

جامعة مولود معمري - تيزي وزو  
كلية الحقوق و العلوم السياسية

# المشجاعة الإلهية في الجزائر

رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم  
تخصص : قانون

تحت إشراف:

أ.د. معاشو عمار

إعداد الطالبة:

حابت آمال

لجنة المناقشة:

- (1) د/ كجار/ سي يوسف زاهية حورية، أستاذة ، جامعة تيزي وزو.....رئيسة.
- (2) د/ معاشو عمار، أستاذ، جامعة تيزي وزو.....مشرفا ومقررا.
- (3) د/ بن شويخ رشيد، أستاذ، جامعة البليدة.....ممتحنا.
- (4) د/ حداد العيد، أستاذ، جامعة تيبازة.....ممتحنا.
- (5) د/ أيت منصور كمال، أستاذ محاضر "أ"، جامعة بجاية.....ممتحنا.

تاريخ المناقشة: 30 سبتمبر 2015

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



الأهـل



إلى والداي العزيزين أطال الله في عمرهما  
إلى زوجي الفاضل وإلى روح أمه  
الطاهرة

إلى ابني عبد الرحمان و محمد أيوب  
وابنتي مريم

إلى أختي و إخوتي الأعزاء  
إلى كل الأهل و الأصدقاء

آمال 



أُتوجّه بخالص الشّكر وعميق التقدير اعترافاً مني بالفضل والجميل  
للأستاذ

**أ.د. معاشو عمار**

الذي قبل الإشراف على هذا العمل، وتعهّده بالتصويب في جميع  
مراحل إنجازهِ، ونزوّدني بالنصائح والإرشادات التي أضاءت أمامي  
سبيل البحث

فجزاه الله عني كل خير.

حابت آمال 

## قائمة المختصرات:

## أولا : باللغة العربية

|             |                                           |
|-------------|-------------------------------------------|
| ق م ج:      | قانون مدني جزائري .....                   |
| ق ت ج:      | قانون تجاري جزائري .....                  |
| ق إ م وإ ج: | قانون إجراءات مدنية وإدارية جزائري .....  |
| ق ع ج :     | قانون عقوبات جزائري .....                 |
| ق إ ج ج :   | قانون إجراءات جزائية جزائري .....         |
| ج ر ج ج:    | الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ..... |
| د ب ن :     | دون بلد النشر .....                       |
| د س ن :     | دون سنة النشر .....                       |
| د د ن :     | دون دار النشر .....                       |
| ص:          | صفحة .....                                |
| ص ص:        | من صفحة إلى صفحة .....                    |

## ثانيا: باللغة الفرنسية:

|          |                                  |
|----------|----------------------------------|
| Op.cit : | Ouvrage précédemment cité        |
| P.....   | Page                             |
| Pp.....  | De la page n°... à la page n°... |

# مقدمة

يعرف عصرنا اليوم بعض ر التقنية أو العصر ر الرقمي، حيث ازده ر فيه التقدم التكنولوجي في جميع الأنشطة الحياتية المختلفة، وإذا كان التقدم العلمي قد أثر على العديد من الأنشطة منذ زمن بعيد، إلا أنه ظهر حديثا نسبيا في مجال الاتصالات والمعلومات، هذه الأخيرة تعد عنصر ا جوهريا ومرتكزا رئيسي لإدارة جميع النشاطات، حتى أنها وصفت بالذهب الرمادي، إلى جانب كل من الذهب الأسود "البت رول"، الذهب الأصفر "القمح" والذهب الأبيض "القطن".

بالرغم من أن المادة محل الوصف أو الحديث هي المعلومات، إلا أن المراد بالتعبير وسائل معالجة وتخزين ونقل وتبادل هذه المعلومات، أي الأنظمة الحاسوبية بمكوناتها المادية والمعنوية وأنظمة الاتصالات، وما ينتج عن الدمج بينها.

يرجع فضل التقدم في مجال المعلومات إلى التطو ر المذهل والسريع في وسائل وتقنيات الاتصال الحديثة، وبصفة خاصة جهاز الكمبيوتر وشبكات الاتصالات والتي من أهمها شبكة الانترنت.

نشير في هذا الصدد أن هذا التطور أدى إلى استقلال مجال المعلومات والاتصالات بقواعد وأنظمة خاصة بها، تدعى بعلم المعلوماتية<sup>1</sup>.

الواقع أن هذا العلم الجديد له علاقة وطيدة بكل فروع القانون، فكسائر جوانب الحياة الأخرى، تأثر القانون بالحقبة الجديدة التي يعيشها عالمنا اليوم ألا وهي الثورة المعلوماتية، ليحتل قانون الفضاء الإلكتروني مكانة بارزة في القانون المعاصر، وذلك من خلال تقنياته

(1) وقد تمخض عن هذا العلم فرع جديد من القانون يدعى بقانون المعلوماتية، ولما أصبحت كلمة المعلوماتية اليوم مرادفا لكلمة الكمبيوتر اهتم الفقه بتعريف قانون الكمبيوتر بدلا من قانون المعلوماتية. وقانون الكمبيوتر هو ذلك الفرع الذي ظهر بسبب المسائل القانونية المستجدة والفريدة التي نشأت من استخدام الكمبيوتر والانترنت ، ويتميز عن غيره من الفروع بأنه متعدد الأثر والتأثير ، فهو يطال فروعاً قانونية عديدة من الفروع المعروفة ضمن تقسيمات القانون ، ويشمل في نطاقه مسائل التعاقد ، والإثبات ، والضرر ، والملكية الفكرية والتوظيف ، والدستورية، والبنوك ، والجزائي، والإجراءات ، ... الخ. ومن جهة أخرى ، وبرغم اتساع وتشعب مسأله ، فإنه فرع ضيق يتعلق بمساحة ضيقة هي المسائل المرتبطة بالكمبيوتر ، بمفهومه الشامل كنظام إدخال وخزن ومعالجة وتبادل ونقل للبيانات ،.أنظر في ذلك: المحامي يونس عرب، "قانون تقنية المعلومات والتجارة الإلكترونية"، مقال منشور على الموقع [www.arablaw.org](http://www.arablaw.org)

المختلفة التي تمتزج فيها كل المعاملات التقليدية بتقنيات معلوماتية عصرية، سواء كانت هذه المعاملات من جانب الدول أو من جانب الأفراد. بحيث تتيح لهم هذه التقنيات سهولة الاتصال والاقتصاد في النفقات والسرعة في التعامل وذلك في جميع الأنشطة الحياتية بما فيها الإدارية، المدنية والتجارية خاصة.

أفرز إدخال تقنية المعلومات ضمن النشاط اليومي للأفراد وعدم قدرتهم على الاستغناء عنها في مختلف تعاملاتهم، أنماط جديدة من العلاقات القانونية، فعلى المستوى الحكومي نجد ما يعرف بإسم الحكومة الإلكترونية. أما على الصعيد التجاري، فقد مكنت بشكل أو بآخر من دعم التوجهات الدولية في ميدان تحرير التجارة والخدمات، وأصبحت بذلك تقنية المعلومات إحدى متطلبات التنافس في هذا الحقل، فوفرة المعلومات وسرعة ويسر الحصول عليها غيرت بعض الأنماط التجارية مما أدى إلى ظهور صور جديدة للاستغلال التجاري، توارت معها وسائل وأدوات التجارة التقليدية من سجلات ودفاتر وفواتير متبادلة بين الجهات التجارية وحل محلها الوسائل والوسائط الإلكترونية، بل وغابت الم رشاءات الضخمة وحلت محلها المتاجر الافتراضية، ليتغير بذلك مفهوم التجارة التقليدي إلى مفهوم حديث هو التجارة الرقمية أو التجارة الإلكترونية.

تعد التجارة الإلكترونية اليوم عصب الاقتصاد المعاصر والمستقبلي، إلا أنها لم تعرف تعريفا قانونيا جامعا مانعا، ويمكن أن نورد مثلا تعريف منظمة التجارة العالمية لها الذي اعتمدته في بيان لها بعد المؤتمر الذي عقدته في ماي 1998 بخصوص التجارة الإلكترونية على أنها: "مجموعة متكاملة من العمليات التي تغطي الإنتاج والترويج والبيع والتوزيع للمنتجات من خلال شبكة الاتصالات وأدواتها مثل الهاتف، الفاكس، التلفزيون، شبكة الانترنت"<sup>1</sup>.

نلاحظ على هذا التعريف أنه يشمل جميع الأنشطة الناشئة عن العلاقات ذات الطابع التجاري سواء كانت تعاقدية أم لا، لكن يعاب عليه أنه حصّر الأنشطة التجارية في المنتجات فقط وأهمل الخدمات.

(1) محمد أحمد أبو القاسم، التسويق عبر الانترنت، دار الأمين، القاهرة، 2000، ص17.



قامت منظمة الأمم المتحدة ممثلة في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "الاونستيرال" من خلال جمعيتها العامة المنعقدة جلستها رقم 85 بتاريخ 16 ديسمبر 1996 بإصدار قرار باعتماد توصية لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي تضمنت هذه التوصية إصدار قانون نموذجي للتجارة الإلكترونية، لكن لم يعرفها.

يلاحظ أنه عند إعداد مشروع هذا القانون النموذجي فإن اسم هذا القانون كان يشير إلى المظاهر القانونية لتبادل المعطيات المعلوماتية، ثم تم استخدام مصطلح التجارة الإلكترونية باعتبارها الأفضل لوصف تلك الطائفة الكبيرة من المعاملات التي تتم عبر وسائل الاتصال، هذا ما يفسر عدم تقديم هذا القانون تعريفًا للتجارة الإلكترونية. كما يهدف هذا القانون إلى إيجاد مجموعة من القواعد الموحدة والمقبولة دوليًا لتكون مرشداً للدول عند إصدارها قوانينها أو عند إعادة النظر في تشريعاتها، كما يتضمن أيضاً مبادئ توجيهية للمتعاملين عند إبرام اتفاقاتهم من أجل إزالة الصعوبات التي تعترض المعاملات الإلكترونية

يحتوي هذا القانون النموذجي على 17 مادة مقسمة إلى جزئين، الأول يتضمن التجارة الإلكترونية عموماً، والثاني التجارة الإلكترونية في مجالات محددة.

يعتبر مفهوم التجارة الإلكترونية من المفاهيم المستجدة في عالم المال والأعمال والتي فرضت نفسها بقوة خلال العقد الأخير من القرن الماضي وأصبحت من أحد دعائم الاقتصاد الإلكتروني، ثم أنها لم تبقى على شكل معين بل عرفت عدة تغيرات وتطورات.

إرتبط ظهور التجارة الإلكترونية بظهور شبكة الانترنت<sup>1</sup> باعتبارها أهم وسيلة تتم عبرها نشاطات هذه التجارة، وإن كان الأصح هو اتساع فضاء التجارة الإلكترونية بعد ظهور الانترنت وليس ظهوره في حد ذاته بدعوى وجود معاملات تجارية إلكترونية قبل وجود الانترنت، فنجد ما يسمى بتبادل المعطيات المعلوماتية منذ السبعينات، فقد وضعت شبكات متعددة منها شبكة "SITA" تستعملها وكالات الأسفار والنقل الجوي تتبادل من خلالها الدول

(1) نشاهد نمو سريع للانترنت باعتبارها الفضاء الأوسع لممارسة التجارة الإلكترونية فمثلاً، قد تم سنة 2008 إحصاء 76744686 موقع مسجل باسم .com. مقابل 66000000 في 2007 كما بلغ عدد المواقع العشرة الأكثر استعمالاً 134000000 موقع مسجل في أوروبا، انظر في هذه الإحصائيات:

VINCENT FAUCHOUX, PIERRE DEPREZ, Le droit de l'internet, lois, contrats et usages, LITEC, Paris, 2009, p7.

المعلومات الخاصة بهذا المجال<sup>1</sup>، مع ذلك قبل تسعينات القرن الماضي لم يكن هناك شيء يصطلح عليه إسم التجارة الإلكترونية. وإن كان من الناحية التاريخية يشير الفقه إلى أن لفكرة التجارة الإلكترونية جذور تمتد إلى القرن التاسع عشر، فقد وجد في أحكام القضاء القديمة بالضبط القضاء الأمريكي أنه اعتمد على التلغراف كأساس للتعاقد، بحيث قضت محكمة New Hampshire الأمريكية في قضية Howley سنة 1869 بأن تبادل الإرادة عبر التلغراف أمر كافٍ لقيام العقد<sup>2</sup>. ليتطور الأمر ويعتمد القضاء فيما بعد على التلكس والفاكس... الخ، وأصبح أمراً عادياً أن يتم تبادل الإرادة بهذه الأساليب.

مر استخدام الانترنت في التجارة الإلكترونية بعدة خطوات ارتبطت بالتطورات التقنية التي طرأت على استخدام الشبكة ويمكن إجمالها في المراحل الآتية:

\* المرحلة الأولى: استخدام المنشآت التجارية للشبكة في صورة مواقع إعلانية تعرف العملاء ومستخدمي الويب بنشاط المنشأة ومنتجاتها.

\* المرحلة الثانية: وهي أكثر تقدماً، حيث قامت المنشآت التجارية بنشر المعلومات عن نشاطاتها التجارية كما امتلأت المواقع بالصور والرسومات الجذابة لمنتجات وخدمات المنتجين.

\* المرحلة الثالثة: نتيجة استخـدام أحدث أنواع التقنية أصبح من السهل على العميل التعرف على مواقع الانترنت من خلال عناصر التصفح البسيطة، وبذلك تخطى رجال الأعمال مرحلة الإعلان والترويج إلى مرحلة إتمام عمليات البيع عن طريق الانترنت وأصبح الأمر كالتالي: يقوم المشتري باختيار ما يرغب في شرائه ويخطر البائع الذي يقوم بدوره

(1) HUET Jérôme, La problématique Juridique du commerce électronique, revue de jurisprudence commerciale, le droit des affaires du 21 siècle, paris, N°01-2001, p17.

والتجارة بمفهومها الرقمي بدأت في تسعينات القرن العشرين، وكان التوجه أكثر تخصيصاً لما يعرف بالتبادل الإلكتروني للبيانات وهو تبادل معلومات الأعمال من حاسوب إلى آخر بنظام هيكلية البيانات متفق عليه مسبقاً، وقد استخدمت الأمم المتحدة مصطلحاً أكثر عمومية وهو تبادل المعطيات المعلوماتية في مجال الإدارة والتجارة والنقل. أنظر في ذلك: د/محمد السيد عرفة، "التجارة الدولية الإلكترونية عبر الانترنت"، مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، 2000، مجلد 1، ص 6.

(2) د/عمر محمد أبو بلو يونس، الجرائع الناشئة عن استخدام الانترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2004،

بإرسال السلعة إليه ويتم الدفع عن طريق أنظمة الدفع الإلكتروني ومن أهمها بطاقات الائتمان كما يتم التوقيع على العقد الإلكتروني عن طريق شفرة معينة من العسير تزويرها. ازداد في الآونة الأخيرة حجم التجارة الإلكترونية بشكل رهيب حتى أن هناك دراسة خلصت إلى أن الدلائل تشير إلى أن 60% من النمو الاقتصادي خلال السنوات الأولى من القرن الواحد والعشرين سيرجع في المقام الأول إلى التجارة الإلكترونية والتعامل في تكنولوجيا المعلومات عموماً.

فاق تطور حجم التجارة الإلكترونية، أمام التنافس الذي تعرفه، كل توقعات الدراسات والبحوث التي لوحظ عليها اختلاف وتفاوت في النتائج حول حجم هذه التجارة. يمكن الإشارة إلى التطور السريع للتجارة الإلكترونية من خلال استعراض بعض الإحصائيات المتعلقة بها في بداياتها في بعض الدول<sup>1</sup>:

- في الولايات المتحدة الأمريكية بلغ حجم التجارة الإلكترونية 88.7 مليون دولار عام 2000 وفي عام 2004 وصلت إلى 3.2 بليون دولار.

- في اليابان بلغ حجم التجارة الإلكترونية عام 2000 إلى 34.9 ملون دولار وفي عام 2004 بلغ حوالي 880.3 مليون دولار.

- في ألمانيا عام 2000 بلغ حجم التجارة الإلكترونية 20.6 مليون دولار وفي عام 2004 بلغ حوالي 386.5 مليون دولار.

- في الشرق الأوسط وإفريقيا بلغ حجم التجارة الإلكترونية في 2000 حوالي 3.2 مليون دولار وحوالي 68.6 مليون دولار عام 2004.

بالمقابل، انخفضت تكاليف قيام الشركات بنشاطاته التجارية نتيجة اعتمادها على الوسائل الإلكترونية من 17 تريليون دولار عام 1998 إلى 1.25 تريليون دولار عام 2002<sup>2</sup>

(1) يلاحظ من خلال هذه الإحصائيات أن الشركات تقتصد في نفقاتها وتستفيد من زيادة في الأرباح نتيجة لجوئها للتجارة الإلكترونية وما نتجته من أسواق عالمية وسهولة الاتصال بالعملاء، فمثلاً شركة CASICO تقوم ببيع حوالي 72% من منتجاتها عن طريق شبكة الأنترنت وقد سجلت أكثر من 500 ألف إتصال في الشهر ووفرت 500 مليون دولار في سنة واحدة نتيجة إستخدامها لتطبيقات التجارة الإلكترونية، أنظر في ذلك: علي محمد أحمد أبو العز، التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، 2008، ص28.

ولان النظام القانوني كائن حيوي يعكس ميول واتجاهات واحتياجات المجتمع ونزعاته للتنظيم بقصد حماية الحقوق الفردية والجماعية عبر قواعد التشريع في فروعته المختلفة، فمن الطبيعي أن تتأثر قواعده ومرتكزات التشريع فيه بما خلفته تقنية المعلوماتية العالية من آثار وما أنتجته من أنماط جديدة للعلاقات القانونية، ومن الطبيعي أيضا أن تتحرك النظم القانونية المختلفة وتنتج لمعالجة هذه الآثار عبر حركة تشريعية تعكس استجابة التشريع للجديد والمستجد في هذا الحقل. وفي هذا الإطار انقسمت التشريعات إلى قسمين: قسم يرى ضرورة سن تشريع خاص بهذا المجال (تجارة إلكترونية أو معاملات إلكترونية بصفة عامة). قسم آخر يرى انه لا داعي لوضع هذه التشريعات الخاصة والاكتفاء بتعديل القوانين الوضعية بشكل يتأقلم وطبيعة المعاملات الإلكترونية.

بالنسبة للجزائر، بدأت في انتهاج إستراتيجية من شأنها تجسيد مجتمع معلوماتي واقتصاد رقمي، فقد قامت وزارة البريد وتكنولوجيا الإعلام والاتصال سنة 2009 بوضع إستراتيجية ذات أهداف نوعية محددة لتشكيل اقتصاد بديل للموارد النفطية والمتمثلة في إستراتيجية "الجزائر الإلكترونية" والتي تتمحور حول 13 محورا رئيسا<sup>1</sup>، تسعى من خلالها للحصول على إدارة إلكترونية، مواطن إلكتروني، شركات إلكترونية.

(2) تتمثل هذه المحاور في:

- تعزيز استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في الإدارات الحكومية.
- تعزيز استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في المنشآت التجارية.
- وضع اليات وتدابير تشجيعية تتيح نفاذ المواطنين الى تجهيزات وشبكات تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.
- تحفيز تطوير الاقتصاد الرقمي.
- تعزيز البنية التحتية للاتصالات بسرعة عالية وعالية جدا.
- تطوير الكفاءات البشرية.
- تعزيز البحث والتنمية والابتكار.
- تطوير الإطار القانوني التشريعي والتنظيمي الوطني.
- الاعلام والاتصالات.
- تعزيز التعاون الدولي.
- آليات التقييم والمتابعة الإلكترونية.
- التدابير التنظيمية.

حضيت التجارة الالكترونية بنصيب من مشروع الجزائر الالكترونية من خلال دعم القطاع الاقتصادي بإدماج التكنولوجيات في شركاتنا وبتطوير عرض الخدمات الالكترونية فمن أهم أهداف محور تحفيز تطوير الاقتصاد الرقمي هو توجيه النشاط الاقتصادي في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات نحو التصدير .

يبدو واضحا اهتمام الجزائر بالتجارة الالكترونية، من هنا كان لزاما عليها أن تحاول وضع تنظيم تشريعي متكامل يضع الأطر المناسبة لنشاط هذه التجارة وينظمها بشكل يكفل إتمامها وحمايتها لتحقيق هي بدوها ما هو مطلوب منها.

تبنى المشرع الجزائري واتبع خطى الاتجاه القاضي بعدم وضع قانون خاص بالتجارة الالكترونية -إلى حد الآن على الأقل- حيث أنه لم يسن أي تشريع خاص بالتجارة الإلكترونية أو المعاملات الالكترونية، بل اكتفى بتعديل بعض فروع القانون المختلفة، أولها ما تم في التقنين المدني حيث استعمل المشرع لأول مرة لفظ "الالكترون ي" في المادة 1/323<sup>1</sup> ضمن الفصل الخاص بإثبات الالتزام بالكتابة، وإدراج هذا النص صلب القواعد المتعلقة بالبيئة بالكتابة يبرز نية المشرع الواضحة في اعتبار الوثيقة الالكترونية من قبيل الحجج الكتابية، ومن قبل ذلك نيته واعترافه بالسند الالكتروني، بالتالي الاعتراف بالتعاقد الالكتروني الذي يعد أهم وسيلة لممارسة التجارة الالكترونية.

و في سبيل معرفتك النظام القانوني للتجارة الالكترونية ومدى نجاعته في المنظومة التشريعية الجزائرية ومن خلفها مدى استعداد السوق الجزائرية لاستقبالها والعمل بها، أنجزت هذه الدراسة والتي جاءت تحت عنوان التجارة الالكترونية في الجزائر.

- المواد المالية.

وضعت ميزانية برنامج إستراتيجية الجزائر الالكترونية حسب المراحل والأطوار المتوقعة لتنفيذها ، فخصص له في المخطط الخماسي (2010-2014) غلafa ماليا مقدرا ب250 مليار د ج . أنظر ملخص اللجنة الالكترونية" الجزائر الالكترونية" على الموقع [http:// www.mptic.dz/ar](http://www.mptic.dz/ar).

(1) وهو ما حملة تعديل الأمر 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني و الذي تم في 2005 وفقا للقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، ج ر ج ج عدد 44/2005.

بناء نظام قانوني سليم لأي ظاهرة جديدة لن يكون طفرة واحدة، بل نتاج عمل متسلسل ننطلق فيه من تقبل أدوات هذه الظاهرة أولاً، ثم تطبيق القواعد الموجودة على هذه الظاهرة لندرس مدى الانسجام والتناسب بينهما، لنخلص في الأخير لأحد الخيارين:

- إما تكيف الظاهرة الجديدة بما هو موجود وتعديل ما هو لازم.

- إما إيجاد نظام جديد يناسبها.

بتطبيق هذا المنهج على الموضوع محل الدراسة سيتكوّن الإشكال التالي:

**إلى أي مدى وفقّ المشرع الجزائري في تبنيّه لموضوع التجارة الالكترونية سواء من حيث ممارسة النشاط أو حمايته ؟**

ولحل هذا الإشكال يفترض محاولة تكيف قواعد التجارة الالكترونية مع النصوص التشريعية الجزائرية لنلمس مدى تقبل هذه الأخيرة للسماح بممارسة نشاط التجارة الالكترونية (باب أول)، وكذا مدى نجاعة الحماية المخولة لها، مما يرشحها للاستعمال من قبل المتعاملين بها بكل أمان (باب ثان).



## الباب الأول

# مدى تقبل القانون الوضعي الجزائي لاستقبال نشاط التجارة الالكترونية



يشهد العالم اليوم ثورة هائلة في مجال تكنولوجيا الاتصالات، وقد ساهم هذا التقدم التكنولوجي في زيادة الترابط بين الأسواق في العالم مما أضفى على المعاملات التجارية صفة العالمية، ونتج عن هذا التقدم إذن مفهوم التجارة الإلكترونية<sup>1</sup>.

تعد هذه الأخيرة أهم دعائم الاقتصاد العالمي الرقمي -إن صح التعبير- كون أن معظم الشركات التجارية العالمية في صفقاتها وأعمالها ترفض التعامل بالطرق الكلاسيكية بل تفرض على المتعاملين معها اتخاذ أسلوب الاتصال الرقمي<sup>2</sup>. وقد قامت بعض التشريعات

- (1) نشير أن مصطلح التجارة الإلكترونية يختلف عن مصطلح الأعمال الإلكترونية و مصطلح المعاملات الإلكترونية، وإن كان جزئاً لا يتجزأ منهما سواء للأعمال أو للمعاملات، والفرق يكمن في أن الأعمال الإلكترونية أوسع مجالا من التجارة الإلكترونية فهي تشملها وتشمل إلى جانبها مفاهيم أخرى كمختلف عقود الخدمات الإلكترونية، شركات التأمين الإلكترونية... الخ. في حين أن التجارة الإلكترونية نشاط تجاري يتضمن تعاقدات حول طلب منتجات أو خدمات باستخدام وسائل إلكترونية. أنظر في ذلك: بن رجدال جوهر، "الأعمال الإلكترونية كدعامة للحكومة الإلكترونية في العالم العربي"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 04، 2010، ص 379.
- أما مصطلح المعاملات الإلكترونية فهو أوسع وأشمل من الأعمال الإلكترونية فهي تتضمن هذه الأعمال وسائر التصرفات التي تتم بالطريق الإلكتروني، بغض النظر عن التعامل أو طبيعة التعامل فيها. بصفة عامة كل تصرفات الأشخاص الفردية أو الناتجة عن إتفاق بينهم تتم بطريقة إلكترونية نطلق عليها مصطلح معاملة إلكترونية. وقد جاء تعريف المعاملة الإلكترونية في عدة قوانين من بينها القانون الأردني 2001/85 السالف الذكر الذي عرف المعاملة الإلكترونية على أنها: "تلك المعاملات التي تنفذ بوسائل الكترونية بين أكثر من طرف وتتعلق بعمل تجاري أو التزام مدني أو بعلاقة مع أي إدارة حكومية" والقانون 2002/02 لإمارة دبي السالف الذكر عرفها على أنها: "أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية"، من خلال التعريفين نلاحظ اختلاف زوايا تعريف هذه المعاملة فمثلا المشرع الأردني عرفها من خلال أطراف العلاقة وطبيعة التعامل، أما المشرع الإماراتي عرفها من خلال كيفية إتمامها". كذلك نجد تعريف المعاملة الإلكترونية قدمته د/شيماء عبد الغني محمد عطاء الله التي ترى في مسألة التعامل الإلكتروني أنه: "كل تبادل بين طرفين ولا ينحصر هذا التبادل في الإطار الضيق للتبادلات التجارية لكنها تتسع لتشمل كافة التبادلات بين الأفراد والشركات وكذلك الجهات العامة والخاصة، فليس المهم أن يكتسب البائع أو المشتري صفة التاجر، لكن المهم أن تحدث التبادلات بين طرفين غير حاضرين في مجلس واحد وذلك باستعمال وسائل الكترونية". أنظر في ذلك د/ شيماء عبد الغني عطا الله، الحماية الجنائية للمعاملات الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 9. لكن نأخذ على هذا التعريف أنه إذا كان قد وفق في إخراج التعامل الإلكتروني من حصره في دائرة التعامل التجاري إلى أنه لم يوفق في اعتباره تبادل بين طرفين أي أصبح طابعا عقديا، في حين يمكن أن تكون المعاملة انفرادية مثلا وعد بجائزة من خلال الانترنت، الإعلانات الإلكترونية وغيرها.

(2) SEDAILLAN Valérie, L'utilisation d'Internet à l'entreprise, Disponible sur:

بسن نصوص منظمة للتجارة الإلكترونية كالمشرع التونسي والبحريني والإماراتي... الخ . في حين تريتت التشريعات الأخرى عن تنظيمها واكتفت بتعديل القواعد التقليدية وادخال عناصر متعلقة بالتعاملات الإلكترونية ومنها التشريع الفرنسي و التشريع الجزائري<sup>1</sup>.

لفهم التغيرات الجديدة التي أفرزتها ممارسة التجارة الإلكترونية وجدنا أنه من الملائم بل والضروري أن نستهل هذا العمل بالإشارة إلى أن مفهوم التجارة الإلكترونية يقوم على ثلاث أفكار أساسية<sup>2</sup>:

- أولاً: فكرة أن النشاط التجاري الإلكتروني هو ذاته مع الأنشطة التقليدية كأصل فهو لا يخرج في نطاقه عن الأنشطة التجارية الكلاسيكية، إلا أنه يتم الكترونياً فهو أمر مستحدث متصل بالتقدم التكنولوجي.

<http://62.161.196163/lij/euroforum.html>.

(1) ففي هذا الصدد ظهرت مدرستين متميزتين: الأولى ترى أن المعاملات الإلكترونية لا تحتاج إلى تنظيم تشريعي خاص إلا فيما يخص الإثبات الإلكتروني أما إنشاء العقد الإلكتروني يكفيه أن يخضع للقواعد العامة على أساس أنها كافية لإستعاب هذه الوسيلة الحديثة في التعاقد وتزعم هذا الإتجاه المشرع الفرنسي الذي اكتفى بوضع تشريع الثقة في الاقتصاد الرقمي عام 2004 وتعديل النصوص الوضعية بحيث ظهر ت كلمة "الكتروني" في التقنين المدني الذي عدل في 13-03-2000 قواعد إثبات العقود وأدرج المواد من 1316 إلى 4/1316 في التقنين المدني مرسياً القوة الثبوتية للكتابة والتوقيع الإلكتروني ن ، وكرس أيضاً في المادة 2/1317 إمكانية حفظ المحررات الرسمية على دعامة الكترونية ، كما أضاف في الباب الثالث من الكتاب الثالث من نفس التقنين فصلاً سابعا يتضمن في مواده من 1/1369 إلى 3/1369 أحكاماً قائمة على التوجيه الأوروبي الصادر في 08 يونيو 2000 بشأن التجارة الإلكترونية ، والتي حددت بعض القواعد من أجل انعقاد العقود عبر الشبكات الرقمية ، بهذا يمكن أن نقول أن المشرع الفرنسي قد انشغل أولاً بإثبات الاتفاقات التامة بطريق الكتروني ثم صحتها ثم في النهاية إمكانية أن ينشأ محرر رسمي على دعامة الكترونية. أنظر في ذلك:

Huet jérôme, " le code civil et les contrats électronique", article publié sur le site :<http://www.acroba.com> ،

في حين أن المدرسة الثانية ترى وجوب تنظيم المعاملات الإلكترونية بما في ذلك إنشاؤها وإثباتها وتنفيذها ، . أنظر في ذلك د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص8.

(2) د/حسين عبده الماحي، "تطورات قانونية في التجارة الإلكترونية"، مجلة الحقوق لجامعة الكويت، العدد31، أبريل 2002، ص280.

- ثانيا: فكرة تحول الدعامات المادية المستخدمة من دعامات ورقية ملموسة إلى دعامات إلكترونية متمثلة في معلومات وبيانات تتساب عبر شبكات الاتصال.
- ثالثا: فكرة التدويل و العولمة المقترنة بالتكنولوجيا المتقدمة، فالعلاقات القانونية الناشئة عن التجارة الإلكترونية ليست مرتبطة بمكان محدد بل هي عابرة لحدود الدول.

يتفق الجميع على أن التجارة الإلكترونية نشاط تجاري يتم وفق دعائم إلكترونية عابرة لحدود الدولة الواحدة لكن يختلفون في طريقة تنظيمهم تشريعا لها.

عليه، يتم التساؤل في هذا الباب عن الجديد الذي استحدثه المشرع الجزائري ليوكب به نظرائه في تنظيمه لممارسة نشاط التجارة الإلكترونية، وليتسنى لنا معرفة ذلك لابد من إطلالة على جميع القوانين التي يمكن أن تتدخل في تنظيم التجارة الإلكترونية طالما أنها لم تحظ بقانون خاص بها ونتوقف أمام تلك التي تسمح بوضع التجارة الإلكترونية حيز التطبيق (فصل أول). ثم هل تكفي هذه القواعد بما فيها القوانين التقليدية وتعديلاتها الجديدة؟ بتعبير آخر هل يمكن للقواعد العامة أن تتواءم مع عمليات التجارة الإلكترونية أم أنها ستكون بحاجة لقواعد أخرى خاصة تكفل تحقيق حد معين من الطمأنينة لأطراف التعامل الإلكتروني (فصل ثان).

## الفصل الأول

### التكليس القانوني لفئة التجارة الالكترونية في القانون الجزائي.

كانت التجارة التقليدية بمثابة الوسيلة القانونية الفعالة لتبادل السلع والخدمات بين الناس، وذلك منذ ظهور التجمعات البشرية الأولى-المتحضرة-، فقد اعتاد المشرع في كافة دول العالم على تنظيمها بفرض قواعد قانونية تتناسب معها. وبظهور وسائل الاتصالات كالتلغراف، التلفون، الراديو، التلفزيون، الفاكس، التلكس وأخيرا شبكة الانترنت تحولت هذه التجارة من شكل تقليدي إلى شكل إلكتروني، مما يستوجب ويستدعي ضرورة إصلاح هذه القواعد وجعلها تتأقلم مع هذا الوصف الجديد للتجارة. فقد أصبحت التجارة الإلكترونية كأحد روافد التقدم، بحيث أضحت العمود الفقري للمعاملات الاقتصادية والعلاقات المالية وطريقة لعقد الصفقات وإبرام العقود خاصة في الدول المتطورة.

عليه، تعد التجارة من الظواهر التي تشهد تقلبات وتطورا ت سريعة من الوقت الذي ارتبطت فيه بتكنولوجيا الإنتاج والتصنيع، وان القفزة التكنولوجية التي عرفتها التجارة التقليدية أظهرت ما يسمى بالتجارة الإلكترونية بقواعد وأشكال جديدة تكاد تتفصل عن التجارة التقليدية إلا أنها في ذات الوقت نفسها محمولة على وسيط إلكتروني مضاف إليها خدمات إلكترونية لإدارة هذه المعاملات التجارية<sup>1</sup>. ويشارك في أداء المعاملات التجارية الإلكترونية ثلاث مجموعات: المؤسسات، السلطات العامة<sup>2</sup> والأفراد. يحاول القانون تنظيم نشاط كل منها وتنظيم العلاقة فيما بينها.

بتصفح مختلف النصوص القانونية الجزائرية، نجد أنها تبنت في العديد من المرات أمورا

تساهم في ممارسة نشاط التجارة الإلكترونية، منها ما تضمنت اعترافا ضمينا بإمكانية ممارسة التجارة الإلكترونية(مبحث أول) وأخرى تضمنت اعترافا صريحا بذلك(مبحث ثان).

(1) كبرامج النفاذ إلى الأسواق الإلكترونية، برامج حفظ البيانات، برامج توثيق المعاملات، إجراءات إدارة النزعات وغيرها أنظر في ذلك: شافع بلعيد عاشور، العولمة التجارية والقانونية للتجارة الإلكترونية، دار هومة، الجزائر، 2006، ص9.

(2) في مجال الوظائف الإدارية كالجمارك والضرائب، أنظر في ذلك: د/ابراهيم بختي، التجارة الإلكترونية (مفاهيم واستراتيجيات التطبيق في المؤسسة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص43.

## المبحث الأول

### التكريس الضمني لإمكانية ممارسة التجارة الالكترونية

لا تعتمد الثورة الإلكترونية - بخلاف الثورة الصناعية الأولى - على الثروات الطبيعية إلا بقدر يسير، بينما تمثل الثروات البشرية رأس المال الحقيقي اللازم لهذه الثروة، فالفكر البشري والقدرة على الابتكار والتطوير هما لب هذه الثورة، في حين يمثل الجهد الإنساني يدها التي تقوم بتحويل الأفكار إلى منجزات ذات ابتكار وكفاءة وذات ربحية عالية في الوقت ذاته، وأهم ما وصل إليه الفكر الإنساني هو إدماج المعلوماتية في التجارة.

يتطلب نمو و تطور هذه التجارة الإلكترونية على المستوى المحلي و الإقليمي و الدولي<sup>1</sup>، قواعد قانونية خاصة تنظم التعاملات التجارية الإلكترونية. و يجب أن تتصف هذه القواعد القانونية الواجب تشريعها بمرونة كبيرة بحيث تتكيف مع التطورات السريعة في هذا المجال الذي يغلب عليه الجانب التكنولوجي بحيث يتطلب تقنيات اتصال متطورة و سريعة النمو وهو المجال الذي نظمه المشرع الجزائري والذي يفهم منه تكريس ضمني بإمكانية ممارسة التجارة الالكترونية (مطلب أول) ، يقابله سماح باللجوء لبعض التقنيات المتعلقة بالتجارة الالكترونية في قوانين مختلفة (مطلب ثان).

(1) فمؤشر نجاح العمل بالتجارة الإلكترونية يعتمد على منظومة عمل جيدة أهم مميزاتا :

- الإعتماد على تكنولوجيا المعلومات في كل المجالات.
  - الهيكلية الكاملة لكافة العمليات الإدارية بمختلف أبحاثها.
  - التنسيق بين قوة عمل ماهرة وكفاءة متميزة مع مهارات إستخدام تكنولوجيا المعلومات.
  - إحداث تغيير جذري فيما يخص إدارات التسويق.
  - التمكن من التحكم في الوقت خلال تنفيذ العمليات الذي يزيد من ربحية التعامل الإلكتروني.
  - زيادة الكفاءة الإنتاجية .
  - تقليص عدد مكاتب العمل والاعتماد الكلي على الوسائط الالكترونية في تخزين البيانات وإرسالها أو تبادلها.
- أنظر في ذلك: أحمد باشي، "واقع وآفاق التجارة الإلكترونية"، مجلة إدارة، العدد 26، الجزائر، 2001، ص 75.

## المطلب الأول

### تهيئة أرضية ملائمة لمزاولة نشاط التجارة الالكترونية

تعتبر المعلومات من المصادر الثمينة التي لا تتأكل أو تضمحل ، بل هي في تزايد مضطرد حتى أصبح العصر الذي نعيش فيه يعرف بعصر انفجار المعلومات ، هذا العصر تلعب فيه الأوتوماتيكية من برمجيات واتصالات دور العمود الفقري والقاسم المشترك في خلق المناخ التنافسي الذي يحقق التميز الذاتي ، هذه الأوتوماتيكية دخلت جميع مجالات الحياة بما فيها التجارة و أكسبتها طابعا جديدا الكترونيا نقلت به الاقتصاد التقليدي إلى اقتصاد رقمي ، لذا بات على الدول قبول هذا التحدي لهوابة هذا التطور واغتنام الفرصة لاستغلال إمكانيات تكنولوجيا الحاسبات والاتصالات والتي تتطلب بنى تحتية تسمح بإنشاء واستغلال تجارة الكترونية سليمة.

عليه، يتجلى التكريس الضمني لإمكانية ممارسة التجارة الالكترونية من خلال تهيئة أرضية ملائمة لذلك، تتأتى بتبني سياسة اقتصادية ملائمة، إلى جانب أرضية تكنولوجية تسمح باستعمال وسائل اتصال حديثة تمكن من تجسيد تجارة الكترونية فعالة (فرع أول)، لتبقى شبكة الانترنت أهم وسيلة في عصرنا الحالي لتنفيذ هذه التجارة الالكترونية (فرع ثان).

## الفرع الأول

### البيئة الاقتصادية والتكنولوجية لممارسة التجارة الالكترونية

يتوقف إقامة نشاط التجارة الإلكترونية وازدهارها على وجود اقتصاد متطور (أولا) ووسائل اتصال متطورة أيضا (ثانيا).

#### أولا: التوجه نحو الاقتصاد الحر و تبني العولمة

يتحقق تنشيط التجارة الإلكترونية باكتمال مقوماتها الأساسية بتوافر المعطيات التي تعزز القدرة على مزاولة الأنشطة التجارية الإلكترونية<sup>1</sup> . وهي تتضمن مجموعة من العناصر في مقدمتها:

(1) مثلا يقوم نموذج عمل التجارة الأمريكية لسنة 1997 على خمس مبادئ هي:

- وجوب تولي القطاع الخاص الدور الريادي والقيادي بحيث يتم تطوير الانترنت على ضوء اقتصاديات السوق

- \* وجود اقتصاد متطور ذو قاعدة إنتاجية متسعة ومرنة.
- \* الدور الفعال للقطاع الخاص، والمبادرة الفردية.
- \* أهمية العنصر البشري الكفاء والقادر على استعمال تكنولوجيا المعلومات وتطويرها، والابتكار المستمر في آلياتها ووسائل عملها المختلفة<sup>1</sup>.
- \* تبني نظم وشبكات متطورة في قطاع الاتصالات السلكية واللاسلكية، كنظام عصبي قادر على توفير اتصالات في غاية السرعة والكفاءة.
- عليه، يرتبط انتشار التجارة الإلكترونية في العصر الحاضر بظاهرتين، هما الاعتماد على القطاع الخاص أو الاتجاه للاقتصاد الحر ومفاده التحول من مشروعات القطاع العام إلى مشروعات القطاع الخاص بالتالي انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي، وبقائها كمراقب عن طريق استحداثها لسلطات الضبط المستقلة. وكذا ظاهرة العولمة ومؤداها التشابك بين مصالح وروابط البشر دون النظر إلى التباين في الثقافات والأديان والأعراق والحدود الجغرافية<sup>2</sup>.

دون الخضوع لقيود تنظيمية.

- وجوب تقليص الدور الحكومي التنظيمي بحيث تتجنب الحكومات التدخل غير الضروري في الاتفاقيات التجارية عبر الانترنت.
  - وجوب ان يكون كل تدخل حكومي مؤسس على دعم بيئة قانونية قوية وثابتة وذلك بتأمين المنافسة وحماية الملكية الفكرية وحظر الغش وتقوية الشفافية والمساعدة على حل النزاعات.
  - لزوم إدراك الحكومات لخصائص الانترنت من حيث كونها ذات طبيعة غير مركزية وتختلف بذلك عن وسائل الاتصال السابقة والتي تحتاج لمراجعة تشريعية لها.
  - يلزم الدخول في مجال تسهيل الانترنت في المجال العالمي لكونها بطبيعتها سوقا عالمية. أنظر في ذلك: د/عمر محمد أبو بلو يونس، مرجع سابق، ص 149.
- (1) يعتبر توفر الخبرات البشرية ذات الكفاءة والخبرة المناسبة شرطا أساسيا للبيئة المواتية للتجارة الإلكترونية. وتنمية رأس المال البشري هي أولا عملية تعليمية يتزود فيها الفرد بالأسس العلمية المطلوبة. وهي ثانيا عملية تدريبية فنية يكتسب فيها الفرد قدرات علمية متخصصة أو مهارات معينة. وهي ثالثا عملية تنظيمية إدارية يتم فيها تأهيل الأفراد لإدارة وتنفيذ النشاط الإنمائي بجوانبه المختلفة. وهي أخيرا مسألة سلوكية تهدف إلى التأثير في السلوك الاجتماعي للأفراد وتنمية القيم. أنظر في ذلك: أ. هند عبد القادر سليمان، "دور التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الإلكترونية" ورقة عمل مقدمة للمؤتمر المغاربي الأول حول: المعلوماتية والقانون تحت شعار: نحو قانون مغاربي نموذجي للمعلومات، ليبيا، 2009.
- (2) وذلك نظرا لتشعب المحتوى الفكري وامتداده إلى العديد من الجوانب الاقتصادية والسياسية والثقافية والاجتماعية والتكنولوجية والمعلوماتية، فاقتصاديا مثلا تعني العولمة خضوع السوق لحرية التجارة وإزالة الحدود الجمركية

يعتمد ذلك إذن على تشجيع القطاع الخاص وتقديم التسهيلات له، بتشجيع الاستثمارات والمبادرات الخاصة وقد تأتى ذلك من خلال عدة نصوص قانونية في مقدمتها الدستور الجزائري، حيث ضمن حرية الصناعة والتجارة<sup>1</sup> و حرر جميع النشاطات التي كانت مقيدة<sup>2</sup> ومن احتكار الدولة - ما عاد الإستراتيجية منها طبعاً- كما فتح الأبواب أمام الاستثمارات الوطنية و الأجنبية<sup>3</sup>، فأصبحت قواعد القانون الاقتصادي الجزائري تتمتع بنوع من المرونة في تطبيقها عكس ما كانت عليه قبل ذلك. و يستدعي تجسيد التجارة الالكترونية أيضا إبرام اتفاقات دولية تسهل إتمام العمليات التجارية والاستثمارات سواء كانت هذه الاتفاقات ثنائية<sup>4</sup> أو الانضمام إلى اتفاقات دولية متعددة الأطراف<sup>5</sup>.

وتبعية البنوك، أما ثقافيا تعني خضوعها للمعايير السائدة في سوف السلع وغياب دور الدولة، وسياسيا فتعني الخضوع لسياسة النظام الرأسمالي، واجتماعيا فتدوب فيها العلاقات والقيم الاجتماعية والعائلية والدينية، انظر في ذلك: د/ بلامي عمر، "نظرة تأملية حول مستقبل قواعد الإسناد في ظل عولمة القانون"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 04، 2007، ص 146.

(1) في المادة 37 من دستور 1996 والتي نصها: "حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون"  
(2) يعد المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار والمؤرخ في 5 أكتوبر 1993 ج ر ج ج 1993/64 (ملغى) أول من أعلن مبدأ حرية الاستثمار - قبل الدستور - في مادته الثالثة والتي تنص: "تتجزئ الاستثمارات بكل حرية مع مراعاة التشريع والتنظيم المتعلقين بالأنشطة المقتنة..."

