هو شأن التحكيم الإلكتروني، كما أن المحكم في التحكيم الإلكتروني غالباً ما يطبق قواعد قانونية من أجل فصل النزاع المطروح عليه، على عكس المفاوضات الإلكترونية التي غالباً ما يلجأ فيها الأطراف إلى استعمال حلول عرفية مستمدة أساساً من مقارنة طلبات الطرفين، وتقديم كل طرف لما يراه مناسباً من تنازلات مقابل الوصول إلى حل وسط، يحقق توازناً بين ما يحصل عليه من فوائد وما يقدمه من تضحيات⁽³⁾.

2- تمييز التحكيم الإلكتروني عن الوساطة الإلكترونية:

توصلت الباحثة في الفصل السابق إلى أن الوساطة الإلكترونية تعني اختيار طرفي نزاع ما لطرف ثالث محايد، من أجل القيام بدور الوسيط بينهم من خلال إجراء مناقشات إلكترونية معهم، دون أن يكون لهذا الوسيط سلطة إصدار قرار ملزم لهما، إذ يقتصر دوره على مجرد تقديم اقتراحات لتسوية

⁽¹⁾ -جرت عادة الباحثين في مجال التحكيم بصفة عامة والتحكيم الإلكتروني بصفة عامة على تمييزه عن كل المصطلحات المشابهة له من قضاء وصلاح وتوفيق ووساطة ومفاوضات، إضافة إلى تمييز التحكيم الإلكتروني عن التحكيم التقليدي، غير أن الباحثة ارتأت الاقتصار على تمييز التحكيم الإلكتروني عن كل من المفاوضات والوساطة الإلكترونيين، لأنهما أكثر الأنظمة اشتباهاً به، ولأن الفرق تعتبر واضحة بما فيه كفاية بينه وبين كل من القضاء والصلاح، أما التوفيق فكثيراً ما يندمج في الوساطة.

⁽²⁾ -انظر: خيرى عبد الفتاح السيد البتاوني: فض المنازعات بالتحكيم الإلكتروني عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، ط2، القاهرة، دار النهضة العربية، 2012م، ص65، عبد الصبور عبد القوي علي مصري: التنظيم القانوني للتحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص47.

⁽³⁾ -انظر: سامي عبد الباقي أبو صالح: التحكيم التجاري الإلكتروني، مرجع سابق، ص24-25.

النزاع، يمكن للأطراف رفضها أو قبولها .

وبمقارنة هذا المفهوم المقدم للوساطة الإلكترونية بمفهوم التحكيم الإلكتروني، يمكن القول أنه وعلى الرغم من كون كل منهما وسيلة من الوسائل الإلكترونية البديلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية لا يتم اللجوء إليها إلا بناء على اتفاق بين طرفي النزاع، كما أن كلا منهما يتم من خلال تدخل طرف ثالث يتولى مهمة التسوية عبر الوسائل الإلكترونية وبصفة خاصة شبكة الإنترنت، إلا أن هناك فروقا جوهرية بينهما جعلت التحكيم الإلكتروني يحظى بقبول واسع لدى الأطراف يفوق بكثير قبولهم للوساطة الإلكترونية، ويمكن إجمال هذه الفروق فيما يأتي:

- يختلف التحكيم الإلكتروني عن الوساطة الإلكترونية في أن المحكم (أو هيئة التحكيم) يتمتع بسلطة إصدار حكم أو قرار ملزم لطرفي النزاع، على عكس الوسيط الذي لا يتمتع بمثل هذه السلطة، إذ يقتصر دوره على اقتراح الحلول على الطرفين، ومن ثم فالمحكم يحكم بينما الوسيط يقترح، ولا شك أن هناك فرق كبير بين الاقتراح والحكم⁽¹⁾. فالحكم له القدرة على الفصل النهائي للنزاع، على عكس الاقتراح الذي يبقى خاضعا لإرادة أطراف النزاع إن شاءوا قبلوه أو وإن شاءوا رفضوه.

- ويختلف أيضا التحكيم الإلكتروني عن الوساطة الإلكترونية من حيث أنه يحق لطرفي النزاع الانسحاب من الوساطة في أي مرحلة كانت، الأمر الذي لا نجده متاحا لهما في حالة التحكيم الذي يصبح ملزما لهما بموجب اتفاقهما على اللجوء إليه⁽²⁾.

- كما يختلف التحكيم الإلكتروني عن الوساطة الإلكترونية، من حيث أن الوساطة الإلكترونية تجري بين أشخاص يعرفون بعضهم معرفة جيدة وتربطهم علاقات وطيدة، بينما التحكيم الإلكتروني يكون غالبا بين أطراف لا يعرفون بعضهم ولا تربطهم سوى العلاقة التي نشأ عنها النزاع، وبمجرد إنهاء هذا النزاع يذهب كل طرف إلى حال سبيله⁽³⁾.

وعليه يمكن القول أن التحكيم الإلكتروني وإن كان يشترك مع كل من المفاوضات الإلكترونية والوساطة الإلكترونية في بعض المميزات، فإنه يختلف عنهما في أمور كثيرة جعلته يتصدر الوسائل الإلكترونية البديلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية سواء أكانت عقدية أم لا، ومن ثم كان الطريق المفضل للمتعاملين في هذا المجال، حيث تم تفضيله حتى على التحكيم التقليدي الذي يشترك معه في

(1)-انظر: إيناس الخالدي: التحكيم الإلكتروني، د.ط، القاهرة، دار النهضة العربية، 2009م، ص46.

(2)-انظر: محمد مأمون سليمان: التحكيم الإلكتروني، ط1، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2011م، ص103.

(3)-انظر: إيناس الخالدي: التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص46.

كثير من المزايا على ما سيأتي بيانه في الجزئيات الموالية من هذا الفصل.

ثانيا: أنواع التحكيم الإلكتروني

يقسم التحكيم الإلكتروني تقسيمات متعددة، تبعا لمعايير مختلفة، وستقتصر الباحثة على معيارين الأول بالنظر إلى القوة الإلزامية التي يتمتع بها الحكم التحكيمي، والثاني بالنظر إلى طريقة تنظيم عملية هذا النوع من التحكيم على نحو التفصيل الآتي:

1- تقسيمات التحكيم الإلكتروني بالنظر إلى القوة الإلزامية للحكم التحكيمي:

يقسم التحكيم الإلكتروني من ناحية مدى القوة الإلزامية التي يتمتع بها الحكم التحكيمي الصادر عنه في المنازعة التي تكون محلا له إلى أربعة أقسام هي⁽¹⁾:

أ- التحكيم الإلكتروني الملزم (**Arbitrage contraignant**): والحكم الصادر عن هيئة التحكيم في هذه الحالة يكون ملزما لطرفيه شأنه في ذلك شأن الأحكام القضائية، وهذا هو الأصل في التحكيم سواء أكان تقليديا أم إلكترونيا بالنسبة للدول الأوروبية والعربية، على عكس ما هو معمول به في الدول الأنجلوسكسونية والتي تعتبر التحكيم ذا طبيعة عقدية أكثر منها قضائية.

ب- التحكيم الإلكتروني غير الملزم (**Arbitrage non contraignant**): وفي هذا النوع من التحكيم الإلكتروني لا تتمتع القرارات أو الأحكام الصادرة عن هيئة التحكيم بقوة إلزامية على عكس قرارات أو أحكام التحكيم التقليدي.

ج- التحكيم الإلكتروني الملزم المشروط (**Arbitrage conditionnellement contraignant**): وفي هذا النوع من التحكيم يكون الحكم أو القرار الصادر عن الهيئة التحكيمية مشروط بقبول طرفي النزاع أو أحدهما على الأقل خلال فترة زمنية محددة، فالإلزامية الحكم أو القرار مشروطة بصدور قبول الأطراف لهذا الحكم خلال الفترة التي حددت من قبلهم سلفا.

د- التحكيم الإلكتروني غير الملزم بطبيعته (**Arbitrage réellement contraignant**): وهو التحكيم الذي لا يستهدف تقديم قرار أو حكم يقيد الأطراف على غرار الأحكام القضائية الوطنية.

⁽¹⁾—Thomas Schultz: Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne une approche critique, Bruylant, Bruxelles, LGDJ, 2005, p187, Ndiaye Penda : Arbitrage en ligne et les litiges du commerce électronique, Op.cit, p170.

والملاحظ بالنسبة لهذه التقسيمات، وخاصة التقسيمات الثلاثة الأخيرة أنها تثير تساؤلا مفاده: ما جدوى اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني إذا كان ما يصدر عنه من أحكام أو قرارات لا يتمتع بأي قوة إلزامية أو أن قوته الإلزامية مشروطة بقبول الأطراف؟

غير أن الواقع يجب عن هذا التساؤل من خلال عدد القضايا التي تطرح على أشهر مؤسسات ومراكز التحكيم التي تقدم خدمة التحكيم الإلكتروني والذي غالبا ما يكون غير ملزم، حيث قدرت مثلا عدد القضايا المطروحة على (Chartered Institute of Arbitrators) ⁽¹⁾ بحوالي 400 قضية أو منازعة، كما قدرت عدد القضايا المطروحة على هيئة الأيكان (ICANN) التي استحدثت خدمة التحكيم الإلكتروني في مجال منازعات أسماء المواقع عن طريق لائحة القواعد الموحدة لتسوية المنازعات والتي تعرف اختصارا بـ(UDRP) ⁽²⁾ بحوالي 11000 منازعة ⁽³⁾.

فهذا الكم الهائل للقضايا المعروضة على هذه المراكز التي تقدم نوعا من التحكيم غير الملزم إن صح التعبير، يدل دلالة قاطعة على أن إلزامية حكم أو قرار التحكيم الإلكتروني، لا تعد أمرا أساسيا في قبول هذا الحكم، لأن التحكيم بصفة عامة يقوم على اتفاق الأطراف بشكل إرادي على اللجوء لهذا الطريق، ومن ثم غالبا ما يكون تنفيذ ما يصدر عنه من أحكام بشكل طوعي دون حاجة للإلزام أو الإجبار، حيث عادة ما يحاول الأطراف الإبقاء على العلاقات الودية بينهم على ما سيأتي بيانه لاحقا.

2- تقسيمات التحكيم الإلكتروني بالنظر إلى طريقة تنظيمه:

يقسم التحكيم بصفة عامة من حيث طريقة التنظيم إلى تحكيم حر وتحكيم نظامي أو مؤسسي، وستبين الباحثة فيما يأتي مفهوم كل نوع، مع بيان حظه من التطبيق في مجال التحكيم الإلكتروني.

أ- التحكيم الحر (Arbitrage Ad Hoc):

يعرف التحكيم الحر أو التحكيم الخاص أو تحكيم الحالات الخاصة بأنه: «التحكيم الذي تقوم

⁽¹⁾ **Chartered Institute of Arbitrators**: معهد المحكمين القانونيين ويعرف اختصارا بـ(charb)، هو مؤسسة غير ربحية مسجلة ببريطانيا تدعم الترويج العالمي وتسيير وتطوير كافة أشكال طرق التسوية البديلة، ويعمل المعهد من خلال شبكة دولية تضم 37 فرعا منتشرة عبر العالم، ويضم ما يقارب 14000 عضو يتواجدون في أكثر من 130 دولة. وإضافة إلى تسوية المنازعات يوفر المعهد التعليم والتدريب للمحكمين والوسطاء.

لمزيد من التفاصيل حول المعهد وخدماته يرجى زيارة الموقع الإلكتروني للمعهد على العنوان: <http://www.charb.org/about>

⁽²⁾ - Uniform Dispute Resolution

⁽³⁾ - Thomas Schultz: Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, Op.cit, p188.

بإدارته الأطراف المعنية، أو مستشاروها القانونيون دون تدخل منظمة مختصة»⁽¹⁾، بمعنى أنه في هذا النوع من التحكيم لا يلجأ أطراف المنازعة إلى هيئة أو مركز دائم للتحكيم، وإنما يجري بصفة فردية وفق مشيئة الخصوم من حيث اختيارهم للمحكّمين، وكيفية مباشرة إجراءاته، ومكان انعقاده، والقانون الواجب التطبيق على النزاع...⁽²⁾، ويدخل ضمن التحكيم الخاص التحكيم الذي يشير الطرفان بشأنه إلى لائحة مؤسسة تحكيم ما، دون أن يفيد ذلك منح الاختصاص لتلك المؤسسة، للتدخل في جريان عملية التحكيم⁽³⁾، أي أن التحكيم يتم وفق الإجراءات الخاصة بتلك الهيئة ولكن على يد محكم أو محكمين يختارهم الأطراف بشكل مباشر خارج إطارها.

ب- التحكيم المؤسسي (Arbitrage Institutional):

يقصد بالتحكيم النظامي أو المؤسسي التحكيم الذي يجري في إطار مراكز ومؤسسات تحكيم دائمة، فيكفي وفقا لهذا النوع من التحكيم اتفاق طرفي النزاع على اللجوء إلى إحدى تلك المؤسسات أو المراكز، لتتولى هذه الأخيرة التحكيم وفقا لإجراءات محددة تقوم بوضعها مسبقا، فالإحالة إلى مثل هذه المراكز تعني في الأصل الأخذ بقواعدها الموحدة إلا إذا أجاز النظام الأساسي لهذا المركز مخالفة هذه القاعدة⁽⁴⁾.

وبتصفح القوانين والتشريعات المنظمة للتحكيم سواء على المستوى الوطني أم على المستوى الدولي، نجد أن جل هذه التشريعات نصت على اعتماد هذين النوعين من التحكيم، ومع ذلك ذهب جانب من الفقه إلى أن التحكيم الحر أو تحكيم الحالات الخاصة قد أفل نجمه، بتعدد مؤسسات وهيئات التحكيم الدائمة، حيث أصبح أطراف المنازعات -خاصة تلك المتعلقة بالعقود التجارية الدولية- يفضلون اللجوء المباشر لتلك الهيئات والمراكز تفاديا لإشكالات اختيار المحكم أو المحكمين، وتحديد الإجراءات والقانون الواجب التطبيق وغيرها.

غير أنه بالنسبة للتحكيم الإلكتروني نجد جانبا كبيرا من الفقهاء يميل إلى أن التحكيم الحر استعاد

(1) -نبيل أنطاكي: التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي واتفاقيات التعاون بين مؤسسات التحكيم، ورقة عمل مقدمة لندوة التحكيم في التشريعات العربية الحديثة، المنعقدة في الفترة الممتدة من 28-30 أوت 2001 بدمشق سوريا، المنظمة من قبل مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية بالتعاون مع كل من جامعة دمشق كلية الحقوق، وغرفة تجارة دمشق، ص3.

(2) -أبو زيد رضوان: الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص21.

(3) -كمال إبراهيم: التحكيم التجاري الدولي، ط1، القاهرة، دار الفكر العربي، 1991م، ص99.

(4) -إبراهيم الدسوقي أبو الليل: قواعد وإجراءات التحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت،

كلية الحقوق، ع1، س17، 1993م، ص59.

مكانته، على اعتبار أنه الأكثر ملاءمة لروح التحكيم والأكثر تماشياً مع فلسفته القائمة على إعطاء حرية مطلقة للأفراد في تنظيم هذا الطريق لتسوية منازعاتهم، بعد أن تنازلوا بمحض إرادتهم عن اللجوء إلى القضاء العادي المختص أصلاً بنظر النزاع، ذلك أن التحكيم الإلكتروني الحر يعتبر أفضل الحلول لتفادي الإشكالات التي تطرحها المعاملات المبرمة عبر شبكة الإنترنت، لأنه يمكن الأطراف من اختيار محكم أو محكمين للفصل في منازعاتهم عبر وسائل الاتصال الحديثة وخاصة شبكة الإنترنت، بشكل مباشر، وعلى مستوى ضيق لأنه لا يخرج عن إطار الطرفين والمحكم أو المحكمين.

ومع ذلك لم يسلم هذا الاتجاه من النقد حيث وُجّهت للتحكيم الإلكتروني الحر جملة من الانتقادات منها:

- إن حرية الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم قد تؤدي إلى عدم تشكيلها أصلاً، ذلك أنه في حالة عدم اتفاقهم على اختيار أعضاء هذه الهيئة، أو إذا تماطل أحدهم في الاختيار، فإن العلاقة ستسوء بينهم مما قد يؤدي إلى عدم القدرة على تسوية النزاع عن طريق التحكيم ومن ثم قد يلجأ أحد الأطراف إلى اللجوء إلى القضاء بدل التحكيم، على عكس ما لو اتجه الطرفان إلى إحدى المؤسسات التحكيمية، حيث لا يتوقف تشكيل الهيئة على إرادة الأطراف بل تتولى المؤسسة تلك المهمة بمجرد اتفاق الأطراف على إحالة النزاع إليها⁽¹⁾.

- ومن الانتقادات الموجهة للتحكيم الإلكتروني الحر أيضاً، أن هذا التحكيم غالباً ما يخص منازعات ناتجة عن معاملات إلكترونية هذه الأخيرة التي تتطلب هيئة تحكيم على درجة من الخبرة الفنية في هذا مجال، لتتوافق مع طبيعتها الخاصة، وهو الأمر الذي قد لا يتوافر في الهيئة المختارة مباشرة من قبل الأطراف، على عكس اللجوء إلى مؤسسات التحكيم الإلكتروني، التي تقوم بتشكيل هيئة التحكيم بناء على كفاءة المحكمين وخبرتهم الفنية، وقدرتهم على الفصل في تلك المنازعات بما يتوافق وطبيعة معاملات وعقود البيئة الإلكترونية، وليس بناء على رغبة أطراف تلك المنازعات⁽²⁾.

ونظراً لهذه الانتقادات نجد أن التحكيم الإلكتروني غالباً ما يتم عن طريق مراكز أو مؤسسات، أي أن الشكل الدارج للتحكيم الإلكتروني هو التحكيم المؤسسي أو النظامي الذي تجسد بشكل فعلي على أرض الواقع من خلال ظهور عدد كبير من المؤسسات أو المراكز التي تقدم هذه الخدمة بحيث يقدر

(1) - انظر: أحمد عبد الكريم سلامة: التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، مرجع سابق، ص 19-20.

(2) - انظر: محمد مأمون سليمان: التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 307.

عددها بحوالي 25 مؤسسة، يتمثل أهمها في⁽¹⁾:

1°- نظام القاضي الافتراضي (virtual Magistrate project): وهو مشروع أرسى قواعده مركز القانون وقواعد المعلومات (Villa Nova Center for Law and Information) بمشاركة جمعية التحكيم الأمريكية (AAA)⁽²⁾، ومعهد قانون الفضاء (Cyberspace Law National Center for Automated Research)، والمركز الوطني لأبحاث المعلوماتية (Law National Center for Automated Research)، وقد تم الإعلان عنه رسمياً بتاريخ 04 مارس 1996، من خلال نشرة صحفية تم توزيعها عبر البريد الإلكتروني، وغيرها من خدمات شبكة الإنترنت، وقد لاقى هذا المشروع قدراً واسعاً من الاهتمام والاستجابة، كما تناولته جل الصحف بالتعليق، وقد تضمن المشروع وثيقتين أساسيتين يقوم عليهما، وثيقة المفاهيم، ووثيقة قواعد الاستخدام⁽³⁾.

ويهدف هذا المشروع إلى إعطاء حلول سريعة ومحيدة عن طريق محكمين معتمدين من المركز، لهم خبرة قانونية في التحكيم والقوانين النازمة للتجارة الإلكترونية وعقودها، وقانون الإنترنت ومنازعات العلامات التجارية والملكية الفكرية وغيرها من المواضيع المتصلة بهذه التجارة⁽⁴⁾، على أن يتم تعيين المحكمين أو المحكم وفقاً لنظام القاضي الافتراضي بواسطة جمعية التحكيم الأمريكية من خلال قائمة معدة سلفاً تشمل مجموعة من الأشخاص يتمتعون بالشروط السابقة⁽⁵⁾.

أخيراً تجدر الإشارة إلى أن حكم التحكيم وفقاً لنظام القاضي الافتراضي يصدر خلال 72 ساعة من عرض النزاع عليه، كما أن الخدمات إلى الحد الآن تقدم مجاناً، غير أن الحكم الصادر عنه لا يكتسب قيمته القانونية إلا بقبوله من قبل أطراف النزاع⁽⁶⁾.

2°- المحكمة الفضائية أو الافتراضية (cyber tribunal): والتي تأسست تحت رعاية

(1)- هناك من يشير إلى مركز التحكيم التابع لغرفة التجارة الدولية (ICC) كواحد من أهم المراكز التي تقدم خدمة التحكيم الإلكتروني بالاستعانة بما يعرف بتقنية (Net Case)، غير أن الباحثة زارت الموقع الخاص بالمركز مرات عديدة غير أنها لم تقف على ما يثبت تقديمه لخدمة التحكيم الإلكتروني لذلك ارتأت تفادي تصنيفه ضمن أهم المراكز الخاصة بالتحكيم الإلكتروني وإن كان من أهم مراكز التحكيم التجاري الدولي على مستوى العالم.

(2)- American Association Arbitration.

(3)- انظر: وائل حمدي أحمد: التقاضي الإلكتروني في العقود الإلكترونية، ط1، المنصورة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، 2010م، ص26-27.

(4)- انظر: خالد ممدوح إبراهيم: التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص263.

(5)- انظر: سامي عبد الباقي أبو صالح: التحكيم التجاري الإلكتروني، مرجع سابق، ص55.

(6)- لمزيد من التفاصيل عن طريقة عمل القاضي الافتراضي يرجى زيارة موقعه على العنوان: <http://www/vmag.org>.

وإشراف مركز أبحاث القانون العام بجامعة مونتريال في كندا بتاريخ 1998/07/04.

ويعتبر نظام المحكمة الفضائية من أهم التجارب في مجال استعمال النظم المعلوماتية المستحدثة وبصفة خاصة شبكة الإنترنت الدولية في تسوية المنازعات الناشئة في العالم الافتراضي، عن طريق التحكيم والوساطة. ويهدف هذا النظام إلى وضع قواعد سلوك تستجيب لطبيعة التجارة الإلكترونية، وتسوية منازعاتها بموجب نظام يكفل مصادقية الإجراءات الإلكترونية، على أن يتم انضمام أطراف المنازعات إلى هذا النظام وارتباطهم به في إطار تعاقدي⁽¹⁾.

وقد عمل القائمون على هذه المحكمة على بث الثقة في نظامها المقترح من خلال إصدار شهادات مصادقة على المواقع الشبكية التي تستجيب للشروط المطلوبة، تفيد التزام أصحابها أو مديروها بتسوية أي نزاع من شأنه أن ينشأ مع أحد المتعاملين معهم ووفقاً للائحة إجراءات المحكمة، أما الشروط المطلوبة في هذه المواقع، فتتمثل أساساً في الالتزام بقواعد سلوك تتضمن المبادئ التي يتوجب احترامها من قبل المتعاملين عبرها⁽²⁾.

وقد نجحت هذه المحكمة في تقديم خدمة التحكيم الإلكتروني إلى حد كبير بالنظر إلى عدد النزاعات التي تطرح عليها⁽³⁾.

3- نظام التحكيم التابعة لهيئة الأيكان (ICCAN): تقدم أن هيئة تحديد الأسماء والأرقام عبر الإنترنت والتي تعرف اختصاراً بـ"الأيكان" (ICANN)، قد وضعت لائحة القواعد الموحدة لتسوية المنازعات (UDRP) في مجال منازعات أسماء المواقع الإلكترونية، وهي تطبق هذه اللائحة من خلال الهيئات التحكيمية الأربعة التابعة لها والمتمثلة في:

3-1- محكمة التحكيم الوطنية (NAF)⁽⁴⁾: وهي محكمة مكونة من عدد من المختصين في مجال التحكيم التجاري الدولي، يطبقون لائحة القواعد الموحدة لتسوية المنازعات على الشكاوى التي تصل إلى المحكمة عبر بريدّها الإلكتروني، حيث يتم تشكيل لجان أو هيئات تحكيم للنظر في الشكاوى

⁽¹⁾ -انظر: أحمد شرف الدين: جهات الاختصاص القضائي بنظر منازعات التجارة الإلكترونية، د.ط، مصر، النسر الذهبي للطباعة، 2003م، ص52.

⁽²⁾ -المرجع نفسه.

⁽³⁾ -لمزيد من المعلومات عن المحكمة الفضائية، وإحصائيات المنازعات المعروضة عليها، ولائحة التحكيم الخاصة بها يرجى زيارة موقعها

على العنوان: <http://www.cybertribunal.org>.

⁽⁴⁾ - (NAF): اختصاراً لـ (National Arbitration Forum)

من بين أعضاء المحكمة حسب الخبرة والتخصص في موضوع الشكوى⁽¹⁾.

3²-مركز التحكيم والوساطة الإلكترونية التابعة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO) أو (OMPI): يعد هذا المركز من بين المراكز الأولى التي اعتمدها هيئة الأيكان، وهو مركز تابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية⁽²⁾، ويعتبر هذا المركز هيئة محايدة ودولية غير ربحية تقدم خدمات تسوية المنازعات، وتتيح خيارات فعالة من حيث الوقت والتكاليف، إذ تتم التسوية عبر شبكة الإنترنت الدولية وفق لائحة القواعد الموحدة لتسوية المنازعات في مدة تقدر عادة بـ 62 يوما. وتمكن الخدمات التي يقدمها المركز للأطراف من تسوية منازعاتهم المحلية والدولية في مجالي الملكية الفكرية وتكنولوجيا المعلومات، إضافة إلى المنازعات الخاصة بأسماء الحقول أو المواقع بفعالية دون اللجوء إلى المحاكم⁽³⁾.

3³-مركز تحكيم الموارد العامة (CPR)⁽⁴⁾: ويضم المركز عددا من الخبراء من جنسيات مختلفة، وهم عادة أساتذة جامعيين، ومختصون في مجال الملكية الفكرية يقدمون خدمة التحكيم الإلكتروني وفق لائحة القواعد الموحدة لتسوية المنازعات الموضوعية من قبل هيئة الأيكان دائما⁽⁵⁾.

3⁴-مركز تحكيم القرار الإلكتروني (E-Resolution): يختص المركز أساسا في تقديم خدمة التحكيم الإلكتروني في المنازعات المتعلقة بالعلامات التجارية، والملكية الفكرية، وتكنولوجيا المعلومات، وفق اللائحة الموحدة لتسوية المنازعات (UDRP) وعن طريق محكمين مختصين في هذا المجال⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ موقع المحكمة على الإنترنت هو: <http://www.adrforum.com/domains/decisions/94964.htm> ويقدم هذا الموقع كل تفاصيل عمل المحكمة وكيفية الاستفادة من خدماتها.

⁽²⁾ المنظمة العالمية للملكية الفكرية: تعرف المنظمة العالمية للملكية الفكرية بـ (WIPO) اختصارا لاسم المنظمة باللغة الإنجليزية (World Intellectual Property Organization)، أو (OMPI) اختصارا لاسم المنظمة باللغة الفرنسية (L'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle) على أن التسمية الأكثر شيوعا هي (WIPO). وقد تم إنشاء هذه المنظمة بموجب اتفاقية تم توقيعها في استوكهلم بتاريخ 14/07/1967، أما مقرها فكان في جنيف، وأصبحت وكالة متخصصة في مجال الملكية الفكرية تابعة لهيئة الأمم المتحدة. لمزيد من التفاصيل عن المنظمة وأهدافها واختصاصاتها... يرجى زيارة موقعها الرسمي: <http://wipo.org>.

⁽³⁾ لمزيد من المعلومات عن المركز وكيفية عمله ومختلف الخدمات التي يقدمها يرجى الاطلاع على موقع الإلكتروني على العنوان: <http://www.wipo/int/amc/ar/>.

⁽⁴⁾ (CPR): اختصارا لـ (Center of Public Resource).

⁽⁵⁾ للمركز موقع خاص فيه كل المعلومات عن عمله، واختصاصاته، ومدة الفصل في المنازعات، وكيفية الاستفادة من خدماته، وعنوان الموقع هو: <http://www.icann.org/en/udrp/udrp.htm>.

⁽⁶⁾ للمركز موقع خاص على الشبكة هو: <http://www.disputes.org/>.

والملاحظ أن اختصاصات هذه المراكز أو الهيئات الأربعة متشابهة إلى حد كبير، ومع ذلك فإنه لا يمكن الاكتفاء بهيئة واحدة أو اثنين ذلك أن الكم الهائل للمنازعات التي يطرح على هذه الهيئات يعطي تبريرا لوجودها جميعا من أجل استيعاب كل المنازعات الناشئة في هذا المجال، والتي تحتاج إلى الفصل في أسرع الآجال.

المطلب الثاني: خصائص التحكم الإلكتروني، أهميته، ونطاق تطبيقه

إن التحكم الإلكتروني الذي يعتبر مستجدا من المستجدات التي أفرزتها تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات، وعلى الرغم من أنه لا يخرج عن المفهوم المعروف للتحكيم بشكل عام، فإنه يتمتع بخصوصية ناتجة عن الوسيلة المستعملة في إتمامه، وعليه فإنه لا محالة يتمتع ببعض الخصائص الخاصة، التي جعلته يكتسب أهمية كبيرة في مجال تسوية المنازعات على الخط (التسوية الإلكترونية)، كما أن له مجالات معينة للتطبيق تحدد نطاق تطبيقه، هذا النطاق الذي لن يكون هو ذاته نطاق تطبيق التحكم التقليدي مراعاة لخصوصيته طبعاً.

وعليه خصصت الباحثة هذا المطلب لبيان خصائص التحكم الإلكتروني (وهذا في فرع أول)، ثم بيان أهميته ونطاق تطبيقه (وهذا في فرع ثان).

الفرع الأول: خصائص التحكم الإلكتروني

لتحديد خصائص التحكم الإلكتروني ينبغي على الباحثة بيان مزاياه (أولاً)، ثم تحديد عيوبه ومعوقاته (ثانياً).

أولاً: مزايا التحكم الإلكتروني

تقدم أن التحكم الإلكتروني لا يخرج في مفهومه عن التحكم بوجه عام، غير أنه لا مجال لإنكار الخصوصية التي يتمتع بها هذا النوع من التحكم الذي يتخذ من وسائل الاتصال الحديثة وخاصة الإنترنت سبيلاً لإتمام جميع مراحلها، ومن ثم فإنه يتمتع بجميع مزايا التحكم التقليدي إضافة إلى مزايا أخرى توفرها له الوسائل التي يتم من خلالها، وتتمثل أهم هذه المزايا في:

1- سرعة الفصل في المنازعات وسهولة الإجراءات:

إن سرعة الفصل في المنازعات وسهولة الإجراءات، تعد أكثر المزايا التي ساهمت في انتشار التحكم سواء أكان تقليدياً أم إلكترونياً.

ولعل أهم أسباب تفضيل المتعاملين في المجال التجاري خاصة اللجوء إلى التحكيم بدل اللجوء إلى القضاء العادي المختص أصلا بفصل منازعات الأفراد في أي مجال كانت، هو تعقد إجراءات التقاضي وكثرة القيود الشكلية والزمنية المفروضة على سير الخصومة، مما يؤدي إلى حرمان المتقاضين من التمتع بحقوقهم مدة طويلة، فضلا عما يتكبذونه من جهد ومال في متابعة إجراءات سير الخصومة، خاصة وأن المعاملات التجارية تقوم أساسا على عامل السرعة، الأمر الذي جعلهم يفضلون اللجوء إلى التحكيم لما يقدمه من علاج لبطء العدالة، نظرا لتفريغ المحكم أو المحكمين وسهولة ويسر إجراءاته من جهة، إضافة إلى إمكانية الوصول إلى حكم نهائي قابل للتنفيذ دون المرور بدرجات التقاضي المتعددة، من جهة ثانية⁽¹⁾.

وتظهر هذه الميزة بشكل أكبر في التحكيم الإلكتروني، انطلاقا من الأطراف غير ملزمين بالانتقال والحضور المادي أمام هيئة التحكيم، حيث يمكنهم حضور الجلسات عن بعد عبر وسائل الاتصال الإلكترونية التي توفر لهم هذه الإمكانية، كما أن إجراءات التحكيم تتم بسرعة وسهولة من خلال التبادل الإلكتروني للمستندات الخاصة بالنزاع، إضافة إلى أن حكم التحكيم الإلكتروني يصدر في آجال قصيرة لسرعة الإجراءات من جهة، ولأن معظم هيئات ومراكز التحكيم الإلكتروني تعين سقفا زمنيا للمحكّمين من أجل إصدار أحكامهم⁽²⁾.

2- قلة النفقات والتكاليف:

إن هذه الميزة أيضا تظهر بشكل كبير في التحكيم الإلكتروني، نظرا لسرعة الفصل في المنازعة من جهة، إضافة إلى أن إتمام عملية التحكيم بجميع مراحلها بشكل إلكتروني، يوفر على الأطراف مصاريف تنقلهم وتنقل الشهود إلى مكان إجراء التحكيم من أجل حضور جلساته، كما أن الوصول إلى الحكم يكون أسرع وذلك لسهولة ويسر تبادل المستندات الذي يتم بشكل إلكتروني⁽³⁾، وهو ما يوفر على الأطراف تكلفة إرسالها بالطرق التقليدية أو الانتقال إلى مقر إجراء التحكيم من أجل تسليمها بشكل مباشر.

إضافة إلى هذا فإن التحكيم الإلكتروني يمكن الأطراف من إخضاع منازعاتهم إلى محكم أو

⁽¹⁾ -انظر: مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط1، لبنان، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998م، ص61.

⁽²⁾ -انظر: محمد حسين منصور: المسؤولية الإلكترونية، د.ط، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003م، ص349.

⁽³⁾ -انظر: محمد أمين الرومي: النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، د.ط، مصر، دار الكتب القانونية، 2008م، ص93.

محكمين ذوي خبرة في النزاع المطروح عليهم⁽¹⁾، مما يوفر عليهم تكاليف الاستعانة بخبير من أجل إبداء رأيه، كما هو الحال بالنسبة للقضاة الذين عادة ما يطلبون الخبرة في القضايا التي تخرج عن إطار تخصصهم مما يؤدي إلى زيادة في التكاليف الملقاة على عاتق المتقاضين ناهيك عن إطالة مدة إصدار الحكم في المنازعة. ولا شك أن هذه الميزة تلعب دورا هاما في مجال منازعات التجارة الإلكترونية، لأن هذه المنازعات غالبا ما ترتبط بأمور تقنية بالغة الدقة، يصعب على أهل القانون فهم تفاصيلها، مما يتطلب عرضها على من يتمتعون بخبرة واسعة في مجال المعاملات الإلكترونية، وهو ما يتحقق من خلال فكرة التحكيم الإلكتروني التي تقوم على أن يكون للمحكم اتصال بالمجال الإلكتروني زيادة على خبرته وتخصصه في مجال التحكيم⁽²⁾.

وتجدر الإشارة أخيرا إلى أن تقليل النفقات بالنسبة للمعاملات التي تبرم إلكترونيا يعتبر أمرا على درجة عالية من الأهمية، ذلك أن أغلب تلك المعاملات من عقود وصفقات تكون ذات قيمة زهيدة، لأن أغلبها عقود استهلاكية، ومن ثم فإن تكاليف اللجوء إلى القضاء العادي، أو حتى إلى التحكيم التقليدي، قد تفوق بكثير قيمة المعاملة في حد ذاتها.

3- السرية:

يحرص المتعاملون في مجال التجارة عموما سواء أكانت تقليدية أم إلكترونية، على أن تكون معاملاتهم محاطة بقدر كبير من السرية، تفاديا لما قد يتكبدونه من خسائر جراء اطلاع منافسيهم على ما يبرمونونه من صفقات وعقود، إضافة إلى سعيهم إلى الاحتفاظ بعلاقات جيدة ودائمة مع عملائهم ومورديهم، وهذا ما لا يمكن تحقيقه من اللجوء إلى القضاء الذي يتميز أساسا بعلانية جلساته، الأمر الذي سيؤدي حتما إلى إفشاء مضمون الشكاوى المقدمة ضدهم والأحكام الفاصلة فيها وهو ما قد يحول دون الاحتفاظ بالعلاقات الجيدة والسمعة الطيبة، لذلك يفضل حل المتعاملون في المجال التجاري خاصة الدولي اللجوء إلى التحكيم الذي يتميز بسرية جلساته تفاديا لكشف أسرار الصفقات للمنافسين من جهة، وحفاظا على العلاقات مع العملاء والشركاء من جهة أخرى.

ويمكن القول أن السرية التي يكفلها التحكيم الإلكتروني تكون أكثر أهمية في مجال المعاملات

(1) - ذلك أنه لا يشترط في المحكم الذي يعين للفصل في النزاع أن يكون رجل قانون فقط كما هو حال القاضي، وإنما يمكن أن يكون المحكم أو أحد أعضاء هيئة التحكيم مهندسا، أو طبيبا أو رجل أعمال ممن تتوفر لديهم الخبرة الواسعة والإلمام الشامل بمجال المنازعة المعروضة على التحكيم. انظر: بلال عبد المطلب بدوي: التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ع01، س2006، 96.

(2) - انظر: بلال عبد المطلب بدوي: التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص96.

التجارية المبرمة في البيئة الإلكترونية، هذه الأخيرة التي تكون مجالا خصبا لانتشار الأخبار التي تنطوي على أسرار تجارية أو مالية أو اقتصادية إلى أكبر عدد ممكن من الأشخاص عبر العالم ككل، وفي وقت قياسي، بما توفره من تقنيات وخدمات للمتعاملين فيها.

4- تجاوز مشكلة الاختصاص القضائي وتنازع القوانين:

إن شبكة الانترنت تعد أكثر الوسائل الإلكترونية التي تتم من خلالها المعاملات الإلكترونية، ومن ثم فهي الوسيلة الأكثر استعمالا للتحكيم الإلكتروني حتى أن هناك من يطلق عليه مصطلح التحكيم عبر الإنترنت، وبما أن هذه الشبكة كما تقدم تعد فضاء مفتوحا عالميا تمنح في كل الحدود الجغرافية منها والسياسية، الأمر الذي يجعل مسألة توطين العلاقات القانونية التي تجري في إطارها ضمن اختصاص مكاني محدد الجهات من أكثر المسائل صعوبة وتعقيدا، فلم يعد هناك مفهوم للعقد الدولي أو العقد الداخلي في فضاء الانترنت، باعتبار التفرقة بينهما وإن تمت سيصعب تطبيقها، إذ كيف يمكن إلحاق عقد ما بدولة معينة إذا قام بإبرامه شخص ما من حاسبه الشخصي، إذا كان يتفاوض بشأن هذا العقد التجاري ويعمل على إبرامه وهو ينتقل من دولة إلى أخرى، أو يبرمه في مكان لا يخضع لاختصاص دولة ما كأعالي البحار والمحيطات أو الفضاء الخارجي⁽¹⁾.

كما أن العقد التجاري الإلكتروني الذي يبرم بين طرفين يوجدان في دولتين مختلفتين تخضع كل منهما لنظام قانوني مختلف تماما عن نظام الدولة الأخرى، كثيرا ما يثير مشكلة تتعلق باختصاص المحكمة في نظر النزاع وتحديد القانون الواجب التطبيق، في حال نشوب نزاع بين طرفي هذا العقد، وقد تقدم أن أعمال قواعد تنازع القوانين المعروفة في القانون الدولي الخاص على هذا النوع من العقود أمر يصعب تجسيده لخصوصية هذه العقود المتأتمية من خصوصية الوسيلة المستعملة في إبرامها.

إن أعمال القواعد التقليدية للقضاء بشأن نزاع إلكتروني، يتطلب رفع النزاع إلى المحاكم الوطنية لأحد الطرفين وهذه المحاكم يتعين عليها الرجوع إلى قواعد الإسناد في القانون الداخلي من أجل تحديد القواعد الموضوعية التي تطبق على النزاع باعتباره مشوبا بعنصر أجنبي، وهذا ما يشكل في ذاته تحديا للمتعاملين عبر الانترنت من حيث أنه يؤدي مباشرة إلى تطبيق قانون لا يعرف عنه أحد الطرفين أو كلاهما شيئا، خاصة وأنه لا توجد حتى الآن قواعد موضوعية موحدة تلتزم بها الدول في مجال التجارة الإلكترونية، إضافة إلى أنه لا توجد قواعد موحدة تتعلق بتحديد الاختصاص القضائي بما يتلاءم والطبيعة

(1) -انظر: صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 37 وما بعدها.

الخاصة للتجارة الإلكترونية⁽¹⁾.

وحتى وإن لجأ الطرفان إلى تحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بنظر النزاع كبند في العقد التجاري الإلكتروني، إلا أن هذا الاتفاق قد لا يقدم حلاً ناجعاً، لاحتمال عدم اعتراف المحاكم الوطنية في بعض الدول بجزية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق أو اختيار المحكمة المختصة بنظر النزاع.

غير أن الأمر يكون على خلاف ذلك متى تم الاتفاق على اعتماد التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض نزاعهم، حيث يمكن في هذه الحالة تفادي إشكالية تنازع القوانين، ذلك أن هيئة التحكيم وعلى خلاف القضاة، ليست ملزمة بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الداخلي للدولة التي تتم فيها العملية التحكيمية، من أجل تحديد القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع كما سيأتي لاحقاً، إضافة إلى ذلك فالمحاكم الوطنية ملزمة بإقرار حكم التحكيم تطبيقاً للاتفاقات الدولية، لاسيما منها اتفاقية نيويورك 1958 وقوانين التحكيم الداخلية ذاتها⁽²⁾.

فالتحكيم الإلكتروني إذاً يمكن أن يكون حلاً لمشكلة تنازع القوانين من جهة، كما يمكن أيضاً أن يكون حلاً لتفادي إشكالية الاعتراف بالأحكام القضائية الأجنبية.

ثانياً: عيوب ومعوقات التحكيم الإلكتروني

1- عيوب التحكيم الإلكتروني:

إن المزايا التي يتمتع بها التحكيم الإلكتروني والمشار إليها أعلاه، لا تعني أنه خال من المثالب والعيوب التي من شأنها أن تحد من إقدام المتعاملين عليه، ويمكن إجمال أهم هذه العيوب التي تقف حجر عثرة أمام هذا التحكيم في:

أ- صعوبة التأكد من هوية وأهلية طرفي النزاع: إن الاتفاق على التحكيم الإلكتروني من التصرفات القانونية التي تتطلب توفر الأهلية القانونية فيمن يقوم بها، ومن ثم يجب أن يتمتع طرفاً هذا الاتفاق بالأهلية القانونية الكاملة وإلا كان باطلاً.

وإذا كانت الأهلية من الأمور التي يسهل التأكد منها من خلال تفحص وثائق الإثبات

⁽¹⁾ -انظر: سامي عبد الباقي أبو صالح: التحكيم التجاري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 42-43.

⁽²⁾ -انظر: آلاء يعقوب النعيمي: الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، ورقة بحث مقدمة للمؤتمر السنوي السادس عشر لكلية القانون بجامعة الإمارات، المعنون بـ "التحكيم التجاري الدولي"، أبريل 2008م، ص 983.

الشخصية للمعني ومشاهدته مشاهدة حسية في المعاملات التقليدية، فإن هذه المسألة تعتبر من المسائل التي تطرح إشكالات كثيرة في البيئة الإلكترونية أو في بيئة الإنترنت تحديداً، حيث يصعب التأكد من الهوية الحقيقية للمتعامل ومدى تمتعه بالأهلية اللازمة للقيام بتصرف ما، ذلك أن التصرفات في هذه البيئة تبرم عن بعد أي دون التواجد أو اللقاء المادي للأطراف، إذ يتم التعاقد بناء على قيام كل طرف بإدخال معلوماته الشخصية ورقم بطاقته البنكية، مما يتيح إمكانية أن يتم التعاقد من شخص آخر غير الشخص الذي أدخلت بياناته ورقم بطاقته البنكية، وكذلك الحال بالنسبة للتحكيم الإلكتروني، فقد يبرم الاتفاق عليه من شخص لا يتمتع بالأهلية اللازمة لذلك.

الأمر الذي قد ينجر عنه صدور اتفاق التحكيم من شخص قاصر أو ناقص أهلية مما يستلزم بطلان اتفاق التحكيم، ومن ثم بطلان حكم التحكيم الصادر عن هيئة التحكيم، وهو ما قد يتسبب في خسارة فادحة للطرف الآخر جراء جهله بأهلية المتعامل معه⁽¹⁾.

غير أن هذا العيب وإن كان موجوداً فعلاً، إلا أنه بدأ يتلاشى تدريجياً مع ظهور تقنيات حديثة تتيح إمكانية تحديد أهلية الأطراف وهوياتهم الحقيقية كالتوقيع الإلكتروني، وشهادات المصادقة الإلكترونية المشار إليهما فيما تقدم من فصول هذه الأطروحة.

ب- عدم إمكانية ضمان السرية الكاملة: تقدم أن السرية تعتبر من المزايا المهمة التي يقدمها التحكيم الإلكتروني، والتي تزيد من إقبال المتعاملين في المجال التجاري عليه، لأن السرية تعتبر عاملاً أساسياً لنجاح أي نشاط تجاري، ونظراً لعدم علانية جلسات التحكيم، وإتمام العملية التحكيمية من بدايتها إلى نهايتها في إطار ضيق لا يخرج عن طريقي النزاع والمحكم أو هيئة التحكيم، كان دائماً الملاذ الآمن لهؤلاء المتعاملين الذين وجدوا فيه ضالتهم المنشودة، في الحفاظ على أسرارهم المهنية ومن ثمة الحفاظ على ثقة عملائهم وشركائهم.

غير أن هذه السرية ليست محققة دائماً في التحكيم الإلكتروني الذي يتم عبر وسائل الاتصال الحديثة وبصفة خاصة عبر شبكة الإنترنت، إذ أنه وعلى الرغم من الاحتياطات التي تتخذها مراكز التحكيم الإلكتروني -أو حتى المحكم أو المحكمون الذين يقدمون هذه الخدمة بشكل فردي على الإنترنت- من الاعتماد على أحدث التقنيات لتأمين عملية التحكيم كالأستعانة بكلمة السر أو الأرقام السرية، أو حتى القيام بتشفير المستندات والأحكام، واستعمال تقنية جدار النار، وغيرها من وسائل

(1) -انظر: محمد إبراهيم أبو الهيجاء: التحكيم بواسطة الإنترنت، ط1، الأردن، عمان، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، 2002م،

التأمين المشار إليها فيما تقدم من فصول هذه الأطروحة، فإن إمكانية اختراق المواقع التي يجري التحكم الإلكتروني من خلالها تبقى قائمة، لأنه كلما ظهرت تقنية تأمين جديدة إلا وظهر من يستطيع اختراقها من محترفي الجرائم الإلكترونية الذين يعرفون بالقرصنة والذين يصنفون إلى قرصنة هواة (Hackers)⁽¹⁾، وقرصنة محترفين (Crackers)⁽²⁾.

ومع ذلك فمن الإنصاف التأكيد على أن إمكانيات الاختراق تبقى محدودة إلى حد بعيد في حال استعمال التقنيات السابق ذكرها خاصة تقنية التشفير بشكل دقيق.

2- معوقات التحكم الإلكتروني: إن أهم معوقات التحكم الإلكتروني في نظر الباحثة يتمثل في عدم مواكبة التشريعات المتعلقة بالتحكم سواء على المستوى الوطني أم على المستوى الدولي للتحكم الإلكتروني، ذلك أن نصوصها لا تتفق مع طريقة الاتفاق على هذا التحكم ولا مع إجراءاته، ناهيك عن الحكم الصادر فيه والذي يلقي إشكالا كبيرا بالنسبة للتنفيذ.