(3) يعتبر قانون 90-10 المتعلق بالنقد القرض والمؤرخ في 14 افريل 1990، ج ر ج ج 1990/16 (ملغى) من أول الإصلاحات التي قام بها المشرع الجزائري في سبيل الالتحاق بالنظام الرأسمالي والتخلي عن قدسية النظام الاشتراكي، بحيث تراجع فيه المشرع عن فكرة إخضاع مقتضيات التنمية الاقتصادية لمتطلبات السيادة واعتمد منهاجاً جديداً يولي أهمية للجانب الاقتصادي على حساب نظيره السياسي، أنظر في ذلك:

ZOUAÏMIA Rachid, "le régime des investissements étrangers en Algérie", journal du droit international, n°3, 1993, p570.

(4) وكمثال لهذه الاتفاقيات نجد الاتفاقية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمجموعة الأوروبية بـ فالونسيا يوم 22 افريل 2002 المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي 05-159 المؤرخ في 27 افريل 2005، ج ر ج ج 2005/31.

(5) مثلاً اتفاقية تيسير وتنمية التبادل التجاري بين الدول العربية المنعقدة في تونس سنة 1981 والتي تم المصادقة عليها بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 04 - 223 المؤرخ في 16 جمادى الثانية عام 1425 لموافق 3 غشت سنة 2004 والمتضمن التصديق على اتفاقية تيسير وتنمية التبادل التجاري بالدول العربية المحررة بتونس يوم 22 ربيع الثاني عام 1401 الموافق 27 فبراير سنة 1981، وقد جاء في مادتها الثانية أنها تهدف إلى:



من أهم خصائص النظام الاقتصادي الحر حرية انتقال رأس المال الخاص من بلد إلى بلد آخر بحثاً عن الأرباح ، ولن يجد أحسن من طرق الدفع الالكترونية وأنظمتها كي يتم بسرعة وأمان.

سيؤدي الانفتاح الاقتصادي لا محالة إلى ظهور مصطلح جديد هو العولمة<sup>1</sup>، هذه الأخيرة هي انفتاح على العالم ثقافيا واقتصاديا وسياسيا وتكنولوجيا. ويمكن تحديد أهم معالمها فيما يلي:

- نكريس التجارة العالمية، إتاحة التصدير والاستيراد أمام كل الدول.
- منع أي عائق كانت تفرضه الحكومات على حركة نقل المنتجات عبر الحدود بين الدول مثل قوائم حظر الاستيراد على بعض أنواع السلع والخدمات.

" تستهدف هذه الاتفاقية ما يلي :

- 1- تحرير التبادل التجاري بين الدول العربية من الرسوم والقيود المختلفة التي تفرض عليها وفقاً للأسس الآتية :
  - أ- تحرير كامل لبعض السلع والمنتجات العربية المتبادلة بين الدول الأعضاء من الرسوم والقيود المتنوعة المفروضة على المنتجات غير القطرية .
  - ب- التخفيض التدريجي للرسوم والقيود المختلفة المفروضة على بعض السلع والمنتجات العربية المتبادلة الأخرى .
  - ج - توفير حماية متدرجة للسلع والمنتجات العربية لمواجهة منافسة السلع غير العربية المثلثة أو البديلة .
  - د- تحديد السلع والمنتجات المشار إليها بالفقرات - (أ، ب، ج) ، في ضوء المعايير الاسترشادية الواردة في المادة الرابعة أو تلك التي يقررها المجلس .
- 2- الربط المنسق بين إنتاج السلع العربية وتبادلها، وذلك بمختلف السبل، وعلى الأخص تقديم التسهيلات التمويلية اللازمة لإنتاجها .
- 3- تيسير تمويل التبادل التجاري بين الدول العربية وتسوية المدفوعات الناشئة عن هذا التبادل .
- 4- منح تيسيرات خاصة للخدمات المرتبطة بالتجارة المتبادلة بين الدول الأطراف .
- 5- الأخذ بمبدأ التبادل المباشر في التجارة بين الدول الأطراف .
- 6- مراعاة الظروف الإنمائية لكل دولة من الدول الأطراف في الاتفاقية وعلى الأخص أوضاع الدول الأقل نمواً منها .
- 7- التوزيع العادل للمنافع والأعباء المترتبة على تطبيق الاتفاقية."

(1) لفظ العولمة هي ترجمة للمصطلح الإنجليزي (Globalization) وبعضهم يترجمها بالكونية، وبعضهم يترجمه بالكوكبة، وبعضهم بالشومولتيق، إلا إنه في الآونة الأخيرة أشتهر بين الباحثين مصطلح العولمة وأصبح هو أكثر الترجمات شيوعاً بين أهل الساسة والاقتصاد والإعلام. وتحليل الكلمة بالمعنى اللغوي يعني تعميم الشيء وإكسابه الصبغة العالمية وتوسيع دائرته ليشمل العالم كله، أنظر في ذلك: د/إيهاب السنباطي، موسوعة الإطار القانوني للتجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص31.

- إلغاء الرسوم الجمركية على المنتجات المستوردة وتخلي الدول عن السياسات الحكومية ذات التوجه الداخلي مثل الحماية وإحلال الواردات والاتجاه نحو سياسات انفتاحية ذات توجه خارجي.

ولما كانت التجارة الالكترونية تمتاز بطابعها الدولي في الغالب فإن العولمة ستساعد في انتشارها . و يختلف تعريف العولمة باختلاف وجهات نظر الباحثين فيوجد للاقتصاديين تعريف ، وللسياسيين تعريف ، وللاجتماعيين تعريف وهكذا ، ويمكن تقسيم هذه التعريفات إلى طائفتين: أنها ظاهرة اقتصادية وأنها ثورة تكنولوجية واجتماعية<sup>1</sup>.

### أن العولمة ظاهرة اقتصادية:

عرفها الصندوق الدولي بأنها : " التعاون الاقتصادي المتنامي لمجموع دول العالم والذي يحتمه ازدياد حجم التعامل بالسلع والخدمات وتنوعها عبر الحدود إضافة إلى رؤوس الأموال الدولية والانتشار المتسارع للتقنية في أرجاء العالم كله"<sup>2</sup> .  
وعرفها " روبنز ريكايرو " الأمين العام لمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والنمو . بأنها : "العملية التي تملي على المنتجين والمستثمرين التصرف وكأن الاقتصاد العالمي يتكون من سوق واحدة ومنطقة إنتاج واحدة مقسمة إلى مناطق اقتصادية وليس إلى اقتصاديات وطنية مرتبطة بعلاقات تجارية واستثمارية"<sup>3</sup>.

تعني العولمة بشكل عام اندماج أسواق العالم في حقول التجارة والاستثمارات المباشرة ، وانتقال الأموال والقوى العاملة والثقافات ضمن إطار من رأسمالية حرية الأسواق ، و بالتالي خضوع العالم لقوى السوق العالمية ، مما يؤدي إلى اختراق الحدود ال جغرافية للدول ، وأن

(1) وهناك من يضيف في تعريف العولمة إنها الهيمنة الأمريكية :

وهي العمل على تعميم نمط حضاري يخص بلداً بعينه ، وهو الولايات المتحدة الأمريكية بالذات ، على بلدان العالم أجمع .فهو بهذا التعريف تكون العولمة دعوة إلى تبني إيديولوجية معينة تعبر عن إرادة الهيمنة الأمريكية على العالم . ولعل المفكر الأمريكي " فرانسيس فوكوياما " صاحب كتاب " نهاية التاريخ " يعبر عن هذا الاتجاه فهو يرى أن نهاية الحرب الباردة تمثل المحصلة النهائية للمعركة الإيديولوجية التي بدأت بعد الحرب العالمية الثانية بين الاتحاد السوفيتي والولايات المتحدة الأمريكية وهي الحقبة التي تم فيها هيمنة التكنولوجيا الأمريكية . أنظر في ذلك: عبد اللطيف جابر، "العولمة والاقتصاد والتنمية العربية"، مجلة فكر ونقد، العدد السابع، ص74 .

(2) نقلا عن: عمرو عبد الكريم، "العولمة عالم ثالث على أبواب قرن جديد " ، المنار الجديد ، العدد الثالث، 2008،

ص06. وهذا التعريف اعتمد في تعريفه للعولمة على عناصر من بينها انتشار التقنية أو التكنولوجيا

(3) عبد اللطيف جابر، مرجع سابق، ص76.

العنصر الأساسي في هذه الظاهرة هي الشركات الرأسمالية الضخمة . هذا التعريف للعولمة ركز على أن العولمة تكون في النواحي التجارية والاقتصادية التي تجاوزت حدود الدولة مما يتضمن زوال سيادة الدولة ، حيث أن كل عامل من عوامل الإنتاج تقريباً ينتقل بدون جهد من إجراءات تصدير واستيراد أو حواجز جمركية ، فهي سوق عولمة واحدة لا أحد يسيطر عليها كشبكة الإنترنت العالمية .

### إنها ثورة تكنولوجية واجتماعية :

يقول الاجتماعي "جيمس روزانو" في تعريفها : "العولمة علاقة بين مستويات متعددة للتحليل : الاقتصاد، السياسة ، الثقافة ، الايديولوجيا ، وتشمل إعادة تنظيم الإنتاج ، تداخل الصناعات عبر الحدود ، انتشار أسواق التمويل ، تماثل السلع المستهلكة لمختلف الدول ، نتائج الصراع بين المجموعات المهاجرة والمجموعات المقيمة"<sup>1</sup>. تعريف آخر أنها : "الاتجاه المتنامي الذي يصبح به العالم نسبياً كرة اجتماعية بلا حدود . أي أن الحدود الجغرافية لا يعتبر بها حيث يصبح العالم أكثر اتصالاً مما يجعل الحياة الاجتماعية متداخلة بين الأمم " . فهو يرى أن العولمة شكل جديد من أشكال النشاط ، فهي امتداد طبيعي لانسياب المعارف ويسر تداولها تم فيه الانتقال بشكل حاسم من الرأسمالية الصناعية إلى المفهوم ما بعد الصناعي للعلاقات الصناعية .

تهدف ظاهرة العولمة إلى تقريب المسافات بين الدول وتزايد وتشابك المصالح بين البشر، و استخدام الوسائل التكنولوجية تختصر بالفعل هذه المسافة والزمن<sup>2</sup>. ساهمت العولمة في ظهور شركات عملاقة عابرة للقارات وجدت في الوسائل التكنولوجية أفضل السبل للتوفيق بين فروعها المختلفة .وبعد إنشاء منظمات عالمية متخصصة من مظاهر العولمة ومثال ذلك في مجال المتعلق بالتجارة منظمة التجارة العالمية<sup>3</sup> تهدف إلى تنظيم العلاقات التجارية الدولية والخلاص من العوائق التي تعترض

(1) نقلا عن: عمرو عبد الكريم، مرجع سابق، ص07.

(2) د/ محمد مدحت عزمي، المعاملات التجارية الالكترونية، الأسس القانونية والتطبيقات، مركز الإسكندرية للكتاب، مصر، 2008 ، ص42.

(3) هي: « عبارة عن إطار قانوني ومؤسسي لنظام التجارة متعدد الأطراف. ويؤمن ذلك الإطار الإلزامات التعاقدية الأساسية التي تحدد للحكومات كيف يمكن صياغة وتنفيذ الأنظمة والضوابط التجارية المحلية. كما أن المنظمة منتهى يسعى إلى تنمية العلاقات التجارية بين الدول من خلال المناقشات والمفاوضات الجماعية والأحكام

سهولة التبادل التجاري الدولي.

ومن اجل العولمة ظهرت اتفاقات دولية تخدمها منها:

- 1 - الاتفاق العام للتعريفات الجمركية والتجارة (جات) GATT، والاتفاقات المرتبطة به (وهي تزيد عن 12 اتفاقية، و 4 مذكرات)، وتطبق هذه الاتفاقات على السلع.
- 2 - الاتفاق العام للتجارة في الخدمات (الجاتس) GATS الذي يطبق على تجارة الخدمات.

3 - اتفاق الجوانب المتصلة بالتجارة في حقوق الملكية الفكرية (تريبس) TRIPS

### ثانيا :وسائل الاتصال الحديثة لتنفيذ التجارة الالكترونية .

اثر التقدم المذهل في تقنية الاتصالات تأثيرا كبيرا وملحوظا في عالم المعاملات التجارية والمدنية ، فالتقدم العلمي ترتب عنه ظهور أجهزة جديدة تتيح انتقال المعلومات بسهولة و سرعة، ولما كان النشاط التجاري يعتمد على كل ما يوفر له السرعة واليسر لإنجاز معاملاته استغل هذه الوسائل الجديدة، ولعل شبكة الانترنت تمثل أهمها نظرا لما توفره من سرعة انتقال المعلومات بل أكثر من ذلك لغزارة المعلومات التي تحتويها.

المشرع الجزائري نظم كل ما يتعلق بمجال الاتصالات في القانون رقم 03-2000 المؤرخ في 05 أوت 2000 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية<sup>1</sup> و المرسوم التنفيذي 01-123 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية<sup>2</sup>، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 07-162<sup>3</sup> بحيث أخضع كل من يرغب في استغلال هذا النشاط لواجب الحصول على رخصة مسبقة ، إذ تنص المادة 02 من المرسوم 01-123 على: " يخضع للحصول على رخصة تمنح بموجب مرسوم تنفيذي إنشاء و/أو إستغلال شبكات عمومية للمواصلات السلكية واللاسلكية و/أو توفير خدمات هاتفية بما

القضائية للمنازعات التجارية» أنظر في ذلك: عبد الناصر نزال العبادي ، منظمة التجارة العالمية واقتصاديات الدول النامية، الطبعة الأولى، دار الصفاء ، عمان، 1999، ص 15.

(1) ج ر ج ج 2000/48.

(2) ج ر ج ج 2001/27 .

(3) ج ر ج ج 2007/ 37.

### فيها خدمات تحويل الصوت عبر الانترنت".

يقصد بوسائل الاتصال الحديثة كل إرسال أو استقبـال للمعلومات والإشارات والخطوط المكتوبة، والصور والتعاملات أيا كان نوعها ويستوي في هذا الاتصال أن يتم سلكيا أو لاسلكيا، أو سمعيا أو بصريا أو أي نظام آخر. وقد عرف قانون الاتحاد الدولي للمواصلات السلكية الصادر عام 1986 الاتصالات بأنها نقل أو بث النقاط والعلامات والإشارات والكتابات والصور والأصوات ، أو التخابو بأي شكل من الأشكال سواء كان سلكيا أو مرئيا بواسطة أي من الأنظمة المغناطيسية أو الكهربائية<sup>1</sup>.

تتعد هذه الوسائل في الوقت الحالي ، والعلم والتكنولوجيا لازال يعطينا اجهزة جديدة اكثر كفاءة .وتتمثل اهم وسائل الاتصال في :

#### أ-الهاتف:

يعرف "مارتن جيمس" في مؤلفه "الاتصالات والكمبيوتر" الهاتف بأنه جهاز لنقل المكالمات الشخصية من خلال الأسلاك التي تربط بين المرسل والمستقبل عن طريق تيار كهربائي باستخدام الذبذبات الصوتية<sup>2</sup>.  
يعد الهاتف من أكثر وسائل الاتصال فاعلية<sup>3</sup> ، وقد عرفت المادة 16/08 من قانون 2000-03 السالف الذكر خدمة الهاتف على أنها " الاستغلال التجاري لفائدة الجمهور في مجال النقل الآني المباشر للصوت عبر شبكة أو شبكات عمومية ويسمح لكل مستعمل ثابت أو متنقل باستعمال التجهيز الموصول بنقطة طرفية لشبكة قصد الاتصال بمستعمل آخر ثابت أو متنقل يستعمل تجهيزا موصولا بنقطة طرفية أخرى"<sup>4</sup>.

(1) العبودي عباس، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، دار الثقافة، الأردن، 1997، ص18

(2) نقلا عن إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2003، ص 16.

(3) دحابة بشار ، "أسواق وتقنيات الخلي في البلاد العربية "، مجلة الإقتصاد والأعمال، العدد 255، لبنان، مارس2001، ص61.

(4) اعتمد المشرع في تعريفه لخدمة الهاتف على :- انه خدمة تجارية.

- متاح للجميع.

- يقوم بالنقل الآني للصوت .

يمكن أن يستعمل الهاتف في التعاقد و يكون هذا الأخير تعاقدًا فوريًا، إذ يجتمع المتعاقدان في وقت واحد و لا يحتاج وصول تعبير أحدهما إلى الآخر إلى زمن معين، كل ذلك إذا ما تم التعاقد عن طريق اللفظ ، فهو تعاقد مباشر فيسمع كل من المتعاقدين كلام الآخر مباشرة دون وساطة شخص آخر، فالتعبير عن الإرادة في التعاقد عن طريق الهاتف يتم شفاهة أو باللفظ لذلك يتعذر إثباته ما لم يتم تسجيل المكالمات. نجد أيضا اليوم "الهاتف النقال" و الذي يعد أكثر انتشارا في عصرنا الحالي و الذي إضافة لإمكانية الاتصال المباشر اللفظي ، يتيح الاتصال بالكتابة لكن هذه الكتابة تكون الكترونية أو رقمية و ليست ورقية كما هو في الفاكس فهو يقدم خدمة تبادل الرسائل التي يمكن التعاقد من خلالها. نشير في هذا الصدد أن المشرع الجزائري قد سمح بالتعاقد عبر الهاتف و ذلك من خلال المادة 64 ق م ج و التي تنص على " إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل.

غير أن العقد يتم، و لو لم يصدر القبول فورا، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب و القبول، و كان القبول صدر قبل أن ينفض مجلس العقد."

هذه المادة تسمح بصور الإيجاب عبر الهاتف فهل يمكن أن تحتوي هذه المادة الهاتف النقال؟ إن المقصود بنص المادة 64 هو إلزامية الإيجاب الصادر في مجلس العقد ما لم ينفض. مع الملاحظة أنه لم تشترط شكلا معيناً لهذا الإيجاب. بمعنى اعتبار المتعاقدين حاضرين حكما ، فهما حاضرين زمانا و غائبين مكانا ، بتطبيق ذلك على الهاتف النقال نجد أن عند التعاقد بالكلام أو اللفظ في اجتماع مباشر يتحقق اعتبار المتعاقدين حاضرين حكما بالتالي هذه الصورة تستوعبها المادة 64 لكن في صورة تبادل الرسائل (كتابة) فلا

-استخدامه لشبكة متصلة بها نقاط طرفية.

- يمكن أن يكون المستعمل ثابت أو متنقل.

الملاحظ أن المشرع ادخل مفهوم الهواتف النقالة إلى أنه أهمل خدمة انتقال الكتابة والتي لا تعد آنية في كل الحالات.

يتحقق الارتباط المباشر بين المتعاقدين و بالتالي لا يمكن اعتباره تعاقد بين حاضرين و بالتالي لا تدخل هذه الصورة ضمن نص المادة 64 ق م ج .  
بالإضافة إلى مشكل تحديد زمان و مكان الانعقاد الذي يتشابه فيه الأمر مع التعاقد عن طريق البريد الالكتروني عبر الانترنت.

### ب - التلكس أو التبادل البرقي:

التبادل البرقي أو التلكس هو جهاز لتبادل البرقيات إرسالاً و استقبالا مزود بآلة طباعة الكترونية ، فهو جهاز لإرسال البيانات عن طريق طباعتها وإرسالها مباشرة فلا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال البيانات واستقبالها إلا إذا لم يكن هناك من يستقبلها لحظة إرسالها<sup>1</sup>. عرفت المادة 17/8 من قانون 03-2000 أنه "الاستغلال التجاري الآني المباشر عن طريق تبادل إشارات ذات طابع برقي ولمراسلات مرقونة بين مستعملين موصولين بنقاط طرفية في إحدى شبكات المواصلات السلكية واللاسلكية". ويعمل هذا الجهاز عن طريق تحويل الحروف المكتوبة إلى نبضات كهرومغناطيسية يتم إرسالها سلكياً، أو لا سلكياً عبر الجو، وعند استقبال هذه النابضات تتحول إلى كلمات مطبوعة<sup>2</sup>.  
يتم إعداد رسائل التلكس قبل إرسالها على شريط منقّب أو شريط مغناطيسي. و يمكن لكل من طرفي العقد الموجب و القابل ، إرسال رغبته في التعاقد عن طريق التلكس ، و يتم التعاقد بمجرد إرسال القابل قبوله برسالة تلكسية.

يتميز التعاقد الذي يتم عن طريق التلكس بالسرعة و السهولة و السرية ، مع الإلتقان و الوضوح، وأنه يترك أثراً مادياً مكتوباً للرسائل التي يقوم بإرسالها و هذا أمر يسهل من عبء إثبات التعاملات التي تتم عن طريقه<sup>3</sup>. لكن رسائل التلكس يبين فيها رقم المرسل والمرسل إليه وتاريخ الإرسال دون أن تحتوي توقيع من العميل فيمكن اصطناع هذه

(1) د/ طاهر شوقي مؤمن، عقد البيع الالكتروني، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص 56.

(2) ابراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، مرجع سابق، ص 19.

(3) العبودي عباس، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، مرجع سابق ،

ص 27. فإرسال التلكس من المرسل إلى المستقبل يتم عبر شبكة خاصة مراقبة من مركز رئيسي للاتصالات وهو

وسيط محايد يحدد هوية المتراسلين ويؤرخ العملية ويحتفظ بما يدل على تبادل الرسائل خلال مدة زمنية وهي

عناصر الإثبات عند حدوث أي نزاع انظر في ذلك: د/ طاهر شوقي مؤمن، مرجع سابق، ص 56.



التلكسات بسهولة مما يجعل حجيتها غير قوية<sup>1</sup>. لذلك ينص المشرع الجزائري في المادة 329 من التقنين المدني على أنه: «وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك». إذن التلكس كي يتمتع بحجية في الإثبات و يضمن وظيفة تقديم خدمة مشابهة لخدمة البريد الموصي عليه ، يجب أن يتضمن توقيعا من مرسله.

### ج-جهاز النسخ و نقل المستندات : (الفاكس )

يمكن تعريف جهاز الفاكس بأنه جهاز لنسخ ونقل المستندات و الصور عن بعد، إذ يمكن عن طريقه نقل الرسائل و المستندات المطبوعة أو المخطوطة بخط اليد كما هي بأصلها و بكامل محتوياتها ، لذلك تشمل الرسائل الفلكسية الصور و التواقيع و كل ما يمكن تسجيله على الورق من كتابة و رسوم توضيحية و غير ذلك من المستندات<sup>2</sup>.

يتم التراسل باستخدام الفاكس عن طريق شبكة الهاتف المركزية ، أو عبر الأقمار الصناعية<sup>3</sup>.و يعتمد الفاكس في ترأسله على جهاز الهاتف المدمج به ، لذلك يتمتع التعاقد عن طريق الفاكس بالمزايا نفسها التي يتمتع بها التعاقد عن طريق الهاتف ، و يتميز عنه من حيث أن الرسالة التي يرسلها الفاكس و التي يتسلمها المرسل إليه تكون هي نفسها التي يرسلها المرسل ، فتعد بذلك نسخة أصلية منها ، و ليس مجرد صورة ضوئية لها ، فإذا كانت موقعة ممن أرسلها فيكون لها قيمة الورقة العرفية من حيث الإثبات ، ولا سب يل لمنازعة المرسل لها في نسيتها إليه إلا بإنكار صدورها منه أو إثبات عدم مطابقتها للأصل الموجود لديه، وهو ما اتجه إليه القضاء<sup>4</sup>.

(1) ويختلف موقف القضاء في الأخذ بهذه الوسيلة في الإثبات فمثلا أجاز القضاء الفرنسي صدور قرار إداري بهذه الوسيلة في قرار لمجلس الدولة في 30 يونيو 1978، انظر في ذلك :إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية مرجع سابق ص 20. أما القضاء المصري وفي حكم محكمة النقض في 2003/05/22 اعتد بحجية مراسلات التلكس بشرط وجود أصل البرقية ومطابقتها للأصل وإلا فلا يعتد بها إلا لمجرد الاستئناس انظر في ذلك: د/ طاهر شوقي مؤمن، مرجع سابق، ص 57.

(2) إيمان مأمون احمد، الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه في القانون التجاري ، كلية الحقوق المنصورة، مصر، 2006. ص 83.

(3) العبودي عباس، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، مرجع سابق، ص 29.

(4) فقد أقرت محكمة النقض الفرنسية رسائل الفاكس كدليل في الإثبات بشرط أن يكون محتوى المستند يمكن نسبته



يتم التعاقد بواسطة الفاكس عن طريق التعبير عن إرادة التعاقد كتابة كما هو الحال بالنسبة للتكس ، و إن كان يتميز عنه في أن المستند المكتوب الذي يرسله الفاكس يمثل نسخة من أصل المستند المرسل كما تم إيضاحه .

بالإضافة إلى ما سبق فإن التعاقد و التراسل عن طريق الفاكس يمتاز بالسهولة و السرعة و الدقة و ضمان وصول الرسائل و المستندات مع المحافضة على سريتها و عدم احتمال ضياعها ، هذا بالإضافة إلى تجنب الأخطاء التي يمكن أن تقع في خلية الاتصال عن طريق الهاتف أو التكس .

وقد قرر القضاء الفرنسي أن التعبير عن الإرادة - المتمثل في قبول الحوالة - يمكن أن يتم عن طريق الرسالة المرسلية عن طريق جهاز الفاكس<sup>1</sup>.

و في حكم حديث لمحكمة النقض المصرية ، قرر أن الورقة المرسلية بالفاكس و التي يحتفظ المرسل بأصلها لديه كما هو متبع في حالة إرسال الرسائل عن طريق الفاكس تعتبر مبدأ ثبوت الكتابة ، و يجوز تكملته بشهادة الشهود أو بالقرائن القضائية<sup>2</sup>.

وعليه ، لكي يكتسب الفاكس حجية في الإثبات يجب أن:

- تحتوي الرسالة المرسلية بوضوح رقم الفاكس الخاص بالمرسل.

- تحتوي الرسالة المرسلية بوضوح على رقم الكودي للدولة.

- توقيع الرسالة من الجهة المرسلية، وبالتالي يمكن اعتبار الفاكس محرراً عرفياً

يحمل توقيع من صدر منه، وليتم التأكد من وصول الفاكس يمكن للمرسل إليه

إعادة إرسال الفاكس بتوقيعه، لإبعاد أية شبهة.

إلى من أنشأه مع توافر إمكانية التحقق منه بوجود الأصل، انظر في ذلك: د/ طاهر شوقي مؤمن، مرجع سابق ، ص57.

(1) نقض تجاري فرنسي في 1997/12/07، نقلا عن: د/ طاهر شوقي مؤمن، المرجع نفسه، ص58

(2) نقض مدني مصري في 2000/06/22، تتعلق الدعوى بطلب استقالة عن طريق الفاكس، كانت محكمة استئناف

القاهرة قد رفضت تلبية طلب الطاعنة بإحالة الدعوى على التحقيق لإثبات الواقعة الواردة في الفاكس ، انظر في

ذلك: د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، مرجع سابق، ص22.

## د-الحاسب الآلي :

يعتبر جهاز الكمبيوتر أهم الأدوات الرئيسية المستخدمة في مجال التجارة الالكترونية و يرجع ظهور الكمبيوتر إلى نهايات النصف الأول من القرن العشرين، وكان ذلك على يد " جون فون نيومان" الأمريكي الذي قام بتصميم أول جهاز كمبيوتر عام 1944 ، هذا الجهاز مكون من 18000 أنبوب إلكتروني ويزن حوالي 30 طن وبقي العمل به إلى غاية 1957<sup>1</sup>. وقد شهد الكمبيوتر تطورا إلى أن وصل للصورة التي نعرفها به اليوم. ولعل الحاجة إلى من يساعد الإنسان في تشغيل البيانات وتخزينها هي سبب ظهوره فمحدودية العقل البشري في قدرته على إستيعاب وتخزين الكم الهائل من المعلومات كان وراء اختراعه للحاسب الآلي، وقد مر هذا الأخير بأربعة أجيال ليصل للشكل الذي هو عليه اليوم<sup>2</sup>. يعتمد على الكمبيوتر في أداء الأعمال نظرا للخصائص التي يتمتع بها، فيمتاز بسرعة تنفيذ العمليات، الدقة في الأداء، الكفاءة في إدارة البيانات وبضخامة كمية الكلمات المعالجة وأخيرا أنظمة التشغيل المتعددة.

يشير موضوع مستخرجات الحاسب الآلي في الإثبات مسألتين تتعلق بمدى استيفائها لمتطلبات الدليل الكتابي أما الثانية بمدى حجيتها في الإثبات -كما سنراه لاحقا-، على ذلك يذهب البعض في عدم اعتبار مخرجات أجهزة الكمبيوتر من الأدلة ذات الحجية في الإثبات، لكن إحاطتها بوسائل تمنع التغيير فيها، قد يجعلها دليلاً ذا حجية في الإثبات.

## الفرع الثاني

## استغلال الانترنت -كأهم وسيلة لمزاولة نشاط التجارة الالكترونية- في الجزائر

كان للتطور التكنولوجي والتقني وبالأخص ظهور الانترنت<sup>3</sup> تأثيرا على معاملات الأفراد ومن ثمة في تعديل القواعد القانونية التي تحكم هذه المعاملات القانونية الجديدة(أولا)، و لابد من إطار قانوني يسمح بدخول هذه الخدمة كي يتسنى للأفراد استغلالها في معاملاتهم،

(1) حابت محمد سعيد، الخطوات الأولى في الإعلام الآلي، طبعة 2، دار هومة، الجزائر، 2003 ، ص8.

(2) لأكثر تفصيل في هذه الأجيال وخصائصها أنظر:د/نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، الدار العلمي الدولية ودار الثقافة، الأردن، 2001، ص5.

(3) عام 1974 استخدم فين سيرف كلمة انترنت لأول مرة في ورقة عمل قدمها إلى مؤتمر حول بروتوكولات التحكم في الاتصال.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد نظم استغلال الانترنت بموجب المرسوم التنفيذي 98-257 المؤرخ في 25 أوت 1998 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت<sup>1</sup> واستغلالها المعدل بموجب مرسوم تنفيذي رقم 2000-307 المؤرخ في 14 أكتوبر سنة 2000<sup>2</sup> (ثانياً).

### أولاً: مفهوم الانترنت

الانترنت كلمة انكليزية الأصل تتكون من مقطعين: inter تعني البينية أو الاتصال أما Net فتعني الشبكة<sup>3</sup>.

الانترنت شبكة شبكات القرن الواحد والعشرين و محرك الحضارة الجديدة التي تقوم على فكرة الاتصال لا الانتقال ، وتعتبر إحدى ثمار الاندماج بين ثورة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات الرقمية، هذه الشبكة التي نشأت وتطورت بسرعة هائلة قد استطاعت أن تزيل الحدود والمسافات بين الدول (أ) وتجعل من العالم قرية صغيرة الكترونية يستفيد متعاملها من كل ما يحمله (ب).

### أ - نشأة وتطور الانترنت:

تتكون الانترنت من شبكات مستقلة حول العالم أنشأتها حكومات، جامعات، منشآت تجارية وحتى أشخاص طبيعيين توفر وسائل مشتركة لمشاركة المعلومات من خلال السماح بالاتصال بحواسنها و الإستفادة من المعلومات التي تعرضها<sup>4</sup> . أما عن سبب ظهور هذه الشبكة فقد كان عسكرياً محضاً حيث كلفت الولايات المتحدة الأمريكية شركة حكومية تدعى

(1) مع الإشارة أن استعمال الانترنت في الجزائر كان قبل صدور هذا المرسوم، فقد أدخلت خدمة الانترنت لأول مرة

إلى الجزائر عام 1993 عن طريق مركز cerist وهو مركز للأبحاث تابع للدولة ، وفي 1998 صدر المرسوم التنفيذي 98-257 الذي ألغى هذا الاحتكار بأن سمح للخواص بتقديم هذه الخدمة تجارياً.

(2) ويلاحظ على المرسوم التنفيذي 98-257 من الناحية الشكلية، في الحثيات أي النصوص التي استند عليها هذا

المرسوم في صدره غياب المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار، ويعتبر القانون مهم في هذه المرحلة، وهي مرحلة الانتقال من الاقتصاد الموجه إلى الاقتصاد الحر، حيث يكرس هذا القانون مبدأ حرية الاستثمار. كما يلاحظ بأن واضعي هذا القانون تجاهلوا نص المادة 37 من الدستور التي تكرس مبدأ أساسياً من مبادئ الاقتصاد الحر، وهو مبدأ حرية التجارة، وأشاروا فقط إلى نص 85-4 والمادة 125/2 من الدستور.

(3) وبالجمع بين الكلمتين فإن المعنى الكامل هو الشبكة المتصلة أو البينية، أنظر في ذلك: هشام القطان، "التجارة

الالكترونية: استثمار، مضمون، اقتصاديات"، مجلة الرياض، العدد 37، آذار 2000، السعودية، ص 200.

(4) نورتن بوب وكاثي سميث، التجارة على الأنترنت، ترجمة مركز التعريب والبرمجة للدار العربية للعلوم، لبنان،

1997، ص 10.

RAND - وكالة مشروعات الأبحاث المتقدمة - بتوفير سبيل لاستمرار الاتصالات بين السلطات الأمريكية في حالة نشوب حرب جديدة نووية من خلال إيجاد شبكات حواسيب يتصل بعضها ببعض ، وكان هدف هذه الوكالة أساسا إجراء أبحاث في مجال الدفاع لضمان تفوق الولايات المتحدة الأمريكية في مجال أبحاث الدفاع خاصة بعدما أطلق الروس مركبتهم الفضائية ( سبوتنيك ) سنة 1957<sup>1</sup>.

انتهت هذه الشركة إلى وجوب بناء شبكة لا مركزية تعتمد مبدأ تحويل الرسائل إلى حزم تجمع هذه الأخيرة لدى المستقبل وتفك لتشكل الرسالة. وفي عام 1969 نفذت وزارة الدفاع الأمريكية مشروع هذه الشبكة وأسماها أربانت<sup>2</sup>. ربطت من خلال هذه الشبكة مجموعة من الجامعات الأمريكية عبر أربع عقد مكونة من أجهزة كمبيوتر عملاقة بهدف نقل المعلومات بسرعة هائلة بين تلك الأجهزة، وبالفعل نجحت هذه التجربة فطبقتها على نظام الاستخبارات الدفاعية. بعدها وفي عام 1980 تولت الهيئة القومية الأمريكية للعلوم الإشراف على هذه الشبكة بهدف السماح بدخول المجتمع العلمي كافة إلى المعلومات المخزنة على الشبكة وأصبحت أربانت تسمى NSFNET<sup>3</sup>، لتتفصل الشبكة العسكرية عن الشبكة الأم عام 1983 وهو تاريخ ميلاد شبكة الاتصالات الدولية انترنت وأصبح بإمكان مختلف الأفراد استخدامها.

في عام 1986، توسعت شبكة الانترنت وشملت المئات من الجامعات والمعاهد والاكاديميات، ثم انتقلت إلى التطبيقات الالكترونية التجارية، بحيث وفي عام 1990 بدأ مقدمو خدمة البريد الالكتروني تقديم معلومات عن أسعار البورصات العالمية وأسعار سوق المال وكذلك قدموا بيانات ومعلومات عن أعمال البنوك ومن هنا أصبحت الانترنت تستخدم لأغراض أخرى غير الأغراض العلمية وتزايدت الاتصالات الالكترونية عبر الشبكة بعد أن كانت حكرًا على مجموعة من العلماء والباحثين فقط.

يعتبر الانترنت أول مؤسسة عالمية لا تملكها أي حكومة، أما من يملك الخدمات الرئيسية

(1) د/الصالحين محمد أبو بكر العيش، "إرتباط الأنترنت والتجارة الإلكترونية بالعقد الالكتروني"، مجلة القانون لجامعة

قار يونس، ليبيا، مقال منشور على الموقع: <http://www.ladis.com>

(2) أربانت ARPANET هو اختصار لشبكة إدارة المشروعات البحثية المتقدمة Advanced Research

Projects Administration Network

(3) د/خالد ممدوح ابواهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفلور الجامعي، مصر، 2008، ص52.

للانترنت هو مقدم خدمة الانترنت ت<sup>1</sup>. أما الإدارة فتتم عن طريق هيئة تدعى الآيكان ICANN وهي هيئة غير ربحية تم تأسيسها دولياً تتولى مسؤولية توزيع مجالات العناوين في بروتوكولات الانترنت وإدارة نظام سجلات المواقع العامة العالية المستوى، وسجلات المواقع لرمز الدولة، كما تضطلع بمسؤولية وظائف إدارة نظام الخوادم المركزي. يشرف على إدارة الآيكان مجلس إدارة يضم جنسيات مختلفة مكون من موظفين يعملون على أن تلبى الأيكان التزاماتها تجاه مجتمع الانترنت. كما يوجد اتحاد شبكة الانترنت مؤوره جونييف بسويسرا وهو عبارة عن اتحاد دولي أنشئ من اجل تنمية المعاهدات الدولية من اجل تطوير شبكة الانترنت<sup>2</sup>.

تأكد استخدام الشبكة في الأغراض التجارية عام 1992 عندما ظهرت شبكة الويب العالمية، من هنا بدأ التفاعل بين رجال الأعمال والانترنت حيث بدأت الشركات باستقبال ردود ورسائل البريد الإلكتروني على عروضها التي أعلنتها عبر مواقع لها على الشبكة ومنه

(1) مثل شركة أمريكا اون لاين، شبكة يونت بيبكس، شركة ولدكم، هي مسؤولة عن إيصال المستخدم بالشبكة. أنظر في ذلك: خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 53.

(2) نضيف في هذا الصدد وجود مشروع أمريكي يدعى انترنت 2 بدأ من خلال اتحاد أكثر من 130 جامعة أمريكية مع الحكومة الأمريكية وشركات تقنية المعلومات لتطوير تقنيات انترنت متقدمة وتطبيقات عالية المستوى لا يمكن أن تعمل على شبكة الانترنت المستخدمة حالياً. تقوم الجامعات والمعاهد باستخدام ( انترنت 2) للوصول إلى تطبيقات وطرق بحث جديدة مثل تقنية ( Learnig ) ( وهو برنامج سيتم استخدامه في الفصول الدراسية والتعليم عن بعد ) وكذلك المكاتب الالكترونية والتخيلية وعقد الاجتماعات عن بعد بكفاءة أعلى . بصفة عامة فان الخطة كانت لجعل مشروع ( انترنت 2 ) متاحاً للجميع من خلال قدرات عالية مبنية على ثلاث مزايا :

1 - **سعة أعلى للوصلة** ، وبالتالي سرعة عالية جداً لإرسال واستقبال المعلومات ، وسعة الوصلة هي التي تتحكم في معدل تدفق البيانات إلى أن تصل للحاسب الخاص بالمستخدم ، واتساع سعة الوصلة سيؤدي إلى إمكانية استخدام طرق جديدة لتقديم المعلومات لم تكن متاحة.

2 - **تعدد المهام والعمليات**، وتعدد المهام سيعني الكفاءة في توصيل المعلومة الواحدة لعدة أشخاص في نفس الوقت من خلال مهمة واحدة بدلاً من إرسالها من خلال مهمة جديدة لكل شخص من الأشخاص.

3 - **ضمان وصول المعلومات بكفاءة وانتظامية الأداء** : ضمان وصول المعلومة والتي يطلق عليها، يعني ان المحتويات التي كانت غير قابلة للوصول أو تصل بطريقة بطيئة لهدفها عبر شبكة الانترنت الحالية سيكون مضموناً وصولها لهدفها في الوقت المناسب، أنظر في ذلك: المحامي يونس عرب، "قانون الكمبيوتر"، اتحاد المصارف العربية، مصر ، 2001، ص 58.

إبرام صفقاتها من خلاله، فقد وجدوا فيه الفضاء السهل للاتصال والتفاوض حول السلع وبصورة سريعة وبتكلفة أقل سواء في اقتنائها أو إعادة بيعها .

ظهر أول موقع تجاري على الشبكة عام 1993، وفي شهر أبريل عام 1995 بلغ عدد المواقع التجارية على الشبكة 28 ألف موقع ليصل شهر أكتوبر من نفس السنة إلى 110 ألف موقع. وفي سنة 1996 دخل تجار التجزئة عالم الأنترنت لتسويق سلعهم وخدماتهم على الشبكة لتبلغ عدد المواقع التجارية على الأنترنت عام 2000 ما يقارب 12 مليون موقع<sup>1</sup>.

### ب - استغلال الأنترنت في التجارة الالكترونية:

يمكن استغلال الخدمات التي تتيحها شبكة الأنترنت كوسيلة إلكترونية للتعبير عن الإرادة، بحيث يستفاد من نص المادة 60 ق م ج<sup>2</sup> أنه يمكن الاعتداد بالوسيلة الالكترونية كوسيلة للتعبير عن الإرادة ، فهي تسمح أن يتم التعبير عن الإرادة صراحة وضمنيا ، فلأصل في التعبير أنه لا يخضع لشكل معين ، وللمتعاقدين أن يفصح عن إرادته بالطريقة التي تروق له بشرط أن يكون لها مدلول يفهمه الطرف الآخر . فكما يصح التعبير عن الإرادة بالكتابة أو القول أو الإشارة ، فإنه يصح باتخاذ موقف عملي معين يمكن أن يعبر عن إرادة التعاقد لدى الأطراف إذا كان هذا الموقف كافيا للدلالة عليها دلالة أكيدة.

بالمقابل، فالوسيلة الالكترونية يمكن أن تترجم لأي شكل من هذه الأشكال<sup>3</sup>، كتابة<sup>4</sup>، شفاهة<sup>5</sup>، إشارة<sup>6</sup>، أو حتى اتخاذ موقف<sup>1</sup>.

(1) علي محمد أحمد أبو العز، التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ن، 2008، ص27

(2) تنص على "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ أي موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه ، ويجوز أن يكون التعبير ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".

(3) والفوق يكمن في طريقة انتقال هذا التعبير -تتحول إلى الكترونيات تنتقل في الهواء- إلى أنه يتفق الفقه على جواز الاعتداد بهذه الطريقة طالما أنها في الأخير إشارات معلومة لدى الأطراف، في هذا الصدد يقول الدكتور صلاح الدين الناصي : " أن الكتابة في الهواء إذا كانت عبارة عن رموز متعارف عليها وإشارات معلومة لدى الطرفين فإن التعبير بها يصح " انظر في ذلك د/ العبودي عباس ، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال ...، مرجع سابق، ص61.

(4) كالتعاقد عن طريق البريد الإلكتروني.

(5) التعاقد عن طريق المشاهدة

(6) أصبحت بعض الإشارات والرموز متعارفا عليها على الشبكة مثلا:

إن التعبير عن الإيجاب و القبول في العقود الإلكترونية التي تتم عبر الانترنت -على إعتبار أن التعاقد عن طريق الأنترنت من أحسن الأمثلة عن التعاقد الإلكتروني- عادة تكون في شكل رسائل البيانات يتم تبادلها بأشكال مختلفة ، وعلى العموم يمكن عرض بعض طرق تبادل هذه الرسائل وهي:

### 1- عبر البريد الإلكتروني:

الإيجاب والقبول عبر الإنترنت لا يعدو أن يكون نفسه الإيجاب والقبول التقليدي ولكن تختلف الأدوات والأشكال ويبقى الجوهر والمضمون نفسه، لذا نجد أن كل من الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني يتم من خلال شبكة عالمية تعتبر أكثر ملائمة وسرعة في نقل البيانات والكتابة الإلكترونية.

تعددت التعريفات الفقهية للبريد الإلكتروني وإن إتفقت جميعها في المضمون، فيعرفه كل من P.BREESE و G.KAUFMAN<sup>2</sup> " أنه مكنة التبادل غير المتزامن للرسائل بين أجهزة الحاسب الآلي " ، ويعرفه F.COLANTONIO<sup>3</sup> أنه " طريقة تسمح بتبادل الرسائل المكتوبة بين الأجهزة المتصلة بشبكة معلومات " ، ويعرفه قانون الثقة في الإقتصاد الرقمي الفرنسي

> تدل على الغضب يعنى عدم الموافقة.

< تدل على وجه مبتسم أي الموافقة.

(1) كالبيع عن طريق الماكينات، في هذا الصدد تكيف التشريعات المدنية و التجارية عرض البضائع على واجهات المحلات مع وضع الأسعار بأنها إيجاب من طرف البائع، صورة التعبير فيه تتخذ شكل اتخاذ موقف لا يدع شك في نية صاحبه على مدلولها، أما الجانب الدعائي و الاشعاري للسلعة وتفاصيل أسعارها فتأخذها على أنها دعوة إلى التفاوض، فهل يعد عرض البضائع والخدمات عن طريق الإنترنت كعرض البضائع على واجهات المحلات التجارية؟ نجد إجابة عن هذا التساؤل ضمناً في المادة 06 فقرة 01 من تشريع إمارة دبي بنصها: " ليس في هذا القانون ما يتطلب من شخص أن يستخدم أو يقبل معلومات بشكل الكتروني، الا انه يجوز استنتاج موافقة الشخص من سلوكه الايجابي ". يمكن للفرد أن يتخذ سلوكاً ايجابياً يستنتج منه موافقته، والمادة 13 فقرة 01 من نفس التشريع بنصها " لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئياً أو كلياً بواسطة المراسلة الإلكترونية " ، في حين تعرف الرسالة الإلكترونية على أنها "معلومات الكترونية ترسل أو تستلم بوسائل الكترونية أيأ كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه". لا يوجد ما يمنع أن تتضمن هذه الرسالة معلومات خاصة بالسلع ، إذن واجهة المحل التجاري المادي تشبه واجهة الموقع الإلكتروني .

(2) مشار إليهما لدى: د/عبد الهادي فوزي العوضي، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية،

مصر، 2005، ص12.

(3) مشار إليه كذلك لدى: د/عبد الهادي فوزي العوضي، المرجع نفسه، ص12.



في مادته الأولى: " كل رسالة ، أيا كان شكلها نصية أو صوتية أو مصحوبة بصور وأصوات ، يتم إرسالها عبر شبكة عامة للاتصالات ، ويتم تخزينها عند أحد خوادم هذه الشبكة أو في المعدات الطرفية للمرسل إليه حتى يتمكن هذا الأخير من استعادتها".

هذه التعاريف، البعض منها يركز على وصف البريد الإلكتروني على أنه وسيلة اتصال تعتمد على تقنية الحاسوب والبعض الآخر يهتم ببيان مضمونه ووظيفته. وعلى كل إذا حررت الرسالة بما تتضمنه من شروط تستوجب توفرها في الإيجاب تأتي مرحلة أخرى وهي إرسالها واستهداف الشخص المطلوب. وهكذا تسمح هذه التقنية بإرسال الإرادة إلى المرسل إليه والذي يستلمها بفتح الصندوق<sup>1</sup>.

## 2- عبر المواقع الإلكترونية:

يدعي كذلك بالعنوان الإلكتروني ، وتقرب مواقع الانترنت في تقديم عروضها على واجهات الكترونية إلى حد كبير من واجهات المحلات التجارية العادية، ما يميز التعبير عن الإرادة من خلال هذه البوابة أنه يكون موجها للجمهور، فلا يكون مقصورا على أشخاص محددة.

يعد العنوان الإلكتروني فكرة جديدة ارتبط ظهورها بظهور الأنترنت، وتنقسم العناوين الإلكترونية إلى عناوين إلكترونية دولية أو عامة لا تنتمي إلى دولة معينة، وعناوين إلكترونية وطنية تنتهي بحرفين من حروف كل دولة<sup>2</sup> . ولم تتوحد آراء الفقه ولا أحكام القضاء على تعريف ثابت للعنوان الإلكتروني فاستندت بعض التعريفات إلى الطبيعة الفنية لهذا العنوان ، وارتكزت تعريفات أخرى على تكوين هذا العنوان على الشبكة وأخرى على

(1) Marie-Pierre FENOLL TROUSSEAU et Gérard HAAS, Internet et protection des données Personnelles, édition d'ites, paris, p.76.

(2) من بين المواقع الدولية نجد التي تنتهي ب (.com) وهي تشير إلى كل ما يتعلق بالأنشطة التجارية.

(.org) وهي تشير إلى كل ما يتعلق بالمنظمات المختلفة التي لا تسعى إلى تحقيق الربح.

(.net) وهي تشير إلى الهيئات التي تعمل في مجال الأنترنت .

أما المواقع الوطنية نجد منها التي تنتهي (.dz) الخاص بالمواقع الجزائرية.

(.fr) الخاص بالمواقع الفرنسية.

(eg) الخاص بالمواقع المصرية. لأكثر تفصيل في هذه المواقع أنظر: د/شريف محمد غنام ، حماية العلامات التجارية عبر الأنترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني ، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 22 وما يليها.



وظيفة هذا العنوان. وإن كان يمكن أن نورد التعريف التالي له وهو أنه عبارة عن مجموعة من الحروف تكتب بشكل معين يتم ترجمتها إلى أرقام وتشير إلى موقع معين على الشبكة<sup>1</sup>. وأيا كان تعريف الموقع الإلكتروني ، فقد احتل مكانة كبيرة على شبكة الأنترنت ، فقام بدور الإعلان عن المنتجات والخدمات كدعوة للتعاقد واستعمل أيضا للتعاقد<sup>2</sup>.

### 3 - عبر المحادثة الالكترونية و المشاهدة عبر الإنترنت

لا مانع من عرض الإيجاب على مواقع المحادثة الفورية و المباشرة و يُرد عليه في نفس اللحظة التي يكون فيها الطرفان على الكمبيوتر، و لو نرجع إلى مرحلة قبل انتشار الأنترنت لوجدنا أن فرنسا قد عرفت في مرحلة الثمانينات التعامل الفوري عبر جهاز MINTEL فإذا ما قورن هذا الجهاز بشبكات المحادثة و المشاهدة من حيث توجيه الإيجاب و رد القبول لوجدنا أن الأمر يحدث في الوقت ذاته أي أنه مجلس تعاقد لكن في شكله الافتراضي حيث يتم تبادل الإيجاب و القبول إما كتابة أو بالصوت و الصورة .

### ثانيا : تنظيم استغلال الأنترنت في الجزائر

نظم المشرع الجزائري استغلال الأنترنت كنشاط اقتصادي مقنن<sup>3</sup> بموجب المرسوم التنفيذي 98-257 المؤرخ في 25 أوت 1998 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الأنترنت واستغلالها المعدل بموجب مرسوم تنفيذي رقم 307-2000 المؤرخ في 14 أكتوبر سنة 2000.

يقصد بالنشاط المقنن، حسب المادة 2 من المرسوم التنفيذي 97-40<sup>4</sup> بأنه " يعتبر في مفهوم هذا المرسوم كنشاط أو مهنة مقننة، كل نشاط أو مهنة يخضعان للقيد في السجل

(1) أنظر في ذلك د/ شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص12.

(2) انظر في دور المواقع الالكترونية :

PIRONON Valérie, Les nouveaux défis du droit international privé : site actif, site passif, activité dirigée ?, Les nouveaux défis du commerce électronique sous la direction de ROCHFELD Judith, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2010.p92

(3) والنشاطات الاقتصادية المقننة تعتبر بغير قيد لمبدأ حرية الاستثمار أو حرية الصناعة والتجارة، ولقد برز هذا المصطلح لأول مرة في القانون الجزائري سنة 1993 في المواد 3، 4، 8 المرسوم التشريعي 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993، ج ر ج ج عدد 64 المعدل بموجب الأمر 03-2001 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمارات، ج ر ج ج عدد 47/ 2001 .

(4) المرسوم التنفيذي المؤرخ في 18 يناير سنة 1997 المتعلق بمعايير تحديد النشاطات والمهن المقننة الخاضعة

التجاري ويستوجبان بطبيعتهما ومحتواهما وبمضمونهما وبالوسائل الموضوعية حيز التنفيذ، توفر شروط خاصة للسماح بممارسة كل منها".

هذا التعريف جاء موسعا وذلك لعمومية المفاهيم المستعملة فهذه المادة تعتمد في تعريفها للنشاط المقنن على عدة معايير مجتمعة " بطبيعتها و بمحتواها وبمضمونها وبالوسائل الموضوعية حيز التنفيذ، توفر شروط خاصة للسماح بممارسة كل منها". وعليه فإن تكييف نشاط أو مهنة بأنها مقننة ( Réglementée )<sup>1</sup> مرتبط بوجود مصلحة تتطلب التأطير القانوني والتقني المطلوب<sup>2</sup>.

بالعودة للمرسوم التنفيذي 98-257 المعدل والمتمم ، نجده يتضمن 18 مادة تبين شروط إنشاء خدمة الانترنت والتزامات مقدميها . وللدخول لنشاط إستغلال خدمات الانترنت شروط قانونية تتمثل في شروط شكلية وأخرى موضوعية .

#### أ- الشروط الشكلية:

جاء في المرسوم رقم 98-257 السالف الذكر انه على كل من يرغب في إقامة خدمات الانترنت أن يقدم طلب للحصول على رخصة من الوزير المكلف بالمواصلات السلكية واللاسلكية ثم وبعد تعديل هذا المرسوم عوض مصطلح رخصة بترخيص<sup>3</sup>.

للقيد في السجل التجاري، وتأطيرها، ج ر ج ج عدد 05/ 1997 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 03-453 المؤرخ في 01 ديسمبر 2003 عدد 75/2003.

(1) وان كان اللفظ الأصح هو المهن المنظمة وليس المقننة.

(2) وهذه المصالح طبقا للمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 97-40 ترتبط بإحدى المجالات الآتية:

- النظام العام.
- أمن الأشخاص والممتلكات.
- حفظ الصحة العامة.
- حماية الأخلاق والآداب.

(3) تضمنت المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي رقم 98-257 على اشتراط رخصة ( licence ). غير أن النص باللغة الفرنسية يترجمها بـ ( autorisation ) والتي تعني ( ترخيص ). في حين هناك فرق بين نظام الرخصة ( Licence ) ونظام الترخيص ( Autorisation ) بحسب درجة خطورة النشاط على النظام العام ، بعد ذلك تدخل المشرع بنص صريح في المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي 2000-307 وأكد على استعمال نظام الترخيص وليس الرخصة، عندما نص بأنه " يعوض لفض "رخصة" المستعمل في صلب المرسوم التنفيذي 98-257 بلفظ " الترخيص " .

نشير إلى أن المشرع الجزائري وبموجب المرسوم التنفيذي 01-123 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية<sup>1</sup>، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 07-162<sup>2</sup> أخضع إنشاء واستغلال شبكات العمومية للمواصلات السلكية واللاسلكية أو توفير خدمات تحويل الصوت عبر الانترنت لـتخـيـص آخر تمنحه سلطة الضبط<sup>3</sup>.  
عليه، يفهم أن إقامة خدمة الإنترنت تتطلب ترخيصين<sup>4</sup> الأول من الوزير المكلف بالمواصلات السلكية واللاسلكية والثاني من سلطة ضبط البريد وتكنولوجيا الإعلام والاتصال.

من شروط الحصول على الترخيص<sup>5</sup> من الوزير يجب على الطالب أن يقدم عرض مفصل عن الخدمات التي يقترح تقديمها وكذلك شروط وكيفيات النفاذ إلى هذه الخدمات. كذلك يشترط دراسة تقنية حول الشبكة المقترحة وحول التجهيزات والبرامج المعلوماتية التابعة لها مع تحديد هيكلها وكذلك صيغ الوصل بالشبكة العمومية للاتصالات، كذلك يجب على المستثمر أن يقدم التزام من المصالح المختصة في الوزارة المكلفة بالاتصالات يثبت إمكانية إقامة الوصلة المخصصة، الضرورية لنقل خدمات الانترنت، ولا يسلم الترخيص بالاستغلال إلا بعد تحقيق تأهيلي يأمر به الوزير المكلف بالاتصالات و موافقة لجنة مكونة من ممثلي

(1) ج ر ج ج عدد 27/2001.

(2) المرسوم التنفيذي 07-162 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 01-123 المؤرخ في 9 ماي 2001 والمتعلق

بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات

المواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر ج ج عدد 37/2007.

(3) المواد 02 و 03 من المرسوم التنفيذي 01-123 المذكور سابقا.

(4) الترخيص عمل تسمح بموجبه السلطة الإدارية لمستفيد بممارسة نشاط أو التمتع بحق ممارسته.

كما يعتبر الترخيص، الإجراء الذي يمكن الإدارة أو السلطات العامة من ممارسة رقابتها الصارمة على الأنشطة الاقتصادية المقننة التي تشكل خطرا على الأشخاص أو الاقتصاد الوطني، وذلك من أجل الوصول لتحقيق الأمن العام، الصحة العامة والسكنية العامة، أي لضمان تحقيق الضبط الإداري، أنظر في ذلك: ناجي الزهراء، "التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الإلكترونية المدنية والتجارية"، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر العلمي المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون المنعقد في الفترة من 28 إلى 29 أكتوبر 2009. ليبيا.

(5) للتفصيل أنظر مذكرتنا للماجستير بعنوان استغلال خدمات الانترنت، مذكرة لنيل درجة ماجستير في الحقوق،

فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، ص 124 إلى ص 131.

وزارات مختلفة.

### ب- الشروط الموضوعية:

تتمثل هذه الشروط في تقديم الخدمة من موقع فيه إعلام آلي و أن يكون مقدم الخدمة شخص معنوي.

فيما يخص الموقع تنص المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي 98-257 أنه تقدم خدمات الانترنت من موقع يتوفر على وسائل للإعلام الآلي والاتصالات، وعرفت نفس المادة المقصود بالموقع على انه أي مكان يحتوي موزعات للمعطيات الضرورية لتقديم خدمات الانترنت.

كما حددت المادة الثانية من نفس المرسوم خدمات الانترنت<sup>1</sup> بعدها عدلت بموجب المرسوم التنفيذي 2000-307 وبمقتضى المادة 02 منه ترك اختصاص تحديد هذه الخدمات للوزير المكلف بالاتصالات السلكية واللاسلكية.

أما الأشخاص الذين لهم حق إقامة واستغلال خدمات الانترنت ، حسب المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي 98-257 أشخاص معنوية جزائرية و برأسمال جزائري ، فالمادة تنص على " لا يرخص بالدخول لنشاط الانترنت إلا للأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون الجزائري، المدعويين : مقدم الخدمات، وبرأس مال يملكه فقط أشخاص معنويين خاضعون للقانون العام، و/أو أشخاص طبيعيين من جنسية جزائرية".

يتضح من الوهلة الأولى بأن كل شخص معنوي خاضع للقانون الجزائري يمكنه الدخول لممارسة هذا النشاط، سواء كان هذا الشخص عام أو خاصاً، وبذلك حتى الأجانب الذين يقبلون الخضوع للقانون الجزائري<sup>2</sup> يمكنهم الاستفادة من ممارسة هذا النشاط، غير أن المشرع الجزائري يشترط في نفس المادة السابقة أن يكون رأس مال هذا الشخص المعنوي مملوك لأشخاص معنويين خاضعون للقانون العام و/أو أشخاص من جنسية جزائرية.

(1) بنصها على مايلي : " تعرف خدمات انترنت كما يلي: خدمات الواب الواسعة النطاق، البريد الإلكتروني، تلتات،

بروتوكول نقل الملفات، خدمة تعبئة الملفات، منبر التحوار " وحسنا فعل المشرع بتعديل هذه المادة وإلغاء

النص على هذه الخدمات فهذه الأخيرة لا يمكن تحديدها لأنها في تغير دائم ومستمر -من حيث زيادة الخدمات-

(2) فللخضوع للقانون الجزائري لا يعني التمتع بالجنسية الجزائرية، المهم يقبلون الخضوع له.

وبذلك المشرع الجزائري يقصي الأجانب من الاستثمار في نشاط الانترنت، وهذا يمس بأحد أهم المبادئ التي جاء بها قانون الاستثمار، وهو مبدأ عدم التمييز والتفرقة بين مستثمر مقيم ومستثمر غير مقيم، بين الوطنيين والأجانب<sup>1</sup>. غير أن المشرع الجزائري تراجع بعد ذلك عن هذا التمييز، وذلك بموجب المادة الثانية من المرسوم التنفيذي 307-2000، حيث فتح باب الاستثمار أمام الأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون الجزائري، وبذلك يمكن للمستثمر الأجنبي الدخول في هذا النشاط إذا أراد الخضوع لأحكام القانون الجزائري<sup>2</sup>.

## المطلب الثاني

### السماح باللجوء لبعض تقنيات التجارة الالكترونية

نلمس من خلال بعض النصوص القانونية الجزائرية، سماح باللجوء لبعض تقنيات التجارة الالكترونية، و من أهمها إمكانية التعاقد الكترونيا (فرع أول)، وكذا العمل بالدفاتر الالكترونية، إلى جانب استحداث ضمني لمفهوم السندات التجارية الالكترونية (فرع ثان).

## الفرع الأول

### إمكانية التعاقد الكترونيا

دفعت ثورة المعلومات مشرعي الدول إلى إجازة التعبير عن الإرادة العقدية عبر وسائل الكترونية صريحة، فالتقاء الإرادات الكترونيا يكفي لإبرام العقد متى استوفى شروط صحته<sup>3</sup>. هذا ما لم يرق به المشرع الجزائري صراحة، ولتحديد إمكانية اللجوء إلى التعاقد الكترونيا نعود للقواعد العامة لنجد أنه يمكن لمفهوم التعاقد أن يحتوي التعاقد الالكتروني، مع احتفاظ هذا الأخير ببعض الخصوصيات، فالعقد حسب المشرع الجزائري اتفاق بين شخص أو عدة أشخاص على إحداث أثر قانوني بحيث يلتزم احدهم تجاه الآخر بالقيام بعمل أو

(1) ناجي الزهراء، مرجع سابق.

(2) وبعد صدور قانون المالية التكميلي سنة 2009 نتحدث عن استثمار غير مباشر للأجانب أي الخضوع لقاعدة

49% و 51%

(3) د/خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، مرجع سابق، ص128.

الامتناع عنه أو نقل ملكية .وحسنا فعل عندما لم يحدد ط رق التعاقد أو الوسائل، من هنا لا يوجد ما يمنع أن تكون وسيلة التعاقد الكترونية . كذلك عندما نص المشرع في المادة 2/64 ت م ج على: " إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل." فسمح المجال لتقبل أي طريقة اتصال تماثل الهاتف ومنها شبكة الانترنت.

بالمقابل، اعترف المشرع بالكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني لن يتأتى إلا بعد التعاقد والذي بدوره يمكن ان يكون إلكتروني<sup>1</sup>. لكن من الأفضل لو اعترف المشرع صراحة بالوسيلة الالكترونية في التعاقد كي يحسم هذه المسألة<sup>1</sup>.

لم يعرف المشرع الجزائري مصطلح الكتروني إلا انه نجد لهذا الأخير تعريفا في التشريع الكندي بالتحديد في قانون التجارة الالكترونية الموحد عام 1999 وينص في مادته الأولى أن مصطلح الكتروني يعني: "عملية إنشاء أو تسجيل أو نقل أو تخزين في صيغة رقمية أو أي صيغة أخرى غير ملموسة بواسطة وسائل الكترونية أو بأية وسائل أخرى مشابهة لديها القدرة على الإنشاء أو التسجيل أو النقل أو التخزين الكترونيا"<sup>2</sup> ، على العموم، فإن النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية يستدعي منا دراسة مفهومه العقد الالكتروني(أولا)، ثم الطبيعة القانونية لعقود التجارة الالكترونية(ثانيا).

(1) فقد أقر القانون النموذجي للتجارة الالكترونية لسنة 1996 تبادل التعبير عن الإرادة من خلال تبادل البيانات الكترونيا حيث نصت المادة 11 منه على: "في سياق إنشاء العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض. وعند استخدام رسالة البيانات في إنشاء العقد لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض".

كما أجاز قانون التجارة الأمريكي الموحد في المادة 1/204 انعقاد عقد بيع البضائع بأي طريقة أو وسيلة ما دامت تظهر تراضي طرفيه بما في ذلك سلوكهما الذي يدل على إقرارهما وجود العقد . وأيضاً قانون المعاملات الالكترونية الأمريكي الموحد عام 1999 حيث نص صراحة على أحكام التعاقد الكترونيا عندما قرر أن التسجيل الالكتروني يعادل المستند المكتوب خطياً.

كما تقرر اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع في مادتها العاشرة جواز التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري، أنظر د. محمد شكري سرور ، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية ، 1988 ، ص 87 .

(2) أنظر في هذا التعريف د/ خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص 247.

## أولاً: مفهوم العقد الالكتروني

العقد الالكتروني لا يخرج في بناءه وتركيبه عن مفهوم العقد والمتمثل في تلاقي إرادتين أو أكثر على إحداث اثر قانوني، لكن له خصوصيات تميزه عن غيره (أ)، ثم أين يجب التحقق صفة "إلكتروني" فيه (ب).

## أ- تعريف العقد الالكتروني وخصائصه

تعددت التعاريف التي قدمت بشأن العقد الالكتروني سواء من الفقه<sup>1</sup> أو التشريع(1)، كما انه يمتاز بخصائص تميزه عن نظيره التقليدي(2).

## 1- تعريف العقد الالكتروني:

من بين التعاريف الفقهية نجد:

عرفه BEAUR D'augeres على انه "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة، مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل<sup>2</sup>. عدا ذلك لا يختلف العقد الالكتروني عن أي عقد آخر فيجوز أن يرد على الأشياء والخدمات طالما ليست خارجة عن التعامل أما أطرافه فهم أنفسهم في العقود الأخرى بائعون مشترون، شركات... الخ.

تعريف آخر يرى انه التقاء إيجاب صادر من طرف، محله عرض بطرق سمعية أو بصرية او كليهما على شبكة اتصالات بقبول صادر من طرف آخر بذات الطرق وتحقيقا لعملية معينة يرغب الطرفان في انجازها وهي في العادة مبادلة القيم والأموال<sup>3</sup>.

(1) تتعدد هذه التعاريف وتختلف باختلاف وجهات النظر للعقد فوأي يعرفه بالنظر لأطراف العلاقة القانونية على

انه: "تنفيذ وإبرام كل المعاملات في السلع والخدمات التي تتم بين بائع و مستهلك وذلك باستخدام تكنولوجيا ا

المعلومات والاتصالات"، أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي(الالكتروني، السياحي،

البيئي) دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص 67. تعريف آخر بحسب وسيلة إبرامه: "ذلك العقد الذي تم إبرامه

عبر الشبكة" وهو عقد عادي يكتسب الطابع الالكتروني ي من الطريقة التي ينعقد بها. أنظر ر في ذلك: صالح

المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص 3.

(2) BEAURE D'Augeres, Breese e Thuilier, paiement numérique sur internet, état et l'art, aspects juridiques et impact sur les métiers, Thomson .France, 1997, p76

وان كان يعاب على هذا التعريف انه حصر الوسيلة التي يتم بها العقد في الوسيلة المسموعة والم رئية، غير انه يمكن إبرام العقد الالكتروني بأحدهما.

(3) بشار طلال المومني ، مشكلات التعاقد عبر الانترنت ، عالم الكتب الحديث، الأردن، 2000، ص 24.

تعريف آخر هو العقد الذي يتم انعقاده بوسيلة الكترونية سواء كانت هذه الوسيلة كهربائية أو مغناطيسية أو أي وسيلة أخرى مماثلة<sup>1</sup>.

العقد الذي يتكون وينفذ بوسيلة نقل أو اتصال بينية وهو عقد عن بعد يتم بوسائل اتصال تفاعلية أو برنامج الكتروني<sup>2</sup>.

انه ارتباط إيجاب بقبول دون حضور مادي لطرفيه وذلك باستخدام وسيلة الك بتونية للاتصال عن بعد كلياً أو جزئياً<sup>3</sup>.

عرفه جانب من الفقه الأمريكي بأنه: هو ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفاً ومعالجة الكترونياً وتتسبب التزامات تعاقدية<sup>4</sup>.

ويعرف بعض الفقه اللاتيني العقد الالكتروني بأنه اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل<sup>5</sup>.

تقوم جميع هذه التعاريف على دعامين هما:

(1) د/إيمان مأمون أحمد، الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، المنصورة، مصر، 2005، ص56، وان كان يعاب على هذا التعريف انه قدم معنى الوسائل الالكترونية ولم يعرف العقد حيث عرفت العقد الالكتروني انه عقد يتم بوسيلة الكترونية سواء...

(2) Olivier ITEAU, internet et le droit, aspects juridique du commerce électronique, egolles, France, 1996,p23

التعريف الذي قدمه هذا المؤلف يتركز على خاصيتين للعقد الالكتروني:

- انه لا بد أن تكون هناك وسيلة الكترونية (اتصال أو أي برنامج الكتروني) بين طرفيه سواء عند تكوين العقد و عند تنفيذه، في حين انه يكفي توفر الوسيلة الالكترونية في احدهما كي يكون العقد الكترونياً.

- انه دائماً يكون إبرامه عن بعد.

(3) علي محمد احمد أبو العز، مرجع سابق، ص130.

(4) انظر د / أسامة أبو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الانترنت ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2000 ، ص39.

(5) انظر د/ خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الالكتروني ، دار الفكر الجامعي ، مصر 2006 ، ص52. ويأخذ على هذا التعريف أنه جاء ناقصاً حيث لم يبين النتيجة المترتبة على التقاء الإيجاب والقبول ، وهي إحداث أثر قانوني وإنشاء التزامات تعاقدية.



- انه اتفاق بين طرفين أو أكثر.

- انه يتم بوسيلة اتصال عن بعد مهما كانت الوسيلة ودون تحديد وقت استعمالها.

في حين يرى الأستاذ Arnaud RAYNAUARD أن العقد الالكتروني هو العقد الذي ينطبق التراضي فيه بوسيلة الكترونية، بحيث حتى وان كان الإيجاب بالب ريد العادي أو شفاهة المهم أن التقاء الإرادات<sup>1</sup> تم الكترونيا وليس صدو رها الكترونيا، مثلا إذا تم التعبي ر عن الإرادة عن طريق الفاكس هذه الإرادة ستتوجم على الورق وهذا لا يكفي كي يكون العقد الالكتروني.

أما بخصوص التشريعات، فإن أغليبتها لم تقدم تعري فلعقد الالكتروني، والتي عرفتة منها عرفتة من خلال خصائصه<sup>2</sup>.

في حين أن هناك قوانين أخ رى عمدت إلى تعري ف الوسائل الالكترونية ولم تع رف العقد في حد ذاته، فبالنسبة للمش رع التونسي<sup>3</sup> مثلا لم يع رف العقد الالكتروني بل ع رف المبادلات الالكترونية على أنها تلك التي تتم باستعمال الوثائق الالكترونية<sup>1</sup>.

(1) في هذا الصدد يقول هذا الأستاذ انه من بين الصعوبات التي يطرحها التعاقد الالكتروني هو تحديد وقت العقد، فيشبه هذا الأخير بلوحة تبدو جميلة وبسيطة من بعيد لكن كلما اقتربنا منها تبدو اللوحة غامضة وغير مفهومة، أنظر في ذلك:

Arnaud RAYNAUARD, la formation du contrat électronique, Travaux de l'association Henri Capitan, édition panthéon Assas, Toulouse, 2002, p20.

(2) لنأخذ على سبيل المثال خاصية التعاقد عن بعد: عرفته المادة 2 من التوجيه الأوروبي الصادر في 20 ماي 1997 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد انه: "عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مو رد ومستهلك من خلال إطا ر تنظيمي خاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المو رد والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الكترونية حتى إتمام التعاقد"، أنظر في ذلك: فادي محمد عماد الدين أبو السعود توكل، عقد التجارة الالكترونية، رسالة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، جامعة القاهرة، مصر 2008، ص35، يعاب على هذا التعريف انه :

- حصر عقود السلع على البيع.

- أنه يشترط أن تكون الوسيلة الالكترونية في جميع مراحل التعاقد (حتى إتمام العقد)

نفس الموقف للمشروع الكندي فقد عرف القانون الخاص بولاية الكبك لحماية المستهلك في قسم 20 منه التعاقد عن بعد انه "تعاقد بين تاجر ومستهلك بدون تواجد مادي بينهما في حالة الإيجاب أو القبول حال كون الإيجاب غير موجه لمستهلك معين"، نقلا عن: د/ خالد ممدوح اياهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص75.

(3) قانون رقم 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية

نجد أن المشرع الجزائري قد عرف رسالة البيانات على أنها: «تبادل وقراءة وتخزين معلومات في شكل رسائل، معطيات بين الموزعات الموجودة في مواقع متباعدة، ويمكن المرسل إليه (أو المرسل إليهم) قراءة الرسالة المبعوثة في وقت حقيقي أو في وقت مؤجل»<sup>2</sup>. نجد أيضا القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996 عرف تبادل البيانات الالكترونية بأنه: "نقل المعلومات الكترونياً من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات".

كذلك المشرع الإماراتي<sup>3</sup> عرف الرسالة الالكترونية بأنها "معلومات الكترونية تُرسل أو تسلم بوسائل الكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها في المكان المتسلمة فيه"، بعدها في البند 8 عرف المعاملات الالكترونية أنها: "تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الالكترونية". نلاحظ أن هذه القوانين لم تولي اهتماما لتعريف العقد باعتبار أنه لا يختلف عن مفهومه في القواعد العامة بل عرفت الوسيلة الالكترونية<sup>4</sup> التي يتم بها تبادل المعلومات. أما تعريف العقد صراحة جاء في القانون الأردني فعرّفه هذا الأخير أنه "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كلياً أو جزئياً"<sup>5</sup>.

**2- خصائص العقد الالكتروني:**

إن التعاملات الالكترونية لا تؤدي إلى إثراء العقود المسماة بطائفة جديدة من العلاقات العقدية، كل ما في الأمر أنها ذات العقود التي نعرفها لكن تتم بطريق الكترون، وأن ما نجم من عقود جديدة في البيئة الإلكترونية ليست عقوداً أو معاملات متميزة كعقد الدخول للشبكة أو عقد الحصول على موقع على الشبكة... الخ، فهي بالتأكيد تتمتع بخصوصية

(1) د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الالكترونية العربية، شرح قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي، دار الفلكو الجامعي، مصر، 2004، ويستفاد من موقف المشرع التونسي أنه يسوي بين العقد الالكتروني والعقد الكتابي التقليدي بنصه على ما يلي: "العقود الالكترونية يجري عليها نظام العقود الكتابية فيما لا يتعارض مع هذا القانون". فهما لا يختلفان إلا في وسيلة التعاقد والتي تتم بها تبادل الإرادة لذلك عرف المبادلات الالكترونية.

(2) مرسوم تنفيذي رقم 01-123 المذكور سابقاً.

(3) قانون رقم 02 لسنة 2002 بتاريخ 12 فبراير 2002 بشأن المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي.

(4) وسائل إبرام العقود الالكترونية مختلفة أهمها: الانترنت، التلكس، الفاكس، البيجر، المنيبال، التلفون المرئي... الخ، لأكثر تفصيل في هذه الوسائل أنظر: فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 165 وما يليها.

(5) قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 في المادة 2 منه.

معينة لكنها لا تعدو أن تكون سوى تطبيقات خاصة للمقابلة أو تقديم خدمات ، وعلى كل أهم خصائص هذا العقد التي تميزه عن تلك التقليدية تتمثل في :

**2-1 الطابع الدولي لغالبية العقود :** هذه العقود تستعمل غالبا في التجارة الإلكترونية، هذه الأخيرة تتيح فرصة الوصول إلى أسواق بعيدة ومتنوعة ، بسرعة مذهلة، ونفقات قليلة دون الحاجة إلى التنقل بين المواقع الجغرافية المختلفة، مما يتيح لها تداولاً على مدار السنة، وانفتاحاً عالمياً<sup>1</sup>، فهذا يعني أنها تتم بوسيلة الكترونية متاحة لجميع أفراد العالم، ويستتبعه في ذلك أن العقود التي يبرمها أطراف العلاقة دائماً عقود دولية.

يرى جانب من الفقهاء أن عقود التجارة الإلكترونية دائماً دولية، بحجة أن الوسيلة المستعملة في التفاوض أو الإبرام أو التنفيذ وسيلة دولية، لذلك يصعب تحديد مكان إبرام العقد خاصة في حالة انتقال الشخص من دولة إلى أخرى، بحيث يقوم ببعض الإجراءات في دولة والبعض الآخر في دولة أخرى، أو يتواجد في مكان لا يخضع لسيطرة أي دولة كأعالي البحار وهو يحمل الكمبيوتر معه<sup>2</sup>.

جانب آخر من الفقه لا يأخذ بعين الاعتبار دولية وسيلة التعاقد بل يرى أن عقد التجارة الإلكترونية خاضع للقانون الوطني إذا كان طرف التعاقد من جنسية دولة واحدة. بالتالي فالعقد في هذه الحالة لن يتمتع بالصفة الدولية<sup>3</sup>، في حين أنه يكون دولياً إذا كان طرف التعاقد مختلفي الجنسية. ضف لذلك العقود التي تتم عن طريق وسائل الكترونية أخرى غير شبكة الانترنت.

**2 2 تتم عبر وسيط الكتروني:** بالمقارنة مع العقود التقليدية، فإن نظيرتها الإلكترونية تتم عن طريق أجهزة اتصال عن بعد ، عادة تكون موصولة بشبكة اتصالات دولية، تتكفل بنقل معلومات بين أطراف موصولة بها رغم تباعد المكان والزمان ، مما يتيح تفاعل متوازي

(1) لإنشاء موقع تجاري على الانترنت، يمكن الشركة صاحبة الموقع من الوصول إلى الأسواق العالمية، كما يمكن إدارة الشركة من متابعة، مراجعة ومعالجة المعاملات التجارية بكفاءة عالية، ومن أي موقع جغرافي في العالم. أنظر في ذلك: علي محمد أحمد أبو العز، مرجع سابق، ص58.

(2) مشار إليه لدى: مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص44.

(3) يتحقق ذلك عندما يقصر العارض عرضه على العملاء المقيمين داخل حدود دولته، ناهيك عن أن الانترنت ليست الوسيلة الوحيدة المستعملة في التجارة الإلكترونية، انظر في ذلك: د/طاهر شوقي مؤمن، مرجع سابق، ص24.

بين عدة أطراف، بحيث يستطيع أحد أطراف المعاملة أن يرسل إلى عدد لانتهائي من المستقبلين في نفس الوقت ودون الحاجة إلى إعادة صياغتها وإرسالها كل مرة، وهذا ما سيسمح باتساع مجال العلاقات التجارية<sup>1</sup>، فهي تتسم بإمكانية التفاعل مع العديد من المصادر في وقت واحد عن طريق رسالة إلكترونية بالإضافة إلى إمكانية تنفيذ كل مكونات العملية التجارية بما فيها تسليم السلع غير المادية على الشبكة وذلك بخلاف وسائل الإتصال السابقة والتي كانت تقف عاجزة على التسليم أو تقوم بتسليم البعض في صور نسخ غير أصلية أو غير واضحة وبالأخص إذا كانت هذه التقارير تحتوي على صور وذلك من خلال استخدام أجهزة الفاكس مثلاً<sup>2</sup>.

**2 3 اختيارية اللجوء للعقود الإلكترونية:** تمتاز العقود الإلكترونية في بعض التشريعات بأن الأخذ بها يكون اختياريًا لطرفيها، لأن هذا النظام يستوجب موافقة طرفي المعاملة على التعامل فيما بينهم بالوسائل الإلكترونية، وعليه يبادر طرف في المعاملة إلى اقتراح التعامل مع الطرف الآخر بهذا النظام، حتى إذا وافق أصبح التعامل فيما بينهما يتم بالوسائل الإلكترونية. ومثال ذلك ما نصت عليه المادة رقم 4 فقرة 1 من قانون المعاملات الإلكترونية رقم 69/2008 الصادر بتاريخ 17 ماي 2008 لسلطنة عمان. والتي تنص على الآتي "تطبق أحكام هذا القانون على المعاملات التي تتم بين الأطراف الذين اتفقوا على إجراء معاملاتهم بوسائل الكترونية ويجوز استنتاج موافقة الشخص على ذلك من سلوكه، وبالنسبة للحكومة يجب أن يكون قبولها بالتعامل الإلكتروني صريحاً."

**2-4 عدم وجود علاقة مباشرة بين الأطراف المتعاقدة:** السمة الرئيسية التي تهيمن على هذا النوع من المعاملات هو اعتمادها على التقنيات الحديثة والمتطورة قصد تذليل العقبات المادية للمعاملات سواء كانت محلية أو دولية<sup>3</sup>. من هنا يمكن القول أن العلاقة التي تجمع أطراف التجارة الإلكترونية علاقة غير مباشرة ذلك لصعوبة اجتماعهم في مكان واحد.

(1) فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز - الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في

القانون التجاري، جامعة القاهرة، مصر، 2008، ص38.

(2) أحمد باشي، مرجع سابق، ص70.

(3) د/ ايناس الخالدي، مرجع سابق، ص102.

## 2-5 عدم الاعتماد على الوثائق الورقية: من مميزات العقود الإلكترونية غياب

المستندات الورقية، بهذا تحل الدلائل الإلكترونية محل نظيرتها الورقية، ويصبح المستند الإلكتروني السند القانوني الوحيد المتاح لكلا الطرفين في حالة نشوء نزاع بينهما<sup>1</sup>. فمع تطور الوسائل الحديثة للاتصال والثورة التكنولوجية التي أصبحت تمكن الأشخاص من تبادل النصوص والصور والأصوات عبر شبكات إلكترونية، ظهر مفهوم الوثيقة الإلكترونية، والتي تعرّف على أنها: "هي الوثيقة المتكونة من مجموعة أحرف وأرقام أو أي إشارات رقمية أخرى بما في ذلك تلك المتبادلة عبر وسائل الاتصال، تكون ذات محتوى يمكن فهمه ومحفوظة على حامل إلكتروني يؤمن قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة"<sup>2</sup>.

### ب- تحقق صفة الإلكترونية في العقد:

السؤال الذي يطرح في هذه النقطة هو: هل يكفي لتحقيق صفة العقد الإلكتروني أن تلحق هذه الصفة جزءا منه فقط أو تتحقق في جميع أطوارها؟ بالنسبة للدول التي اعتوت في تشريعاتها بالعقد الإلكتروني صراحة<sup>3</sup>، فإنه لا يشترط لتمتع العقد بالصفة الإلكترونية أن تستغرق هذه الصفة تماما، فيكفي أن يبرم أو ينفذ جزئيا بوسيلة إلكترونية - وردت في تشريعاتها عبارة كليا أو جزئيا-.

أما بالنسبة للمشروع الجزائري الذي لم يورد أي تعريف لمثل هذه العقود، فإنه يطبق على هذا العقد القواعد العامة في التكييف، والتي تقضي أنه عند تكييف أو وصف عقد ما لابد من النظر إلى الصفة الغالبة فيه، من هنا فإن استخدام الوسيلة الإلكترونية استخداما هامشيا أو محدودا في إبرام أو تنفيذ العقد فإن ذلك لا يكفي لاعتباره من قبيل العقود الإلكترونية<sup>4</sup>.

(1) د/ عاطف عبد الحميد حسن، مبدأ الثبوت بالكتابة في ضوء التطور التكنولوجي الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 70. وبالطبع فإن ذلك يفتح الباب أمام قضية أدلة الإثبات القانوني وأثرها كعائق أمام نمو

التجارة الإلكترونية، أنظر في ذلك/ أحمد باشي، مرجع سابق، ص 65.

(2) هذا التعريف جاء في القانون التونسي لسنة 2000 عدد 57 المؤرخ في 13 جوان 2000 المتعلق بتنقيح وإتمام بعض فصول من مجلة الالتزامات والعقود .

(3) كالمشروع الأردني الذي عرف العقد الإلكتروني كما يلي: "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كليا أو جزئيا" والمشروع الإماراتي -إمارة دبي- عرف المعاملات الإلكترونية على أنها أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية.

(4) مثال ذلك أن تعلن شركة بيع منتج معين فليكن أدوية مثلا وتشير في إعلانها إلى إمكانية معرفة تفاصيل العقد عبر موقعها على الشبكة، ثم يتوجه المشتري لإبرام العقد في مقر الشركة ويتسلم البضاعة هناك، فهذا حصول

يجب أن يظهر دور الوسيلة الإلكترونية غالباً ومهماً كي يكون هذا العقد إلكتروني، لكن هل يشترط أن تستعمل هذه الوسيلة في الانعقاد أو التنفيذ أو في كليهما معاً؟ إذا تحققت صفة الإلكترونية في كل مراحله فإن العقد سيكون حتماً إلكتروني، أما بخصوص توفرها في التنفيذ أو الانعقاد، يمكن القول أن العمليتين متكاملتين باعتبار أن العقد ينعقد من أجل تنفيذه فانه من البديهي أنه يكفي تحقق الصفة الإلكترونية في أحدهما كي يكون العقد الإلكتروني.

وفي هذا الصدد يمكن أن نشير للتناقض الذي وقع فيه المشرع الأردني بخصوص هذه المسألة، حيث قام بتعريف المعاملة الإلكترونية على أنها تلك التي تنفذ بوسائل إلكترونية وكان من المنتظر أن يعرف العقد الإلكتروني باعتباره أهم صور المعاملات الإلكترونية على أنه عقد ينفذ بوسائل إلكترونية، هذا ما لم يفعله حيث عرف هذا الأخير على أنه اتفاق يتم انعقاده بوسائل إلكترونية. فأخذنا بالمعنى الحرفي المشرع وقع في تناقض، حيث أن المعاملة تكون إلكترونية إذا نفذت إلكترونيًا أما العقد يكون كذلك إذا أبرم إلكترونيًا<sup>1</sup>. ولتفادي هذا التعارض سيؤدي بنا إلى إخراج العقد من دائرة المعاملات، في حين أن العقد يعد من أهم صور وتطبيقات المعاملات، لذلك نرى أن هذا التناقض غير مقصود ولا بد أن يتداركه المشرع، وإن نية هذا الأخير كانت ربما تنصرف إلى اعتبار كل من العقد والمعاملات الإلكترونية ما يبرم أو ينفذ بوسيلة إلكترونية.

### ثانياً- عقد التجارة الإلكترونية<sup>2</sup> وتمييزه عن عقود الفضاء الإلكتروني.

المستوى على المعلومات التفصيلية عن العقد والذي وضحت له العناصر الجوهرية- صحة الوضئ وهو جزء من العملية التعاقدية- قد تم عبر الشبكة- وسيلة إلكترونية- إلا أن إبرامه وتنفيذه قد تم بصفة أساسية بطريقة تقليدية. من ثمة لا يعد هذا العقد من قبيل العقود الإلكترونية، طالما لا تظهر هذه الوسيلة الإلكترونية غالبية أو مهمة في التعاقد.

- (1) مثال ذلك بيع سيارة عبر الشبكة، أخذنا بمفهوم المعاملة سيكون بيعاً عادياً إذ أن التنفيذ والتسليم يتم خارج الشبكة، أما بمفهوم العقد يعتبر التصرف الإلكتروني طالما تم إبرام العقد عن طريق الشبكة، والأمر بالعكس عندما يتعلق الأمر ببيع برنامج معلوماتي يتم الاتفاق على ذلك بطريقة عادية على أن يتم تنفيذه إلكترونياً بتحميل البرنامج المبيع عبر الشبكة، مفهوم المعاملة تجعله الإلكتروني أما مفهوم العقد يجعله عقداً عادياً.
- (2) وعموماً فإن عقود التجارة الإلكترونية يصعب حصرها، باعتبار أن بعضها يندرج ضمن العقود المسماة والبعض الآخر يندرج ضمن العقود غير المسماة، ولا شك أن هذه العقود هي من صور العقود الإلكترونية بوجه عام، وهذه الأخيرة نستطيع تقسيمها إلى ثلاث شرائح كما يلي:

تعرف التجارة الإلكترونية على أنها عمليات البيع والشراء عبر الشبكات الإلكترونية على المستويين السلعي والخدماتي بجانب المعلومات وبرامج الكمبيوتر وأنشطة أخرى تساعد على الممارسات التجارية<sup>1</sup>. وكأهم وسيلة لتنفيذها نجد العقد والذي يجب أن يكون إلكترونيًا من جهة ويتضمن أحد أوجه نشاطات التجارة من جهة أخرى، لكن يثور خلاف حول تكييف هذا العقد فيما إذا كان عقدا رضائيا أو عقد إذعان (أ)، ثم إن اتساع الفضاء الإلكتروني يستدعي تمييز عقد التجارة الإلكترونية عن عقود الفضاء الإلكتروني (ب).

### أ- الطبيعة القانونية لعقد التجارة الإلكترونية:

يمر عبر شبكة الإنترنت يوميًا الآلاف من العقود التي تبرمها الأطراف المتعاقدة من بيع وشراء واستئجار لمختلف السلع والخدمات، الأمر الذي يدعونا إلى تحليل هذه العقود وإمعان النظر في طبيعتها وتصنيفها كعقود رضائية، تخضع لمبدأ سلطان الإرادة والتراضي بين الأطراف المتعاقدة أو عقود إذعان لا يكون لأحد الأطراف فيها حرية الإرادة التي تمكنه من التفاوض حول شروط العقد، ولا يكون له إلا الاستجابة للشروط الموضوعة من الطرف الآخر، دون أن يملك مناقشتها أو التعديل فيها أو الاعتراض عليها مما يقربها إلى عقود الإذعان مثل عقود الغاز والكهرباء والنقل، وهناك نظريتان في هذا الموضوع.

### 1 - العقود الإلكترونية من طبيعة عقود الإذعان

(أ) العقود الخاصة بالبنية التحتية الاتصالية في التجارة الإلكترونية، وبصفة خاصة العقود القائمة بين الشركات التي تدبر هذه البنية والشركات التي تسعى لاستخدامها لكي تقدم خدمة لطرف ثالث.

(ب) العقود التي تتم بين مستخدمي الإنترنت العاديين والمؤسسات التي تعطيهم القدرة على الدخول إلى الإنترنت، وهذا النوع يدخل في نطاق العقود الخاصة بخدمات الاتصالات.

(ج) العقود التي تبرم بين مستخدمي الإنترنت، وهذا النوع له سمات خاصة حيث يتم التمييز من خلاله بين العقود التجارية وعقود المستهلكين.. استناداً إلى نوعين مختلفين من المعاملة، أولها يتم على المستوى الوطني، والثاني يتم على المستوى الدولي، وإن كان الفصل بينهما عادة يكون غير واضح، على أساس أن الإنترنت مفتوح على العالم كله ولا توجد معه حدود لأقاليم ودول. من ميزاته أن أغلبية المعاملات مجانية كما استقادت من الانترنت بدرجة كبيرة البيوع في المزاد انظر في ذلك : FAGES Bertrand, les contrats spéciaux conclus électroniquement, Travaux de l'association Henri capitan, édition panthéon Assas, Toulouse, 2002.p 79

(1) مصطفى سعيد احمد، "التجارة الإلكترونية في القرن القادم"، المؤتمر السابع للاقتصاديين الزراعيين، التكنولوجيا والزراعة المصرية في القرن 21، منعقد في القاهرة، الفترة بين 27 و29 يوليو 1999، ص2.