كما أن الفجوة الرقمية بين الدول المتقدمة والدول المتخلفة أو ما يعرف بدول العالم الثالث تبقى كبيرة، إذ أن التطور السريع لتكنولوجيا الاتصالات والمعلومات ومن ثم وسائل الاتصال الحديثة التي تعتبر وسيلة إتمام التحكم الإلكتروني لم تستطع دول العالم الثالث مواكبته على الرغم من الجهود المضنية التي تبذلها في هذا المجال، وذلك راجع ببساطة إلى أن أغلب هذه الدول هي دول مستهلكة للتكنولوجيا وليست منتجة لها، ومن ثم فمن الصعب عليها مواكبة كل التطورات المتلاحقة في هذا المجال، إذ لا

⁽¹⁾ **القرصنة الهواة (Hackers):** يقصد بهم الشباب البالغ المفتون بالمعلوماتية، والحاسبات الآلية، وبعضهم يطلق عليهم صغار نوابغ المعلوماتية، وأغلب هذه الطائفة هم من الطلبة، أو الشباب الحاصلين على معرفة في مجال التقنية المعلوماتية. والباعث الأساسي لقيام هذه الطائفة بالاختراق هو الاستمتاع باللعب والمزاح باستخدام هذه التقنية لإثبات مهاراتهم وقدراتهم باكتشاف وإظهار مواطن الضعف في الأنظمة المعلوماتية، دون إلحاق أي ضرر بها، فهم لديهم الرغبة في المغامرة والتحدي، والرغبة في الاكتشاف. ويقوم هؤلاء القرصنة بتبادل الخبرات والمعارف من خلال منتديات ومواقع إلكترونية تضمن لهم الاتصال فيما بينهم، إضافة إلى أنهم يقومون بعقد مؤتمرات يتبادلون فيها المعلومات والمهارات، وكان أول مؤتمر لهم سنة 1990 بأوروبا، وبعدها أصبحوا يجتمعون في مؤتمرات تعقد سنويا أهمها المؤتمر المسمى (DEF CON) الذي يعقد بمدينة لاس فيجاس الأمريكية من أجل تبادل أحدث المعلومات والشفرات الخبيثة. لمزيد من التفصيل انظر: **صغير يوسف:** الجريمة المرتكبة عبر الإنترنت، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص القانون الدولي للأعمال، 2013م، ص 26 و 15 على الترتيب.

⁽²⁾ **القرصنة المحترفين (Crackers):** وتعرف هذه الطائفة بالجرمين البالغين أو المخربين المهنيين، وتتراوح أعمارهم بين 25 و 45 عاما، ومن أبرز سمات وخصائص هذه الطائفة، أنهم ذوي مكانة في المجتمع، كما أنهم دائما يكونون من المتخصصين في مجال التقنية الإلكترونية، أي أنهم يتمتعون بمهارات ومعارف فنية في مجال الأنظمة الإلكترونية والمعلوماتية، تمكنهم من الهيمنة الكاملة في بيئة المعالجة الآلية للمعلومات، ويهدفون إلى تحقيق أرباح مادية إذ يعيشون عادة من عائدات ما يقومون به من جرائم الاختراق والابتزاز. انظر: **صغير يوسف:** الجريمة المرتكبة عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 27-28.

تكاد تتقن تقنية حتى تظهر تقنية أخرى أكثر تعقيدا من الأولى، كما أن هذا الأمر يجعلها عرضة للاختراق من قبل قرصنة الإنترنت لأنها تستعمل أنظمة مكشوفة وسهلة الاختراق بالنسبة لهم مقارنة بما هو جديد من تقنيات والذي يحتاج إلى فترة للوصول إلى اختراقه.

إضافة إلى هذا، فإنه بالنسبة للدول العربية خاصة، يظهر عائقا خاصا هو عائق اللغة، ذلك أن جل مراكز التحكيم الإلكتروني تعتمد على اللغة الإنجليزية من بداية التحكيم إلى نهايته، وقلمنا نجد مركزا يعتمد على لغة ثانية إلى جانب اللغة الإنجليزية في خدمات التحكيم الإلكتروني، مما يجعل من لا يتقن اللغة الإنجليزية وهو حال عدد كبير من مواطني الدول العربية لا يتمكن من فهم كل الإجراءات والحوارات وهو ما يجعله عرضة للغبن أو الإحساس بعدم الأمان وتكافؤ الفرص مع الطرف الآخر إذا كان ممن يتقن اللغة الإنجليزية.

وتزداد قيمة هذا العائق بالنظر إلى أنه حتى في حال قيام نزاع بين طرفين من الدول العربية، فإنه لا يمكنهما الاستفادة من خدمات التحكيم الإلكتروني على مستوى مراكز التحكيم العربية تفاديا لإشكال اللغة، ذلك أن جل تلك المراكز لا تقدم هذه الخدمة حتى الآن على ما سيأتي في الجزئية الموالية من هذه الأطروحة.

الفرع الثاني: أهمية التحكيم الإلكتروني ونطاق تطبيقه

بعد بيان مزايا وعيوب ومعوقات التحكيم الإلكتروني ينبغي على الباحثة بيان درجة الأهمية التي يحظى بها على مستوى العالم (أولا)، ثم بيان نطاق تطبيقه (ثانيا).

أولا: أهمية التحكيم الإلكتروني

إن أهمية التحكيم الإلكتروني المتضحة من خلال مجموع المزايا التي يقدمها للمتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية لم تتأثر كثيرا بالمساوئ والمعوقات المشار إليها أعلاه، على الرغم من إدراك الجميع لها سواء على مستوى الفقه أم على مستوى التطبيق العملي، لذلك نجد أن الجهود لازالت متواصلة وبشكل حثيث من أجل تفادي تلك السلبيات، دون إشارة إلى العدول عن هذا الطريق، ذلك أن واقع التجارة الإلكترونية أثبت بلا شك أن التحكيم الإلكتروني هو الطريق الأمثل لهذه التجارة، لتوافقه مع طبيعتها، وقدرته على استيعاب منازعاتها المتزايدة بشكل يتناسب طردا مع نموها وتطورها على مستوى جميع دول العالم.

إذ أصبح من العبث القول بأنه يمكن العدول عن التجارة الإلكترونية والعودة إلى ممارسة التجارة

الدولية في شكلها التقليدي، على الرغم من أنه في بداية هذه التجارة تنبأ كثير من الفقهاء والباحثين بأنها كما ظهرت بسرعة البرق ستنتهي بنفس سرعة، غير أن ما نعيشه اليوم وما أصبحنا نمارسه في حياتنا بشكل تلقائي، يدل دلالة قاطعة على أن إنسان القرن الواحد والعشرين لا يمكنه الاستغناء عن تقنيات الاتصال الحديثة في أي مجال من مجالات الحياة وفي طليعتها المجال التجاري، بل إنه يتطلع لمزيد من التحسينات، ويستشرف مستوى أعلى من الخدمات التي يمكنه أن يحصل عليها من خلالها.

ولعل أهمية التحكيم الإلكتروني كوسيلة بديلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية قد تم إدراكها في مطلع الألفية الثانية حيث نجد أن التوجيهات الأوروبية قد أشارت إلى ذلك منذ بداية ظهور المعاملات التجارية عبر الشبكة في أوروبا، وهو ما يتضح جليا من خلال ما أشار إليه التوجيه رقم (2000L31/CE) المتعلق ببعض الجوانب القانونية لخدمات شركات المعلومات وبصفة خاصة التجارة الإلكترونية، والذي يعرف بـ"توجيه التجارة الإلكترونية"⁽¹⁾، حيث أشار هذا التوجيه إلى وجوب اعتماد التسوية الإلكترونية لمنازعات المعاملات الإلكترونية بدل اللجوء إلى القضاء العادي تفاديا لتعقيدات وطول إجراءات هذا الأخير، وذلك بموجب مادتيه 2/1⁽²⁾، و17⁽³⁾. وهذا بعد أن أوصى التوجيه ذاته في حيثياته 34، 37، و38⁽⁴⁾ الدول الأعضاء بضرورة تسهيل إبرام العقود الإلكترونية، والحد من العقبات التي من شأنها أن تحول دون استفادة دول المجموعة الأوروبية من مزايا هذه العقود وانعكاساتها الإيجابية على القوة الاقتصادية لكل دولة عضو، وللمجموعة ككل.

⁽¹⁾—Directive 2000/31/CE du 8/6/2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, J.O.C.E, n°L178, 17/7/2000, p1-16.

⁽²⁾—Article premier : « La présente directive rapproche, dans la mesure nécessaire à la réalisation de l'objectif visé au paragraphe 1, certaines dispositions nationales applicables aux services de la société de l'information et qui concernent le marché intérieur, l'établissement des prestataires, les communications commerciales, les contrats par voie électronique, la responsabilité des intermédiaires, les codes de conduite, le règlement extrajudiciaire des litiges, les recours juridictionnels et la coopération entre Etats membres».

⁽³⁾—«Article 17: 1-Les Etats membres veillent à ce que, en cas de désaccord entre un prestataire de services de la société de l'information et le destinataire du service, leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le règlement des différends, disponibles dans le droit national, y compris par des moyens électroniques appropriés. 2. Les Etats membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire, notamment en ce qui concerne les litiges en matière de consommation, à fonctionner de manière à assurer les garanties procédurales appropriées pour les parties concernées. 3. Les Etats membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire des litiges à communiquer à la Commission les décisions importantes qu'ils prennent en matière de services de la société de l'information ainsi que toute autre information sur les pratiques, les us ou les coutumes relatifs au commerce électronique».

⁽⁴⁾—للاطلاع على نصوص هذه الهيئات يرجى الرجوع إلى: J.O.C.E, n°L178, 17/7/2000, p 5-6.

كما نجد أن هيئة الأمم المتحدة ممثلة في لجنتها الخاصة بالقانون التجاري الدولي قد اعتمدت توصية بشأن تفسير الفقرة 2 من المادة الثانية والفقرة 1 من المادة السابعة من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها وكان ذلك أثناء دورتها 39 المنعقدة بتاريخ 7 جويلية 2006، وقد جاءت هذه التوصية على النحو الآتي⁽¹⁾:

«إن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري،

إذ تستذكر قرار الجمعية العامة 2205 (د-21) المؤرخ في 17 كانون الأول/ ديسمبر 1966، الذي أنشئت به لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بهدف تعزيز التنسيق والتوحيد التدريجين لقانون التجارة الدولية بوسائل منها ترويج السبل والوسائل الكفيلة بتحقيق الاتساق في تفسير وتطبيق الاتفاقيات الدولية والقانونية الموحدة في ميدان التجارة الدولية،

وإذ تدرك أن اللجنة تضم ممثلين عن مختلف النظم القانونية والاجتماعية والاقتصادية في العالم، إلى جانب مختلف مستويات التنمية،

وإذ تستذكر مختلف قرارات الجمعية العامة المتعاقبة التي أكدت مجددا الولاية المسندة إلى اللجنة بصفتها الهيئة القانونية الأساسية، داخل منظومة المم المتحدة، في ميدان القانون التجاري الدولي، التي تتولى تنسيق الأنشطة القانونية في هذا الميدان،

واقناعا منها بأن الاعتماد الواسع النطاق لاتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، المبرمة في نيويورك في 10 حزيران يونيه 1958، كان إنجازا هاما في تعزيز سيادة القانون، ولاسيما في مجال التجارة الدولية،

إذ تستذكر أن مؤتمر المفوضين الذي أعد الاتفاقية وفتح باب التوقيع عليها اعتمد قرارا ينص في جملة أمور، على أن المؤتمر "يرى أن من شأن زيادة توحيد القوانين الوطنية المتعلقة بالتحكيم أن تعزز ما للتحكيم من فعالية في تسوية منازعات القانون الخاص"،

وإذ تضع في اعتبارها التفسيرات المختلفة لاشتراطات الشكل التي تنص عليها الاتفاقية والناجمة جزئيا عن الاختلافات في التعبير بين نصوص الاتفاقية الخمسة المتساوية في الحجية،

وإذ تأخذ في اعتبارها الفقرة (1) من المادة السابعة من الاتفاقية، التي كان من بين أغراضها التمكين من إنفاذ قرارات التحكيم الأجنبية إلى أقصى مدى ممكن، وخصوصا من خلال الاعتراف بحق

(1) - نظرا لأهمية هذه التوصية بكل حيثياتها ارتأت الباحثة إيرادها كاملة في متن الأطروحة وليس في ملاحقها.

أي طرف ذي مصلحة في أن يستفيد من قانون أو معاهدات البلد الذي يُلتزم فيه الاعتماد على قرار التحكيم، بما في ذلك البلد الذي يوفر فيه ذلك القانون أو توفر فيه تلك المعاهدات نظاما أكثر مؤاتاة من الاتفاقية،

وإذ تأخذ بعين الاعتبار استخدام التجارة الإلكترونية على نطاق واسع،

وإذ تأخذ في اعتبارها الصكوك القانونية الدولية، مثل قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 بصيغته المنقحة لاحقا، خاصة فيما يتعلق بالمادة 7، وقانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، وقانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، واتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية،

وإذ تأخذ في اعتبارها أيضا سن تشريعات وطنية، وكذلك سوابق قضائية، أكثر مؤاتاة من الاتفاقية، فيما يتعلق باشتراط الشكل الذي يحكم اتفاقات التحكيم، وإجراءات التحكيم، وإنفاذ حكم التحكيم،

وإذ ترى أنه ينبغي، لدى تفسير الاتفاقية، مراعاة الحاجة إلى تشجيع الاعتراف بقرارات التحكيم وإنفاذها،

1-توصي بأن تطبق الفقرة (2) من المادة الثانية من اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها، التي أبرمت في نيويورك في 10 حزيران/ يونيو 1958، مع إدراك أن الحالات المذكورة فيها ليست حصرية؛

2-توصي بأن تطبق الفقرة (1) من المادة السابعة من اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها، التي أبرمت في نيويورك في 10 حزيران/ يونيو 1958، كيما يتسنى لأي طرف ذي مصلحة أن يستفيد مما قد يتمتع به، بمقتضى قانون أو معاهدات البلد الذي يُلتزم فيه الاعتماد على اتفاق التحكيم، من حقوق في التماس الاعتراف بصحة ذلك الاتفاق»⁽¹⁾.

فمن خلال نص هذه التوصية يتضح لنا جليا أن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي تولي أهمية بالغة للتحكيم في مجال التجارة الدولية بصفة عامة، وفي مجال التجارة الإلكترونية بصفة خاصة، حيث أشارت إلى أن هذا النمط من التجارة أصبح يطبق بشكل واسع ومن ثم جاء إصدار هذه

⁽¹⁾—الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة 61، الملحق رقم 17 (A/61/17)، المرفق الثاني، منشور على الموقع الإلكتروني لهيئة الأمم المتحدة المشار إليه سابقا.

التوصية لإزالة ما قد يجده المتعاملون في مجالها من إشكالات قانونية قد تنجم عن التحكيم الإلكتروني الذي يعد الطريق المناسب لطبيعة التجارة الإلكترونية وتسوية منازعاتها، والذي لا يمكنه أن يتوافق مع الشروط الشكلية التي اشترطتها اتفاقية نيويورك لسنة 1958 في اتفاق وحكم التحكيم التقليدي.

ومن ثم أكدت التوصية على ضرورة تفسير نصوص الاتفاقية خاصة نصي الفقرتين (2) و(1) من المادتين 2 و7 على التوالي⁽¹⁾، بما يتوافق والطابع الإلكتروني للتحكيم الإلكتروني حرصا منها على الاستفادة من المزايا التي يوفرها هذا التحكيم، وعدم تضييعها أو تفويتها بالوقوف على التفسير الحرفي لتلك النصوص، بل يجب على جميع الدول تفسير تلك الشروط بما يسمح باعتماد التحكيم الإلكتروني كطريق لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية التي تتطور بسرعة تقابلها زيادة مطردة في عدد المنازعات الناشئة عنها، خاصة وأن التحكيم الإلكتروني يعد أكثر الطرق قدرة على استيعاب الكم الهائل من هذه المنازعات بشرط عدم عرقلة تنفيذ أحكامها لعدم استجابتها للشروط الشكلية التي حددتها اتفاقية نيويورك لسنة 1958 والتي تعد الاتفاقية الدولية الوحيدة في هذا المجال إلى يومنا هذا.

إضافة إلى هذا فقد أدركت الدول العربية هي الأخرى فائدة التحكيم الإلكتروني، وهو ما يتأكد من خلال إنشائها لما يعرف بـ"الاتحاد العربي للتحكيم الإلكتروني"، هذا الاتحاد الذي تم تأسيسه بتاريخ الفاتح من سبتمبر 2009 بمدينة القاهرة بمشاركة تسع دول عربية⁽²⁾، وقد جاءت فكرة الاتحاد بناء على المؤتمرات الدولية التي توصي باعتماد الطرق البديلة كطريق لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية والملكية الفكرية، تفاديا للإشكالات القانونية التي يطرحها الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق على هذه المنازعات (على نحو ما تبين من خلال الفصول المتقدمة من هذه الأطروحة)، وبناء أيضا على التجارب الرائدة في هذا المجال كتجربة منظمة الويبو المشار إليها سابقا، وجهود الاتحاد الأوروبي في تشجيع الدول الأعضاء على وضع إجراءات لتسوية المنازعات الناشئة عن المعاملات الإلكترونية خارج المحاكم من خلال وسائل التسوية الإلكترونية كما أشرنا أعلاه.

⁽¹⁾ وتنص الفقرة 2 من المادة 2 من الاتفاقية على أن: «المراد "بالاتفاقية الكتابية" هو الشرط التحكيمي المدرج في العقد أو اتفاق التحكيم الموقع من أطراف أو المتضمن في رسائل أو بقيات متبادلة»، أما الفقرة 1 من المادة 7 فنص على أنه: «لا تطعن أحكام هذه الاتفاقية في صحة الاتفاقات المتعددة الأطراف أو الثنائية التي تبرمها الدول المتعاقدة في مجال اعتماد القرارات التحكيمية وتنفيذها. ولا تحرم أي طرف معني من الحق الذي قد يستظهر به في قرار تحكيمي بالكيفية وبالقدر الذي يقبل بمما تشريع البلد الذي يستشهد بالقرار فيه أو موافقه». نصوص الاتفاقية منشورة كاملة في الجريدة الرسمية الجزائرية الصادرة يوم الأربعاء 13 ربيع الثاني عام 1409 هـ الموافق 23 نوفمبر 1988 م، ع48، س25، ص1599-1600.

⁽²⁾ والدول العربية التسعة هي: الجمهورية السورية، الجمهورية اللبنانية، المملكة الأردنية الهاشمية، سلطنة عمان، الجمهورية مصر العربية، الجماهيرية الليبية سابقا، الإمارات العربية المتحدة، المملكة المغربية، والمملكة العربية السعودية.

وقد حدد أعضاء المجموعة التأسيسية لهذا الاتحاد والتي تضم عددا من القضاة ورجال قانون، وفقهاء، وخبراء في تقنيات المعلومات والاتصالات أهداف الاتحاد والمتمثلة في⁽¹⁾:

-التعريف بالتحكيم الإلكتروني من خلال نشر الوعي والقيام بحركة تثقيف اجتماعية وقانونية واقتصادية بشأنه في وسط المجتمعات العربية.

-إعداد الدراسات والبحوث حول التجارة الإلكترونية والمعاملات والعقود الرقمية وعلاقتها بالتحكيم الإلكتروني.

-إعداد ومتابعة التجمعات العلمية والأكاديمية وحضور المؤتمرات والندوات المتعلقة بالتحكيم الإلكتروني، إضافة إلى تقديم الدعم العلمي للمؤسسات والأفراد وكل من له مصلحة في هذا المجال.

-تنمية الكوادر البشرية في مجال التحكيم الإلكتروني، ومتابعة التقارير والدراسات والبحوث في مجال دراسة التحكيم الإلكتروني والعمل على تشجيعها.

هذا ويجوز للجمعية العامة للاتحاد العربي للتحكيم الإلكتروني إدخال ما تراه من تعديلات على هذه الأهداف لتتماشى وتطور الاتحاد.

وعليه يتضح جليا أن الدول العربية كما أدركت أهمية التحكيم التقليدي من خلال عقدها لعدد من الاتفاقيات البيئية⁽²⁾ بشأنه، إضافة إلى انضمام معظمها إلى الاتفاقية الدولية المنعقدة بشأنه على غرار اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها⁽³⁾، فها هي تدرك أهمية التحكيم الإلكتروني بإنشائها لهذا الاتحاد، وهذا يثبت أن الدول العربية ليست بمنأى عن

⁽¹⁾ -لمزيد من المعلومات عن الاتحاد وأهدافه ونشاطاته، يرجى مراجعة: عبد الصبور عبد القوي علي مصري: التنظيم القانوني للتحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 58-63، تغطية بعنوان: تأسيس الاتحاد العربي للتحكيم الإلكتروني، مقدمة من منتدى كلية الحقوق على الموقع الإلكتروني: <http://www.f-law.net/law/threads/1599>، آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2015/12/2م.

⁽²⁾ -تمثل أهم الاتفاقيات التي عقدها الدول العربية فيما بينها والمتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي في: -اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية، ومواطني الدول العربية الأخرى لسنة 1974، -الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية التي أصبحت سارية المفعول منذ سبتمبر 1985م، -اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987، -اتفاقية تنفيذ الأحكام لسنة 1952، -واتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة 1983. وهذه الاتفاقيات وإن كان أغلبها لا يتضمن إشارة إلى التحكيم في العنوان، فإن نصوصه تتضمن النص عليه صراحة، أو حتى الإشارة إليه بشكل ضمني. وللإطلاع على ما تضمنته هذه الاتفاقيات بشأن التحكيم يرجى الرجوع إلى: ليندة بومحراث: التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، مرجع سابق، ص 133-143.

⁽³⁾ -حيث انضمت إلى هذه الاتفاقية إلى غاية 30 أوت 1997، 10 دول عربية. انظر: ليندة بومحراث: التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، مرجع سابق، الملحق رقم 4، ص 230-236.

التطورات الحاصلة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وانعكاساتها على المجال التجاري ومن ثم ظهور التجارة الإلكترونية التي بدأت بداية محتشمة في هذه الدول، غير أن الواقع يثبت أنها تطورت بشكل ملفت للنظر ولم يكن حتى متوقعا سواء على المستوى البيئي أم على مستوى علاقاتها بالدول الغربية.

غير أن الباحثة ترى أن الدول العربية لازالت في حاجة إلى الاجتهاد أكثر في هذا المجال، ذلك أنه حتى بالنسبة للاتحاد العربي للتحكيم الإلكتروني نجده تكون من تسع دول عربية وهذا عدد غير كاف بالنسبة لعدد الدول العربية، خاصة وأن الدول التي غابت عنه لها ثقل على الساحة العربية كتونس التي تعتبر أولى الدول العربية من حيث إصدار قانون خاص بالمعاملات الإلكترونية، وكذلك الجزائر التي وإن تأخرت في إصدار قانون خاص بالمعاملات الإلكترونية إلا أن نسبة زيادة عدد المتعاملين عبر شبكة الإنترنت الدولية وانتشار هذه التقنية، واستعمالها في المجال التجاري تشير إلى أن انضمامها لهذا الاتحاد سيسهل إضافة قوية له، وكذلك شأن بقية الدول الغائبة، هذا من جهة.

ومن جهة ثانية فإن الباحثة لم تقف على وجود ممارسة فعلية لنشاطات هذا الاتحاد على أرض الواقع، ذلك أن حتى مراكز التحكيم على مستوى الوطن العربي لا تقدم حتى كتابة هذه الأسطر خدمة التحكيم الإلكتروني، حيث قامت الباحثة مثلا بزيارة مركز القاهرة للتحكيم التجاري⁽¹⁾ واستفسرت عما إذا كان المركز يمارس التحكيم الإلكتروني وكانت الإجابة بالنفي، كما أنها اتصلت بمركز التحكيم لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي⁽²⁾ مستفسرة عن الأمر ذاته وكانت الإجابة أيضا بالنفي.

وعليه ترى الباحثة أن الدول العربية وإن أدركت أهمية التحكيم الإلكتروني، فإن عليها تكثيف الجهود للاستفادة من مزاياه وذلك من خلال تفعيل الاتحاد العربي للتحكيم الإلكتروني، وتوسيع دائرة الدول المنضمة إليه لتشمل جميع الدول العربية، كما أنها مطالبة أيضا بعقد اتفاقيات سواء فيما بينها، أو على المستوى الدولي من أجل إزالة العقبات أمام الاعتراف بأحكام التحكيم الإلكتروني وتنفيذها شأنها في ذلك شأن أحكام التحكيم التقليدية.

ثانيا: نطاق تطبيق التحكيم الإلكتروني

قبل بيان نطاق التحكيم الإلكتروني والذي نعني به التصرفات التي يمكن للمنازعات الناشئة عنها

(1) - كانت الزيارة بتاريخ فيفري 2012.

(2) - تتواصل الباحثة بشكل دائم مع المركز من خلال المكلفة بالاتصال في المركز إيمان عيسى، كما تتحصل الباحثة على أخبار المركز من خلال الدورية التي يصدرها والتي تصلها إلكترونيا إضافة إلى إعلانات المركز عن المنتقيات والندوات التي يعقدها المركز.

أن تفصل عن طريقه، يتوجب على الباحثة بداية الإشارة إلى المسائل التي يجوز فيها التحكيم بوجه عام سواء على مستوى الفقه الإسلامي أو على مستوى القانون الوضعي، ذلك أن التحكيم تقليدياً كان أم إلكترونيًا، يعد طريقاً بديلاً لتسوية المنازعات، أما الطريق الأصلي فهو قضاء الدولة، لذلك فمن البديهي أن لا تسمح الدولة بخضوع كل القضايا في جميع المجالات للتسوية بطريق التحكيم لا القضاء، لأن هناك بعض المسائل التي تعتبر من القضايا التي تمس بكيان الدولة والمصلحة العامة للأفراد ومن ثم فلا يمكن التنازل عن اختصاص قضاء الدولة في تسوية منازعاتها حفاظاً على المصلحة العامة. لذلك ستبين الباحثة نطاق التحكيم في الفقه الإسلامي ثم في القانون الوضعي، ثم تنتقل لبيان نطاق التحكيم الإلكتروني على النحو الآتي:

1- نطاق التحكيم في الفقه الإسلامي:

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد النطاق الموضوعي للتحكيم إلى أربعة آراء يمكن إيجازها في الآتي:

- أ- **الرأي الأول:** وهو رأي فقهاء الحنفية الذين ذهبوا إلى أن التحكيم لا يجوز في الحدود الواجبة حقاً لله تعالى وهذا باتفاق الروايات، وعللوا مذهبهم هذا بعدة حجج منها⁽¹⁾:
- 1- أن الإمام هو المتعين لاستيفاء الحدود، لأنها حق لله تعالى.
- 2- أن حكم المحكم بمنزلة الصلح، والحدود لا يجوز الصلح فيها، ومن ثم لا يجوز فيها التحكيم أيضاً.
- 3- أن حكم المحكم ليس حجة في حق غير المحكمين إليه، فكانت فيه شبهة والحدود لا تستوفي بالشبهات.

كما ألقوا اللعان بالحدود، لأنه قائم مقام الحد، قال السرخسي⁽²⁾: « وليس ينبغي للحكم أن يقضي في إقامة حد، أو تلاعن بين الزوجين؛ لأن اصطلاح الخصمين على ذلك غير معتبر، وما يحكم

(1)- انظر: الكمال بن الهمام: فتح القدير، مرجع سابق، 318/7، الزيلعي: تبين الحقائق، مرجع سابق، 193/4، داماد أفندي: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، د. ط، لبنان، بيروت، دار إحياء التراث العربي، د. ت، 174/2.

(2)- **السرخسي:** حمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر السرخسي كان إماماً علامة حجة متكلماً فقيهاً أصولياً مناظراً، لزم الإمام شمس الأئمة أبا محمد عبد العزيز الحلواني حتى تخرج به وصار، انظر أهل زمانه المبسوط نحو خمسة عشر مجلداً وهو في السجن بأوزجند محبوس. أبو محمد محيي الدين القرشي: الجواهر المضية في طبقات الحنفية، مرجع سابق، 28 / 2، رقم 85، أبو الفداء زين الدين أبو العدل قاسم بن قُطْلُوبغا السودوي: تاج التراجم، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف، ط 1، دمشق، دار القلم، (1413هـ-1992م)، 235-234/1.

به بمنزلة اصطلاح الخصمين عليه، وهذا؛ لأن إقامة الحدود واللعان بين الزوجين في حق الشرع فلا يستحق فيه إلا من يعين ثانياً وعليه استيفاء حقوق الله تعالى وهم القضاة والأئمة»⁽¹⁾.

أما بالنسبة للكذب فكان لهم فيه قولان، الأول أن التحكيم يجوز في الكذب وقيل إنه قول ضعيف في المذهب، والثاني أن التحكيم لا يجوز في الكذب لأن الغالب فيه حق الله تعالى على الأصح⁽²⁾. وكذلك الأمر بالنسبة للقصاص، حيث ذهب بعض الحنفية إلى جواز التحكيم فيه، لأنه من حقوق العباد وقد ضعف ابن نجيم هذا الرأي⁽³⁾.

بينما ذهب جمع من الحنفية⁽⁴⁾ إلى عدم جواز التحكيم في القصاص لأنه كالحودود لا يجوز استيفاؤه بالصلح، فلا يجوز فيه التحكيم⁽⁵⁾.

على أن تخصيص الحدود بعدم الجواز، يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات من حقوق العباد كالأموال، والطلاق، والعتاق⁽⁶⁾، وعليه يتضح أن الحنفية يمنعون التحكيم في الحدود والقصاص واللعان، ويجزونه في الأموال والطلاق والعتاق ونحوها، إلا أنهم مع قولهم بصحة التحكيم في جميع هذه القضايا، تشير كتب الفقه إلى أن شيوخ الحنفية امتنعوا عن الفتوى بذلك، وقالوا: «هذا الفصل يعلم ولا يفتى به كي لا يتحاسر العوام على ذلك، فيقل الاحتياج إلى القاضي، فلا يبقى لحكام الشرع رونق، ولا للمحكمة زينة وجمال»⁽⁷⁾.

ب-الرأي الثاني: ذهب فقهاء المالكية إلى أن التحكيم لا يجوز إلا في الأموال والجراح، فلا يقيم المحكم حداً، ولا يلاعن بين الزوجين، ولا يحكم في قصاص أو كذب أو طلاق أو عتاق أو نسب أو

(1) -السرخسي: المبسوط، مرجع سابق، 111/16.

(2) -انظر: ابن عابدين: الدر المختار، مرجع سابق، 429/5.

(3) - فقد جاء في البحر الرائق: «وما في المحيط من جوازه فيه باعتبار أنه من حقوق العباد ضعيف رواية ودراية القصاص لم يتمحض حق العبد بل هو من قبيل ما اجتمع فيه الحقان وإن كان الغالب حق العبد بدليل منع شهادة النساء فيه وكتاب القاضي إلى القاضي وقد كتبنا في الفوائد أنه كالحودود إلا في مسائل منها أن للقاضي أن يقضي به بعلمه». ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، 26/7.

(4) -منهم أبو حنيفة، والخشاف، وابن نجيم وجمع من أئمة الحنفية. انظر: ابن نجيم: البحر الرائق، مرجع سابق، 26/7.

(5) -قال الخشاف: «حد الكذب والقصاص لا يجوز استيفاءهما بالصلح ويعقد ما فلا يجوز التحكيم فيهما». الخشاف: شرح أدب القاضي، مرجع سابق، ص 483.

(6) -انظر: الشيخ نظام: الفتاوى الهندية، 4، بيروت، دار إحياء التراث العربي، د.ت، 397/3.

(7) -أبو بكر أحمد بن عمر الخشاف: شرح أدب القاضي، شرح: عمر بن عبد العزيز، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني وأبو بكر محمد الهاشمي، ط 1، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، (1414هـ-1994م)، ص 484، وقريب من هذا عند: ابن نجيم: البحر الرائق، مرجع سابق، 26/7.

ولاء⁽¹⁾، وعللوا رأيهم هذا بقولهم: «إنما امتنع التحكيم في تلك الأمور لأن فيها حقاً لغير الخصمين إما لله تعالى كالطلاق والعتق أو لآدمي وهو الولد في اللعان وفي النسب والولاء حق لمن يأتي بعد»⁽²⁾، أي أن التحكيم ممتنع في الأمور السابقة لأنه يسري إلى غير المحتكمين، ومن يسري ذلك إليه لم يرض بحكم الحكم المختار⁽³⁾.

ومن ثم يتضح أن فقهاء المالكية يمنعون التحكيم في كل ما هو حق لله تعالى، وفي كل ما استلزم إثبات حكم أو نفيه لغير طريقي خصومة التحكيم.

ومع هذا فقد قرر المالكية أن كل الأمور التي لا يجوز التحكيم فيها، إذا حصل وحكم المحكم «فيها بغير الجور نفذ حكمه وينهى عن العود لمثله، ولو أقام ذلك بنفسه فقتل أو اقتص أو ضرب الحد، أدب وزجر ومضى ما كان صواباً من حكمه وصار المحدود بالقذف محدوداً والتلاعن ماضياً»⁽⁴⁾.

ج- الرأي الثالث: وهو مذهب الشافعية الذين ذهبوا إلى أن الأحكام بالنسبة للتحكيم تنقسم لثلاثة أقسام:

«قسم يجوز فيه التحكيم: وهو حقوق الأموال، وعقود المعاوضات، وما يصح فيه العفو والإبراء.

- وقسم لا يجوز فيه التحكيم، وهو ما اختص القضاة بالإجبار عليه من حقوق الله تعالى والولايات على الأيتام وإيقاع الحجر على مستحقه.

- وقسم مختلف فيه وهو أربعة أحكام: النكاح واللعان والقذف والقصاص. ففي جواز التحكيم فيها وجهان: أحدهما: يجوز لوقوفها على رضا المتحاكمين، والثاني: لا يجوز لأنها حقوق وحدود يختص الولاية بها»⁽⁵⁾.

ومع هذا فهناك من الشافعية من ذهب إلى أن التحكيم يجوز في اللعان والقذف، ولا يجوز في النكاح والقصاص، كما أن منهم من يرى جواز التحكيم في جميع الأحكام وهو ما نقله صاحب

(1) - انظر: ابن فرحون: تبصرة الحكام، مرجع سابق، 62/1.

(2) - وهو قول اللخمي. القرابي: الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1994م، 37/10.

(3) - انظر: أحمد بن يحيى الونشريسي: عدة البروق، ط2، بيروت، دار المغرب الإسلامي، (1410هـ-1990م)، ص484.

(4) - ابن فرحون: تبصرة الحكام، مرجع سابق، 62/1-63.

(5) - الماوردي: الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق: علي محمد عوض، عادل أحمد عبد الموجود، ط1، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، (1419هـ-1999م)، 326-325/16.

المهذب حيث قال: «واختلف أصحابنا فيما يجوز فيه التحكيم فمنهم من قال يجوز في كل ما تحاكم فيه الخصمان كما يجوز حكم القاضي الذي ولاه الإمام»⁽¹⁾.

د-الرأي الرابع: وهو مذهب الحنابلة، الذين يرون أن التحكيم يجوز في كل الأحكام دون استثناء⁽²⁾، فحكم المحكم نافذ في المال والقصاص والحد والنكاح واللعان وغيرها، حتى مع وجود قاض، فهو كحكم الإمام⁽³⁾. ومع هذا فإن هناك من الحنابلة من يرى أن التحكيم جائز في كل الأحكام عدى أربعة هي: النكاح، واللعان، والقذف، والقصاص، فهذه لا ينفذ فيها حكم المحكم وعلّة ذلك أن «لهذه الأحكام مزية على غيرها، فاختص الإمام بالنظر فيها، ونائبه يقوم مقامه»⁽⁴⁾.

وعليه يتضح أن التحكيم في الفقه الإسلامي يجوز في المسائل المتعلقة بالأموال وعقود المعاوضات باتفاق الفقهاء، ولا يجوز في الحدود والقصاص واللعان عند الجمهور، وقد وضع المالكية ضابطا لتحديد المسائل التي يجوز فيها التحكيم والمسائل التي لا يجوز فيها، مفاده منع التحكيم في كل ما هو حق لله تعالى، وما استلزم فيه الحكم إثبات حكم أو نفيه عن غير طرفي التحكيم، أي ممن لا ولاية للمحكم عليهم. وهذا ضابط جدير بالاتباع.

2- نطاق التحكيم في القانون الوضعي:

بالنسبة لتحديد نطاق التحكيم في القانون الوضعي، نجد أن معظم أنظمة العالم قد اعترفت للأفراد بحقهم في اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الناشئة عن الحقوق التي يكون لهم حق مطلق في التصرف فيها، وهي عادة المنازعات التي يجوز لهم الصلح فيها، ومن ثم لا يجوز للأفراد اللجوء إلى التحكيم في كل الحقوق المتعلقة بالنظام العام، أو بحالة الأشخاص وأهليتهم، وتمثل هذه الأنظمة بـ: "القانون الجزائري" حيث نص المشرع الجزائري في المادة 1/1006 و2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: «يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها. لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم»⁽⁵⁾.

⁽¹⁾—أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، د.ط، د.ب، دار الكتب العلمية، د.ت، 378/3-379.

⁽²⁾—وهو ظاهر قول الإمام أحمد كما قال الخطاب. انظر: ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، 95/10.

⁽³⁾—البهوتي: كشاف القناع، مرجع سابق، 308/6.

⁽⁴⁾—ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، 95/10.

⁽⁵⁾—القانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ الموافق 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع 21، س 45، ص 90.

ومن ثم فإن القوانين الوضعية تميز التحكيم في المسائل التي يجوز الصلح فيها، ولا تجيزه في المسائل المتعلقة بالنظام العام، وإن كانت هذه الأخيرة يكتنفها بعض الغموض نظرا لعدم وجود اتفاق بشأن تحديد مفهوم دقيق للنظام العام.

وعليه يمكن القول أن هناك اتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في أن هناك بعض المسائل التي لا يجوز تسوية ما ينشأ عنها من منازعات بطريق التحكيم، وذلك لكونها من الأمور التي لا ترقى إرادة الطرفين إلى الإنفراد بها، أو لتعلق حق الغير بها، فولاية التحكيم في كلا النظامين تعتبر ولاية قاصرة إذا ما قورنت بولاية القضاء العام.

كما أنه وإن وجد اختلاف بين النظامين في تحيد المسائل القابلة للتحكيم، فإن ما يهم الباحثة هو أن التحكيم في المسائل المالية ومنها عقود التجارة الإلكترونية محل هذه الدراسة جاز في كلا النظامين لأنها من الحقوق التي للأطراف حق مطلق في التصرف فيها، كما أنها ليست حقا خالصا لله تعالى، ولا تتعلق غالبا بالنظام العام في الدولة.

3- نطاق التحكيم الإلكتروني:

وبعد أن تبين نطاق التحكيم بوجه عام، يتوجب على الباحثة بيان نطاق التحكيم الإلكتروني والذي يشترك مع التحكيم بوجه عام في المسائل التي يمكن أن تكون محلا للتحكيم والمسائل التي لا يمكن أن تكون محلا له، فإنه يختلف معه في المسائل التي يمكن أن تسوى منازعاتها عن طريق التحكيم الإلكتروني، فهي كل المسائل التي يجوز فيها التحكيم، أم أن هناك بعض المسائل التي يجوز فيها التحكيم بوجه عام غير أنها لا تصلح أن تكون محلا للتحكيم الإلكتروني؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تبدأ من التعريف الإجرائي الذي اختارته الباحثة للتحكيم الإلكتروني والذي مفاده أن: «التحكيم الإلكتروني هو ذلك التحكيم الذي يتفق بموجبه الأطراف على إخضاع منازعاتهم الناشئة عن صفقات أبرمت، في الغالب الأعم بوسائل إلكترونية، إلى شخص ثالث يفصل فيها بموجب سلطة مستندة ومستمدة من اتفاق أطراف النزاع، وباستعمال وسائل اتصال حديثة تختلف عن الوسائل التقليدية المستخدمة في التحكيم التقليدي في كامل مراحلها».

فمن خلال هذا التعريف وتحديد من خلال عبارة "إخضاع منازعاتهم الناشئة عن صفقات أبرمت، في الغالب الأعم بوسائل إلكترونية"، يتضح أن التحكيم الإلكتروني يجوز في كل المنازعات الناشئة عن صفقات تجارية، وهي المنازعات التي يجوز فيها التحكيم بوجه عام في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، غير أن إضافة عبارة "في الغالب الأعم بوسائل إلكترونية" تشير بشكل ضمني إلى

أن أغلب المنازعات التي تكون محلا للتحكيم الإلكتروني هي منازعات ناشئة عن تصرفات أبرمت بذات الوسيلة التي يتم من خلالها هذا التحكيم، وهي الوسيلة الإلكترونية والتي تمت الإشارة إلى أنها في الغالب تكون الشبكة الدولية للاتصالات أي الإنترنت على اعتبار أنها أحدث الوسائل الإلكترونية في عصرنا الحالي.

وعليه فإنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون التحكيم الإلكتروني طريقا بديلا لتسوية منازعات ناشئة عن تصرفات أبرمت بشكل تقليدي، إلا أن الواقع أثبت وجود صعوبات كثيرة تعترض إمكانية تسوية هذه المنازعات عن طريق التحكيم الإلكتروني، وذلك راجع لعدم تناسب طبيعة تلك التصرفات مع طبيعة هذا التحكيم، حيث نجد أن الأولى تعتمد أساسا على مستندات ورقية يمكن الاطلاع عليها بشكل مادي ولملموس، بينما تقوم كل المعاملات الإلكترونية ومن بينها التحكيم الإلكتروني على اللاورقية، ومن ثم يتضح أنه ستكون هناك صعوبات في تقديم حكم التحكيم للتنفيذ في شكله الإلكتروني، بالنسبة لتصرف يشترط إثباته بمستندات ورقية موقعة بالطرق التقليدية (الختم والتوقيع اليدوي).

وعلى هذا الأساس وتفاديا لهذه الصعوبات التي لن تؤثر على صفقة بعينها، بقدر ما ستؤثر على مصداقية وأهمية التحكيم الإلكتروني ترى الباحثة أنه يستحسن حصر مجال التحكيم الإلكتروني في المنازعات الناشئة عن التصرفات المبرمة إلكترونيا لتوافق طبيعتها مع طبيعة هذا التحكيم لقيامها على الأسس والمفاهيم ذاتها.

ومن ثم فإنه يمكن تحديد نطاق التحكيم الإلكتروني من خلال بيان طبيعة المنازعات الناشئة في البيئة الإلكترونية.

بالنظر إلى استعمالات الوسائل الإلكترونية الحديثة وبصفة خاصة الشبكة الدولية للمعلومات أي الإنترنت، والتي تمت الإشارة إليها منذ بداية هذه الأطروحة يتضح أن هناك نوعان من المنازعات التي تنشأ في العالم الافتراضي، الأولى منازعات ذات أساس تعاقدي، والثانية منازعات ذات أساس غير تعاقدي. وهو ما ستوضحه الباحثة من خلال الآتي:

1- المنازعات الإلكترونية ذات الأساس التعاقدي:

تقدم أن التجارة الإلكترونية يمكن أن تتخذ عدة أشكال⁽¹⁾، غير أن أهم تلك الأشكال هي

(1) - راجع الفصل التمهيدي لهذه الأطروحة.

التجارة الإلكترونية التي تتم بين تاجر وتاجر أو مؤسسة أعمال وأخرى والتي يرمز لها عاد بالرمز (B₂B)، والتجارة الإلكترونية التي يكون أحد أطرافها مستهلكا والطرف الثاني تاجرا أو مؤسسة أعمال والتي يرمز لها عادة بـ (B₂C)، حيث تعتبر الطائفة الأولى عقودا تجارية صرفة، بينما تعد الطائفة الثانية عقودا مختلطة، فهي تجارية بالنسبة للتاجر أو مؤسسة الأعمال، ومدنية بالنسبة للمستهلك الذي يكون عادة لا علاقة له بالمجال التجاري.

ومن ثم فإن المنازعات الإلكترونية ذات الأساس التعاقدية، هي:

- إما منازعات ناشئة عن عقود تجارية بين التجار (B₂B): ويمكن التمثيل لها بالعقود المبرمة بين المنشآت التجارية المستخدمة للشبكة الدولية للاتصالات (الإنترنت) فيما يعرف بالتاجر الافتراضية، سواء أكانت عقودا مفتوحة لكل المنشآت دون تحديد، أو عقودا مغلقة على طائفة معينة من هذه المنشآت كالعقود المبرمة بين شركات ووكالات الطيران، أو بين شركات السيارات ووكلائها، فهذه العقود تشبه العقود التجارية المبرمة بين تجار الجملة وتجار التجزئة في المعاملات التقليدية.

ومنازعات هذه العقود عادة ما تتعلق بالكلفة، أو الالتزام بشرط الاتفاقيات المبرمة بين الشركات، أو الاختلاف حول سعر ونوع وكمية البضاعة، أو موعد التسليم... كما قد تنشأ عن هذه العقود منازعات ذات أساس غير تعاقدي كتلك المنازعات المتعلقة بالمنافسة غير المشروعة، أو إفشاء الأسرار التجارية، أو الاعتداء على أمن المعلومات...⁽¹⁾.

- وإما منازعات ناشئة عن عقود ذات طبيعة مختلطة (B₂C): وهذه العقود تبرم بين التاجر (أو مؤسسة الأعمال) والمستهلك من خلال شبكة الإنترنت، إذ كان من انعكاسات تكنولوجيا المعلومات والاتصالات على المجال التجاري، إمكانية تصريف المنتج أو الخدمة إلى المستهلك بصفة مباشرة من خلال مواقع المتاجر على الشبكة.

فالمستهلك بإمكانه الحصول على ما يريد من سلع وخدمات بطريقة إلكترونية، يستوي في ذلك أن يكون المنتج أو الخدمة إلكتروني أو مادي، وعلى الرغم من أن أغلب العقود التجارية التي تتم بين التاجر والمستهلك تكون قليلة القيمة لأنها عادة ما تكون كتب، أو أغاني أو أفلام أو سلع ذات ثمن منخفض كأدوات الكهرومنزلية البسيطة، أو الكتب، إلا أن هذه العقود لا تخلو من المنازعات والتي تتمثل عادة في تعرض المستهلك للغش والخداع، إذ كثيرا ما يلجأ المنتج أو المهني في سبيل تسويق

⁽¹⁾ -انظر: رجاء نظام حافظ بن شمس: الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني دراسة مقارنة، أطروحة ماجستير، جامعة النجاح، كلية الدراسات العليا، 2009م، ص 31-33.

منتجاته وتحقيق هامش أكبر من الربح، إلى إيها المستهلك بوجود مزايا غير حقيقية في تلك السلع، أو عدم الاهتمام بتوفير متطلبات الأمن والسلامة فيها⁽¹⁾، وهذا على الرغم من وجود قوانين هدفها تحقيق الحماية لهذا الطرف الذي يعد الطرف الضعيف في العملية التعاقدية، فقد تقدم أن حماية المستهلك تعتبر قيوداً من القيود الواردة على قانون الإرادة.

وعليه نجد أن كثيراً من الآراء لا ترى في التحكيم الإلكتروني طريقاً مثالياً لتسوية المنازعات في العقود الاستهلاكية؛ لأنه قد يكون مطية لتهرب المهني من القواعد الآمرة التي تتضمنها قوانين حماية المستهلك.

غير أن هذا الرأي وإن كان فيه جانباً من الصواب، إلا أن التحكيم الإلكتروني يبقى ذو أهمية في هذه العقود شأنها في ذلك شأن العقود التجارية بصفة عامة، ذلك أن المحكم لا يستطيع أن يهمل المصلحة العامة، فهو يهدف إلى تحقيق مصالح وأهداف المجتمع الدولي ككل بما فيها مصلحة المستهلك، كما أن المرونة الممنوحة له في تطبيق ما يراه مناسباً من قواعد تضمن مصالح هذا المستهلك قد تجعله يحقق الحماية له أكثر من القاضي، هذا من جهة.

ومن جهة ثانية، فإن التحكيم الإلكتروني من شأنه أن يمكن المستهلك من اقتضاء حقه، على عكس اللجوء إلى القضاء الذي قد يرى فيه مضيعة للجهد والوقت من أجل صفقة زهيدة القيمة، الأمر الذي قد يجعله يتنازل عن حقه الذي لا يراه ذا قيمة مقابل ما سيتكبد من عناء.

2- المنازعات الإلكترونية ذات الأساس غير التعاقدية:

إن الصفة العالمية لشبكة الإنترنت جعلتها تحقق للمتعاملين في جميع المجالات مزايا كثيرة وكثيرة جداً، لم تكن متوقعة، إلا أن هذه الميزة أيضاً أدت إلى ظهور العديد من المنازعات المتعلقة بالملكية الفكرية والصناعية والمنافسة غير المشروعة لم تكن لتخطر على بال من أوجد هذه الشبكة.

ومن ثم فإلى جانب المنازعات الناشئة عن العقود التجارية أو العقود المختلطة المشار إليها أعلاه، ظهر نوع آخر من المنازعات هي ما يعرف بالمنازعات ذات الأساس غير التعاقدية، وهي منازعات لا تنشأ عن عقد ما، وإنما تنشأ عن التعامل في البيئة الإلكترونية بصفة عامة، على أن أكثر هذه المنازعات شيوعاً، هي المنازعات المتعلقة بـ"عناوين المواقع الإلكترونية"، حيث تشكل هذه الأخيرة أكثر المنازعات غير التعاقدية التي يلجأ طرفيها للتحكيم الإلكتروني لتسوية منازعاتها.