حسب القانون الإنجليزي أن عقود التجارة الإلكترونية هي بمثابة عقود إذعان، وإن لم يصرح بذلك صراحة، على اعتبار أن المتعاقد لا يملك إلا أن يضغط في عدد من الخانات المفتوحة أمامه في موقع البائع، أو المشتري، على المواصفات التي يرغب فيها من السلعة وعلى الثمن المحدد سلفاً، الذي لا يملك مناقشته أو المفاوضة عليه مع المتعاقد الآخر، وكل ما يتاح له هو إما قبول العقد برمته أو رفضه كلية<sup>1</sup>.

غير أن وجهة النظر هذه تستبعد الشروط الأخرى في عقد الإذعان الذي هو من عقود الاحتكار والمنافسة الضيقة، مثل عقود توريد الكهرباء والغاز والمياه التي تمس مصلحة حقيقية، وتقدم خدمة لا يستطيع المستهلك الاستغناء عنها بسهولة، في الوقت الذي يوجد محتكر وحيد أو عدد قليل من المنتجين لهذه السلعة الذين يقومون بتحديد أسعار بيعها للمستهلك.

## 2- العقود الإلكترونية عقود رضائية

إن مبدأ الرضائية يسود العقود الإلكترونية على اختلاف أنواعها، وأن حرية الأطراف المتعاقدة ليست مقيدة بالموافقة على الشروط المعدة سلفاً، فيجوز لأحد الأطراف شراء السلعة من منتج أو مورد آخر إن لم تعجبه الشروط المعروضة، لأن هناك عدداً كبيراً من البائعين والمشتريين الذين يتعاملون في السلعة، فإذا ما أراد أحد الأشخاص شراء سيارة فهناك عدد كبير من منتجي السيارات ذات الأشكال والأحجام والقدرات المختلفة، وعليه فإن تفصيل الشروط التي يضعها العارض إنما هي تحليل للإيجاب أو الدعوة إلى التعاقد وتبسيطه إلى طلبات وأوامر صغيرة تستجيب لكل صفة من صفات المنتج بفرض تقليل الزمن والمجهود وتسهيل عمليات البيع والشراء التي تتم عادة عن طريق أجهزة الكمبيوتر<sup>2</sup>.

وإذا سلمنا بأن عقد التجارة الإلكترونية عقد رضائي، مثله مثل عقود البيع والإيجار لتقديم سلعة أو خدمة فإننا سنحاول أن نحدد ماهية عقد البيع في التجارة الإلكترونية الذي

(1) آمانج رديم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنت، دراسة تحليلية مقارنة، دار وائل، الأردن، 2006. ص82

(2) مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الأنترنت، الطبعة الأولى، دار الكتاب القانونية، مصر، 2010. ص96.



يعد أوسع العقود مجالاً في الحياة العملية ويشكل الغالبية العظمى من العقود التي تتم على شبكة الإنترنت، وتجاذب الفقه والقضاء ثلاثة اتجاهات:

## 2 1 العقد الإلكتروني عقد بيع خدمة:

حكمت محكمة الاستئناف في إنجلترا في قضية "سان البان" بأن عقد بيع برنامج الكمبيوتر المسجل على قرص يندرج ضمن عقود بيع البضائع، في حين أن برنامج الكمبيوتر ذاته لا يعد كذلك لأنه نتاج النشاط الذهني وحق من حقوق الملكية الفكرية لصاحبه. و يقوم هذا الحكم على التفرقة والتمييز بين القرص كشيء مادي يمكن أن يكون محلاً للتداول كسلعة، وبين البرنامج المسجل عليه الذي هو من حقوق الملكية الفكرية، وهي تفرقة تبدو غريبة وغير منطقية، لأنه لا يمكن الفصل بين البرنامج والقرص المسجل عليه، لاسيما وأن القرص والبرنامج المسجل عليه يباع بثمن واحد للمستهلك دون أن يفكر البائع أو المشتري في أن يحدد لأي منهما سعراً مختلفاً.

## 2 2 العقد الإلكتروني عقد بيع سلعة:

انتقد الفقه في إنجلترا التفرقة التي جاءت في حكم قضية "سان البان" باعتبارها تفرقة غير منطقية لأنها تسمح بالتفرقة بين منتجات إلكترونية ذات طبيعة واحدة وإخضاعها لأحكام قانونية مختلفة لمجرد اختلاف وسائط البيع التي يتم بها، فبرامج الكمبيوتر التي تباع إلى المشتريين على أقراص تعد سلعاً في حين أن البرامج المنقولة مباشرة على شبكة الإنترنت أو في أي نظام اتصالات مشابه تعد خدمة. ويعد هذا الانتقاد أصوب، لأنه لم يعد يمكن التفرقة بين القرص المرن والبرامج المسجلة عليه، وتتم عملية البيع والشراء على الاثنين معاً، وقد تداركت محكمة الاستئناف في الولايات المتحدة هذا الخلط واعتبرت أن هناك اتجاهًا قويًا لاعتبار كل البرامج والأقراص المدمجة وغيرها المنتجة لأغراض السوق هي بضائع<sup>1</sup>.

## 2 3 عقد البيع الإلكتروني من طبيعة خاصة:

أخذ بهذا المعيار القضاء الاسكتلندي فقد أخذت أحد محاكمها بوجهة النظر القائلة بأن عقد بيع الأقراص ليس مجرد عقد بيع أقراص وحده وليس عقد تقديم خدمات (معلومات) بوصفها نتاجاً ذهنياً، ولكن عقد يعد عقداً مركباً للشراء منتج مركب يتكون من الوسيط

(1) مصطفى موسى العجاردة، مرجع سابق، ص 99.

والمعلومة المسجلة عليه أو فيه، والتي تمثل حقوق الملكية الفكرية للمؤلف، وعلى هذا فيعد العقد من طبيعة خاصة، و أن عقد الملكية الفكرية قد اندمج مع عقد بيع الاسطوانة المرنة وأصبح الاثنان يكونان شيئاً واحداً هو محل العقد الذي يرد عليه عقد البيع.

### ب- تمييز عقد التجارة الالكترونية عن العقود المحيطة به في البيئة الالكترونية و اللازمة لتحقيقه:

يمكننا تقسيم عقود التجارة الالكترونية من أوجه متعددة ، و من أهم هذه التقسيمات ذلك الذي يأخذ في الاعتبار مدى ارتباط تنفيذ العقد بالشبكة نفسها ، فهناك من العقود الالكترونية ما ينفذ على الشبكة و ذلك عندما يكون محلها غير مادي و متاح على الخط أو على الشبكة : مثل الحصول على معلومات قصد الدراسة أو الطب ... الخ أو موسيقى أو أفلام أو أي برامج أخرى و منها ما يتم تنفيذه خارج الشبكة في العالم المادي أو الملموس و التي يكون محلها سلع أو خدمات مختلفة ، و في الحالة الأولى فان العقد يكون قد تم بكامله على الخط أو على الشبكة خاصة إذا تم الوفاء أيضا من خلالها ، أما في الحالة الثانية فان الشبكة لا تكون سوى وسيلة جديدة للتعاقد. وكذلك يمكن تقسيم هذه العقود، كما في عقود التجارة العادية إلى عقود تتعقد مع المستهلكين و أخرى تتم بين المهنيين.

و ما يهمنا هو أن نشير إلى طائفة من العقود التي تبرم بسبب التجارة الالكترونية في الغالب و من اجل تحقيقها دون أن تكون التجارة الالكترونية محلا لها.

#### 1- عقد الدخول إلى الشبكة:

يقصد به ذلك العقد الذي يلتزم بمقتضاه مقدم الخدمة بتمكين العميل من الدخول إلى الانترنت، من الناحية الفنية، وذلك بإتاحة الوسائل التي تمكنه من ذلك، و أهمها برنامج الاتصال الذي يحقق الربط بين جهاز الحاسوب و الشبكة ، و القيام ببعض الخطوات الفنية الضرورية لتسجيل العميل الجديد ، و ذلك مقابل التزام العميل بسداد رسوم الاشتراك المقررة<sup>1</sup>.

يلاحظ أن هذا العقد يعد احد صور عقود الإذعان، حيث لا يملك العميل المتعاقد طالب الخدمة (العميل) سوى قبول العرض المقدم من مورد الخدمة بكافة مشتملاته<sup>2</sup>.

(1) مناني فراح، مرجع سابق، ص35.

(2) فادي محمد عماد الدين أبو السعود توكّل، مرجع سابق، ص96.

و التزام مورد الخدمة في إطار هذا العقد و هو التزام بتحقيق نتيجة و ليس التزاما ببذل عناية، حيث يجب عليه أن يقوم بتحقيق اتصال العميل بالشبكة.

كما يقوم المورد ببعض الخطوات الفنية الضرورية لتسجيل العميل الجديد مقابل استيفاء الرسوم المسماة برسوم الإدارة أو الملف منه. كما يعرض المورد على عميله في الغالب خدمة المساعدة الفنية المسماة بالخط الساخن hot line و التي تستهدف حل المشكلات الفنية التي قد يواجهها المستخدم الجديد للانترنت عن طريق الهاتف.

يمكن إيجاز أهم التزامات المشروع الذي يقدم خدمة الخط الساخن في التزامه بان يحدد للعميل الوقت الذي يجوز له فيه الدخول إلى الخط الساخن و الوقت المحدد للرد عليه و بتحديد اللغة أو اللغات التي تقدم بها هذه الخدمة، و بتحديد خدمات المساعدة الفنية التي يلتزم بتقديمها أو تلك التي لن يلتزم بتقديمها ، و بتحديد متوسط المدة القصوى المخصصة لحل المشاكل التي يطرحها العميل.<sup>1</sup>

أما عن العميل، يلتزم في عقد الدخول إلى الانترنت بالتزام رئيسي هو سداد مبلغ معين يسمى بالاشتراك و ذلك في مقابل الدخول لمدة محددة أو غير محددة لجميع الخدمات التي تقدم على شبكة الانترنت أو بعضها.

## 2 - عقد الإيجار المعلوماتي :

عقد الإيجار المعلوماتي هو عقد من عقود تقديم الخدمات بمقتضاه يضع مقدم الخدمة تحت تصرف المشترك بعض إمكانات أجهزته أو أدواته المعلوماتية، و يتمثل ذلك غالبا في إتاحة انتفاعه بمساحة على القرص الصلب بأحد أجهزة الكمبيوتر الخاصة به على نحو معين.<sup>2</sup>

و مثال ذلك أن يتيح مقدم الخدمة المعلوماتية للمشارك إمكانية أن يكون له عنوان بريد الكتروني لديه ، فيخصص له حيزا على القرص الصلب لجهاز الكمبيوتر المملوك له و المتصل بشبكة الانترنت من اجل صندوق خطابه الالكترونية ، و يدخل في هذا النوع من تقديم الخدمات أيضا توفير مزود الخدمة لموقع web لأحد العملاء من خلال جهاز

(1) د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الالكترونية، مرجع سابق، 147.

(2) فادي محمد عماد الدين أبو السعود توكل، مرجع سابق، 95.

الكمبيوتر المملوك له و المتصل بشبكة الانترنت بحيث يتمكن من التعامل بشأن هذا الموقع من خلال هذا الجهاز.

يرى البعض<sup>1</sup> تكيف هذا العقد بأنه عقد إيجار أشياء و ذلك طالما أن مقدم الخدمة يسمح لعميله بالانتفاع بأجهزته مع احتفاظه بملكيتها و يتنازل له حيازته لبعض الإمكانيات التي تتيحها هذه الأجهزة ، و طالما أن ما يقدمه من خدمات فنية يعد ذا صفة تبعية بالنسبة للانتفاع بهذه الأجهزة.

يترتب على الأخذ بهذا التكيف نتيجة هامة بشأن مسؤولية مقدم هذه الخدمة عما قد يسببه استعمال العميل لأجهزته على نحو يضر بالغير، و الراجح أنها تتحدد بالقدر الذي يتخلل فيه عن حيازته لإمكانيات أجهزته، فإذا وصل ذلك إلى الحد الذي يمكن معه اعتبار أنها قد خرجت من تحت حراسته، فانه لا يكون مسئولاً عن الاستعمال الذي يقوم به المشترك. و لا يخرج من القواعد العامة المقررة بشأن مسؤولية حارس الأشياء.

### 3- عقد إنشاء المتجر الافتراضي:

يطلق البعض على هذا العقد الذي يحقق إنشاء المتجر الافتراضي عقد المشاركة، وذلك لأنه العقد الذي بمقتضاه يصبح المتجر الافتراضي مشاركا في المركز التجاري الافتراضي، الذي يجمع العديد من التجار تحت عنوان واحد و هو بذلك يماثل المركز التجاري التقليدي الذي يجمع العديد من التجار في مكان واحد.

ينظم هذا العقد بطبيعة الحال الالتزامين الرئيسيين فيه و هما التزام المركز التجاري بفتح المتجر الخاص بالمشارك على شبكة الانترنت، و ما يتضمنه ذلك من الترخيص له باستخدام برنامج متخصص يسمح له بمباشرة التجارة عبر شبكة الانترنت، و التزام المشارك بالمقابل المالي لذلك<sup>2</sup>، كما يتضمن هذا العقد بعض الأحكام التي تستهدف تنظيم مسؤولية طرفية بشأن بعض المسائل مثل ضرورة احترام التشريعات السارية التي تتعلق بهذه الأنشطة، و احترام المتجر الافتراضي للشروط العامة للمركز التجاري الافتراضي مع مراعاة وجود بعض الشروط الخاصة بالمتجر، و ضمان احترام الطرفين للأعراف التجارية، و تنظيم

(1) د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الالكترونية، مرجع سابق، ص 152.

(2) مناني فراح، مرجع سابق، ص 34.

إبرام العقود اللازمة مع الغير مثل الترخيص للمتجر من إحدى شركات البرامج باستخدام برنامج معين للوفاء على سبيل المثال.

يرى البعض تكيف هذا العقد بأنه عقد تقديم خدمات يدخل في نطاق عقد المقولة و تعرف المقولة على أنها "عقد بمقتضاه يلتزم أحد الأطراف بالقيام بعمل لحساب الآخر بمقابل يتفقان عليه " و هو الرأي الذي لا يتعارض مع ما هو مقرر بشأن عقد المقولة بصفة عامة<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني

### السماح بالعمل بالدفاتر و السندات التجارية الالكترونية

تجعل ممارسة التجارة الالكترونية أغلب ما يتعلق بها الكترونيا، فالتطور التكنولوجي اليوم فرض على التجار أن يستعملوا الوسائل الحديثة في عملهم، فنجد في الحياة العملية إعتقاد الكثير من التجار على الكمبيوتر في تسجيل مبيعاتهم وحتى مشترياتهم هذا ما يجعل دفاترهم التجارية تتحول من تقليدية إلى الكترونية (أولا)، بالإضافة إلى إتمام صفقاتهم الكترونيا بالتالي استعمال سندات تجارية الكترونية عوض الأوراق التجارية التقليدية (ثانيا).

#### أولا :إمكانية استخدام الدفاتر التجارية الالكترونية

مسك الدفاتر التجارية هو أسلوب قديم ضارب في أعماق الزمن<sup>2</sup>، ومازال لهذه الدفاتر أهميتها حتى اليوم، فهي وسيلة التاجر في معرفة مركزه المالي وتوجيه نشاطه المستقبلي، وهي خير شفيح له إذا أفلس، وهي أداة لحماية المتعاملين معه، وهي إحدى الأساليب الهامة لجهة الإدارة المالية عندما تريد محاسبة التاجر... الخ<sup>3</sup>.

(1) د/ اسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الالكترونية، مرجع سابق، ص155  
 (2) يعتبر الرومان أول من وضعوا بالفعل الجذور الأولى لفن المحاسبة التجارية، ولذلك فقد استعملوا الدفاتر التجارية واعتبروا الإخلال بها إهمالاً، وفي العصور الوسطى كان للدفتر قوة أوراق الموثقين الرسميين متى كان من يمسكها منتبهاً إلى طائفة التجار، وفي الشرق عرفت الدفاتر في مصر القديمة، كما أشارت كتب الفقه الإسلامي للبعض منها مثل دفتر البيع والصراف .. انظر في ذلك د. علي البارودي، القانون التجاري "الأعمال التجارية، التجار، الشركات التجارية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص 100.  
 (3) انظر في أهمية الدفاتر التجارية د.محمد فريد العريني، د.جلال وفاء البديري محمدين، قانون الأعمال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000، ص 145 وما بعدها .

وقد حرصت مختلف التشريعات على تحديد أنواع الدفاتر التجارية، وذلك للدور الذي تلعبه في الإثبات سواء بين التجار بعضهم البعض أو بين التجار وغيرهم ، كما قررت جزاءات لعدم مسك أو إنتظام هذه الدفاتر .

تزداد أهمية هذه الدفاتر في ظل الثورة المعلوماتية ، مما أدى لاحتمية تحولها لدفاتر إلكترونية<sup>1</sup>، والتي يرجع السبب الرئيسي لبزوغها إدخال الكثير من البرامج في التجارة وانتقال المستندات والفواتير الكترونيا، بل حتى تداول الحواسب الآلية في ظل التجارة التقليدية، مما أدى العديد من الدول إلى تنظيم هذا الإستخدام الجديد للوسائل الإلكترونية بالتالي قبولها للدفاتر الإلكترونية<sup>2</sup> .

بالعودة لموقف المشرع الجزائري، نجد أنه أوجب على كل تاجر - سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً - مسك دفاتر تدون فيها كل عملياته التي يقوم بها أثناء مزاولته لنشاطه

(1) في هذا الصدد يمكن أن نورد اختلاف التطبيقات القضائية بشأن الأخذ بالدفاتر التجارية الإلكترونية فمثلا يمكن أن نشير إلى قضية عرضت على القضاء اللبناني ، تتعلق بمدى إمكانية استبدال الدفاتر التجارية بالوسائل الإلكترونية ، حيث قضت محكمة الاستئناف ببيروت في قرار لها صدر في 2000 بحجية الوسائل الإلكترونية لمسك الدفاتر التجارية إذا ما قبلت بدفاتر تجارية أخرى وكانت متطابقة معها، على اعتبار استخدام تلك الوسائل بات عرفا تجاريا دوليا معتمدا في سائر القطاعات الاقتصادية ، وان القانون التجاري يكرس العرف التجاري كأحد مصادره، وان العرف يلعب دورا أساسيا في تكوين قواعده، وذلك لعجز النصوص التشريعية عن ملاحقة حاجيات التجارة ومن هنا يصبح العرف التجاري المستقر قاعدة قانونية يعمل بها. إلا أن محكمة التمييز نقضت هذا القرار من وجهين: الأول أن الواقع التشريعي النافذ والمعمول به لم يعتد بعد بهذه الوسائل كوسيلة إثبات كاملة ، والثاني ان العرف التجاري القائم على اعتماد الوسائل الإلكترونية لا يرجح على القواعد القانونية المفروضة ، والإثبات الإلكتروني لا يمكن الأخذ به الا عند ما يسمح به القانون، قرار صادر عن محكمة التمييز اللبنانية بتاريخ 6 افريل 2001 ملف رقم 2001/195 أنظر في ذلك: محمود محمد أبو فروة، الخدمات البنكية الإلكترونية عبر الانترنت، دار الثقافة، الأردن، 2009، ص122.

(2) ويعد التشريع السعودي أول التشريعات العربية التي عنيت بوضع تنظيم مفصل للدفاتر التجارية الإلكترونية وذلك بموجب المرسوم الملكي رقم 61 الصادر في 17-12-1409 هـ منشور في جريدة أم القرى ، عدد رقم 3269 بتاريخ 10-01-1410 هـ، وصدرت له لائحة تنفيذية بقرار وزاري تحت رقم 699 في 29/07/1410 هـ ، وتولت هذه القوانين تحديد التجار الذين يحق لهم مسك الدفاتر التجارية عن طريق الحاسب وكذا حددت القواعد والإجراءات التي تكفل صحة هذه البيانات وبينت المسؤولية المدنية والجزائية عن صحتها وكذا دور المحاسب القانوني حيالها. أنظر في ذلك : أ. د/ رضا السيد عبد الحميد ، "الدفاتر التجارية الإلكترونية في القانون المصري والسعودي والإماراتي" ، أعمال ندوة المنظمة العربية للتنمية الإدارية الخاصة بالعقود والاتفاقات في التجارة الإلكترونية، القاهرة ، 2007، ص130.

التجاري، و سمح ضمنا بأن يكون هذا المسك للدفاتر إلكترونية (أ)، لكن مع الاحتفاظ بهيمنة الدفاتر التقليدية الورقية (ب)، مع تنظيم ناقص لها (ج) .

### أ- السماح بمسك الدفاتر التجارية الكترونياً:

المبدأ بعد 2007<sup>1</sup> خاصة يكمن في إمكانية مسك الدفاتر التجارية الالكترونية حيث أشار المشرع الجزائري إلى ذلك<sup>2</sup>، لكن هناك بعض الملاحظات في هذا الصدد:

- لم يستعمل مصطلح الدفاتر التجارية الالكترونية بل مصطلح المحاسبة المالية عن طريق الإعلام الآلي، مع أن المقصود بها هي الدفاتر التجارية بحجة انه جاء في متن قانون رقم 11-07 المتضمن النظام المحاسبي المالي أن دفاتر المحاسبة تشمل الدفاتر اليومية و دفتر كبير و دفتر الجرد<sup>3</sup>.
- المحاسبة المالية لا تخص التجار فقط بل حسب المادة 04 من قانون رقم 11-07 السالف الذكر، فانه يلزم بمسك المحاسبة المالية الكيانات التالية:
  - الشركات الخاضعة لأحكام القانون التجاري.
  - التعاونيات.

(1) مع الإشارة إلى انه يفهم من نصوص سابقة إمكانية تحرير فواتير الكترونية ، فنجد مثلا المرسوم التنفيذي رقم 05-648 المؤرخ في 8 ذي القعدة 1426 الموافق ل 10 ديسمبر 2005 والذي يحدد شرط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم وكيفية ذلك، حيث تنص المادة 04 منه على: " يجب أن تحتوي الفاتورة على الختم الندي وتوقيع البائع إلا إذا حررت عن طريق النقل الالكتروني كما تنص عليه أحكام المادة 11 أدناه ، مع العلم انه لا يمكن استعمال هذه الأخيرة إذا كان الأمر يتعلق بتسوية النفقات العمومية". أما نص المادة 11 : " استثناء لأحكام هذا المرسوم يسمح بتحرير الفاتورة وإرسالها عن طريق النقل الالكتروني الذي يتمثل في نظام إرسال الفواتير المتضمن مجموع التجهيزات والأنظمة المعلوماتية التي تسمح لشخص أو أكثر بتبادل الفواتير عن بعد . يجب أن يتم استعمال الأسلوب المذكور أعلاه في الفقرة السابق وفق الكيفيات والإجراءات المحددة بقرار مشترك بين الوزراء المكلفين بالتجارة والمالية وبالمواصلات السلكية واللاسلكية " . هذه النصوص وضعها المشرع توازيا مع تعديله للقانون المدني والتجاري وإدخاله المفهوم الالكتروني وقد ضمنها السماح بالفاتورة الالكترونية.

(2) أنظر المادة 24 من قانون رقم 11-07 مؤرخ في 15 ذي القعدة 1428 الموافق 25 نوفمبر 2007 يتضمن النظام المحاسبي المالي، ج ر ج ج عدد 2007/74. ونصها كالآتي: " تمسك المحاسبة يدويا أو عن طريق الإعلام الآلي....."

(3) المادة 20 من قانون رقم 11-07 السالف الذكر .



- الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون المنتجون لسلع أو خدمات تجارية أو غير تجارية إذا كانوا يمارسون نشاطات اقتصادية مبنية على عمليات متكررة.
- كل الأشخاص المعنويين أو الطبيعيين الخاضعين لذلك بموجب نص قانوني أو تنظيمي. والتي لها أن تمسك محاسبتها أليا أو يدويا.
- جعل مسك المحاسبة المالية أمرا جوازيا بالنسبة للكيانات الصغيرة- التجار الصغار بصفة عامة-<sup>1</sup>.

وعليه، لكل من يتمتع بصفة التاجر أن يمسك دفاتره الكترونيا، فحسب التشريع الجزائري هناك فئات ملزمة بمسك دفاتر المحاسبة المالية التي يمكن أن تمسك يدويا أو الكترونيا وهناك فئة أخرى ترك لهم المشرع الحرية في مسكها من عدم ذلك، الفاصل بينهما هو القيمة الاقتصادية لهذه الكيانات، إذا كانت كبيرة فهي ملزمة، أما إذا كانت صغيرة فالأمر جوازي لها فبالنسبة للتجار الصغار عليهم أن يمسكوا حسابات مالية مبسطة حسب المادة 05 من قانون 11-07 كي يتمكنوا من مسك دفاتر الكترونية - طالما أن مسك هذه الحسابات لكل من الكيانيين (الضخم أو الصغير) يمكن أن يكون يدويا أو عن طريق الإعلام الآلي<sup>2</sup>-. ولاحظ أن المشرع الجزائري نص على شكل الدفاتر المحاسبية بالنسبة للكيانات المذكورة في المادة 04 من قانون رقم 11-07 السالف الذكر وهي تشمل كل من دفاتر اليومية و دفتر كبير و دفتر الجرد، اما الكيانات المصغرة لم يحدد شكلا خاصا بها بل أخضعها للتنظيم<sup>3</sup>.

(1) حسب نص المادة 05 من قانون رقم 11-07 السالف الذكر والاتي نصها: " يمكن الكيانات الصغيرة التي

لا يتعدى رقم أعمالها وعدد مستخدميها ونشاطها الحد المعين أن تمسك محاسبة مالية مبسطة...."

(2) على عكس المشرع السعودي الذي يحدد التجار الذين لهم الحق في مسك الدفاتر التجارية الالكترونية في السعودية وهم التجار الذين يتجاوز رأسمالهم ألف ريال سعودي، أما تشريع الإمارات وحسب المادة 32 من قانون المعاملات التجارية فلا يجوز مسك الدفاتر التجارية الالكترونية إلا من طرف المصارف والشركات والمؤسسات التي يصدر قرار بصدها من وزير الاقتصاد والتجارة، بمعنى حصولها على ترخيص مسبق من الوزارة. أنظر في ذلك: أ. د/ رضا السيد عبد الحميد، ص132.

(3) تنص المادة 20 قانون رقم 11-07 على ما يلي: " تمسك الكيانات الخاضعة لهذا القانون دفاتر المحاسبية تشمل دفتر يوميا ودفتر كبيرا و دفتر الجرد، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالكيانات الصغيرة.....". ثم تضيف المادة 22 من نفس القانون: " تمسك الكيانات الخاضعة لمحاسبة مالية مبسطة لضبط يومي للإيرادات والنفقات وتلزم بحفظ الوثائق الثبوتية لمدة 10 سنوات ابتداء من تاريخ قفل كل سنة مالية. تحدد كيفية مسك الضبط اليومي لإيرادات ونفقات الكيانات المذكورة أعلاه عن طريق التنظيم"



حسب القانون التجاري تنقسم الدفاتر التجارية إلى دفاتر إجبارية وأخرى اختيارية، تتمثل الأولى حسب المادتين 09 و 10 من ت ت ج في كل من دفتر اليومية ودفتر الجرد<sup>1</sup> ، أما الثانية فهي دفاتر متعلقة بالعمليات التجارية التي يقوم بها التاجر كأن يقوم بتخصيص دفتر للأجور ، دفتر للحوادث...الخ

وقد نص المشرع على ضرورة أن تكون الدفاتر التجارية منتظمة<sup>2</sup> ، ونعني بانتظام الدفاتر التجارية مسكها حسب الطرق والأصول المحاسبية المعترف بها، بحيث تعطى انطباعاً مطمئناً على صحة البيانات المقيدة بداخلها. و يراعى في كيفية مسك الدفاتر التجارية بصورة منتظمة الشروط التالية:

- تدوين تاريخ الدفتر وهو التاريخ الذي بدأ فيه التاجر مسك الدفتر وكذا تدوين تاريخ العمليات التجارية التي يقوم بها يوميا .
- يجب عند تدوين البيانات في هذه الدفاتر عدم ترك فراغات، كما لا يجب الكتابة في الحواشي أو بين السطور، كما يحظر على التاجر كشط أو محو أو تغيير أي بيان قام بتدوينه، فإذا وقع التاجر في خطأ فما عليه إلا ترك البيان كما هو دون كشط أو تصحيح ثم يثبت البيان الصحيح مشيراً إلى الخطأ السابق.
- كما يجب قبل البدء في تدوين دفترتي اليومية والجرد أن تكون كل صفحة فيها مرقمة وموقعة من المحكمة وعندما يوقع القاضي يحدد عدد الصفحات لتجنب إضافة صفحات أخرى أو تمزيقها.
- وبهذا يضافي على الدفاتر الصفة الرسمية، وتعتبر وسيلة إثبات للتاجر أو للغير الذي يتعامل معه، بالإضافة إلى أن هذا الإجراء يعطي مصداقية للدفاتر إذ لا يمكن للتاجر التلاعب فيها بتغيير صفحاتها بالزيادة أو النقصان.
- أما بالنسبة للكيانات الكبيرة والمذكورة في المادة الرابعة من قانون 07-11 فإنه :
- من جهة حدد المقصود و الغرض من دفاتر اليومية و الدفتر الكبير ودفتر الجرد بحيث

(1) دفتر اليومية هو دفتر يدون فيه التاجر ما يقوم به يوميا من الصباح إلى المساء ويمسك معه التاجر كل المستندات والأوراق المالية التي تثبت كل عملية قيدها أو دونها فيه. ويمكن أن يعرض التاجر هذا الدفتر بدفتر آخر شهري، أما دفتر الجرد نعني به دفتر ختامي سنوي يجمع فيه كل أصول وخصوم التاجر وعلى أساسه يتم تبيان أرباح التاجر أو خسارته طوال السنة.

(2) أنظر المادة 11 من ق ت ج.

يتفرع من الدفتر اليومي والدفتر الكبير عدد من الدفاتر المساعدة والسجلات المساعدة بالقدر الذي يتوافق مع احتياجات الكيان. تسجل في الدفتر اليومي حركات الأصول والأموال الخاصة والأعباء ومنتجات الكيان . وفي حالة استعمال دفاتر مساعدة فان الدفتر اليومي يتضمن فقط الرصيد الشهري للكتابات الواردة في الدفاتر المساعدة، كما يتضمن الدفتر الكبير مجموع حركات الحسابات خلال الفترة المعينة، أما دفتر الجرد تتقل فيه الميزانية وحساب النتائج الخاصة بالكيان. ويخضع دفتر اليومي ودفتر الجرد للتزقيم والتأشير من قبل رئيس محكمة مقر الكيان كما تمسك هذه الدفاتر بدون ترك بياض أو تغيير من أي نوع كان أو نقل إلى الهامش. - من جهة أخرى اخضع المشرع الكيان الذي اختار أن يمك محاسبته عن طريق الإعلام الآلي للمرسوم التنفيذي رقم 09 - 110 المؤرخ في 08 افريل 2009 الذي يحدد شروط و كفيات مسك المحاسبة بواسطة الإعلام الآلي<sup>1</sup>. هذا الأخير ينص على انه يطبق طابع عدم الشطب أو تصحيح التسجيلات المفروض في المحاسبات اليدوية، في المحاسبات الممسوكة بالإعلام الآلي في شكل إجراء التصديق لكل الفترة المحاسبية الذي يمنع كل تعديل أو حذف لتسجيل مصادق عليه<sup>2</sup>. دون أن يبين الجهة المختصة بهذه المصادقة<sup>3</sup>.

إذا ما احترمت شروط الانتظام تصبح الدفاتر التجارية ذات حجية قانونية في الإثبات، إلا أن حرية الاختيار التي استحدثها المشرع بين الدفاتر التجارية ومخرجات الحاسوب يبدو أنها لا تسهل احترام هذه الشروط على من ينوي استخدام الأساليب الحديثة في قيد عملياته التجارية- طالما لم ينص على كيفية المسك والانتظام- ، وبالتالي سيكون ضحية لتطبيق الجزاءات المقررة على مخالفة الالتزام بمسك الدفاتر التجارية، إلا إذا تم استحداث شروط انتظام جديدة خاصة بالدفاتر التجارية الالكترونية بحيث تتلاءم مع هذا النوع الجديد من الدفاتر.

(1) ج ر ج ج 21 عدد/2009.

(2) حسب نص المادة 06 من المرسوم التنفيذي 09-110 السابق الذكر.

(3) يبقى مؤدي خدمات التصديق الالكتروني المنشأ بموجب المرسوم التنفيذي 07-162 المعدل والمتمم لمرسوم التنفيذي 01-123 المؤرخ في 9 ماي 2001 والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية ، ج ر ج ج عدد 37/2007 هو الوحيد الذي يقدم شهادات المصادقة الالكترونية ، فهل لعمل هذا الجهاز نفس قيمة عمل القاضي؟

كما أن بقاء الأمر على حاله يجبر التاجر الذي يمسك الدفاتر الإلكترونية أن يحتفظ بكل الوثائق الورقية التي تتضمنها دفاتره الإلكترونية<sup>1</sup> وهذا ما يبين أن المشرع لم يصل إلى حد الوثوق الكلي بما هو الكتروني والاستغناء عن الوثائق الورقية وهو ما ندعوه بمبدأ هيمنة الورق.

### ب- هيمنة الدفاتر التجارية التقليدية الورقية:

حسب المادة 18 من قانون 07-11 فإن كل العمليات التجارية الواردة في الدفاتر التجارية الإلكترونية يجب أن تكون قابلة لإعادة محتواها إلى الأوراق بمعنى أن يكون لها نظير ورقي وإلا ستقصى من دائرة الإثبات. نفس الموقف إتخذه المشرع السعودي في اللائحة التنفيذية للمرسوم الملكي المتعلق بالدفاتر التجارية ، فقد نص في المادة 03 من بعض الالتزامات التي يلتزم بها التاجر في تدوينه البيانات عن طريق الحاسب بحيث يشترط استخراج البيانات مطبوعة بصفة دورية، و اشترط كذلك أن تكون هذه المخرجات مرقمة الصفحات ومؤرخة وتتضمن جميع البيانات المدخلة لتكون مستندا يمكن الرجوع إليه<sup>2</sup>.  
بينما المشرع الجزائري لم يشترط ترقيم المخرجات الورقية بل نص على ترقيم وتأريخ إصدارات الإعلام الآلي بواسطة وسائل توفر كل الضمان في مجال الإثبات<sup>3</sup>.

لم يستغني المشرعين عن الدعامة الورقية ، هذا ما يبين هيمنة الوثيقة الورقية وأنه لم يصل الأمر بعد للاستغناء عن الدفاتر الورقية التقليدية . في حين وقف المشرع الإماراتي وقفة مغايرة في هذا الصدد، حيث قرر بموجب المادة 38 من قانون المعاملات التجارية إعفاء التاجر الذي يستخدم في تنظيم عملياته التجارية الحاسب الآلي أو غيره من أجهزة التقنية الحديثة من مسك الدفاتر التجارية التقليدية ، واعتبر المعلومات المستقاة من هذه الأجهزة أو غيرها من الأساليب الحديثة بمثابة دفاتر تجارية، على أن يصدر قرار من وزير الاقتصاد والتجارة بشأن تحديد الضوابط والشروط اللازمة لذلك<sup>4</sup>.

(1) انظر مثلاً المادة 05 من المرسوم التنفيذي 09-110 والمادة 18 من قانون 07-11 المذكورين آنفاً.

تنص المادة 05 على : " يجب أن يحدد كل تسجيل محاسبي مصدر ومحتوى وتحميل كل معلومة وكذا مراجع الوثيقة الثبوتية التي يستند عليها..."

تنص المادة 18 على: " تستند كل كتابة محاسبية على وثيقة ثبوتية مؤرخة ومثبتة على ورقة أو أي دعامة تضمن المصادقية والحفظ وإمكانية إعادة محتواها على الأوراق....."

(2) ا.د/ رضا السيد عبد الحميد ، مرجع سابق، ص133.

(3) انظر المادة 02/05 من المرسوم التنفيذي 09-110 السالف الذكر .

(4) صدر هذا القرار الوزاري فعلاً تنفيذاً للإحالة الموجودة بنص المادة 38 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي،

### ج-نقص في معالجة انتظام الدفاتر التجارية الالكترونية:

القانون التجاري يقصر الحجية التي يمنحها للدفاتر التجارية على المنتظمة منها، أي تلك التي تحترم الشروط القانونية دون غيرها، ويتطابق هذه الشروط على مخرجات الحاسوب نجد أنه من العسير أن يلتزم التاجر - إذا ما استخدمت دفاتر تجارية الكترونية - بهذه الشروط وذلك للأسباب التالية :

- يفترض المشرع أن تكون الدفاتر في شكل مجلد بحيث لا يمكن نزع الأوراق منه أو إضافتها إليه، وهذا الأمر لا يمكن تطبيقه على مخرجات الحاسوب، فلا يمكن استعمال مجلد عند طبع بيانات مخزنة في جهاز الحاسوب، وإنما تستخدم في ذلك أوراق حرة ومنفصلة عن بعضها البعض.
- شرط الترقيم والتوقيع المسبق من قبل المحكمة قبل قيد أي بيان في الدفتر، فهذا غير متصور أيضاً إذا ما تعلق الأمر بأوراق تم استخراجها من الحاسوب.
- معالجة المشرع لمسألة الخطأ في قيد بيان معين إذا ما طبقتها على مخرجات الحاسوب، فمن السهولة تعديل البيانات ومحوها واستبدالها إذا ما تعلق الأمر ببيانات تم قيدها إلكترونياً، حيث لن يشعر أحد بأن البيان قد دون فيما سبق بشكل خاطئ.
- وقد تنبه المشرع الفرنسي مبكراً إلى أن الشكليات المطلوبة في الدفاتر التجارية التقليدية قد أصبحت عائقاً أمام إدخال المعلوماتية لحفظ مثل هذه الدفاتر والمستندات، وعلى ذلك فقد اتخذ خطوة جريئة نحو إدخال نظام الدفاتر التجارية الالكترونية في المنظومة التجارية، حيث قام في

---

وتناول جملة من الضوابط التي تضمن - في حال التقيد والالتزام بها - انتظام الدفاتر التجارية الالكترونية، ومن ثم إمكانية الاستناد عليها كدليل إثبات، ولعل من أهم هذه الضوابط ما يلي : 1. وجوب ترقيم نسخ البيانات الالكترونية، وتحديد وقت وتاريخ القيد الالكتروني. 2. وجوب اعتماد نظام لحفظ البيانات الالكتروني يسمح باسترجاع هذه البيانات على نحو يتيح استخدامها لاحقاً. 3. وجوب اعتماد نظام لحفظ البيانات الالكترونية يسمح بالاحتفاظ بالبيانات الواردة فيه مدة زمنية تعادل مدة الاحتفاظ بالدفاتر التجارية التقليدية. 4. وجوب ختم البيانات الالكترونية المرقمة والمؤرخة بصورة دورية ووضعها ضمن مغلفات تختم وتغلف وتؤرخ بمعرفة جهة رسمية، مع السماح للمصرف باستنساخ ما يرى ضرورة استنساخه منها قبل إيداعها المغلفات وختمها، مع حظر فض المغلفات المختومة إلا بمعرفة المحكمة التي يطلب الاستناد لحجية البيانات المستقاة منها في مواجهتها. ( راجع : قرار وزير الاقتصاد والتجارة في دولة الإمارات العربية المتحدة رقم 74 لسنة 1994 بشأن استخدام الحاسب الآلي وغيره من أجهزة التقنية الحديثة بدلاً من الدفاتر التجارية، منشور بالجريدة الرسمية لدولة الإمارات ، العدد 272، السنة 24، نوفمبر 1994 ) .

30 ابريل 1983 بإصدار القانون 83-353 بشأن تعديل المواد 8 - 17 تجاري فرنسي<sup>1</sup> بحيث سمح من خلال هذا التعديل بإدخال المعلوماتية في المحاسبة فأقام اصطلاحاً عصرياً جديداً هو " التسجيلات المحاسبية " بدلاً من الصياغة القديمة وهي الدفاتر التجارية، وحسب هذا القانون فإنه يمكن أن تحل هذه التسجيلات أو الوثائق المحاسبية محل الدفاتر التقليدية إذا توافرت شروط معينة وهي:

- أن تكون محددة ومرفقة ومؤرخة منذ إقامتها بواسطة وسائل فنية وتقنية تضمن الركون إليها<sup>2</sup>: وفي هذه الحالة ليست المحكمة هي من تقوم بتقييم وتأريخ الوثائق الالكترونية ، وإنما التاجر نفسه، وليتم قبول هذه الوثائق على التاجر أن يقيم الدليل على مدى فاعلية النظام المستخدم في إعداد الوثيقة الالكترونية ، كما يعطي ضماناً على عدم التدخل والتعديل في المعلومات الخاصة بالمحاسبة<sup>3</sup>.

- الحصول على وثيقة تصف الإجراءات الالكترونية لتنظيم المحاسبة: وهو ما نصت عليه المادة 01 من المرسوم التنفيذي 83-1020: " على التاجر أن ينشئ وثيقة تصف الإجراءات ونظم المحاسبة نظراً لأنها ضرورية لفهم نظام المعالجة وتفيد في تحقيق المراقبات هذه الوثيقة يجب أن تحفظ لمدة تساعد تقديم هذه الوثائق المحاسبية التي تتضمن المعلومات الأساسية".

(1) كما صدر بشأنه مرسوم تنفيذي هو قرار 83-1020 صادر في 29 نوفمبر 1983 يدخله حيز التطبيق، إلى غاية سنة 1999 أين أصدر المنهج المحاسبي العام تحت رقم 99-03 الذي اعتمده وزير الاقتصاد والتجارة الفرنسي والذي عدل عدة مرات وأدخلت فيه قواعد منظمة للسجلات او الدفاتر التجارية الالكترونية، أنظر في ذلك انظر د.جمال محمود عبد العزيز، الدفاتر التجارية التقليدية والالكترونية وحجبتها في الإثبات ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص56.

(2) انظر د/ عايض راشد عايض المري، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة، مصر، 1998 ، ص 249 وما بعدها .

(3) تنص المادة 02 من المرسوم التنفيذي 83-1020 السالف الذكر على: " كل تاجر يجب أن يمكّن دفتره يوميا، دفتر الأستاذ ودفتر الجرد، دفتر اليومي ودفتر الأستاذ تكون مرفقة ومؤشرة عليها بدون مصاريف بواسطة الموثق في المحكمة التجارية أو أن اقتضى الحال في المحكمة الابتدائية التي لها اختصاص في المجال التجاري أو في السجل التجاري الذي يكون التاجر مسجلاً فيه ، كل دفتر يحمل رقماً لتحديد بواسطة الموثق الذي يدون ذلك في سجله الخاص به.

على خلاف الفقرة السابقة ، يمكن أن تحل الوثائق المعلوماتية المكتوبة محل دفتر اليومي ودفتر الجرد، وفي هذه الحالة يجب أن تكون محددة ، مرفقة ومؤرخة منذ إقامتها بواسطة وسائل تتيح ضماناً في مجال الإثبات"

يفهم من نص هذه المادة ضرورة إرفاق وثيقة من الوثائق الالكترونية للقضاء ليقوم القاضي بمراجعة ومراقبة والتأكد من مصداقية وأمان عمل هذا النظام التقني<sup>1</sup>، كما ألزم المشرع التاجر بالاحتفاظ بهذه الوثيقة المدة الواجب حفظ الوثائق الالكترونية المحاسبية<sup>2</sup>.

أما المشرع الجزائري أقدم على إدخال هذه التعديلات في 2009 بموجب المرسوم التنفيذي 110-09 والذي يقضي ب:

- إخضاع الوثائق المحاسبية الالكترونية لتصديق لكل فترة محاسبية، دون أن يبين جهة المصادقة.
- يجب على ماسك الدفاتر الالكترونية إعداد ملف يبين الإجراءات والتنظيم المحاسبي بشكل يسمح بفهم نظام المعالجة ومراقبته ويحفظ هذا الملف مع التحيينات التي تطرأ لمدة توافق تلك التي يتطلبها عرض الوثائق المحاسبية التي يستند عليها.
- يجب على البرنامج المعلوماتي أن يكون مطابقا للملف الأصلي ولا يخرج عنه.
- يجب أن يمتلك البرنامج المعلوماتي آلية مراقبة الدخول بحيث يكون هذا الدخول للأشخاص مرخص لهم فقط.
- يجب أن لا يسمح البرنامج المعلوماتي بعد المصادقة على التسجيلات المحاسبية بأي تعديل أو حذف لأيّة عملية.
- تبقى هذه الآليات غير كافية لضمان انتظام هذه الوثائق المحاسبية الالكترونية وضمان قيد الكتروني آمن لبيانات التاجر المحاسبية<sup>3</sup>، فهناك نوعين من هذه الدفاتر ، الأول بيانات ذات أصل أو مستندات ورقية ويتم إدخالها وقيدتها الكترونياً بواسطة أجهزة مخصصة لذلك، والثاني بيانات أنشئت بشكل الكتروني ابتداءً نتيجة وقوع معاملات تجارية الكترونية، وكلا النوعين يتم

(1) فوجود هذا المستند الذي يصف الإجراءات الالكترونية ضروري لفهم عمل النظام الناتج عنه الوثائق الالكترونية وللتأكد من مدى الأمان الذي يوفره عند محاولة العبث به حيث يمكن الرجوع والتأكد من كفاءته وصدقه من طرف ذوي الخبرة.

(2) وقد قضت محكمة استئناف باريس في حكم لها بتاريخ 28 جوان 1988 بأن غياب الوثيقة التي تبين طريقة عمل نظام معين تفقد الوثائق الناتجة عنه قيمتها القانونية

(3) يمكن تعريف القيد الالكتروني الآمن لبيانات التاجر المحاسبية بأنه: تسجيل البيانات المحاسبية للتاجر سواء كانت ذات أصل ورقي أم ذات أصل الكتروني وفقاً لضوابط فنية وتقنية معينة، بحيث تمنع أية تعديلات أو محو لهذه البيانات، ويؤدي إلى قبول حجيتها في الإثبات، انظر: د/جمال محمود عبد العزيز، مرجع سابق، ص 166

قيد البيانات فيهما الكترونياً. و يجب أن تستوفي قيود التاجر الالكترونية الضوابط الفنية والقانونية الآتية:

- يجب أن يكون ممكناً من الناحية الفنية تحديد وقت وتاريخ ومصدر القيد الالكتروني وأن تتم هذه الإمكانية من خلال نظام حفظ الكتروني مستقل وغير خاضع لسيطرة منشئ القيد.

- يجب أن يتم حفظ بيانات التاجر المحاسبية بشكل يسهل معه الإطلاع عليها وعلى نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقاً.

- يجب أن يسمح القيد بالاحتفاظ بالبيانات الواردة فيه مدة زمنية تعادل مدة الاحتفاظ بالدفاتر التجارية التقليدية.

يلاحظ على معظم التشريعات أنها لم تتناول مسألة الترقيم والتأشير والتوقيع على الدفتر الالكتروني كطريقة موازية لإجراءات الترقيم والتأشير والتوقيع على الدفتر التجاري التقليدي، ولذلك يحاول بعض الفقه تغطية هذا العجز التشريعي باقتراح أن تتم عملية الترقيم والتأشير والتوقيع على الدفاتر التجارية الالكترونية بواسطة تصميم برنامج ذي مواصفات معينة تحت إشراف وتوقيع موظف الجهة المختصة - السجل التجاري مثلاً - مع مراعاة تسجيل القيود في ذات الوقت وحفظها بطريقة مركزية لدى ذات الجهة، بحيث تكون نسخة التاجر ونسخة الجهة متطابقتين، بالإضافة إلى ذلك ينبغي حفظ وتخزين الدفتر التجاري الالكتروني على نوع معين من الوسائط الالكترونية لا تسمح بمحو ما دون عليها<sup>1</sup>.

وعلى الرغم من وجاهة هذا الاقتراح من الناحية النظرية، إلا أنه ربما يصطدم بمقتضيات الأمان القانوني إذا ما تم تطبيقه عملياً، الأمر الذي ربما يستلزم تدخل طرف من الغير لمراقبة مدى الالتزام بالقيد الالكتروني.

وهناك من يضيف ضرورة وجود طرف من الغير لمراقبة مدى الالتزام بالقيد الالكتروني ، فبغية تحقيق مزيد من الثقة والأمان لدي المتعاملين بنظام الدفاتر التجارية الالكترونية لا سيما المصارف والمؤسسات التجارية الكبرى، و يكون من المفيد وجود طرف ثالث محايد موثوق فيه، يقوم بطرقه الخاصة بمراقبة القيد الالكتروني للمعاملات التجارية<sup>2</sup>.

(1) انظر : د/جمال محمود عبد العزيز، مرجع سابق، ص 172 .

(2) GOBERT Didier, Vers une discrimination de traitement entre la facture papier et la facture électronique ?, Cahier du Juriste, n° 4-5/2001



وتنظم معظم تشريعات التجارة الالكترونية هذه الخدمة تحت مسميات مختلفة<sup>1</sup>، حيث أن هذا النظام الرقابي سيضفي مزيداً من الأمان القانوني على الدفاتر التجارية الالكترونية مما يكفل قبول حجيتها القانونية في الإثبات.

وسواء كانت الجهة المنوط بها عمل مراقبة القيد الالكتروني لبيانات التاجر حكومية أو شركة من شركات القطاع الخاص المرخص لها القيام بهذا العمل، فإن الدور المحوري لهذه الجهات الرقابية يحتم عليها القيام بالأعمال الآتية<sup>2</sup>:

- الاحتفاظ بنسخة من ذات البيانات التي قيدها التاجر، والقيام بالتوقيع الالكتروني عليها في نهاية كل فترة محددة ( كل ثلاثة أشهر مثلاً ) .
- التأشير في نهاية السنة المالية على القيود المدرجة في الدفاتر التجارية الالكترونية، عندما يقوم التاجر بتقديمها.
- التأشير على الدفاتر التجارية الالكترونية بما يفيد قفلها في حالة إنهاء النشاط التجاري لأي سبب، كالوفاة أو المرض أو السفر أو تغيير النشاط، ووضع التوقيع الالكتروني الخاص بجهة الرقابة على هذه الدفاتر بما يفيد ذلك.
- تأمين ضوابط رقابية كافية على نظام تشغيل التاجر لبرامجه الخاصة بتدوين البيانات المحاسبية في دفاتره التجارية الالكترونية ، كي يحول دون التلاعب في البيانات أو المعلومات .

### ثانيا :الاعتراف الضمني بالسفاجة والشيك الالكترونيين

استحدثت المشرع الجزائري ضمناً مفهومي السفاجة والشيك الالكترونيين بموجب القانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 فيفري 2005 بمناسبة حديثه عن الوفاء بحيث أضاف المشرع

Disponible sur: [www.consultandtraining.com](http://www.consultandtraining.com).

(1) تضمن قانون الأونسترال النموذجي للتوقيعات الالكترونية الصادر سنة 2001 تنظيماً لهذه الخدمة تحت مسمى "مقدم خدمات التصديق" وهو كما ورد بالمادة 2/هـ : " شخص يصدر الشهادات ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الالكترونية" ، كما اهتم القانون التونسي ( الفصلين الثامن والتاسع ) بتنظيم جهات التوثيق تنظيمياً مفصلاً ، وأنشأ بقصد الإشراف على هذه الجهات التي أسماها " مزودي خدمات المصادقة الالكترونية" جهة إشرافية رقابية أطلق عليها اسم " الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية " ، أما القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة فقد أسند أعمال المصادقة الالكترونية ( م 20 ) إلى " مراقب خدمات التصديق " والذي يتم تعيينه بقرار من مجلس الوزراء .

(2) انظر في ذلك: د/جمال محمود عبد العزيز، مرجع سابق ، ص 181 ، 182 .



الجزائري فقرة ثلاثة للمادة 414 ق ت ج والتي تنص على " .. يمكن أن يتم التقديم أيضا بأية وسيلة تبادل إلكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما " ولقد تم إضافة نفس هذه الفقرة إلى المادة 502 بمناسبة تقديم الشيك للوفاء.

هناك وسائل دفع في الأصل تقليدية ولكن تم تطويرها لتنماشى مع التطور الذي حدث في مجال نقل المعلومات والاتصالات وتعد الأوراق التجارية أهم هذه الوسائل.

وتعتبر كل من السفتجة والسند لأمر والشيك أوراقا تجارية تقليدية في القانون التجاري الجزائري<sup>1</sup>. وإذا كان التقديم للوفاء الإلكتروني مقبول قانونيا، فهل ما يقدم للوفاء يلحقه الوصف الإلكتروني أم أن هذه السندات دائما ورقية والوفاء هو الذي يتم إلكترونيا فقط؟

لا يختلف الوفاء الإلكتروني عن نظيره التقليدي من حيث كونه تصرفا قانونيا يتضمن اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني محدد. لكن يكمن الاختلاف في طريقة إتمام الوفاء فهو يجري في بيئة غير مادية تبرم التصرفات القانونية بداخلها عن طريق استخدام وسائل الاتصال الحديثة وعلى الخصوص شبكة الانترنت بالاستناد إلى دعامات الكترونية. ولا يعد الدفع الإلكتروني هدفا في حد ذاته وإنما وسيلة ابتدعت للوصول إلى هدف مواكبة التطور الهائل الذي لحق بوسائل الاتصال. وعليه لا يوجد ما يمنع أن تكون السندات المقدمة للوفاء الإلكتروني الكترونية أيضا، فمن خلال دراسة مدى إمكانية تطبيق القواعد التشريعية التقليدية الحاكمة للسندات التجارية التقليدية على نظيرتها الإلكترونية نجد أن أهم فارق بينهما هو الشكل. وعلى ضوء ذلك هل يعد تحرير السفتجة أو الشيك على مستند ورقي شرط أساسي لكي تكون قانونية؟

الواقع أنه و بالتدقيق في المادة 390 ق ت ج<sup>2</sup> مثلا نجد أن المشرع لا يشترط استناد السفتجة على دعامة ورقية، ويظهر ذلك جليا من نص المشرع على أنه لا يعتد بالسفتجة إلا إذا اشتملت على البيانات الثمانية الموضحة في المادة المشار إليها سابقا والتي لا يظهر من بينها ضرورة كون السفتجة مكتوبة على سند ورقي، بل اقتصر على استعمال كلمة سند دون استلزام حتى كونه مكتوب أو غير مكتوب ورقي أم لا<sup>3</sup>.

(1) أضاف لها المشرع في 1996 سندات أخرى هي سند الشحن والخزن وعقد تحويل الفواتير.

(2) تقابلها المادة 110 ق ت الفرنسي والمادة 379 من ق ت المصري.

(3) تنص الفقرة 2/390: "إذا خلا السند من أحد البيانات المذكورة بالفقرات المتقدمة فلا يعتد به كسفتجة في الأحوال المعينة في الفقرات التالية..."

يلاحظ انه ومن الناحية العملية لكيفية التعامل بالسفتجة أو الشيك الإلكتروني أنه ترتكز معظم وسائل الدفع الإلكتروني على تدخل شخص ثالث حيث تتطلب بعض أنظمة التحويل المصرفي تدخل وسيط يحظى بثقة طرفي المعاملة<sup>1</sup>، مما يستدعي اشتراط بيانات أخرى إلى جانب البيانات الإلزامية تتمثل في تحديد الهوية المصرفية للمسحوب عليه: رقم حساب المسحوب عليه، اسم الفرع الذي يوجد لديه حساب المسحوب عليه ورقمه، بالمقابل يرى جانب من الفقه انه ليس في القانون ما يحظر إمكانية إضافة مثل هذه البيانات في السفتجة الإلكترونية وذلك على أساس أن هذه البيانات لازمة وضرورية حتى تتحقق الغاية من وراء استخدامها وهي تحصيلها في ميعادها دون تأخير.

عليه، لا يوجد كما اشرنا إليه سابقا ما يمنع أن تكون السفتجة أو الشيك في شكل الكتروني أخذا بالتطور الذي لحق مفهوم الكتابة. فالكتابة الإلكترونية ممكن أن تمتد لكل من السفتجة والشيك، إنما المشكل في إدخال هذه التقنية حيز التطبيق لعدم وجود نصوص تنظيمية خاصة بها<sup>2</sup>.

(1) مثلا يتم السداد بالشيك الإلكتروني عن طريق شركة TeleCheck والذي يعد خدمة قبول شيكات الانترنت من أهم الخدمات التي يقدمها وذلك على النحو التالي: - العميل يقوم بزيارة موقع ما.

- يتم تحويل العميل بطريقة أوتوماتكية الى مزود خدمة الشيكات الإلكترونية الذي يربط آليا بمركز التسوية المؤقت وذلك اذا ما قرر العميل او الزبون شراء منتج ما او سلعة
- يقوم صاحب السلعة بإخطار مزود الخدمة باسم العميل وعنوانه وكل ما يتعلق بالصفقة.
- يقوم مزود الخدمة بعرض نموذج الشيك الإلكتروني على الشاشة مبينا فيه البيانات التي تحصل عليها من البائع.
- يقوم العميل بإضافة البيانات الناقصة على الأخص بيانات المصرف الذي يتعامل معه ورقم حسابه ورقمه الشخصي الذي زوده به الوسيط.
- يقوم المزود الوسيط بالاتصال بمصرف العميل عبر شبكة التسوية المؤقتة ليتأكد من مدى كفاية رصيد العميل للوفاء .
- يقوم المزود بإيداع الشيك الإلكتروني لدى مركز التسوية المؤقت .

يلاحظ أنه في الشيكات الإلكترونية يتوقف العمل به على وجود الرصيد وكفايته، فإذا وجد فنتم العملية وإذا لم يوجد فلا تتم، فالبائع يتأكد من وجود ثمن المبيع قبل البيع نفسه على عكس الشيك التقليدي الذي لا يتسنى للبائع معرفة الرصيد قبل إتمام الصفقة.

(2) ويبقى من الضروري وجود تدخل تشريعي ليزيل الغموض حول إمكانية استعمال هذه الأوراق الكترونية ، وما نلاحظه على المشرع الجزائري انه في الكثير من الأحيان يشير إلى تقنيات دون أن يتبناها صراحة بتنظيم كامل

## أ- السفتجة الالكترونية:

يمكن للسفتجة الالكترونية أن تستند على محرر ورقي وقد تقوم على دعامة ممغنطة وتسمى الأولى السفتجة الالكترونية الورقية والثانية تعرف بالسفتجة الالكترونية الممغنطة<sup>1</sup>.

## 1- السفتجة الالكترونية الورقية:

السفتجة الالكترونية الورقية هي سند محرر وفق شروط فرضها القانون، متضمنة لبيانات محددة، تتضمن أمرا صادرا من الساحب إلى المسحوب عليه بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لأمر شخص ثالث هو المستفيد في تاريخ محدد. وعلاوة على هذه البيانات التقليدية يجب أن تشتمل السفتجة الالكترونية الورقية على بيان اسم بنك المسحوب عليه ورقم حسابه أو اسم الفرع الذي يوجد به الحساب ورقمه. يقوم الساحب بتسليمها إلى بنكه بعد أن يكون قد قام بتظهيرها لصالحه أو سحبها مباشرة لأمره، ويقوم هذا البنك بنقل البيانات الأساسية للسفتجة الموجودة على الدعامة الورقية إلى دعامة ممغنطة، ثم و بعد أن يكون قد جمع السفتجات المستحقة في تاريخ واحد يقوم بإرسال الدعامة الممغنطة إلى غرفة المقاصة للبنك المركزي ومنها الى غرفة المقاصة لبنك المسحوب عليه وذلك قبل حلول ميعاد استحقاقها<sup>2</sup>. يتم بذلك إبلاغ بنك المسحوب عليه بالبيانات ليقوم هو بدوره بإبلاغ عميله المسحوب عليه عن طريق إخطار ليقبلها أو يرفضها و إذا قبلها يثبت قبوله بالتوقيع على الإخطار وإرساله إلى بنكه الذي يقوم بالتسوية، أما إذا رفض المسحوب عليه عندئذ يجب على بنكه إخطار بنك المستفيد أو الحامل السفتجة<sup>3</sup>. تتشابه السفتجة الورقية الالكترونية مع السفتجة التقليدية في الفترة مابين إصدارها بواسطة الساحب وحتى تسليمها لبنكه. أما بعد ذلك يظهر الاختلاف إذ لا يتم تداولها ماديا إنما يحتفظ بها بنك الساحب ويقوم بنقل بياناتها على دعامات ممغنطة، وهذه الأخيرة هي التي يتم تداولها ، كما أن السفتجة الورقية الالكترونية مثل نظيرتها التقليدية تستحق بمجرد الاطلاع عليها وقد تستحق في تاريخ محدد. غير انه ونظرا لما تفرضه المعالجات الالكترونية للسفتجة من تحديد

لها هذا ما يجعل النصوص القانونية حبة الانتظار وم عطلا لحين ظهور نصوص أخرى تكملها وحتى وان ظهرت فهي تأتي دوما متأخرة ولا تساير النص الذي قبلها ولا ما هو معمول به حينها.

(1) انظر في ذلك: د/خالد ممدوح إبراهيم، امن مراسلات البريد الالكتروني، الدار الجامعية، مصر، 2008، ص96

(2) الرومي محمد أمين ، المستند الالكتروني، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2008، ص66.

(3) د/سامي عبد الباقي أبو صالح، الوفاء الالكتروني بالديون الناشئة عن المعاملات التجارية، دار النهضة العربية،

القاهرة، 2004 ، ص39.

أيام معينة تستحق فيها السفتجة يجد الأطراف أنفسهم مقيدون بتحديد تاريخ الاستحقاق، على عكس السفتجة التقليدية أين يتمتع الأطراف بكامل الحرية في تحديد ميعاد الاستحقاق.

## 2- السفتجة الالكترونية الممغنطة:

السفتجة الالكترونية الممغنطة وهي تلك التي يتم تحريرها مباشرة على دعامة ممغنطة وتسلم بهذا الشكل لبنك المستفيد الذي يخطر بنك المسحوب عليه أو المسحوب عليه نفسه والذي يقبل الوفاء أو يرفضه مثبتا في إخطار موقع عليه يرسله إلى بنكه الذي يتولى إخطار بنك المستفيد<sup>1</sup>.

من أهم فوائد استخدام السفتجة الالكترونية كوسيلة للوفاء هي بساطة إجراءات الحصول على الدين الثابت فيها فمن ناحية تجنب المتعاملين مشقة القيام بإجراء الرجوع على المدين بقيمة الورقة وتقديمها للوفاء واثبات الامتناع عنه وما يصاحب استعمالها من إجراءات تظهير وضمان احتياطي وغيرها من الإجراءات فهي غالبا ما تتضمن شرط الرجوع بلا مصاريف أو بدون احتجاج ويترتب على هذا الشرط إعفاء الحامل من مراعاة إجراءات الاحتجاج ومواعيده للمحافظة على حقه في الرجوع وهذا لا يعفيه من مطالبة المسحوب عليه بقيمة السفتجة في ميعاد الاستحقاق ولا يترتب على عدم مراعاة هذه الإجراءات والمواعيد اعتبار الحامل متهملا. كما أنها تجنب مخاطر ضياع أو سرقة أو تزوير السند الورقي وهو ما يفسر كثرة التعامل بالأوراق التجارية الالكترونية في مجال الوفاء بالديون التجارية.

## ب- الشيك الالكتروني

على الرغم من انتشار وسائل الدفع الالكترونية الحديثة تبقى للشيك أهميته العملية الأكيدة لتسوية الديون الناشئة عن المعاملات التجارية على اختلاف صورها<sup>2</sup>. و يرجع ذلك إلى قلة المخاطر المرتبطة باستخدامه مقارنة بالمخاطر المرتبطة بوسائل الدفع الأخرى كبطاقات الوفاء

(1) إلى أنه هناك من يرى أنه إذا كانت السفتجة الورقية الالكترونية تعد ورقة تجارية وتخضع للقانون أما الممغنطة لا تخضع للقانون التجاري والمصرفي بدعوى أن الدعامة الورقية شرط أساسي للاعتداد بالسفتجة حسب اتفاقية جنيف المتعلقة بالصرف- هذا ما لم ينص عليه المشرع الجزائري-، أنظر في ذلك : واقد يوسف، النظام القانوني للدفع الالكتروني، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام ، تخصص قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص55 وما بعدها.

(2) حيث استخدمت لأول مرة طريقة الدفع الالكتروني في الولايات المتحدة الأمريكية حيث صدر قانون في 1996 قضى بتحصيل كل المدفوعات في الفيدراليات باستعمال الشيك الالكتروني ، أنظر في ذلك: أعمر خمرى، "أحكام الشيك من الورق إلى الإلكترونيك"، مجلة المعارف ، المركز الجامعي بالبويرة، العدد 07 ، 2009، ص91.

أو التحويل المصرفي الإلكتروني، ولعل هذا ما يفسر تفضيل المتعاملين استخدامه لتسوية الديون كبيرة القيمة<sup>1</sup>. و لهذا نجد كثيرا ما تطرح المنظمات و المؤسسات العاملة في مجال تسوية الديون الناشئة عن المعاملات التجارية العديد من التعديلات و الحلول لتطويع الشيك و جعله متوافقا مع متطلبات التجارة الالكترونية.

و الشيك الإلكتروني هو المكافئ الإلكتروني للشيكات الورقية التقليدية ، و هو رسالة إلكترونية موثقة ومؤمنة يرسلها مصدر الشيك إلى مستلم الشيك (حامله) ليعتمده ويقدمه للبنك الذي يعمل عبر الانترنت، ليقوم البنك أولا بتحويل قيمة الشيك المالية إلى حساب حامل الشيك، وبعد ذلك يقوم بإلغاء الشيك وإعادته إلكترونيا إلى مستلم الشيك (حامله) ليكون دليلا على أنه قدم على صرف الشيك فعلا، ويمكن لمسـتلم الشيك أن يتأكد إلكترونيا من أنه قد تم بالفعل تحويل المبلغ إلى حسابه<sup>2</sup>.

فللشيك هو عبارة عن صك محرر وفقا لأوضاع شكلية معينة يتضمن أمرا غير معلق على شرط من شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه بأن يدفع مبلغا معينا من النقود إلى شخص ثالث يسمى المستفيد بمجرد الاطلاع<sup>3</sup>. و كما هو واضح من تعريف الشيك في صورته التقليدية، أن الشيك الإلكتروني هو سلسلة من التعليمات أو الأوامر التي تصدر و تستقبل بصورة الكترونية، يحرص المتعاملين به في مجال التجارة الالكترونية أن تجرى هذه التعليمات و الأوامر بصورة آمنة تضمن سلامتها و موثوقيتها.

و الشيك كالهفتجة يفترض وجود ثلاثة أشخاص هم الساحب و المسحوب عليه والذي يلزم أن يكون بنكا و المستفيد و الذي يقوم المسحوب عليه بالوفاء له بالمبلغ الثابت بالشيك. و يعد الشيك أداة وفاء على عكس الهفتجة التي تعد أداة وفاء و ائتمان، و يرجع هذا إلى أنه يتضمن دائما تاريخا واحدا هو تاريخ التحرير الذي يعتبر في نفس الوقت تاريخ الاستحقاق، و لذلك يعد

(1) فقد أظهرت دراسات في الولايات المتحدة الأمريكية انه في عام 2002 تمت معالجة 46.1 عملية تجارية عن طريق الشيكات الالكترونية وهو ما يعادل 91.3 ترليون دولار، أنظر في ذلك: د/ نبيل صلاح العربي، "الشيك الإلكتروني والنقود الالكترونية ، دراسة مقارنة "، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون، المنعقد بدبي بين 10 و12 ماي 2003 ، كلية الشريعة والقانون، دبي، 2003، ص66.

(2) محمد أمين الرومي، المستند الإلكتروني، مرجع سابق، ص63. انظر كذلك د/خالد ممدوح إبراهيم، امن مراسلات

البريد الإلكتروني، مرجع سابق، ص98

(3) أعرم خمري، مرجع سابق، ص54.

الشيك من الأوراق واجبة الدفع بمجرد الاطلاع. و يوجد الكثير من أنظمة الشيك الالكتروني التي تستخدم للوفاء بالديون الناشئة عن المعاملات التجارية عبر شبكة الانترنت، أهمهما نظامي FSTC و Netchex<sup>1</sup>.

(1) بالنسبة لنظام FSTC : لا اختلاف بين شيك FSTC و الشيك التقليدي، باستثناء أن الأول يتم تحريره على دعامات الكترونية غير مادية أي غير ملموسة، على خلاف الثاني الذي يستند على دعامات ورقية، و كنتيجة لذلك، نجد أنه تتم وفقا لهذا النظام الاستعاضة عن التوقيع الالكتروني و خاصة في صورته الرقمية الذي يعمل وفقا لنظام التشفير غير المتماثل الذي عن طريقه يضع المرسل بموجب حيازته لمفتاح خاص توقيع على رسالة البيانات، و بموجب المفتاح العام يمكن التعريف على الجهة الحائزة على المفتاح الخاص. و بدلا من دفتر للشيكات الورقي، يتسلم العميل وفقا لهذا النظام دفتر شيكات الكتروني، يتسلمه انطلاقا من موقع الكتروني على الويب أو أن يكون هذا الدفتر ملحقا برسالة البريد الالكتروني. تكمن أهم مميزات شيك FSTC في تأمين الوفاء بالرجوع إلى آلية التشفير. و تشكل هذه الميزة عاملا مهما في دفع المتعاملين في مجال التجارة الالكترونية إلى استخدام هذا النوع من الشيكات الالكترونية كوسيلة لتسوية الديون الناشئة عن معاملاتهم التجارية. و من شواهد هذا اعتراف الحكومة الأمريكية بشيك FSTC الأمر الذي دفع مجلس الخزانة الأمريكي إلى استعماله لهذا الطريق من طرق الوفاء بالديون بداية من عام 1998<sup>1</sup>.

إذا كنا قد صنفنا الشيك الالكتروني من ضمن وسائل الدفع الالكتروني التي كانت معروفة و لكن دخل عليها بعد التطوير لتتلاءم وتتوافق مع طبيعة التجارة الالكترونية، فإننا نلمس هذا التطور من ناحيتين :

- الانتقال بالشيك من مرحلة كـان يعتمد فيها على دعامات ورقية، إلى مرحلة يتم تحريره فيها على دعامات الالكترونية غير مادية، و لكن ليس معنى ذلك اختلاف البيانات الواردة بالشيك الالكتروني عن بيانات الشيك الورقي، بل يجب أن يستجمع الأول نفس البيانات التي يجب أن يشتمل عليها الشيك الثاني من كلمة شيك مكتوبة على متن الصك و باللغة التي كتب بها و أمر غير معلق على شرط بوفاء مبلغ من النقود و مكتوب بالحروف و الأرقام و اسم البنك المسحوب عليه و مكان الوفاء و تاريخ و مكان إصدار الشيك و اسم و توقيع من اصدر الشيك.

- الانتقال من مرحلة استلزم فيها أن يتم توقيع أطراف الشيك من سـاحب ومسحوب عليه و ضامن احتياطي و مظهر، توقيعاً يدوياً، الى مرحلة تم فيها الاعتراف بالتوقيع الالكتروني بديلا عن التوقيع اليدوي. و الحقيقة أن الفارق الأساسي بين الشيك الالكتروني و الشيك الورقي يكمن فقط في الطريقة التي يتم بها تحرير الشيك و سحبه، فتكون تقليدية بالنسبة للشيك التقليدي، و الكترونية بالنسبة للشيك الالكتروني، فبيانات الشيك تظهر على شاشة الحاسب الآلي، ثم يقوم الساحب بالتوقيع الكترونياً عليه قبل أن يقوم بإرساله إلى بنك المسحوب عليه.

أما نظام Netchex: على غرار نظام First virtual و على خلاف نظام FSTC، فان شيك Netchex يستلزم تدخل طرف ثالث يلعب دور الوسيط الذي يجب إن يسجل نفسه لديه كل من مستخدم النظام و التاجر. و يسمح نظام Netchex للعميل بالتعامل على شيكاته من سحب و تظهير و توقيع الضامين الاحتياطين انطلاقا من حاسبه الشخصي. لدواعي الأمان، تركز آلية عمل نظام Netchex على عدم إظهار البيانات السرية للحساب المصرفي للشخص المنضم للنظام، و يتم هذا الإخفاء عن طريق استعمال وثيقة حساب مصطنع تسمح بالتحديد المسبق لهوية المستهلك و هي التي يتم تبادلها و انتقالها عبر شبكة الانترنت. و لا يتوقف استعمال هذه الوثيقة إلا عند إرسال الشيك الى Netchex

## المبحث الثاني

### الإعتراف الصريح بإمكانية ممارسة نشاط التجارة الإلكترونية

ظهر مصطلح الكتروني لأول مرة في القانون المدني الجزائري في 2005 بمناسبة تعديل المشرع لهذا القانون، وكان ذلك في المادتين 323 مكرر 1 و 327 منه. ويستفاد من هذه المواد اعتراف المشرع الصريح بالسندات الإلكترونية وإلحاقها بنظيراته العادية في مسألة الحجية في الإثبات، وكذا اعترافه بفكرة التوقيع الإلكتروني (مطلب أول).

نشير كذلك أن المشرع الجزائري في المادة 69 من قانون النقد والقرض 11-03 اعترف بإمكانية استعمال كافة وسائل الدفع التي تسمح للأشخاص تحويل أموالهم مهما كانت الدعامة أو الطريقة المستعملة في ذلك. فيعتبر القانون 15-03 المتضمن الموافقة على الأمر 11-03 المتعلق بالنقد والقرض أول قانون جزائري تضمن التعامل الإلكتروني الحديث في القطاع المصرفي<sup>1</sup>، وبعد ذلك ويصدر الأمر 06-05 المؤرخ بتاريخ 23 أوت 2005 المتعلق بمكافحة التهريب وفي مادته الثالثة استعمل صراحة مصطلح " وسائل الدفع الإلكترونية " حيث اعتبرها المشرع من بين التدابير والإجراءات الوقائية لمكافحة التهريب.

التي تقوم بدورها بالاستيثاق من صدور الشيك ممن يملك إصداره قانونا و ذلك من خلال مطابقة البيانات الحقيقية لحساب طرفي المعاملة بالبيانات المتوافرة لديها. و هذا يعني عدم ظهور المعلومات السرية لحساب كل من المستهلك و التاجر إلا عند إرسال الشيك إلى Netchex. بعد ذلك ، يتم نقل العملية كلها من خلال شبكة خاصة إلى الشبكة البنكية التقليدية و عندئذ يتم التعامل مع شيك Netchex بنفس الطريقة التي يتم التعامل فيها مع الشيك التقليدي. و بعبارة أخرى، فمنذ لحظة نقل الشيك إلى الشبكة البنكية التقليدية، يخضع شيك Netchex لنفس القواعد القانونية التي يتم تطبيقها على الشيك الورقي. و في نهاية المطاف، يتلقى العميل المستهلك من Netchex رسالة بالبريد الإلكتروني تؤكد فيها كتابيا إتمام عملية التسوية موضحة رقم الشيك و المبلغ الذي تم دفعه. أنظر في ذلك : د/ سامي عبد الباقي ابو صالح ، مرجع سابق، ص53.

(1) ويتضح ذلك من خلال المادة 69 التي تضمن نصها " تعتبر وسائل الدفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكون السند أو الأسلوب التقني المستعمل " و يتبين من خلال هذا النص نية المشرع الجزائري الانتقال من وسائل الدفع الكلاسيكية إلى وسائل دفع حديثة إلكترونية.

(2) د/ عاطف عبد الحميد حسن، مبدأ الثبوت بالكتابة في ضوء التطور التكنولوجي الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 70.



وبذلك انتقل المشرع من مصطلح "مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل" الوارد في نص المادة 69 من قانون النقد والقرض إلى مصطلح أكثر دقة المتمثل في "وسائل الدفع الإلكتروني" الوارد في النص 03 من الأمر 05-06 المذكور أعلاه وأخيرا استحدث المشرع الجزائري لفكرة البوابة الإلكترونية في مادة الصفقات العمومية (مطلب ثان).

## المطلب الأول

### الإعتراف الصريح بالسندات و التوقيع الإلكتروني

احتلت الكتابة من بين الأدلة القانونية منزلة متقدمة وتحديدا في المسائل المدنية والتصرفات العقدية ، ففي النظام اللاتيني ونم اذجه- القانون الفرنسي، المصري والجزائري- تمثل الكتابة أقوى الأدلة ، في حين بقيت للشهادة هذه المنزلة في النظام الانجلو أمريكي ونموذجيه القانونيين الأمريكي والبريطاني بدرجات متفاوتة بينهما<sup>1</sup>.

و على ضوء استخدام الدعامات الإلكترونية بدل الورق، ظهر مفهوم السندات الإلكترونية أو الكتابة الإلكترونية<sup>2</sup>، وبالنسبة للمشرع الجزائري تبنى صراحة مفهوم الكتابة والتوقيع الإلكترونيين في:

- نص المادة 323 مكرر 1 من التقنين المدني الجزائري ما يلي: " 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".
- نص المادة 2/327 من التقنين المدني الجزائري ما يلي: " ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه".

(1) الأصل انه لا غرابة في مصطلح الكتابة الإلكترونية طالما انه ليس هناك ما يدعو دائما للاعتقاد أن الكتابة تتعلق بالورق ، الدليل على ذلك أن مختلف التشريعات لا تشير إلى الدعامة التي تتم عليها الكتابة بل ينظر إليها من حيث ارتباطها بالدعامة التي تحملها والى وظيفتها في إعداد الدليل على وجود التصرف القانوني. أنظر في ذلك : باطلي غنية، "حجية المستند الإلكتروني"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، عدد 02، سبتمبر 2011، ص171.



باستقراء هتين المادتين، نجد أن المشرع الجزائري سوى بين الكتابة الإلكترونية والورقية في الإثبات، ويبيّن شروط الإعتداد بالكتابة الإلكترونية دون أن يقدم تعريف لها<sup>1</sup> (فرع أول). كما انه اعترف بالتوقيع الالكتروني كذلك (فرع ثان).

### الفرع الأول

**إلحاق السندات الالكترونية بنظيراتها العادية في مسألة الحجية في الإثبات.**

يكون الإثبات في المواد المدنية بالكتابة كقاعدة عامة إلا ما استثنى لأسباب معقولة، أو لتعذر الحصول على الكتابة، غير أن التطور التقني لوسائل الاتصال وتكنولوجيا المعلومات أدى إلى ظهور كتابة على دعامات غير مادية ، غير أن هناك صعوبات تقنية يطرحها

(1) على عكس المشرع التونسي في قانون 2000 / 57 المؤرخ في 13 جوان 2000 المتعلق بتنقيح وإتمام بعض فصول من مجلة الالتزامات والعقود .عرّف الوثيقة الإلكترونية على أنها: "هي الوثيقة المتكونة من مجموعة أحرف وأرقام أو أي إشارات رقمية أخرى بما في ذلك تلك المتبادلة عبر وسائل الاتصال تكون ذات محتوى يمكن فهمه ومحفوظة على حامل إلكتروني يؤمن قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة". وفي هذا الإطار تجدر الملاحظة أن المشرع الفرنسي أيضا لم يعرف الكتابة الإلكترونية بل اكتفى بتعريف الكتابة في المادة 1316 من التقنين المدني على أنها: "كل تتابع للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي إشارات أو رموز أخرى ذات دلالة تعبيرية مفهومة من الآخرين أيا كان نوع الوسيط أو الدعامة التي تقع عليها وأيا كانت طريقة نقلها. أما في تعريفه للحجة الكتابية فهو يشمل الوثيقة الإلكترونية :

**"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 intelligente, quels que soient leur support et leur modalités de transmission".**

نفس الموقف بالنسبة للمشرع الجزائري اكتفى بتعريف الكتابة بشكل يستوعب معنى الكتابة الإلكترونية وذلك في المادة 323 مكرر من التقنين المدني على أنها: "تسلسل الحروف أو أوصاف أو أرقام أو أي علامات أو رموز ذات معنى مفهوم ، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها"، هذا التعريف يستوعب مفهوم الكتابة الالكترونية طالما انه لم يحصر ولم يحدد الدعامات ولا طرق الإرسال. وهذا لا يمنع اذن أن تكون الكتابة على قرص أو في الكمبيوتر أو أي وسيلة مشابهة ولا يمنع كذلك إرسال المستند بالطريقة الالكترونية، و بين في المادة 323 مكرر 1 شروط الكتابة الإلكترونية والمتمثلة في إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

أما بالنسبة للمشرع المصري لم يعرف الكتابة العادية بل عرف الكتابة الإلكترونية فقط بأنها: "كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أي وسيلة أخرى مشابهة وتعطي أدلة قابلة للإدراك". أنظر في ذلك د/عابد فايد عبد الفتاح فايد، الكتابة الإلكترونية في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 27.

استخدام هذا الشكل الجديد للكتابة في سبيل تحقيقها لوظائف الكتابة التقليدية، وهو أمر دعى المشرع إلى إعادة النظر في القواعد التقليدية المنظمة للإثبات لاستيعاب التقنيات الحديثة للكتابة .

أعطى المشرع الجزائري السندات الالكترونية نفس الحجية مع نظرتها العادية، لكنه لم يعرف الكتابة الالكترونية بل عرف الكتابة عموماً بشكل يتضمن معنى الكتابة الالكترونية (أولاً)، ثم حدد شروط الكتابة الالكترونية لتتمتع بحجية قانونية في الإثبات (ثانياً).

### أولاً: ماهية الكتابة (التقليدية والالكترونية)

تعد الكتابة من أهم طرق الإثبات، لأن إعدادها وقت حصول التصرف القانوني يقربها من الحقيقة، ويجعل ما يدون بها أقوى إلى احتمال الصدق منه للكذب<sup>1</sup>، خاصة وأن تطور العلاقات وتشابكها أدى إلى عجز ذاكرة الإنسان على استيعاب تفاصيلها، فالكتابة خير وسيلة لقطع الشك باليقين حول شروط ما تم الاتفاق بشأنه بين الأطراف، لأنها تعد مقدماً، أي منذ حدوث الواقعة القانونية، وقبل أن يقع النزاع بشأنها واحتياطاً لهذا النزاع، وبالتالي الكتابة هي الوسيلة الفعالة والمأمونة للأفراد في إثبات ما لهم من حقوق وما عليهم من التزامات على نحو واضح ودقيق، حتى إذا تقادم العهد على الواقعة المثبتة يجعلها في مأمن مما قد يطرأ من نسيان أو وفاة، وبهذا ظهرت الحكمة الإلهية في الأمر بالكتابة بنص القرآن في أية المداينة لحفظ الحقوق<sup>2</sup>.

### أ مفهوم الكتابة :

تتكون الكتابة من بيانات واردة على دعامة، قد تكون ورقية أو أي دعامة أخرى (1) بشرط أن تؤدي وظيفتها في الإثبات (2)، مع التنويه بأن الدعامة الالكترونية تطرح بعض الصعوبات نظراً لخصوصيتها التقنية (3).

(1) ولكن المشرع لم ينف عن الكتابة احتمال وقوع الكذب فيها، وإنما اكتفى بأن جعلها قرينة على الحقيقة، حيث يجوز دائماً إثبات عدم مطابقتها للحقيقة، وبالتالي الكتابة ليست حجة مطلقة في الإثبات وإنما يجوز إثبات عكسها، وإن كان ذلك يتحقق بأساليب مختلفة بحسب نوع هذه الأوراق رسمية أو عرفية، أنظر في ذلك: د/ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، المجلد الأول، الطبعة الخامسة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة 1991، ص 160.

(2) الآية 381 من سورة البقرة.

## 1-تعريف الكتابة:

الكتابة بالمعنى الواسع مجموعة الرموز المرئية التي تعبر عن القول أو الفكر، فهي أسلوب للتعبير تتشكل من حروف وبيانات في شكل مادي ظاهر، أو حتى بالرموز المختصرة ما دامت مفهومة من طرفي العلاقة<sup>1</sup>، أو يحتفظان بمفاتيح لهذه الرموز معتمدة منهما، وتعبر الكتابة- اصطلاحا - عن معنى مكتمل أو فكرة مترابطة صادرة من الشخص الذي نسبت إليه<sup>2</sup>، وقد اتجه الفقه بوجه عام في تعريف الكتابة إلى الأخذ بالمنهج الوظيفي لها، حيث ذهب البعض<sup>3</sup> إلى أن الكتابة تحقق المحافظة على اثر أو دلالة الوقائع أو التصرفات التي يراد تأكيدها، وفي ذات الاتجاه عرف جانب آخر من الفقه الدليل الكتابي بأنه ذلك الدليل الذي ينشأ عن أي نوع من المحررات، سواء كانت مخصصة لدى تحريرها لإثبات واقعة قانونية أم لا. أما المشرع الجزائري تناول مفهوم الكتابة في المادة 323 مكر ت م ج<sup>4</sup> على أنها مجموعة حروف أو أوصاف أو رموز تحمل مدلولاً معيناً بغض النظر عن الدعامة التي تحملها أو وسيلة انتقالها.

يحمل هذا التعريف في طياته معنى الكتابة الالكترونية طالما أن المشرع لم يضع تعريفاً للدعامة التي تدون عليها الكتابة<sup>5</sup>، المهم أن تكون ذات معنى مفهوم<sup>1</sup>، ثم انه سمح بإرسال الكتابة بأي وسيلة ومنها الوسيلة الالكترونية.

(1) د/ محمد حسين منصور، الاثبات التقليدي والالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2006، ص 272، ولا يشترط توافر شكل خاص في الكتابة، فقد تكون الكتابة خطية أو مطبوعة بأي وسيلة من وسائل الطباعة، ويستوي الأمر أن تكون بخط يد موقعها أو بخط غيره، حتى ولو كان هذا الأخير هو من يتمسك بها في مواجهته، كما يستوي من ناحية أخرى أن تكون الكتابة بالمداد السائل أو بقلم الحبر الجاف أو بقلم رصاص وبأي لغة عربية أو غير عربية. انظر في ذات المعنى، د/ سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 230.

(2) انظر هذا المعنى د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 231، 230.

(3) د/ بلثم محمد سليمان الدمياطي، أثبات التعاقد الالكتروني عبر الانترنت، دراسة مقارنة، ط الأولى، دار النهضة العربية، 2009، مصر، ص 175 و 176.

(4) بنصها على مايلي: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل الحروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها". مع ملاحظة استعمال المشرع مصطلح "الوسيلة" بدلاً من مصطلح "الدعامة"، خاصة وأن المصطلح المستعمل في النص الفرنسي هو "الدعامة"، وأن هذا الأخير هو الأنسب للتعبير عما يمكن إفراغ الكتابة فيه.

(5) غير انه استخدم لفظ الورق مرات عديدة، في إشارة إلى الكتابة المعتمدة دليلاً في الإثبات عند تناوله لأنواع المحررات، الأصلية وطبق الأصل في المواد 325 ت م ج 326 ت م ج، وكذلك الشأن بالنسبة للرسائل فقد نصت المادة 1/329

لم يكن في الإمكان، قبل التطور التقني وظهور تقنيات المعلومات الحديثة، تصور الكتابة بدون توافر دعامة ورق، ولعل المشرع عند صياغة نصوص الإثبات قد تأثر في تلك الفترة بالاعتقاد السائد أن الكتابة ورق، وقد ترتب على هذا الاعتقاد حدوث لبس بين التصرف القانوني وأداة إثباته، كالخلط الحاصل بين الدليل الكتابي والورق، في حين أن الورق لا يمثل سوى دعامته فقط<sup>2</sup>.

بعد ظهور وسائل الاتصال الحديثة تغير شكل الكتابة من التقليدي إلى الإلكتروني، عليه ظهرت الحاجة لتحديد مفهوم الوثيقة الإلكترونية. تعرف الوثيقة الإلكترونية حسب المشرع التونسي على أنها: "هي الوثيقة المتكونة من مجموعة أحرف وأرقام أو أي إشارات رقمية أخرى بما في ذلك تلك المتبادلة عبر وسائل الاتصال، تكون ذات محتوى يمكن فهمه ومحفوظة على حامل إلكتروني يؤمن قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة". هذا التعريف يستند إلى العناصر المميزة للوثيقة الإلكترونية فمنها ما يتعلق بفحوى الوثيقة الإلكترونية ومنها ما يتعلق بحفظها<sup>3</sup>.

مدني على<sup>1</sup>- تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الورقة العرفية من حيث الإثبات"، وقد تكرر استخدام الورق للتعبير على الدليل الكتابي في المادة 331 مدني التي نصت في شأن حجية الدفاتر والأوراق المنزلية على أنه "لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه ألا في الحالتين الآتيتين: ب- إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الدفاتر والأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته".

(1) فليس هناك ثمة ما يمنع في القانون أن تكون الكتابة على دعامة غير ورقية كالخشب والجلد والقماش والرخام، وتكون لها ذات الحجية في الإثبات على أن تكون موقعه من صاحبها، وهذا يؤكد على عدم وجود ارتباط بين الكتابة والورق، وبالتالي لا يشترط أن تكون الكتابة على ورق، وهذا من شأنه أن يفتح الباب أمام قبول كل الدعامات أيا كانت مادة صنعها في الإثبات. أنظر في ذلك: عابد فايد عبد الفتاح فايد، الكتابة الإلكترونية في القانون المدني بين التطور القانوني والأمن التقني، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014، ص 32.

(2) انظر في هذا المعنى د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مجلد 2، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص 105، وانظر أيضاً، د/سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 160.

(3) أما المشرع الإماراتي لم يورد تعريفاً للوثيقة الإلكترونية بل تعرض للكتابة الإلكترونية عند تعرضه للتوثيق الإلكتروني من حيث كفاءات العمل به، بمعنى إجراءات التوثيق الإلكتروني فعرفه في المادة 02 فقرة 22 "إجراءات التوثيق من الإجراءات التي تهدف إلى التحقق من أن رسالة الإلكترونية قد صدرت من شخص معين، والكشف عن أي خطأ أو تعديل في محتويات أو في نقل أو تخزين رسالة الكترونية أو سجل الكتروني خلال فترة زمنية محددة، ويشمل ذلك أي إجراء يستخدم مناهج حسابية أو رموز أو كلمات أو أرقام تعريفية أو تشفير أو إجراءات للرد أو لإقرار الاستلام وغيرها من وسائل إجراءات حماية المعلومات". قبل ذلك وفي نفس

## 2- شروط تقبل الكتابة كدليل في الإثبات:

تلعب الكتابة في مجال الإثبات دورا مهما ، لذلك اجمع الفقه والقضاء على وجوب استيفائها مجموعة من الشروط حتى يمكن الاعتماد بها كدليل كتابي وهي :

2 1 أن تكون الكتابة مقروءة : يشترط في الكتابة أن تدون على حامل أو وسيط يسمح بالكتابة عليه، وان تكون مقروءة، وبمعنى أن يكون المحرر الكتابي مدونا بحروف أو رموز أو إشارات معروفة أو يسهل فكها أو قراءتها ، وينصب مضمونها على الواقعة المراد إثباتها حتى يمكن الاحتجاج بمضمون المحرر المكتوب في مواجهة الغير .