(1) -قريب من هذا عند: أسامة أحمد بدر: حماية المستهلك الإلكتروني، مرجع سابق، ص 77.

فعلى الرغم من وجود هيئة دولية تسهر على تنظيم عناوين المواقع الإلكترونية من حيث طريق التسمية والتسجيل وغيرها وهي هيئة تحديد الأسماء والأرقام عبر الإنترنت والتي تعرف اختصاراً بـ"الأيكان" (ICANN)، فإن هناك منازعات كثيرة تظهر بشكل مستمر في هذا المجال لعل أبرزها المنازعات المتعلقة بتسجيل اسم موقع متطابق مع علامة تجارية⁽¹⁾، أو متشابه معها.

وبعد بيان مضمون كل من المنازعات ذات الأساس التعاقدية، والمنازعات ذات الأساس غير التعاقدية يتضح جلياً أن ما يهم هذه الدراسة هو المنازعات الإلكترونية ذات الأساس التعاقدية. لتعلقها بالتجارة الإلكترونية محل الدراسة، أما المنازعات ذات الأساس غير التعاقدية فهي وإن تعلقت بالدراسة من جانب أن التجارة الإلكترونية تتم أساساً عبر المواقع الإلكترونية التي قد تحدث نزاعات كثيرة بشأن تسميتها والاعتداء عليها، وهو ما يقال أيضاً بالنسبة للبريد الإلكتروني، إلا أن هذا الارتباط يعد ارتباطاً ضعيفاً بالمقارنة مع عقود التجارة الإلكترونية التي تعد أساس الدراسة.

مما تقدم يمكن القول أن ماهية التحكيم الإلكتروني قد تحددت من خلال بيان مفهومه، إضافة إلى تحديد خصائصه وأهميته، ونطاق تطبيقه، وتبقى الحاجة ملحة إلى بيان كيفية اعتماده لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية، وهو ما ستيبنيه الباحثة من خلال المبحث الموالي.

⁽¹⁾—ومن نماذج القضايا التي رفعت إلى مركز التحكيم والوساطة للويو المتعلقة بهذا الشأن، القضية التي رفعتها شركة (Toyota) للسيارات ضد الموقع: www.toyota.com الذي قام بالاعتداء على العلامة التجارية الشهيرة للشركة، حيث سجل موقعا متطابقا معها، وكذلك الحال بالنسبة لكل من العلامة التجارية الشهيرة (adidas) لشركة للألبسة الرياضية، والعلامة التجارية الشهيرة لشركة (Pepsi Cola). لمزيد من التفصيل يرجى الاطلاع على: رجاء نظام حافظ: الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص42-44، وموقع مركز الويو للتحكيم والوساطة على الشبكة المشار إليه سابقاً، حيث سجلت المنازعات المتعلقة بأسماء المواقع الإلكترونية ما نسبته 84% من القضايا المعروضة على التحكيم الإلكتروني من خلال هذا المركز.

المبحث الثاني: الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني

لما كان التحكيم بوجه عام هو طريق بديل لتسوية المنازعات قوامه تنازل أطراف الخصومة عن اللجوء إلى قضاء الدولة المختص أصلاً بتسوية ما ينشأ من منازعات في دائرة اختصاصه، كان لا بد وقبل اللجوء إلى هذا الطريق من وجود ما يثبت رضا الأطراف بالتنازل عن هذا الحق، وهو ما يعرف بـ"اتفاق التحكيم" الذي يثبت اتجاه إرادة الأطراف إلى اللجوء إلى التحكيم كطريق بديل لتسوية ما نشأ أو سينشأ بينهما من منازعات.

ومن ثم فإن اتفاق التحكيم هو نقطة البداية الأساسية في اللجوء إلى التحكيم إلكترونياً كان أم تقليدياً، لذا لا بد من تناوله بالدراسة تمهيداً لمعرفة الأسس العامة للتحكيم الإلكتروني بداية من تشكيل الهيئة التحكيمية والإجراءات المتبعة أمامها، وصولاً إلى كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على كل من إجراءات العملية التحكيمية وموضوع النزاع محل التحكيم.

وهو ما سنتناوله الباحثة من خلال هذا المبحث، حيث سنتناول اتفاق التحكيم الإلكتروني (وهذا في مطلب أول)، ثم سنتناول الأسس العامة للتحكيم الإلكتروني (وهذا في مطلب ثان).

المطلب الأول: اتفاق التحكيم الإلكتروني

انطلاقاً من أن اتفاق التحكيم الإلكتروني هو الخطوة الأولى التي من شأنها تمكين الأطراف من إحالة ما نشأ أو ما قد ينشأ بينهما من منازعات على التحكيم الإلكتروني للفصل فيه بدل قضاء الدولة، فإنه يتوجب على الباحثة دراسته من خلال بيان مفهومه (وهذا في فرع أول)، ثم تحديد الشروط الواجب توافرها فيه (وهذا في فرع ثان).

الفرع الأول: مفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني

حتى يتسنى تحديد مفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني فإنه يتعين على الباحثة تحديد تعريف دقيق له مع بيان طبيعته القانونية (أولاً)، ثم بيان صورته وموقف الفقه الإسلامي من هذه الصور (ثانياً).

أولاً: تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني وبيان طبيعته القانونية

يحتاج اتفاق التحكيم الإلكتروني على اعتبار أنه أساس اللجوء إلى هذا الطريق من طرق التسوية البديلة إلى إيجاد تعريف إجرائي له، مع تحديد طبيعته القانونية حتى يتسنى للباحثة فيما بعد بيان مختلف الأحكام المتعلقة به، وهذا طبعاً دون إغفال تحديد موقف الفقه الإسلامي منه.

1- تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني:

تقدم أن التحكيم الإلكتروني لا يختلف عن التحكيم التقليدي إلا من حيث الوسيلة التي يبرم من خلالها والتي تعطيه شيئاً من الخصوصية، ومن ثم فإنه وحتى يتحدد تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني، يجب الانطلاق من تعريف اتفاق التحكيم بوجه عام.

أ- تعريف اتفاق التحكيم بوجه عام:

انطلاقاً من الأهمية التي يكتسبها اتفاق التحكيم على اعتبار أنه يعبر عن إرادة أطراف النزاع في إحالة نزاعهم على التحكيم للفصل فيه بدل القضاء، فقد حظي بتعريفات كثيرة على المستويين التشريعي والفقهية، ومن هذه التعريفات نذكر على سبيل المثال لا الحصر:

1°- التعريف التشريعي لاتفاق التحكيم:

على تعريف اتفاق التحكيم لأنه يعد حلقة ضرورية للتحويل من القضاء إلى نظام التحكيم ومن أهم هذه التشريعات:

1°- قانون اليونسسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985: وقد عرف هذا

القانون اتفاق التحكيم بموجب مادته 07 حيث جاء فيها: «اتفاق التحكيم» هو اتفاق بين الطرفين على أن يجيلا إلى التحكيم جميع أو بعض ما نشأ أو ما قد ينشأ من نزاعات بشأن علاقة قانونية محددة، سواء أكانت تعاقدية أم غير تعاقدية»⁽¹⁾.

⁽¹⁾ - تجدر الإشارة إلى أن قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت سنة 2006، قد تضمن اختيارين لنص المادة 07، حيث جاء النص في الاختيار الأول كالآتي: «1- اتفاق التحكيم» هو اتفاق بين الطرفين على أن يجيلا إلى التحكيم جميع أو بعض ما نشأ أو ما قد ينشأ من نزاعات بشأن علاقة قانونية محددة، سواء أكانت تعاقدية أم غير تعاقدية. ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق مستقل. 2- يتعين أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً. 3- يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا كان محتواه مدوناً في أي شكل، سواء أكان أم لم يكن اتفاق التحكيم أو العقد أبرم شفويًا أو بالتصرف أو بوسيلة أخرى، 4- يستوفي اشتراط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً بواسطة خطاب إلكتروني إذا كانت المعلومات الواردة فيه متاحة بحيث يمكن الرجوع إليها لاحقاً؛ ويقصد بتعبير "الخطاب الإلكتروني" أي خطاب يوجهه الطرف بواسطة رسالة البيانات؛ ويقصد بتعبير "رسالة البيانات" المعلومات المنشأة أو المرسلّة أو المتلقاة أو المخزنة بوسائل إلكترونية أو مغنطيسية أو بصرية أو بوسائل مشابهة تشمل، على سبيل المثال لا الحصر، التبادل الإلكتروني للبيانات والبريد الإلكتروني والبرق والتلكس والنسخ البرقي. 5- علاوة على ذلك، يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا كان وارداً في تبادل لبياني ادعاء ودفاع يزعم فيهما أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر. 6- تشكل الإشارة في العقد إلى أي مستند يتضمن بنداً تحكيمياً اتفاق تحكيم مكتوباً، شريطة أن تكون الإشارة على نحو يجعل ذلك البند جزءاً من العقد»، أما الخيار الثاني فهو الذي أورده الباحثة أعلاه حيث جعل نص المادة في فقرة واحدة اقتصر على تعريف اتفاق التحكيم دون الإشارة إلى الشروط الشكلية الواجب توافرها فيه خاصة الكتابة. وقد ورد في المذكرة =

1°2- القانون الفرنسي: عرف المشرع الفرنسي اتفاق التحكيم بموجب المادة 1442 من قانون الإجراءات المدنية التي أعيد صياغتها بموجب التعديل الخاص بالتحكيم سنة 2011⁽¹⁾، حيث جاء فيها: «اتفاق التحكيم يتخذ شكل شرط تحكيم أو مشاركة. وشرط التحكيم هو اتفاق يلتزم بمقتضاه أطراف عقد أو عدة عقود بأن يتم الفصل في المنازعات التي قد تنشأ عن هذا العقد أو تلك العقود بطريق التحكيم. ومشاركة التحكيم هي اتفاق يلتزم بمقتضاه أطراف منازعة وقعت بإخضاعها للتحكيم»⁽²⁾.

1°3- القانون الجزائري: عرف المشرع الجزائري اتفاق التحكيم بموجب نص المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي جاء فيه: «اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم»⁽³⁾.

تجدر الإشارة إلى أن تعريف اتفاق التحكيم في كل من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، هو خاص بالتحكيم الداخلي، إلا أن الباحثة أوردت هذه التعريفات على الرغم من أنها بصدد الحديث عن التحكيم التجاري الدولي، وذلك لأن الهدف هو تقريب مفهوم اتفاق التحكيم بشكل عام ومن ثم يستوي أن يكون هذا التحكيم داخليا أو دوليا، خاصة وأن هذه القوانين قد تناولت تنظيم التحكيم التجاري الدولي دون الإشارة إلى تعريف الاتفاق عليه، مما يفهم ضمنا أنه لا فرق بين مفهوم الاتفاق على التحكيم الداخلي والاتفاق على التحكيم

=الإيضاحية للقانون بأن اللجنة لم تعرب عن أي تفضيل لأي من الخيارين وكلاهما معروض على الدول لتتنظر تبعا لاحتياجاتها الخاصة والسياق القانوني الذي يتم فيه سن القانون النموذجي وحتى بما في ذلك قانون العقود العام للدولة، على أن المقصود من إبراد الخيارين المحافظة على نفاذ اتفاقات التحكيم في إطار اتفاقية نيويورك. انظر: قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، منشورات الأمم المتحدة، فيينا 2008، (-ISBN978، Sales N° A08.V.4، 92-1-633039)، ص 4-5 (بالنسبة لنص المادة 7 بخيارها)، وص 28 (بالنسبة للتعليق).

⁽¹⁾ - وهو التعديل الذي تم إقراره في 13 جانفي 2011، ودخل حيز التنفيذ بداية من الفاتح من ماي من السنة ذاتها، انظر:

Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, Journal Officiel de la République Française, du Vendredi 14 janvier 2011/n°11, Texte 9 sur 177.

⁽²⁾ - L' Article 1442 : «La Convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis.

La clause compromissoire est la convention par la quelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats.

La compromis est la convention par la quelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage». J.O.R.F, du 14/01/2011, n°11, Texte 9 sur 177.

⁽³⁾ - القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع 21، س 45، مرجع سابق، ص 91.

الدولي، بدليل أن المسائل التي فيها اختلاف قد تم تنظيمها ومنها على سبيل المثال شروط اتفاق التحكيم وهو ما سيتضح من خلال الجزئيات الموالية من هذا المبحث.

2°- التعريف الفقهي لاتفاق التحكيم: من أهم التعريفات الفقهية المقدمة لاتفاق التحكيم أنه: «ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه يتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو المحتمل نشوءها من خلال التحكيم»⁽¹⁾، أو هو: «الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف على أن يخضعوا المنازعات القائمة أو التي يمكن أن تنشأ بينهما للفصل عن طريق محكم أو أكثر»⁽²⁾.

ومهما تعددت التعريفات الفقهية لاتفاق التحكيم فإنها تتفق في مجملها على أنه اتفاق يلتزم بموجبه الأطراف بعرض ما نشأ (مشاركة التحكيم)، أو ما قد ينشأ (شرط التحكيم) من منازعات بمناسبة العقد المبرم بينهما على التحكيم للفصل فيه بدل القضاء.

ب- المقصود باتفاق التحكيم الإلكتروني:

بالنسبة لاتفاق التحكيم الإلكتروني، فالملاحظ أنه لم يرد أي تعريف له في أي نص تشريعي، لأنه وحتى الآن لم يصدر أي تشريع سواء على المستوى الدولي أم على المستوى الوطني متعلق بالتحكيم الإلكتروني، وإنما تم الاكتفاء بتطويع التشريعات المتعلقة بالتحكيم عموماً لتتوافق مع التحكيم الإلكتروني. وعليه فقد تولى الفقه مهمة تعريفه، بناء على ما وجد من تعريفات لاتفاق التحكيم عموماً في كل من القانون والفقه، ومن التعريفات التي قدمت له نذكر:

اتفاق التحكيم الإلكتروني هو: «الاتفاق الذي يتم عبر وسائط إلكترونية -مثل الإنترنت- لتسوية النزاعات والخلافات التي تنشأ بين أطراف العقد الإلكتروني دون حاجة إلى الوجود المادي لأطراف عملية التحكيم في مكان واحد»⁽³⁾، أو هو: «اتفاق أطراف علاقة قانونية لإخضاع المنازعة التي نشأت أو ستنشأ مستقبلاً من علاقات تجارية إلكترونية كانت أو عادية بإجراءات إلكترونية وإصدار حكم ملزم لها»⁽⁴⁾.

وبالنظر إلى هذه التعريفات نجد أنها وإن قربت مفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني، إلا أنها لم تعط

(1) -خالد ممدوح إبراهيم: التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 274 .

(2) -Christophe Seraglini, Jérôme Ortsheidt : Droit de L'Arbitrage interne et international, Op.cit, p79.

(3) -خالد ممدوح إبراهيم: التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 278 .

(4) -هند عبد القادر سليمان: دور التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الإلكترونية، ورقة بحث مقدمة للمؤتمر المغربي الأول حول المعلوماتية والقانون تحت شعار "نحو قانون مغربي نموذجي للمعلومات"، ص 11.

تصورا كاملا ودقيقا له، فالتعريف الأول مثلا قصر خصوصية اتفاق التحكيم الإلكتروني في إبرامه دون التواجد المادي لأطراف العملية التحكيمية، مغفلا مسألة التبادل الإلكتروني للمستندات⁽¹⁾، أما التعريف الثاني فهو وإن حاول الإلمام بجميع التفاصيل المميزة لاتفاق التحكيم الإلكتروني إلا أنه وسع من نطاق التحكيم الإلكتروني ليشمل النزاعات الناشئة عن علاقات تجارية إلكترونية أو عادية، وهذا وإن صح نظريا إلا أنه عمليا وحتى الآن لازال يطرح إشكالات عديدة كما قدمت الباحثة، كما أنه اشترط أن يكون الحكم الصادر عن التحكيم ملزما لطرفيه، وهو أمر غير مسلم به في العملية التحكيمية على ما سيتضح لاحقا.

ومن ثم فإن الباحثة ترى أنه يمكن تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني بناء على التحليل السابق لتعريف التحكيم الإلكتروني وخصائصه ومميزاته، تعريفا بسيطا مفاده أنه: «اتفاق طرفي النزاع بشكل إلكتروني على إحالة ما نشأ أو ما قد ينشأ بينهما من منازعات بمناسبة العقد الإلكتروني المبرم بينهما إلى الفصل بطريق التحكيم الإلكتروني، الذي يدار بأكمله بشكل إلكتروني».

وعليه يتضح أن اتفاق التحكيم الإلكتروني، لا يختلف عن اتفاق التحكيم التقليدي إلا من حيث الوسيلة التي يبرم من خلالها، والتي تدار بها العملية التحكيمية.

2- الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم الإلكتروني:

اختلفت كلمة الفقه فيما يتعلق بتحديد الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم الإلكتروني إلى اتجاهين، الأول ذهب إلى أنه من طبيعة إجرائية أي أنه لا يعدو أن يكون إجراء يمكن الأطراف من فصل ما نشأ أو ما قد ينشأ بينهما من منازعات بطريق التحكيم الإلكتروني لا القضاء، أما الثاني فقد ذهب إلى أنه من طبيعة عقدية، أي أنه تصرف قانوني منفصل تماما عن العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية بين طرفيه، وقد استند كل اتجاه على مجموعة من الأدلة، وستوضح الباحثة هذين الاتجاهين والأدلة التي استند عليها كل منهما مع الترجيح بينهما في الآتي:

أ- الاتجاه القائل بالطبيعة الإجرائية لاتفاق التحكيم الإلكتروني

يرى أنصار هذا الاتجاه أن اتفاق التحكيم الإلكتروني ذو طبيعة إجرائية وليست عقدية، أي أن الاتفاق على التحكيم ليس عقدا، وإنما عمل إجرائي فقط. واستدلوا على رأيهم هذا بأدلة منها: أن اتفاق التحكيم بصفة عامة سواء أكان تقليديا أم إلكترونيا، يعد أول عمل إجرائي في العملية

(1) -انظر: صفاء فتوح جمعة فتوح: منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم، مرجع سابق، ص 319.

التحكيمية، وهو يعد جزءاً لا يتجزأ من خصومة التحكيم، إضافة إلى أنه يترتب على اتفاق التحكيم الإلكتروني آثار إجرائية تؤثر تأثيراً مباشراً على الخصومة القضائية وإجراءاتها وهذه الآثار يمكن أن تقسم إلى أثرين أساسيين⁽¹⁾:

-أثر إيجابي: ويتمثل في التزام طرفي التحكيم بعرض النزاع الذي نشأ أو الذي سينشأ بينهما على هيئة التحكيم للفصل فيه دون المحكمة المختصة.

-وأثر سلبي يتمثل في أنه يمتنع على الأطراف عرض النزاع على القضاء، كما يمتنع على القضاء الفصل فيه في حالة ما إذا لجأ إليه أحد الأطراف.

وأخيراً يستند أصحاب هذا الرأي إلى أن اتفاق التحكيم يتضمن تنظيم خصومة التحكيم في جانبها الإجرائي، إذ غالباً ما يقوم الأطراف بالنص فيه على جميع الإجراءات التي سيتم اتباعها أمام هيئة التحكيم الإلكتروني، لأن كثيراً من الأنظمة القانونية الوطنية والدولية قد تركت لإرادة الأطراف حرية الاتفاق على هذه الإجراءات.

ب-الرأي القائل بالطبيعة العقدية لاتفاق التحكيم الإلكتروني:

يرى أنصار هذا الاتجاه بأن اتفاق التحكيم سواء أكان تقليدياً أم إلكترونياً ذو طبيعة عقدية، أي أنه عقد مستقل عن العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية بين طرفيه.

فاتفاق التحكيم هو تصرف قانوني صادر من جانبين، يهدف إلى إحداث أثر معين يتمثل في إنشاء التزام على عاتق أطرافه بإحالة النزاع الذي يثار بينهما إلى التحكيم والتنازل عن حقهما في اللجوء إلى القضاء، وهو بهذا المفهوم لا يخرج عن كونه عقداً، ومن ثم فهو يخضع لذات القواعد العامة التي يخضع لها العقد⁽²⁾.

وحتى بالنسبة لشرط التحكيم الذي يدرج كبنء أو كشرء في العقد الأصلي، فإن الرأي الغالب في الفقه يرى بأنه يعتبر عقد مستقل فنكون بصدد عقد داخل عقد.

ومن ثم فإن الباحثة ترجح ما ذهب إليه أغلب الفقهاء من أن اتفاق التحكيم هو عقد مستقل عن العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية بين طرفيه، وعليه فهو يخضع للأحكام العامة التي تخضع لها

⁽¹⁾-انظر: محمد مأمون سليمان: التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص124-125، خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني: فض

المنازعات بالتحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص103-104.

⁽²⁾-انظر: آلاء يعقوب النعيمي: الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص989.

العقود، ولا يختلف الأمر بالنسبة لاتفاق التحكيم الإلكتروني فهو لا يخرج عن كونه عقداً، ولكنه هذه المرة عقد إلكتروني، مما يعني أنه يخضع للقواعد العامة التي يخضع لها العقد الإلكتروني المشار إليها فيما تقدم من فصول هذه الأطروحة، خاصة فيما يتعلق بحجته في الإثبات وارتباطه بالتوقيع الإلكتروني.

كما أن إثبات الطبيعة التعاقدية لاتفاق التحكيم الإلكتروني كان أم تقليدياً يوجب التطرق إلى مسألة غاية في الأهمية وهي ما يعرف بـ"مبدأ استقلال اتفاق التحكيم" وهو ما ستتطرق إليه الباحثة في الآتي:

يقصد باستقلال اتفاق التحكيم عدم تأثره بالعقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية بين طرفي الاتفاق على التحكيم لا من حيث الصحة والتمسك ببطالانه، ولا من حيث القانون الواجب التطبيق عليه، والعكس صحيح أيضاً، كما يعني هذا المبدأ إمكانية تفادي اللجوء إلى قواعد الإسناد كأسلوب فني لحل مسألة تنازع القوانين بإقرار قواعد موضوعية تكون واجبة التطبيق تمكن من إعطاء حلول مباشرة للمسألة المتنازع فيها⁽¹⁾.

ويترتب على الأخذ بهذا المبدأ أثرتين اثنتين:

-الأول يتمثل في أن صحة اتفاق التحكيم ونفاذه لا تتأثر بمصير العقد الأصلي: فهو تصرف قانوني مستقل وقائم بذاته، وإن تضمنه العقد مصدر الرابطة القانونية. ومن ثم، فإنه يتصور صحة شرط التحكيم، رغم بطلان العقد الذي تضمنه، فلا يؤدي بطلان أو فسخ أو إنهاء العقد الأصلي إلى التأثير على شرط التحكيم إلا إذا كان البطلان يشمل شرط التحكيم أيضاً، كما لو كان العقد الأصلي قد أبرم من قبل ناقص أهلية مثلاً⁽²⁾.

-والثاني يتمثل في إمكانية إخضاع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير القانون الذي يخضع له العقد الأصلي: فلا يشترط أن يخضع اتفاق التحكيم لذات القواعد القانونية التي تحكم العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية بين طرفيه، بل يجوز للأطراف اختيار قانون معين يحكم العقد، وآخر يحكم اتفاق التحكيم⁽³⁾.

⁽¹⁾ -الطيب زروتي: النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، 1990-1991م، ص358.

⁽²⁾ -انظر: محمود السيد عمر التحيوي: أركان الاتفاق على التحكيم وصحة شروطه، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2007م، ص67-68.

⁽³⁾ -انظر: خيرى عبد الفتاح السيد البتانوي: فض المنازعات بالتحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص100.

إضافة إلى هذين الأثرين، فإنه يترتب على الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم تمكين المحكم من الفصل في مسألة اختصاصه بالفصل في النزاع بالتحكيم كنتيجة لفكرة الأثر السلبي لاتفاق التحكيم، بمنع قضاء الدولة من نظر أية منازعات يوجد بشأنها اتفاق التحكيم تطبيقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، إلا أن حكم هيئة التحكيم بثبوت الاختصاص أو نفيه يخضع لرقابة قضاء الدولة عندما يتم اللجوء إليه بدعوى بطلان حكم التحكيم أو بطلب الأمر بتنفيذه⁽¹⁾.

وقد تبنت كثير من التشريعات الدولية والوطنية هذا المبدأ والآثار المترتبة عليه، ومن هذه التشريعات يمكن الإشارة إلى:

-اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة 1958: التي وإن لم تشر صراحة إلى المبدأ إلى أن نصوصها أشارت إليه ضمناً، حيث جاء في الفقرة 1 من المادة 5 المتعلقة بالحالات التي يجوز فيها رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه والتي من بينها أن يثبت الطرف الذي يطلب الرفض «(أ) أن طرفي الاتفاق المشار إليه في المادة الثانية كانا، بمقتضى القانون المنطبق عليهما في حالة من حالات انعدام الأهلية، أو كان الاتفاق المذكور غير صحيح بمقتضى القانون الذي أخضع له الطرفان الاتفاق، أو إذا لم يكن هناك ما يشير إلى ذلك، بمقتضى قانون البلد الذي صدر فيه القرار»⁽²⁾، وبهذا تكون الاتفاقية قد أقرت ضمناً بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم انطلاقاً من قبولها لأن يكون لاتفاق التحكيم نظام قانوني مستقل عن النظام القانوني للعقد الأصلي، حيث لم تربط قانون الاتفاق بقانون العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية بين طرفيه.

-قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 مع التعديلات المعتمدة سنة 2006: فقد تضمن إقراراً لمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي ورد فيه، وهو ما يفيد استقلال مشاركة التحكيم عن العقد الأصلي الذي تتعلق به من باب أولى، إضافة إلى اعترافه باختصاص هيئة التحكيم بالنظر في اختصاصها كأثر من آثار الاعتراف باستقلالية اتفاق التحكيم، وكان هذا كله بموجب المادة 1/16 التي نصت على أن: «يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته. ولهذا الغرض، ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد

(1) -انظر: خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني: فض المنازعات بالتحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص100.

(2) -اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958، النسخة المنقحة، منشورات الأمم المتحدة فيينا 2015، (V.15-05574)، ص09. متاح على موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "الأونسترال": <http://newyorkconvention1958.org/pdf/a-cn-9-814-a.pdf> آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2015/12/30.

الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم»⁽¹⁾.

-التشريع الجزائري: حيث نص على المبدأ بموجب المادة 4/1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها: «لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي»⁽²⁾، كما نص في المادة ذاتها على إمكانية إخضاع الاتفاق على التحكيم لقانون مغاير للقانون الذي يخضع له العقد الأصلي، وذلك بموجب الفقرة 3 التي جاء فيها: «تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما»، فهذه الفقرة لم تشترط أن يكون اتفاق التحكيم صحيحا وفقا للقانون المنظم للعقد الأصلي.

كما كرس المشرع الجزائري مسألة اختصاص هيئة التحكيم بالاختصاص الخاص بها والتي تعتبر أحد آثار الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، وذلك بموجب نص المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها: «تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها...»⁽³⁾.

-التشريع الفرنسي: حيث كرس المشرع الفرنسي مبدأ استقلال اتفاق التحكيم سواء بالنسبة للتحكيم الداخلي أم بالنسبة للتحكيم الدولي، وذلك بموجب المادة 1/1447 من قانون الإجراءات المدنية المعدل سنة 2011، حيث نصت هذه المادة على أن: «اتفاقية التحكيم مستقلة عن العقد الذي ترتبط به، وهي لا تتأثر بعدم فعالية هذا الأخير»⁽⁴⁾.

وعلى الرغم من أن هذه التشريعات الدولية والداخلية متعلقة باستقلال اتفاق التحكيم التقليدي إلا أنه ليس هناك ما يمنع من تطبيقها فيما يتعلق باتفاق التحكيم الإلكتروني خاصة وأن قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 قد تم تعديله سنة 2006 ليتوافق مع

⁽¹⁾ -قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، منشورات الأمم المتحدة، فيينا 2008، مرجع سابق، ص 08.

⁽²⁾ -القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع 21، س 45، مرجع سابق، ص 93.

⁽³⁾ -القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع 21، س 45، مرجع سابق، ص 93.

⁽⁴⁾ -Art. 1447/1 : « La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci ». J.O.R.F du 14/01/2011, op.cit, texte 9 sur 177.

التجارة الإلكترونية كما تمت الإشارة سابقاً، وعليه فإن نصوصه يمكن أن تطبق على التحكيم الإلكتروني الذي أصبح لازمة من لوازمها، ومن ثم فإن أحكام اتفاق التحكيم الواردة في هذا القانون تطبق بالنسبة لاتفاق التحكيم الإلكتروني بما في ذلك مبدأ الاستقلالية والآثار المترتبة عليه، وهو ما يقال بالنسبة لبقية التشريعات داخلية كانت أم دولية، في انتظار إصدار تشريعات مستقلة خاصة بهذا النمط من التحكيم أو تعديل النصوص الحالية لتستوعب التحكيم الإلكتروني بشكل آلي.

3- موقف الفقه الإسلامي من اتفاق التحكيم الإلكتروني:

إن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتطرقوا لتعريف اتفاق التحكيم على الرغم من تناولهم لكل جزئيات التحكيم بتنظيم دقيق، ومن ثم فبالضرورة لا يمكن أن نجد إشارة في أقوالهم لتعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني.

وعليه فستتطرق الباحثة لموقف الفقه الإسلامي من اتفاق التحكيم الإلكتروني انطلاقاً مما إذا كان مفهومه في القانون الوضعي المحدد أعلاه يتوافق مع الأصول العامة للشريعة الإسلامية وآراء الفقهاء في مجال التحكيم، وذلك على النحو الآتي:

من خلال ما تم التوصل إليه من تعريف لاتفاق التحكيم عموماً، أو لاتفاق التحكيم الإلكتروني، وطبيعته القانونية، ترى الباحثة أن أقوال الفقهاء المتعلقة بالتحكيم تستوعب المفهوم القانوني لاتفاق التحكيم والذي ينطلق من اتجاه إرادة طرفي المنازعة الحرة إلى فصل منازعتهم بطريق التحكيم لا القضاء العادي، حيث تقدم أن فقهاء الشريعة الإسلامية متفقون على أن التحكيم: "هو تولية الخصمين حكماً برضاهما لفصل خصومتهم"، إذ أن عبارة "برضاهما" التي ترددت في أغلب التعريفات الفقهية المقدمة للتحكيم في المذاهب الأربعة، تدل دلالة واضحة على أن اللجوء إلى التحكيم لا يتم إلا باتفاق طرفي المنازعة، وإلا لوجب اللجوء إلى القضاء المختص أصلاً بنظر جميع المنازعات.

كما أن عبارات الفقهاء تدل على أن اتفاق التحكيم هو عقد كسائر العقود، تطبق عليه الأحكام العامة للعقد من وجوب توفر إيجاب وقبول، وعاقدان، ومحل مشروع، على نحو ما تقدم من تفصيل في فصول هذه الأطروحة. غير أنهم اختلفوا فيما يتعلق بمسألة إلزامية الاتفاق على التحكيم، أو بعبارة أخرى هل الاتفاق على التحكيم هو عقد ملزم لطرفيه، ومن ثم لا يجوز الرجوع عنه، أم أنه عقد غير ملزم ويجوز لكل من الطرفين أو لكليهما الرجوع عنه؟

ويمكن إجمال آراء الفقهاء في هذه المسألة في الآتي:

- ذهب الحنفية إلى أن لكل واحد من الخصمين أو لكليهما الرجوع عن التحكيم -ومن ثم عزل المحكم - بشرط أن يكون الرجوع قبل صدور الحكم، أما إذا صدر الحكم فإنه لا يكون لهذا الرجوع أي أثر⁽¹⁾.

- أما المالكية فقد اختلفوا بين قائل بأنه يجوز الرجوع عن التحكيم قبل بدء الخصومة وإقامة البينة أمام المحكم إليه، وقائل بأنه ليس لأي منهما الرجوع عن اتفاق التحكيم مطلقاً⁽²⁾.

- في حين ذهب الشافعية إلى أنه: «يشترط استدامة الرضا إلى تمام الحكم (و) حينئذ (إن رجع أحدهما قبل تمام الحكم) ولو بعد إقامة البينة والشروع فيه (امتنع الحكم) لعدم استمرار الرضا»⁽³⁾، أي أنه يجوز الرجوع عن التحكيم حتى بعد إقامة البينة والشروع في الحكم، فالضابط الوحيد هو عدم صدور حكم في الخصومة.

- وأخيراً ذهب الحنابلة إلى أنه: «لكل واحد من الخصمين الرجوع عن تحكيمه قبل شروعه في الحكم؛ لأنه لا يثبت إلا برضاه، فأشبهه ما لو رجع عن التوكيل قبل التصرف. وإن رجع بعد شروعه، ففيه وجهان؛ أحدهما، له ذلك؛ لأن الحكم لم يتم، أشبهه قبل الشروع. والثاني، ليس له ذلك؛ لأنه يؤدي إلى أن كل واحد منهما إذا رأى من الحكم ما لا يوافق، رجع، فيبطل المقصود به»⁽⁴⁾.

وعليه يتضح اتفاق كلمة الفقهاء في أن اتفاق التحكيم غير ملزم قبل الشروع في التحكيم، لأن المحكم إليه مقلد من قبلهما، فأشبهه الوكيل الذي يجوز للموكل أن يرجع عن توكيله، مادام لم يشرع في مباشرة التصرف الموكل إليه⁽⁵⁾. وقد تبني مجمع الفقه الإسلامي هذا الرأي في قراره رقم: 95/8/95 حيث جاء فيه: «...ثانياً: التحكيم عقد غير لازم لكل من الطرفين المحكمتين والحكم، فيجوز لكل من

(1) - ابن نجيم: البحر الرائق، مرجع سابق، 26/7.

(2) - جاء في التبصرة: «مسألة: ولا يشترط دوام الرضا إلى حين نفوذ الحكم بل لو أقام البينة عنده ثم بدا لأحدهما قبل أن يحكم فليقض بينهما ويجوز حكمه. وقال أصبغ: لكل واحد منهما الرجوع ما لم ينشأ في الخصومة عنده فيلزمهما التعادي فيها، كما ليس لأحدهما إذا ترافعا الخصومة عند القاضي أن يوكل وكيلاً أو يعزله. وقال سحنون في كتاب ابنه: لكل واحد منهما الرجوع ما لم يفصل الحكم بينهما. وقال ابن الماجشون: ليس لأحدهما الرجوع كان ذلك قبل أن يقاعد صاحبه لو بعد ما ناشبه الخصومة وحكمه لازم لهما». ابن فرحون: تبصرة الحكام، 63/1.

(3) - الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، 268/6.

(4) - ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، 95/10.

(5) - محمد بدر يوسف المنياوي: مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع09، ج4، (1417هـ-1996م)،

الطرفين الرجوع فيه ما لم يشرع الحكم في التحكيم...»⁽¹⁾.

أما بالنسبة لاتفاق التحكيم الإلكتروني، فإن الباحثة وانطلاقاً من جواز التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة المشار إليه فيما تقدم من فصول هذه الأطروحة، ترى أيضاً أنه لا تعارض بين أقوال الفقهاء في التحكيم، وبين إبرام الاتفاق عليه بوسائل الاتصال الحديثة، ومن ثم فهو يخضع للأحكام العامة التي تخضع لها العقود الإلكترونية في الفقه الإسلامي السابق الإشارة إليها.

ثانياً: صور اتفاق التحكيم الإلكتروني وموقف الفقه الإسلامي منها

من التعريفات المقدمة لاتفاق التحكيم بصفة عامة واتفاق التحكيم الإلكتروني بصفة خاصة، اتضح أن اتفاق التحكيم لا يتخذ صورة واحدة، وإنما يمكن أن يتخذ عدة صور، تتمثل أساساً في شرط التحكيم، مشاركة التحكيم، و التحكيم بالإحالة، على أن الباحثة تشير في هذا الصدد إلى أنه بالنسبة للفقه الإسلامي ليس هناك إشارة من فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أي من هذه الصور، وعليه فستتناول الباحثة في هذا الفرع صور الاتفاق على التحكيم الإلكتروني (أولاً)، ثم تبين موقف الفقه الإسلامي من كل صورة من هذه الصور (ثانياً).

1- صور اتفاق التحكيم الإلكتروني:

تبين من مفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني أنه يتخذ ذات الصور التي يتخذها اتفاق التحكيم بصفة عامة والتي يمكن إيجازها في:

أ- شرط التحكيم (clause compromissoire):

وفي هذه الصورة يكون الاتفاق على التحكيم سابقاً على قيام النزاع بين طرفي المعاملة، أي أن الأطراف يتفقون على أن يكون الفصل في أي منازعة قد تنشأ بمناسبة العقد المبرم بينهما بطريق التحكيم لا القضاء.

وعلى الرغم من أن عبارة "شرط التحكيم" قد تفيد أن الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم يكون بمثابة بند يدرج في العقد الأصلي، إلا أنه ليس هناك ما يلزم الطرفين بهذا الأمر، فقد يبرم العقد الأصلي دون إشارة إلى التحكيم كطريق لتسوية ما قد ينشأ من منازعات عن هذا العقد، ثم يقرر الطرفان إبرام اتفاق على هذا الأمر بشكل مستقل عن العقد الأصلي، ومع هذا يسمى الاتفاق المبرم بينهما شرط تحكيم.

(1) -مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع09، ج4، (1417هـ-1996م)، ص389.

فالمضابط إذا بالنسبة لشرط التحكيم هو إبرام الاتفاق على التحكيم قبل قيام أو نشوء منازعة بين الطرفين.

وقد أقرت جل التشريعات الدولية والوطنية هذه الصورة، كما هو الحال بالنسبة لقانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة السابعة المشار إليها أعلاه، وكذلك الشأن بالنسبة للتشريع الفرنسي في المادة 1442 من قانون الإجراءات المدنية المذكورة أعلاه أيضا.

وبالنسبة للمشرع الجزائري نجد أنه أيضا قد اعتد بإمكانية إبرام التحكيم في صورة شرط تحكيم سواء أكان التحكيم داخليا أم دوليا وهو ما تضمنته المادتين 1007، و1/1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء في الأولى وهي المتعلقة بالتحكيم الداخلي: « شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم»⁽¹⁾، أما الثانية وهي المتعلقة بالتحكيم الدولي فقد نصت على أنه: «تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية»⁽²⁾.

ب- مشاركة التحكيم (Compromis d'arbitrage):

مشاركة التحكيم هي اتفاق بين طرفي منازعة قائمة بالفعل، يلتزمان بمقتضاه بعرض هذه المنازعة على محكم أو هيئة محكمين للفصل فيها بدل المحكمة صاحبة الولاية والاختصاص⁽³⁾، ومن ثم فمشاركة التحكيم هي بمثابة عقد رضائي ينعقد بمجرد تراضي طرفي النزاع على تسويته عن طريق التحكيم، على أن هذه المشاركة لا تكون صحيحة إلا إذا كان النزاع قائما بالفعل بين طرفيه، فلا تصح أن تكون بصدد ما ينشأ بينهما من منازعات في المستقبل⁽⁴⁾.

وقد تبنت جل التشريعات الدولية والوطنية هذه الصورة أيضا من صور التحكيم، حيث نص عليها قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بموجب نص المادة 7 السابق الإشارة إليها وبالتحديد بموجب العبارة «اتفاق التحكيم» هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض ما نشأ... من نزاعات بشأن علاقة قانونية محددة...»، أما المادة 1442 من قانون الإجراءات

(1) - القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر، ع 21، س 45، مرجع سابق، ص 90.

(2) - المرجع نفسه، ص 93.

(3) - انظر: محمود محمد هاشم: النظرية العامة للتحكيم، مرجع سابق، 77/1، أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص 15.

(4) - انظر: محمود محمد هاشم: النظرية العامة للتحكيم، مرجع سابق، 78/1.

المدنية الفرنسي المعدلة بموجب المرسوم رقم لسنة 2011، فقد نصت على أن: « ومشاركة التحكيم هي اتفاق يلتزم بمقتضاه أطراف منازعة وقعت بإخضاعها للتحكيم»، أما المشرع الجزائري فقد أشار إلى مشاركة التحكيم بالنسبة للتحكيم الداخلي عند تعريفه لاتفاق التحكيم بموجب المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث عرفه بأنه: الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوءه على التحكيم، أما بالنسبة للتحكيم الدولي فقد أشار إلى مشاركة التحكيم بموجب المادة 1/1040 المذكورة أعلاه بموجب عبارة "النزاعات القائمة".

كما أن الأطراف بإمكانهم إبرام مشاركة التحكيم حتى أثناء نظر الخصومة أمام القضاء بشرط ألا يكون قد صدر فيها حكم نهائي، وقد أكدت كثير من التشريعات على هذه المسألة كما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري وذلك بموجب نص المادة 1013 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها: «يجوز للأطراف الاتفاق على التحكيم حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية»⁽¹⁾. وبالنسبة لمشاركة التحكيم الإلكتروني فهي تأخذ الأحكام ذاتها المقررة لمشاركة التحكيم بوجه عام، غير أنها تتم بشكل إلكتروني، أي باستعمال وسائل الاتصال الحديثة والتي يأتي في مقدمتها الإنترنت طبعا.

ج- التحكيم بالإحالة (Clause d'arbitrage par Référence):

في هذه الصورة من صور التحكيم يشير طرفاه في العقد الأصلي إلى وثيقة أخرى، تتضمن شرط التحكيم بهدف تطبيق أحكام تلك الوثيقة على العلاقة بين الطرفين وذلك باعتبارها جزءا من العقد، وغالبا ما يكون هناك ارتباط بين الوثيقة التي تتم الإحالة إليها والتي تتضمن شرط التحكيم، والعقد المبرم بين الطرفين والذي يتضمن الإحالة، فقد تكون هذه الوثيقة مثلا عقد نموذجي يشير الأطراف إلى الإحالة إليه عند إبرام عقدهم⁽²⁾.

وقد تم الاعتراف بهذه الصورة في بعض التشريعات سواء على المستوى الدولي أم على المستوى الوطني، ومن هذه التشريعات:

- قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، حيث أشار هذا القانون إلى التحكيم بالإحالة بموجب نص الفقرة 6 من المادة 7 بالخيار الأول المقترح بموجب تعديلات هذا القانون المعتمدة

⁽¹⁾ - القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر، ع 21، س 45، مرجع سابق، ص 91.

⁽²⁾ - انظر: آلاء يعقوب النعيمي: الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 992.

سنة 2006 المشار إليها أعلاه، حيث جاء فيها: «6- تشكل الإشارة في العقد إلى أي مستند يتضمن بندا تحكيميا اتفاق تحكيم مكتوبا، شريطة أن تكون الإشارة على نحو يجعل ذلك البند جزءا من العقد»⁽¹⁾.

-قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بصيغته المعدلة سنة 2011، حيث نصت المادة 1443 منه على أن اتفاق التحكيم: «يمكن أن يستنتج من خطابات متبادلة أو مستند أو وثيقة أحال إليها الاتفاق الأساسي»⁽²⁾.

-قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، حيث جاء في مادته 3/10: «ويعتبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم، إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد»⁽³⁾.

أما المشرع الجزائري فلم يورد أية إشارة إلى التحكيم بالإحالة لا بالنسبة للتحكيم الداخلي ولا بالنسبة للتحكيم الدولي.

أما بالنسبة للتحكيم الإلكتروني فإنه يمكن أيضا أن يتم اللجوء إليه في صورة تحكيم بالإحالة في حالة ما إذا تضمن العقد الإلكتروني المبرم بين طرفيه إحالة إلى وثيقة أخرى مرتبطة به ومتضمنة شرط تحكيم إلكتروني.

ومن ثم فإنه يمكن القول أن صور الاتفاق على التحكيم الإلكتروني، هي ذاتها صور الاتفاق على التحكيم التقليدي والفرق بينها يتمثل في أنه في حين تبرم في الثاني بالطرق التقليدية، فإنها تبرم في الأول اعتمادا على وسائل الاتصال الحديثة وبصفة خاصة الإنترنت.

كما أن أشهر صور الاتفاق على التحكيم سواء أكان تقليديا أم إلكترونيا هي شرط ومشاركة التحكيم، والضابط الأساسي للتفريق بينهما هو أن شرط التحكيم سواء ورد كبندي في العقد أو كاتفاق مستقل عنه أثناء إبرام العقد الأصلي أو حتى بعد إبرامه بمدة يكون قبل نشوء أي خلاف أو نزاع بين الطرفين، أما مشاركة التحكيم فلا تكون إلا بمناسبة نزاع قائم بالفعل حتى لو كان ينظر أمام القضاء،

(1)-قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، مرجع سابق، ص 05.
(2)- Art. 1443 : «A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. **Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale**». J.O.R.F, du 14/01/2011, n°11, Texte 9 sur 177.

(3)-عصام عبد الفتاح مطر: التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 76-77.

فالمهم أن لا يكون قد تم الحكم فيه بشكل نهائي⁽¹⁾.

إضافة إلى هذا يمكن الإشارة إلى أن أغلب عقود التجارة الإلكترونية المبرمة إما فيما بين التجار أو فيما بين التجار من جهة والمستهلكين من جهة ثانية، خاصة تلك المفرغة في شكل عقود نموذجية (Contrat-type) أصبحت تتضمن شرط تسوية ما قد ينشأ بمناسبة من نزاعات عن طريق التحكيم الإلكتروني كبنء من بنودها، تفاديا للإشكالات التي قد تواجهها في حال لجوء الأطراف إلى القضاء خاصة فيما يتعلق بالعقود التي تكون زهيدة القيمة.

غير أن هناك من ذهب إلى تفضيل أن يتم اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني بموجب مشاركة تحكيم لا شرطا مدرجا في العقد الأصلي وذلك لسببين⁽²⁾:

الأول: أن الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني في صورة شرط تحكيم يكون قبل قيام أي نزاع بين الطرفين، ومن ثم فإن الاتفاق يتم في ظل غياب تصور الطرفين لنوع وحجم المنازعات التي قد تنشأ بينهما وما إذا كان من مصلحتهما فصل هذه المنازعات بطريق القضاء الوطني أم بطريق التحكيم الإلكتروني، على عكس مشاركة التحكيم الإلكتروني التي تبرم بعد قيام النزاع وفي ظل إدراك كامل لظرفيه بالفائدة التي سيحققها فصله عن طريق التحكيم الإلكتروني مقارنة بالقضاء الوطني.

الثاني: أن مشاركة التحكيم الإلكتروني التي تبرم بعد قيام فعلي للنزاع، تجعل الطرفان على إدراك كامل بحجم هذا النزاع وأبعاده، الأمر الذي يمكنهم من الاتفاق على جميع المسائل والتفاصيل التي تتعلق بمباشرة عملية التحكيم من بدايتها وحتى صدور حكم في النزاع.

ومع ذلك فإن الباحثة تميل إلى تفضيل شرط التحكيم الإلكتروني ذلك أن وجود هذا الشرط في العقود الإلكترونية، يحقق في الغالب لظرفيهما درجة عالية من الاطمئنان والأمان، ذلك أنه وفي ظل المشاكل الناجمة عن اللجوء إلى القضاء عموما وفي هذا النوع من العقود بصفة خاصة، فإن الأطراف يفضلون اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني وإن كان لا يخلو هو الآخر من بعض الإشكالات خاصة وأنه لازال في بداياته ولم يحظ حتى الآن بتنظيم تشريعي مستقل، إلا أن هذه الإشكالات تبقى أهون إلى حد بعيد من إشكالات القضاء الوطني.

⁽¹⁾ - وهو ما نصت عليه المادة 1013 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري حيث جاء فيها: «يجوز للأطراف الاتفاق على التحكيم، حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية». القانون 08-09 لسنة 2008، ج.ر، ع 21، س 45، مرجع سابق، ص 91.

⁽²⁾ - انظر: محمد مأمون سليمان: التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 119-120.

2- موقف الفقه الإسلامي من صور التحكيم الإلكتروني:

أما بالنسبة للفقه الإسلامي وحتى وإن كان الفقهاء لم يتطرقوا لصورة صدور التحكيم في شكل شرط تحكيم قبل نشوء نزاع سواء في شكل شرط يتضمنه بند من بنود العقد أو في شكل اتفاق مستقل عن العقد الأصلي، فإن مشروعية هذه الصورة يمكن أن تستمد من مشروعية الشروط بشكل عام. فقد تقدم أن مذهب الجمهور يقضي بإباحة الشروط طالما أنها لا تفضي إلى حرام، أو تحرم حلالاً، مصداقاً لقوله عليه الصلاة والسلام: [الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ، إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا]⁽¹⁾، فاتفق طرفي العقد على طريق معين لفصل ما قد ينشأ عن رابطتهم العقدية من منازعات، هو من الشروط المباحة إذ يمكن إدراجه ضمن الشروط الملائمة والمؤكددة لمقتضى العقد، انطلاقاً من الفائدة التي يحققها لطرفي العقد وهي الاطمئنان والثقة في الطريق الذي سيسلك في حال قيام أي نزاع بمناسبة العقد المبرم بينهما، كما يمكن إدراجه ضمن الشروط التي جرى بها التعامل بين الناس في حال ما إذا كان هذا الاختيار مدرج ضمن أحد العقود النموذجية التي ألف الناس اعتمادها في إبرام بعض العقود.

«فالشرط الجائز بمنزلة العقد، بل هو عقد وعهد، وقد قال الله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...﴾⁽²⁾، وقال: ﴿...وَالْمُؤْتُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا...﴾⁽³⁾»⁽⁴⁾.

إضافة إلى هذا المذهب في بيان مشروعية الاتفاق على التحكيم قبل نشوء نزاع، فقد اتفق الفقه على صحة التحكيم بمناسبة قيام نزاع وخصومة حول حق من الحقوق، ولم يعترض البعض على صحة التحكيم مع عدم وجود خصومة⁽⁵⁾، فقد جاء في معنى المحتاج: «ولو حكم خصمان رجلاً: قوله خصمان، يوهم اعتبار الخصومة، وليس مراداً. فإن التحكيم يجري في النكاح»⁽⁶⁾.

أما بالنسبة لمشاركة التحكيم فإن مشروعيتها متأنية من كونها عقداً من العقود الصحيحة، متى توافرت فيها الشروط الموضوعية الواجب توافرها في العقود عموماً، خاصة وأن القاعدة بالنسبة للعقود والشروط في الفقه الإسلامي يمكن تلخيصها في قول ابن تيمية:

(1) - سبق تحريجه.

(2) - سورة المائدة: 01.

(3) - سورة البقرة: 177.

(4) - ابن القيم: إعلام الموقعين، مرجع سابق، 3/302.

(5) - محمد جبر الألفي: مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع09، ج4، (1417هـ-1996م)،

ص183.

(6) - الخطيب الشرييني: معنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، 6/267.

«العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم، كما أن الأعيان الأصل فيها عدم التحريم، وقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾⁽¹⁾ عام في الأعيان والأفعال، وإذا لم تكن حراما لم تكن فاسدة؛ لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة»⁽²⁾، أما الاعتراض الذي مفاده أن الفقهاء قد عددوا العقود المباحة في الشريعة الإسلامية ولم تكن مشاركة التحكيم من بينها، فيمكن أن يرد بأن «ما ذكره الفقهاء من العقود المسماة، إنما هي العقود التي يغلب أن يقع التعامل بها في زمنهم، فإن استحدثت الحضارة عقودا أخرى توافرت فيها الشروط المقررة فقها كانت عقودا مشروعة»⁽³⁾.

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في اتفاق التحكيم الإلكتروني

انطلاقا من إثبات الطبيعة العقدية لاتفاق التحكيم الإلكتروني في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، فإن الشروط الواجب توافرها فيه هي ذات الشروط الواجب توافرها في العقود الإلكترونية بوجه عام والتي سبق التطرق إليها فيما تقدم من فصول هذه الأطروحة، غير أن هناك بعض التفاصيل الخاصة بهذا الاتفاق والتي تستوجب التطرق إليها.

وهو ما سنتناوله الباحثة في هذا الفرع، من خلال التطرق للشروط الموضوعية الواجب توافرها في اتفاق التحكيم الإلكتروني (أولا)، ثم الشروط الشكلية الواجب توافرها فيه (ثانيا).

أولا: الشروط الموضوعية الواجب توافرها في اتفاق التحكيم الإلكتروني

إن الشروط الموضوعية الواجب توافرها في اتفاق التحكيم الإلكتروني، هي الشروط الموضوعية ذاتها للعقد الإلكتروني المشار إلى أهمها فيما تقدم من فصول هذه الأطروحة، مع الاحتفاظ بخصوصية هذا العقد، وهو ما سيتضح في الآتي:

1- الرضا: تقدم أن الرضا أو الصيغة في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية هو الركن الأساسي لانعقاد أي عقد تقليديا كان أم إلكترونيا، وتزداد أهمية هذا الركن في اتفاق التحكيم عموما انطلاقا من أنه: «طريق استثنائي لفض الخصومات، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، ومن ثم فلا يحق أن يحرم أحد من الطريق الطبيعي للتقاضي إلا إذا كان ذلك بناء على رضا

(1) -سورة الأنعام: 119.

(2) -ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، مرجع سابق، 90/4.

(3) -عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، 81/1.

واضح منه، لا تشوبه شائبة، ولا تضعفه شبهة، وإلا وجب تفسير الصيغة تفسيراً ضيقاً، إعمالاً؛ لأن الأصل هو الالتجاء إلى القضاء»⁽¹⁾.

ويقصد بالرضا في اتفاق التحكيم الإلكتروني توافق إرادتي طرفي النزاع القائم أو المحتمل قيامه على اتخاذ التحكيم الإلكتروني وسيلة لفض ذلك النزاع. وحتى يتوافر ركن الرضا في اتفاق التحكيم الإلكتروني فإنه يتعين أن يكون هذا الرضا موجوداً، وصحيحاً⁽²⁾.

أ- وجود الرضا في اتفاق التحكيم الإلكتروني:

تقدم أن الرضا شيء داخلي ولا يمكن الاستدلال على وجوده إلا بإخراجه من خلال التعبير عن الإرادة لكلا الطرفين، أي من خلال ما يعرف بتوافق الإيجاب والقبول.

وقد تبين أيضاً أنه يجوز التعبير عن الإرادة سواء باللفظ أو بالكتابة أو عن طريق وكيل أو رسول، أو بما تم استحدثه في زمننا هذا من وسائل الاتصال الحديثة والتي تأتي في مقدمتها الإنترنت، وهذا باتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

وبما أن الأمر متعلق بالتحكيم الإلكتروني الذي تقرر أن يكون إلكترونياً من بداية الاتفاق عليه وحتى إصدار الحكم في النزاع المعروض عليه، فإن التعبير عن إرادة طرفيه يكون باستخدام وسائل الاتصال الحديثة وبصفة خاصة الإنترنت، حيث يتم توجيه الإيجاب من خلالها، كما يتم تلقي القبول عبرها أيضاً، وهو أمر مشروع فقهاً وقانوناً.

غير أنه وتفادياً لما قد يقع من إشكالات بالنسبة للعقود المبرمة عبر هذه الشبكة والتي يشترط فيها الموجب تسوية أي نزاع ينشأ بمناسبة تلك العقود بطريق التحكيم لا القضاء (شرط التحكيم)، يجب على هذا الموجب أن يجتهد في تصميم موقعه بحيث يجعل زائر الموقع يمر على شروط العقد والتي من بينها شرط التحكيم قبل الضغط على أيقونة القبول، وكذلك الحال بالنسبة لشرط التحكيم المستقل عن بنود العقد⁽³⁾.

ب- صحة التعبير عن الإرادة في اتفاق التحكيم الإلكتروني:

إن وجود الرضا وحده لا يكفي للقول بتوافره في اتفاق التحكيم الإلكتروني، وإنما ينبغي أن يكون

(1) - محمد بدر يوسف المنياوي: مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 38.

(2) - انظر: آلاء يعقوب النعيمي: الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 997.

(3) - انظر: المرجع نفسه، ص 999.

هذا الرضا صحيحا بأن يكون:

- خاليا من عيوب الرضا حسب القواعد العامة وهي الإكراه والغلط والتدليس، هذه العيوب التي لا توجد عادة بالنسبة لاتفاق التحكيم الإلكتروني الذي يتم في الغالب من خلال مراكز أو مواقع متخصصة ولا يتصور أن تجبر الأطراف على اللجوء إلى التحكيم، كما أنه لا يتصور أن يكره أحد الأطراف الطرف الآخر على اختيار هذا الطريق لتسوية النزاعات التي قد تنشأ بينهما حتى بالنسبة للعقود النموذجية أو لعقود الإذعان حيث تقدم أنه حتى في هذه العقود فإن الطرف الثاني ليس مجبرا على التعاقد لأن لديه اختيارات كثيرة تمكنه في حالة رفضه لشرط التحكيم من اللجوء إلى غير هذا العقد بجرية كاملة.

- وأن يصدر عن ذي أهلية كاملة وهو ما يطرح بعض الإشكالات بالنسبة للعقود التي يكون أحد أطرافها مستهلكا، فإذا كان بالإمكان التأكد من أهلية التاجر أو مؤسسة الأعمال، فإنه من الصعب التأكد من أهلية الطرف الثاني الذي تقدم أنه قد لا يعطي معلومات صحيحة عن هويته، ويمكن حتى أن يتعامل باسم شخص آخر مما قد يعرض اتفاق التحكيم الإلكتروني للبطلان. لذلك وتفاديا لهذه الإشكالات نجد أن أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني وبصفة خاصة التاجر أو مؤسسة الأعمال يلجؤون إلى الاستعانة بجهات التصديق المشار إليها سابقا، من أجل ضمان صدق المتعامل الإلكتروني فيما قدمه من معلومات عن هويته.

2-المحل: تقضي القواعد العامة بأنه يجب أن يكون لكل عقد تقليديا كان أم إلكترونيا

محلا، وعليه فإن اتفاق التحكيم الإلكتروني والذي يعد عقدا إلكترونيا لا بد أن يكون له محل.

وقد ذهب الفقه إلى أن محل اتفاق التحكيم الإلكتروني هو النزاع الذي يراد تسويته بطريق التحكيم الإلكتروني⁽¹⁾، وعلى اعتبار أن التحكيم هو طريق استثنائي وأن الأصل اختصاص القضاء الرسمي بتسوية جميع الخصومات، فإن نطاق التحكيم الإلكتروني محدد كما تقدم بالنزاعات التي يكون للأفراد مطلق التصرف فيها، وبصفة خاصة الحقوق المالية وهي محل هذه الدراسة وذلك باتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

إضافة إلى هذا فقد تقدم أنه بالنسبة للتحكيم الإلكتروني فإن النزاعات التي تكون محلا له هي عادة النزاعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية، أي عن عقود من ذات طبيعته وذلك على الرغم من عدم وجود ما يمنع بأن يختص أيضا بالمنازعات التي تنشأ عن عقود تقليدية إذا كانت تصلح أن

(1)-انظر: خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني: فض المنازعات بالتحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص92.

تسوى بطريق التحكيم عموماً، غير أنه تفادياً للإشكالات التي قد تنشأ بالنسبة لتنفيذ الحكم الصادر عن هذا النمط من التحكيم يفضل عدم اللجوء إليه على الأقل في الوقت الراهن.

3-السبب: إن السبب في اتفاق التحكيم الإلكتروني هو رغبة طرفيه في تسوية ما نشأ أو ما قد ينشأ بينهما من منازعات متولدة عن العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية بينهما عن طريق التحكيم الإلكتروني بدل القضاء الرسمي.

ويشترط في السبب سواء على مستوى الفقه الإسلامي أم على مستوى القانون الوضعي أن يكون موجوداً ومشروعاً، وبالنظر إلى السبب في اتفاق التحكيم الإلكتروني المحدد بأنه رغبة الأطراف في استبعاد طرح النزاع على القضاء وطرحه على التحكيم، وهو على هذا سبب مشروع دائماً.

وعليه فاتفاق التحكيم الإلكتروني وكأي عقد إلكتروني آخر يجب أن يتوافر على رضا موجود وصحيح، ومحل وسبب مشروعين كشرط موضوعية حتى ينتج آثاره القانونية، هذا إضافة إلى شروط شكلية تتضح من خلال الجزئية الموالية.

ثانياً: الشروط الشكلية الواجب توافرها في اتفاق التحكيم الإلكتروني

تشتد على التشريعات الدولية والداخلية المتعلقة بالتحكيم عموماً أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، على أن هذه التشريعات وإن اشترطت كتابة اتفاق التحكيم كشكلية في إبرامه فهي لم تتفق بشأن الدور الذي تلعبه هذه الشكلية، حيث اختلفت بين كون الكتابة شرط لانعقاد اتفاق التحكيم وبين كونها شرط لإثبات هذا الاتفاق فقط.

وأياً كان الدور الذي تلعبه الكتابة في اتفاق التحكيم، فإن ما يهم هذه الدراسة هو اشتراطها في اتفاق التحكيم عموماً، وانسحابها على اتفاق التحكيم الإلكتروني خصوصاً، وهو ما سيتضح من خلال بيان النصوص التشريعية المثبتة لاشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم ثم بيان مدى انطباقها على اتفاق التحكيم الإلكتروني على التفصيل الآتي:

1-الأساس التشريعي لاشتراط كتابة اتفاق التحكيم:

تقدم أن جل التشريعات الدولية والوطنية اشترطت أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً حتى يعتد به، ومن هذه التشريعات:

أ- على المستوى الدولي:

1°- اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها: اشترطت هذه الاتفاقية أنه حتى يكون اتفاق التحكيم صحيحا، يجب أن يكون مكتوبا، وذلك بموجب مادتها 2 بفقرتيها الأولى والثانية والتي تنص على أن: «1- تعترف كل دولة متعاقدة بكل اتفاق مكتوب يتعهد فيه الطرفان بأن يحيلوا إلى التحكيم جميع الخلافات أو أية خلافات نشأت أو قد تنشأ بينهما بالنسبة لعلاقة قانونية محددة، تعاقدية أو غير تعاقدية، تتصل بموضوع يمكن تسويته عن طريق التحكيم. 2- يشمل مصطلح "اتفاق مكتوب" أي شرط تحكيم يرد في عقد أو أي اتفاق تحكيم موقع عليه من الطرفين أو وارد في رسائل أو برقيات متبادلة»⁽¹⁾.

2°- اتفاقية (بروتوكول) جنيف المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي لعام 1961: لم تشر هذه الاتفاقية إلى اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم بشكل صريح، غير أنها تفترض الكتابة كشرط لاتفاق التحكيم في الفقرة الأولى من مادتها 2، كما أنها قررت في المادة ذاتها أنه في العلاقات بين الدول التي تفرض قوانينها توافر شكلية معينة في اتفاق التحكيم يعتبر صحيحا كل اتفاق يعقد في الشكل المقرر في تلك القوانين.

3°- قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 مع التعديلات المعتمدة سنة 2006: اشترط القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الكتابة في اتفاق التحكيم بموجب المادة 7 بصيغتها الواردة في الخيار الأول في فقراتها: 2، 3، 4⁽²⁾، أما صيغة المادة 7 الواردة في الخيار الثاني فلم تشترط أي شكلية في اتفاق التحكيم، بمعنى أنه يمكن قبول اتفاق التحكيم المبرم شفويا مثلا، وطالما أن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لم تفاضل بين الخيارين كما تقدم، فإن الدول والأطراف يمكنهم اختيار ما يرونه مناسبا من هذين الخيارين.

ب- على مستوى التشريعات الوطنية:

1°- التشريع المصري: ألزم المشرع المصري طرفي التحكيم بكتابة اتفاقهم بموجب المادة 12 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لعام 1994 حيث جاء فيها: «يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا. ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان، أو إذا تضمنه ما

⁽¹⁾-اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958، النسخة المنقحة، مرجع سابق، ص 08.

⁽²⁾-يرجع نص هذه المادة بفقراتها في الهامش رقم، ص من هذه الأطروحة.

تبادل الطرفان من رسائل أو بقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة»⁽¹⁾.

2°- التشريع الإنجليزي: اشترط المشرع الإنجليزي كتابة اتفاق التحكيم بناء على نص المادة 1/5 من قانون التحكيم لسنة 1996، كما أجاز المشرع أن تكون الكتابة في شكل تبادل رسائل بوسائل الاتصال، أو مسجلة بأية وسيلة وذلك بموجب الفقرتين 2 و 6 على التوالي من المادة ذاتها⁽²⁾.

3°- التشريع الأردني: وذلك بموجب المادة 10/أ من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 حيث جاء فيها: «أ- يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه مستند وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو بقيات أو عن طريق الفاكس أو التلكس أو غيرها من وسائل الاتصال الحديثة المكتوبة والتي تعد بمثابة سجل للاتفاق»⁽³⁾.

4°- التشريع الجزائري: اشترط المشرع الجزائري الكتابة كشرط أساسي في اتفاق التحكيم، وعليه فإن تخلف هذا الشرط يترتب عليه بطلان الاتفاق، وكان ذلك بموجب نص المادة 2/1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي جاء فيه: «يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن ترم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تميز الإثبات بالكتابة»⁽⁴⁾. والملاحظ أن المشرع الجزائري بناء على هذا النص قد خالف المشرع الفرنسي الذي لا يشترط في اتفاق التحكيم شكلية معينة على ما سيأتي.

من خلال هذه النصوص التشريعية، يتضح أن الكتابة شرط شكلي لازم لوجود اتفاق التحكيم أي كانت صورته (شرط أو مشاركة أو تحكيم بالإحالة)، من أجل إثباته أو من أجل صحته وانعقاده⁽⁵⁾، ويرجع سبب اشتراط التشريعات المختلفة للكتابة كشكلية محددة لوجود اتفاق التحكيم إلى محاولة تفادي المنازعات التي قد تنشأ حول وجود هذا الاتفاق أو مضمونه، خاصة وأن التحكيم هو طريق استثنائي يترتب عليه كف يد القضاء عن بعض المنازعات احتراماً لإرادة أطرافها، ومن ثم فهو تصرف

(1) - عبد الفتاح مراد: شرح تشريعات التحكيم الداخلي والدولي، مرجع سابق، ص 70-71.

(2) - نصوص قانون التحكيم الإنجليزي متاحة على العنوان: <http://www.legislation.gov.uk/ukbga/1996/23> آخر زيارة للموقع كانت بتاريخ: 2016/01/6.

(3) - إبراهيم صبري الأرنؤوط: شرط الكتابة والتحكيم الإلكتروني دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص 26، ع 49، (صفر 1433هـ - يناير 2012م)، ص 126.

(4) - القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25، ج. ر، ع 21، ص 45، مرجع سابق، ص 93.

(5) - إبراهيم صبري الأرنؤوط: شرط الكتابة والتحكيم الإلكتروني دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 130.

خطير ينبغي الاحتياط لما قد ينجر عنه من منازعات.

ومع هذا فإن هناك بعض التشريعات، لا تشترط هذه الشكلية ومن هذه التشريعات مثلاً، التشريع الفرنسي الذي لم يشترط الكتابة في اتفاق التحكيم التجاري الدولي، حيث نصت المادة 1507 من قانون الإجراءات المدنية بموجب تعديل سنة 2011 على أن: « اتفاقية التحكيم لا تخضع لأي شرط من حيث الشكل»⁽¹⁾، وهذا على الرغم من اشتراطه أن يكون اتفاق التحكيم الداخلي مكتوباً وإلا كان باطلاً وهو ما نصت عليه المادة 1/1443 من القانون ذاته⁽²⁾.

وقد علل الفقه هذا التوجه للمشرع الفرنسي وغيره من التشريعات القليلة التي ارتأت عدم اشتراط أي شكلية في اتفاق التحكيم التجاري الدولي إلى إزالة عقبة الكتابة من طريق اتفاق التحكيم الإلكتروني والتي قد تؤدي في كثير من الأحيان إلى بطلانه.

إلا أن هذا الموقف وإن قدم مبرراً، إلا أن الباحثة ترى أن قيمة المبرر الذي قدمه أنصار هذا الموقف لا تساوي شيئاً أمام ما قد ينجر عنه من إشكالات بالنسبة لإثباته، ذلك أن عدم اشتراط شكلية معينة في اتفاق التحكيم تعطي إمكانية إبرامه شفاهة ومن ثم يظهر إشكال بالنسبة لكيفية إثباته والاحتجاج بوجوده ضد من ينكره.

وعليه فالصواب هو الإبقاء على شرط الكتابة كما ذهبت إليه جل التشريعات على المستويين الدولي والداخلي.

2-مدى انطباق شرط الكتابة على اتفاق التحكيم الإلكتروني:

تقدم أن التحكيم الإلكتروني لم يحظ حتى الآن بتشريعات مستقلة تنظم جزئياته، ومن ثم فهو يخضع لأحكام التحكيم التقليدي مع مراعاة خصوصيته المتعلقة بالوسيلة التي يتم من خلالها.

وعلى هذا فإنه يشترط في اتفاق التحكيم الإلكتروني حتى يصدر صحيحاً أن يكون مكتوباً، غير أن الكتابة في هذا الاتفاق لا تأخذ ذات المعنى بالنسبة لاتفاق التحكيم التقليدي لأنه يتم من خلال وسائل الاتصال الحديثة أي من خلال وسائل إلكترونية ومن ثم فالكتابة في مجاله هي كتابة إلكترونية.

وقد بينت الباحثة في الفصل الأول من الباب الأول من هذه الأطروحة أن الكتابة الإلكترونية

⁽¹⁾–Art. 1507 : « La convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme ». J. J.O.R.F, du 14/01/2011, n°11, Texte 9 sur 177.

⁽²⁾–Art. 1443. « A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite.».Ibid.

مشروعة سواء على مستوى الفقه الإسلامي أم على مستوى القانون الوضعي طالما أنها تؤدي الغرض من وجودها والمتمثل في الدلالة دلالة واضحة على الرضا من جهة، ومن جهة ثانية توافرها على الشروط الواجب توافرها في الكتابة عموماً حتى تصلح كدليل للإثبات.

والدليل على هذا أن جل التشريعات السابق الإشارة إليها والمتعلقة باشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم التقليدي وسعت من مفهوم الكتابة حتى يشمل كل وسائل الاتصال بداية من الفاكس والتلكس ووصولاً إلى الإنترنت كآخر ما توصلت إليه تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وحتى ما سيظهر مستقبلاً، كما هو الحال بالنسبة:

-لقانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 حيث تنص المادة 4/7 (بجيارها الأول) بالصيغة المعتمدة سنة 2006 على أنه: «4-يستوفي اشتراط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً بواسطة خطاب إلكتروني إذا كانت المعلومات الواردة فيه متاحة بحيث يمكن الرجوع إليها لاحقاً؛ ويقصد بتعبير "الخطاب الإلكتروني" أي خطاب يوجهه الطرف بواسطة رسالة البيانات؛ ويقصد بتعبير "رسالة البيانات" المعلومات المنشأة أو المرسلّة أو المتلقاة أو المخزنة بوسائل إلكترونية أو مغنطيسية أو بصرية أو بوسائل مشابهة تشمل، على سبيل المثال لا الحصر، التبادل الإلكتروني للبيانات والبريد الإلكتروني والبرق والتلكس والنسخ البرقي»⁽¹⁾.

أما بالنسبة لاتفاقية نيويورك والتي تمت الإشارة إلى أنه تم إصدار توصية من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال) بشأن وجوب تفسير المادة الثانية منها تفسيراً موسعاً، واعتبار أن الوسائل المذكورة فيها هي على سبيل المثال لا الحصر، ومن ثم إمكانية استيعابها لكل وسائل الاتصال الحديثة⁽²⁾.

وهو ما أكدته التشريعات الوطنية حيث تقدم أن البداية كانت بالمشروع الفرنسي الذي عرف الكتابة التي لم تكن معرفة أصلاً فيه بشكل يستوعب جميع أنواع الكتابة المستعملة في وسائل الاتصال الحديثة، وكذلك الحال بالنسبة للمشروع الجزائري في القانون المدني بموجب تعديلات 2005، كما أن جل تشريعات المعاملات والتجارة الإلكترونية على المستويين الغربي والعربي، قد وسعت من مفهوم الكتابة ليشمل الكتابة الإلكترونية ومن ثم تتساوى مع الكتابة التقليدية في حجية الإثبات.

⁽¹⁾ -قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، منشورات الأمم المتحدة، فيينا 2008، مرجع سابق، ص 4-5.

⁽²⁾ -المرجع نفسه، ص 39-40.

المطلب الثاني: الأسس العامة للتحكيم الإلكتروني

يراد بالأسس العامة للتحكيم الإلكتروني بيان مختلف مراحل عملية التحكيم الإلكتروني، بداية من تشكيل هيئة التحكيم، مروراً بالإجراءات الواجب اتباعها أمام هذه الهيئة، وصولاً إلى تحديد القانون المطبق إن على تلك الإجراءات أو على موضوع النزاع في حد ذاته.

وتكتسي دراسة هذه المراحل أهمية بالغة بالنسبة للتحكيم عموماً، سواء أكان تقليدياً أم إلكترونياً لأن أي مخالفة قانونية بالنسبة لها تؤدي إلى بطلان التحكيم أو قابليته للإبطال على الأقل، ويزيد الأمر أهمية بالنسبة للتحكيم الإلكتروني انطلاقاً من أن كل هذه المراحل تتم في العالم الافتراضي أي دون حضور مادي للأطراف من جهة، ودون وجود مستندات مادية أو ورقية، مما يتطلب الحرص على أن تتم هذه المراحل وفقاً لما قرره النصوص القانونية.

وستتناول الباحثة هذه المراحل من خلال هذا المطلب، حيث ستتطرق إلى تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني والإجراءات المتبعة أمامها (وهذا في فرع أول)، ثم ستتطرق للقانون الواجب التطبيق في العملية التحكيمية (وهذا في فرع ثان)، وهذا طبعاً مع الإشارة دائماً إلى موقف الفقه الإسلامي في كل حالة انطلاقاً من أن هذه الأمور وإن لم تظهر كعناوين مستقلة وبالصريح ذاتها في كتب الفقه إلا أن الفقهاء قد نظموا بعضها بطريقة غير مباشرة على ما سيتضح.

الفرع الأول: تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني والإجراءات المتبعة أمامها

إن تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني يعتبر من أكثر المراحل أهمية في العملية التحكيمية، ذلك أن هذه الهيئة هي التي ستأخذ على عاتقها إدارة التحكيم حتى يتم الوصول إلى الثمرة المرجوة منه وهي إصدار الحكم الذي من شأنه تسوية النزاع بين الطرفين، كما أن تحديد الإجراءات التي سيتم اتباعها أمام هذه الهيئة لا يقل أهمية عن تشكيل الهيئة في حد ذاتها، انطلاقاً من أن تلك الإجراءات هي التي ستضمن شرعية العملية التحكيمية ككل.

وعليه ستتطرق الباحثة إلى تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني (أولاً)، ثم ستتطرق إلى الإجراءات المتبعة أمامها (ثانياً).

أولاً: تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني

إن الحديث عن تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني يوجب التمييز بين ما إذا كان هذا التحكيم هو تحكيم حر أم أنه تحكيم نظامي أو مؤسسي.

حيث تقدم أن التحكيم الإلكتروني يمكن أن يكون تحكيما حرا وهو التحكيم الذي تكون فيه لإرادة الأطراف الحرية المطلقة في اختيار المحكمين وتحديد عددهم، والإجراءات المتبعة أمامهم.

كما يمكن أن يكون تحكيما نظاميا أو مؤسساتيا أي من خلال اللجوء إلى مؤسسة أو مركز تحكيم له نظام داخلي يحدد عدد المحكمين في الهيئة التحكيمية، كما له قائمة محددة من المحكمين تُختار منها الهيئة التحكيمية ليس مراعاة لرغبة الأطراف، وإنما مراعاة لموضوع النزاع ومدى تخصص وخبرة أولئك المحكمين فيه.

وعليه فسبين الباحثة كيفية اختيار هيئة التحكيم الإلكتروني في كل نوع، مع بيان موقف الفقه الإسلامي من هذه المسألة، وذلك على النحو الآتي:

1- تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني في التحكيم الحر:

تكون لإرادة الأطراف في هذا النوع من التحكيم كما تقدم الحرية المطلقة في اختيار هيئة التحكيم، أيا كانت الاعتبارات التي يتم على أساسها الاختيار فقد تكون الثقة والاطمئنان للمحكم أو التخصص والخبرة...، كما أن لهم حرية مطلقة في تحديد عدد المحكمين.

وقد نظمت جل التشريعات الدولية والداخلية تشكيل هيئة التحكيم في هذه الصورة، ومن ذلك مثلا: -اتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 وذلك بموجب المادة 4 حيث أشارت هذه المادة في فقرتها الأولى إلى أن الأطراف أحرار في اختيار إما التحكيم الحر أو التحكيم من خلال مركز دائم للتحكيم، وفي حالة اختيارهم للتحكيم الحر فإنه في هذه الحالة يكون لهم الحرية في اختيار المحكم أو اختيار الإجراءات التي يتم تعيين المحكمين وفقها، كما فصلت في فقرتها الثانية الإجراءات التي يمكن الرجوع إليها في حالة تقاعس أحد الأطراف عن تعيين المحكم بالنسبة دائما للتحكيم الحر⁽¹⁾.

-قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 والتعديلات المعتمدة سنة 2006 الذي تناولها بموجب مادته 10، حيث قرر نص هذه المادة أن: «1- للطرفين الحرية في تحديد عدد المحكمين. 2- فإن لم يفعل ذلك كان عدد المحكمين ثلاثة»⁽²⁾، كما تناولت المادة 11 من هذا

⁽¹⁾ -تراجع المادة الرابعة من اتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961. عبد الحميد الأحمد: التحكيم الدولي، ط1، لبنان، بيروت، مؤسسة نوفل، 1990م، 43/3.

⁽²⁾ -قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، منشورات الأمم المتحدة، فيينا 2008، مرجع سابق، ص6.

القانون الإجراءات الواجبة الإتياع في تعيين المحكمين في حالة عدم اتفاق الأطراف على إجراءات معينة في هذا الشأن، إضافة إلى بيان الإجراءات التي يمكن للأطراف اللجوء إليها في حالة عدم الاتفاق على تعيين محكم أو في حالة تقاعس أحد الأطراف عن تعيين محكم من طرفه⁽¹⁾.

-أما بالنسبة لاتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها فإنها لم تتضمن إشارة مباشرة إلى كيفية تشكيل هيئة التحكيم في التحكيم الحر إلى أن هذا الأمر يمكن أن يستفاد من نص المادة 1/5 في فقرتها (د) والتي تجيز طلب وقف التنفيذ والاعتراف بالحكم التحكيمي إذا قدم طالب الوقف ما يثبت: «(د) أن تشكيل هيئة التحكيم أو أن إجراءات التحكيم لم تكن وفقا لاتفاق الطرفين أو لم تكن في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق وفقا لقانون البلد الذي جرى فيه التحكيم»⁽²⁾، حيث تشير عبارات هذه الفقرة إلى أن هيئة التحكيم تشكل وفق ما اتفق عليه الأطراف، بمعنى أن الاتفاقية تركت لطرفي المنازعة الحرية الكاملة في اختيار هيئة التحكيم وفي تحديد عدد المحكمين، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق فإنه يتم الرجوع مباشرة لقانون البلد الذي جرت فيه العملية التحكيمية.

-وفيما يتعلق بالتشريعات الوطنية يمكن الإشارة إلى التشريع الجزائري حيث نجد أن المشرع قد تناول تشكيل هيئة التحكيم في المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها: «يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم»⁽³⁾، كما تناول بموجب المادة 1042 من القانون ذاته الإجراءات التي ينبغي على الطرف المعني بالتعجيل القيام بها في حالة غياب التعيين أو وجود إشكالات فيه. أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فلم يتناول مسألة تعيين محكمة التحكيم بالنسبة للتحكيم الدولي خاصة وأن المادة 1506 الجديدة⁽⁴⁾ والتي تحدد مواد التحكيم الداخلي التي ستطبق على التحكيم الدولي، لم تقم بالإحالة إلى المادة 1451 التي تشترط أن يكون عدد المحكمين وترا، ومن ثم فإنه يمكن أن يكون عدد المحكمين زوجيا، كما يمكن الالتجاء إلى مركز تحكيم لإتمام العملية التحكيمية من بدايتها إلى نهايتها.

⁽¹⁾—يراجع نص المادة 11 من القانون النموذجي، المرجع نفسه، ص6.

⁽²⁾—اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958، النسخة المنقحة، مرجع سابق، ص6.

⁽³⁾—القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر، ع 21، س 45، مرجع سابق، ص93.

⁽⁴⁾—يراجع نص المادة 1506، إضافة إلى نص في المادة 1451 في:

وعلى الرغم من أن كل هذه النصوص تخص تشكيل هيئة التحكيم في التحكيم التقليدي، إلا أن الباحثة ترى أنه ليس هناك ما يمنع من انطباقها على التحكيم الإلكتروني، إذ أن الفارق الوحيد هو أن يتم تعيين المحكم أو المحكمين إلكترونياً.

2- تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني في التحكيم المؤسسي:

في هذه الصورة يتم التحكيم كما تقدم بالرجوع إلى مؤسسة أو مركز دائم للتحكيم، ومن ثم فإن تعيين المحكم أو المحكمين سيخضع للتنظيم الداخلي لهذا المركز.

فالأطراف بتسميتهم للمركز في اتفاق التحكيم الذي أبرموه أو بالتجائهم إلى المركز مباشرة، يكونون قد ارتضوا تطبيق القانون الداخلي للمركز.

ومن ثم فإن المركز يتولى إعلام الأطراف بعدد المحكمين الذين سيتولون الفصل في نزاعهم، حيث يتم اختيارهم غالباً من ضمن قائمة من المحكمين معدة سلفاً لدى المركز.

وقد اعترفت جل التشريعات الدولية والوطنية للأطراف بحقهم في اللجوء إلى أحد المراكز الدائمة للتحكيم الموجودة على مستوى العالم من أجل مباشرة عملية التحكيم، على نحو ما تبين من النصوص المذكورة أعلاه.

وبالنسبة للتحكيم الإلكتروني، فقد تقدم أنه قد حظي هو الآخر وعلى الرغم من حداثة بعدد معتبر من المراكز التي تباشره مثل نظام القاضي الافتراضي، ومركز التحكيم التابع للويبو وغيرها من المراكز المشار إليها، ومن ثم فإن المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية يمكنهم اللجوء إلى أحد تلك المراكز من أجل إتمام عملية التحكيم الإلكتروني انطلاقاً من تشكيل هيئة التحكيم وحتى صدور الحكم في النزاع القائم بين الطرفين.

ولئن كان اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني من خلال مركز دائم للتحكيم له كثير من المميزات من أهمها أنه يوفر على الأطراف البحث عن محكم أو محكمين متخصصين خاصة وأنه بالنسبة للتحكيم الإلكتروني لا يتوقف الأمر عند إيجاد محكم متخصص في موضوع النزاع بل يتعداه إلى وجوب أن يكون هذا المحكم على دراية بالأمر الإلكتروني لأن التحكيم يجري كما تقدم إلكترونياً من بدايته وإلى نهايته.

كما أن اللجوء إلى مركز أو مؤسسة تحكيم يغني عن الإشكالات التي قد تنجم عن تقاعس أحد الأطراف عن تعيين محكم من طرفه، إذ أنه باللجوء إلى المركز ينتهي عمل الأطراف ويتولى المركز إتمام كل ما تتطلبه العملية التحكيمية، ومن ثم يتم توفير الجهد والوقت وعناء الدخول في إشكالات والاضطرار

إلى اللجوء إلى المحاكم المختصة لتعيين المحكم.

غير أنه ومع هذه المزايا لازال اللجوء إلى هذه المراكز يثير حفيظة مواطني الدول النامية الذين يرون دائما أن هذه المراكز قد نشأت تحت رعاية الدول الصناعية الكبرى ومن ثم فإن لوائحها ونظمها قد وضعت وفقا لما يخدم مصالح تلك الدول، كما أن المحكمين المعتمدين في تلك المراكز ينتمون في الغالب لتلك الدول مما يجعلهم محط شك وريبة من قبل الأطراف المنتمين للدول النامية. إضافة إلى هذا فقد انتقد اللجوء إلى هذه المراكز بكونه يحد من السرية التي تتطلبها بعض المعاملات التجارية، حيث لا تقتصر معرفة موضوع النزاع على المحكمين فقط بل تتعداه إلى أشخاص آخرين بحكم طبيعة عملهم داخل تلك المراكز⁽¹⁾.

ومع هذه الانتقادات، فإن الباحثة ترى أن اللجوء إلى مراكز التحكيم من أجل تنظيم العملية التحكيمية يعد أفضل بكثير من تنظيم العملية التحكيمية من قبل الأطراف أي التحكيم الحر، لما يوفره اللجوء لتلك المراكز من ضمان الخبرة والتخصص في المحكم، كما أنه وحتى مع الانتقاد المبني على كون جل المراكز موجودة في الدول الصناعية الكبرى، فإن هذه المراكز تضمن إلى حد بعيد حياد المحكم ذلك أن تعيينه يتم وفق النظام الداخلي للمركز ودون وجود أي اعتبارات شخصية، على خلاف ما هو الحال في التحكيم الحر حيث كثيرا ما يشعر المحكم ولو بشكل لا إرادي بولائه للطرف الذي عينه، مما قد يؤثر سلبا على نزاهة التحكيم، وحياد واستقلالية المحكم.

3- موقف الفقه الإسلامي من تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني:

تقدم أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يقسموا التحكيم إلى تحكيم حر وتحكيم مؤسسي، وذلك أمر طبيعي لأن مراكز التحكيم تعتبر من تداعيات العصر الحديث، غير أنه وكما تقدم لا يوجد ما يمنع من إتمام العملية التحكيمية من خلال مثل هذه المراكز طالما أنها تحقق مصلحة للعباد من خلال توفير وقتهم وجهدهم، فتحقيق المصالح وكما هو معروف مقصد من المقاصد العامة للشريعة الإسلامية بشرط ألا يفضي إلى حرام وألا يستعمل فيه حرام.

أما عن تشكيل الهيئة التحكيمية في الفقه الإسلامي فإن الفقهاء لم يشترطوا عددا معيناً من المحكمين، غير أن الواضح من الآيات القرآنية المتعلقة بالتحكيم أنه يجوز تولية أكثر من محكم واحد في الخصومة، بدليل قوله تعالى في التحكيم بين الزوجين: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ

(1) -انظر: محمد مأمون سليمان: التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 328-329.

أَهْلِهِ، وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَ إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴿٣٥﴾ (1)،
وقوله في جزاء قتل الصيد من قبل المحرم: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ...﴾ (2).

فالموضح من خلال هاتين الآيتين الكرمتين أنه ليس هناك ما يمنع من تعدد المحكمين شرعا، كما أنه يجوز شرعا أن تتشكل هيئة التحكيم من عدد زوجي.

وقد اكتفى الفقهاء بجواز التعدد الموجود في هذه الآيات، ومن ثم لم يشترطوا عددا معيناً في هيئة التحكيم، وإنما اشترطوا شروطاً في المحكم، حيث ذهب جانب منهم إلى أنه يشترط في المحكم ما يشترط في القاضي لأنه يتولى مهمة الفصل في المنازعات بين الناس ومن ثم أشبه عمله عمل القاضي فوجب أن تتوفر فيه الشروط الواجب توافرها في القاضي (3)، في حين ذهب جانب آخر إلى أن المحكم أدنى منزلة من القاضي ومن ثم يشترط فيه بعض الشروط الواجب توافرها في القاضي وليست كلها (4).

ثانياً: الإجراءات المتبعة أمام هيئة التحكيم الإلكتروني

يقصد بإجراءات التحكيم مجموعة القواعد التي يجب على المحكمة التحكيمية اتباعها في سير العملية التحكيمية بداية من تقديم طلب التحكيم وشروطه، وكذلك جلسات التحكيم وكيفية تبادل المستندات ومدى حجيتها، واللغة الواجب استخدامها في عملية التحكيم وغيرها من المسائل الإجرائية الأخرى المتبعة أثناء عرض النزاع على هيئة التحكيم وحتى الفصل فيه (5).

والأصل أن يتم تحديد الإجراءات التي يجب أن تتبعها هيئة التحكيم بناء على اتفاق الأطراف إما بطريقة مباشرة في شرط أو اتفاق التحكيم، أو بالإحالة إلى نظام معين.

غير أنه بالنسبة للتحكيم الذي يتم من خلال مراكز دائمة فعادة ما تكون لهذه المراكز لائحة للإجراءات الواجب اتباعها أمام هيئة التحكيم، ومن ثم لا يكون لإرادة الأطراف في هذه الحالة دور في تحديد الإجراءات.

(1) -سورة النساء: 35.

(2) -سورة المائدة: 95.

(3) -انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، 3/7.

(4) -انظر: محمد بن عبد الله الخرشبي: شرح مختصر خليل، د.ط، بيروت، دار الفكر، د.ت، 146/7، البهوتي: كشف القناع، مرجع سابق، 309/6.

(5) -انظر: محمد مأمون سليمان: التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 334-335.

وتشير الباحثة إلى أن تحديد الإجراءات سواء فيما يتعلق بكيفية عقد الجلسات أو التبليغ بها، أو كيفية تبادل المستندات وحجيتها في الإثبات، أو لغة التحكم، بالنسبة للتحكيم الإلكتروني يعتبر أمراً على درجة عالية من الأهمية، ذلك أن هذه الإجراءات تتم عبر الوسائل الإلكترونية والتي تكون عادة الإنترنت، مما يوجب تحديد الخدمة التي سيتم من خلالها التواصل بين أطراف العملية التحكيمية، أهو البريد الإلكتروني، أم الاتصال المباشر بالصوت والصورة، وكذلك الحال بالنسبة لدرجة تأمين المستندات التي سيتم تبادلها وغيرها من الأمور التي تعتبر من مفرزات استعمال تقنيات الاتصال الحديثة في هذا المجال.

وطبعا هذه المسائل الإجرائية لم تنظم بهذا الشكل في الفقه الإسلامي ذلك أن عملية التحكم كانت تتم بشكل مباشر ودونما حاجة لتعقيدات الإجراءات المعروفة اليوم والتي تعتبر من تداعيات العصر الحالي.

على أن الباحثة تكتفي بهذا القدر من التفصيل في هذه الجزئية، لأنها ستكون محل بحث مستفيض في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على التحكم الإلكتروني

إن الحديث عن القانون الواجب التطبيق على التحكم الإلكتروني يتضمن شقين الأول متعلق بالقانون الواجب التطبيق على الإجراءات المتبعة أمام هيئة التحكم أي إجراءات العملية التحكيمية المشار إليها أعلاه، أما الثاني فيتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، بمعنى القواعد القانونية التي سيعتمد عليها المحكم أو هيئة التحكم في فصل النزاع المطروح عليه، ولا يقل أحد الشقين أهمية عن الآخر ذلك أن أي خلل في أحدهما قد يؤدي إلى نسف العملية التحكيمية ككل، ومن ثم وجب التطرق لهما بشيء من التفصيل.

وعليه ستطرق الباحثة إلى القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكم الإلكتروني (أولاً)، ثم ستطرق إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع (ثانياً) وهذا طبعا دون إغفال موقف الفقه الإسلامي من هذه المسألة.

أولاً: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكم الإلكتروني

تقدم أن الجانب الإجرائي هو الذي يعطي الشرعية للعملية التحكيمية، ومن ثم فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا الجانب يعد أمراً ضرورياً، خاصة وأنه ليس هناك اتفاق على نظام إجرائي

معين من شأنه أن يتبع في كل عمليات التحكيم تقليدية كانت أم إلكترونية.

على أن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم إن كانت مسألة على درجة بالغة الأهمية في التحكيم الحر، فإنها على العكس من ذلك بالنسبة للتحكيم المؤسسي لأنه في هذا الأخير يكون لكل مركز لائحة خاصة بتحديد هيئة التحكيم والإجراءات الواجب اتباعها أمام هذه الهيئة... ومن ثم لا يكون لإرادة الطرفين دور هام في هذا المجال، ذلك أن اتفاقهم على اللجوء إلى مركز معين لإتمام العملية التحكيمية معناه الإذعان لكل الإجراءات التنظيمية الخاصة بهذا المركز إلا في الحالات التي يترك فيها المركز الحرية في الاتفاق على بعض الإجراءات.

وعليه فستشير الباحثة في هذه الجزئية إلى كيفية تحديد هذه الإجراءات بالنسبة للتحكيم الحر دون تفصيل كبير وذلك لأنه سبقت الإشارة إلى أن التحكيم الإلكتروني عادة ما يجري في إطار المراكز الدائمة للتحكيم، ومن ثم فإن الإجراءات الواجب اتباعها هي تلك الإجراءات التي تتضمنها لوائح تلك المراكز. وعليه يمكن إيجاز كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني بالنسبة للتحكيم الحر في الآتي:

1- دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني:

يرى جانب من الفقه أنه وانطلاقاً من أن إرادة الأطراف هي أساس إخراج النزاع من دائرة الاختصاص القضائي، إلى دائرة الاختصاص التحكيمي، فإن الأصل أن هذه الإرادة هي صاحبة الحق في وضع القواعد الإجرائية التي تسير وفقها العملية التحكيمية سواء أكانت تقليدية أم إلكترونية. غير أن الإرادة التي يعتد بها في هذا المقام هي الإرادة الصريحة التي تدل دلالة واضحة على انصراف إرادة الأطراف إلى اختيار أو وضع قانون إجرائي معين، فإن لم تكن هذه الإرادة بهذه الصفة (أي صفة الصراحة والوضوح) فلا يحق للمحكم استخلاصها بشكل ضمني، والسبب في ذلك يرجع أساساً إلى أهمية الجانب الإجرائي في عملية التحكيم⁽¹⁾.

فإرادة الأطراف الصريحة معتبرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات سواء جاء هذا التحديد من خلال صياغة الأطراف لقواعد إجرائية انطلاقاً من تشكيل هيئة التحكيم وإجراءات اختيار المحكمين وعددهم، وكيفية عقد جلسات التحكيم وكيفية تبادل المستندات وتقدير حجيتها، وسماع الشهود ولغة التحكيم وغيرها من المسائل الإجرائية، بشكل اجتهادي أو اقتداء بما يروونه مناسباً من قوانين أو أنظمة تحكيم، أو من خلال قواعد محددة إما في قانون وطني أو في لائحة مركز تحكيم ما.

(1) -انظر: بلال عبد المطلب بدوي: التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 161.

وهو ما قنته مختلف التشريعات الدولية والداخلية الخاصة بالتحكيم عند تناولها لمسألة القانون الواجب التطبيق على الإجراءات كما هو حال قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، حيث نصت مادته 1/19 على أنه: «مع مراعاة أحكام هذا القانون، يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم اتباعها لدى السير في التحكيم»⁽¹⁾.

وكذلك الشأن بالنسبة لاتفاقية نيويورك التي وإن لم تشر صراحة إلى هذه المسألة إلا أن نصوصها تضمنتها بشكل ضمني وذلك بالتحديد من خلال المادة 1/5 (د) المشار إليها أعلاه.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نظم هذه المسألة بموجب المادة 1/1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها: «يمكن أن تضبط اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم»⁽²⁾.

ومن ثم فإن هذه النصوص توضح حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق سواء كان هذا القانون من ابتداعهم أي من خلال صياغة قواعد إجرائية واجبة الاتباع، أو من خلال اختيار قانون إجرائي يستوي أن يكون قانون دولة ما أو نظام تحكيم مركز معين.

على أنه بالنسبة للتحكيم الإلكتروني وإن كانت تنطبق عليه هذه الأحكام انطلاقا من أنه ليس هناك تشريعات خاصة تنظم جزئياته، غير أن الأمر لا يؤخذ على إطلاقه خاصة بالنسبة لاختيار قانون إجرائي لدولة معينة، ذلك أن اختيار الأطراف لقانون وطني معين ليطبق على إجراءات التحكيم الإلكتروني قد يثير العديد من الإشكالات إذا كانت الإجراءات الواردة في هذا القانون لا تتناسب مع طبيعة هذا النوع من التحكيم، على عكس ما لو اختار الأطراف لائحة مركز تحكيم يقدم خدمة التحكيم الإلكتروني⁽³⁾ خاصة وأنه أصبح هناك عدد لا بأس به من المراكز التي تقدم هذه الخدمة والتي تقدم أنها تزيد عن 25 مركزا، ففي هذا الفرض تنطبق على التحكيم الإلكتروني الإجراءات الشكلية الخاصة بالمركز والمعدة بشكل يتناسب مع طبيعة هذا التحكيم، مما يغني الأطراف عن كثير من

(1) قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 مع التعديلات التي تم اعتمادها سنة 2006، منشورات الأمم المتحدة، مرجع سابق، ص 14.

(2) القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر، ع 21، ص 45، مرجع سابق، ص 93.