يجب أيضا أن تكون الكتابة مفهومة لمن يحتج عليه بها ، بحيث يمكن لصاحب الشأن الوصول إلى إدراك مضمون الكتابة وقراءته بسهولة ويسر ، فالقراءة هي عملية فهم للنص، وتأويله لذلك يجب أن يكون المحرر الكتابي مدونا بحروف أو رموز مقروءة ومفهومة للشخص الذي يراد الاحتجاج عليه بمضمون هذا المحرر<sup>1</sup>.

تستلزم الكتابة المقروءة الإطلاع على مضمون المحرر بشكل كامل ومباشر، والمعمول عليه في هذا الصدد هو قدرة الإنسان على قراءة الكتابة بكل يسر حتى يكون ملما بمضمون المحرر ، والجدير ذكره أن الكتابة على دعامة ورقية تستوفي الاشتراط الخاص بسهولة

---

المادة من الفقرة 07 تطرق مباشرة إلى السجل أو السند الالكتروني فعرف: "سجل" أو «مستند» الالكتروني "سجل أو مستند يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجه أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة الكترونية، على وسيط ملموس أو على أي وسيط الكتروني آخر، ويكون قابلاً للاسترجاع بشكل يمكن فهمه". وهو تعريف للوثيقة الالكترونية بدرجة أولى فكان أولى بالمشروع الإماراتي إعطاء تعريفا جامعاً مانعاً يشمل كل من الكتابة التقليدية و الالكترونية كما فعل هـ المشرع الفرنسي والجزائري حتى يعتد بنفس الآثار القانونية المترتبة عنهما كما يكون دلالة على عدم التمييز بين الكتابتين مهما كانت الدعامة أو الرقيزة التي يحفظ في محتوى الوثيقة سواء مادية حسية كالورق أو افتراضية الكترونية كما سبق الإشارة إليه.

أما المشرع البحريني فقد عرف كذلك السجل دون الكتابة الالكترونية بحيث تنص المادة 01 من قانون التجارة الالكترونية البحريني على "السجل : المعلومات التي تدون على وسط ملموس ، أو تكون محفوظة على وسط إلكتروني أو على أي وسط آخر ، وتكون قابلة للاستخراج بشكل قابل للفهم .

- السجل الإلكتروني : السجل الذي يتم إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه أو بثه أو حفظه بوسيلة إلكترونية .

(1) د/حسن عبد الباسط جميعي، أثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة

العربية، مصر، 2000، ص201 وانظر: الصالحين محمد العيش، الكتابة الرقمية طريقاً للتعبير عن الإرادة

ودليلاً للإثبات، منشأة المعارف ، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2008، ص 165.

الإطلاع ولا تحتاج إلى تدخل وسيط ، بخلاف الكتابة في الشكل الإلكتروني <sup>1</sup> التي تطلب استخدام جهاز الحاسب الآلي ، وفك التشفير مع استخدام إحدى تقنيات تخزين الكتابة .

**2-2 أن تكون ثابتة :** يشترط للاعتداد بالكتابة حتى تؤدي وظيفتها في الإثبات أن يتم تدوينها على وسيط يسمح بثباتها عليه، وحفظها بصورة مستمرة، حتى يمكن لأصحاب الشأن الرجوع إليها إذا لزم الأمر <sup>2</sup>، ويشمل مدلول الثبات بالإضافة إلى مفهوم الدوام ، فكرتي الاستقرار والبقاء ، وبعبارة أخرى يرتبط مفهوم ثبات الكتابة بفكرة حفظ المعلومات لمدة طويلة، وهذا الشرط متوافر في الوسيط الورقي بحكم تكوينه المادي ، حيث تعتبر الكتابة المدونة على هذا الوسيط دائمة وثابتة عادة ، فضلاً عن قدرته على الاحتفاظ بالمعلومات لمدة طويلة.

**2-3 عدم قابلية الكتابة للتحريف :** يشترط لإضفاء الحجية الثبوتية على المحرر الكتابي التقليدي ألا يقبل التحريف أو التعديل، أي أن يكون خالياً من أي تعديل أو تغيير يطرأ في مضمون المحرر الكتابي التقليدي سواء بالكشط أو بالمحور أو بالتحشير، وغير ذلك من العيوب المادية التي تفقد هذا المحرر قيمته القانونية، تحديداً حجيته في الإثبات، أو على الأقل ينقصها بحيث لا يرقى إلى درجة الدليل الكتابي التقليدي الكامل <sup>3</sup>.

تعتبر خاصية عدم قابلية الكتابة للتحريف من وسائل تعزيز عنصرَي الأمان والثقة في المحرر الكتابي ومنحه الحجية القانونية، وبالنسبة للدعامة الورقية فإنه من الصعب إدخال تحريف في الكتابة المدونة عليها، دون أن يترك ذلك أثر عليها، يمكن اكتشافه بالمناظرة بالعين المجردة، أو من خلال الاستعانة بالخبرة .

اختلف الفقه في تحليل طبيعة خاصية عدم قابلية الكتابة التقليدية للتحريف ومدى اعتبارها من وظائف الكتابة ، فالبعض ذهب إلى أن تلك الخاصية ليست شرطاً مطلقاً، بدليل أنه يمكن قبول المحررات المكتوبة بقلم الرصاص في مجال الإثبات في بعض

(1) د/ تامر محمد الدمياطى، مرجع سابق، ص210.

(2) د/حسن عبد الباسط جميعى، مرجع سابق، ص21، وانظر: الصالحين محمد العيش، الكتابة الرقمية طريقاً للتعبير عن الإرادة ودليلاً للإثبات، مرجع سابق، ص165 وانظر أيضاً د/ عبد العزيز المرسى حمود، "مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية في ضوء قواعد الإثبات النافذة"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد الواحد والعشرون السنة الحادية عشر، مصر، أبريل 2002، ص26.

(3) د/ عبد العزيز المرسى حمود، مرجع سابق، ص27.

الأنظمة القانونية، بالرغم من انه يمكن محو الكتابة دون أن تترك أثراً على الدعامة الورقية ، فمثلاً قضت محكمة استئناف اكس بروفانس الفرنسية بالاعتراف بصحة الوصية الخطية المحررة والموقعة بقلم الرصاص متى كان من الثابت أن الكتابة والتوقيع كليهما كانتا بيد الموصي "وهو راعي فقير لم يكن يملك سوى قلم رصاص لكتابة وصيته "، وقد أبدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه في حكم حديث لها بخصوص الكفالة المحررة بقلم الرصاص ، حيث قضت بأنه لا يوجد مبدأ أو نص في القانون يحد من استخدام قلم الرصاص في محرر عرقي .

أكد جانب آخر من الفقه على هذا الاتجاه حين ذهب إلى اعتبار عدم القابلية للتحريف بمثابة شرط لفاعلية الكتابة، ولا يعد ذلك من وظائف الكتابة ، لان هذه الشرط يتصل بموثوقية البيانات وتوثيقها، ولا يتعلق بماهية الكتابة <sup>1</sup>، وحتى بالنسبة للكتابة التقليدية فإن خاصية عدم التعديل أو عدم التحريف ، بالرغم من دورها في إطار فاعلية الكتابة في مجال الإثبات ، فان ذلك لا يرجع إلى طبيعة الكتابة ، وإنما مرد ذلك الخصائص المميزة للدعامة الورقية .

### 3-تحديات و معايير الاعتراف بالكتابة الالكترونية

بتطبيق الشروط السابقة على الكتابة الالكترونية نجد بعض الصعوبات، بالمقابل يقترح الفقه بعض المعايير للاعتراف بالكتابة الالكترونية واعتبارها من قبيل الكتابة المعدة للإثبات.

#### 3 1 صعوبات استخدام الكتابة الالكترونية

تتسم الكتابة بعدد من خصائص، تثير بعض الصعوبات في التطبيق، تجعلها لا تستجيب لقواعد نظام الإثبات التقليدية المنظمة لأحكام الدليل الكتابي الكامل، وهي:-

3 1 1 عدم وجود دعامة مادية : يتميز المحرر الالكتروني بأن الكتابة المدونة ترد على وسيط أو دعامة الكترونية، وأنها تتسم بالطابع اللامادي "غير محسوس ، حيث لا توجد دعامة مادية للمحرر الالكتروني <sup>2</sup>، بخلاف المحرر التقليدي الذي يدون على دعامة ورقية ذات طابع مادي ملموس .

(1) د/ ثمر محمد الدمياطي، مرجع سابق، ص216.

(2) د/محمد المرسى زهره، الحماية المدنية للتجارة الالكترونية ( العقد الالكتروني - الإثبات الالكتروني - المستهلك الالكتروني)، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص ص 214. 216.



وإذا كان المحرر ينشأ من ارتباط الكتابة بالدعامة، ويمكن ملاحظة ذلك بكل وضوح بالنسبة للمحرر التقليدي أو الورقي، حيث هناك ارتباط وثيق الصلة بين الكتابة التقليدية والدعامة أي أداة التخزين، وهي في الغالب قطعة من الورق، فإن المحرر الالكتروني يفترض نوعاً من استقلال الكتابة عن الدعامة غير المادية المدونة عليها، ذلك أن مضمون المحرر يسجل في البداية على دعامة محددة كالذاكرة الالكترونية للحاسوب أو الأقراص المدمجة أو المرنة أو الضوئية.. الخ ، ولكن من وقت لآخر يمكن أن ينفصل مضمون المحرر عن أداة التخزين الرئيسية، وينتقل إلى أداة أو دعامة أخرى.

### 3-1-2 إمكانية تعديل وتغيير الكتابة الالكترونية دون ترك اثر: الواقع أن الكتابة

الالكترونية تتيح إمكانية تعديل مضمونها بكل يسر، سواء بالإضافة أو الحذف أو حتى المحو عن طريق الإمكانيات المتعددة لبرامج معالجة البيانات، وكذلك من المخاطر التي تهدد سلامة تخزين المعلومات مضمون المحرر الالكتروني، حيث انه يمكن أن يتم تحريف كل أو بعض تلك المعلومات دون أن يترك ذلك أثراً ملحوظاً حتى يكشف عن هذا التلاعب، وخاصة إذا قام بذلك خبير أو مهني متخصص في الحاسوب والمعلوماتية وأيضاً يمكن أن يتم حذف معلومات المحرر كلها أو بعضها بسبب الخلل الفني أو التقني في الأجهزة المستعملة التي تهدد سلامة تخزين المعلومات، أو بفعل فاعل مثل إطلاق الفيروس عن البرنامج المعلوماتي لاختراقه أو لتدميره<sup>1</sup>.

### 3-1-3 قابلية الكتابة لتلف بسرعة : يشترط للاعتداد بالكتابة كدليل كامل في مجال

الإثبات، أن تسمح الدعامة المدونة عليها بثباتها والإبقاء عليها وحفظها كما هي ، وبصورة مستمرة، لكي يتسنى الرجوع إليها عند الحاجة، ولكن لا يعني ذلك أن تستمر الدعامة للأبد، وإنما يجب أن تدوم الكتابة المدة اللازمة لانقضاء الالتزام بالتقادم .ولكن هذه الخاصية لا تتوفر في الكتابة الالكترونية، لان الدائم الالكتروني بوجه عام تتسم بالحساسية الشديدة<sup>2</sup> ،مما يجعلها عرضة للتلف وتدمير ما عليها من بيانات ومعلومات، سواء لأسباب فنية بحثه، كسوء التخزين أو حدوث أعطال، أو بسبب مخاطر الخطأ الفني في إدخال البيانات وتصميم البرامج ونقل المعلومة من دعامة إلى أخرى.

(1) د/ محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص271.

(2) د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص200.



## 3 2 معايير الاعتراف بالكتابة الالكترونية

هناك عدة مبادئ أساسية أهمها، مبدأ عدم التمييز القانوني ضد الوسائل الالكترونية، وهو واضح بذاته ، ثم مبدأ نهج النظر الوظيفي ، ومبدأ الحياد التقني.

3-2-1 مبدأ النظر الوظيفي: وفي هذا السياق فإن مفهوم الكتابة الالكترونية يجب ان يتم تحديده في ضوء وظيفة الكتابة أو الغرض منها، وليس على نوع الداعمة أو نوع الأحبار، ولا بشكل الحروف الرموز المستخدمة، وهو ما يشار إليه بمبدأ النظر الوظيفي الذي يقوم على التحليل الدقيق لأغراض القواعد القانونية المنظمة للكتابة الورقية، ثم البحث في كيفية تحقيق هذه الأغراض أو أداء تلك الوظائف عند استخدام وسائل التقنيات الحديثة للاتصال الالكتروني<sup>1</sup>، أي يهدف مفهوم النظر الوظيفي إلى تحليل الوظائف التي تؤديها الكتابة الخطية، ثم نقلها لأي دعامة أخرى قابلة لإنتاج ذات الوظائف .

يعتمد نهج النظر الوظيفي على إبراز الوظائف الأساسية للاشتراطات القانونية للمحرر الورقي، وذلك بهدف إيجاد معايير موضوعية محددة، ثم البحث في مدى إمكانية أن تلبي إحدى تقنيات الكتابة في الشكل الالكتروني تلك المعايير<sup>2</sup>، وإذا تمكنت إحدى مخرجات الحاسب الآلي من استيفائها، فإنها تمنح المستوى ذاته من الاعتراف الذي يتمتع به المحرر الورقي المقابل الذي يؤدي الوظيفة ذاتها، ولتوضيح ذلك فإن وظائف المحرر الورقي تتحدد في أن يكون مقروءاً للجميع، واستنساخه لعدة نسخ بيد كل طرف نسخه، ثم إبقاء المحرر سليماً خالياً من أي تحويل في مضمونه إلى حين انقضائه بالتنفيذ أو بالنقد، فإن مخرجات الحواسيب الآلية . دون تحديد لأي شكل الكتروني معين مكافئ لأي سند ورقي . إذا استطاعت - أيأ منها- أن تنهض بهذه الوظائف، فإنها توفر نفس المستوى من الأمان والثقة اللذان يوفرهما الورق، وبالتالي تكتسب الحجية التي يحظى بها المحرر الورقي، طالما تكفل وباستمرار تحقيق تلك الوظائف في البيئة الالكترونية .

(1) د/عطا عبد العاطي السنباطي، الاثبات في العقود الالكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص238.

(2) وهو ما اخذ به القانون النموذجي للتجارة الالكترونية عام 1996م، بند 18، 21 .

رسالة البيانات مصطلح استخدمه القانون النموذجي، حيث جاء المادة الثانية منه "بان رسالة البيانات تعني المعلومات التي يتم إنشاؤها أو استلامها وتخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الكترونياً أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي" فهي تختلف عن المحرر الورقي ولا تؤدي كل وظائفه واستخدمت كمعيار من بالخصوص.

من خلال إتباع نهج النظر الوظيفي فإن المحررات الالكترونية بالإضافة إلى انه بمقدورها أن تؤدي إلى وظائف المحرر الورقي كاملة، فإنها توفر في الغالب درجة أكبر من الموثوقية والسرعة، وخاصة فيما يتعلق بتحديد مصدر البيانات ومضمونها إذا استوفت عدداً من الاشتراطات القانونية والتقنية، ولكن يجب ألا يؤدي ذلك إلى فرض معايير فنية على مستخدمي الوسائل التقنية اشد مما تفرضه الاشتراطات القانونية للتعامل بالمستندات الورقية.

3 2 2 مبدأ الحياد التقني : يستهدف هذا المبدأ إتباع نهج مرن فيما يتعلق بالتقنيات المستخدمة في الكتابة أو التوقيع، وذلك في عدم تفضيل تقنية معينة، حتى ولو حققت درجة اكبر من الأمان والموثوقية، وذلك بغرض إتاحة الفرصة لاستيعاب ما سيتم تطويره في مجال تقنيات الكتابة ودعامتها في المستقبل، كما أن مفاد هذا المبدأ أيضا عدم التمييز ضد أي نوع من الكتابة على أساس الدعامة التي تقع عليها، وهو ما يسمى بمبدأ الحياد بين الوسائط، أي أن جميع التقنيات " التكنولوجيات " ستتاح نفس الفرصة لاستيفاء الشروط اللازمة للاعتراف القانوني بها، وبالتالي ينبغي ألا يكون هناك اختلاف في المعاملة بين تقنيات أو دعامة الكتابة شريطة أن تستوفي الشروط الأساسية لأداء وظيفة الكتابة .

وقد ذهب احد الفقهاء إلى انه يمكن ضبط مبدأ الحياد التقني بالنسبة لتعريف الكتابة من زاويتين، تتمثل الأولى في أن هذا المفهوم يفترض بداية عدم البحث عن تفضيل لتقنية عن أخرى، فالتقنيات الحديثة تقابل الورق والعكس صحيح، وأما الثانية فإنه يعتقد أن المعالجة الآلية لمحرر ما تستقل عن الدعامة المستخدمة، ويجب أن تأول وتقيم قانوناً بالإشارة لطبيعة محتواها وبدون الإشارة المباشرة لدعامتها<sup>1</sup>.

### ثانيا: حجية السند الالكتروني.

جاء قبول الكتابة في الشكل الالكتروني في المادة 323 مكرر 1 ت م ج ، وترتيباً على ذلك لا يجوز للقاضي أن يرفض ما ورد في المحرر الالكتروني لمجرد أنه ورد في الشكل الالكتروني، وبذلك يكون القانون الجزائري قد اعتمد نهج النظر الوظيفي فيما يتعلق بقبول الكتابة الالكترونية، وقد استهدف المشرع من وراء هذا النص إزالة كل ما من شأنه أن يثير الشكوك حول القيمة القانونية للكتابة الالكترونية ، بالإضافة إلى أن هذا الاعتراف القانوني

(1) مشار إليه عند: د/ تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص229.

للكتابة الإلكترونية قد حقق نوعاً من التقارب مع الوظائف التقليدية للكتابة الورقية، بهدف نقلها واستخدامها في البيئة الإلكترونية<sup>1</sup>.

جاء في المادة 323 مكرر 1 ت م ج ضمن الفصل الخاص بإثبات الالتزام بالكتابة، بالتالي إدراج هذا النص صلب القواعد المتعلقة بالبيئة بالكتابة يبرز نية المشرع الواضحة في اعتبار الوثيقة الإلكترونية من قبيل الحجج الكتابية . لكن ما مدى التسوية بين الحجج الإلكترونية والحجج الورقية؟ وهل يقصد الورقة العرفية أم الرسمية أو الورقتين معا؟

للإجابة على هذا السؤال سنتبع خطى المشرع الجزائري في تناوله لموضوع المعاملات الإلكترونية، لنجد أن أول ظهور للفظ الإلكتروني في التقنين المدني سنة 2005، يعطى انطباع بأن الأمر يتعلق بعرفية الشكل الإلكتروني في التعاقد (أ)، لكن وبعد 2007<sup>2</sup> غير المشرع هذا المنحى وجاء بإمكانية اعتماد مفهوم المصادقة الإلكترونية (ب)، وبشروط (ج).  
أ- موقف المشرع القاضي بإقصاء الوثيقة الإلكترونية من دائرة الحجج الرسمية .

إن التقسيم الكلاسيكي للحجج الكتابية يميز بين الحجج الرسمية والحجج غير الرسمية، وإن إطلاق مبدأ التسوية بين الكتابات الورقية والكتابات الإلكترونية يفترض أن تنقسم هذه الأخيرة إلى حجج رسمية إلكترونية وحجج إلكترونية غير رسمية. إلا أن النص على مبدأ التسوية تم بين الكتابة على الورق فقط والكتابة الإلكترونية، ثم أن النص الخاص بالوثيقة الرسمية وهو نص المادة 324 من القانون المدني لم يعدل ولم يدرج فيه الكتابة الإلكترونية، ولا حتى تغيير في طبيعة الموظف المكلف بالكتابة الرسمية، فهذه الأخيرة تشترط:

(1) نفس المنهج كان قد سار عليه المشرع الفرنسي بحيث أنه أقر بعبارة صريحة باكتساب المحررات الإلكترونية حجية الدليل الكتابي الكامل في مجال الإثبات، غير أنه قيد ذلك بتوافر شرطين استهدف بهما من ناحية التحقق من صدور الكتابة ممن يراد الاحتجاج بها عليه، ومن ناحية أخرى عدم حدوث تعديل في مضمونها، حيث نصت المادة 1/1316 من التقنين المدني بعد التعديل على أنه "يعد بالكتابة المتخذة شكلاً الكترونياً كدليل في الإثبات شأنها شأن الكتابة على دعامة ورقية شرط أن يكون في الإمكان بالضرورة تعيين هوية الشخص الذي صدرت منه، وأن تعد وتحفظ في ظروف من طبيعتها ضمان سلامتها "

(2) وهو تاريخ صدور المرسوم التنفيذي 07-162 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 01-123 المؤرخ في 9 ماي 2001 والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية ، ج ر ج ج عدد 2007/37.

- أن تتم العقود أمام موظفين مؤهلين لذلك حسب المادة 324 ت م ج، ويلاحظ أن هذه المادة لم تعدل ولم يأتي القانون آنذاك بجهات جديدة تتولى المصادقة على الوثائق الإلكترونية.

- أن يحظر أطراف العقد والشهود أمام الموثق حسب المادة 324 مكرر 2 ت م ج، وهذا الأمر لا يكتسب في غالب الحالات في العقود الإلكترونية التي تبرم عن بعد.  
ثم أن المشرع الجزائري أتى على ذلك ر التوقيع الإلكتروني في المادة 327 ت م ج، وهذه المادة تعرف العقد العرفي، مما يستنتج ضمناً أن المقصود اعتبار التوقيع الإلكتروني توقيعاً عرفياً. وعليه تعد الوثيقة الإلكترونية طبقاً لما سبق كتباً غير رسمي<sup>1</sup>.

#### ب- استحداث المشرع لخدمة المصادقة الإلكترونية:

لما كان الهدف من التجارة الإلكترونية هو التشجيع على انسيابها وسهولتها وزرع الثقة بين المتعاملين، ظهرت ضرورة وجود طرف ثالث محايد محل ثقة يقدم خدمة للأطراف وهي توثيق محتوى سنداتهم الممهورة بتوقيعاتهم، هذه الجهة تعمل على إعطاء فعالية للتوقيع الإلكتروني من جهة و، والمحافظة على الرسائل المتبادلة بينهم في شكل معين من أي تغيير أو حذف أو إضافة، قصد استعمالها وقت نشوء النزاع، يتمثل هذا الشخص في سلطة الإشهار<sup>2</sup>.

(1) وبالمقارنة بين التشريع الجزائري والتشريع التونسي مثلاً قد أنشأ ما سمي بالوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية التي من ضمن مهامها "إصدار وتسليم وحفظ شهادات المصادقة الإلكترونية الخاصة بالأعوان العموميين المؤهلين للقيام بالمبادلات الإلكترونية..." وبالتالي فإن هذا النص يقر صراحة إمكانية صدور وثائق إلكترونية محلاة بإمضاء إلكتروني عن أعوان عموميين مؤهلين للقيام بالمبادلات الإلكترونية، وعبارة أعوان عموميين هي عبارة عامة تشمل المأمورين العموميين، ولا شك أن هذه الوثائق الصادرة أصلاً في شكل إلكتروني ومحلاة بالإمضاء الإلكتروني للمأمور العمومي الصادرة في شأنه شهادة مصادقة إلكترونية من الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية تعد كتائب إلكترونية لها حجية الكتائب الرسمية، وعليه لا مفر من الإقرار بأن الكتائب الإلكترونية على غرار نظيرتها الورقية قد تتمتع أحياناً بحجية الكتائب الرسمية -إذا ما صودق عليها طالما أنها صادرة عن أعوان عموميين- وفي صور أخرى بحجية الكتائب غير الرسمية حسب مصدره وظروف إنشائه، أنظر في ذلك: خالد عرفة، مرجع سابق. أما المشرع الجزائري وإن أنشأ خدمة المصادقة الإلكترونية لكن ليس لوثائق صادرة عن موظفين عموميين.

(2) باطلاي غنية، مرجع سابق، ص 185.

سلطة الإشهار أو الموثق الإلكتروني هو طرف ثالث لإضفاء صلاحية على المراسلات الإلكترونية يصطلح عليه تسمية مقدم خدمة التصديق، وقد جاء نص في المرسوم التنفيذي 07-162 مفاده إنشاء أشخاص تتكفل بمهمة التوثيق أو التصديق الإلكتروني أو ما يسمى بمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني و هو كل شخص في مفهوم المادة 08/08 من قانون 2000-03 المتعلق بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية والذي يسلم شهادات الكترونية أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الإلكتروني.

هذا التدخل التشريعي جعل الأمر يبدو وكأنه تراجع للمشرع عن إقصاء الوثيقة الإلكترونية من دائرة الحجج الرسمية . فالتصديق الإلكتروني يقوم به طرف ثالث محايد يتمثل في أفراد أو شركات أو جهات مستقلة محايدة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق تعاملاتهم الإلكترونية<sup>1</sup>. والوظيفة الأساسية لجهة التصديق الإلكترونية هي تحديد هوية المتعاملين في التعاملات الإلكترونية وتحديد أهليتهم القانونية في التعامل والتحقق من مضمون هذا التعامل وسلامة التوقيع الذي يحمله وكذلك جديته وبعده عن الغش والاحتيال. الأمر الذي يجعل الوضع ظاهريا كأنه تطبيق لمهمة الموثق العادي.<sup>2</sup>

يأخذ التوجيه الأوربي رقم 93 سنة 1999 بفكرة المصادقة الإلكترونية وأطلق عليه تسمية مقدم خدمات التصديق وهي نفس التسمية التي جاء بها المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي 07-162 المذكور سابقا.

ممارسة نشاط التصديق الإلكتروني يتطلب الحصول على ترخيص تمنحه سلطة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، وهذا الترخيص يكون مرفق بدفتر الشروط يحدد حقوق و

(1) من بين الأنظمة المعتمدة في الدول الأوروبية والأمريكية حتى تؤدي جهات التصديق مهمتها تتم هيكلتها طبقا

لقاعدة التبعية التدريجية بحيث هناك:

- جهة تصديق مركزية وحيدة ، تصادق على التكنولوجيا التي تسمح باستعمال المفاتيح العامة والخاصة وكذا التصديق على عمل مقدمي خدمات التصديق الأقل منها درجة.

- جهات تصديق جهوية، مهمتها ضمان نسبة المفتاح العام للشخص صاحب المفتاح الخاص المستعمل من الموقع.

- جهات تصديق محلية، مهمتها منح الأزواج من المفاتيح وكذا شهادة التصديق المتعلقة بكل زوج من المفاتيح وذلك بعد التأكد من هوية مقتني المفاتيح، انظر في ذلك: باطلي غنية، مرجع سابق، ص186.

(2) ناجي الزهراء، مرجع سابق. إلا أن وظيفة الموثق أوسع مما تضمنه هذا المرسوم بشأن خدمة المصادقة ، فلا

يوجد ما يدل على اختصاصه بإبرام العقود الإلكترونية ، ثم أن هذا التنظيم الذي جاء به المشرع الجزائري بشأن مقدم خدمات التصديق يبقى ناقصا ، فلم يحدد أي مسؤولية على عاتقه على عكس قانون التوثيق.

وواجبات مؤدي الخدمات والمستعمل.

أما عن الأشخاص الذين يجوز لهم قانونا ممارسة هذا النشاط، يجب أن تتوفر فيهم نفس الشروط لممارس نشاط تقديم الانترنت في الجزائر<sup>1</sup>.

وتدخل المشرع بإدراجه مثل هذا النص لا يعني في الحقيقة تبني التوثيق الرسمي للوثيقة الإلكترونية فالموثق لا يكتفي بالمصادقة على الوثائق في الغالب بل هناك إجراءات أخرى يقوم بها<sup>2</sup> أولها إبرام العقود وهذا ما لم ينص عليه القانون بشأن مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية. وعليه فالمبدأ دائما هو إقصاء الوثيقة الإلكترونية من دائرة الحجج الرسمية .

ضف لذلك وهو المهم أن الكتابة الإلكترونية جاء ذكرها في المادة 323 مكرر 1 ت م ج ضمن الفصل الخاص بإثبات الالتزام بالكتابة، بالتالي إدراج هذا النص صلب القواعد المتعلقة بالبينة بالكتابة يبرز نية المشرع الواضحة في اعتبار الوثيقة الإلكترونية من قبيل الحجج الكتابية بمعنى الكتابة المفيدة في الإثبات وليس الصحة.

### ج- شروط حجية الوثيقة الإلكترونية:

لقد نصت المادة 323 مكرر 1 ت م ج على حجية الوثيقة الإلكترونية وذلك بتوفر شرطين: التأكد من هوية مصدرها أي أن تكون الوثيقة مدعومة بإمضاء إلكتروني ينسب إلى صاحبه، وثانيهما يتعلق بحفظ الوثيقة.

#### 1- التأكد من مصدر الوثيقة الإلكترونية

يشترط لقبول المحرر الإلكتروني في مجال الإثبات، أن يكون من شأنه تحديد هوية الشخص الذي صدر منه، ويتم عادة التحقق من نسبة الكتابة الإلكترونية لصاحبها عن طريق استخدام التوقيع الإلكتروني، الذي من وظائفه تحديد هوية صاحبه، وبالتالي إذا لم يتضمن المحرر الإلكتروني احد تقنيات التوقيع المعتمدة من سلطات التصديق لا يتمتع بحجية المحرر الورقي .

(1) وهو المرسوم التنفيذي 98-257 المؤرخ في 25 أوت 1998، الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات

الأنترنت، وإستغلالها، والمعدل بموجب المرسوم التنفيذي 2000-307 المؤرخ في 14 أكتوبر سنة 2000.

(2) ففي بيع العقار مثلا نجد إجراء التسجيل والإشهار الذي يقوم به الموثق لدى المصالح المختصة وهذا ما لا يقوم

به مقدمو خدمة المصادقة على الوثائق الإلكترونية إذا ما تعلق الأمر ببيع عقار مثلا ، عليه فلا يعد موثق

الالكتروني بمعنى الكلمة بل تشبه وظيفته عمل ضابط الحالة المدنية لدى مصالح البلدية في مصادقته على

الوثائق الورقية. بالإضافة أن الموثق يشترط الحضور المادي أمامه وهذا مالم يشترط بالنسبة لمؤسسة التصديق.

## 2-إنشاء الكتابة وحفظها بطرق تضمن سلامتها .:

يقصد بذلك أن قبول المحرر الالكتروني في مجال الإثبات يقتضي أن تتوفر فيه الضمانات اللازمة التي تكفل حمايته من محاولات التلاعب في مضمون الكتابة التي تقع على دعامته أو العبث بها، وقد حرص المشرع الجزائري على أن تدل صياغة النص على وجوب توافر اشتراطات الكتابة الورقية في المحرر الالكتروني، من حيث الاستمرارية بحالة سليمة وحفظ سلامة مضمونه حتى يمكن الرجوع إليه عند الحاجة ، لذلك يحتاج قبول المحرر الالكتروني في الإثبات إلى تدعيم الثقة فيه عن طريق استخدام إحدى التقنيات التي كشف عنها التطور التقني في مجال تكنولوجيا المعلومات ، كاستخدام التشفير، والاحتفاظ بمفتاح فك التشفير في طي الكتمان والى المفتاح المزدوج و المتمثل في انه لا يمكن الدخول على المحرر والتعديل في مضمونه إلا باستخدام المفاتيح معاً، كما يمكن تأمين المحرر الالكتروني عن طريق تدخل وسيط ثالث للقيام بمهمة الأرشيف الالكتروني وسلطات التصديق<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني

#### الاعتراف الصريح للمشرع الجزائري بفكرة التوقيع الالكتروني<sup>2</sup>

يحتل التوقيع الالكتروني مجالا واسعا في مختلف فروع القانون العام والخاص، لما له من قدرة على تحديد هوية الشخص الموقع والتعبير عن إرادته<sup>1</sup>، وبظهور التجارة الالكترونية ظهرت الحاجة إلى توافيق تتلاءم مع طبيعتها فتكون ما يعرف بالتوقيع الالكتروني، والذي لم يقتصر على شكل واحد بل اتخذ عدة أشكال ، كما انه نال الاعتراف القانوني به. فقد جاء في نص

(1) د/ تأمر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص 214، 215.

(2) تظهر أهمية استعمال التوقيع الإلكتروني في التجارة الالكترونية في ثلاثة أهداف رئيسية تكون مؤثرة إلى حد كبير في حجية السند الالكتروني وقبوله كدليل في الإثبات:

1- موثوقية الرسالة الالكترونية : عن طريق ضمان أن الرسالة الالكترونية قد صدرت من مرسلها الحقيقي، فهي توفر الطمأنينة للمستقبل بأن هذه الرسالة لا يمكن أن ينشأها أو يرسلها إلا المرسل الحقيقي. ومن ثم فإن مرسل هذا النوع من الرسائل الموقعة لا يستطيع إنكارها.

2- سلامة الرسالة الالكترونية من أي تزوي أو تعديل: عن طريق ضمان أن الرسالة الالكترونية قد تم تلقيها من قبل المستقبل بنفس المحتوى الذي خرجت به من جهاز المرسل دون أن يتم تعديلها أو تغييرها أو إضافة أي جديد على محتواها.

3- سرية الرسالة الالكترونية: عن طريق ضمان إن الرسالة الالكترونية الموقعة بهذه الطريقة لا يمكن قراءتها من قبل أي شخص غير محول، مما يبعث الطمأنينة لدى طرفي الرسالة (المرسل والمرسل إليه).



المادة 2/327 من التقنين المدني الجزائري ما يلي: "ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه".

يستشف من هذه المادة اعتراف صريح بالتوقيع الإلكتروني، وقد تولى المرسوم 167-07 تعريفه (أولا) لكن لم يقدم ما يضمن تطابقه مع نظيره التقليدي (ثانيا) .  
أولا: تعريف التوقيع الإلكتروني وأنواعه:

نظرا للأهمية البالغة للتوقيع الإلكتروني في التجارة الإلكترونية ارتأينا دراسته بشيء من الإسهاب و سنعتمد في ذلك على الفقه و بعض المنظمات و التشريعات (أ)، وكما أن للتوقيع العادي ثلاث صور<sup>2</sup> فإن للتوقيع الإلكتروني صور وأشكال مختلفة (ب).

#### أ- تعريف التوقيع الإلكتروني :

نظرا للأهمية التي يحظى بها التوقيع في التعبير عن الإرادة الباطنة وتحويلها إلى تصرف ظاهر، وأمام شكله الحديث حاول الفقه وكذا المنظمات الدولية والتشريعات وضع تعاريف له.

#### 1- التعريف الفقهي للتوقيع الإلكتروني:

هناك عدة تعريفات فقهية للتوقيع الإلكتروني ، وهذا الأخير لا يختلف عن التوقيع التقليدي من حيث المبدأ والوظيفة المطلوبة منه، لكن يتخذ لنفسه أشكالا مختلفة بالمقارنة مع التوقيع الخطي<sup>3</sup> الذي في الأصل واحد لا يتغير عند الشخص ذاته .

يمكن أن نورد بعض التعاريف ومن بينها : التوقيع الإلكتروني " هو الذي يقوم على مجموعة من الإجراءات والوسائل، بحيث يتيح استخدامها عن طريق الرموز أو الأرقام، إخراج رسالة الكترونية تتضمن علامة مميزة لصاحب الرسالة المنقولة الكترونيا، يجري تشفيرها باستخدام خوارزم المفاتيح، أحدهم أعلن عنه والأخر خاص بصاحب الرسالة"<sup>1</sup> .

(1) وقد كان التوقيع بداية يتم عن طريق الختم، ثم عن طريق الإمضاء بخط اليد، ثم توسع ليشمل بصمة الأصبع لدقتها في تحديد هوية الموقع، نظرا لما أثبتته العلم من قدرة البصمة على تحقيق تلك الوظائف وعدم إمكان التشابه بين البصمات حتى في الإنسان نفسه.

(2) صور التوقيع العادي هي إمضاء يدوي، بصمة أصبع والختم .

(3) التوقيع بشكل عام حسب الأستاذ Christophe Davys انه كل علامة توضع على سند تميز هوية وشخصية الموقع وتكشف عن إرادته بقبول التزامه بمضمون هذا السند وإقراره له. انظر في ذلك د/خالد عبد الفتاح محمد، التنظيم القانوني للتوقيع الإلكتروني (دراسة مقارنة)، المركز القومي للإصدارات القانونية ، مصر، 2009، ص23.



- هذا التعريف: - ركز على الوسيلة التي يتم بها إنشاء التوقيع مثل الرموز والأرقام.
- ابرز النتيجة المترتبة على استعمال وسائل التوقيع وهو إخراج رسالة الالكترونية تتضمن علامة مميزة لصاحب التوقيع.
- ركز على التوقيع الرقمي والذي يعد أحد صور التوقيع الالكتروني والذي يقوم على تشفير المفتاح العام والخاص<sup>2</sup>.
- ويمكن أن نورد تعريف آخر وهو أن التوقيع الالكتروني " مجموعة من الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمناسبته"<sup>3</sup>. هذا التعريف بدوره:
- لم يحدد صور التوقيع التي يمكن أن تكونا توقيعا الكترونية بل اكتفى بالقول بأنه مجموعة إجراءات تقنية أو الكترونية بذلك يسمح بالاعتراف بأية إجراءات تقنية متى كانت ذات كفاءة وقدرة على تحقيق وظائف التوقيع بثقة وأمان.
- ابرز وظائف التوقيع الالكتروني وهي تحديد هوية الموقع والتعبير عن إرادته بالموافقة على مضمون السند الذي تم التوقيع عليه.

(1) احمد شرف الدين ، "التوقيع الالكتروني: قواعد الإثبات ومقتضيات الأمان في التجارة الالكترونية"، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التجارة الالكترونية ، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2000، ص3.

(2) و التفسير: هو 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، أنظر في ذلك: الأستاذ: خالد عرفة، حجية الوثيقة الالكترونية، مقال منشور في مجلة أفكار الإلكترونية على الموقع [WWW.afkaronlin.org](http://WWW.afkaronlin.org) . أما المفتاح العام او ما يدعى كذلك بالترميز اللاتناظري ، تقوم هذه العملية على ان يرسل المرسل رسالته و يسبقها بمفتاح عام للمرسل إليه، بحيث ستحول رموز وتنتقل الكترونيا لتصل إلى حاسب المرسل إليه ويحولها إلى بيانات أصلية ، هنا لا يمكن للمرسل إليه أن يعرف هوية المرسل طالما ان كل الذين يتعاملون معه يملكون مفتاحه العام . والمفتاح الخاص أو الترميز التناظري يقوم على وجود نفس المفتاح لدى المرسل والمرسل إليه ، بحيث ترسل الرسالة مرفوقة بالمفتاح السري الذي يكفل فتحها لدى المرسل إليه ، مع الإشارة ان أثناء انتقالها تكون غير مفهومة. وتتصف هذه الحالة بالتناظر لوجود نفس المفتاح لدى المتعاملين .انظر في ذلك :

LEMAY Laura et MURPHY Brian, commerce sur le web, Simon et Schuster Macmillan, France ,1997,p343.

(3) حسن عبد الباسط جمعي ، اثبات التصرفات القانونية التي يتم ابرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، مصر ، 2000، ص 35 . وقد نقل هذا التعريف عن E.DAVIO في مؤلفه *Internet face au droit*.

## 2- تعريف التوقيع الالكتروني من قبل المنظمات :

تصدت أكثر من منظمة لتعريف التوقيع الالكتروني، لكن سنقتصر على منظمتين احدهما منظمة الأمم المتحدة عن طريق لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية والمعروفة بالاونسيترال والاتحاد الأوروبي كمثال لمنظمة إقليمية، إذ أن باقي المنظمات التي حاولت تعريف التوقيع الالكتروني تأثرت بتعريف الاونسيترال

### 2 4 تعريف التوقيع الالكتروني في قواعد الاونسيترال بشأن التوقيعات الالكترونية<sup>1</sup> :

جاء في المادة الثانية من القانون النموذجي للاونسيترال بشأن التوقيعات الالكترونية والتي عنيت بوضع تعاريف لكل ما هو متعلق بالشكل الالكتروني المترتب عن التجارة الالكترونية<sup>2</sup> انه: لأغراض هذا القانون نقصد ب:

" توقيع الكتروني " يعني بيانات في شكل الكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تُستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات. نلاحظ على هذا التعريف:

-في الحقيقة لم يقدم تعريفا للتوقيع الالكتروني ولا حتى نوع أو الطريقة التي يتم بها التوقيع الالكتروني، وهذا ما يفتح المجال لإيراد أي طريقة تراها الدول ملائمة من ترميز أو تشفير أو أي شكل آخر.

-إن التعريف ركز على أن طريقة التوقيع يجب أن تحقق وظائف التوقيع من تحديد هوية الشخص الموقع والتعبير عن إرادته على مضمون رسالة البيانات<sup>3</sup>.

(1) قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية 2001 للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عن أعمال دورتها الرابعة والثلاثين، المعقودة في فيينا، من 25 يونيو الى يولييه 2001. وقد اعتمد نص قانون الأونسيترال النموذجي في 5 يولييه 2001.

(2) فبعد أن قامت لجنة الأمم المتحدة بوضع القانون النموذجي للتجارة الالكترونية في 1996، قامت بمعالجة المشاكل التي تترتب عنها من بينها التوقيع الالكتروني والذي تمخض عنه القانون النموذجي للاونسيترال بشأن التوقيع الالكتروني والذي جاء في مادته الأولى مايلي :

" ينطبق هذا القانون حيثما تُستخدم توقيعات إلكترونية في سياق \* أنشطة تجارية\* \*.

وهو لا يلغي أي قاعدة قانونية يكون القصد منها حماية المستهلكين..."

(3) وهذا ما يؤكد نفس القانون - قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية - حيث تنص الفقرة 1 من

## 2-2 تعريف التوقيع الإلكتروني في توجيهات الاتحاد الأوروبي:

طبقا للتوجيهين الأوروبيين<sup>1</sup>، يعرف الاتحاد الأوروبي نوعيين من التوقيع الإلكتروني، ووضع لكل نوع تعريفا محددا وهما<sup>2</sup>:

-التوقيع الإلكتروني هو معلومات على شكل الكتروني متعلقة بمعلومات الكترونية أخرى مرتبطة ارتباطا وثيقا ويستخدم أداة للتوثيق.

-التوقيع الإلكتروني المعزز هو عبارة عن توقيع الكتروني يشترط فيه أن يكون:

- مرتبط ارتباطا فريدا من نوعه مع صاحب التوقيع.
- قادرا على تحديد صاحب التوقيع والتعرف عليه باستخدامه.
- تم إيجاده باستخدام وسائل يضمن فيها صاحبه السرية التامة.
- مرتبط مع المعلومات المحتواة في الرسالة حيث انه يكتشف أي تغيير في المعلومات.

## 3- تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الداخلية:

تم إقرار قوانين عديدة<sup>3</sup> لتنظيم استخدام التوقيعات الإلكترونية في المعاملات ومن أبرزها:

المادة 6 من القانون النموذجي على ما يلي: "حيثما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يُعد ذلك الاشتراط مستوفى بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا استخدم توقيع الكتروني موثوق به بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات، في ضوء كل الظروف، بما في ذلك أي اتفاق ذي صلة." أي أنه عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يستوفى ذلك الشرط بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا:

- استخدمت طريقة لتعيين هوية ذلك الشخص والتدليل على موافقة ذلك الشخص على المعلومات الواردة في رسالة البيانات.

- كانت تلك الطريقة جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو بلغت من أجله رسالة البيانات، في ضوء كل الظروف، بما في ذلك أي اتفاق متصل بالأمر.

(1) التوجيه الإداري الصادر عن البرلمان الأوروبي ومجلس أوروبا 93/1999/EC بشأن إطار مجتمعي للتوقيعات

الإلكترونية الجريدة الرسمية للجماعات الأوروبية، العدد 13. يليه توجيه آخر أكثر شمولا EC/31/2000

الصادر عن البرلمان الأوروبي ومجلس أوروبا في 8 يونيو 2000 بشأن بعض الجوانب القانونية لخدمات مجتمع المعلومات، وخصوصا التجارة الإلكترونية في السوق الداخلية. الجريدة الرسمية للجماعات الأوروبية، العدد 178.