(3) قريب من هذا عند: بلال عبد المطلب بدوي: التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 163-164.

الصعوبات والإشكالات التي قد تواجه عملية التحكيم الإلكتروني.

2-تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني في ظل غياب قانون الإرادة:

قد يحدث وأن يغفل اتفاق التحكيم الإلكتروني الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق على الإجراءات التي ستسير وفقها العملية التحكيمية، ومن ثم يكون من الواجب إيجاد بديل لقانون الإرادة الذي لم يتناول هذا الاختيار، وعلى هذا أعطت التشريعات المشار إليها سابقا حلا لهذا الإشكال، حيث قررت المادة 1/5 (د) من اتفاقية نيويورك للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها جواز وقف الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم إذا قدم طالبه: «(د) أن تشكيل هيئة التحكيم أو أن إجراءات التحكيم لم تكن وفقا لاتفاق الطرفين أو لم تكن في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق وفقا لقانون البلد الذي جرى فيه التحكيم»⁽¹⁾، كما قررت المادة 2/19 من قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 أنه: «2- فإذا لم يكن ثمة مثل هذا الاتفاق، كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تسير في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة. وتشمل السلطة المخولة لهيئة التحكيم البث في مقبولة الأدلة المقدمة وصلتها بالموضوع وجدواها وأهميتها»، أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 2/1043 على أنه: «إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام التحكيم».

فهذه النصوص بعضها دل دلالة واضحة على الإجراء الواجب اللجوء إليه في حال خلو اتفاقية التحكيم من تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات إضافة إلى خلوها من قواعد إجرائية تسير وفقها العملية التحكيمية حيث يتم اللجوء إلى قانون البلد الذي جرى فيه التحكيم وهو ما تضمنته اتفاقية نيويورك، أو يتم تحويل هيئة التحكيم سلطة تسير عملية التحكيم وفق ما تراه مناسبا وهو ما تضمنه قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، أما التشريع الجزائري فقد أشار إلى أنه في حالة غياب قانون الإرادة تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات إما مباشرة أو استنادا إلى قانون "بشكل مبهم" حيث يمكن أن يفسر بأنه قانون المكان الذي جرى فيه التحكيم، أو قانون مكان تنفيذ حكم التحكيم إلى غيرها من التأويلات التي يمكن أن ترد، أو إلى نظام تحكيم والراجح أن المشرع يقصد نظام داخلي لمركز تحكيم ما.

ومن ثم فالراجح أنه هناك حلين يمكن اللجوء إلى أحدهما في حالة سكوت الطرفين عن تحديد

(1)-اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958، النسخة المنقحة، مرجع سابق، ص6.

القانون الإجرائي وهما:

أ-خضوع إجراءات التحكيم الإلكتروني لقانون مقر التحكيم:

إن إخضاع إجراءات التحكيم بوجه عام إلى قانون مقر التحكيم في حال غياب تحديد هذه الإجراءات من قبل الأطراف، أو تحديدهم لقانون معين للانطباق على الإجراءات، يعتبر حلا للإشكالات التي يواجهها المحكم أو هيئة التحكيم في هذا المجال والذي قد يجد إشكالا حتى في حال التحديد كما لو كان في القواعد التي وضعها الأطراف نقص ما، زيادة على هذا فإن قانون مقر التحكيم يكون له دور كبير بالنسبة للحالات التي يكون فيها أوامر بإجراءات وقتية أو تحفظية، أو في حال تحديد المحاكم المختصة بطلب بطلان حكم التحكيم حتى وإن انعقد الاختصاص لقانون آخر لحكم إجراءات التحكيم⁽¹⁾.

ومن ثم فإن لتحديد مقر التحكيم أهمية كبيرة بالنسبة للتحكيم سواء أكان حرا أم مؤسساتيا، وسواء أكان تقليديا أم إلكترونيا.

ونظرا للأهمية التي يكتسبها مقر التحكيم فقد نصت عليه بعض التشريعات⁽²⁾، والتي يمكن التمثيل لها بقانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي حيث نصت المادة 20 منه على أنه: «1- للطرفين حرية الاتفاق على مكان التحكيم، فإن لم يتفقا على ذلك، تولت هيئة التحكيم تعيين هذا المكان، على أن تؤخذ في الاعتبار ظروف القضية، بما في ذلك راحة الطرفين. 2- استثناء من أحكام الفقرة 1 من هذه المادة يجوز لهيئة التحكيم أن تجتمع في أي مكان تراه مناسباً للمداولة بين أعضائها، ولسماع أقوال الشهود أو الخبراء أو طرفي النزاع، أو لمعاينة البضائع أو غيرها من الممتلكات، أو لفحص المستندات، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك»⁽³⁾.

وبالنظر إلى هذا النص يتضح أن الأطراف أحرار في تعيين مقر التحكيم، فإن لم يستعملوا هذا الحق كان لهيئة التحكيم تعيين مكانه، مع مراعاة ظروف الدعوى وملاءمة المكان للأطراف، غير أن تحديد مقر التحكيم من قبل هيئة التحكيم لا يمنع إمكانية اجتماع هذه الهيئة في أي مكان تراه مناسباً

⁽¹⁾ -انظر: أبو زيد رضوان: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 98-99، بلال عبد المطلب بدوي: التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 167.

⁽²⁾ -جدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يتناول مسألة تحديد مكان أو مقر التحكيم، وهو حال المشرع الفرنسي أيضا، ومن التشريعات العربية التي تناولت هذه المسألة التشريع المصري وذلك بموجب المادة 28 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، يمكن مراجعة نص المادة في: عبد الفتاح مراد: شرح تشريعات التحكيم الداخلي والدولي، مرجع سابق، ص 130.

⁽³⁾ -قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم الإلكتروني لسنة 1985 مع التعديلات المعتمدة سنة 2006، مرجع سابق، ص 14.

لأجل سماع أقوال الشهود أو الخبراء أو أطراف النزاع، أو لأجل فحص المستندات المتعلقة بالدعوى أو معاينة بضاعة أو أي ممتلكات، أو حتى لأجل إجراء المداولات بين أعضاء الهيئة.

على أن هذا الحل إن كان يمثل مخرجا مناسباً لتحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم التقليدي، فإنه وعلى العكس من ذلك يعتبر إشكالا جديداً بالنسبة للتحكيم الإلكتروني، ذلك أن هذا التحكيم كما تقدم يتم في العالم الافتراضي بمعنى أنه يتم في عالم تغيب فيه الحدود الجغرافية.

ومن الحلول المقدمة للإشكال المتعلق بمقر التحكيم الإلكتروني أن يتم تحديد هذا المكان باتفاق الأطراف على ذلك، وفي حالة غياب مثل هذا الاتفاق يكون لهيئة التحكيم تحديد مكانه مسترشدة بمكان التواجد الفعلي للمحكّمين، والذي يسهل تحديده بشكل خاص في حال المحكم الواحد حيث يكون مكان أو مقر التحكيم هو محل إقامة ذلك المحكم⁽¹⁾.

ومع هذا فإن الباحثة ترى أن الحل الأمثل لهذا الإشكال يكمن في تحديد مكان التحكيم الإلكتروني باتفاق بين الأطراف، تحقيقاً للدور الذي يلعبه المكان بالنسبة للأوامر الوقتية والتحفظية وكذا الطعن ببطالان حكم التحكيم، أما بالنسبة للإجراءات فإن الأجدر أن تترك سلطة تحديدها للهيئة التحكيمية في التحكيم الحر، أو للنظام الداخلي لمركز أو مؤسسة التحكيم في التحكيم المؤسسي، ذلك أن الإجراءات تعتبر وسيلة لتحقيق غاية، وليس غاية في حد ذاتها.

ب- خضوع إجراءات التحكيم الإلكتروني لسلطة هيئة التحكيم:

في هذا الحل تتولى هيئة التحكيم تحديد الإجراءات التي تسيّر وفقها العملية التحكيمية، ومن ثم يتجنب الأطراف الخوض في الأمور الشكلية المتعلقة بالإجراءات، ويترك لهيئة التحكيم هذه المهمة بناء على خبرتها في هذا المجال الأمر الذي من شأنه تقليل الإشكالات المتعلقة بتحديد مقر التحكيم خاصة في حالة اختلاف وجهات نظر الأطراف، وهذا سواء بالنسبة للتحكيم الحر أم التحكيم المؤسسي حيث أنه في هذا الأخير وكما تقدم يكون لكل مركز لائحة تنظيمية خاصة تحدد الإجراءات الواجب اتباعها من قبل الهيئة التحكيمية، ومن ثم لا يقع على عاتق الأطراف الاهتمام بأي إجراء من إجراءات التحكيم.

(1) - انظر: بلال عبد المطلب بدوي: التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 168.

3- موقف الفقه الإسلامي من تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم

الإلكتروني:

لم يتناول فقهاء الشريعة الإسلامية مسألة الإجراءات الواجب اتباعها أمام المحكم أو هيئة التحكيم، حيث نجد ومن خلال النماذج التحكيمية التي شهدتها المجتمع الإسلامي سواء في حياته ﷺ أم في عصر الصحابة رضي الله عنهم، مثل حادثة التحكيم في قضية بني قريظة⁽¹⁾، أو حادثة تحاكم عمر بن الخطاب وأبي بن كعب إلى زيد بن ثابت⁽²⁾، أن النظام الإسلامي يحرص على توافر مبدئين إجرائيين أساسيين هما: مبدأ المواجهة بين الخصوم، ومبدأ المساواة بينهما، ولا يتطلب قواعد إجرائية معينة.

ومنه يمكن القول أنه وفقا للنظام الإسلامي يكون اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات سير منازعة التحكيم أمر متروك لإرادة الأطراف، فلهم أن يضعوا أو يختاروا ما شاءوا من إجراءات بشرط عدم الإخلال بالمبدئين المشار إليهما أعلاه، وعدم تعارضها طبعاً مع الأحكام والمقاصد العامة للشريعة الإسلامية.

ثانياً: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم الإلكتروني

إن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يعتبر من المسائل الجوهرية في التحكيم سواء أكان إلكتروني أم تقليدياً، ذلك أنه المعول عليه للفصل في النزاع.

لذلك نجد أن جل التشريعات المتعلقة بالتحكيم سواء على المستوى الدولي أم على المستوى الوطني قد نظمت هذه المسألة حيث نص قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 بتعديلاته المعتمدة سنة 2006 بموجب مادته 28 على الآتي:

(1) - وقد تقدم أن بني قريظة قد نزلوا على حكم سعد بن معاذ رضي الله عنه، وقد ذكر ابن حجر أن النبي ﷺ استدعاه إلى المكان الذي اجتمع فيه مع بني قريظة، فلما حضر استوثق من رضا الطرفين بحكمه، كما استوثق من قبولهم تنفيذ، حيث: [توجه إلى بني قريظة قائلاً: عليكم عهد الله وميثاقه أن الحكم فيكم ما حكمت؟ فقالوا: نعم، ثم قصد الناحية التي بها رسول الله ﷺ وهو معرض بوجهه إجلالاً له ﷺ، وقال: وعلى من ههنا؟ فقال رسول الله ﷺ: نعم]. ابن حجر العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري، كتاب المغازي، ط1، بيروت، دار المعرفة، د.ت، 411/7.

(2) - حيث روى الشعبي: [أنه كان بين عمر وأبي رضي الله عنهما محاصمة، فقال: عمر اجعل بيني وبينك رجلاً، قال: فجعل بينهما زيد بن ثابت. قال: فأتوه، قال: فقال عمر رضي الله عنه: أتيناك لتحكم بيننا وفي بيته يؤتى الحكم. قال فلما دخلوا عليه أجلسه معه على صدر فراشه، قال: فقال (يقصد عمر)، هذا أول جور جرت في حكمك، أجلسني وخصمي مجلساً، قال: فقص عليه القصة، قال: فقال زيد لأبي: اليمين على أمير المؤمنين، فإن شئت أعفيت، قال: فأقسم عمر رضي الله عنه على ذلك، ثم أقسم لا تدرك باب القضاء حتى لا يكون لي عندك على أحد فضيلة]. الأثر أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، باب: القاضي لا يحكم لنفسه، مرجع سابق، 144/10.

«1- تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع. وأي اختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعدا الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك. 2- إذا لم يعين الطرفان أية قواعد، وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق. 3- لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على أساس مراعاة العدالة والحسنى، أو كمحكّم عادل منصف، إلا إذا أجاز لها الطرفان ذلك. 4- في جميع الأحوال تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لشروط العقد وتأخذ في اعتبارها العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المنطبقة على المعاملة»⁽¹⁾.

كما نصت المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: «تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها مناسبة»⁽²⁾.

ومن خلال هذين النصين وغيرهما من النصوص الواردة في هذا المجال والتي لا يمكن إيرادها جميعا فإنه يتضح أن هيئة التحكيم تختار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بناء على ما تقرره إرادة الطرفين، سواء اتجهت تلك الإرادة إلى اختيار قانون دولة معينة أو قواعد قانونية مستقاة من قوانين متعددة، على أن قانون الأونسترال أضاف أنه في حال اتفاق الأطراف على اختيار قانون دولة معينة، فإن هذا الاختيار يجب أن يؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة لا إلى قواعد تنازع القوانين في تلك الدولة، ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك، وهذه إشارة بالغة الأهمية لأن الرجوع إلى القانون الذي حددته إرادة الطرفين بما فيه من قواعد تنازع القوانين ستجعل هيئة التحكيم تدور في دائرة مفرغة - وهو ما تم بيانه في الفصل المتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية - ومن ثم فإنه وحتى يتم الخروج من هذه الحلقة التي لا تساهم في تسوية النزاع بقدر ما تزيده تعقيدا، فإنه ينبغي الرجوع إلى القواعد الموضوعية فقط في ذلك القانون، إلا إذا وجد اتفاق من الطرفين على خلاف ذلك، إذ في هذه الحالة على هيئة التحكيم الالتزام بما قرره إرادة الطرفين.

وبالنظر إلى هيئات ومراكز التحكيم، سواء المتعلقة بالتحكيم التقليدي أم المتعلقة بالتحكيم

⁽¹⁾ - قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 مع التعديلات المعتمدة سنة 2006، منشورات الأمم المتحدة، مرجع سابق، ص 17.

⁽²⁾ - القانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، مرجع سابق، ج. 45، ع 21، س 45، ص 94.

الإلكتروني نجدها قد حرصت على احترام ما تقضي به إرادة الطرفين، ومن ذلك ما جاء في المادة 17 من قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس (CCI)، حيث جاء فيها: «يكون الأطراف أحراراً في اختيار قواعد القانون التي يجب أن يطبقها المحكم على موضوع النزاع»⁽¹⁾، وهو ما تضمنته أيضاً المادة 1/17 من قواعد التحكيم في المحكمة الافتراضية (cyber tribunal) حيث أشارت إلى أن من حق الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وفي حالة عدم استعمالهم لهذا الحق يختار المحكم القانون الوطني الذي يرتبط بالنزاع برابطة وثيقة⁽²⁾.

أما بالنسبة لموقف الفقه الإسلامي من مسألة القانون الواجب التطبيق فإن المسألة وكما تقدم تعتبر محسومة، ذلك أنه لا مجال لإعمال قانون آخر غير أحكام الشريعة الإسلامية، فالمحكم شأنه شأن القاضي «ينبغي عليه أن يحكم بما يحكم به القاضي المسلم، أي بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية، كما عليه أن يأخذ بوسائل الإثبات التي يأخذ بها القاضي المسلم، كالشهادة والإقرار والنكول عن اليمين»⁽³⁾.

ومع هذا فتطبيق المحكم للشريعة الإسلامية على موضوع التحكيم لا يعني بالضرورة استبعاد العادات والأعراف الدولية التي يسعى المتعاملون في مجال التجارة الدولية ومن ثم في مجال التجارة الإلكترونية إلى إرسائها كقانون يطبق على نزاعاتهم مستبعدين بذلك القوانين الوطنية، التي يمكن أن تشكل عائقاً أمام تطور وازدهار هذه التجارة. ذلك أن الأعراف المنتشرة بين التجار معتبرة في الشريعة الإسلامية طالما أنها لا تخالف حكماً شرعياً⁽⁴⁾، والدليل على هذا قاعدتان فقهيان الأولى مؤداها «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»⁽⁵⁾، والثانية مؤداها «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم»⁽⁶⁾، والقاعدتان مستنبطتان من القاعدة الفقهية الكبرى «العادة محكمة»، والتي تعني أن العادة يمكن أن تكون مستندا لإثبات حكم شرعي، بمعنى أن للعادة في الاعتبار الشرعي حاكمية تخضع لها أحكام التصرفات، فتثبت تلك الأحكام وفق ما تقضي به العادة أو العرف إذا لم يكن هناك نص شرعي

⁽¹⁾—Règlement d'arbitrage de la chambre de commerce internationale (en vigueur au 1er janvier 1998), publié sur le site : www.cci.org.

⁽²⁾—للاطلاع على نص المادة كاملاً يرجى زيارة موقعها على العنوان: <http://www.cybertribunal.org>.

⁽³⁾—عبد الكريم زيدان: نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ط2، بيروت، مؤسسة الرسالة، (1409هـ-1989م)، ص296.

⁽⁴⁾—انظر: محمد سليمان الأشقر وآخرون: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، ط1، الأردن، دار النفائس، (1418هـ-

1998م)، 149/1.

⁽⁵⁾—المادة 43 من مجلة الأحكام العدلية. علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، 51/1.

⁽⁶⁾—المادة 44 من مجلة الأحكام العدلية. المرجع نفسه.

مخالف لتلك العادة⁽¹⁾.

على أن العرف المعتبر شرعا يجب أن تتوافر فيه جملة من الشروط يمكن إجمالها في: «1- أن يكون العرف غالبا ومطرادا. 2- ألا يخالف العرف نصا من نصوص الشرع أو قاعدة من القواعد المقررة في الشريعة الإسلامية. 3- ألا يكون اتفاق صريح بين المتعاقدين على استبعاد العرف. 4- أن يكون العرف المراد العمل به موجودا عند إنشاء التصرف»⁽²⁾.

ومن ثم يتضح أن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم الإلكتروني بالنسبة للفقهاء الإسلامي هو أحكام الشريعة الإسلامية، دون أن يعني ذلك استبعاد أعراف التجارة الإلكترونية المستقرة في هذا المجال طالما أنها لا تخالف نصا شرعيا.

نخلص مما تقدم إلى أن الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني لا يختلف كثيرا عن الإطار القانوني للتحكيم التقليدي، فالاختلافات الموجودة بين النظامين ترجع في الأساس إلى خصوصية الوسيلة المستعملة في إتمام العملية التحكيمية في النوع الثاني. وعليه يبقى الهدف منهما واحدا وهو الوصول إلى حكم ينهي المنازعة القائمة بين طرفيه وهو ما سيكون موضوعا للمبحث الموالي من هذا الفصل.

⁽¹⁾ -انظر: صالح بن غانم السدلان: القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، ط1، المملكة العربية السعودية، الرياض، دار بلنسية، 1417هـ)، ص37، علي أحمد الندوي: القواعد الفقهية، تقديم: مصطفى الزرقا، ط1، دمشق، دار القلم، (1432هـ-2011م)، ص293-302.

⁽²⁾ -أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: محمد عبد الله دراز، د.ط، بيروت، دار الفكر العربي، د.ت، 286/2 وما بعدها، سعد العنزي: العرف والعادة بين الشريعة والقانون، الكويت، مجلة الحقوق، س23، ع1، (ذي الحجة 1419هـ-1999م)، ص221.

المبحث الثالث: حكم التحكيم الإلكتروني

إن الحكم هو النتيجة التي يرجى الوصول إليها من العملية التحكيمية ككل، فالهدف من اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني كان أم تقليديا هو تسوية النزاع القائم بين الطرفين عن طريق حكم ينهي ذلك النزاع. ومن ثم فإنه وإن كان هذا الحكم هو الحلقة الأخيرة من حلقات التحكيم فهو أهم تلك الحلقات، إذ لا جدوى من تعيين المحكم أو هيئة التحكيم وتحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع، في ظل غياب الحكم أو القرار التحكيمي الذي يفصل النزاع المطروح وينهي الخصومة بين الطرفين.

وانطلاقاً من هذه الأهمية التي يتمتع بها حكم التحكيم الإلكتروني، وجب التطرق إليه بشيء من التفصيل وذلك من خلال بيان مفهومه (وهذا في مطلب أول)، ثم بيان فاعليته في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية (وهذا في مطلب ثان).

المطلب الأول: مفهوم حكم التحكيم الإلكتروني

قد يبدو أن حكم التحكيم الإلكتروني هو ببساطة القرار الصادر عن المحكم أو هيئة التحكيم في النزاع المطروح من قبل طرفي الاتفاق على التحكيم الإلكتروني، ومن ثم فإن مفهومه واضح ولا يحتاج إلى بيان، غير أن الواقع العملي يثبت أنه لا بد من وضع تعريف محدد للحكم التحكيمي وبيان كيفية إصداره، إضافة إلى تحديد البيانات الواجب توافرها فيه وذلك حتى يحظى هذا الحكم أو القرار بقبول التنفيذ. وهو ما ستوضحه الباحثة من خلال هذا المطلب، حيث ستتطرق إلى تعريف حكم التحكيم الإلكتروني وكيفية إصداره (وهذا في فرع أول)، ثم تحدد البيانات الواجب توافرها فيه (وهذا في فرع ثان).

الفرع الأول: تعريف حكم التحكيم الإلكتروني وكيفية إصداره

لا يمكن تناول حكم التحكيم الإلكتروني بالدراسة قبل ضبط تعريف دقيق له (أولاً)، وتحديد كيفية إصداره (ثانياً).

أولاً: تعريف حكم التحكيم الإلكتروني

بناءً على ما تقرر فيما تقدم من جزئيات هذه الأطروحة من أن التحكيم الإلكتروني لا يختلف عن التحكيم عموماً إلا من حيث الوسيلة التي يتم من خلالها والتي تعطيه شيئاً من الخصوصية، فإن تعريف حكم التحكيم الإلكتروني ينطلق من تعريف حكم التحكيم عموماً.

وبالرجوع إلى التعريفات الفقهية المقدمة لحكم التحكيم⁽¹⁾ يتضح أن هناك اتجاهان، أحدهما يوسع من مفهوم هذا الحكم والآخر يضيق من مفهومه، وستقدم الباحثة تعريفا لكل اتجاه، ثم ترجح بينهما لتصل في النهاية إلى تحديد المقصود بحكم التحكيم الإلكتروني دون إغفال موقف الفقه الإسلامي من المسألة، وذلك على النحو الآتي:

1- تعريف حكم التحكيم وفقا للاتجاه الموسع:

على الرغم من تعدد التعريفات الفقهية في هذا الاتجاه فإن الباحثة ارتأت اختيار تعريف واحد لأن المجال لا يتسع لذكر جميع التعريفات، خاصة وأنه ليس هناك فائدة من تعداد جميع التعريفات طالما أنها تصب في ذات المعنى. وهذا التعريف مفاده أن حكم التحكيم هو: «كل حكم قطعي يفصل في جميع المسائل المعروضة على هيئة التحكيم أو كل قرار نهائي يفصل في مسألة تتعلق بالموضوع أيا كانت طبيعتها أو يفصل في مسألة الاختصاص أو أي مسألة إجرائية»⁽²⁾.

2- تعريف حكم التحكيم وفقا للاتجاه المضيق:

بالنسبة لهذا الاتجاه أيضا فقد وردت فيه تعريفات كثيرة، اكتفت الباحثة باختيار واحد منها -

(1) -لقد تناولت الباحثة التعريفات الفقهية المقدمة لحكم التحكيم دون الإشارة إلى التعريفات التشريعية له ذلك أنها وبتتبع ما توفر لها من تشريعات دولية أو داخلية متعلقة بالتحكيم، لم تعثر على أي تعريف لحكم التحكيم، ومن ذلك مثلا اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، حيث نصت الاتفاقية في المادة 2/1 على أنه: «لا يقتصر مصطلح "قرارات التحكيم" على القرارات التي يصدرها محكمون معينون لكل قضية، بل يشمل أيضا القرارات التي تصدرها هيئات تحكيم دائمة تكون الأطراف قد أحالت الأمر إليها»، أي أنها اقتصرت على بيان أن قرار التحكيم قدر يصدر عن هيئة تحكيم معينة للفصل في قضية ما، كما قد يصدر عن مراكز أو هيئات دائمة للتحكيم، دون أن تعرف حكم أو قرار التحكيم، وكذلك الشأن بالنسبة لقانون الأسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 بتعدلاته المعتمدة سنة 2006 حيث جاء هو الآخر خاليا من أي إشارة لتعريف حكم التحكيم، وكذلك الحال بالنسبة للتشريعات الوطنية والتي يمكن التمثيل لها بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الذي تضمن تنظيم التحكيم على المستويين الداخلي والدولي دون أن يشير إلى تعريف حكم التحكيم، غير أنه وبمقتضى نص مادته 1031 التي تقضي بأن: «تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورهما فيما يخص النزاع المفصول به»، والذي يستفاد منه أن أحكام التحكيم التي تحوز حجية الشيء المقضي فيه هي تلك الأحكام التي تخص الفصل في النزاع، بمعنى أن غيرها من الأحكام التي تصدر عن المحكم أو الهيئة فيما يتعلق بإجراءات التحكيم والقانون الواجب التطبيق... لا تحوز هذه الحجية ومن ثم يمكن القول أن المشرع الجزائري أخذ بالمفهوم المضيق لحكم التحكيم.

أما تعريف حكم التحكيم في السوابق القضائية، فكان هو الآخر قليلا، حيث أشار الباحثون في هذا المجال إلى تعريف واحد صادر عن القضاء الفرنسي مؤداه أن حكم التحكيم هو: "قرارات المحكم التي تفصل بطريقة نهائية أو جزئية في مسألة متنازع عليها تتعلق بالموضوع أو بالاختصاص أو بالإجراءات أو تؤدي إلى إنهاء الدعوى. (التعريف مشار إليه لدى: سليمان أحمد فضل: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص340، ومحمد مأمون سليمان، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص486).

(2) -نبيل إسماعيل عمر: التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، ط1، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2004م، ص171.

لذات الأسباب المذكورة أعلاه- مؤداه أن حكم التحكيم هو: «ذلك الحكم الذي يصدر عن هيئة التحكيم في موضوع النزاع بحيث يكون هذا الحكم فاصلا وحاسما في هذا النزاع بين الأطراف»⁽¹⁾.

3- الترويج بين الاتجاهين وتحديد المقصود من حكم التحكيم الإلكتروني:

من خلال التعريفين السابقين يتضح جليا أن الاتجاه الأول لم يقصر حكم التحكيم على الأحكام الصادرة في المنازعة القائمة بين الأطراف والتي تفصل فيها بشكل منهي للخصومة، بل جعل كل ما يصدر عن المحكم أو هيئة التحكيم بمناسبة العملية التحكيمية التي يديرها حكما تحكيميا، بما في ذلك القرارات المتعلقة بأمور إجرائية مثل الفصل في اختصاص هيئة التحكيم، أو تحديد القانون الواجب التطبيق...، بينما ذهب الاتجاه الثاني إلى أن الحكم التحكيمي يقتصر على منطوق الحكم المتعلق بفصل النزاع المطروح، ومن ثم فإن الباحثة⁽²⁾ ترجح الرأي الثاني لأن الهدف من اللجوء إلى التحكيم هو الحصول على حكم ينهي النزاع وذلك بتنفيذه إما طوعا أو جبرا، ومن ثم فإن ما يصدر من قرارات عن المحكم أو هيئة التحكيم متعلقة بالإجراءات أو بالأوامر التحفظية في النزاع المطروح وإن كانت من لوازم العملية التحكيمية إلا أنها ليست مقصودة في حد ذاتها، فالمقصود هو الحكم الذي ينهي النزاع لا الإجراءات الموصلة لذلك الحكم.

وعليه فإن الباحثة ومن خلال التعريفات السابق الإشارة إليها وغيرها من تعريفات حكم التحكيم عموما، استنتجت تعريفا لحكم التحكيم الإلكتروني يقضي بأنه: «كافة القرارات الصادرة عن هيئة التحكيم بشكل إلكتروني دون حاجة للتواجد المادي، والتي تفصل بشكل قطعي في المنازعة المعروضة عليها سواء أكانت تلك القرارات كلية تفصل في موضوع المنازعة ككل، أم جزئية تفصل في شق منها». فالضابط في تحديد حكم التحكيم الإلكتروني وفقا لهذا التعريف أن يتعلق الأمر بالأحكام أو القرارات الصادرة عن هيئة التحكيم المنهية للخصومة جزئيا أو كليا، والتي يتم إصدارها بشكل إلكتروني (والذي يكون غالبا من خلال شبكة الإنترنت التي تعد أكثر وسائل الاتصال تطورا لحد الساعة) دون أن يستلزم الأمر تواجد أعضاء هذه الهيئة بشكل مادي في مكان جغرافي واحد.

4- بيان موقف الفقه الإسلامي من تعريف حكم التحكيم الإلكتروني:

بتتبع أقوال الفقهاء في مباحث التحكيم لم تقف الباحثة على تعريف لحكم التحكيم عموما،

⁽¹⁾-نبيل إسماعيل عمر: التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، مرجع سابق، ص171-172.

⁽²⁾-رأي الباحثة هذا، هو الرأي الذي تبناه عدد كبير من الباحثين في هذا المجال ومنهم: محمد مأمون سليمان: التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص458، إناس الخالدي: التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص440-441.

ومن ثم فلا مجال للحديث عن تعريف حكم التحكيم الإلكتروني من باب أولى لأنه يعتبر من مستجدات العصر الحالي كما تقدم.

غير أنه وبتتبع أقوال الفقهاء بالنسبة لمفهوم الحكم القضائي، وجدت الباحثة أن الحكم القضائي الذي يحوز حجية الأمر المقضي به، ومن ثم يتمتع على المحكمة العدول عنه، هو الحكم الذي يفصل في الخصومة الموضوعية بين الخصوم، أي الحكم الذي يجيب عن الطلبات المعروضة في الدعوى ويزيل التنازع بين الأطراف، أما الحكم القضائي الذي لا يمس الحق المتنازع فيه سلباً أو إيجاباً، ولا يفصل في موضوع الطلبات في الدعوى فصلاً باتاً جازماً، فإنه لا يحوز حجية الأمر المقضي فيه، وذلك كالأحكام التي يقصد منها تهيئة الدعوى مثل الأحكام المنظمة لسير الدعوى، أو المتعلقة بالتحقيق فيها، ذلك أن هذه الأحكام لا تحسم خصاماً، ولا تفض إشكالا ولا تضع حداً تنتهي إليه الخصومة الموضوعية⁽¹⁾.

وبما أن التحكيم يعد فرعاً من فروع القضاء في الشريعة الإسلامية، فإن ما يقال بالنسبة للأحكام القضائية يقال بالنسبة لأحكام التحكيم، وعليه ومن خلال ما تقدم يتضح أن الفقه يميل إلى الأخذ بالمفهوم المضيق لحكم التحكيم، ومن ثم فلا تعارض بين ما رجحته الباحثة وما هو موجود في الفقه الإسلامي، هذا من جهة. ومن جهة ثانية، فإنه والحال ذلك فليس هناك تعارض بين التعريف المستنتج لحكم التحكيم الإلكتروني وما ثبت في الشريعة الإسلامية في مجال الأحكام القضائية عموماً.

ثانياً: كيفية إصدار حكم التحكيم الإلكتروني

بعد ضبط تعريف حكم التحكيم الإلكتروني، فإنه وحتى يتضح مفهومه ينبغي بيان كيفية إصدار هذا الحكم، بمعنى بيان الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم حتى تصل إلى الحكم المعول عليه لإنهاء المنازعة المعروضة عليها.

وتتلخص هذه الإجراءات في اجتماع أعضاء هيئة التحكيم من أجل تبادل الرأي والمشورة بخصوص موضوع النزاع من خلال تقييم الدفوع والأدلة المقدمة من الطرفين، وهو ما يعرف بالمدابلة، ثم إصدار الحكم بعد بيان رأي كل عضو أي من خلال التصويت، وهو ما سيتم توضيحه في الآتي:

1-المدابلة (Délibération):

تعتبر المدابلة من أجدديات العمل القضائي، وهي كذلك بالنسبة للتحكيم أيضاً، فلا تصدر هيئة

(1) -انظر: تفصيل المسألة في: حسن أحمد الحمادي: نظرية حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية، ط1، الأردن، عمان، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2003م، ص200-206.

التحكيم حكمها إلا بعد المداولة بين أعضائها، ويقصد بالمداولة عموماً: «التشاور في الحكم بين أعضاء المحكمة إذا تعددوا، والتفكير في الحكم وتكوين الرأي إذا كان المحكم فرداً»⁽¹⁾.

ومن خلال هذا التعريف يتضح أن المداولة تعني التشاور بين أعضاء هيئة التحكيم إذا تعددوا، أو التفكير وتكوين الرأي بالنسبة للمحكم الواحد، غير أن هناك من يرى أنه لا مجال للحديث عن المداولة بالنسبة للحالة الأخيرة إذ لا يتعدى الأمر أن يكون للمحكم الحق في أخذ مهلة بعد إقفال باب المرافعات وتقديم الدفوع من الطرفين أو ممثلهم للتروي والوصول إلى حكم ينهي الخصومة المعروضة عليه⁽²⁾.

وقد نصت جل التشريعات الدولية والوطنية المتعلقة بالتحكيم على هذا الإجراء ومن ذلك ما جاء في قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بموجب المادة 2/20 التي نصت على أنه: «2- استثناء من أحكام الفقرة 1 من هذه المادة يجوز لهيئة التحكيم أن تجتمع في أي مكان تراه مناسباً للمداولة بين أعضائها، ولسماع أقوال الشهود أو الخبراء أو طرفي النزاع، أو لمعاينة البضائع أو غيرها من الممتلكات، أو لفحص المستندات، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك»⁽³⁾، وكذلك ما جاء في التشريع الجزائري حيث نص المشرع على المداولة في معرض بيانه لتفاصيل التحكيم الداخلي حيث جاء في المادة 1025 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: «تكون مداورات المحكمين سرية»⁽⁴⁾، فهو وإن لم ينص على المداولة بالنسبة للتحكيم الدولي إلا أنه ليس هناك ما يمنع من استصحاب ما تضمنته هذه المادة للتطبيق في مجال التحكيم الدولي، طالما أن المداولة تعد من مستلزمات التحكيم خاصة في حالة تعدد المحكمين، شأنه في ذلك شأن القضاء العادي كما تقدم.

كما نصت المادة 3/14 من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس (CCI) على أنه يجوز لهيئة أو محكمة التحكيم أن تجري المداولة في أي مكان تراه مناسباً⁽⁵⁾.

(1) - رمزي سف: الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية، ط7، القاهرة، دار النهضة العربية، 1969م، ص591.

(2) - لمزيد من التفصيل يرجع: محمد مأمون سليمان: التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص492.

(3) - قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم الإلكتروني لسنة 1985 مع التعديلات المعتمدة سنة 2006، مرجع سابق، ص14.

(4) - القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع21، ص45، مرجع سابق، ص92.

(5) - Article 14 /3: «Le tribunal arbitral peut délibérer en tout endroit qu'il considère opportun ». Règlement d'arbitrage de la chambre de commerce internationale (en vigueur au 1er janvier 1998), publié sur le site : www.cci.org

ومن خلال هذه النصوص نستنتج أنه ليس هناك طريقة معينة مشترطة لإتمام المداولة، كما أنه ليس هناك ما يمنع من إجرائها في أي مكان تراه هيئة التحكيم مناسبة لذلك، ومن ثم فإنه ليس هناك ما يمنع من إجراء هذه المداولة اعتمادا على وسائل الاتصال الحديثة خاصة الإنترنت، من خلال خدماتها المتعددة ومنها على سبيل المثال خدمة الفيديوكونفرنس (Vidéo conférence) أو السكايب (Skype)، أو غيرها من الخدمات التي توفر الاتصال بالصوت والصورة بين الأفراد.

ومن ثم يمكن القول أن هيئة التحكيم الإلكتروني أيضا تلتزم بإجراء المداولة قبل إعلان الحكم، وذلك على الرغم من عدم تحقق التواجد المادي لأعضائها.

2-التصويت:

على خلاف التحكيم الذي تتشكل هيئته من محكم واحد يكون له الحق في إصدار حكم بشكل فردي أي بناء على رأيه وحده، فإنه في حالة تعدد أعضاء هيئة التحكيم، عادة ما يكون هناك اختلاف في الرأي ومن ثم وحتى يتم إصدار حكم التحكيم فإنه يتم اللجوء إلى التصويت، حيث تقضي جل التشريعات الدولية والداخلية ولوائح مراكز التحكيم على أن الحكم يجب أن يصدر بالأغلبية، ومن هذه التشريعات واللوائح يمكن الإشارة إلى:

-المادة 29 من قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي التي تنص على أنه: «في إجراءات التحكيم التي يشترك فيها أكثر من محكم واحد، يتخذ أي قرار لهيئة التحكيم بأغلبية جميع أعضائها، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، على أنه يجوز أن تصدر القرارات في المسائل الإجرائية من المحكم الذي يرأس الهيئة إذا أذن له بذلك الطرفان أو جميع أعضاء هيئة التحكيم»⁽¹⁾.

-المادة 1/25 من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس حيث نصت على أنه في حالة تعدد أعضاء هيئة التحكيم يصدر الحكم بالأغلبية، وفي حالة غياب الأغلبية، يقرر رئيس الهيئة منفردا⁽²⁾.

-المادة 1026 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري حيث نصت على أن: «تصدر

⁽¹⁾ -قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، منشورات الأمم المتحدة، فيينا 2008، مرجع سابق، ص 17.

⁽²⁾ -Article 25/1: « En cas de pluralité d'arbitres, la sentence est rendue à la majorité. A défaut de majorité, le président du tribunal arbitral statuera seul ». Règlement d'arbitrage de la chambre de commerce internationale, Op.cit.

أحكام التحكيم بأغلبية الأصوات»⁽¹⁾، وعلى الرغم من أن هذه المادة متعلقة بالتحكيم الداخلي، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من تطبيقها على التحكيم الدولي، خاصة وأن المشرع سكت عن الإشارة للمسألة في التحكيم الدولي، بعد أن كانت منظمة في القانون القديم بموجب نص المادة 458 مكرر 13 التي جاء فيها: «يصدر قرار التحكيم ضمن الإجراء وحسب الشكل الذي يتفق عليه الأطراف. وفي غياب مثل هذه الاتفاقية، يصدر القرار التحكيمي: -المحكم الوحيد، -بالأغلبية عندما تشمل الهيئة على عدة محكمين...»⁽²⁾.

-المادة 1513 من قانون التحكيم الفرنسي الجديد الصادر بموجب تعديل قانون الإجراءات المدنية، والتي تنص على أنه: في حالة سكوت اتفاقية التحكيم، يصدر حكم التحكيم بأغلبية الأصوات، ويوقع من قبل جميع الأعضاء، وإذا رفضت الأقلية التوقيع يشير الباقون إلى ذلك في الحكم، وفي حالة غياب الأغلبية يحكم رئيس هيئة التحكيم منفردا، ويوقع الحكم منفردا. حكم التحكيم الصادر في الظروف المذكورة في الفقرتين السابقتين، يكون له نفس أثر الحكم الموقع من قبل كل المحكمين أو الصادر بأغلبية الأصوات⁽³⁾.

ومن خلال هذه النصوص يتضح أن حكم التحكيم يصدر بأغلبية الأصوات إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم، إلا إذا نص الأطراف في اتفاقهم على إجراء مخالف، كأن يشترطوا مثلا أن يصدر الحكم بإجماع الأعضاء وليس بالأغلبية⁽⁴⁾.

إضافة إلى هذا، فقد ذهبت بعض التشريعات مثل قانون التحكيم الفرنسي ولائحة التحكيم لغرفة

⁽¹⁾ -القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع21، س45، مرجع سابق، ص92.

⁽²⁾ -مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 3 ذي القعدة عام 1413هـ الموافق 25 أبريل سنة 1993، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر، ع27، س30، الصادرة 5 ذي القعدة عام 1413هـ الموافق 27 أبريل 1993، ص62.

⁽³⁾ -Art. 1513 : « -Dans le silence de la convention d'arbitrage, la sentence est rendue à la majorité des voix. Elle est signée par tous les arbitres.

-Toutefois, si une minorité d'entre eux refuse de la signer, les autres en font mention dans la sentence. -A défaut de majorité, le président du tribunal arbitral statue seul. En cas de refus de signature des autres arbitres, le président en fait mention dans la sentence qu'il signe alors seul. -La sentence rendue dans les conditions prévues à l'un ou l'autre des deux alinéas précédents produit les mêmes effets que si elle avait été signée par tous les arbitres ou rendue à la majorité des voix ». Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, J.O.F, du 14 janvier 2011, Op.cit, Texte 9 sur 177.

⁽⁴⁾ -انظر: محمد مأمون سليمان: التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص501.

التجارية الدولية (CCI)، إلى أنه في حالة غياب اتفاق الأطراف، وعدم توافر الأغلبية يكون لرئيس هيئة التحكيم الحق في إصدار الحكم منفردا، ومن ثم لا يكون رئيس الهيئة بناء على هذه النصوص مجبرا على الانحياز لرأي معين حتى يتم الترجيح تحقيقا للأغلبية المشتركة.

وقد لاقى هذا المذهب استحسانا من بعض الفقه لأنه يؤكد استقلالية هيئة التحكيم عن الأطراف التي عينتها⁽¹⁾.

وبالنسبة للتحكيم الإلكتروني، فقد تم اعتماد الإجراء ذاته أي التصويت بأغلبية آراء أعضاء هيئة التحكيم، فقد نصت مثلا لائحة التحكيم للمحكمة الفضاائية (Cyber tribunal) في مادتها 24 على أنه: «في حالة تعدد المحكمين، يصدر حكم التحكيم بالأغلبية. وفي حالة غياب الأغلبية يحكم رئيس محكمة التحكيم منفردا»⁽²⁾. وهي بهذا تكون قد حذت حذو قانون التحكيم الفرنسي، ولائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية في إعطاء الصلاحية لرئيس الهيئة بأن يحكم منفردا.

الفرع الثاني: البيانات الواجب توافرها في حكم التحكيم الإلكتروني

لما كان حكم التحكيم الإلكتروني هو الغاية المرجوة من العملية التحكيمية ككل، فإنه وحتى تتحقق هذه الغاية يجب التقيد ببعض البيانات التي تنص التشريعات المختلفة على المستوى الدولي وكذلك الوطني على وجوب توافرها في هذا الحكم، خاصة وأن عدم الالتزام بهذه البيانات قد يؤدي إلى إمكانية تعرض الحكم للبطلان.

ويمكن تحديد أهم هذه البيانات من خلال ما تضمنه قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على اعتبار أنه النموذج الذي اهتمت به تشريعات التحكيم الوطنية، إذ نصت المادة 31 منه على أنه: «1- يصدر قرار التحكيم كتابة ويوقعه المحكم أو المحكمون. ويكفي، في إجراءات التحكيم التي يشترك فيها أكثر من محكم واحد، أن توقعه أغلبية جميع أعضاء هيئة التحكيم، شريطة بيان سبب غيبة أي توقيع. 2- يبين في قرار التحكيم الأسباب التي بني عليها القرار، ما لم يكن الطرفان قد اتفقا على عدم بيان الأسباب أو ما لم يكن القرار قد صدر بشروط متفق عليها بمقتضى المادة

⁽¹⁾ -انظر: أسامة أبو الحسن مجاهد: قانون التحكيم الفرنسي الجديد، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، 2012م، ص162.

⁽²⁾ -Article 25 : « En cas de pluralité d'arbitres, la Sentence est rendue à la majorité. A défaut de majorité, le président du tribunal arbitral statue seul ». Règlement d'arbitrage du Cybertribunal, (En vigueur le 16 février 2004), op.cit.

30⁽¹⁾. 3- يبين القرار تاريخ صدوره ومكان التحكيم المحدد وفقا للفقرة 1 من المادة 20. ويعتبر قرار التحكيم صادرا في ذلك المكان. 4- بعد صدور القرار، تسلم إلى كل من الطرفين نسخة منه موقعة من المحكمين وفقا للفقرة 1 من هذه المادة»⁽²⁾.

ويتضح من خلال هذه المادة أن البيانات الواجب توافرها في حكم التحكيم يمكن تقسيمها إلى بيانات شكلية وأخرى موضوعية، وهو ما سيتم التطرق إليه من خلال هذا الفرع حيث ستتناول الباحثة البيانات الشكلية الواجب توافرها في حكم التحكيم الإلكتروني (أولا)، ثم تحدد البيانات الموضوعية الواجب توافرها فيه (ثانيا)، دون إغفال موقف الفقه الإسلامي من هذه المسألة (ثالثا).

أولا: البيانات الشكلية الواجب توافرها في حكم التحكيم الإلكتروني:

يمكن استنتاج البيانات الشكلية التي يجب أن تتوفر في حكم التحكيم الإلكتروني، انطلاقا من النص المذكور أعلاه، ومن ثم فهي تتمثل في:

1- الكتابة والتوقيع:

اشترط قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، من خلال المادة السابقة أن يكون حكم التحكيم مكتوبا وموقعا، وهو ما ذهبت إليه جل التشريعات المتعلقة بالتحكيم على المستويين الوطني والدولي:

أ- فقد نص المشرع الجزائري في المادة 1029 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: «توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين. وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك، ويرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين» وعلى الرغم من أن النص خاص بالتحكيم الداخلي إلا أنه يطبق على التحكيم الدولي طالما أنه ليست هناك إشارة للمسألة في المواد المتعلقة به، خاصة وأن هناك ما يعزز هذا التوجه للمشرع الجزائري وذلك بالنظر إلى نص المادة 1052: «يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاق التحكيم أو بنسخ عنهما، تستوفي شروط صحتها»، ونص المادة 1/1035 التي جاء فيها: «يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها ويودع أصل الحكم في

⁽¹⁾ -المادة 30 تشير إلى أنه في حال اتفاق الطرفين على التسوية الودية للنزاع خلال سير إجراءات التحكيم فإنه يمكن لهيئة التحكيم أن تصدر قرارا تسجل فيه تلك التسوية إذا طلب منها الأطراف ذلك ولم يكن لها اعتراض، على أن يكون لذلك القرار نفس الصفة ونفس الأثر لأي قرار تحكيم في موضوع الدعوى.

⁽²⁾ -قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 مع التعديلات المعتمدة سنة 2006، مرجع سابق، ص 19.

أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمة التعجيل»⁽¹⁾، إذ استلزم في النصين وجود أصل الحكم مما يعني ضمنا أن الحكم يجب أن يصدر كتابة.

ب- قانون التحكيم الفرنسي حيث نصت المادة 1/1515 على أنه: «يثبت وجود حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاق التحكيم أو بنسخ من هذه الوثائق تجمع الشروط الواجبة لصحتها»⁽²⁾.

ج- والنسبة لاتفاقية نيويورك لسنة 1958 والمتعلقة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، فهي وإن لم تنص صراحة على وجوب صدور حكم التحكيم كتابة، إلا أنه يستفاد اشتراطها للكتابة من خلال نص الفقرة الأولى من مادتها 4 الذي جاء فيه: «1- للحصول على الاعتراف والتنفيذ المذكورين في المادة السابقة، يقوم الطرف الذي يطلب الاعتراف والتنفيذ، وقت تقديم الطلب بتقديم ما يلي: أ- القرار الأصلي مصدقا عليه حسب الأصول المتبعة أو نسخة منه معتمدة حسب الأصول؛ ب- الاتفاق الأصلي المشار إليه في المادة الثانية أو صورة منه معتمدة حسب الأصول»⁽³⁾.

ومن ثم فإنه وحتى تضمن هيئة التحكيم الإلكتروني تحقيق الحكم الصادر عنها للغاية المرجوة منه فيجب أن تصدره كتابة، وإن كانت الكتابة بالنسبة له تختلف عن الكتابة التقليدية، وكذلك الحال بالنسبة للتوقيع، فالكتابة والتوقيع في حكم التحكيم الإلكتروني يتمان بشكل إلكتروني، وإذا كان هذا الأمر لا يعد إشكالا بالنسبة للدول التي أقرت الكتابة والتوقيع الإلكترونيين وساوت بينهما وبين الكتابة والتوقيع التقليديين وظيفيا، فإن الإشكال يطرح بالنسبة للدول التي لا تعترف بهما ومن ثم يصعب تنفيذ الحكم في تلك الدول خاصة فيما يتعلق بوجوب تقديم أصل حكم التحكيم الإلكتروني أو اتفاق التحكيم أو صور عنهما مستوفية شروط صحتها، ذلك أنه في المجال الإلكتروني لا مجال للحديث عن أصل وصورة، فكل المستخرجات تعد أصولا، كما أنه حتى لو تم تعديل أو تزوير المستند الأصلي فإن ما يستخرج بعد هذا التعديل أو التزوير سيكون هو الآخر أصلا.