(2) ANTOINE.M.,GOBERT. D, La directive européenne sur la signature électronique : Vers la sécurisation des transactions sur l'Internet ?,2000.,[www.consultandtraining.com](http://www.consultandtraining.com)

(3) ومنها القانون الفيدرالي السويسري الخاص بتقديم خدمات الشهادات في مجال التوقيع الإلكتروني الصادر بتاريخ

19 ديسمبر 2004 والذي عرفت المادة 2 منه التوقيع الإلكتروني بأنه: "أ-التوقيع الإلكتروني: المعطيات

الإلكترونية مجتمعة أو مرتبطة منطقيا بمعطيات الكترونية أخرى وتستخدم في التحقق من مصداقيته . ب- التوقيع

## 3 + التوقيع الإلكتروني في القانون الجزائري:

إعتمد المشرع الجزائري التوقيع الإلكتروني لأول مرة في نص المادة 2/327 المذكور آنفا وذلك من أجل إضفاء الحجية على المحررات الإلكترونية. على أن يعتد بالتوقيع الإلكتروني بنفس الشروط التي يعتد بها السند الإلكتروني، و هذه الشروط تتمثل في التأكد من هوية الشخص الذي أصدره أي إسناد التوقيع لصاحبه مع تحديد الهوية، ثم إعداده وحفظه بشكل يضمن سلامته، وأهمل المشرع شرط التأكد من ارتضاء الموقع بما ورد في الوثيقة. أما عن تعريف التوقيع الإلكتروني، فإن القانون الجزائري يميز بين التوقيع الإلكتروني العادي والتوقيع الإلكتروني المؤمن وذلك بموجب المادة 3 من المرسوم التنفيذي 07-162 السالف الذكر التوقيع الإلكتروني هو أسلوب عمل أو معطى يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و 323 مكرر 1 من الأمر 75-58 المتضمن التقنين المدني<sup>1</sup>. كذلك أتت نفس المادة بمفهوم التوقيع الإلكتروني المؤمن وهو توقيع الكتروني يفى بالمتطلبات التالية :

- يكون خاص بالموقع.
- يتم إنشائه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية .
- يضمن مع الفعل المرتبط به صلة بحيث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلا للكشف عنه.

وبهذه الشروط يكون التوقيع الإلكتروني المؤمن أوثق وأكثر مصداقية من التوقيع الإلكتروني العادي<sup>2</sup>، على أساس أن التوقيع الإلكتروني المؤمن يضعه موقع، هذا الأخير ليس بالضرورة أن

الإلكتروني المتقدم :التوقيع الإلكتروني الذي يفى بالمتطلبات التالية : 1- أن يرتبط فقط بصاحبه 2- يسمح بالتعرف على الموقع 3- أن يكون قد أنشأ بوسائل يحفظها الموقع تحت رقابة المنفردة 4- يرتبط بالمعطيات التي تتعلق بها بحيث أن كل تغيير لاحق عليها يمكن اكتشافه. أما التوقيع الإلكتروني الموصوف فهو التوقيع الإلكتروني المتقدم والقائم على تأمين إنشائه بالمفهوم الوارد بالمادة 6 فقرة 1 و2 وهو بناء على شهادة مكيفة بأنها صحيحة لحظة إنشائه .

- (1) يلاحظ على هذا التعريف أنه لم يأتي بأي جديد يوضح معنى التوقيع الإلكتروني بل اكتفى بتأكيد ضرورة استجابته للشروط الواردة في التقنين المدني والمتمثلة في التعريف بشخص الموقع وحفظ سلامة التوقيع.
- (2) التوقيع المؤمن هناك من التشريعات من تسميه بالتوقيع المعزز أو المحمي ،وعلى كل فهناك فرق بين التوقيعين، التوقيع الإلكتروني العادي الغير مؤمن تم الاعتراف به كونه توقيع الكتروني لكي لا يتم إنكاره فقط لكن كي يعادل التوقيع الإلكتروني نظيره التقليدي في الإثبات يجب أن يكون مؤمنا بان يتم استخدام إحدى أدوات تأمين التوقيع والتي يقصد بها كل المتطلبات التي تأكد انفراد الطريقة التي اتبعت في التوقيع بحيث تكون مقصورة على الموقع يستأثر بها ويسيطر عليها وحده دون غيره وان يتخذ بشأنها جميع الإجراءات الكفيلة بالحفاظ على سريتها وعدم

يكون المتعاقد نفسه ، بل أي شخص طبيعي يمثل المتعاقد يضع موضع التنفيذ جهاز إنشاء التوقيع الالكتروني، كذلك فان التوقيع الالكتروني المؤمن هو التوقيع الذي يحصل على شهادة مصادقة الكترونية والتي لا يحصل عليها التوقيع الالكتروني العادي.

### 2-3 التوقيع الالكتروني في القانون الأمريكي:

تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية من أشهر الدول استخداما لتكنولوجيا المعلومات، لذلك فقد حظي التوقيع الالكتروني بنصيب وافر من التنظيم التشريعي سواء على مستوى الاتحاد الفدرالي أو على مستوى الولايات<sup>1</sup>. وسنقتصر هنا في تعريف التوقيع الالكتروني على المستوى الفدرالي فقط حيث ورد تعريفان له ، الأول في القانون الفدرالي للتوقيع الالكتروني والثاني في قانون المعاملات الالكترونية الموحد.

عرفته المادة 8/102 من القانون الفدرالي للتوقيع الالكتروني بأنه: " التوقيع الذي يصدر في شكل الكتروني ويرتبط بسجل الكتروني".

يلاحظ على هذا التعريف:

- لم يحدد صورا للتوقيع الالكتروني بل اكتفى بان يكون التوقيع في شكل الكتروني فقط أيا كان هذا الشكل، وهذا ما يفتح المجال أمام الاعتراف بجميع صور التوقيع الالكتروني التي تتمتع بالثقة الكافية لتحقيق وظائف التوقيع.
  - اشترط القانون أن يكون التوقيع مرتبطا بسجل الكتروني<sup>2</sup> فقط فلا يمكن استخدام التوقيع الالكتروني حيث يكون مرتبطا بسجل عادي.
- أما قانون المعاملات الالكترونية الموحد فعرف التوقيع الالكتروني كما يلي: " صوت أو رمز أو إجراء يقع في شكل الكتروني يرتبط منطقيا بعقد أو سجل آخر ينفذ أو يصدر من شخص بقصد التوقيع على السجل".
- يلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

تقليديا وان تمكن الموقع من حمايتها وعدم استعمالها من الغير. أنظر في ذلك : إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للمعاملات الالكترونية، مرجع سابق، ص132.

(1) علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات (دراسة مقارنة)، دار الثقافة، الأردن، 2005، ص25.

(2) السجل الالكتروني حسب القوانين الأمريكية هو: " أي عقد أو أي سجل آخر جرى إنشاؤه أو إرساله أو استقباله أو تخزينه بالوسائل الالكترونية".

- أشار إلى بعض صور التوقيع الالكتروني على سبيل المثال لا الحصر، فقد ذكر الأصوات والرموز ثم فتح المجال أمام أية وسيلة أخرى تقع في شكل الكتروني لتكون قادرة على تحقيق متطلبات التوقيع الالكتروني ومن ثمة الاعتراف بها كوسيلة صالحة للتوقيع.
- لم يشترط أن يكون التوقيع مرتبطا بشكل مادي بالسجل الذي يقع عليه، بل اكتفى بارتباطه بالسجل ارتباطا منطقيا كونه وارد بشكل الكتروني بخلاف حالة الإمضاء الخطي الذي يلحق بالكتابة.
- نص على عملية تنفيذ أو إصدار التوقيع من قبل الشخص وفي ذلك تجاوز لعملية التوقيع بخط اليد التي كانت تتطلبها التشريعات، فاكتمل بالنص على عملية التنفيذ أو الإصدار بأي طريقة كانت.
- اعتبر تنفيذ أو إصدار التوقيع الالكتروني يتم بقصد التوقيع على السجل دون أن ينص على القصد من التوقيع أي دون أن يفصح صراحة عن وظيفة التوقيع المتمثلة في تحديد هوية الموقع وتعبيره عن إرادته.

### 3-3 التوقيع الالكتروني في القانون الفرنسي:

- التزاما منه بالتوجيهات الأوروبية فقد اخذ المشرع الفرنسي على عاتقه مهمة تعديل نصوص القانون المدني الخاصة بالإثبات وكان ذلك في 13/03/2000<sup>1</sup>.
- التوقيع الالكتروني حسب المادة 4/1316 في شقها الثاني يعرف بأنه: "التوقيع الذي ينتج عن استخدام أي وسيلة مقبولة موثوق بها لتحديد هوية الموقع وتكفل اتصال التوقيع بالعمل أو المستند المرتبط به".

نلاحظ على هذا التعريف:

- المشرع الفرنسي عرف التوقيع تعريفا وظيفيا مما يسمح باتساع نطاقه ليشمل التوقيعات الالكترونية إلى جانب الإمضاء الخطي، على اعتبار أن كل توقيع يحقق وظائف التوقيع هو توقيع جدير بالاعتراف به.

(1) حيث اورد بعد تعديل القانون المدني تعريفا للتوقيع التقليدي والتوقيع الالكتروني ، ويعرف التوقيع التقليدي في المادة 4/1316 انه: "التوقيع الذي يحدد هوية من هو منسوب إليه والذي يفصح عن قبوله بمضون المحرر الذي يرتبط به وبالالتزامات الواردة فيه". ويضيف نفس النص "وعندما يضعه موظف عمومي فانه يضيف الصفة الرسمية على المحرر".

- إن المشرع الفرنسي لم يحدد الطريقة التي يتم بها إنشاء التوقيع الإلكتروني ولكنه اشترط أمرا مهما وهو أن تكون هذه الطريقة موثوقة<sup>1</sup>، وفي نظر المتعاملين بالتقنيات يعد ذلك أمرا مهما للاعتراف بالتوقيع الإلكتروني على أساس أن أي طريقة للتوقيع لا بد من تمتعها بقدر كاف من الثقة والدقة حتى يتم التعويل عليها كطريقة معتمدة للتوقيع ويعود تقدير هذا الأمر إلى أصحاب الاختصاص في مجال الإلكترونيات .
- إن المشرع اشترط أن تكفل وسيلة التوقيع اتصاله بالمستند المرتبط به لأنه على عكس التوقيع اليدوي على الورق ، فإنه لا يمكن افتراض توفر الاتصال المذكور بالنسبة للتوقيع الإلكتروني ومن ثمة وجب توفير وسيلة يتحقق بها اتصاله بالبيانات التي هي محل التوقيع<sup>2</sup>.

وفي 19 افريل 2002 صدر القرار اللأحي الفرنسي<sup>3</sup> لتحقيق حجية التوقيع الإلكتروني تضمنت المادة الأولى منه تعريف التوقيع الإلكتروني بأنه معطاة تنتج عن استخدام طريقة تحقق الشروط المحددة في الجملة الأولى من الفقرة الثانية من المادة 1316-4 من القانون المدني. و أما التوقيع الإلكتروني المؤمن فهو توقيع الإلكتروني يفي فضلا عما يحقق التوقيع الإلكتروني المتطلبات التالية:

- 1- أن يكون خاصا بالموقع .
- 2- أن ينشأ بواسطة وسائل يهك للموقع الحفاظ عليها تحت سيطرته المنفردة .

(1) والغرض من نقادي تحديد تعريف للتوقيع الإلكتروني بدقة ، هو أن تكون هناك مرونة في استيعاب ما يطرأ من تطور للتوقيع الإلكتروني. انظر في ذلك :د/ احمد عبد العال أبو قرين ، أحكام الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والتشريع والقضاء ، الطبعة 3، دار النهضة العربية، مصر ، 2006 ، ص 126.

(2) SEDAILLAN Valérie, Preuve et signature électronique, Disponible sur: www. Juriscom.net.

(3) Décret pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique.

Article 1- Au sens du présent décret, on entend par :

1. Signature électronique : une donnée qui résulte de l'usage d'un procédé répondant aux conditions définies à la première phrase du second alinéa de l'article 1316-4 du code civil ;
2. Signature électronique sécurisée : une signature électronique qui satisfait, en outre, aux exigences suivantes :
  - 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 de l'acte soit détectable.



3- يضمن مع ما هو مرتبط به رابطة تمكن من اكتشاف أي تعديلات لاحقة على المحرر.

بهذا يكون المشرع الفرنسي اقتاد بالتوجيهات الأوروبية التي تتبنى نوعين من التوقيعات الإلكترونية، العادي والمعزز.

### 3-4 التوقيع الإلكتروني في القانون المصري<sup>1</sup>:

جاء في نص المادة الأولى من قانون رقم 15-2004 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني أن التوقيع الإلكتروني هو: "ما يوضع على محرر الكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره<sup>2</sup>.

(1) نكتفي في المتن بالتعرض للتعريف الذي جاء به المشرع المصري بموجب قانون رقم 15 لسنة 2004 بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني ، إلا أنه عنيته أغلبية الدول العربية الأخرى بوضع تعريف للتوقيع الإلكتروني من بينها قانون رقم 02-2002 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة بالتحديد إمارة دبي بحيث جاء في المادة 13/02 و 14 ما يلي: "التوقيع الإلكتروني - توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذي شكل الكتروني وملحق أو مرتبط منطقياً برسالة الكترونية وممهور بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة. التوقيع الإلكتروني المحمي - التوقيع الإلكتروني المستوفي لشروط المادة (20) من هذا القانون. مادة (20) :- "يعامل التوقيع على أنه توقيع الكتروني محمي إذا كان من الممكن التحقق من خلال تطبيق إجراءات توثيق محكمة، منصوص عليها في هذا القانون أو معقولة تجارياً ومتفق عليها بين الطرفين، من أن التوقيع الإلكتروني كان في الوقت الذي تم فيه: (أ) ينفرد به الشخص الذي استخدمه. (ب) ومن الممكن أن يثبت هوية ذلك الشخص. (ج) وإن يكون تحت سيطرته التامة سواء بالنسبة لإنشائه أو وسيلة استعماله وقت التوقيع. (د) ويرتبط بالرسالة الإلكترونية ذات الصلة به أو بطريقة توفر تأكيداً يعول عليه حول سلامة التوقيع، بحيث إذا تم تغيير السجل الإلكتروني فإن التوقيع الإلكتروني يصبح غير محمي".

نجد أيضاً قانون رقم 85-2001 بشأن المعاملات الإلكترونية في المملكة الأردنية الهاشمية في مادته الثانية والتي تنص على: "التوقيع الإلكتروني هو البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها وتكون مدرجة بشكل الكتروني 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" نجد أيضاً قانون التجارة الإلكترونية البحريني الصادر في 14 سبتمبر 2002- جاء في مادته 10/1: "التوقيع الإلكتروني : معلومات في شكل إلكتروني تكون موجودة في سجل إلكتروني أو مثبته أو مقترنة به منطقياً ، ويمكن للموقع استعمالها لإثبات هويته".

بينما تونس في قانون رقم 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية لم تعرف التوقيع الإلكتروني لكن اشترطت أن يكون موثقاً به كما وضعت التزامات على عاتق مستعمليه فقد جاء في الفصل 5 من القانون مايلي: "يمكن لكل من يرغب في إمضاء وثيقة الكترونية إحداث إمضائه الإلكتروني بواسطة منظومة موثوق بها يتم ضبط مواصفاتها التقنية بقرار من الوزير المكلف بالاتصالات".

(2) نفس النص جاء في الفصل الأول من مشروع التجارة الإلكترونية المصري الذي اعد في مارس 2001 جاء في المادة الثانية من هذا المشروع: "التوقيع الإلكتروني هو حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات لها طابع منفرد



و يلاحظ على هذا التعريف أنه:

- حاول سرد جميع الأشكال التي يمكن أن يتكون منها التوقيع الالكتروني من حروف و أرقام ورموز وإشارات.
- اشترط أن تكون مكونات التوقيع الالكتروني ذات طابع منفرد وذلك حتى تضمن السرية التامة وتمنع من الوقوع في مشاكل كاستخدامه من قبل الغير.
- كما أن شرط التفرد يضمن تحديد هوية الموقع وتمييزه عن غيره وهي هي إحدى وظائف التوقيع ولم ينص المشرع على الوظيفة الثانية والمتمثلة في التعبير عن إرادة الموقع والموافقة على مضمون السند.

#### ب - صور التوقيع الالكتروني:

للتوقيع الالكتروني عدة أشكال يجمع بينها قيامها على الوسائط الالكترونية واستخدام تقنيات حديثة تستطيع أن تحول بعض الصفات المميزة للشخص والأرقام والحروف إلى بيانات ينفرد هو باستعمالها من أجل توقيع مستندات وعقود الكترونية، ونجد من أهم صورته:

##### 1- التوقيع بالخواص الذاتية أو التوقيع البيوميترى:

يقوم هذا التوقيع على حفظ خصائص كل إنسان في ذاكرة الحاسوب ، وبالتالي لا يأتى إلا بهذه الخصائص كالبصمة الصوتية أو قزحية العين وغيرها<sup>1</sup>.

لقد نجم هذا التوقيع عن اهتمام العلم بدراسة خواص كل شخص التي تميزه عن غيره بشكل موثوق به إلى درجة كبيرة ، فهذه الصفات عرضة للتزوير من خلال تسجيل الصوت كما يمكن صنع عدسات لاصقة شبيهة ببصمة العين فالتزوير قرين للتطور العلمي<sup>2</sup>.

لكن هذا الأمر يجب أن لا ينال من مصداقية هذا التوقيع حيث انه بإمكان الخبراء كشف هذا التزوير، ثم أن التزوير يمكن أن يطال حتى التوقيع التقليدي، عليه لا مانع من استخدام هذا التوقيع إذا تحقق فيه نسبة من الأمان والثقة<sup>3</sup>.

يسمح بتحديد شخص الموقع وتمييزه عن غيره".

(1) المنصف قرطاس، حجية الإمضاء الالكتروني أمام القضاء، التجارة الالكترونية والخدمات المصرفية والمالية عبر الانترنت، اتحاد المصارف العربية، بيروت، 2000، ص 35.

(2) عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، مرجع سابق، ص 260

(3) حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص 41. وأمير فرج يوسف، التوقيع الالكتروني، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2008، ص 19

## 2- التوقيع الالكتروني اليدوي أو الإمضاء الآلي:

نعني به قيام الشخص بتخزين إمضائه اليدوي في الكمبيوتر بعد تصويره وإدخاله إليه بالماسح الضوئي ويتم حمايته برقم سري ليتم استعماله عند الحاجة<sup>1</sup>. هذا النوع لا يتمتع بدرجة كبيرة من الأمان إذ أن المرسل إليه يستطيع أن يحتفظ بنسخة من صورة التوقيع ويعيد لصقها على أي وثيقة الكترونية<sup>2</sup>.

## 3- التوقيع بالقلم الالكتروني:

تقوم هذه الطريقة على استخدام قلم الكتروني حساس يمكنه الكتابة على شاشة الكمبيوتر عن طريق برنامج يسيطر على هذه العملية<sup>3</sup>. يلاحظ أن هذه العملية دقيقة جدا فالبرنامج يراقب شكل التوقيع وسرعة كتابته ودرجة الضغط على القلم... الخ ففي العديد من الأحيان يرفض البرنامج التوقيع ويعتبره غير مطابق للتوقيع الأصلي.

## 4- التوقيع بالرقم السري في البطاقات البلاستيكية أو الممغنطة:

ذلك بإدخال البطاقة الممغنطة المشتملة على البيانات الخاصة بالعميل، ثم إدخال الرقم السري للعميل والضغط على المفتاح بهذا يكتمل التعبير عن الإرادة في قبول العملية، وعادة هذه العملية تستعملها البنوك والمؤسسات المالية<sup>4</sup>. إن دقة هذا النظام تكمن في أنه يشتمل على رقم سري مميز وفريد بصاحبه، وبالتالي فحتى لو عثر على البطاقة فلا يستطيع أي شخص استعمالها إلا إذا كان على علم بالرقم السري.

## 5- التوقيع الرقمي:

وهو توقيع تقني بحت ، بحيث يتم من خلال معادلات رياضية بحتة باستخدام اللوغارتميات ، والتوقيع في هذه الحالة سيتحول من نمط الكتابة التقليدية إلى معادلة رياضية ولا يمكن إعادتها لصيغتها المقروءة إلا من قبل الشخص الذي له المعادلة الخاصة. والتوقيع الرقمي من أهم صور التوقيع الالكتروني وأفضلها على الإطلاق -إلى درجة أنه هناك من يطلق على التوقيع الالكتروني اسم التوقيع الرقمي الذي يعد صورة له- ، لما يتمتع به من

(1) المنصف قرطاس، حجية الإمضاء الالكتروني أمام القضاء، مرجع سابق، ص236.

(2) حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص42.

(3) علاء محمد نصيرات، مرجع سابق، ص36، وأمير فرج يوسف، مرجع سابق، ص20

(4) د/ محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والالكتروني، مرجع سابق، ص279.

درجة عالية من الثقة والأمان في استخدامه وتطبيقه، وبذلك يكون له ذات القوة التي هي للتوقيع التقليدي ما لم تكن قوته أفضل<sup>1</sup>.

يتم تقدير الثقة التي يتمتع بها هذا النوع من التوقيع من خلال طرق التحقق من صحته والتي تجري بطريقتين:

- من خلال قيام مستلم الرسالة بتشفير جزء من الرسالة باستخدام المفتاح العام للمرسل وبرنامج التشفير المستخدم في تشفير الرسالة فإذا كانت النتيجة واحدة فهذا يدل على صحة الرسالة وان المرسل هو نفسه، أما إذا اختلفت النتيجة فهذا يدل على أن التوقيع لا يخص المرسل وان الرسالة قد تم العبث بها.

- عن طريق سلطات التوثيق حيث تقوم هذه السلطات بمنح شهادة رقمية لمنسبها تحتوي على معلومات تمكن التعريف بالشخص وتخوله استعمال التوقيع الرقمي لكل رسالة وحمايتها من الفضوليين ، ولهذه الشهادة والسلطات تنظيم خاص بها مثل الزمن ونطاق الاستخدام وغيرها.

### ثانيا: في مدى التطابق بين التوقيع الالكتروني و التوقيع التقليدي<sup>2</sup>.

للاعترا ف بالتوقيع الالكتروني لابد أن يحقق هذا التوقيع وظائف التوقيع التقليدي المعروفة

(1) د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، إثبات المعاملات الالكترونية عبر الانترنت، بدون دار النشر، مصر، 2009، ص26.

(2) ويمكن أن نفرق بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني في أربعة أمور هي:

- انه في حين تقتصر صورة التوقيع التقليدي في بعض التشريعات على الإمضاء ويضاف إليه بصمة الأصبع في تشريعات أخرى نجد أن معظم النصوص المتعلقة بالتوقيع الالكتروني لم تتطلب ضرورة أن يأخذ هذا التوقيع شكلا معينا بل أجازت كونه صورة أو حرف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو حتى أصوات شريطة أن يكون لها طابع منفرد يسمح بتمييز شخص صاحب التوقيع وتحديد هويته وإظهار رغبته في إقرار الالتزام والرضا بمضمونه.

-التوقيع التقليدي يتم من خلال وسيط مادي ملموس، بخلاف التوقيع الإلكتروني الذي يتم كليا أو جزئيا عبر وسيط إلكتروني.

-التوقيع التقليدي يؤدي دورين هما: تمييز شخصية صاحبه وتحديد هويته، التعبير عن قبوله بالالتزام بمضمون السند الموقع .في حين أن التوقيع الإلكتروني له أربع وظائف: تمييز الشخص صاحب التوقيع وتحديد هويته، الإستيثاق من أنه صاحب التوقيع ذات،التعبير عن إرادة الموقع على مضمون المستند و الإستيثاق من مضمون المستند الالكتروني ، وتأمينه من التعديل فيه بالإضافة أو الحذف ، وذلك بينه وبين التوقيع الإلكتروني ، بحيث يتطلب أي تعديل لا حق توقيعاً جديداً.

-التوقيع التقليدي يعطي للموقع الحرية الواسعة باختيار توقيعيه وصيغته من خلال الإمضاء الخطي أو الختم أو بصمة الإصبع ، أو أن يجمع بين طريقتين منها دون الحاجة إلى الحصول على ترخيص من الغير أو تسجيل هذا الإختيار ، على عكس التوقيع الإلكتروني الذي يتطلب آلية معينة تضمن نسبة التوقيع لصاحبه وضمان سلامة المستند من العبث أو التزوير وهو ما يستلزم تدخل طرف ثالث يضمن توثيق التوقيع.أنظر في ذلك كل من : بشار طلال المومني ، مرجع سابق، ص 117، و علي محمد احمد أبو العز، مرجع سابق ، ص331.

وهي تحديد هوية الشخص الموقع والتعبير عن إرادته، وقبل ذلك مدى اعتبار التوقيع الالكتروني شكلا من أشكال التوقيع المعروفة أم انه شكل جديد، ومن ثم مدى قدرة التوقيع الالكتروني على تحقيق شروط التوقيع، فهذه الشروط لازمة حتى يستطيع التوقيع تحقيق وظائفه.

### أ- مدى اعتبار التوقيع الالكتروني شكلا من أشكال التوقيع:

يذهب الأستاذ Gerve Croze إلى أن اصطلاح التوقيع يستعمل بمعنيين: الأول أنه عبارة عن علامة أو إشارة تسمح بتمييز شخص الموقع، والثاني هو فعل أو عملية التوقيع ذاتها، بمعنى وضعه على مستند يحتوي معلومات معينة، ويعتبر المعنى الأول هو المعنى المقصود بالتوقيع في نطاق الإثبات ومن هذا التعريف يمكن استخلاص عناصر التوقيع الجوهرية وهي أن يكون علامة خطية وشخصية لمن ينسب إليه المحرر، ثم أن يترك أثرا متميزا يبقى ولا يزول.

والتوقيع إما أن يكون خطيا، وإما أن يكون بالبصمة ختما أو إصبعاً<sup>1</sup>، فالتوقيع الخطي يكون بيد من ينسب إليه المحرر بحيث يكون محدداً لشخصية الموقع حتى ولو لم يكتب المحرر بخط يده، بالإضافة للختم والبصمة وهي الأشكال التي نالت اعتراف مختلف التشريعات بها.

### 1- مدى اعتبار التوقيع الالكتروني إمضاء

يعتبر الإمضاء من الإشكال المعترف بها قانونا، وقيل في تعريفه بأنه " مجموعة من الخطوط اتخذت شكلا لا يمت بأي صلة إلى الشكل المعتاد للكتابة بل اتخذ شكلا هندسيا مميزا"<sup>2</sup>، ويشترط في الإمضاء أن يكون محددا لشخصية صاحبه وصادرا عنه لا عن غيره، وان

(1) وقد اخذ المشرع الجزائري بالتوقيع الخطي والبصمة دون الختم في مواد التقنين المدني منها: المادة 324 مكرر 2 التي تنص: "توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود عند الاقتضاء، يؤشر الضابط العمومي على ذلك في آخر العقد. وإذا كان بين الأطراف والشهود من لا يعرف أو لا يستطيع التوقيع، يبين الضابط العمومي في آخر العقد تصريحاتهم في هذا الشأن ويضعون بصماتهم، ما لم يكن مانع قاهر.....". كذلك نص المادة 1/327: "يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يخلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق".

(2) عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، مرجع سابق ص 236. ويعرف كذلك أنه كل إشارة أو اصطلاح خطي يختاره الشخص لنفسه بمحض إرادته للتعبير عن صدور السند منه وموافقته على ما ورد في هذا السند ومحتوياته، أنظر في ذلك علي محمد احمد أبو العز، مرجع سابق، ص 320، و بودالي محمد، "التوقيع الإلكتروني"، مجلة إدارة، العدد 26، الجزائر، 2001، ص 54.

يكون بقلم أي كان نوعه، ويوضع غالبا في نهاية السند للتعبير عن موافقة صاحبه على كل ما ذكر في السند<sup>1</sup> ولا مانع أن يكون الإمضاء في أي مكان آخر من الورقة.

فما مدى اعتبار التوقيع الالكتروني من قبيل الإمضاء؟

إن التوقيع الالكتروني يعد من قبيل البيانات الالكترونية في صورها المختلفة التي تستخدم الرموز والحروف والتشفير وغيرها، وبالتالي لا يمكن أن نعتبر هذه البيانات إمضاء لأن الإمضاء يكون بالكتابة - من نوع خاص - التي يختارها الشخص لتتخذ شكلا معيناً مميزاً له. وهذا ما لا يتحقق في التوقيع الالكتروني ما عدا الصورة التي يكون فيها التوقيع بالـقلم الالكتروني، والتي ستحوز اعترافاً قانونياً بها إذا انتشر استخدامها بصورة كبيرة وتأكد وجود تقنيات قوية تكفل حمايتها وتقوي الثقة بها لدى المتعاملين بهذا النوع من التوقيع، وإذا تم ذلك فإنه لا يمنع اعتبار التوقيع بالـقلم الالكتروني من قبيل الإمضاء العادي إذا تأكد نسبته لصاحبه وعبر عن إرادته بالموافقة على مضمون السند الذي وضع عليه<sup>2</sup>.

## 2- مدى اعتبار التوقيع الالكتروني بصمة أصبع

يعرف التوقيع عن طريق بصمة الأصبع بأنه وضع أصبع الإبهام على السند أو الصك أو المعاملة بعد أن يوضع في مادة أو حبر خاص لتتقل بواسطتها خطوط الإبهام الخلقية على الورقة الممهورة بإصبع الإبهام<sup>3</sup> من الطرق التي تأخذ بها أغلبية التشريعات بسبب قدرتها على تحديد هوية الشخص الموقع - لصعوبة التشابه في بصمات الإنسان - ويمكن أن تعبر عن إرادته إذا اختارها كوسيلة للتوقيع، وقد نص عليها المشرع الجزائري في نص المادة 327 المذكورة آنفاً. فما مدى اعتبار التوقيع الالكتروني من قبيل البصمة؟

إن بصمة الأصبع تترك أثراً مادياً يستطيع أن يحدد شخصية الشخص الذي وضع بصمة أصبعه على السند<sup>4</sup>، وذلك الأثر هو جزء من رسم الجلد الذي تظهر عليه خطوط وتعرجات

(1) نوري حمد خاطر، "وظائف التوقيع الالكتروني في القانون الخاص في القانون الأردني والفرنسي"، مجلة المنارة،

المجلد 3، العدد 2، الأردن، 1998، ص 54.

(2) علاء محمد نصيرات، مرجع سابق، ص 61.

(3) ويعرف أيضاً بأنه الأثر الذي يتركه أصبع الشخص على الورق بعد غرسه في مداد ملون ويتكون من نقوش وخطوط طويلة وعريضة يندر أن تتشابه لدى إثنين من البشر، أنظر في ذلك علي محمد احمد أبو العز، المرجع السابق، ص 320.

(4) أكدت الدراسات العلمية انه لا يمكن للبصمة أن تتطابق في شخصين حتى في التوائم المتماثلة، وقد أثبت الباحث "فرنسيس جالتون" أن صورة البصمة لأي أصبع تعيش مع صاحبها طوال حياته ولا تتغير، أنظر في ذلك علي محمد احمد أبو العز، مرجع سابق، ص 321.

تختلف من أصبح لآخر ومن شخص لآخر، أما التوقيع الإلكتروني في أغلب صورته لا يمكن اعتباره من قبيل البصمة لأن هذا التوقيع يقوم على تقنيات الرموز والحروف و التشفير وغيرها، وهي لا تعتبر جزءا من جسم الإنسان، بل هي تقنيات يتدرب عليها الشخص حتى يستطيع استخدامها ، إلا إذا اعتبرنا التوقيع البيومتري الذي يستخدم البصمة كذلك <sup>1</sup> وعليه يمكن اعتبار هذا النوع من التوقيع من قبيل البصمة ولا مانع من الاعتراف به.

### 3- مدى اعتبار التوقيع الإلكتروني ختماً<sup>2</sup>:

يعتبر الختم من أقدم الوسائل التي استخدمت للتوقيع وهو غالبا يصنع من الخشب أو البلاستيك ويحتوي على اسم صاحبه وعنوانه ومهنته <sup>3</sup>. فما مدى اعتبار التوقيع الإلكتروني من قبيل الختم؟

هناك من يعتبر التوقيع الإلكتروني القائم على الرقم السري في البطاقات البلاستيكية من قبيل الختم واستدل على ذلك بأن هذا التوقيع لا يمارس بخط اليد و أن العملية التي تترتب على استخدام هذا التوقيع تترجم كتابة ثانية.

لكن لا يصدق ذلك في جميع صور التوقيع الإلكتروني إذ لا يمكن تعميم ذلك عليها فالشبه بعيد بينها والتوقيع بطريق الختم فالختم عبارة عن رسم معين يترك أثرا ماديا بعد طمسه بالحبر وطبعه على الورقة على خلاف التواقيع الإلكترونية وحتى القائم على الرقم السري إذ أن الرسم الذي يتركه الرقم السري على الشاشة يختلف تماما عن الختم الذي يترك علامة مميزة تدل على صاحبها على خلاف الرقم السري الذي يترك أثرا واحدا من قبل كافة المستخدمين - عبارة عن نجومات - ولا يمكن معرفة الرقم إلا من قبل الشخص الذي يضعه .

### ب -مدى تحقيق التوقيع الإلكتروني لشروط التوقيع:

التوقيع الإلكتروني شكل جديد من أشكال التوقيع ظهر بسبب استخدام الوسائط الإلكترونية

(1) فمثلا فإذا أراد الشخص أن يدخل إلى نظام الصراف الآلي فإنه يطلب منه وضع احد أصابعه على الشاشة ومن ثم مقارنة ذلك بما هو مخزن في ذاكرة الصراف الآلي فان تطابقا تتم العملية وإلا فلا يمكن ذلك. مع ملاحظة أن هذه الأجهزة لا تكتفي بالبصمة بل قد تطلب الرقم السري أو غيره.

(2) وان كان هناك من ينكر عليه صفة التوقيع لسهولة تزويره أو سرقة لذلك لم تعترف به بعض الدول أنظر في ذلك علاء محمد نصيرات، مرجع سابق، ص63.

(3)نوري حمد خاطر، "وظائف التوقيع الإلكتروني في القانون الخاص في القانون الأردني والفرنسي"، مرجع سابق،

في تنفيذ المعاملات الالكترونية وليحل محل الشكل التقليدي للتوقيع وترك أمر تنظيم هذه التوقيعات للتشريعات المختلفة، ولعل أغلبيتها تضع شروطا للاعتداد بالتوقيع الالكتروني فما مدى تمتع التوقيع الالكتروني بالشروط التي تتطلب في التوقيع؟<sup>1</sup>

### 1- أن يكون التوقيع علامة مميزة للشخص:

لكي يصدر عن أي شخص توقيع لا بد أن يتبلور على شكل مادي، هذا الشكل هو التوقيع الذي يكون مميزا لشخص الموقع عن غيره ومحددا لهويته<sup>2</sup> حتى يقوم التوقيع بوظائفه. وإذا كان كل من الإمضاء والختم وبصمة الأصبع علامات مميزة للشخص دون غيره فهل يحقق التوقيع الإلكتروني هذا الشرط؟

يعد التوقيع الالكتروني من قبيل العلامات المميزة للموقع وحده دون غيره و لا يشاركه بها أحد، فالتوقيع البيومتري القائم على الخصائص الذاتية أو بالرقم السري بكل مجالاته أو بالقلم الالكتروني أو التوقيع الرقمي، كلها تتضمن علامات مميزة تميز الشخص من غيره، فالتوقيع البيومتري يقوم على الخصائص الذاتية للشخص التي يتميز بها عن غيره، كذلك الرقم السري فلا يمكن أن يتشابه اثنان بنفس الرقم السري داخل النظام الواحد فهو يميز كل شخص عن غيره فلا يستطيع أحد استخدام الرقم السري لشخص آخر و لا يمكنه أن يعرفه بأي طريقة إلا بإهمال صاحبه في حفظه.

كذلك التوقيع بالقلم الالكتروني فهو مثل الإمضاء العادي في قدرته على تمييز الشخص عن غيره و يتمتع بقدر من الحماية فلا يمكن انجازه إلا إذا طابق التوقيع بالقلم الالكتروني الإمضاء المخزن في الكمبيوتر، و أما بالنسبة للتوقيع الرقمي فهو يقوم على مفتاحين عام و خاص و هذا الخاص لا يعلمه إلا الشخص الموقع، و عند استخدام هذا التوقيع يستطيع

(1) ويرجع هذا التساؤل إلى الخصائص المادية الفريدة التي يتميز بها التوقيع الالكتروني بالمقارنة بالتوقيع التقليدي الذي يضعه الشخص بخط يده على المحرر الكتابي الذي يتم تهيئته ليكون دليلا في الإثبات. ولعل أهم الأسباب التي تدعو إلى التشكك في قيمة التوقيع الالكتروني ترجع إلى انفصال هذا النوع من التوقيع عن شخصية صاحبه وإمكان تكراره بدون موافقته أو علمه إذا لم يتم استخدام تقنيات تكنولوجية معقدة من أجل تأمينه.

(2) د/محمد فواز المطاطلة، مرجع سابق، ص176. و انظر كذلك د/ قدري عبد الفتاح الشهاوي، قانون التوقيع الالكتروني ولائحته التنفيذية والتجارة الالكترونية في التشريع المصري والعربي والأجنبي، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص18.



الشخص الذي يصله التوقيع أن يحقق من التوقيع بواسطة سلطات الإشهار التي تؤكد صحة التوقيع، و عليه فلكل شخص توقيع رقمي مميز له عن غيره.

## 2- أن يكون التوقيع واضحا و مستمرا

يعد التوقيع شكلا من أشكال الكتابة و بالتالي يخضع للشروط التي تخضع لها الكتابة من حيث إمكان الاطلاع عليه و قراءته بشكل مباشر أو عن طريق استخدام آلة معينة كالحاسب (الكمبيوتر) و يجب أن يتم تحريره بشكل يسمح بالرجوع إليه خلال فترة معينة<sup>1</sup>، فهل يحقق التوقيع الإلكتروني هذا الشرط ؟

يمكن القول إن التوقيع الإلكتروني يستطيع أن يحقق هذا الشرط إذ أن التوقيع يترك بيانات مختلفة يمكن قراءتها من خلال إيصال المعلومات في الحاسب الآلي الذي سيتم تغذيته ببرامج لها القدرة على ترجمة لغة الآلة التي تتكون من توافق و تبادل بين رقم واحد و صفر إلى لغة مقروءة للإنسان<sup>2</sup>.

و بالنسبة للاستمرارية فربما كان هناك شك بسبب التكوين المادي و الكيميائي للشرائح المغنطة و أقراص التسجيل المستخدمة في الحاسبات الذي يتميز بقدر من الحساسية مما يعرضها للتلف السريع عند اختلاف قوة التيار الكهربائي، إلا أن ذلك أمكن التغلب عليه باستخدام أجهزة وسائط أكثر قدرة و بالتالي يمكن الاحتفاظ بالبيانات لمدة طويلة قد تفوق الورق العادي الذي قد يتآكل بفعل الرطوبة أو الحشرات لسوء التخزين<sup>3</sup>.

## 3- اتصال التوقيع بالسند:

ليقوم التوقيع الإلكتروني بوظيفته المتمثلة في إقرار الموقع بما ورد بمتن السند لابد أن يرتبط التوقيع ارتباطا وثيقا بالسند<sup>4</sup> أي اتصالا ماديا ومباشرا فإلى أي مدى تتحقق هذا الشرط في التوقيع الإلكتروني ؟

تتعلق هذه المسألة أساسا بكفاءة التقنيات المستخدمة في تأمين مضمون المحرر المدون إلكترونيا و بالتالي تأمين ارتباطه بشكل لا يقبل الانفصال عن التوقيع ، ومن أهم هذه التقنيات تقنية التوقيع الرقمي الذي يعتمد على مفتاحين عام و خاص ولا يستطيع أحد أن يطلع على

(1) حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص28.

(2) علاء محمد نصيرات، مرجع سابق، ص66 و د/ قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص19.

(3) حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص21.

(4) د/محمد فواز المطاطلة، مرجع سابق، ص177.



مضمون المحرر إلا الشخص الذي يملك المفتاح القادر على تمكين الشخص من ذلك فهو يحول التوقيع إلى معادلة رياضية لا يمكن فهمها ولا قراءتها إلا بالمفتاح الخاص من خلال تقنيات فنية، وبناء على ذلك فإن المحرر يرتبط بالتوقيع على نحو لا يمكن فصله ولا يمكن لأحد غير صاحب المحرر المدون من التدخل في تعديل مضمونه.

### ج مدى تحقيق التوقيع الإلكتروني لوظائف التوقيع

من المستقر فقها<sup>1</sup> وقضاء، أن التوقيع التقليدي يؤدي دوراً وظيفياً مزدوجاً، فمن ناحية يقود إلى التعرف على هوية الموقع وتمييزه عن غيره، وهو من ناحية أخرى يعبر عن انصراف إرادة الموقع إلى الإقرار بالمحرر والالتزام بمضمونه، ولكن بالنظر إلى أن التوقيع الإلكتروني ينشأ على وسيط الكتروني غير مادي، مع انفصاله عن شخص الموقع، ثم تداوله عبر شبكة الاتصالات المفتوحة، فإن جميع هذه المعطيات قد تثير الشك حول مصداقيته في ضمان ارتباطه بالمحرر، الأمر الذي أدى إلى بروز وظيفة ثالثة للتوقيع الإلكتروني، تتمثل في ارتباط التوقيع بالمحرر حتى يمكن التحقق من سلامة مضمونه أثناء التعامل<sup>2</sup>.

#### 1 فعالية التوقيع الإلكتروني في تحديد هوية صاحبه :

الحقيقة أن الشرط الجوهرى للتوقيع في هذا السياق لا يتعلق بالاتصال المادي بين التوقيع في ذاته و صاحبه، وإنما يكمن في مدى قدرة التوقيع على تحديد هوية الموقع وتمييزه عن غيره، بصرف النظر عن شكله أو وسيلة إصداره، لذلك في هذا الإطار اتجه واضعو القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية عام 1996 إلى تحديد الضوابط التي يجب أن تتوافر في التوقيع في شكله الإلكتروني، حتى يكون قادراً على أداء وظائف التوقيع التقليدي، حيث يستفاد من نص المادة السابعة<sup>3</sup> منه المعنية بتحديد مصطلح التوقيع أن كل تقنية تمكن من تحديد هوية الشخص وتميز شخصيته على نحو قاطع وبقيني، وتبين موافقته على مضمون المحرر، وتكون كفيلة بالمحافظة على المعلومات التي يحويها المحرر، فإنها تكون مستوفية للشروط المتطلبة

(1) د/ محمد المرسى زهره، الحاسب الإلكتروني والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 88، 87.

(2) انظر الفقرة الرابعة من المادة 1316 مدني فرنسي.

(3) تنص على أنه " عندما يستلزم القانون توقيع شخص ما ( على المحرر ) فإن رسالة البيانات تعتبر مستوفية لهذا الشرط إذا :

أ- استخدمت طريقة لتحديد هوية ذلك الشخص والتدليل على موافقته على المعلومات الواردة ضمن رسالة البيانات.

ب- إذا كانت تلك الطريقة جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات وفي ضوء كل الظروف "

للتوقيع ويمكن الاعتماد عليها كدليل في الإثبات، وهي مسألة موضوعية تخضع لتقدير محكمة الموضوع<sup>1</sup>.

غير أن وظيفة تحديد هوية الموقع أخذت اتجاها آخر في الاتصالات الالكترونية مختلفا عما عليه الوضع في البيئة الورقية، الأمر الذي من شأنه أن يؤدي إلى تغيير حقيقي في الغاية من التوقيع<sup>2</sup>، فمثلا بالنسبة للتوقيع الخطي تعتبر وظيفة تحديد الهوية أمرا ثانويا، وأن ذلك لا يثار إلا في وقت لاحق للعملية التعاقدية في حالة حدوث نزاع بين المتعاقدين، كما لا يعول القانون على أن يكون التوقيع مقروءاً، بل يستوي أن يتم اختصاراً من الحروف الأولى للاسم أو من علامة مميزة أو رمز للاسم يميز الموقع عن غيره<sup>3</sup>، فالتوقيع صحيح في جميع الأحوال من الناحية القانونية، كما أن هناك عوامل أخرى تساعد على تحديد الهوية كالعلاقات السابقة والمعرفة الشخصية بين الأطراف، وتقديم مستندات إثبات الهوية المستخرجة من سلطات رسمية، وخاصة في حالة المنازعة حول وجود الالتزام أو نطاقه، أو عندما تكون وظيفة تحديد هوية الموقع مطلوبة لإثبات الحضور المادي للأطراف لحظة التوقيع ورضائهم عن مضمون المحرر.

أما بالنسبة للتوقيع الالكتروني فإن تحديد الهوية للموقع يتم في وقت سابق على إبرام العقد، ويعود ذلك إلى أن التعامل عبر شبكة الانترنت يتم بين أشخاص غالبا لا يعرف بعضهم البعض، لذلك التوقيع يكون مطلوبا لاستيفاء وظيفة تحديد هوية الموقع، فمثلا استخدام المفتاح اللا متماثل وإبراده ضمن بيانات العرض الإيجاب، أو الدعوة إلى التعاقد يؤدي إلى التثبيت والتحقق من هوية الموقع، بشكل مؤكد قبل الدخول معه في تعاقد، ومن هذا السياق أصبح التوقيع الرقمي يلعب دورا حاسما في تحديد هوية الموقع، على نحو يتيح التأكد من التعبير الصحيح والمؤكد لرضائه، كما انه من خلال التطورات التي لحقت بتنظيم سلطات التصديق على التوقيعات، فإنه يمكن القول أن التوقيع الرقمي يتجه نحو القيام بدور فعال ليس فقط في مجال الإثبات، بل على مستوى تكوين العقد أيضا.

(1) د/ ثمر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص 364.

(2) د/ ثمر محمد سليمان الدمياطي، المرجع نفسه، ص 364 و 365.

(3) د/ محمد المرسى زهرة، الحاسب الالكتروني والقانون، مرجع سابق، ص 80.