لذلك فإنه يجب حث جميع الدول على ضرورة الاعتراف بالمستخرجات والمحركات الإلكترونية لأنها أصبحت ضرورة ملحة، حتى يمكن تفادي ما يطرحه التعامل بهذه المحركات من إشكالات خاصة

⁽¹⁾ -نص المادة 1035 متعلق بالتحكيم الداخلي، غير أن المشرع نص صراحة على انطباقه في مجال التحكيم الدولي وذلك بموجب المادة 1054 التي جاء فيها: «تطبق أحكام المواد من 1035 إلى 1038 أعلاه، فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي».

⁽²⁾ - Art. 1515/1: «L'existence d'une sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage ou des copies de ces documents réunissant les conditions requises pour leur authenticité».

⁽³⁾ -اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، مرجع سابق، ص 9.

فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني، مع ضرورة توفير كافة الشروط التقنية والقانونية اللازمة لضمان حماية هذه المحررات من التحريف والتزوير والتلاعب، وذلك من خلال اعتماد التقنيات الجديدة لحفظ المحررات الإلكترونية والمتمثلة أساسا في التشفير (Cryptage)، زيادة على اللجوء إلى جهات التصديق على نحو ما تمت الإشارة إليه عند الحديث عن التوقيع الإلكتروني.

2-تاريخ ومكان صدور الحكم:

أ-تاريخ إصدار الحكم: يعتبر تاريخ إصدار حكم التحكيم إلكترونيا كان أم تقليديا من أهم البيانات الشكلية التي ينبغي على هيئة التحكيم الحرص على توافرها، وذلك لأن تاريخ الإصدار هو الذي يحدد ما إذا كان الحكم قد صدر في الآجال القانونية المحددة أم أنه صدر خارج تلك الآجال، كما أنه في حالة وفاة أو تنحي أو عزل أحد أعضاء هيئة التحكيم، يرجع إلى تاريخ إصدار الحكم لمعرفة ما إذا كان الحكم قد صدر عقب الوفاة أو التنحي أو العزل، أم قبله وهو ما يؤثر على صحة الحكم، إضافة إلى أنه بداية من ذلك التاريخ ينتج الحكم أثره بالنسبة للطرفين، فبدءا منه يمكن طلب تنفيذه أو الطعن فيه⁽¹⁾.

وتقديرا لهذه الأهمية نجد أن جل التشريعات الدولية والداخلية المتعلقة بالتحكيم، وكذا لوائح مراكز التحكيم الدائمة قد نصت على وجوب توافر هذا البيان في حكم التحكيم، كما هو الشأن بالنسبة لقانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي كما تقدم، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري⁽²⁾، وكذلك قانون التحكيم الفرنسي⁽³⁾، ولائحة التحكيم لغرفة التجارة الدولية⁽⁴⁾.

(1) -انظر: محمد مأمون سليمان: التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص533-535.
(2) -حيث نصت المادة 1028 منه على أن: «يتضمن حكم التحكيم البيانات الآتية: 1-اسم ولقب المحكم أو المحكمين، 2-تاريخ صدور الحكم، 3-مكان إصداره، أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي، 4-أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف، عند الاقتضاء»، على أن هذه البيانات خاصة بحكم التحكيم الداخلي، غير أنه وفي غياب تنظيم المسألة بالنسبة للتحكيم الدولي يستصحب هذا النص ليطبق عليه خاصة وأنه نص في القانون القديم على أن قرار التحكيم يجب أن «يكون القرار التحكيمي مكتوبا، مسببا، معين المكان، مؤرخا وموقعا». (المادة 458 مكرر 13 من المرسوم التشريعي رقم 93-09 لسنة 1993، ج.ر، ع27، س30، مرجع سابق، ص62).

(3) -Article 1481 : « - La sentence arbitrale contient l'indication : 1° Des nom, prénoms ou dénomination des parties ainsi que de leur domicile ou siège social ; 2° Le cas échéant, du nom des avocats ou de toute personne ayant représenté ou assisté les parties ; 3° Du nom des arbitres qui l'ont rendue ; 4° De sa date ; 5° Du lieu où la sentence a été rendue ».

(4) -Article 25/3: « La sentence est réputée rendue au siège de l'arbitrage et à la date qu'elle mentionne ».

كما اشترطت مراكز التحكيم الإلكتروني هذا البيان في أحكام التحكيم الإلكتروني، ذلك أن تاريخ إصدار حكم التحكيم الإلكتروني يرتب ذات الآثار التي تترتب على تاريخ إصدار حكم التحكيم التقليدي، وعليه نصت المادة 3/25 من لائحة تحكيم المحكمة القضائية (Cyber tribunal) على أن: «حكم التحكيم يكون موقعا، ويجب أن يشير إلى التاريخ الذي صدر فيه»⁽¹⁾.

ب-مكان إصدار الحكم: لا تقل أهمية تحديد مكان إصدار حكم التحكيم عن أهمية تحديد تاريخه، ذلك أنه ومن خلال تحديد هذا المكان تتحدد الجهات القضائية المختصة بإعطاء الحجية لحكم التحكيم، كما أنه يحدد جنسية هذا الحكم التي من خلالها يمكن تحديد ما إذا كان هذا الحكم وطنيا أم أجنيا أمام الجهة التي يطلب تنفيذه فيها، فإن صدر الحكم في دولة وطلب التنفيذ في تلك الدولة فإن هذا يعتبر تحكما وطنيا ومن ثم فإن تنفيذه يخضع لإجراءات تنفيذ الأحكام الوطنية لا الدولية، على عكس ما لو صدر الحكم في دولة وطلب تنفيذه في دولة أخرى.

وقد حرصت جل التشريعات المتعلقة بالتحكيم على ضرورة توافر هذا البيان في حكم التحكيم، كما هو الحال بالنسبة لقانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة المشار إليها سابقا، وكذلك الحال بالنسبة للتشريع الجزائري بموجب المادة 1028 المذكورة سابقا، وقانون التحكيم الفرنسي بموجب المادة 1481 المذكورة أعلاه أيضا، غير أن الملاحظ بالنسبة لهذه المواد أنها لم تشر إلى كيفية تحديد هذا المكان، أهو مكان التحكيم المحدد كما تقدم، أم هو مكان إتمام مداولة الحكم خاصة وأنه تمت الإشارة إلى أنه ليس هناك ما يلزم الهيئة بإجراء المداولة في المكان المحدد للتحكيم؟

وإجابة عن هذا الإشكال ذهب كثير من الفقهاء إلى أن مكان إصدار حكم التحكيم هو مكان اجتماع أعضاء هيئة التحكيم لإجراء المداولة والتصويت على الحكم وتوقيعه.

غير أن الأمر ليس بهذه السهولة في التحكيم الإلكتروني، حيث يكون أعضاء هيئة التحكيم في أماكن مختلفة، ويعقدون اجتماعهم مستعملين تقنيات الشبكة الدولية للاتصالات، ومن ثم تتم المداولة والتصويت والتوقيع أيضا دون أن يجمعهم مكان واحد، وعليه فأى مكان يمكن أن ينسب إليه هذا الحكم؟

وخروجا من هذا الإشكال ذهب الرأي الغالب في الفقه، إلى أن مكان صدور حكم التحكيم هو مقر التحكيم المشار إلى كيفية تحديده سابقا، وهو ما أكدته بعض لوائح التحكيم بالنسبة للتحكيم

⁽¹⁾–Article 25/3: « La sentence est signée et doit indiquer la date à laquelle elle a été rendue ». règlement d'arbitrage du Cyber tribunal, Op.cit.

التقليدي، كما هو حال المادة 3/25 من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية المشار إليه أعلاه، كما تبنته أيضا بعض مراكز التحكيم الإلكتروني حيث نصت مثلا المادة 1/25 على أن: «حكم التحكيم يعتبر صادرا في مقر التحكيم»⁽¹⁾.

3- البيانات الخاصة بهيئة التحكيم والخصوم:

استلزمت تشريعات التحكيم المشار إليها سابقا أن يتضمن حكم التحكيم بيانات أعضاء هيئة التحكيم والمتمثلة في أسمائهم وألقابهم وصفاتهم وعناوينهم والجنسيات التي يتمتعون بها وغيرها من البيانات التي تمكن من التعرف على مصدر الحكم، إضافة إلى بيانات طرفي النزاع والمتمثلة أيضا في أسمائهم وعناوينهم ومواطنهم وجنسياتهم وما إذا كانوا أشخاصا طبيعيين أم معنوية⁽²⁾.

إضافة إلى هذه البيانات فإنه وبناء على ما يتطلبه الواقع العملي عند التنفيذ على ما نصت عليه المادة 1/4 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المذكورة أعلاه فإنه يجب أن يرفق حكم التحكيم بصورة عن اتفاق التحكيم، الأمر الذي جعل هذه الصورة بيانا يتعلق بمفترضات عمل حكم التحكيم، ذلك أنه يعول عليها في تحديد حدود المهمة الموكلة لأعضاء هيئة التحكيم، ومن ثم تمكن من التأكد من أن هذه الهيئة لم تفصل في مسائل غير متفق عليها من قبل الأطراف⁽³⁾.

ثانيا: البيانات الموضوعية الواجب توافرها في حكم التحكيم الإلكتروني

بالنسبة للبيانات الموضوعية الواجب توافرها في حكم التحكيم الإلكتروني فتتمثل في:

1- ملخص عن أقوال الخصوم ودفعهم ومستنداتهم: تشترط التشريعات المنظمة للتحكيم سواء أكان تقليديا أم إلكترونيا، أن يتضمن حكم التحكيم عرضا موجزا لما قدمه الخصوم من أقوال ودفع ومستندات، دون إغفال لأي منها. وهو ما أشارت إليه مثلا المادة 1027 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري «يجب أن تتضمن أحكام التحكيم عرضا موجزا لادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم. يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة»⁽⁴⁾.

⁽¹⁾-Article 25/1 : « La Sentence est réputée rendue au siège de l'arbitrage ».

⁽²⁾-انظر: نبيل إسماعيل عمر: التحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 182-183، محمد مأمون سليمان: التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 556-564.

⁽³⁾-انظر: محمد مأمون سليمان: التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 565 وما بعدها.

⁽⁴⁾-القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع 21، ص 45، مرجع سابق، ص 92.

2-أسباب الحكم: إن تسبب الحكم يعد من ضروريات الحكم القضائي، وهو كذلك بالنسبة لحكم التحكيم، إذ استلزمت جل التشريعات على نحو ماتقدم أن يصدر حكم التحكيم مسببا، بمعنى أنه ينبغي على المحكم أو هيئة التحكيم أن تذكر الأسباب التي بُني عليها الحكم.

وقد ذهب بعض الفقه إلى أنه وإن كان لا بد من تسبب حكم التحكيم شأنه في ذلك شأن الحكم القضائي فإن المحكم لا يأخذ بما يأخذ به القضاء «في صدد الدقة في التسبب، ويكفي أن يذكر المحكم نصوص القانون التي قام بإعمالها في صدد النزاع، سواء من ناحية تكييف الوقائع أم من ناحية إرساء حكم القانون على الوقائع المستخلصة من النزاع. وقيل أيضا أن عدم كفاية التسبب أو إيرادها في صورة عامة لا يؤدي إلى البطلان مادام أن هذا أو ذلك لا يتضمن مخالفة القانون»⁽¹⁾، كما أن هناك بعض التشريعات لم تشترط التسبب أصلا كما هو حال القانونين الإنجليزي والأمريكي⁽²⁾، كما أن المادة 2/31 من قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المشار إليها سابقا قد أعطت للطرفين الحق في عدم تسبب الحكم الصادر عن هيئة التحكيم إذ نصت على أنه: «2- يبين في قرار التحكيم الأسباب التي بني عليها القرار، ما لم يكن الطرفان قد اتفقا على عدم بيان الأسباب...».

وبالنسبة للتحكيم الإلكتروني فإنه أخذ أيضا بشرط التسبب وهو ما نصت عليه مثلا المادة 2/25 من لائحة التحكيم الخاصة بالمحكمة القضائية حيث جاء في أن: «حكم التحكيم يجب أن يكون مسببا»⁽³⁾.

3-منطوق الحكم: إن منطوق الحكم هو النتيجة النهائية التي ينتظرها الأطراف من العملية التحكيمية، فهو جوهر التحكيم إذ بدونها ينعدم التحكيم، فمنطوق الحكم هو الذي سينفذ وينهي الخصومة القائمة بين الطرفين اللذين فضلا اللجوء إلى فصلها بطريق التحكيم لا القضاء، لذلك وتحقيقا لهذا الدور المهم لمنطوق حكم التحكيم فإنه يجب أن يكون واضحا ومحددا وصرحيا وليس ضمنيا، كما يجب ألا يتضمن تناقضا بينه وبين الأسباب التي بني عليها حتى لا يتعرض للبطلان⁽⁴⁾.

بناء على تقدم يمكن القول أن حكم التحكيم الإلكتروني شأنه شأن حكم التحكيم التقليدي يجب أن يصدر مستوفيا لجملة من البيانات الشكلية المتمثلة في أن يكون مكتوبا وموقعا ومحدد التاريخ

(1) -أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص268.

(2) -انظر: منير عبد المجيد: قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص259.

(3) -Article 25 : « 2-La Sentence doit être motivée ».

(4) -انظر تفصيل المسألة عند: محمد مأمون سليمان: التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص579-583.

والمكان، ومتضمنا البيانات الوافية للمحكم أو أعضاء هيئة التحكيم والخصوم. إضافة إلى البيانات الشكلية فإنه يجب على الحكم استيفاء جملة من البيانات الموضوعية تتمثل في أن يحوي ملخصا عن أقوال الخصوم ودفوعهم ومستنداتهم، وسبب الحكم ومنطوقه.

أخيرا تجدر الإشارة إلى مسألتين هامتين بالنسبة لحكم التحكيم:

-الأولى: أن حكم التحكيم إلكترونيا كان أم تقليديا ليس دائما حكما لصالح طرف ضد الطرف الآخر، فقد يكون لمحكمة التحكيم إصدار حكم باتفاق الأطراف على حل نزاعهم قبل إنهاء إجراءات التحكيم والوصول إلى حكم في المنازعة المطروحة على هيئة التحكيم، وذلك متى توصل الأطراف لذلك الاتفاق وطلبوا لهيئة التحكيم الحكم بذلك، وهو ما نصت عليه كثيرا من التشريعات منها مثلا: المادة 1/30 من قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والتي جاء فيها: «إذا اتفق الطرفان خلال التحكيم على تسوية النزاع فيما بينهما، أنهت هيئة التحكيم الإجراءات، وإذا طلب منها الطرفان تسجيل التسوية ولم يكن لها اعتراض على ذلك سجلتها في شكل قرار تحكيم بشروط متفق عليها»⁽¹⁾، وكذلك المادة 1049 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي نصت على أنه: «يجوز لمحكمة التحكيم إصدار أحكام اتفاق أطراف أو أحكام جزئية، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك»⁽²⁾.

-الثانية: أن ولاية المحكم أو هيئة التحكيم تنتهي بمجرد صدور الحكم وإبلاغه للطرفين، أي أنه لا يحق للمحكم أو الهيئة مراجعة الحكم أو تعديله، غير أنه هناك استثناء على هذه القاعدة يتمثل في أنه يمكن تفسير الحكم أو تصحيح ما ورد فيه من أخطاء مادية، وهو ما نصت عليه التشريعات المختلفة:

- فقد جاء في المادة 1/33 و2 من قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي أنه: «1- في خلال ثلاثين يوما من تاريخ تسلم قرار التحكيم وما لم يتفق الطرفان على مدة أخرى: (أ) يجوز لكل من الطرفين، بشرط إخطار الطرف الآخر، أن يطلب من هيئة التحكيم تصحيح ما يكون قد وقع في القرار من أخطاء حسابية أو كتابية أو طباعية أو أية أخطاء أخرى مماثلة؛ (ب) يجوز لأحد الطرفين

⁽¹⁾ - قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 مع التعديلات المعتمدة سنة 2006، منشورات الأمم المتحدة، مرجع سابق، ص 17.

⁽²⁾ - القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع 21، س 45، مرجع سابق، ص 94.

بشرط إخطار الطرف الآخر، أن يطلب من هيئة التحكيم تفسير نقطة معينة في قرار التحكيم أو جزء معين منه، إن كان الطرفان قد اتفقا على ذلك. 2- يجوز لهيئة التحكيم أن تصحح، من تلقاء نفسها، أي خطأ من النوع المشار إليه في الفقرة 1 (أ) من هذه المادة وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدور القرار»، إضافة إلى هذا فإنه يمكن للهيئة أن تصدر قرارات فيما أغفله حكم التحكيم الصادر عنها من طلبات كانت قد قدمت خلال إجراءات التحكيم، وهو ما تضمنته الفقرة 3 من المادة السابقة.

-وقد نص المشرع الجزائري على كل ما تقدم بموجب كما نصت المادة 1030 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: «يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه. غير أنه يمكن للمحكم تفسير الحكم، أو تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات التي تشوبه، طبقا للأحكام الواردة في هذا القانون»⁽¹⁾.

وهو ما نصت عليه أيضا المادة 26 من لائحة التحكيم الخاصة بالمحكمة القضائية والتي جاء فيها: «1- أن محكمة التحكيم يمكنها بالتأكيد تصحيح كل الأخطاء المادية حسابية أو متعلقة بالطباعة الواردة في الحكم، بشرط أن يتم وضع التصحيح في السكرتارية خلال خمسة عشر يوما من تاريخ هذا الحكم. 2- تصحيح الخطأ المشار إليه في المادة 26 فقرة 1 يمكن أن يتم أيضا بناء على طلب أحد الأطراف بشرط أن يقدم هذا الطلب خلال سبعة أيام من تاريخ تبليغ هذا الحكم. وفي مثل هذه الحالة تمنح محكمة التحكيم للطرف الآخر سبعة أيام إضافية لوضع أي تعليق، وإرسال قراره دون تأخير للسكرتارية. 3- القرار المتضمن تصحيح الحكم يعتبر جزءا مكمل للحكم»⁽²⁾.

ثالثا: موقف الفقه الإسلامي من البيانات الواجب توفرها في حكم التحكيم الإلكتروني

لقد أولى فقهاء الشريعة الإسلامية عناية بالغة للتحكيم على اعتبار أنه أحد الوسائل المهمة لتسوية المنازعات بين الأفراد، ومن ثم فقد أفردوه بدراسة وافية في كثير من مؤلفاتهم كما تقدم، غير أنه

⁽¹⁾ -القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع 21، س 45، مرجع سابق، ص 92.

⁽²⁾ -Article 26: «1-Le Tribunal arbitral peut d'office corriger toute erreur matérielle, de calcul ou typographique contenue dans la sentence, pourvu que cette correction soit soumise au Secrétariat dans les quinze jours de la date de ladite Sentence. 2-La correction d'une erreur visée à l'article 2- (1) peut aussi être apportée à la demande d'une partie pourvu qu'une telle demande soit soumise dans les sept jours de la date de notification de ladite Sentence. Dans un tel cas, le Tribunal arbitral accorde à l'autre partie sept (7) jours supplémentaires pour soumettre tous commentaires et transmet sans délai sa décision au Secrétariat. 3-La décision portant correction de la Sentence est considérée comme faisant partie intégrante de la Sentence ».

بالنسبة إلى البيانات الواجب توفرها في حكم التحكيم لم تعثر الباحثة على تفصيل هذه المسألة تحت عنوان مستقل فيما اطلعت عليه من كتب فقهية.

ولعل السبب راجع إلى أن حكم التحكيم لا يختلف عن حكم القضاء ومن ثم ينطبق عليه ما ينطبق على الأحكام القضائية فيما يتعلق بالبيانات الواجب توفرها فيه، وما يدل على ذلك أن الحكم يعرف في الفقه الإسلامي بأنه: «كل ما يصدر عن القاضي ومن في حكمه، فاصلا في الخصومة، متضمنا إلزام المحكوم عليه بفعل أو بالامتناع عن فعل أو إيقاع عقوبة على مستحقها أو تقرير معنى في محل قابل له»⁽¹⁾، وقد أضيفت عبارة "من في حكمه" للدلالة على حكم المحكم.

وعليه ستشير الباحثة إلى البيانات التي تستلزمها التشريعات الوضعية في حكم التحكيم ومدى اشتراطها من الفقهاء في الحكم القضائي ومن ثم في حكم التحكيم وذلك على النحو الآتي:

1- الشروط الشكلية:

بالاطلاع على تاريخ القضاء في الإسلام نجد أن القاضي كان يتخذ أعوانا يعينونه في أداء مهمة الفصل في منازعات الناس، وكان من أهم هؤلاء الأعوان الكاتب، وهو «شخص يكلف بإثبات ما يدور بمجلس القضاء من بيانات وإقرارات وأحكام، ويقوم بحفظ أوراق القضايا وما إلى ذلك من أعمال»⁽²⁾.

ونظرا لأهمية دور الكاتب في مجال العمل القضائي، فقد اشترط فيه الفقهاء أن يكون ورعا مسلما له معرفة بالفقه، وعللوا ذلك بأن الكتابة من أعمال القضاء فيشترط في القائم بها ما يشترط في القائم بالقضاء⁽³⁾، وتطبيقا لهذا قال السمناني⁽⁴⁾: «ينبغي للكاتب أن يدرس المحاضر والسجلات وكتب

⁽¹⁾ -التعريف استنتجه عبد الناصر موسى أبو البصل في مؤلفه: نظرية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، د.ت، ص52-53، بعد مناقشة مستفيضة للتعريفات التي أوردها فقهاء المذاهب الأربعة للحكم القضائي.

⁽²⁾ -فؤاد عبد المنعم أحمد، الحسين علي غنيم: الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي مع التطبيق الحاري في المملكة العربية السعودية ومصر والكويت، د.ط، الإسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، د.ت، ص117.

⁽³⁾ -انظر: الخصاص: شرح أدب القاضي، شرح: عمر بن عبد العزيز المعروف بالحسام الشهيد، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني وأبو بكر محمد الهاشمي، ط1، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، (1414هـ-1994م)، ص32-33، الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، 282/6، القرابي: الذخيرة، مرجع سابق، 62/10.

⁽⁴⁾ -السمناني: هو علي بن محمد الرحي أبو القاسم ويعرف بالسمناني، ذكره أبو عبد الله محمد بن عبد الملك بن إبراهيم الهنداني في طبقات أبي حنيفة، فقال مولده برحبة مالك بن طوق (وهي مكان بين الرقة وبغداد على شاطئ الفرات)، توفي في شهر ربيع الأول عام 493هـ، وقيل عام 499هـ. انظر: محي الدين بن أبي الوفا: الجواهر المضية في طبقات الحنفية، مرجع سابق، 375/1، الزركلي: الأعلام، مرجع سابق، 329/4.

الوقوف والأشربة والبياعات والمعاملات وهو عون على صنعته، وما ندب إليه من كتابة، لأنه إذا لم يعرف ذلك لم يحسن أن يضع الأمور في مواضعها»⁽¹⁾. كما أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكتب القاضي بنفسه.

ويكتب القاضي أو كاتبه بأمر منه وقائع الدعوى وبيانات الخصوم، وما «جرى للمتحاكمين في المجلس، فإن زاد عليه الحكم أو تنفيذه سمي سجلا، وقد يطلق المحضر على السجل»⁽²⁾، «ويكتب القاضي أو يأمر كاتبه بكتابة نسختين من المحضر، ويعطي القاضي نسخة من قرار الحكم إلى المحكوم له، ويحتفظ بالنسخة الثانية من المحضر وقرار الحكم عنده في ديوان المحكمة مختوما عليها بختم القاضي ومكتوبا على رأس كل محضر وسجل اسم الخصمين ويضعها في حرز، وما يجتمع عند القاضي يضم بعضه إلى بعض ويكتب عليه محضر كذا في شهر كذا في سنة كذا حتى يسهل عليه أو على غيره الرجوع إليه عند الحاجة»⁽³⁾.

وقد أرجع الفقهاء سبب كتابة نسختين واحدة تكون في يد الخصم والأخرى بالديوان، بأنه ربما يحتاج إليها لأمر ما، وما في يد الخصم لا يمكن الاعتماد عليه لاحتمال الزيادة والنقصان⁽⁴⁾.

مما تقدم يتضح أن الحكم القضائي وإن كان يتلوه القاضي فإنه يكتب من قبل كاتبه، ثم يختمه القاضي ويحتفظ بنسخة منه، بعد أن يسلم نسخة للمحكوم له، كما يتضح أن الكاتب يثبت تاريخ الحكم ومن ثم المكان الذي صدر فيه، على أنه إذا لم يذكر هذا الأخير أمكن الاستدلال عليه من خلال اسم القاضي الذي أصدر الحكم لأنه كان في كل بلدة قاض محدد.

كما يتضح أيضا أن الكاتب يُثبت في الحكم أسماء الخصوم والشهود وهو ما يؤكد الخصاف⁽⁵⁾ بقوله: «وينبغي للكاتب إذا كتب محضرا أن يكتب اسم المدعي واسم أبيه وكنيته وصناعته وقبيلته وما

(1) - السمناني: روضة القضاة، وطريق النحاة، تحقيق: صلاح الدين الناصي، ط2، بيروت، مؤسسة الرسالة، (1404هـ-1984م)، 1/117.

(2) - الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، 6/282.

(3) - عبد الكريم زيدان: النظام القضائي في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص259.

(4) - انظر: الخصاف: شرح أدب القاضي، مرجع سابق، ص38.

(5) - الخصاف: هو أبو بكر أحمد بن عمرو - وقيل عمر - بن مهير الخصاف الشيباني، حدث عن أب عاصم النبيل وأبي داود والطالسي وجماعة، كان عارفا بمذهب أبي حنيفة، مقدا عند الخليفة المهدي بالله، فلما قتل هذا الأخير نهب فذهب بعض كتبه. توفي سنة 261هـ، تاركا مجموعة من المصنفات منها: كتاب الحيل، كتاب الوصايا، كتاب أدب القاضي... انظر: أبو الفدا بن قطلوبغا: تاج التراجم، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف، ط1، دمشق، دار القلم، (1413هـ-1992م)، ص97، الشيرازي: طبقات الفقهاء، مرجع سابق، ص140.

يعرف به، وإن كان القاضي لا يعرفه حلاه الكاتب، وكذلك المدعى عليه وكذلك القاضي»⁽¹⁾.

2-البيانات الموضوعية:

بالنسبة للبيانات الموضوعية الواجب توافرها في حكم القاضي ومن ثم في حكم المحكم في الفقه الإسلامي، فتمثل في تسبب الحكم بعد بيان ما قدمه كل خصم من أدلة، إضافة إلى منطوق الحكم طبعاً، وهي بهذا لا تختلف عن ما هو موجود في القانون الوضعي، لذلك ستقتصر الباحثة على تقديم بعض النصوص التي توصلت من خلالها إلى هذه النتيجة والمتمثلة في:

- ما جاء في الأم: «وأحب للقاضي إذا أراد القضاء على رجل أن يجلسه، ويبين له، ويقول له احتججت عندي بكذا، وجاءت البينة عليك بكذا، واحتج خصمك بكذا فأريت الحكم عليك من قبل كذا ليكون أطيب لنفس المحكوم عليه، وأبعد من التهمة، وأحرى إن كان القاضي غفل من ذلك عن موضع فيه حجة أن يبينه فإن رأى فيها شيئاً يبين له أن يرجع أو يشكل عليه أن يقف حتى يتبين له فإن لم ير فيها شيئاً أخبره أنه لا شيء له فيها، وأخبره بالوجه الذي رأى أنه لا شيء له فيها، وإن لم يفعل جاز حكمه غير أنه قد ترك موضع الإعذار إلى المقضي عليه عند القضاء»⁽²⁾.

-إضافة إلى ما جاء في كتاب أدب القاضي في معرض الحديث عن كيفية تنظيم سجل القاضي والذي ذكر أنه يتكون من ستة فصول: «أحدها: تصديره بحكاية إشهد القاضي بجميع ما جاء فيه، والثاني: حكاية ما تضمنه المحضر من الفصول الأربعة وهي: 1-صفة الدعوى بعد تسمية المدعي والمدعى عليه، 2-ما يعقبها من جوانب المدعى عليه من الإقرار والإنكار، 3-حكاية شهادة الشهود على وجهها، فإن حكى شهادة أحدهما، وأن الآخر شهد بمثل شهادته جاز، 4-ذكر التاريخ في يوم الحكم من شهره وسنته، والثالث: حكاية إمهال القاضي المشهود عليه ليأتي بحجة يدفع بها ما شهد عليه فعجز ولم يأت بها. والرابع: إمضاء الحكم للمشهود له، وإلزام المشهود عليه بعد مسألة الحكم، والخامس: إشهد القاضي على نفسه بما حكم به وأمضاه بذلك. والسادس: تاريخ يوم الحكم والتنفيذ»⁽³⁾.

كما ورد في كتاب القضاء نموذجاً من تسجيلات الأحكام لدى الفقهاء القدامى يتضمن كل ما يجب أن يذكر عند تسجيل حكم القاضي.

⁽¹⁾-الخصاف: شرح أدب القاضي، مرجع سابق، ص 69.

⁽²⁾-الشافعي: الأم، مرجع سابق، 234/6.

⁽³⁾-الماوردي: أدب القاضي، تحقيق: محي السرحاني، ط 1، العراق، بغداد، مطبعة العاني، (1392هـ-1972م)، 302/2.

المطلب الثاني: فاعلية حكم التحكيم الإلكتروني في تسوية منازعات

عقود التجارة الإلكترونية

إذا كان حكم التحكيم الإلكتروني هو مدار العملية التحكيمية ككل، حيث تفقد هذه العملية قيمتها إذا لم تتوج بحكم ينهي الخصومة المعروضة على التحكيم كما تقدم، فالتنفيذ هو الذي يعطي هذه الأهمية لحكم التحكيم عموماً، إذ جدوى من إصدار حكم لا ينفذ لأنه سيبقى مجرد حبر على ورق. كما أن أهمية التحكيم الإلكتروني ككل بالنسبة لمنازعات عقود التجارة الإلكترونية تتحدد بمدى فاعلية هذا المسلك في إنهاء منازعات هذه العقود ومن ثم التعويل عليه لأن يكون طريقاً معتمداً لتسوية هذا النوع من المنازعات كما هو شأن التحكيم التجاري الدولي التقليدي بالنسبة لمنازعات عقود التجارة الدولية التقليدية.

وهو ما سنتناوله الباحثة من خلال هذا المطلب، حيث سنتناول تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني (وهذا في فرع أول)، ثم سنتناول تقييم التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة عقود الإلكترونية (وهذا في فرع ثاني).

الفرع الأول: تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني

الأصل أن حكم التحكيم إلكترونياً كان أم تقليدياً ينفذ طواعية من قبل الأطراف في أغلب الأحيان، وذلك انطلاقاً من أن لجوءهم إلى التحكيم يكون في الغالب بشكل اختياري، كما أنه كثيراً ما يرغب هؤلاء الأطراف في استمرار علاقاتهم مستقبلاً، مما يدفعهم إلى تنفيذ الحكم طواعية ودون إثارة مشاكل قد تؤثر على تلك العلاقات.

كما أن التنفيذ الاختياري يكاد يكون قاعدة عامة في التحكيم المؤسساتي، على أن الدافع هنا لا يتعلق بالرضوخ الاختياري من المحكوم ضده للحكم، وإنما يتعلق بما تمتلكه هذه المراكز من وسائل للحث على التنفيذ الاختياري، وهو ما ستوضحه الباحثة من خلال بيان كيفية تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني وفقاً لأحكام اتفاقية نيويورك لسنة 1958 (أولاً)، ثم التنفيذ الذاتي لأحكام التحكيم الإلكتروني (ثانياً)، مع بيان موقف الفقه الإسلامي من مسألة تنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني (ثالثاً).

أولاً: تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني وفقاً لأحكام اتفاقية نيويورك لسنة 1958:

عالجت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 والتي تعتبر مرجعاً أساسياً في الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، مسألة تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في حال عدم تنفيذها طواعية من قبل المحكوم

ضده، من خلال بيان مجموع الإجراءات الواجب اتباعها للحصول على الصيغة التنفيذية للحكم المراد تنفيذه، والتي يجب أن تصدر عن قضاء الدولة المعتمد، ذلك أن أحكام التحكيم، لا تصدر ممهورة بالصيغة التنفيذية كما هو الشأن بالنسبة للأحكام القضائية، حيث تضمنت المادة 4 المشار إليها سابقا تلك الإجراءات والتي تتمثل في أن يقوم طالب التنفيذ بتقديم طلبه مرفقا بقرار أو حكم التحكيم الأصلي مرفقا بنسخة عن اتفاق التحكيم، إضافة إلى ترجمة رسمية معتمدة لهاتين الوثيقتين في حالة صدورهما بغير اللغة الرسمية للدولة التي يطلب فيها تنفيذ الحكم.

إضافة إلى هذا فقد حددت المادة 05 من هذه الاتفاقية الحالات التي يجوز فيها رفض الاعتراف والتنفيذ على وجه الحصر، ومن ثم لا يحق لأي دولة منضمة لهذه الاتفاقية أن ترفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه في غير تلك الحالات، بل عليها أن توفر كل ما يلزم من أجل تيسير الحصول على الصيغة التنفيذية للحكم وتنفيذه بسرعة.

ونظرا لاتساع دائرة الدول المنضمة إلى هذه الاتفاقية، والتي نصت في قوانينها المتعلقة بالتحكيم على ذات الإجراءات المقررة في هذه الاتفاقية من أجل تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية فقد اكتفت الباحثة بما ورد فيها.

وبالنسبة لأحكام التحكيم الإلكتروني فإنها تتخذ الأحكام المقررة لأحكام التحكيم التقليدي ذاتها، لأنه ليس ثمة اتفاقية خاصة بتنفيذ تلك الأحكام كما أن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي أصدرت دليلا يعرف بـ"دليل الأونسترال بشأن اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك، 1958)"، وذلك سنة 2014⁽¹⁾ أي في أوج ازدهار التجارة الإلكترونية، ومن ثم التحكيم الإلكتروني، وقد أشار الدليل إلى أن هناك توجه نحو توحيد الجهود والرؤى فيما يتعلق بتفسير الاتفاقية، حيث تم وضع موقع خاص للاتفاقية⁽²⁾ من أجل جمع كل المقترحات والمعلومات المتعلقة بالاتفاقية وتنفيذها، الأمر الذي يدل على أنها سارية المفعول بالنسبة لأحكام التحكيم الإلكتروني⁽³⁾، خاصة باستحضار التوصية المتعلقة بتفسير بعض مواد الاتفاقية المشار إليها سابقا.

(1) -القرار صدر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة 47، نيويورك، 7-25 يوليو 2014.

(2) -موقع الاتفاقية هو: www.newyorkconvention1958.org.

(3) -ونظرا لأهمية دليل الأونسترال بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية، فقد أوردت الباحثة قرار اللجنة المتضمن الدليل كاملا في الملحق رقم 5، من هذه الأطروحة.

ثانيا: التنفيذ الذاتي لأحكام التحكيم الإلكتروني

تقدم أن المراكز الدائمة للتحكيم عموما تمتلك وسائل تمكنها من إجبار الطرف المحكوم ضده على تنفيذ الحكم في حالة امتناعه عن التنفيذ الاختياري، وتمثل هذه الوسائل في توقيع مجموعة من الجزاءات كنشر حكم التحكيم، وواقعة عدم تنفيذه، وهو ما يمس بالسمعة الذاتية والتجارية للممتنع عن التنفيذ في أوساط رجال المال والأعمال، مما يؤدي إلى استبعاد التعامل معه، ومقاطعته، وهو ما انتهجته أيضا مراكز التحكيم الإلكتروني، حيث وضعت عددا من وسائل التنفيذ الذاتي، منها ما هو مباشر، ومنها ما هو غير مباشر، على النحو الآتي⁽¹⁾:

1- وسائل التنفيذ الذاتي المباشر لأحكام التحكيم الإلكتروني: وتتمثل أساسا في:

أ- **التحكم في بطاقة الدفع الإلكتروني:** وهذه الوسيلة عادة ما تستعمل في المنازعات التي يكون أحد أطرافها مستهلكا، حيث يكون للمركز سلطة استعادة المبلغ الذي سحب من بطاقة ائتمان المستهلك، من موقع البائع مباشرة، وذلك بموجب اتفاق مسبق بين البائع ومركز التسوية، والشركة مصدرة البطاقة.

ب- **إيداع ضمان مالي مغلق:** حيث عادة ما يطلب مركز التحكيم الإلكتروني من طرفي المنازعة وضع مبلغ نقدي كضمان مغلق لا يمكن التصرف فيه، في حساب المركز، قبل بدء إجراءات التحكيم ليقوم المركز بالتنفيذ مباشرة من هذا المبلغ دون الرجوع إلى الأطراف.

إضافة إلى هذين الإجراءين فهناك ما يعرف بـ"التنفيذ الذاتي الإلكتروني" والذي يخص هيئة الأيكان المختصة كما تقدم بتسوية النزاعات المتعلقة بالمواقع الإلكترونية، حيث يمكنها إصدار قرار بإلغاء اسم الموقع في حالة ما إذا حُكم ضد صاحبه بأنه ليس صاحب الموقع الأصلي، وأنه أنشأ هذا الموقع مستعملا اسم موقع مسجل سابقا.

2- وسائل التنفيذ الذاتي غير المباشر لأحكام التحكيم الإلكتروني:

وفي هذه الحالة لا يلجأ المركز إلى استعمال هذه الوسائل إلا بناء على طلب الطرف المتضرر، وتتمثل أهم هذه الوسائل في:

⁽¹⁾ -انظر: تفصيل هذه المسألة عند: سليمان أحمد فضل: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 348-355، خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني: فض المنازعات بالتحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 186-191، عبد الصبور عبد القوي علي المصري: التنظيم القانوني للتحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 147.

أ- الغرامة التهديدية: حيث يتم الاتفاق بين موقع البائع ومركز التحكيم الإلكتروني، على إلزام البائع بدفع مبلغ مالي يتناسب مع قيمة الصفقة محل النزاع، كشرط لضمان التزام البائع بتنفيذ الأحكام التي قد يصدرها المركز ضده.

ب- التهديد بنظام إدارة السمعة: وهو نظام يقوم على وجود مواقع إلكترونية للسوق عبر شبكة الإنترنت، تضم في عضويتها العديد من البائعين والمستهلكين، وتتيح هذه المواقع الكشف عن سمعة البائع وسيرته الذاتية قبل بدأ عملية الشراء.

ثالثا: موقف الفقه الإسلامي من مسألة تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني

إن التنفيذ هو الهدف الأساسي للحكم القضائي عموما، وبمقتضاه تعود الحقوق إلى أصحابها، فإن لم يقبل الحكم التنفيذ، كان فاقدا لقيمته⁽¹⁾، وهو ما أكده سيدنا عمر رضي الله عنه في خطابه إلى أبي موسى الأشعري والمتعلق بالقضاء حيث جاء فيها: «فإنه لا ينفع تكلم في حق لا نفاذ له»⁽²⁾، وهو ما ينطبق على حكم التحكيم، لأنه لا يختلف عن الحكم القضائي كما تقدم.

والأصل أن يتم تنفيذ حكم المحكم طواعية، امثالاً لقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽³⁾، فالمحكوم ضده بتنفيذه للحكم الصادر من المحكم أو هيئة التحكيم، يكون قد وفى بعهده ونفذ العقد الذي أبرمه مع المحكوم لصالحه⁽⁴⁾.

ومع ذلك فقد يمتنع المحكوم ضده عن تنفيذ الحكم الصادر من قبل المحكم أو هيئة التحكيم، لأي سبب من الأسباب، وليس للمحكم أن يجبره على الرغم من اتفاق الفقهاء على لزوم حكم التحكيم بعد صدوره، إذا كان موافقا لأحكام وأصول الشريعة الإسلامية.

(1) - انظر: عبد الناصر موسى أبو البصل في مؤلفه: نظرية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، مرجع سابق، ص 418.

(2) - وقد عُرف هذا الخطاب بكتاب عمر في القضاء، وهو الكتاب الذي وجهه رضي الله عنه لأبي موسى الأشعري عند توليه القضاء وقد ضمنه كل المبادئ القضائية المقررة شرعا انطلاقا من الآيات والأحاديث والآثار الواردة بشأن القضاء وقد تناولته جل كتب التاريخ الإسلامي وكتب الفقه عند تناولها لولاية القضاء، لأنه يعد ترجمة عملية للنظام القضائي الإسلامي وقد أسهب ابن قيم الجوزية في شرح هذا الخطاب في كتابه إعلام الموقعين. الخطاب رواه الدارقطني في سننه 206/4، وذكره ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، مرجع سابق، 85-86، والماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، خرج أحاديثه وعلق عليه: خالد عبد اللطيف السبع العلمي، ط 1، بيروت، لبنان، دار الكتاب العربي، 1410هـ-1990م، ص 139-140 مع اختلاف في اللفظ.

(3) - سورة المائدة: 01.

(4) - انظر: محمد بدر يوسف المياوي: مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 66.

وعلة عدم قدرة المحكم على إجبار المحكوم ضده على التنفيذ، تكمن في أن الإجبار على التنفيذ لا بد وأن يستند إلى ولاية عامة، وهو أمر يفتقده المحكم، وعليه فلا توجد وسيلة للإجبار على التنفيذ سوى اللجوء إلى القضاء⁽¹⁾.

ومن ثم، فإذا أراد المحكوم له تنفيذ الحكم بواسطة قاضٍ من قضاة المسلمين جاز له أن يطلب من الحكم أن يكتب له بالحكم الذي أصدره إلى قاضٍ من قضاة المسلمين، أو إلى القاضي الذي اختاره المحكوم له. «وإذا كتب هذا القاضي بما حكم به كتاباً إلى قاضٍ من قضاة المسلمين، لزمه قبوله، وتنفيذ كتابه؛ لأنه حاكم نافذ الأحكام، فلزم قبول كتابه، كحاكم الإمام»⁽²⁾.

على أن القاضي يقر ويأمر بتنفيذ حكم المحكم متى كان موافقاً للشرع، وله أن ينقضه إذا كان مستحقاً للنقض شرعاً، إذ «لا يجوز نقض حكمه فيما لا ينقض به حكم من له ولاية»⁽³⁾، وسلطة القاضي على حكم المحكم لا تختلف عن سلطته على حكم القاضي.

والحكم القضائي إما أن يكون حكماً اجتهادياً أو غير اجتهادي، والاجتهادي يكون في ما هو منصوص عليه في الكتاب والسنة أو الإجماع والقياس الجلي، فإن جاء الحكم موافقاً لهذه الأدلة لا يمكن نقضه من أي كان، أما المخالف لها فينقض بالاتفاق. وكذلك الشأن بالنسبة للأحكام الاجتهادية، فهي تكتسب صفة اللزوم ولا يجوز نقضها، وإن كانت في مواضع اختلاف الفقهاء، ذلك أن الخلاف قد رُفِعَ بالحكم⁽⁴⁾، فالنقض لا يطالها طالما أنها لا تنطوي على جور بين، وذلك لأنه: «لو نقض الاجتهاد بالاجتهاد لنقض النقض أيضاً ولتسلسل، فاضطربت الأحكام ولم يوثق بها»⁽⁵⁾، فالقول بنقض الاجتهاد باجتهاد مثله يفضي إلى عدم استقرار الأحكام، واضطرابها، وعدم الوثوق بحكم الحاكم وهو خلاف المصلحة التي نصب الحاكم لها⁽⁶⁾، وتأكيداً لهذا الكلام جاءت القاعدة الفقهية "الاجتهاد لا

(1) -انظر: محمد بدر يوسف المنياوي: مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 66.

(2) -ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، 95/10.

(3) -المرجع نفسه.

(4) -انظر: عبد الناصر موسى أبو البصل: نظرية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، مرجع سابق، ص 418.

(5) -أبو حامد الغزالي: المستصفي، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، ط 1، بيروت، دار الكتب العلمية، (1413هـ - 1993م)، ص 367.

(6) -انظر: الكساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، 14/7، الأمدي: الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، د. ط، بيروت، دمشق، المكتب الإسلامي، د. ت، 203/4.

ينقض بمثله⁽¹⁾.

أما بالنسبة لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية فإنها تدخل في مجال تنفيذ القاضي أو المحكمة لحكم قضائي صادر عن محكمة أخرى، وهذا لا يتحقق إلا بوجود قاضيين أو محكمتين متغايرتين، «فلا يتحقق كتاب القاضي إلى القاضي في الوجود إلا بقاضيين»⁽²⁾.

وعليه، فتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة عن قضاء آخر وطنيا كان أو أجنبيا واضح تماما في تصور الفقهاء المسلمين⁽³⁾، وهو صورة عن قبول كتاب القاضي إلى القاضي⁽⁴⁾، وقد يكون القاضي الكاتب والمكتوب إليه من دولة واحدة، وهذا قضاء وطني في الحكم والتنفيذ، وقد يكون أحد القاضيين تابعا لقضاء الدولة الإسلامية والآخر تابعا لدولة أخرى⁽⁵⁾، وفي هذه الحالة إما أن يكون الحكم وطنيا والتنفيذ أجنبي، أو بالعكس يكون الحكم أجنبي والتنفيذ وطني، وهو ما يتعلق بشكل مباشر بهذه الأطروحة.

ومن ثم، وبالنظر إلى آراء الفقهاء في مسألة كتاب القاضي إلى القاضي يتضح أنها لا تخرج عن ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: القاضيان خاضعان للدولة الإسلامية

الوجه الثاني: كتاب قاضي البغاة إلى قاضي أهل العدل

الوجه الثالث: كتاب قاضي أهل الحرب (الدولة غير الإسلامية) إلى الدولة الإسلامية

ومن ثم فتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية يندرج ضمن الوجهين الثاني والثالث، وعليه فهي تأخذ

⁽¹⁾ وهي المادة 16 من مجلة الأحكام العدلية. علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ص 34/1، وقد تناولتها جل كتب القواعد الفقهية بشرح مسهب، من ذلك ما جاء في: السيوطي: الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 101 وما بعدها، وقد ذكرها بلفظ "الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد"، وابن نجيم: الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 89-90، علي أحمد الندوي: القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص 439 وما بعدها، إضافة إلى كثير من الكتب الفقهية.

⁽²⁾ -الكامل بن الهمام: فتح القدير، مرجع سابق، ص 286/7.

⁽³⁾ -محمد عبود مكحلة: الحقوق الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 736.

⁽⁴⁾ -كتاب القاضي إلى القاضي مشروع بدليل ما رواه الضحاك بن سفيان رضي الله عنه أنه كتب إليه رسول الله ﷺ أن: [ورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها]. الحديث أخرجه أبو داود في سننه، كتاب: الفرائض، باب: في المرأة ترث من دية زوجها، 129/3، حديث رقم [2927]، وأخرجه الترمذي في سننه، كتاب: الديات عن رسول الله ﷺ، باب: ما جاء في المرأة هل ترث من دية زوجها، 79/3، حديث رقم [1415].

⁽⁵⁾ -انظر: البهوتي: كشاف القناع، مرجع سابق، ص 362/6، النووي: روضة الطالبين، مرجع سابق، ص 184/11.

الحكم المقرر للأحكام القضائية فيهما، ومن ثم يمكن القول أن تنفيذ الأحكام الأجنبية وقبولها في الفقه الإسلامي راجع إلى مجموعة من المبادئ والأسس الشرعية يمكن تلخيصها في: «1- المعاملة بالمثل. 2- الحرص على حماية رعايا الدولة الإسلامية في الخارج. 3- ضمان استقرار العلاقات الدولية واستمرارها. 4- درء المفسد الكلية: وقد قال الفقهاء في معرض ملاحظتهم للمصالح والمفاسد والاعتداد بها في الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام: إذا استولى الكفار على إقليم فقدموا قاضيا على المسلمين فالذي يظهر إنفاذ ذلك جلبا للمصالح ودرءا للمفاسد الشاملة ورعاية لمصالح العباد، ولا يتعد ذلك من رحمة الشرع، وتُحمل المفسد الشاملة بفوات الكمال⁽¹⁾، ويقاس عليها تنفيذ الأحكام الأجنبية. 5- حماية الحكم الشرعي»⁽²⁾.

جدير بالذكر أن الفقهاء اختلفوا في تحديد مجال الأحكام التي يجوز فيها كتاب القاضي إلى القاضي ومن ثم مجال قبول تنفيذ الأحكام الأجنبية، غير أن الحقوق المالية وهي موضوع هذه الأطروحة قد اتفق الفقهاء بشأنها على جواز كتاب القاضي إلى القاضي فيها⁽³⁾.

الفرع الثاني: تقييم التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية

بالنظر إلى المزايا التي يقدمها التحكيم الإلكتروني كوسيلة بديلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، فإنه يمكن القول أنه يعتبر أنجع وسيلة من شأنها ملاءمة منازعات عقود التجارة الإلكترونية، لجملة من الأسباب منها التوافق بين طبيعة هذه الوسيلة وطبيعة التجارة الإلكترونية وعقودها، إضافة إلى أنه يحقق السرعة المطلوبة لتسوية تلك المنازعات، كما أنه لا يتطلب مصاريف أو نفقات كبيرة كما هو الحال مقارنة باللجوء إلى القضاء العادي.

وإذا ما قورن التحكيم الإلكتروني بوسائل التسوية الإلكترونية كالمفاوضات والوساطة، فإن ما يميزه عنها أن المحكم تكون له سلطة إصدار القرار حتى ولو كان ضد الطرف الذي اختاره على عكس الوسيط الذي يعمل على تحقيق مصلحة من عينه، كما أن التحكيم ينتهي بإصدار حكم مثله مثل القضاء وهو ما لا يتحقق في المفاوضات أو الوساطة.

⁽¹⁾ محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي: التاج والإكليل لمختصر خليل، ط1، د.ب، دار الكتب العلمية، (1416هـ-1994م)، 150/8.

⁽²⁾ محمد عبود مكحلة: الحقوق الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص749.

⁽³⁾ يراجع: الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، 7/7، الشافعي: الأم، مرجع سابق، 53/7، البهوتي: كشف القناع، مرجع سابق، 361/6، محمد بن يوسف بن أبي القاسم: التاج والإكليل لمختصر خليل، مرجع سابق، 150/8.

أما فيما يتعلق بالانتقادات الموجهة للتحكيم الإلكتروني والمبنية أساسا على صعوبة الاعتراف بأحكامه وتنفيذها، خاصة بالنسبة للدول التي لا تتوافق تشريعاتها مع المعاملات الإلكترونية، فإن هذا الإشكال يمكن تجاوزه من جهتين:

الأولى: من خلال اعتماد وسائل التنفيذ الذاتي لأحكام التحكيم الإلكتروني، والتي من شأنها القضاء على الرجوع إلى القضاء من أجل استصدار الصيغة التنفيذية أو قرار التنفيذ.

والثانية: تتمثل في أن الجهود المبذولة على الساحة الدولية خاصة من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، فيما يتعلق بتوحيد الرؤى حول تفسير اتفاقية نيويورك لسنة 1958 والمتعلقة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، من شأنها القضاء على كل الإشكالات التي قد تعترض تنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني، خاصة وأن التعامل الإلكتروني لم يعد خيارا للدول بل أصبح واقعا مفروضا عليها، فحتى تلك الدول التي لا تعترف بالمعاملات ولا بالمحركات الإلكترونية لا يمكنها منع مواطنيها من ممارسة التجارة الإلكترونية، سواء أكانوا تجارا أم مستهلكين ذلك أن الإنترنت ليست حكرا على دولة معينة أو أفرادا معينين، كما أن ما يعرض من سلع ومنتجات وخدمات لا يفرق بين مستهلك ينتمي لدولة تمتلك تشريعات للمعاملات الإلكترونية، ودولة لا تمتلك تلك التشريعات، ذلك أن الجنسيات والمواقع الجغرافية لا اعتبار لها في العالم الافتراضي.

ومن ثم يكون التحكيم هو أنسب طرق التسوية لمنازعات التجارة الإلكترونية شريطة أن تحرص مراكز التحكيم الإلكتروني على توفير أنظمة حامية تكفل السرية التي يتطلبها، والأمان بالنسبة لتبادل المستندات والأدلة إلكترونيا.

أخيرا يمكن تلخيص عملية التحكيم الإلكتروني في النموذج الآتي:



أهم تفاصيل عملية التحكيم الإلكتروني

الخلاصة

جامعة الأمير
عبد القادر
للعلوم الإسلامية

في نهاية هذه الدراسة التي تناولت طرق تسوية منازعات التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، توجز الباحثة أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال معالجتها لمختلف جزئيات الموضوع وفق التصور الذي ارتأته، إضافة إلى بعض التوصيات التي ارتأت أنه من الضروري الإشارة إليها.

أولاً: نتائج الدراسة

يمكن تقسيم النتائج التي توصلت إليها الباحثة إلى نتائج جزئية وأخرى عامة.

1- النتائج الجزئية:

نظراً لحدثة موضوع الدراسة نسبياً، فإن الباحثة حاولت تقريب كل المفاهيم المتعلقة به، لتعطي تصوراً كافياً عن الموضوع تمهيداً لمعالجة الإشكال الرئيس الذي لهذه الأطروحة، وعليه فقد توصلت الباحثة إلى مجموعة من النتائج الجزئية والتي يمكن إجمالها في:

- إن التجارة الإلكترونية تعني جميع الأنشطة التجارية الممارسة عبر الوسائل الإلكترونية، غير أن الإنترنت تعتبر النموذج الأمثل لممارسة هذه التجارة إلى يومنا هذا.

- لا تتخذ التجارة الإلكترونية شكلاً واحداً، بل تتخذ أشكالاً متعددة تبعاً لتنوع أطرافها، غير أن أهم هذه الأشكال يتمثل في التجارة الإلكترونية فيما بين التجار أو مؤسسات الأعمال والتي تعرف اختصاراً بـ (B₂B)، والتجارة الإلكترونية التي يكون أحد أطرافها تاجراً أو مؤسسة أعمال، والطرف الآخر مستهلكاً والتي تعرف اختصاراً بـ (B₂C).

- تحقق التجارة الإلكترونية مجموعة من المزايا والإيجابيات للمتعاملين في مجالها سواء أكانوا تجاراً أم مستهلكين، تتمثل أساساً في السرعة، والقدرة على تجاوز كل الحدود السياسية منها والجغرافية، غير أنها في المقابل تنطوي على كثير من السلبيات خاصة بالنسبة للدول العربية، حيث لازالت تفتقر لتحقيق درجة عالية من الأمن بالنسبة لمعاملات هذه التجارة، وهو ما يفسر إجماع كثير من أفرادها عن ولوج عالم التجارة الإلكترونية على الرغم من اقتناعهم بما تقدمه من إيجابيات، كما يفسر أيضاً، ضآلة حجمها في هذه الدول مقارنة بالدول الغربية أو بالأحرى الدول الكبرى التي تمتلك التكنولوجيا.

- إذا كانت الشبكة الدولية للاتصالات "الإنترنت" تعتبر فقرة نوعية في مجال الاتصالات، لازالت كثير من دول العالم الثالث بما فيها الدول العربية، لا تتقن استغلال جميع التقنيات والخدمات التي توفرها

هذه الوسيلة، وهي تسعى جاهدة لتحسين مستوى هذا الاستغلال، فإن الدول الغربية تسعى إلى الوصول إلى تقنيات أكثر تطورا، حيث يتحدثون الآن عن الإنترنت 2، وإنترنت الجيل القادم أو إنترنت المستقبل.

- عقود التجارة الإلكترونية تعتبر من عقود المسافات (Contrat à distance) ومن ثم فإنها تأخذ أحكام تلك العقود بالنسبة للمسائل التي لم تحظ بتنظيم تشريعي مستقل، مع مراعاة ما تفرضه خصوصية التقنية التي تتم من خلالها هذه العقود.

- أجازت جل التشريعات الوضعية التعبير عن الإرادة عن طريق الوسائل الإلكترونية، وفي مقدمتها الإنترنت سواء بشكل مباشر بالنسبة للتشريعات المتعلقة أساسا بتنظيم المعاملات الإلكترونية، أو بشكل غير مباشر بتوسيع مدلول الكتابة لتشمل رسائل البيانات التي يتم تبادلها عن طريق هذه الوسائل الإلكترونية، وذلك بالنسبة للدول التي لم تصدر إلى الآن تشريعا مستقلا لهذا النوع من المعاملات كما هو حال الجزائر ومصر مثلا، وكذلك بالنسبة لبعض القوانين النموذجية والاتفاقيات الدولية حتى تستوعب التجارة الإلكترونية ومفرازاتها كما هو الحال بالنسبة لقانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، واتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، كما تبين للباحثة أنه لا تعارض بين أحكام الشريعة الإسلامية والتعبير عن الإرادة بالطرق الإلكترونية، إذ أن أقوال الفقهاء في هذا المجال يمكن أن تستوعب هذه الطرق، ومن ثم يمكن للدول الإسلامية الاستفادة من كل المزايا التي توفرها هذه الطرق.

- تماشيا مع متطلبات التجارة الإلكترونية التي تمتاز باللاورقية، أي أنها تعتمد على المحررات الإلكترونية بدل الوثائق الورقية المعتمدة في التجارة التقليدية، دعت الضرورة إلى اعتماد نوع جديد من التوقيع وهو التوقيع الإلكتروني الذي حظي بتأييد واسع على مستوى العالم، حيث أصدرت هيئة الأمم المتحدة ممثلة في لجنيتها الخاصة بالقانون التجاري الدولي "الأونسترال" قانونا نموذجيا للتوقيعات الإلكترونية، وحدت حدودها كثير من الدول بإصدار قوانين وطنية تنظم وتعترف بالتوقيع الإلكتروني، كما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري الذي أصدر قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين الذي وإن جاء متأخرا إلا أنه يعتبر التفاتة حسنة من المشرع الجزائري للتطورات التقنية في هذا المجال.

- عملت جل الدول على زيادة الثقة في التوقيع الإلكتروني من خلال تأمينه إلى أقصى درجة ممكنة اعتمادا على تقنيات التشفير من جهة، إضافة إلى اعتماد جهات تصديق محايدة تمنح شهادات

مصادقة تعطي مصداقية أكثر للتوقيع الإلكتروني وتسهل اعتماده، ومن ثم تزيد ثقة المتعاملين في الوثائق الإلكترونية التي تحل تدريجياً محل الوثائق الورقية التقليدية.

- بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، فإن الاعتماد على قواعد الإسناد المقررة في القانون الدولي الخاص، وإن كان يصطدم بمتطلبات التجارة الإلكترونية وخصوصيتها في بعض الجوانب، إلا أن ذلك لا يعني عدم الأخذ بجميع قواعد الإسناد الشخصية والموضوعية، والاكتفاء بتطبيق القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، ذلك أن هذه الأخيرة ليست محل اتفاق بين جميع الدول ومن ثم فلا مجال لاعتبارها قانوناً بالمعنى الحقيقي، وعليه فإن الباحثة توصلت إلى أن الحل بالنسبة لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود يكمن في الاعتماد على مبدأ قانون الإرادة الذي وإن كان منهجاً تقليدياً، فليس فيه ما يتعارض مع متطلبات التجارة الإلكترونية وخصوصيتها، كما أنه من شأنه أن يحد من الإشكالات الواقعة في هذا المجال بشرط تبيين المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية إلى ضرورة الأخذ بالمبدأ وعدم إغفاله تفادياً لأي إشكال.

2- النتائج العامة:

وتقصد بها الباحثة تلك النتائج التي تعتبر إجابة مباشرة عن الإشكال الرئيس لهذه الدراسة، والتي يمكن تلخيصها في الآتي:

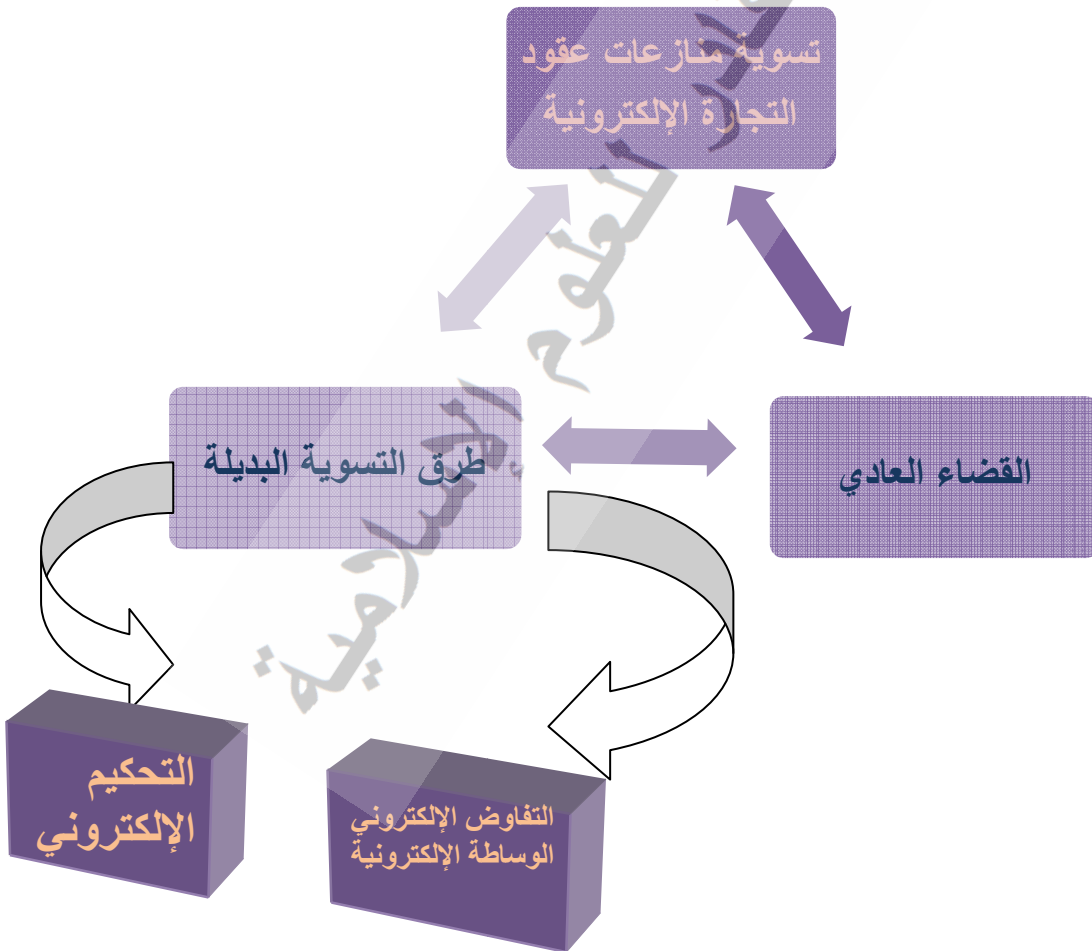
- على الرغم من أنه ليس هناك ما يمنع من الالتجاء إلى القضاء العادي لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، فإن الواقع العملي أثبت عدم فاعلية هذا المسلك بناء على عدم توافق الإجراءات الشكلية التي يجب اتباعها فيه مع خصوصية التجارة الإلكترونية خاصة فيما يتعلق بسرعة إتمام معاملاتها والتي تتطلب سرعة مماثلة في إنهاء منازعاتها.

- كما أن القواعد والضوابط التقليدية المعتمدة في تحديد الاختصاص القضائي بالمنازعات لا تستجيب لمتطلبات التجارة الإلكترونية، ولا تتوافق مع المفاهيم الأساسية فيها، خاصة فيما يتعلق بتحديد موطن المدعى عليه، أو جنسية الطرفين، وكذلك مكان إبرام العقد وتنفيذه.

- فيما يتعلق بالطرق البديلة لتسوية المنازعات (ADR)، فإنه إذا كانت خصوصية التجارة الإلكترونية قد أدت إلى وجوب تجاوب هذه الطرق مع الوسائل الإلكترونية التي تتم من خلالها هذه التجارة، ومن ثم ظهر ما يعرف بوسائل التسوية الإلكترونية (ODR)، فإنه على الرغم من تعدد هذه الوسائل الإلكترونية وتنوعها، إلا أن أهمها يتمثل في المفاوضات والوساطة والتحكيم.

على أن التحكيم الإلكتروني يعد أهم طرق التسوية الإلكترونية، لما يقدمه من مزايا وإيجابيات، وذلك على الرغم من أن هناك من يرى أن ما ينتج عن هذا التحكيم من قرارات أو أحكام قد لا يلقي ترحيباً واسعاً على مستوى التنفيذ بالنسبة لبعض الدول، فإن الباحثة توصلت ومن خلال الجهود المبذولة من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على صعيد توسيع المفاهيم التي تضمنتها اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، لتتماشى مع متطلبات التجارة الإلكترونية بما فيها التحكيم الإلكتروني، إلى أن هذا النوع من التحكيم سيحظى بتنظيم خاص في أقرب الآجال، خاصة وأن السبب الرئيس لعدم تعديل هذه الاتفاقية بما يتوافق ومستجدات التحكيم الإلكتروني يعود إلى أن الاتفاقية قد حظيت بقبول واسع على مستوى المجتمع الدولي بحيث يزيد عدد الدول المنضمة إليها إلى يومنا هذا عن 155 دولة، وهو عدد يصعب التكهن بالوصول إلى تحقيقه في حالة إصدار اتفاقية جديدة.

ومن ثم يمكن للباحثة تلخيص هذه النتائج في المخطط الآتي:



طرق تسوية منازعات التجارة الإلكترونية

ثانيا: التوصيات

من خلال ما تم بحثه في هذه الأطروحة توصي الباحثة بـ:

1- إذا كانت التجارة الإلكترونية عموما، وعقودها على وجه الخصوص مفرزا من مفرزات ثورة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، فإنه ينبغي على المشرع الجزائري إفرادها بتشريع مستقل ينظم جزئياتها، ويعطي حولا تشريعية لما ينتج عنها من إشكالات قانونية، إذ أن النصوص التشريعية التي جاء بها القانون رقم 04-15 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436هـ الموافق أول فبراير سنة 2015م المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، وكذلك التعديلات التي أدخلها المشرع على القانون المدني فيما يتعلق بتوسيع مدلول الكتابة ليشمل المحررات الإلكترونية غير كافية لتنظيم هذا النوع من التجارة وعقودها، ناهيك عن الجرائم الصادرة عنها، هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن المشرع الجزائري وإن نظم التحكيم التجاري الدولي بموجب القانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429هـ الموافق 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلا أن ارتباط هذا التحكيم بالتجارة الإلكترونية، وظهر ما يعرف بالتحكيم الإلكتروني يوجب على المشرع التدخل من جديد لإدخال تعديلات على نصوص التحكيم التجاري الدولي لتستجيب لمتطلبات التحكيم الإلكتروني.

2- يتوجب على المشرع الجزائري أيضا تفعيل الصيرفة الإلكترونية، للارتباط الوثيق بينها وبين التجارة الإلكترونية حيث يشكلان ما يعرف بالاقتصاد الرقمي، فلا مجال للحديث عن التجارة الإلكترونية في ظل غياب أنظمة الدفع الإلكترونية وتفعيلها، خاصة بالنسبة للجزائر، ذلك أن عدد البنوك الجزائرية التي اعتمدت بطاقات الدفع الإلكتروني قليل جدا مقارنة ببعض الدول الغربية والعربية، ولعل السبب الأساسي وراء هذه القلة هو أن هذه التقنية لم تجد تجاوبا من قبل المواطن الجزائري الذي لا زال يفضل التعامل المباشر، لعدم ثقته بما توفره هذه البنوك من حماية، قياسا على ما يجده من إشكالات في التعامل بالبطاقات المغناطيسية على مستوى الحسابات الجارية في بريد الجزائر، إذ وعلى الرغم من أن قيمة التعامل لا تتعدى 20000 دج فإن عشرات الجزائريين يتعرضون لإشكالات في الأنظمة الإلكترونية لبريد الجزائر يوميا، وهو ما يستدعي التفكير بجدية في تحسين أداء هذه الخدمة، وزيادة ثقة المواطن في هذه المعاملات من حيث اعتماد أنظمة حمائية متطورة تستجيب للتطورات المتلاحقة في هذا المجال بصفة آنية كما هو حال الدول المتقدمة.

3- بالنسبة للجهود الدولية سواء المتعلقة بالتجارة الإلكترونية أو بالتوقيع الإلكتروني أو حتى بالنسبة للتحكيم الإلكتروني، خاصة تلك المبذولة من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وإن كانت مقبولة إلى حد كبير فإنها تحتاج إلى تفعيل أكثر.

4- ينبغي على مراكز التحكيم العربية الاستجابة لمتطلبات التجارة الإلكترونية، من خلال تقديم خدمة التحكيم الإلكتروني الذي أصبح يشكل لازمة من لوازم هذه التجارة، ومن ثم فلا مناص من جارات التطورات التقنية في هذا المجال، لما تحققه هذه الخطوة من إيجابيات للمواطن العربي سواء أكان تاجرا أو مستهلكا، إذ سيتمكن من الاستفادة من التحكيم الإلكتروني بما يقدمه من مزايا يأتي في مقدمتها اختصار الوقت والنفقات، دون أن يكون عليه تحمل أعباء اللجوء إلى مراكز تحكيم أجنبية قد يصدم معها بالنسبة لإشكال اللغة، وعدم فهم نصوص القانون الواجب التطبيق خاصة إذا تعلق الأمر باختيار أحكام الشريعة الإسلامية كقانون يطبق على موضوع النزاع، كما أن هذا الأمر يمكن الفرد المسلم من الخروج من إشكالية التحاكم إلى غير المسلمين، خاصة في القضايا التي يكون طرفيها مسلمين.

5- ينبغي على الدول العربية أن تحذو حذو دول المجموعة الأوروبية فيما يتعلق بتفعيل التجارة الإلكترونية البينية، حيث عملت هذه المجموعة على حث أعضائها على الاستفادة من إيجابيات هذه التجارة ومزاياها تحقيقا لتطور اقتصاد كل دولة من دول المجموعة، ومن ثم تحقيق نمو اقتصادي للمجموعة ككل من خلال زيادة معاملات التجارة الإلكترونية فيما بينها، وهو ما يجب أن تأخذ به الدول العربية خاصة وأنها تمتلك مقومات أكبر للاتحاد والتعاون.

أخيرا، لا يسع الباحثة وهي تنهي بحثها إلا أن تتمنى أن يكون عملها هذا جهدا خالصا لله تعالى، الذي وفقها لإنهائه، وأن تسأله الرشد والسداد.

الملاحق

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الفهارس:

أولا: فهرس الآيات

ثانيا: فهرس الأحاديث

ثالثا: فهرس الأعلام

رابعا: فهرس المصطلحات والألفاظ
المشروحة أو المعرفة

خامسا: قائمة المصادر والمراجع

سادسا: فهرس الموضوعات

أولاً: فهرس الآيات

الصفحة	الرقم	الآية
-البقرة-		
434	177	﴿...وَالْمُؤْمِنُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا...﴾
27	275	﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا...﴾
186	282	﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا...﴾
162	286	﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا...﴾
-النساء-		
30	29	﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا...﴾
137	29	﴿...إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ...﴾
352،379	35	﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ...﴾
28	58	﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا...﴾
129	59	﴿...فَإِنْ نَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ...﴾
233	59	﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي...﴾
235	61-60	﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ ءَامَنُوا بِمَا...﴾
352	65	﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا...﴾
352	117	﴿لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ...﴾
352	128	﴿وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا...﴾
-المائدة-		
434	01	﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾
332	42	﴿فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ...﴾
323	50-49	﴿وَأِنْ أَحْكَمْتُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ...﴾

448	95	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ ...﴾
-الأنعام-7-		
435	119	﴿وَقَدْ فَضَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾
-التوبة-		
96	71	﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ﴾
-الأنبياء-		
96	92	﴿إِنَّ هَذِهِ ءَأُمَّتُكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَأَنَا ...﴾
-النور-		
119	49	﴿وَإِنْ يَكُنْ لَهُمُ الْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ ﴿٤٩﴾﴾
-الأحزاب-		
161	72	﴿وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ﴾
-الشورى-		
129، 233	10	﴿وَمَا أَخْلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ ...﴾
-الجنابة-		
28	12	﴿اللَّهُ الَّذِي سَخَّرَ لَكُمْ الْبَحْرَ لِتَجْرِيَ الْفُلُكُ فِيهِ ...﴾
-العنكبوت-		
352	09	﴿وَإِنْ طَافِيْنَا مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَقْتُلُوا فَأَصْلِحُوا ...﴾
352، 96	10	﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ ...﴾

ثانياً: فهرس الأحاديث والآثار

الصفحة	طرف الحديث أو الأثر
380	[ألهاني الصفق في الأسواق...]
	[أن من بايع منكم بالربا فلا...]
380	[إن الله هو الحكم وإليه الحكم فلم تكني أبا الحكم؟...]
199	[أن النبي ﷺ اتخذ خاتماً...]
455	[أنه كان بين عمر وأبي رضي الله عنهما خصامة...]
200	[أن نبي الله ﷺ أراد أن يكتب رهط...]
137	[إنما البيع عن تراض]
327	[بعثت إلى الأحمر...]
8 هامش 1	[تسعة أعشار الرزق في...]
455	[توجه إلى بني قريظة فائلاً...]
353	[ردوا الخصوم حتى يصطلحوا، فإن فصل القضاء...]
184	[شاهدك أو يمينه...]
353	[الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً...]
327	[لا نكاح إلا بشهود...]
30	[لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس]
86	[ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه، يبيت...]
96	[مثل المؤمنين في توادهم، وتراحمهم، وتعاطفهم مثل...]
96	[المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضاً]
232	[المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ، إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ...]
32 هامش 1	[نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة...]
32 هامش 1	[نهى عن بيع جبل الحبلية...]
353	[يا أبا أيوب ألا أدلك على صدقة يرضى...]

ثالثا: فهرس الأعلام المترجم لهم

الصفحة	العلم
82	بيل جيتس
55	تيم بيرنرزلي
26	ابن تيمية
476	الخصاف
142	الرويانى
33	الزرقاني
409	السرخسى
142	ابن سريج
380	سعد بن معاذ
475	السمناني
140	السيوطي
32	الشاطبي
223	الشيرازي
378	ابن عابدين
378	ابن فرحون
123	ابن قدامة
379	القرطبي
143	ابن القيم
141	الكرخي
33	المازري
185	محمد بن الحسن
140	ابن نجيم
185	أبو يوسف
225	Rochus Curtius
226	Dumoulin
226	Laurent
271	Savigny

رابعاً: فهرس المصطلحات والألفاظ المعروفة أو المشروحة

الصفحة	اللفظ أو المصطلح
69	(HTML)
69	(HTTP)
10	الاتحاد الأوروبي
318	اتفاقية بروكسل لسنة 1968
129	اتفاقية فيينا
319	اتفاقية لوجانو لسنة 1988
49	أتمتة ومؤتمت
295	الإحالة
189	الإمضاء
84	إنترنت 2
41	الإنكتاد (UNCTAD)
161	الأهلية
04	الأونسترال (Uncitral)
85	بروتوكول (SSL)
85	بروتوكول (STT)
59	البروتوكولات
189	بصمة الأصبع
37	البطاقة الائتمانية
189	الختم
68	السكايب (Skype)
56	شبكات الكمبيوتر
43	شركة (Amazon)
42	شركة (DEll)

25	العولمة
239	الغش نحو القانون (Fraud à la loi)
223	القانون الدولي الخاص
401	القراصنة المحترفون (Crackers)
401	القراصنة الهواة (Hackers)
85	القمة العالمية لمجتمع المعلومات
223	قواعد الإسناد
183	الكتابة
91	مجلس الوزراء العرب للاتصالات والمعلومات
225	مدرسة الأحوال الشخصية
182	المستند الرسمي
139	معتقل اللسان
267	المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (UNIDROIT)
90	منطقة التجارة الحرة العربية الكبرى
08	منظمة الباسيفيك (APEC)
342	المنظمة العالمية للملكية الفكرية (wipo)
60	المودام
07	المينيتال (Minitel)
84	النطاق العريض
14	الوكيل أو الوسيط الإلكتروني (Electronic Agent)
286	Lex Mercatoria

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم المصحف الإلكتروني برواية حفص

كتب التفسير

1. أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص: إحكام القرآن، تحقيق: محمد صادق القمحاوي، د.ط، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1405هـ.
2. سيد قطب إبراهيم حسين الشاربي: في ظلال القرآن، ط17، بيروت، القاهرة، دار الشروق، 1412هـ.
3. عماد الدين الطبري المعروف بالكيا الهراسي: أحكام القرآن، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1403هـ.
4. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ط1، مصر، دار الكتاب العربي، (1387هـ-1967م).
5. محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي: التحرير والتنوير «تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد»، د.ط، تونس، الدار التونسية للنشر، 1984م.

كتب الحديث وشروحه

6. أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي: السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القدر عطا، ط3، بيروت، دار الكتب العلمية، (1424هـ-2003م).
7. الباجي: المنتقى شرح الموطأ، ط1، مصر، مطبعة السعادة، 1332هـ.
8. أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني: سنن الدارقطني، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، ط1، لبنان، بيروت مؤسسة الرسالة، (1424هـ-2004م).
9. أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني: سنن أبي داود، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، د.ط، بيروت، صيدا، المكتبة العصرية، د.ت.
10. علاء الدين علي بن حسام الدين البرهان فوري: كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، تحقيق: بكري حياني - صفوة السقا، ط5، د.ب، مؤسسة الرسالة، (1401هـ-1981م).
11. ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد: سنن ابن ماجه، تحقيق:

- محمد فؤاد عبد الباقي، د.ط، د.ب، دار إحياء الكتب العربية (فيصل عيسى الباي الحلبي)، د.ت.
12. محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي: الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه (صحيح البخاري)، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط1، د.ط، دار طوق النجاة، 1422هـ.
13. محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني: نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، ط1، مصر، دار الحديث، (1413هـ - 1993م).
14. محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك الترمذي: سنن الترمذي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط2، مصر، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى الباي الحلبي، (1395هـ - 1985م).
15. مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري: المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم (صحيح مسلم)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، د.ط، بيروت، دار إحياء التراث العربي، د.ت.
- كتب الفقه حسب المذاهب**
- المذهب الحنفي**
16. زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط2، د.ب، دار الكتاب الإسلامي، د.ت.
17. الشيخ نظام: الفتاوى الهندية، 4، بيروت، دار إحياء التراث العربي، د.ت.
18. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي: رد المختار على الدر المختار، ط2، بيروت، دار الفكر، (1412هـ - 1992م).
19. عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، ط1، 1313هـ، القاهرة، المطبعة الكبرى الأميرية (بولاق).
20. علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، بيروت، دار الكتب العلمية، (1406هـ - 1986م).
21. محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي: المبسوط، د.ط، بيروت، دار المعرفة، (1414هـ - 1993م).
22. محمد بن محمد بن محمود الرومي البابري: العناية شرح الهداية، د.ط، د.ب، دار الفكر، د.ت.

المذهب المالكي

23. أحمد بن يحيى الونشريسي: عدة البروق، ط2، بيروت، دار المغرب الإسلامي، (1410هـ-1990م).
24. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطاب الرُعيني المالكي: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط3، د.ب، دار الفكر، (1412هـ-1992م).
25. ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ط1، مصر، مكتبة الكليات الأزهرية، (1406هـ-1986م).
26. القراني: الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1994م.
27. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، د.ط، د.ب، دار الفكر، د.ت.
28. محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني: شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، ط1، القاهرة، مكتبة الثقافة الدينية، (1424هـ-2003م).
29. محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي: التاج والإكليل لمختصر خليل، ط1، د.ب، دار الكتب العلمية، (1416هـ-1994م).
30. أبو الوليد محمد بن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، د.ط، القاهرة، دار الحديث، (1425هـ-2004م).

المذهب الشافعي

31. أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، د.ط، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ت.
32. أبو الحسين يحيى بن أبي الخير: البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: قاسم محمد النوري، ط1، جدة، دار المنهاج، (1421هـ-2000م).
33. أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي: المجموع شرح المهذب، د.ط، د.ب، دار الفكر، د.ت.
34. أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاوش، ط3، بيروت، دمشق، عمان، المكتب الإسلامي، (1412هـ-1991م).
35. أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير

- الشوايش، ط3، بيروت، دمشق، عمان، دار الكتاب الإسلامي، (1412هـ-1991م).
36. شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ط أخيرة، بيروت، دار الفكر، (1404هـ-1984م).
37. شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1، د.ب، دار الكتب العلمية، (1415هـ-1995م).
38. الماوردي: الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق: علي محمد عوض، عادل أحمد عبد الموجود، ط1، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، (1419هـ-1999م).

المذهب الحنبلي

39. إبراهيم بن محمد بن عبد الله برهان الدين: المبدع في شرح المقنع، ط1، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، (1418هـ-1997م).
40. تقي الدين ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، ط1، د.ب، دار الكتب العلمية، (1408هـ-1987م).
41. علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط2، د.ب، دار إحياء التراث العربي، د.ت.
42. أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة: المغني، القاهرة، مكتبة القاهرة، (1388هـ-1968م).
43. منصور بن يونس البهوتي: كشف القناع عن متن الإقناع، د.ط، د.ب، دار الكتب العلمية، د.ت.
44. منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي: كشف القناع عن متن الإقناع، د.ط، د.ب، دار الكتب العلمية، د.ت.

كتب أصول الفقه والقواعد الفقهية

45. إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشاطبي: الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط1، د.ب، دار عفان، (1417هـ-1997م).
46. أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، ط2، سوريا، دمشق، دار القلم، (1409هـ-1989م).
47. أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: محمد عبد الله دراز، د.ط، بيروت،

- دار الفكر العربي، د.ت.
48. الآمدي: الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، د.ط، بيروت، دمشق، المكتب الإسلامي، د.ت.
49. جلال الدين السيوطي: الأشباه والنظائر، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، (1411هـ - 1990م).
50. أبو حامد الغزالي: المستصفى، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، (1413هـ - 1993م).
51. سعد الدين بن عمر التفتزاني: شرح التلويح على التوضيح، د.ط، مصر، مكتبة صبيح، د.ت.
52. صالح بن غانم السدلان: القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، ط1، المملكة العربية السعودية، الرياض، دار بلنسية، 1417هـ.
53. عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي: كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، د.ط، د.ب، دار الكتاب الإسلامي، د.ت.
54. علي أحمد الندوي: القواعد الفقهية، تقديم: مصطفى الزرقا، ط1، دمشق، دار القلم، (1432هـ - 2011م).
55. عياض بن نامي بن عوض السلمى: أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، ط1، الرياض، المملكة العربية السعودية، دار التدمرية، (1426هـ - 2005م).
56. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام: فتح القدير، د.ط، د.ب، دار الفكر، د.ت.
57. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي: أصول السرخسي، د.ط، بيروت، دار المعرفة، د.ت.
58. محمد صدقي بن أحمد أبو الحارث الغزي: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ط4، بيروت، لبنان، مؤسسة الرسالة، (1416هـ - 1996م).
59. مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، ط10، د.ب، دار الفكر، (1387هـ - 1968م).
60. ابن نجيم: الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكرياء عميرات، ط1، لبنان، دار الكتب العلمية، (1419هـ - 1999م).

كتب فقهية عامة

61. أحمد سمير قرني: عقود الإذعان في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، ط1، المملكة العربية السعودية، دار إشبيلية للنشر والتوزيع، (1431هـ-2010م).
62. أحمد محمد علي داود: أصول المحاكمات الشرعية، ط1، الأردن، دار الثقافة، 2004م.
63. أبو بكر أحمد بن عمر الخصاف: شرح أدب القاضي، شرح: عمر بن عبد العزيز، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني وأبو بكر محمد الهاشمي، ط1، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، (1414هـ-1994م).
64. حسن أحمد الحمادي: نظرية حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية، ط1، الأردن، عمان، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2003م.
65. ديبان بن محمد الديان: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (عقود المعاوضات)، ط2، الرياض، دن، 1434هـ.
66. سلطان إبراهيم الهاشمي: التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي دراسة تأصيلية تطبيقية، ط1، المملكة العربية السعودية، الرياض، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، (1432هـ-2011م).
67. السمباني: روضة القضاة، وطريق النحاة، تحقيق: صلاح الدين الناصي، ط2، بيروت، مؤسسة الرسالة، (1404هـ-1984م).
68. عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ط2، لبنان، بيروت، منشورات الحلبي، 1998م.
69. عبد الكريم زيدان: نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ط2، بيروت، مؤسسة الرسالة، (1409هـ-1989م).
70. علاء الدين بن عبد الرزاق الجنكو: التقابض في الفقه الإسلامي وأثره على البيوع المعاصرة (بطاقة الائتمان-البورصة-الشيكات والسيكات السياحية-الاعتمادات-الشهر العقاري-التجارة الإلكترونية)، إشراف: مصطفى ديب البغا، ط1، الأردن، دار النفائس للنشر والتوزيع، (1423هـ-2004م).
71. علي بن محمد الماوردي: أدب القاضي، تحقيق: محي هلال السرحان، د.ط، بغداد، مطبعة الإرشاد، (1391هـ-1971م).
72. علي حيدر خواجه أمين أفندي: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني،

- 1، د.ب، دار الجيل، (1411هـ-1991م).
73. علي محمد أحمد أبو العز: التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، ط1، الأردن، دار النفائس للنشر والتوزيع، (1428هـ-2008م).
74. فؤاد عبد المنعم أحمد، الحسين علي غنيم: الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي مع التطبيق الجاري في المملكة العربية السعودية ومصر والكويت، د.ط، الإسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، د.ت.
75. الماوردي: الأحكام السلطانية والولايات الدينية، خرج أحاديثه وعلق عليه: خالد عبد اللطيف السبع العلمي، ط1، بيروت، لبنان، دار الكتاب العربي، 1410هـ-1990م.
76. محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، د.ط، القاهرة، دار الفكر العربي، د.ت.
77. محمد الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، ط3، بيروت، مكتبة دار البيان، 2007م.
78. محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية، د.ط، د.ب، مكتبة دار البيان، د.ت.
79. محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين بن قيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، (1411هـ-1991م).
80. محمد سليمان الأشقر وآخرون: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، ط1، الأردن، دار النفائس، (1418هـ-1998م).
81. محمد سعيد الرملاوي: التعاقد بالوسائل المستحدثة في الفقه الإسلامي، ط1، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2007م.
82. محمد مصطفى شلبي: الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية، د.ط، بيروت، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1982م.
83. محمد مصطفى شلبي: المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، د.ط، بيروت، دار النهضة العربية، (1405هـ-1985م).
84. نشأت إبراهيم الدريني: التراضي في عقود المبادلات المالية، ط1، جدة، المملكة العربية السعودية، دار الشروق للنشر والطباعة والتوزيع، (1402هـ-1982م).

85. وحيد الدين سوار: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ط2، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1979م.

86. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ط4، دمشق، دار الفكر، د.ت.

الكتب القانونية

الكتب القانونية المتخصصة

87. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: التوقيع الإلكتروني ومدى حجته في الإثبات، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، س29، ملحق العدد3، سبتمبر 2005م.

88. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية: دراسة للجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الاتصال الحديثة "التراسل الإلكتروني"، ط1، الكويت، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، 2003م.

89. أحمد خالد العجلوني: التعاقد عبر الإنترنت، ط1، الأردن، دار الثقافة، 2002م.

90. أحمد شرف الدين: جهات الاختصاص القضائي بنظر منازعات التجارة الإلكترونية، د.ط، مصر، النسر الذهبي للطباعة، 2003م.

91. إلياس ناصيف: العقود الدولية: العقد الإلكتروني في القانون المقارن، ط1، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009م.

92. آمانج رحيم أحمد: التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت دراسة تحليلية مقارنة، ط1، الأردن، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع، 2006م.

93. إيمان مأمون أحمد سليمان: إبرام العقد الإلكتروني وإثباته: الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، د.ط، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2008م.

94. إيناس الخالدي: التحكيم الإلكتروني، د.ط، القاهرة، دار النهضة العربية، 2009م.

95. إيهاب السنباطي: الموسوعة القانونية للتجارة الإلكترونية، ط1، القاهرة، دار الجامعة الجديدة، 2008م.

96. بشار طلال أحمد مومني: مشكلات التعاقد عبر الإنترنت دراسة مقارنة، د.ط، الأردن، عالم الكتب الحديث، 2004م.

97. حسن عبد الباسط جمعي: إثبات التصرفات التي يمكن إبرامها عن طريق الإنترنت، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، 2000م.

98. خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، ط1، الإسكندرية، دار الفكر

- الجامعي، 2006م.
99. خالد ممدوح إبراهيم: التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، ط1، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2008م.
100. خالد ممدوح إبراهيم: حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، ط1، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2008م.
101. خالد ممدوح إبراهيم: لوجيستيات التجارة الإلكترونية، ط1، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2008م.
102. خضر مصباح الطيطي: التجارة الإلكترونية والأعمال الإلكترونية من منظور تقني وتجاري وإداري، ط1، (الأردن، عمان، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2008م).
103. خيرى عبد الفتاح السيد البتانوي: فض المنازعات بالتحكيم الإلكتروني عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، ط2، القاهرة، دار النهضة العربية، 2012م.
104. رأفت رضوان: عالم التجارة الإلكترونية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 1999م.
105. روب سميس، مارك سبيكر، مارك تومسون: مرشد الأذكاء الكامل في التجارة الإلكترونية، ترجمة: خالد العامري، ط1، دار الفاروق للنشر والتوزيع، د.ب، 2000.
106. سراج الدين محمد محمد: التجارة الإلكترونية، دراسة تكنولوجية وتطبيقية، د.ط، القاهرة، المجموعة العربية للتدريب والنشر، 2008م.
107. سعيد السيد قنديل: التوقيع الإلكتروني ماهيته، صورته، حجته في الإثبات بين التدويل والاقبباس، ط1، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004م.
108. شافع بلعيد عاشور: العولة التجارية والقانونية للتجارة الإلكترونية، د.ط، الجزائر، دار هومة، 2006م.
109. صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، د.ط، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2008م.
110. صفاء فتوح جمعة فتوح: منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم وآليات فض المنازعات، ط1، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، د.ت.
111. صلاح علي حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، 2012م.
112. طارق عبد العال حماد: التجارة الإلكترونية (المفاهيم-التجارب-التحديات-الأبعاد التكنولوجية

- والمالية والتسويقية والقانونية)، د.ط، الإسكندرية، الدار الجامعية، 2002-2003م
113. عبد الباسط جاسم محمد: تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية دراسة مقارنة، ط1، لبنان، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2014م.
114. عبد الصبور عبد القوي علي المصري: التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية، ط1، الرياض، مكتبة القانون والاقتصاد، (1433هـ-2012م).
115. عبد الصبور عبد القوي علي المصري: التنظيم القانوني للتحكيم الإلكتروني، ط1، الرياض، مكتبة القانون والاقتصاد، (1434هـ-2013م).
116. عبد الفتاح بيومي حجازي: التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، ط1، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2005م.
117. عبد الفتاح بيومي حجازي: النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول: نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا، ط1، القاهرة، دار الفكر الجامعي، 2002م.
118. عبد الفتاح بيومي حجازي: النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، ط1، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2002م.
119. عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة عبر الإنترنت دراسة مقارنة، مصر، منشأة المعارف، 2009-2010م.
120. عمر المومني: التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية، دراسة قانونية وتحليلية مقارنة، ط1، الأردن، دار وائل للنشر والتوزيع، 2003م.
121. عمر خالد زريقات: عقد التجارة الإلكترونية: عقد البيع عبر الإنترنت، ط1، الأردن، عمان، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2007م.
122. فاتن حسين حوى: المواقع الإلكترونية والملكية الفكرية، ط1، الأردن، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، (1431هـ-2010م).
123. كوثر سعيد عدنان خالد: حماية المستهلك الإلكتروني، ط1، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2012م.
124. لزهرة بن سعيد: النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، ط1، الإسكندرية، دار الفكر العربي، 2010م.
125. محمد إبراهيم أبو الهيجاء: التحكيم بواسطة الإنترنت، ط1، الأردن، عمان، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، 2002م.

126. محمد السعيد رشدي: الإنترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، 2004م.
127. محمد الصيرفي: التجارة الإلكترونية، مؤسسة حورس الدولية للنشر والتوزيع، الإسكندرية، د.ط، 2009م.
128. محمد المرسي زهرة: الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، ط3، القاهرة، دار النهضة العربية، د.ت.
129. محمد أمين الرومي: التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، ط1، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2004م.
130. محمد أمين الرومي: النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، د.ط، مصر، دار الكتب القانونية، 2008م.
131. محمد حسين منصور: الإثبات التقليدي والإلكتروني، ط1، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2006م.
132. محمد حسين منصور: المسؤولية الإلكترونية، د.ط، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003م.
133. محمد خالد جمال رستم: التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني في العالم، ط1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006م.
134. محمد خليل أبوزلطة، زياد عبد الكريم القاضي، مدخل إلى التجارة الإلكترونية، ط1، الأردن، عمان، مكتبة المجتمع العربي، (1430هـ-2009م).
135. محمد عبد حسين الطائي: التجارة الإلكترونية المستقبل الواعد للأجيال القادمة، ط1، عمان، الأردن، (1431هـ-2010م).
136. محمد عبيد الكعبي: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، (1431هـ-2010م).
137. محمد فواز المطالقة: الوجيه في عقود التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، ط1، عمان دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006م.
138. محمد لورانس عبيدات: إثبات المحرر الإلكتروني، د.ط، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005م.
139. محمد مأمون سليمان: التحكيم الإلكتروني، ط1، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2011م.
140. محمد نور صالح الجداية، سناء جودت خلف: تجارة إلكترونية، ط1، (الأردن، عمان، دار

الحامد للنشر والتوزيع، 1429هـ-2009م).

141. مصطفى موسى العطيّات: الجوانب القانونية لتعاملات التجارة الإلكترونية: حماية العلامة التجارية إلكترونياً، ط1، الأردن، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع، 2011م.
142. موفق حماد عبد: الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، ط1، بغداد، مكتبة السنهوري، 2011م.
143. نجوى أبو هبة: التوقيع الإلكتروني: تعريفه، مدى حجته في الإثبات، القاهرة، دار النهضة العربية، د.ت.
144. نصار محمد الحلاملة: التجارة الإلكترونية في القانون، ط1، (الأردن، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1433هـ-2012م).
145. نصير الدين حسن أحمد: عناوين مواقع الإنترنت: تسجيلها وحمايتها، تنازعها مع الماركات التجارية دراسة مقارنة وفقاً للقانون اللبناني، وقوانين كل من فرنسا-الولايات المتحدة والمملكة المتحدة، تقديم: نسيب إيليا، وجمال عبدالله، د.ط، لبنان، بيروت، منشورات مكتبة زين الحقوقية والأدبية، 2008م.
146. نضال إسماعيل برهم: أحكام عقود التجارة الإلكترونية، ط1، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005.
147. هادي مسلم يونس البشكاني: التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، د.ط، مصر، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، 2009م.
148. هدى حامد قشقوش: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، 2000م.
149. وائل حمدي أحمد: التقاضي الإلكتروني في العقود الإلكترونية، ط1، المنصورة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، 2010م.

كتب قانونية عامة

150. إبراهيم أحمد إبراهيم: الوجيز في القانون الدولي الخاص، د.ط، د.ن، 1991-1992م.
151. أبو زيد رضوان: الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، ط1، القاهرة، دار الفكر العربي، 1981م.
152. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم وإجراءاته، ط2، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1974م.
153. أحمد عبد الكريم سلامة: التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية دراسة مقارنة، د.ط،

- القاهرة، دار النهضة العربية، 2006م.
154. أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية-القانون الواجب التطبيق وإجراءاته)، ط1، القاهرة دار النهضة العربية، 2000-2001م.
155. أسامة أبو الحسن مجاهد: قانون التحكيم الفرنسي الجديد، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، 2012م.
156. أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين، د.ط، د.ب، الزيتونة للإعلام والنشر، د.ت.
157. أنور سلطان: قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دراسة في القانون المصري واللبناني، د.ط، لبنان، بيروت، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1984م.
158. بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ماهيتها، القانون الواجب التطبيق عليها ووسائل تسوية منازعاتها، ط1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006م.
159. توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق)، ط3، بيروت، الدار الجامعية، 1993م.
160. جاك غستان: المطول في القانون المدني تكوين العقد، ترجمة: منصور القاضي، مراجعة: فيصل كلثوم، ط1، لبنان، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، (1420هـ-2000م).
161. جميل الشرفاوي: محاضرات في العقود الدولية، د.ط، القاهرة، دار النهضة العربية، (1996-1997م).
162. حسن كيرة: المدخل إلى القانون، ط5، الإسكندرية، منشأة المعارف، د.ت.
163. رمزي سف: الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية، ط7، القاهرة، دار النهضة العربية، 1969م.
164. سامي بديع منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب: القانون الدولي الخاص: تنازع الاختصاص التشريعي، ط1، بيروت، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، (1430هـ-2009م).
165. صدام مرير الجميلي: الاتحاد الأوروبي ودوره في النظام العالمي الجديد، ط1، بيروت، دار المنهل اللبناني، (1430هـ-2009م).
166. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، ط3، بيروت، لبنان، 2000م.

167. عبد الرزاق أحمد السنهوري: نظرية العقد، ط2، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998م.
168. عبد الفتاح مراد: شرح تشريعات التحكيم الداخلي والدولي، د.ط، د.ب، د.ن، 1996.
169. عبد الملك عبد الرحمن مطهر: الاتفاقية الخاصة بإنشاء منظمة التجارة العالمية ودورها في تنمية التجارة الدولية، ط1، مصر، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، ط1، 2009م.
170. عبد المنعم فرج الصده: أصول القانون، د.ط، القاهرة، دار النهضة العربية، د.ت.
171. عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، ط5، القاهرة، دار النهضة العربية، 1965م.
172. علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام، د.ط، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994م.
173. علي علي سليمان: مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري لطلبة الفصلين الدراسيين السابع والثامن، د.ط، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000م.
174. كمال إبراهيم: التحكيم التجاري الدولي، ط1، القاهرة، دار الفكر العربي، 1991م.
175. محمود السيد عمر التحيوي: أركان الاتفاق على التحكيم وصحة شروطه، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2007م.
176. مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط1، لبنان، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998م.
177. نبيل إبراهيم سعد، محمد حسين منصور: مبادئ القانون المدخل إلى القانون - نظرية الالتزام، بيروت، دار النهضة العربية، 1995م.
178. نبيل إسماعيل عمر: التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، ط1، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2004م.
179. هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال: القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين-الاختصاص القضائي الدولي"، ط1، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية جورج عوض، د.ت.
180. هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط2، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2001م.

كتب الإعلام والاتصال

181. بهاء شاهين: الدليل العملي لاستخدام الإنترنت، مراجعة: مجدي محمد عطا، ط1، القاهرة، كمبيوتر ساينس العربية لعلوم الحاسب، سلسلة تيسير علوم الحاسب، مجموعة كتب الاتصالات، (1418هـ-1997م).

182. بيل جيتس: المعلوماتية بعد الإنترنت طريق المستقبل، ترجمة: عبد السلام رضوان، سلسلة المعرفة ع 231، الكويت، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، مارس 1998م.
183. خالد غسان يوسف المقدادي: ثورة الشبكات الاجتماعية، ط1، الأردن، دار النفائس للنشر والتوزيع، (1434هـ-2013م).
184. عامر إبراهيم قندلجي، إيمان فاضل السمراي: شبكات المعلومات والاتصالات، د.ط، عملن، دار المسيرة، 2009م.
185. فيصل أبو عيشة: الإعلام الإلكتروني، ط1، عمان، الأردن، دار أسامة للنشر والتوزيع، 2010م.

المعاجم والقواميس والموسوعات

186. أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي: معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، د.ط، د.ب، دار الفكر، (1399هـ-1979م).
187. أحمد مختار عبد الحميد عمر بمساعدة فريق عمل: معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1، د.م، عالم الكتب، (1429هـ-2008م).
188. إسماعيل عبد الفتاح عبد الكافي: معجم مصطلحات عصر العولمة (مصطلحات سياسية واقتصادية واجتماعية ونفسية وإعلامية)، د.ط، القاهرة، دار الثقافة العربية، 2004م.
189. زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي، التوقيف على مهمات التعاريف: ط1، القاهرة، عالم الكتب، (1410هـ-1990م).
190. صديق بن الحسن بن القنوجي: أبجد العلوم، د.ط، بيروت، دار صادر، 1987م.
191. علي بن محمد الجرجاني: كتاب التعريفات، ضبط وتصحيح: جماعة من العلماء بإشراف الناشر، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، (1403هـ-1983م).
192. الفيروزآبادي: القاموس المحيط، ط3، مصر، بولاق، المطبعة الميرية، 1301هـ.
193. ابن منظور: لسان العرب، دط، القاهرة، دار المعارف، د.ت. وط3، بيروت، دار صادر، 1414هـ.
194. يوسف بن إيان بن موسى سركيس: معجم المطبوعات العربية والمعربة، د.ط، مصر، مطبعة سركيس، (1346هـ-1928م).

كتب التراجم والسير

195. إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري: الديباج المذهب في معرفة أعيان

- علماء المذهب، تحقيق وتعليق: الدكتور محمد الأحمدى أبو النور، القاهرة، دار التراث للطبع والنشر، د.ت.
196. أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي: طبقات الفقهاء، تهذيب: محمد بن مكرم ابن منظور، تحقيق: إحسان عباس، ط1، بيروت، دار الرائد العربي، 1970م.
197. أسد الغابة في معرفة الصحابة، د.ط، بيروت، دار إحياء التراث العربي، د.ت.
198. تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي: طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق: محمود محمد الطناحي، عبد الفتاح محمد الحلو، ط2، د.ب، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، 1413هـ.
199. جمال الدين الإسنوي: طبقات الشافعية، تحقيق: كمال الحوت، ط2، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، (1417هـ-1997م).
200. خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي دمشقي: الأعلام، ط15، د.ب، دار العلم للملايين، أيار / مايو 2002م.
201. الذهبي: سير أعلام النبلاء، د.ط، القاهرة، دار الحديث، (1427هـ-2006م).
202. ابن رجب: كتاب الذيل على طبقات الحنابلة، د.ط، لبنان، بيروت، دار المعرفة، د.ت.
203. أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن إبراهيم بن أبي بكر ابن خلكان: وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق: إحسان عباس، د.ط، بيروت، دار صادر، 1900م.
204. عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي، أبو محمد محيي الدين الحنفي: الجواهر المضية في طبقات الحنفية، د.ط، كراتشي، مير محمد كتب خانة، د.ت.
205. أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تحقيق: علي محمد البحايوي، ط1، بيروت، دار الجيل، (1412هـ-1992م).
206. أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير: طبقات الشافعيين: تحقيق: أنور الباز، ط1، المنصورة، دار الوفاء، 2004م.
207. أبو الفداء زين الدين أبو العدل قاسم بن فُطُوبغا السوداني: تاج التراجم، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف، ط1، دمشق، دار القلم، (1413هـ-1992م).
208. أبو الفلاح عبد الحي بن أحمد بن محمد ابن العماد: شذرات الذهب في أخبار من ذهب، خرج أحاديثه: عبد القادر الأرناؤوط، ط1، دمشق، بيروت، دار ابن كثير، (1406هـ-1986م).
209. محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبَد، التميمي: الثقات، تحت مراقبة: الدكتور محمد عبد المعيد خان مدير دائرة المعارف العثمانية، ط1، الهند، دائرة المعارف العثمانية بجيدر آباد

- الدكن، بإعانة: وزارة المعارف للحكومة العالية الهندية، (1393هـ-1973م).
210. محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، د.ط، د.ب، دار الفكر، د.ت.
- الرسائل الجامعية**
211. إبراهيم أحمد سعيد زمزمي: القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، (1428هـ-2007م).
212. أسامة سيد محمد علي: التنظيم التشريعي والتعاقدي للتجارة الإلكترونية وآثارها على الخدمات المصرفية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، 2010-2011م.
213. بشينة حمدي: استخدامات شبكة الإنترنت في العمل الصحفي، مذكرة ماجستير، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، قسم: علوم الإعلام والاتصال، 2006-2007م.
214. رجاء نظام حافظ بن شمس: الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني دراسة مقارنة، أطروحة ماجستير، جامعة النجاح، كلية الدراسات العليا، 2009م.
215. سلمان أحمد فضل: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2010.
216. صغير يوسف: الجريمة المرتكبة عبر الإنترنت، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص القانون الدولي للأعمال، 2013م.
217. صفوان حمزة إبراهيم عيسى: الأحكام القانونية للتجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، 2012م.
218. الطيب زروتي: النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، 1990-1991م.
219. فارس حسن شكر المهداوي: صحافة الإنترنت دراسة تحليلية للصحف الإلكترونية المرتبطة بالفضائيات الإخبارية "العربية.نت. نموذجاً"، رسالة ماجستير في الإعلام والاتصال، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدانمارك، كلية الآداب والتربية، 2007م.
220. فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز: الحماية القانونية لعقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، 2008م.
221. ليندة بومحراث: التحكيم في المنازعات التجارية الدولية دراسة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، قسنطينة، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، كلية أصول الدين

- والشريعة والحضارة الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، (2004-2005م).
222. محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه في القانون التجاري، جامعة الدول العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم الدراسات القانونية، القاهرة 2004م.
223. محمد بشير بن طبة: الإنترنت والبحث العلمي في العلوم الإنسانية دراسة استكشافية بجامعتي قسنطينة وورقلة، مذكرة ماجستير، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، قسم الدعوة والإعلام، 2002-2003م.
224. محمد سعيد أحمد إسماعيل: أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 1426هـ-2005م.

مقالات المجلات والدوريات

225. إبراهيم أحمد إبراهيم: الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية، مجلة التحكيم العربي، يوليو 2004م.
226. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: قواعد وإجراءات التحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، كلية الحقوق، ع1، س17، 1993م.
227. إبراهيم صبري الأرنؤوط: شرط الكتابة والتحكيم الإلكتروني دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، س26، ع49، (صفر 1433هـ-يناير 2012م).
228. أحمد صادق القشيري: الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، مج1، 1965م.
229. أشرف وفا محمد: عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي، مج57، 2001م.
230. باسيل يوسف: الاعتراف القانوني بالمستندات والتوقيعات الإلكترونية في التشريعات المقارنة، مجلة دراسات قانونية، قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة، بغداد، ع02، س03، (1422هـ-2001م).
231. بلال عبد المطلب بدوي: التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ع01، 2006.
232. سعد العنزي: العرف والعادة بين الشريعة والقانون، الكويت، مجلة الحقوق، س23، ع1، (ذي الحجة 1419هـ-1999م).

233. عبد العزيز بن عثمان التويجري: التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ع09، (1417هـ-1996م).
234. علي أبو العز: التكليف الفقهي لعقد التجارة الإلكترونية والآثار المترتبة عليه، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، جامعة آل البيت، اللجنة العليا للبحث العلمي في وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، مج4، ع2، (جمادى الآخرة 1429هـ-جويلية 2008م).
235. علي أبو مارية: التوقيع الإلكتروني ومدى قوته في الإثبات دراسة مقارنة، مجلة جامعة الخليل للبحوث، مج5، ع2، 2010م.
236. علي سيد قاسم: بعض الجوانب القانونية للتوقيع الإلكتروني، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ع72، 2002م.
237. علي سيد قاسم: بعض الجوانب القانونية للتوقيع الإلكتروني، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، ع72، 2002م.
238. علي محي الدين القرّة داغي: حكم التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي
239. قطب مصطفى سانو: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، ع14، (1425هـ-2004م).
240. محمد بدر يوسف المنياوي: مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ع09، (1417هـ-1996م).
241. محمد جبر الألفي: التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ع9، (1417هـ-1996م).
242. محمد عبد الحسين المهدي: القوة الشبوتية للمعاملات الإلكترونية، مجلة البحوث القضائية، المكتب الفني للمحكمة العليا اليمنية، ع7، يونيو 2007م.
243. محمد علي القرّي بن عيد: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، ع14، (1425هـ-2004م).
244. محمود حمودة صالح: عقود الإذعان والممارسات المعيبة المصاحبة لها، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، ع3، (1424هـ-2004م).
245. منصور الصرايرة: الإطار القانوني للعقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية، دراسة في التشريع الأردني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج25، ع02، 2009م.
246. وهبة الزحيلي: حكم التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

مقالات الندوات والمؤتمرات

247. أحمد الهواري: عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال الإلكترونية السابق، مج4.
248. أحمد عبد الكريم سلامة: الإنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر المنعقد بكلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة 1-3 ماي 2000م، مج1.
249. أسامة أبو الحسن مجاهد: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر المنعقد بكلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة 1-3 ماي 2000م.
250. آلاء يعقوب النعيمي: الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، ورقة بحث مقدمة للمؤتمر السنوي السادس عشر لكلية القانون بجامعة الإمارات، المعنون بـ "التحكيم التجاري الدولي"، أبريل 2008م.
251. رحيم حسن، هواري معراج: الصيرفة الإلكترونية كمدخل لعصرنة المصارف الجزائرية، ورقة عمل مقدمة للملتقى المنظومة المصرفية الجزائرية والتحول الاقتصادي واقع وتحديات، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة حسيبة بن بوعلي، بالإشراف العلمي لمخبر العولمة واقتصاديات شمال إفريقيا، (14-15 ديسمبر 2004).
252. طارق كاظم عجيل: مجلس العقد الإلكتروني، بحث مقدم لمؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية-الحكومة الإلكترونية)، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الفترة من 19-20/05/2009.
253. عابد بن عابد العبدلي: التجارة الإلكترونية في الدول الإسلامية (الواقع-التحديات-الآمال)، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، كلية الشريعة، جامعة أم القرى، مكة المكرمة 2005م.
254. عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر: العقود الإلكترونية دراسة فقهية مقارنة، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المنظم من قبل كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة وغرفة تجارة وصناعة دبي، في الفترة 09-11 ربيع الأول 1423هـ الموافق 10-12 ماي 2003م.
255. عطا عبد العاطي السنباطي: الإثبات في العقود الإلكترونية دراسة فقهية، بحث مقدم لمؤتمر

الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المنظم من قبل كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة وغرفة تجارة وصناعة دبي، في الفترة 09-11 ربيع الأول 1423 هـ الموافق 10-12 ماي 2003 م.

256. عبد الغني ربوح، نورالدين غردة: تطبيق أنظمة الصيرفة الإلكترونية في البنوك الجزائرية بين الواقع والآفاق، ورقة بحث مقدمة للمؤتمر الدولي حول: إصلاح النظام المصرفي الجزائري في ظل التطورات العالمية الراهنة، جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، قسم علوم التسيير، (11-12 مارس 2008).

257. عطية عبد الواحد: التجارة الإلكترونية ومدى استفادة العالم الإسلامي منها، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، كلية الشريعة، جامعة أم القرى، مكة المكرمة 2005 م.

258. علي محمد البحيري: القانون الواجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية نظرة عامة، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المنظم من قبل كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة وغرفة تجارة وصناعة دبي، في الفترة 09-11 ربيع الأول 1423 هـ الموافق 10-12 ماي 2003 م.

259. محمد السيد عرفة: التجارة الدولية الإلكترونية عبر الإنترنت، مفهوماً، والقواعد القانونية التي تحكمها، ومدى حجية المخرجات في الإثبات، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت المنعقد بكلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، خلال الفترة 1-3 ماي 2000 م، ط3، جامعة الإمارات العربية، 2004 م.

260. نبيل أنطاكي: التحكيم الحر والتحكيم المؤسساتي واتفاقيات التعاون بين مؤسسات التحكيم، ورقة عمل مقدمة لندوة التحكيم في التشريعات العربية الحديثة، المنعقدة في الفترة الممتدة من 28-30 أوت 2001 بدمشق سوريا، المنظمة من قبل مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية بالتعاون مع كل من جامعة دمشق كلية الحقوق، وغرفة تجارة دمشق.

261. هند عبد القادر سليمان: دور التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الإلكترونية، ورقة بحث مقدمة للمؤتمر المغربي الأول حول المعلوماتية والقانون تحت شعار "نحو قانون مغربي نموذجي للمعلومات".

262. يونس عرب: التعاقد والدفع الإلكتروني، تحديات النظامين الضريبي والجمركي، ورقة بحث مقدمة لبرنامج عمل الندوات المتخصصة حول التجارة الإلكترونية، تنظيم: معهد التدريب

والإصلاح القانوني، الخرطوم، 2002م.

263. يونس عرب: منازعات التجارة الإلكترونية: الاختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر التجارة الإلكترونية الذي أقامته منظمة الإسكوا/ الأمم المتحدة خلال الفترة 08-10 تشرين الثاني جانفي 2000م، بيروت، لبنان.

مقالات الإنترنت

264. رأفت عبد العزيز غنيم: دور جامعة الدول العربية في تنمية وتيسير التجارة الإلكترونية بين الدول العربية، نوفمبر 2002، متاح على الموقع:

265. http://www.Tashreat.com/legalstudies/pages/view-newstudies2.aspx?std_id=93

-القوانين والتشريعات الأجنبية الدولية والوطنية-

1-القوانين النموذجية:

266. قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، منشورات الأمم المتحدة، فيينا 2008، (Sales N° A08.V.4، ISBN978-92-1-633039).

267. قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام 1996 مرفق بمحضر جلسة الجمعية العامة للأمم المتحدة المعقدة بتاريخ 16 ديسمبر 1996 م المنشور بتاريخ 30 جانفي 1997م.

268. قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية مع دليل التشريع 1996، مع المادة 5 مكرر الإضافية بصيغتها المعتمدة في عام 1998، الأمم المتحدة، نيويورك 2000.

2-القوانين الوطنية:

أ-القوانين الجزائرية:

269. القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق لـ 20 يونيو 2005م المعدل والمتّم للأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م المتضمن للقانون المدني المعدل والمتّم، ج ر ع 44، السنة 42، الأحد 19 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق لـ 26 يونيو سنة 2005م.

270. قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429هـ الموافق 25 فبراير سنة 2008م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ع 21، السنة 45، الصادرة بتاريخ 17 ربيع الثاني عام 1429هـ الموافق 23 أبريل سنة 2008م.

271. القانون رقم 04-15 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 هـ الموافق أول فبراير سنة 2015م المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج ر، ع 06، السنة 52، الصادرة يوم الثلاثاء 20 ربيع الثاني عام 1436 هـ الموافق 10 فبراير سنة 2015م.
272. الأمر رقم 58-75 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م المتضمن للقانون المدني المعدل والمتمم، ج ر، ع 78، السنة 12، الصادرة بتاريخ 1975/09/30،
273. الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري، ج.ر، ع 101، السنة، الصادرة في 1975/9/30.
274. أمر رقم 96-27 مؤرخ في 28 رجب عام 1417 هـ الموافق 9 ديسمبر 1996، يعدل ويتمم، الأمر 59-75 المؤرخ 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري، ج ر، رقم 77، السنة 33، الصادرة بتاريخ 1996/12/11.
275. الأمر رقم 03-11 يتعلق بالنقد والقرض المؤرخ في 26 غشت 2003، ج.ر، ع 52، س 40، الصادرة في 27 أوت 2003.
276. الأمر رقم 05-06 المؤرخ في 23 أوت 2005م والمتعلق بمكافحة الإرهاب، ج.ر، ع 59، س 42، الصادرة في 26/8/2005م.
277. مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 3 ذي القعدة عام 1413 هـ الموافق 25 أبريل سنة 1993، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر، ع 27، س 30، الصادرة 5 ذي القعدة عام 1413 هـ الموافق 27 أبريل 1993.
278. مرسوم تنفيذي رقم 13-378 مؤرخ في 5 محرم عام 1435 هـ الموافق 9 نوفمبر 2013م. يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر رقم 58، السنة 50، 14 محرم 1435 هـ/ 18 نوفمبر 2013.

ب-القوانين الغريبة:

279. la loi n°2004-575 du 21 Juin 2004, loi pour la confiance dans l'économie numérique, J.O n°143 du 22 Juin 2004, p06. sur le site web : [http //www.journal-officiel.gouv.fr/framest.html](http://www.journal-officiel.gouv.fr/framest.html), dernière visite du site : le 04/08L2014 à 18h48m.
280. Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, Journal Officiel de la République Française, du Vendredi 14 janvier 2011/n°11, Texte 9 sur 177.

3- التوجيهات والتشريعات الأوروبية:

281. Directive 95/46 CE du 24.10.1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données, JOCE n°L281/31 du 23.11.1995.
282. Directive 97/7/CE du parlement européen et du conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance, JOCE, n°L144 du 4/6/1997.
283. Directive 2000/31/CE du 8/6/2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, JOCE n°L178, 17/7/2000.
284. Directive 2000/31/CE du 8/6/2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, J.O.C.E, n°L178, 17/7/2000, p1-16/
285. Directive 2002/58/CE du 12/7/2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, JOCE n°L201 du 31.7.2002
286. La Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du conseil de 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le Règlement(CE) 2006/2004 et la Directive 2009/22/CE (règlement relatif au RLLC).

المراجع الأجنبية

Les ouvrages

287. Henri Batiffol, Paul Lagarde : Droit international privé, 6^{em} édition, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence (L.G.D.J), 1974 .
288. Mayer Pierre, Henze Vincent : Droit international privé, 7em édition, Paris, édition Montchrestien, 2001.
289. Paule Robert : Le Nouveau petit Robert de la langue Française, texte remonté et amplifié sous la direction de : Josette Reuy-Delove et Alain Rey, Paris, édition Sejer, 2008, Maury.
290. Pierre Breese: Guide juridique de l'internet et du commerce électronique, Paris, Librairie Vuibert, janvier, 2000.
291. Thomas Schultz: Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne une approche critique, Bruylant, Bruxelles, LGDJ, 2005.

Les Articles

292. Lake Shaun: E-commerce and LDCs Challenges for Enterprise and Governments, paper for: E-commerce and LDCs round table, UNCTAD regional Meetings on Electronic Commerce and Development, Kathmandu-Nepal, 30-31 may 2000, p09.
293. Fouchard Philippe : Alternative Dispute Résolution et Arbitrage,

L'évolution des Modes de règlement des litiges du commerce ; la seconde partie d'un article à paraître dans l'ouvrage "Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle", Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, Litec, 2001,

Les thèses

294. Allal Mennis : le commerce électronique : construction d'une approche d'évaluation et de conception pour la prise de décision de sa mise en œuvre, thèse pour l'obtention du doctorat en sciences de gestion, université Pierre Mendès-France de
295. Ghazouani Chiheb: LE Contrat de Commerce Électronique International, Pantheon- Assas (Paris II) droit – économie – sciences sociales, 2008, publié, 1^{ère} édition, Tunis, Latrache édition, 2011.
296. KAMEL MEHDAOUI : LA Formation Du Contrat électronique international: le formalisme au regard de la convention CNUDCI 2005, mémoire présenté comme exigence partielle de la maîtrise en droit international, Université du Québec à Montréal, 2010.
297. LARPVANICHAR Ratchaneekorn : Les contrats internationaux : étude comparative franco-thaïlandaise, thèse pour obtenir le grade de docteur en droit, Université Lille 2 Droit et Santé, discipline : droit international privé, présenté et soutenue publiquement le 30 Mai 2012.
298. Nathalie Moreau : La Formation Du Contrat Electronique : Dispositif De Protection Du Cyberconsommateur Et Modes Alternatifs De Règlement Des Conflits (M.A.R.C), université de Lille2, Faculté des sciences juridiques, politiques et Sociales, Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques, économiques et de gestion, DEA droit des contrats, 2002-2003 . Grenoble, 2005.
299. Ndiaye Penda : Arbitrage en ligne et les litiges du commerce électronique, Université de Montréal, Faculté de droit, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de Maîtrise en droit (LLM), Décembre 2006.
300. Shandi youcef : la formation du contrat a distance par voie électronique, thèse de doctorat nouveau régime, université Robert Schuman, Strasbourg III, faculté de droit, de science politiques et de gestion, soutenue publiquement le 28 juin 2005.

Etudes et Articles d'internet

301. Marc Bachette et autres: Le commerce Electronique et le rôle de l'OMC, p11, étude publié sur le site : www.omc. 1998.
302. CRID sous la coordination de Yorick COOL : Commentaire de la directive européen sur les contrats à distance, p01, le Commentaire est diffusé sur le site :
303. http://www.internet-observatory.be/inernet_observatory/pdf/legislation/cmt/dir_1997.05.20-cmt-fr.pdf

304. Kolb Romain : Signature électronique, GALLIS Ingenierie, 31/10/2008, p4-5, Etude publié sur le site :
305. <http://www.calais-conseil.com>
306. Cahen, Murielle-Isabelle : La Formation des contrats de commerce électronique, septembre 1999, sur le site : <http://www.juscom.net/uni/mem/0/ce/pdf>
307. Kamdem Innoent Fetze : L'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux, les cahiers de droit, vol 40, n°3, 1999, p649, diffusé sur le site : <http://www.erudit.org>
308. Chassigneux Cynthia : Nouvelles voies offertes pour la résolution des conflits en ligne, Lex Electronica, vol. 5, n° 1, 2000, disponible sur le site : http://www.lex-electronica.org/docs/5-1_chassigneux.pdf.htm, la dernière visite site était le 23/11/2015.
309. Rapport du groupe de travail présidé par M.Francis Lorentz : Commerce Electronique : une nouvelle donne pour les consommateurs, les entreprises, les citoyens et les pouvoirs publics, Janvier 1998. Le rapport est diffusé sur le site du ministère des Finances : <http://www.finances.gouv.fr>.

مواقع الإنترنت

- <http://www.cybertribunal.org>.
- <http://wipo.org> .
- <http://www.icann.org>.
- <http://www.disputes.org>
- <http://www.uncitral.org>
- <http://www.apec.org>
- <http://www.wto.org>
- <http://www.oecd.org>
- <http://www.internetworldstats.com>
- <http://www.iso.org>
- <http://www.cerist.dz>
- <http://www.aso.icann.org>
- <http://www.gnso.icann.org>
- <http://www.ccnso.icann.org>
- <http://www.gac.icann.org>
- <http://www.alac.icann.org>
- <http://www.cybercrime.gov>
- <http://www.itu.int>
- <http://www.internetlivestats.com/internet-users> _
- <http://www.lasportal.org>

خامسا: فهرس الموضوعات

الصفحة	العنوان
أ	المقدمة
الفصل التمهيدي: مفهوم التجارة الإلكترونية وأساسياتها	
03	المبحث الأول: تعريف التجارة الإلكترونية وحكمها الفقهي.....
03	المطلب الأول: تعريف التجارة الإلكترونية.....
04	الفرع الأول: تعريف التجارة الإلكترونية على مستوى المنظمات الدولية والهيئات الإقليمية...
04	أولاً: تعريف التجارة الإلكترونية على مستوى المنظمات الدولية.....
10	ثانياً: تعريف التجارة الإلكترونية على مستوى الهيئات الإقليمية.....
14	الفرع الثاني: تعريف التجارة الإلكترونية على مستوى التشريعات الوطنية.....
15	أولاً: تعريف التجارة الإلكترونية على مستوى التشريعات الوطنية للدول العربية.....
19	ثانياً: تعريف التجارة الإلكترونية على مستوى التشريعات الوطنية للدول العربية.....
22	الفرع الثالث: تعريف الفقه للتجارة الإلكترونية.....
26	المطلب الثاني: حكم التجارة الإلكترونية وضوابطه الشرعية.....
26	الفرع الأول: الحكم الفقهي للتجارة الإلكترونية.....
30	الفرع الثاني: الضوابط الشرعية للتجارة الإلكترونية.....
35	المبحث الثاني: خصائص التجارة الإلكترونية.....
35	المطلب الأول: مزايا ومخاطر التجارة الإلكترونية.....
35	الفرع الأول: مزايا التجارة الإلكترونية.....
38	الفرع الثاني: مخاطر التجارة الإلكترونية.....
39	المطلب الثاني: مجالات التجارة الإلكترونية، أشكالها وتمييزها عن بعض المصطلحات ذات الصلة.....
39	الفرع الأول: مجالات التجارة الإلكترونية وأشكالها.....
39	أولاً: مجالات التجارة الإلكترونية.....
41	ثانياً: أشكال التجارة الإلكترونية.....
48	الفرع الثاني: تمييز التجارة الإلكترونية عن بعض المصطلحات ذات الصلة.....

48	أولاً: الفرق بين التجارة التقليدية التجارة الإلكترونية التامة، والتجارة الإلكترونية الجزئية.....
49	ثانياً: الفرق بين التجارة الإلكترونية والأعمال الإلكترونية.....
51	ثالثاً: الفرق بين التجارة الإلكترونية والتجارة عبر الإنترنت.....
54	المبحث الثالث: البنية التحتية للتجارة الإلكترونية.....
54	المطلب الأول: ماهية شبكة الإنترنت.....
54	الفرع الأول: مفهوم الإنترنت.....
54	أولاً: تعريف الإنترنت.....
58	ثانياً: نشأة الإنترنت وتطورها.....
61	ثالثاً: ملكية شبكة الإنترنت وإدارتها.....
64	رابعاً: تمييز الإنترنت عن الإنترنت والإكسترانت.....
66	الفرع الثاني: خدمات شبكة الإنترنت.....
66	أولاً: البريد الإلكتروني.....
67	ثانياً: الاتصال المباشر.....
68	ثالثاً: الشبكة العنكبوتية العالمية.....
78	المطلب الثاني: معوقات التجارة الإلكترونية وآفاقها في ظل الإنترنت.....
78	الفرع الأول: معوقات التجارة الإلكترونية وآفاقها المستقبلية على المستوى الدولي.....
78	أولاً: معوقات التجارة الإلكترونية على المستوى الدولي.....
82	ثانياً: الآفاق المستقبلية للتجارة الإلكترونية على المستوى الدولي.....
87	الفرع الثاني: معوقات التجارة الإلكترونية وآفاقها المستقبلية على مستوى الوطن العربي.....
87	أولاً: معوقات التجارة الإلكترونية في الوطن العربي.....
90	ثانياً: فرص وإمكانيات التجارة الإلكترونية في الوطن العربي.....
الباب الأول: عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق	
الفصل الأول: ماهية عقود التجارة الإلكترونية	
102	المبحث الأول: مفهوم عقود التجارة الإلكترونية.....
102	المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني وحكمه الفقهي.....
102	الفرع الأول: تعريف العقد عموماً.....

102	أولاً: تعريف العقد في الفقه الإسلامي.....
102	ثانياً: تعريف العقد في القانون الوضعي.....
104	الفرع الثاني: التعريف التشريعي والفقهى للعقد الإلكتروني.....
111	الفرع الثالث: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من العقد الإلكتروني.....
113	المطلب الثاني: خصائص العقد الإلكتروني ومعايير دوليته.....
113	الفرع الأول: خصائص عقود التجارة الإلكترونية.....
113	أولاً: عقود التجارة الإلكترونية والعقود المبرمة عن بعد.....
118	ثانياً: عقود التجارة الإلكترونية وعقود الإذعان.....
124	ثالثاً: تمييز عقود التجارة الإلكترونية عن عقود البيئة الإلكترونية.....
128	الفرع الثاني: دولية عقود التجارة الإلكترونية.....
129	أولاً: معايير دولية العقود بصفة عامة.....
132	ثانياً: معايير دولية عقود التجارة الإلكترونية.....
136	المبحث الثاني: إبرام العقد الإلكتروني.....
136	المطلب الأول: طرق التعبير عن الإرادة والتراضي في العقود الإلكترونية.....
136	الفرع الأول: طرق التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية.....
136	أولاً: طرق التعبير عن الإرادة بوجه عام في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.....
144	ثانياً: طرق التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني.....
148	الفرع الثاني: التراضي في العقد الإلكتروني.....
148	أولاً: الإيجاب الإلكتروني.....
154	ثانياً: القبول الإلكتروني.....
161	ثالثاً: صحة التراضي في العقد الإلكتروني.....
165	المطلب الثاني: تحديد زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني.....
165	الفرع الأول: زمان إبرام العقد الإلكتروني.....
165	أولاً: النظريات التقليدية لتحديد زمان انعقاد العقود.....
171	ثانياً: موقف الفقه الإسلامي من مسألة تحديد زمان إبرام العقد.....
171	الفرع الثاني: مكان انعقاد العقد الإلكتروني.....
173	المبحث الثالث: إثبات عقود التجارة الإلكترونية.....

173	المطلب الأول: المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني.....
173	الفرع الأول: المحررات الإلكترونية.....
174	أولاً: مفهوم المحررات الإلكترونية.....
180	ثانياً: حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات.....
188	الفرع الثاني: التوقيع الإلكتروني.....
188	أولاً: تعريف التوقيع الإلكتروني.....
194	ثانياً: صور التوقيع الإلكتروني، وظائفه، وموقف الفقه الإسلامي منه.....
200	ثالثاً: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات.....
210	المطلب الثاني: المصادقة الإلكترونية.....
210	الفرع الأول: جهات التصديق الإلكترونية.....
214	الفرع الثاني: شهادات التصديق الإلكتروني.....
الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية	
222	المبحث الأول: تطبيق قواعد الإسناد الشخصية على عقود التجارة الإلكترونية.....
222	المطلب الأول: إعمال قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية.....
222	الفرع الأول: مفهوم قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية.....
223	أولاً: المقصود بقانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية وموقف الفقه الإسلامي منه..
235	ثانياً: مضمون قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية.....
246	الفرع الثاني: تحديد إرادة الطرفين في عقود التجارة الإلكترونية.....
247	أولاً: الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق.....
250	ثانياً: الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق.....
252	المطلب الثاني: القيود الواردة على إعمال قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية...
252	الفرع الأول: مدى اعتبار النظام العام والغش نحو القانون قيوداً على قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية.....
253	أولاً: النظام العام كقيود على قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية.....
258	ثانياً: الغش نحو القانون كقيود على قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية.....
260	الفرع الثاني: موجبات حماية المستهلك كقيود على قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية.....

261	أولاً: خصوصية المستهلك في مجال عقود التجارة الإلكترونية.....
263	ثانياً: تأثير موجبات حماية المستهلك على قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية....
268	المبحث الثاني: تطبيق قواعد الإسناد الموضوعية على عقود التجارة الإلكترونية.....
268	المطلب الأول: الإسناد الجامد للرابطة التعاقدية.....
269	الفرع الأول: إسناد الرابطة العقدية لقانون محل الإبرام وتنفيذه.....
269	أولاً: إسناد الرابطة العقدية لقانون محل الإبرام.....
271	ثانياً: إسناد الرابطة العقدية لقانون محل التنفيذ.....
273	الفرع الثاني: إسناد الرابطة العقدية لقانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين....
273	أولاً: إسناد الرابطة العقدية لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين.....
275	ثانياً: إسناد الرابطة العقدية لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين.....
276	المطلب الثاني: الإسناد المرن للرابطة التعاقدية.....
277	الفرع الأول: ضابط الأداء المميز للعقد وموقف الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية منه..
277	أولاً: المقصود بضابط الأداء المميز للعقد.....
279	ثانياً: موقف الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية من ضابط الأداء المميز للعقد.....
283	الفرع الثاني: تطبيق ضابط الأداء المميز للعقد مجال عقود التجارة الإلكترونية.....
286	المبحث الثالث: تطبيق القواعد المادية على عقود التجارة الإلكترونية.....
287	المطلب الأول: ماهية القواعد المادية للتجارة الإلكترونية.....
287	الفرع الأول: مفهوم القواعد المادية للتجارة الإلكترونية.....
287	أولاً: تعريف القواعد المادية للتجارة الإلكترونية.....
288	ثانياً: خصائص القواعد المادية للتجارة الإلكترونية.....
289	الفرع الثاني: مصادر القواعد المادية للتجارة الإلكترونية.....
289	أولاً: القواعد ذات النشأة التنظيمية.....
297	ثانياً: القواعد ذات النشأة التلقائية.....
300	المطلب الثاني: نجاعة القواعد المادية في حكم عقود التجارة الإلكترونية.....
301	الفرع الأول: الطبيعة القانونية للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية.....
301	أولاً: تمتع القواعد المادية للتجارة الإلكترونية بصفة النظام القانوني.....
304	ثانياً: تمتع القواعد المادية للتجارة الإلكترونية بالإلزام.....

304	الفرع الثاني: كفاية القواعد المادية لحكم عقود التجارة الإلكترونية.....
305	أولاً: مواطن القصور في القواعد المادية للتجارة الإلكترونية.....
306	ثانياً: الحلول المقترحة لتفادي قصور القواعد المادية للتجارة الإلكترونية.....
الباب الثاني: الجهات المختصة بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية	
الفصل الأول: منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين الاختصاص القضائي الدولي والطرق البديلة للتسوية	
312	المبحث الأول: مفهوم الاختصاص القضائي الدولي وموقف الفقه الإسلامي منه.....
312	المطلب الأول: مفهوم الاختصاص القضائي الدولي وضوابط تحديده.....
312	الفرع الأول: مفهوم الاختصاص القضائي الدولي.....
312	أولاً: المقصود بالاختصاص القضائي الدولي.....
313	ثانياً: تمييز الاختصاص القضائي الدولي عن الاختصاص التشريعي وعلاقة.....
316	الفرع الثاني: الضوابط العامة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي.....
317	أولاً: دور الإرادة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي.....
320	ثانياً: الضوابط الشخصية والمكانية لتحديد الاختصاص القضائي الدولي.....
325	المطلب الثاني: تحديد المحاكم المختصة في الفقه الإسلامي.....
325	الفرع الأول: القضاء المختص بقضايا الأجانب في الدولة الإسلامية.....
325	أولاً: إذا كان أحد أطراف الدعوى مسلماً.....
326	ثانياً: إذا كان طرفاً الدعوى غير مسلمين.....
332	الفرع الثاني: معايير الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي.....
332	أولاً: موقف الفقه الإسلامي من الخضوع الاختياري.....
333	ثانياً: موقف الفقه الإسلامي من المعايير الشخصية والمكانية في تحديد الاختصاص القضائي.....
335	المبحث الثاني: إعمال القواعد العامة للاختصاص القضائي الدولي في مجال منازعات عقود التجارة الإلكترونية.....
335	المطلب الأول: إعمال الضوابط التقليدية لتحديد الاختصاص القضائي الدولي في مجال منازعات ع ت إ.....
336	الفرع الأول: إعمال ضابط الخضوع الاختياري لتحديد الاختصاص القضائي في مجال منازعات ع ت إ.....

336	أولاً: إمكانية تحديد الإرادة في منازعات عقود التجارة الإلكترونية.....
337	ثانياً: صلاحية الإرادة لتحديد الاختصاص القضائي الدولي في مجال منازعات ع ت إ.....
338	الفرع الثاني: إمكانية أعمال الضوابط الشخصية والمكانية في منازعات مجال ع ت إ.....
338	أولاً: إمكانية أعمال الضوابط الشخصية في منازعات ع ت إ.....
342	ثانياً: إمكانية أعمال الضوابط المكانية في مجال ع ت إ.....
344	المطلب الثاني: فاعلية القضاء الدولي في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية.....
344	الفرع الأول: تقييم دور القضاء في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية.....
345	أولاً: تقييم دور ضابط الخضوع الاختياري في تحديد الاختصاص القضائي.....
346	ثانياً: تقييم المعايير الشخصية والمكانية في تحديد الاختصاص القضائي.....
346	الفرع الثاني: إمكانية تفادي الإشكالات القانونية الناتجة عن اللجوء إلى القضاء الدولي لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية.....
346	أولاً: التركيز على الخضوع الاختياري وتوطين عقود التجارة الإلكترونية.....
346	ثانياً: إبعاد منازعات عقود التجارة الإلكترونية عن ساحات القضاء العادي.....
348	المبحث الثالث: الوسائل الإلكترونية البديلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية.....
348	المطلب الأول: ماهية الوسائل الإلكترونية البديلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية..
349	الفرع الأول: مفهوم الوسائل الإلكترونية البديلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية...
349	أولاً: تعريف الوسائل الإلكترونية البديلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية.....
351	ثانياً: أهمية وسائل التسوية الإلكترونية للمنازعات.....
357	الفرع الثاني: تمييز الوسائل الإلكترونية لتسوية المنازعات عن بعض المصطلحات المشابهة....
357	أولاً: تمييز الوسائل الإلكترونية لتسوية المنازعات عن الوسائل البديلة لتسوية.....
358	ثانياً: تمييز الوسائل الإلكترونية لتسوية المنازعات عن إدارة المنازعات إلكترونياً.....
359	المطلب الثاني: أنواع وسائل التسوية الإلكترونية للمنازعات.....
359	الفرع الأول: الأسس المعتمدة في تقسيم وسائل التسوية الإلكترونية.....
359	أولاً: وسائل التسوية القضائية ووسائل التسوية غير القضائية.....
360	ثانياً: تصنيف الطرق البديلة بناء على تدخل طرف ثالث أو عدم تدخله.....
360	الفرع الثاني: التفاوض والوساطة كآليات للتسوية الإلكترونية لمنازعات عقود التجارة الإلكترونية.....

361	أولاً: التفاوض الإلكتروني.....
366	ثانياً: الوساطة الإلكترونية.....
376	الفصل الثاني: التحكيم الإلكتروني كوسيلة بديلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية
376	المبحث الأول: ماهية التحكيم الإلكتروني.....
376	المطلب الأول: مفهوم التحكيم الإلكتروني.....
376	الفرع الأول: تعريف التحكيم الإلكتروني وموقف الفقه الإسلامي منه.....
376	أولاً: تعريف التحكيم الإلكتروني.....
385	ثانياً: موقف الفقه الإسلامي من التحكيم الإلكتروني.....
385	الفرع الثاني: تمييز التحكيم الإلكتروني عن غيره من آليات التسوية الإلكترونية وبيان أنواعه...
385	أولاً: تمييز التحكيم الإلكتروني عن غيره من آليات التسوية الإلكترونية.....
388	ثانياً: أنواع التحكيم الإلكتروني.....
395	المطلب الثاني: خصائص التحكيم الإلكتروني، أهميته، ونطاق تطبيقه.....
395	الفرع الأول: خصائص التحكيم الإلكتروني.....
395	أولاً: مزايا التحكيم الإلكتروني.....
399	ثانياً: عيوب ومعوقات التحكيم الإلكتروني.....
402	الفرع الثاني: أهمية التحكيم الإلكتروني ونطاق تطبيقه.....
402	أولاً: أهمية التحكيم الإلكتروني.....
408	ثانياً: نطاق تطبيق التحكيم الإلكتروني.....
418	المبحث الثاني: الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني.....
418	المطلب الأول: اتفاق التحكيم الإلكتروني.....
418	الفرع الأول: مفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني.....
418	أولاً: تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني وبيان طبيعته القانونية.....
429	ثانياً: صور اتفاق التحكيم الإلكتروني وموقف الفقه الإسلامي منها.....
435	الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في اتفاق التحكيم الإلكتروني.....
438	أولاً: الشروط الموضوعية الواجب توافرها في اتفاق التحكيم الإلكتروني.....
443	ثانياً: الشروط الشكلية الواجب توافرها في اتفاق التحكيم الإلكتروني.....
443	المطلب الثاني: الأسس العامة للتحكيم الإلكتروني.....

443	الفرع الأول: تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني والإجراءات المتبعة أمامها.....
443	أولاً: تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني.....
448	ثانياً: الإجراءات المتبعة أمام هيئة التحكيم الإلكتروني.....
449	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق في التحكيم الإلكتروني.....
449	أولاً: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني.....
455	ثانياً: القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني.....
459	المبحث الثالث: حكم التحكيم الإلكتروني وفاعليته في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية.....
459	المطلب الأول: مفهوم حكم التحكيم الإلكتروني.....
459	الفرع الأول: تعريف حكم التحكيم الإلكتروني وكيفية إصداره.....
459	أولاً: تعريف التحكيم الإلكتروني.....
462	ثانياً: كيفية إصدار حكم التحكيم الإلكتروني.....
466	الفرع الثاني: البيانات الواجب توافرها في حكم التحكيم الإلكتروني.....
467	أولاً: البيانات الشكلية الواجب توافرها في حكم التحكيم الإلكتروني.....
471	ثانياً: البيانات الموضوعية الواجب توافرها في حكم التحكيم الإلكتروني.....
474	ثالثاً: موقف الفقه الإسلامي من البيانات الواجب توافرها في حكم التحكيم الإلكتروني.....
478	المطلب الثاني: فاعلية التحكيم الإلكتروني في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية.....
478	الفرع الأول: تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني.....
478	أولاً: تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني وفقاً لأحكام اتفاقية نيويورك لسنة 1958.....
480	ثانياً: التنفيذ الذاتي لأحكام التحكيم الإلكتروني.....
484	الفرع الثاني: تقييم التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية...
487	الخاتمة.....
493	الملاحق.....
521	الفهارس.....
522	فهرس الآيات.....
524	فهرس الأحاديث والآثار.....
525	فهرس الأعلام.....

526	فهرس المصطلحات.....
528	قائمة المصادر والمراجع.....
554	فهرس الموضوعات.....

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الملخص:

إن دخول وسائل الاتصال الحديثة وفي مقدمتها الإنترنت إلى المجال التجاري نتج عنه ظهور ما يعرف بالتجارة الإلكترونية التي تعتبر قفزة نوعية للتجارة عموماً والتجارة الدولية على وجه الخصوص، بالنظر إلى ما أفرزته من تطورات، فبظهورها ظهر نمط جديد من التعاقد لا يحتاج إلى معرفة مسبقة بين طرفيه ولا حتى إلى الالتقاء المادي بينهما، كما أنه لا يعترف بحدود جغرافية أو سياسية أو زمنية، فالمعاملات في هذا المجال تجري على مدار الساعة دون أن تصطدم بعطل أو مناسبات أو أوقات محددة للعمل. الأمر الذي أدى إلى إقبال كبير على هذا النوع من التجارة، حيث فاق حجمها جميع التوقعات في فترة وجيزة.

غير أنه وبقدر ما حققته من إيجابيات، نتج عنها كثير من الإشكالات القانونية منها الإشكال المتعلق بطرق تسوية المنازعات الناشئة عن عقودها، أي هل يمكن أن تسوى تلك المنازعات بذات الطرق التي تسوى بها منازعات عقود التجارة الدولية التقليدية، أم أن خصوصية الوسيلة المستعملة في إبرام هذه العقود تتطلب إيجاد وسائل أو طرق تسوية تستجيب لتلك الخصوصية. وقد تصدت هذه الدراسة لهذا الإشكال بدءاً ببيان مدى صلاحية القضاء العادي لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية من خلال تطبيق الضوابط والمعايير التقليدية لتحديد الاختصاص القضائي الدولي، وصولاً إلى بيان فاعلية الطرق البديلة لتسوية المنازعات في شكلها الإلكتروني لتسوية هذه المنازعات وبالتحديد المفاوضات الإلكترونية والوساطة الإلكترونية وخاصة التحكيم الإلكتروني الذي يعد لحد الساعة أكثر الوسائل ملاءمة لتسوية تلك المنازعات.

Abstract:

The access of the modern means of communication, at their head the Internet into the commercial field has resulted the emergence of what is known as the Electronic Trade, which is considered as a specific jump generally for trade and particularly for the international trade viewing the given resulted developments, by its raise a new type of contract which does not require a prior knowledge between its two sides or even to their material meeting between them, also it does not recognize any boundaries: either geographical or political or of time, then the transactions in this field happened in constancy without confusion with holidays or events or in specific times of work, the matter that led to a large demand for this type of trade, where its size exceeded all the expectations in a short period.

However; as far as what

it has been achieved of advantages, a lot of legal problems have been resulted from it, among them the confusion linked to the ways of settling the disputes emerged within its contracts; it means, could those disputes be settled by the same ways such as the disputes' settlement of conventional international trade traditional acts, or is the privacy of the used means in the signing of these contracts required the finding means or ways of settlement responding to that privacy.

This study has faced that complication starting by the show of to what extent the validity of the ordinary court to settle disputes of the Electronic Trade Acts through the application of the constraints and the traditional norms for determining the International Jurisdiction, arriving to the statement of the effectiveness of the alternatives manners of settling disputes in their electronic shape ; specifically the electronic negotiations and the electronic mediation and specifically the electronic arbitration ,which is still now regarded as the most suitable means to settle such disputes.