التوقيع الالكتروني المعتمد على تقنيات التشفير يؤدي وظيفة تحديد هوية الموقع بصورة مؤكدة.<sup>1</sup> كما هو الحال في التوقيع الخطي، غير أن هناك اختلاف في لحظة تدخله لأداء هذه الوظيفة، وموضوع هذا التدخل، فمن ناحية لم يعد يمكن تصور التوقيع على أنه تأكيد لاحق لأغراض الإثبات، وإنما أصبح شرط لتمييز الموقع عن غيره ومن ثم شرطاً لإثبات المعاملة، ومن ناحية أخرى اعتماده على التشفير من شأنه أن يسمح بالاستدلال على هوية الموقع على نحو مؤكد، وبالتالي لم يعد يوجد مجال للانتظار حتى ينشب نزاع للبحث في مدى صحة التوقيع كما هو الحال بالنسبة للتوقيع الخطي.

## 2 اتصال التوقيع بالمحرر الالكتروني:

بالنسبة للتوقيع الخطي لكي يتمكن من أداء وظيفته في إثبات إقرار الموقع بما ورد في مضمون المحرر يتعين أن يكون هذا التوقيع متصلاً اتصالاً مادياً ومباشراً بالمحرر المكتوب.<sup>2</sup> ذلك أن واقعة كتابة التوقيع على المحرر نفسه هي التي تمنح التوقيع أثره، وأن استخدام الورق في كتابة المحررات المعدة للإثبات يتحقق معه اتصال التوقيع بالمحرر اتصالاً مادياً وكيميائياً على نحو لا يمكن معه فصل أحدهما عن الآخر إلا بإتلاف المحرر أو بإحداث تعديل في التركيب الكيميائي للأحبار أو مادة الأوراق المستخدمة وفي هذه الحالة يسهل اكتشاف ذلك سواء من خلال المناظرة أو الاستعانة بالخبرة الفنية بالخصوص.<sup>3</sup>

أما بالنسبة للتوقيع الالكتروني، نظراً للطبيعة اللامادية التي تتسم بها المحررات الالكترونية، فإن الرابطة بينهما هي رابطة منطقية<sup>4</sup> ترتبط بكفاءة التقنيات المستخدمة في إنشاء

(1) د/ ثمر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص366.

(2) د/ محمد المرسى زهرة، الحاسب الالكتروني والقانون، مرجع سابق، ص82.

(3) بعبارة أخرى أن الرابطة بين التوقيع والالتزامات المتضمنة بالمحرر بالمعنى المتقدم، هي التي يفترض بمقتضاها أن يكون صاحب التوقيع على بينة من أمره، عالماً بمضمون المحرر قاصداً إجازة ما ورد فيه والتزامه به، بالتالي إذا انتفت هذه الرابطة فقد المحرر حجيته في الإثبات، وعادة تنفي هذه الرابطة إما بانكار الشخص التوقيع المنسوب إليه إذا تحقق القضاء من ذلك، أو بسبب أمية الموقع إذا اقتنع القاضي أن مجرد التوقيع لا يقوم بذاته دليلاً كافياً على رضائه، كما تنفي الرابطة أيضاً بين المحرر والتوقيع إذا صدر في صورة غير مألوفة كأن صدر في صورة ختم مطموس، أنظر في ذلك كل من: د/ حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص31 و32 و د/ ثروت عبد الحميد، التوقيع الالكتروني، ماهيته . مخاطره . وكيفية مواجهته . مدى حجيته في الإثبات مكتبة الجلاء، المنصورة، 2001.

(4) د/ تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص371.

التوقيع، وتوفير مقتضيات تأمينية والثقة فيه، بل وتأمين ارتباطه بشكل لا يقبل الانفصال عن المحرر، وبالتالي وجب البحث في توفير وسيلة "تقنية" موثوق بها يتحقق بها اتصاله بتلك البيانات. فمثلا التوقيع بالقلم الالكتروني لا يتيح في الوقت الحاضر الارتباط بالمحرر الالكتروني بشكل مؤكد، في حين اللجوء إلى التوقيع الرقمي المعتمد على التشفير، وخاصة المفتاح اللامتناهات يؤدي دورا بالغ الأهمية في توفير الارتباط المنطقي بين التوقيع والمحرر على نحو لا يمكن فصل هذه الرابطة ، ولا يمكن لأحد غير صاحبه التدخل بتعديل مضمون المحرر<sup>1</sup>، وذلك بسبب تحصينه ضد القرصنة ومقاومة الانتهاكات من خلال المفتاح الخاص المعتمد من أحد مقدمي خدمات التصديق الالكتروني المرخص له بذلك، والذي يتولى فضلا عن ذلك إصدار شهادة ب صحة التوقيع وارتباطه بالمحرر الالكتروني يطلق عليها بشهادة التصديق الالكتروني<sup>2</sup>.

أما فيما يخص متانة ودوام الرابطة بين التوقيع والمحرر فبالنسبة للمحرر الورقي يمكن لمس ذلك بصورة واضحة وبالعين المجردة ، حيث أن عملية التوقيع على المحرر الورقي هي التي تترك أثرا واضحا للتوقيع عليه، ويتحقق معه اتصال التوقيع بالمحرر على نحو لا يمكن فصل احدهما عن الآخر إلا بإتلاف المحرر، بينما في البيئة الالكترونية ، فان التقنية المستخدمة في التوقيع وخاصة التوقيع الرقمي هي التي تكفل استدامة ومتانة تلك الرابطة<sup>3</sup> وبالتالي يوفر ارتباطا استدلاليا قويا بين الموقع ومحتوى المحرر الاصلى ، وفي الوقت ذاته يعتبر دليلا على انصراف إرادة الموقع إلى الالتزام بمضمون المحرر<sup>4</sup>.

### 3 التحقق من سلامة مضمون المحرر:

لقد برزت وظيفة ثالثة للتوقيع وهي التحقق من سلامة مضمون المحرر، وتلعب الدعامة الورقية دورا أساسيا وحاسما في القيام بهذه الوظيفة بالنسبة للتوقيع الخطي ، حيث تتأكد هذه الوظيفة من خلال ما تقدمه الدعامة الورقية من ضمانات كعدم قابلية تحريف مضمون المحرر، لأن كل كشط أو تزوير يترك أثره على الحامل الورقي، وبالتالي يمكن

(1) د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق ، ص 235 .

(2) د/إبراهيم الدسوقي أبو الليل، "التوقيع الالكتروني ومدى حجتيه في الإثبات ، دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق لدولة الكويت، العدد03، 2006، ص 121.

(3) د/إبراهيم الدسوقي أبو الليل، "التوقيع الالكتروني ومدى حجتيه في الإثبات"، المرجع نفسه، ص 122.

(4) د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال ، مرجع سابق ، ص 222 .

اكتشافه بسهولة سواء عن طريق المناظرة أو من خلال الاستعانة بأهل الخبرة الفنية إذا كان التزوير متقنا.

كما يكفل المحرر الورقي عدم المساس بمضمونه الموقع لعدم قابلية انفصال المحرر عن الدعامة مما يحول دون التوصل من الالتزامات الواردة بهذا المضمون حيث لا يجوز أن يتم انفصال الرابطة بينهما إلا في الحالات التي يسمح بها القانون، كما في حالة إنكار الشخص لتوقيعه وما في حكمها، وكذلك يتميز الحامل الورقي بصفة الدوام وخاصة إذا تم حفظه في ظروف تخزين مناسبة، مما يقلل فرص تعرضه للتلف، وبظل نافذا إلى حين انقضائه بالتنفيذ أو بالتقادم .

أما فيما يتعلق بالوسط الإلكتروني وبالمقارنة بالضمانات التي تقدمها الدعامة الورقية فإن الأمر يختلف فبالنسبة للتوقيعات الإلكترونية كفاءة توفير الأمان ينصب على الالتزامات والبيانات الواردة بمضمون المحرر عبر الشبكة المفتوحة للاتصالات وليس للدعامة الإلكترونية ذات الطابع اللامادي، ويعود ذلك لانفصال الدعامة عن مضمون المحرر.

## المطلب الثاني

### الاعتراف الصريح ببعض وسائل وأنظمة الدفع الإلكترونية واستحداث مفهوم البوابة الإلكترونية

سعت الجزائر في خضم المتغيرات العصرية التي أصبحت حتمية على كل الدول من أجل أن تواكب التقدم الجديد لتصبح عنصرا فعالا في الاقتصاد الدولي إلى الاهتمام بالقطاع المصرفي وعصرنته<sup>1</sup>. بحيث بادرت بعض المؤسسات المصرفية و المالية بتطوير شبكات

(1) تظهر أهمية العمل بالصيرفة الإلكترونية في الجزائر على الإقتصاد بصفة عامة و النظام المصرفي الجزائري خصوصا .

1- تأثير الصيرفة الإلكترونية على الإقتصاد الجزائري :

- تعمل الصيرفة الإلكترونية على زيادة تحسين الإدارة و إقتصاد الوقت و التكلفة و الإستفادة من خدمات بجودة عالية و بتكلفة و جهد أقل .

- محاربة الإقتصاد الموازي :لقد فرض تأخر وسائل الدفع في المنظومة المصرفية الجزائرية على المتعاملين التجاريين التعامل خارج الدائرة المصرفية ، هذا التعامل قد ساعد على تداول النقود خارج هذا الإطار الذي ساهم بدوره في بروز ظاهرة الإقتصاد الموازي و تقشي ثقافة الإكتناز كلها عوامل ساعدت على إرتفاع السوق الموازية

إلكترونية للدفع و التسديد بعد أن اعترف المشرع الجزائري صراحة في المادة 69 من قانون النقد والقرض 03-11 والمادة 03 من الأمر 05-06 المتعلق بمكافحة الإرهاب وتبييض الأموال بإمكانية استعمال وسائل الدفع الإلكتروني (فرع أول)، كذلك إهتمت الجزائر بمجال آخر لا يقل أهمية عن القطاع المصرفي وهو قطاع الصفقات العمومية باستحداثه لمفهوم البوابة الإلكترونية في التعاقد مع الإدارة (فرع ثان).

### الفرع الأول

#### الوفاء الإلكتروني.

يقصد بالدفع الإلكتروني<sup>1</sup> نظام الدفع الآلي ومن بينه ذلك الذي يتم عبر الشبكة العالمية للمعلوماتية، وهو نتيجة إلزامية للتطور التكنولوجي على إثر اتساع استخدام شبكة الانترنت، وفي إطار الوفاء بمبلغ من النقود فإن للوفاء الإلكتروني معنيان: واسع وضيق.

وهذا الأمر أصبح يهدد الإقتصاد الوطني ، و بالتالي فإن اعتماد الصيرفة الإلكترونية و إقامة أنظمة دفع إلكترونية سوف يسهل دخول النقود المتداولة في السوق الموازي إلى دائرة السوق المصرفية و بالتالي المساهمة في التخفيف من حدة الإقتصاد السوق الموازية.

- إيجاد و تطوير التجارة الإلكترونية في الجزائر : إن أساس ظهور و تطور التجارة الإلكترونية يعود في الأصل إلى مدى إنتشار إستخدام وسائل الدفع الإلكترونية و فعالية الصيرفة الإلكترونية .

#### 2-تأثير الصيرفة الإلكترونية على النظام المصرفي الجزائري :

إن اعتماد الصيرفة الإلكترونية في النظام المصرفي الجزائري سوف يتيح للنظام دخول العصرنة من أبوابها الواسعة سواء تعلق الأمر بالبنوك التجارية أو بنك الجزائر المركزي أو المؤسسات المالية الأخرى ، و هي تمنح عدة إمتيازات مثل :

- تخفيض النفقات التي تتحملها المصارف في أداء الخدمات و إنشاء فروع جديدة في مناطق مختلفة ،
- فالتواجد على الأنترنت يكفل الوصول إلى عدد كبير من الزبائن و تقديم خدمات جيدة و متنوعة و بتكلفة أقل ،
- إضافة إلى إمكانية تسويق خدماتها المصرفية ،فضلا عن التعاملات بين المصارف و المبادلات الإلكترونية .
- إن إستخدام الانترنت في المصارف الجزائرية يشكل نافذة إعلامية لتعزيز الشفافية و ذلك من خلال التعريف بهذه المصارف و ترويج لخدماتها و الإعلام بتطورات المؤشرات المالية .
- تفعيل دور بورصة القيم المنقولة بالجزائر من خلال إقامة سوق مالية إلكترونية و إقامة أنظمة دفع إلكتروني تساهم في تطور أدائها و ترقيتها .
- مواكبة المصارف الجزائرية للتطورات العالمية في ميدان الخدمات المصرفية الإلكترونية .

(1) في معنى آخر، لكلمة الدفع معنيين، معنى قانوني وآخر اقتصادي، من الناحية القانونية هو تسوية الدين ومن ثمة فهو يعد طريقا من طرق انقضاء الالتزام إلى جانب المقاصة وتجديد الدين والإبراء والتفاد و اتحاد الذمة. أما المعنى الاقتصادي يعني مجموعة الآليات القانونية التي تسمح للمدين بطريقة مباشرة وسريعة بنقل مبلغ من

يقصد بالوفاء الإلكتروني بمعناه الواسع كل عملية دفع لمبلغ من النقود تتم بأسلوب غير مادي لا يعتمد على دعائم ورقية، بل بالرجوع إلى آليات إلكترونية. أما الوفاء الإلكتروني بالمعنى الضيق، فينحصر فقط في عمليات الوفاء التي تتم دون وجود اتصال مباشر بين الأشخاص الطبيعيين<sup>1</sup>. و الوفاء الإلكتروني هو الوفاء بالتزام نقدي بوسيلة الكترونية (أولا) ، وأنظمة خاصة تستخدمها لهذا الوفاء (ثانيا).

### أولا : وسائل الوفاء الإلكتروني

جاء المشرع الجزائري في نصوص التقنين التجاري بوسائل دفع جديدة تتخذ شكلا الكترونيا، وهي بطاقة السحب وبطاقة الدفع ، تضمنتها المادة 543 مكرر 23 من القانون التجاري الجزائري .

أما عن الطبيعة القانونية لهذه البطاقات، فلقد اعتبرها المشرع الجزائري أوراق تجارية جديدة إضافة إلى الأوراق التجارية الكلاسيكية وهي السفتجة والشيك والسند لأمر إلى جانب كل من سند الخزن وسند النقل وعقد تحويل الفاتورة.

المشرع لم يعرف بطاقتي السحب والدفع بل اعتبرهما بطاقات صادرة عن البنوك أو مؤسسات مالية مؤهلة قانونا ، كل ما نص عليه أن الالتزام بالدفع المعطى بموجب بطاقة الدفع لا رجوع فيه ولا يمكن الاعتراض عليه إلا في حالة ضياع أو سرقة البطاقة المصرح بهما قانونا أو في حالة التسوية القضائية أو إفلاس المستفيد<sup>2</sup>.

أما القانون البنكي الجزائري فإنه لم ينص على أي وسيلة للدفع الإلكتروني<sup>3</sup>، وعليه سنعتمد في التعرض إليها على الفقه والقانون المقارن. على عكس أنظمة الدفع والتي تعرض

---

النقود، على ذلك فالوفاء الإلكتروني تصرف قانوني يكون الهدف منه تسوية دين ثابت في ذمة شخص ما لدى شخص آخر نتيجة معاملة بينهما وذلك باستخدام إما وسائل موجودة تم تطويرها كالشيك الإلكتروني أو بوسائل دفع مستحدثة كبطاقات وفاء و نقود الكترونية. أنظر في ذلك: د/ سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص21

(1) قادري عبد المجيد، "الوفاء الإلكتروني"، مجلة العلوم القانونية كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، العدد 12 ، عنابة ، جوان 2008، ص 157.

(2) أنظر في ذلك نص المادة 543 مكرر 24 القانون التجاري الجزائري .

(3) إلا انه نجد في ملحق نظام البنك المركزي 05-06 المتعلق بمقاصة الصكوك وأدوات الدفع الأخرى الخاصة بالجمهور تعريفا لمصطلحات استخدمها في النظام من بينها البطاقة المصرفية وهي وسيلة دفع غير مادية تحددها تعليمية تصدر عن بنك الجزائر



إليها المشرع الجزائري في نظام البنك المركزي رقم 04-05 المؤرخ في 13 أكتوبر 2005<sup>1</sup>، وكذا نظام البنك المركزي رقم 06-05 المؤرخ في 15 ديسمبر 2005.<sup>2</sup>

أشار المشرع الجزائري إلى بعض أنواع وسائل الدفع الإلكتروني، في القانون التجاري كالسفتجة والشيك الإلكترونيين ، وتولى القانون البنكي تحديث بعضها الآخر كالتحويل الذي أصبح تحويلًا إلكترونيًا . وتعرف التشريعات المقارنة أنواعا عديدة من وسائل الدفع وهي سريعة التطور و تشمل بطاقات الدفع (أ) و النقود الإلكترونية (ب).

### أ - بطاقات الدفع:

يلزم لكي نكون بصدد بطاقة دفع أن تكون البطاقة صادرة من بنك أو مؤسسة ائتمانية<sup>3</sup> تسمح لحاملها سحب نقود أو وفاء للتجار الذين يتعامل معهم ، وتختلف وسائل الدفع الإلكتروني بحسب الأساس الذي يمكن أن نستند إليه عند تقسيمها<sup>4</sup>. ويمكن أن نورد ما يلي من البطاقات:

- (1) نظام رقم 04-05 المؤرخ في 13 أكتوبر 2005 المتعلق بنظام التسوية الإجمالية الفورية للمبالغ الكبيرة والدفع المستعجل
- (2) نظام رقم 06-05 المؤرخ في 15 ديسمبر 2005 يتعلق بمقاصة الصكوك وأدوات الدفع الأخرى الخاصة بالجمهور العريض، ج ر ج ج عدد 2006/26.
- (3) إلا أنه يجوز أن تصدر هذه البطاقات من شركات ومؤسسات تجارية لتستخدم من قبل زبائنهم فمثلا أعطى المشرع الفرنسي لشركات البترول والشركات الكبرى إلى جانب البنوك والمؤسسات الائتمانية حق إصدارها بشرط أن يقتصر استعمالها على سداد ثمن البضائع المشتريات منها فقط ، أنظر في ذلك د/ سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص54، فنجد مثلا محطات البنزين أو الفنادق والمطاعم الضخمة تقوم بطرح بطاقات لتمكين زبائنهم من الشراء وطلب الخدمات من أي نوع من الأنواع المستخدمة في فروعها وذلك للمحافظة على زبائنهم بحيث المستفيد من هذه البطاقة يحصل على ميزات أخرى كتخفيض الأسعار والأولوية في تقديم الخدمات أنظر في ذلك: جلال عايد الشورة ، وسائل الدفع الإلكتروني، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص32
- (4) فبحسب الجهة المصدرة توجد بطاقات ترعاها منظمات عالمية ويشارك في إصدارها عدة بنوك على مستوى العالم، مثل بطاقة فيزا، ماستر كارد، وأخرى تصدرها مؤسسة مالية واحدة مثل أميركان اكسبريس ، كذلك تختلف بالنظر للطرق الفنية المستخدمة في صناعتها ما بين بطاقات بلاستيكية وذات أشرطة ممغنطة ، وثالثة ذات دوائر إلكترونية كذلك تختلف بحسب المزايا التي تمنحها لحاملها فمنها عادية أو فضية و هذا النوع من البطاقات يعطي حدا من الائتمان منخفضا نسبيا ويمنح لمعظم العملاء عندما يتوافر الحد الأدنى من الشروط وتوفر لحاملها الشراء من التجار والسحب النقدي من البنوك وأجهزة الصراف الآلي. وأخرى ذهبية هذا النوع من البطاقات يعطي حدا من الائتمان منخفضا نسبيا ويمنح لمعظم العملاء عندما يتوافر الحد الأدنى من الشروط وتوفر



## 1 بطاقة الوفاء:

هي بطاقة تسلم بناء على عقد بين البنك أو مؤسسة مالية وشخص يسمى حامل البطاقة يكون قد فتح حسابا جاريا لديها، وأنه قد أودع في رصيده مبلغا لا يقل عن الحد الأقصى المسموح له بالشراء في حدوده ، هذه البطاقة تخول حاملها سداد قيمة سلع وخدمات من تجار يقبلون التعامل بها بموجب اتفاق بينهم وبين الجهة المصدرة للبطاقة.<sup>1</sup> وهي بطاقات ذات ذاكرة تمكن من معرفة مدى كفاية الرصيد ووجود أو عدم وجود معارضة في الوفاء، فإن كان الرصيد كافيا ولا وجود لأي معارضة قررت قبول العملية بإرسال بياناتها إلى غرفة المقاصة لنقل بياناتها من حساب المشتري إلى حساب البائع، وإن كان الأمر خلاف ذلك فستفرض المعاملة<sup>2</sup>. ويتم الوفاء بهذه البطاقة بإحدى الطريقتين:

- الطريقة غير المباشرة OFF-LINE في هذه الطريقة يقوم عميل البنك المشتري

بتقديم بطاقته التي تحتوي اسم المؤسسة المصدرة لها و شعارها و اسمه و توقيع و رقم البطاقة و تاريخ انتهاء العمل بها إلى التاجر الذي يقوم بتدوين تفاصيل عن مشتريات حامل البطاقة و معلومات عن بطاقته على عدة نسخ يوقعها حامل البطاقة ثم يقوم التاجر بعد ذلك بإرسال نسخة من هذه البيانات إلى الجهة المصدرة للبطاقة ليتم تسديدها و التي بدورها تقوم بإرسال كشف إلى حامل البطاقة في ميعاد دوري محدد ليتم تسديد قيمة هذه المشتريات من قبله أو أن تقوم ب قيد هذه المبالغ المستحقة في حسابه إذا كانت الجهة المصدرة بنكا. و يحتفظ العميل عادة بحساب مصرفي في احد البنوك من اجل أن يتم قيد المبالغ المستحقة على العميل في هذا الحساب بناء على تفويض منه لبنكه.

- الطريقة المباشرة ON-LINE يقوم العميل بتسليم بطاقته إلى محاسب المحل الذي

يقوم بتمرير البطاقة على جهاز للتأكد من وجود رصيد كاف لهذا العميل في بنكه لتسديد قيمة مشتريات هذا العميل و الذي لا يتم إلا بعد أن يدخل هذا العميل رقما سريا في الجهاز.

لحاملها الشراء من التجار والسحب النقدي من البنوك وأجهزة الصراف الآلي وتختلف هذه البطاقات فيما بينها في حدود الائتمان والمزايا الإضافية التي يتمتع بها حاملها أنظر في ذلك: جلال عايد الشورة، مرجع سابق، ص32

(1) د/ بلال عبد المطلب بدوي، البنوك الالكترونية (ماهيتها، معاملاتها، المشاكل التي تثيرها)، دار النهضة العربية،

مصر، 2006، ص36.

(2) د/ سامي عبد الباقي ابو صالح، مرجع سابق ص57.

فإذا قام العميل بإدخال هذا الرقم و فوض البنك بتحويل المبلغ المطلوب من حسابه إلى حساب التاجر فلان عملية التحويل هذه تتم بشكل مباشر و في نفس اللحظة في قيود بنك العميل و بنك التاجر . و بذلك فإنها تكون بمثابة دفع فوري بواسطة ترحيل المبلغ من حساب العميل إلى حساب التاجر أي أنها مقاصة الكترونية.

إن مثل هذه البطاقات لا تعتبر في الحقيقة بطاقة ائتمان، و ذلك لعدم تعهد البنك مصدر البطاقة أية تسهيلات ائتمانية لعملائه حاملي البطاقة، حيث أن كل ما يقوم به البنك هنا هو تسوية الدين بين حامل البطاقة و التاجر إذا كان هناك رصيد دائن لحامل البطاقة.

بالنسبة للجزائر عرضت شركة SATIM وهي شركة النقد الآلي والعلاقات التلقائية بين البنوك في 2009 نظام دفع الكتروني يعرف ب AURES وهو نظام هدفه تسوية عملية الدفع بين التاجر والبائع عبر الانترنت. مع الملاحظة انه تقتصر فئة التجار الذين يتعاملون بهذا النظام على الشركات الضخمة فقط<sup>1</sup>.

وعلى كل تتلخص مراحل الدفع عبر الانترنت في :

-الاتصال بموقع الويب التجاري.

-تحديد العرض باتباع الإرشادات على الموقع للوصول إلى الصفحة التي تظهر طريقة الدفع.

-اختيار طريقة الدفع عبر البطاقة البنكية بالنقر على شعار CIB الظاهر على صفحة الموقع.

-التوجيه تلقائيا إلى نظام AURES .

-ظهور صفحة للمصادقة تحتوي على الكمية وتاريخ ووقت المعاملة.

-ظهور صفحة للملا تحتوي على المعلومات التالية:

- رقم البطاقة.
- CVV2 وهي الثلاث أرقام الأخيرة الموجودة على ظهر البطاقة البنكية بشكل مائل.
- تاريخ نهاية صلاحية البطاقة.
- اللقب، الاسم، العنوان، الرمز البريدي، ثم الضغط على زر التأكيد.

(1) كمتعامل الهاتف النقال " OORIDOO " الذي يعرض خدمة الشراء عبر الانترنت باستخدام البطاقة البنكية يمكن

الاطلاع على كيفية الدفع على الموقع [Pl.ooridoo.dz](http://Pl.ooridoo.dz)

- ظهور صفحة تتضمن البيانات المدخلة لتأكيدھا او تعديلھا اذا ورد بها خطأ.
- بعد التحقق من المعلومات تظهر صفحة فيها:
  - رقم البطاقة الخفي.
  - حيز لإدخال كلمة السر.
  - ظهور صفحة لتأكيد كلمة السر
- طلب الترخيص من شركة SATIM .
- إرسال خادم نظام AURES للزبون إجابة مركز الترخيص.
- إشعار التاجر بإجابة خادم نظام AURES ، وإذا كانت الإجابة بالقبول لكلا الطرفين سيتم إتمام عملية الشراء والدفع بين المشتري والتاجر .

## 2- بطاقة ضمان الشيكات :

ظهر هذا النوع من البطاقات نتيجة رغبة بعض الدول خاصة في أوروبا الغربية فدي تشجيع الوفاء بالشيك خاصة وان صور بطاقات الدفع الأخرى تمثل خطورة وتكلفة<sup>1</sup> تعد هذه البطاقة وسيلة لضمان التاجر أو مقدم الخدمة على المقابل الذي تم تسويته عن طريق الشيك. و مؤدي ذلك أن حامل هذه البطاقة يتعين عليه إبرازها مع الشيك حيث يقوم التاجر بتدوين بياناتها الرئيسية، غالبا على ظهر الشيك، و بموجب ذلك يضمن الحصول على قيمة هذا الشيك من البنك مصدر البطاقة و الشيك<sup>2</sup>.

و يبدو الاختلاف واضحا بين هذا النوع من البطاقات و بطاقة الوفاء فهذه الأخيرة تعد وسيلة وفاء، أما بطاقة الضمان، فالفرض ان وسيلة الوفاء هي الشيك، و تستخدم البطاقة كوسيلة ضمان الوفاء بقيمة هذا الأخير، و مؤدى ذلك أنها لا تستخدم استقلالا عن الشيك و إنما تعمل إلى جانبه.

(1) د/ بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص40.

(2) قادري عبد المجيد ، مرجع سابق ، ص 163. والبنك هنا يلتزم بالوفاء بقيمة الشيك بغض النظر عما إذا كان للعميل رصيد كاف أم لا وانه لا يملك الرجوع على المستفيد لعدم حصوله على قيمة الشيك من العميل لأي سبب ،انظر في ذلك: عبد الراضي كيلاني ، النظام القانوني لبطاقة الضمان والوفاء، دار النهضة العربية، مصر 1988، ص51.

## 3- بطاقة السحب الآلي :

تعطي هذه البطاقة لحاملها إمكانية سحب مبالغ نقدية من حسابه بحد يومي أقصى متفق عليه من خلال أجهزة خاصة حيث يقوم العميل بإدخال البطاقة في فتحة خاصة في هذا الجهاز الذي يطلب منه إدخال الرقم السري (P.I.N) فإذا كان هذا الرقم صحيحا فإن الجهاز يطلب من العميل تحديد المبلغ المطلوب سحبه بالضغط على مفاتيح في هذا الجهاز، فإذا كان للعميل رصيد لدى البنك فإن الجهاز سوف يصرف المبلغ أليا للعميل و يعيد له البطاقة و يسجل هذا المبلغ في الجانب المدين من حساب هذا العميل مباشرة (on-line) و لا يحصل العميل عادة على ائتمان وفق لهذه البطاقة حيث إن الجهاز سيرفض الصرف إذا لم يكن هناك رصيد كاف للعميل لدى البنك، و لكن ذلك لا يمنع البنك من أن يوفر لعميله غطاء معيناً وفقاً لاتفاق خاص بحد معين متفق عليه يتم إدخاله في الكمبيوتر المنظم لهذا الجهاز.

يلاحظ أن بطاقة السحب الآلي لا تعتبر بطاقة ائتمان لعدم توفير تسهيل ائتماني للعميل في المادة و إنما كل ما في الأمر أن البنك يقوم بتنفيذ التزامه برد المبلغ المودع لديه لعمليه بطريق السحب الآلي.

يعتبر إدخال العميل البطاقة مع الرقم السري أمراً للبنك بصرف المبلغ المطلوب و تقويضا له في الوقت نفسه لقيده في حسابه.

يتميز المشرع الجزائري بين نوعين من هذه البطاقات<sup>1</sup>، بطاقة السحب وبطاقة الدفع. تعد بطاقة السحب أول بطاقات للدفع الالكتروني التابعة للمؤسسات المالية والبنوك في الجزائر حيث تم إنشاء بطاقة السحب الخاصة بكل مصرف ، فقد أنشأت شركة ما بين المصارف الثمانية و هي : البنك الوطني الجزائري ، بنك الفلاحة و التنمية الريفية ، بنك الجزائر الخارجي ، الصندوق الوطني للتوفير و الإحتياط ، القرض الشعبي الجزائري ، بنك التنمية المحلية ، الصندوق الوطني للتعاون الفلاحي ، بنك البركة الجزائري هذه المصارف

(1) حيث تنص المادة 543 مكرر 23 من القانون التجاري الجزائري على أنه : " تعتبر بطاقة دفع كل بطاقة صادرة

عن البنوك و الهيئات المالية المؤهلة قانوناً، و تسمح لصاحبها بسحب أو تحويل الأموال. تعتبر بطاقة سحب كل بطاقة صادرة عن البنوك أو الهيئات المالية المؤهلة قانوناً و تسمح لصاحبها فقط بسحب الأموال ."

أنشأت في سنة 1995 هذه الشركة و هي شركة ذات أسهم رأسمالها 267 مليون دينار جزائري<sup>1</sup>.

تقوم هذه الشركة بصنع البطاقات المصرفية الخاصة بالسحب حسب المقياس المعمول به دوليا و طبع الإشارة السرية ، و تنشأ هذه الخدمة عن طريق عقد يبرمه المصرف مع شركة SATIM<sup>1</sup> الذي يحدد التزام الطرفين خاصة فيما يتعلق بآجال و إجراءات التسليم بالإضافة إلى عملية الربط بين الموزعات الآلية ومصالح SATIM بواسطة شبكة إتصال حيث تسمح بالقيام بعمليات السحب سواء كانت داخلية او محولة بالإضافة إلى سجل متصل بهيئة المقاصة لتصفية الحسابات مابين المصارف .

في سنة 1996 أعدت شركة SATIM مشروعا لإيجاد حل للنقد بين المصارف ، و أول مرحلة لهذا المشروع الذي بدأ في العمل سنة 1997 تمثلت في إعداد شبكة نقدية إلكترونية بين المصارف في الجزائر ، هذه الشبكة لا تغطي إلا الخدمات المتعلقة بإصدار البطاقات المصرفية الخاصة بالسحب من الموزع الآلي محليا و بالتالي يمكن للمصارف الوطنية و الأجنبية الخاصة و العامة أن يقدموا إلى كل زبائنهم خدمة سحب الأموال بواسطة الموزع الآلي . كما تعمل SATIM على ضمان حسن سير عملية السحب و تكامل الموزعات الآلية مع عدد من المصارف ، هذا بالإضافة إلى تأمين قبول البطاقة في جميع مصارف المشاركين ، وإجراء عمليات المقاصة لصفقات السحب بين المصارف هذا بالإضافة إلى تأمين تبادل التدفقات المالية بين المشاركين و المؤسسة المسؤولة عن المقاصة ، كذلك تعمل هذه الشركة على مراقبة البطاقات المزورة و كشف كل التلاعبات .

(1) الهدف من هذا الاتحاد هو :

- تحديث وسائل الدفع للنظام المصرفي الجزائري .
- تطوير و تسيير التعاملات النقدية مابين المصارف .
- تحسين الخدمة المصرفية وزيادة حجم تداول النقود .
- وضع الموزعات الآلية في المصارف و التي تشرف عليها الشركة .

(2) satim: société algérienne d automatisations des transactions interbancaires et de monétique

شركة النقد الآلي والعلاقات التلقائية بين البنوك

كما تشرف شركة SATIM على مركز المعالجة النقدية بين المصارف و تعمل على ربط مراكز التوزيع مع مختلف المؤسسات المشاركة لوظيفة السحب ، حيث يتولى هذا المركز ربط الموزع الآلي بمقدم الخدمة بواسطة خطوط عبر الشبكة الوطنية و مركز للإعتراض على البطاقات الضائعة أو المزورة .

فعملية السحب تتم بطلب ترخيص يوجه إلى مركز الترخيص بالوكالة الذي يقبل أو يرفض الطلب ، و في حالة القبول يراقب المركز السقف المسموح به أسبوعيا لكل زبون ، كما يراقب هذا المركز الإشارة السرية ، كما أن السحب الذي يتم بالبطاقة لا يمكن الرجوع فيه ، بعد ذلك و على الساعة الصفر يقوم المركز بمعالجة كل الصفقات التي قامت في ذلك اليوم و تنظمها حسب كل مصرف موجود في الشبكة بين المركز و جميع المصارف المشاركة و تسجل العمليات لدى جميع المصارف و يتم إجراء عملية المقاصة في مركز الصكوك البريدية التي لها كل حسابات المصارف<sup>1</sup> .

#### 4- بطاقة الائتمان<sup>2</sup>:

هي بطاقة مستطيلة من البلاستيك، تحمل اسم المؤسسة المصدرة لها وشعارها وتوقيع حاملها، رقمها، اسم حاملها، رقم حسابه و تاريخ انتهاء صلاحيتها . يستطيع بواسطتها صاحبها أن يحصل على ما يحتاجه من سلع وخدمات دون أن يقوم بالوفاء فوراً بل يكتفي بتقديمها للتجار لتدوين بياناتها بصورة يدوية أو الكترونية ، بالتالي خصم قيمة الدين من الجهة المصدرة لها<sup>3</sup> .

تخول بطاقة الائتمان حاملها الحق في الحصول على تسهيل ائتماني من مصدر هذه البطاقة فحامل البطاقة يقوم بتقديمها للتاجر و يحصل على مشتريات أو خدمات يتم دفع

(1) عملية السحب تتم في أسلوب نصف مباشر فتوجد شبكة بين المصارف و شركة ساتيم و هذا ما يخلق نوعاً من المخاطر، إضافة إلى إحجام الناس على التعامل بها فلإقبال عليها ضعيف لأسباب عديدة منها كثرة الأعطاب و الأخطاء ، و الإحجام عن إظهار أية معلومات أمام الناس ، إضافة إلى التوزيع غير الجيد للموزعات الآلية .

(2) يرى البعض أنه قد لا يكون مصطلح الائتمان دقيقاً في التعريف بهذه التقنية الشرائية الحديثة ، ولكن هذا ما أصطلح عليه عربياً، والائتمان في اللغة هو عملية مبادلة ذات قيمة في الحاضر، مقابل وعد بالدفع في المستقبل، وبطاقة الائتمان هي البطاقة الخاصة التي يصدرها المصرف لعميله تمكنه من الحصول على السلع والخدمات من محلات معينة عند تقديمه لهذه البطاقة الخاصة، أنظر في ذلك: ناجي الزهراء، مرجع سابق.

(3) محمد احمد عبابنة ، جرائم الحاسوب وأبعادها، دار الثقافة، الأردن، 2005، ص62

ثمنها من قبل الجهة المصدرة التي لا تعود مباشرة على حامل البطاقة و إنما تمنحه أجلا متفقا عليه لسداد قيمة مشترياته على دفعات و في حدود سقف معين سلفا يتحدد بمقدار مشترياته و مدفوعاته.

لذلك فان هذه البطاقة على خلاف بطاقة الوفاء التي يلزم بموجبها حاملها من الحصول على ائتمان حقيقي يتمثل في تغطية مشترياته بسقف معين لمدة معينة بغض النظر عن وجود رصيد كاف في حسابه. و الفارق الأساسي بين بطاقة الوفاء و بطاقة الائتمان أنه في الأولى يتم الخصم مباشرة من حساب حامل البطاقة، أما في الحالة الثانية فان المؤسسة المالية التي أصدرت البطاقة هي التي تتولى الدفع، فكأنها بمثابة وسيط بين من أصدرت له البطاقة و الشركة المعتمدة عليها و التي تلقى منها حامل البطاقة السلعة أو الخدمة<sup>1</sup>. وتقوم هذه الوسيلة على أن إحدى المؤسسات المالية أو شركات الاستثمار تصدر بطاقات مصنعة ذات تصميم عالي التقنية، ويصعب العبث بها، ويمكن لحاملها أن يقدمها للبائع عندما يشتري بعض السلع ليقوم هذا الأخير بتدوين بيانات البطاقة على فاتورة يصدرها ويوقعها حامل البطاقة لترسل إلى البنك كمعتمد لتلك البطاقة ليتم الوفاء بالمشتريات ثم يقوم حامل البطاقة بسداد دفعة البنك مع الفوائد خلال أجل متفق عليه. ولا تمنح البنوك هذه البطاقات إلا بعد التأكد من ملائمة العميل أو الحصول منه على ضمانات عينية أو شخصية كافية<sup>2</sup>.

(1) قادري عبد المجيد ، مرجع سابق، ص164.

(2) وأمثلة هذه الشركات نجدها في الدول المتطورة كالولايات المتحدة الأمريكية، فتعتمد شركات "أمريكن إكسبريس" و "سيتي" و "ديكسفر" و "ماستر كارد" و "فيزا" الحصص الكبرى في أسواق بطاقات الائتمان في العالم، حيث وصلت العائدات السنوية لشركة "أمريكن إكسبريس" في نهاية سنة 2005 أكثر من 29.1 مليار دولار أمريكي. وحققت "ماستر كارد" أنتر ناشيونال" نتائج قياسية خلال سنة 2004 في كافة قطاعات الإنفاق، وتعد "فيزا" أنترناشيونال" تجمعا لأكثر من 21 مؤسسة مالية تتخصص في إطلاق وتسويق بطاقات "فيزا" التي بدأ إصدارها سنة 1976، وتتميز "فيزا" عن بقية الشركات المانحة أنها تصدر بطاقات الحسم الفوري "فيزا إلكترون" تمكن المستهلكين باستخدام الدفع من حساباتهم دون الحاجة إلى حمل مبالغ مالية نقدية، إضافة إلى سحب المبالغ النقدية من أجهزة الصراف الآلي في جميع أنحاء العالم بشكل آمن ومريح ويعيدا عن أي إجراءات معقدة. تصدر البطاقات بأنواعها من مؤسسات عالمية أهمها مؤسسة الفيزا العالمية، مركزها لوس أنجلوس بولاية كاليفورنيا بالولايات المتحدة الأمريكية، ومؤسسة "ماستر كارد" ومركزها سانت لويس بولاية نيويورك بالولايات المتحدة

هناك بطاقات تشبه بطاقات الائتمان هي بطاقات الدفع الشهري، وفي هذه البطاقة لا يقوم الحامل بالدفع المسبق للبنك في صورة حساب جاري كما هو الحال في بطاقة الوفاء، وهي بذلك اقرب إلى بطاقة الائتمان إلا أنها تختلف عنها في أن محاسبة حاملها تتم بصورة شهرية وذلك عن طريق إرسال البنك المصدر كشفا شهريا يشتمل على تفاصيل المبالغ المستحقة من مسحوباته من آلات السحب النقدي أو المبالغ التي دفعها للشراء، ويطلب البنك السداد خلال مدة تتراوح بين 25 إلى 40 يوم، وإذا لم يقم الحامل بالسداد يفرض عليه البنك فائدة نتيجة التأخير، فهذا النوع من البطاقات يعطي ائتماننا قصير المدة<sup>1</sup>.

### 5- البطاقة الذكية:

هي عبارة عن بطاقة ذكية تحتوي معالج دقيق يسمح بتخزين الأموال من خلال البرمجة الأمنية، وهذه البطاقة تستطيع التعامل مع بقية الكمبيوترات، ولا تتطلب تفويض أو تأكيد صلاحية البطاقة من أجل نقل الأموال من المشتري إلى البائع، و البطاقات الذكية تستطيع أن تتأكد من سلامة كل معاملة من الخداع عندما يقدم صاحب البطاقة بطاقته إلى البائع، فإن المعالج الدقيق الموجود في مسجل النقد الإلكتروني للبائع يتأكد من جودة البطاقة الذكية من خلال قراءة التوقيع الرقمي المخزن في معالج البطاقة<sup>2</sup>.

يتم تكوين هذا التوقيع الرقمي من خلال برنامج يسمى الخوارزمية الشفرية، وهذه الأخيرة عبارة عن برنامج أمن يتم تخزينه في معالج البطاقة، هذا البرنامج يؤكد لمسجل النقد الإلكتروني بأن البطاقة الذكية أصلية ولم يتم العبث بها أو تحويلها، ولذلك فإن نظام البطاقات الذكية المفتوح لتحويلات الأموال الإلكترونية، فإن صاحب البطاقة لا يحتاج أن يثبت هويته من أجل البيع والشراء، فمثل الأموال المعدنية فإن مستخدم البطاقة الذكية يستطيع أن يظل مجهولا .

عندما يستخدم صاحب البطاقة بطاقته الذكية فإن قيمة الشراء يتم نقصها بطريقة أوتوماتكية من بطاقة المشتري ويتم إيداع هذه القيمة في أجهزة إلكترونية طرفية للبائع ومن

الأمريكية، مؤسسة "أمريكان إكسبريس" ومركزها الولايات المتحدة الأمريكية. و الجزائر لم تنظم بعد إلى هذه الهيئات وهناك مفاوضات للإنضمام إلى مؤسسة "ماستر كارد". أنظر في ذلك "ناجي الزهراء، مرجع سابق.

(1) د/ سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 68.

(2) ناجي الزهراء ، مرجع سابق



ثم يستطيع البائع أن يحول ناتج عمليات البيع والشراء لليوم إلى بنكه عن طريق الوصلات التلفونية، وتعتبر بطاقة الموند ( Mondes Cards ) مثال للبطاقة الذكية، وتتسم بمرونة كبيرة في الاستخدام، حيث تجمع بين مميزات النقود الورقية التقليدية وبطاقات الدفع الإلكترونية الحديثة، ويمكن استخدامها كبطاقة ائتمانية أو بطاقة خصم فوري طبقاً لرغبة العميل، أي كبديل للنقود في كافة عمليات الشراء، تتيح هذه البطاقة لحاملها إجراء العمليات المصرفية دون اللجوء إلى فروع البنك، حيث يمكن التحويل من رصيد البطاقة إلى رصيد بطاقة أخرى والسحب من رصيد الحساب الجاري للعميل إلى رصيد البطاقة من خلال آلات الصرف الذاتي .

وهكذا يوجد نوعين من البطاقات، النوع الأول يسمح لحاملها بالوفاء بقيمة السلع والخدمات التي يحصل عليها بدلاً من الوفاء النقدي، وذلك في حدود مبلغ معين دون أن يمنحه الائتمان، ومن ذلك البطاقة الزرقاء في فرنسا ( Carte bleue ) وبطاقة الفيزا إلكترون ( Visa Electrone ) في دولة الإمارات، أما النوع الثاني فيعطي لحاملها ائتمان فعلياً من البنك المصدر لهذه البطاقة بحيث لا يلتزم فوراً بالسداد، إنما له الحق في تسهيلات ائتمانية يتفق على شروطها من حيث وقت الخصم والمبلغ المسموح به ومواعيد الوفاء وغيرها، وهذا النوع من البطاقات البلاستيكية تسمى بطاقات الائتمان مثل ماستر كارد وأمريكن إكسبريس<sup>1</sup>

**ب- النقود الإلكترونية :**

النقود الإلكترونية هي "وسيلة للتخزين الإلكتروني لقيمة نقدية على دعامة تقنية، تستخدم على نطاق واسع لتسوية مدفوعات مستحقة لمتعهدين غير من أصدرها، وذلك من دون الحاجة إلى استناد التسوية على حساب بنكي لحظة إجراء الصفقة، وتعد وسيلة في يد حاملها مدفوعة مسبقاً"<sup>2</sup>. واضح من هذا التعريف أن النقود الإلكترونية عبارة عن وحدات مخزنة بطريقة إلكترونية في بطاقات بلاستيكية أو أقراص صلبة بداخل الكمبيوتر الشخصي

(1) ناجي الزهراء ، مرجع سابق.

(2) تعريف قدمه البنك المركزي الأوروبي في تقرير له حول النقود الإلكترونية ، نقلاً عن

Farouk Weshahi Ahmed, le droit face à l'objectif de sécurité du paiement dans le commerce électronique, étude comparative franco-égyptienne, thèse de doctorat, Marseille 2004, p106.

للمعمل<sup>1</sup>، ومن ثمة فهي تختلف عن النقود الائتمانية التي لا تخزن على أي دعامات وإنما هي عبارة عن وحدات نقدية مطبوعة يكون لها قيمة نقدية، ومن ثمة فلها قوة إبراء فورية ولا محل لمشكلة الرجوع في أمر الدفع من قبل الأمر، كما لا ترتبط على خلاف بطاقات الوفاء بتحويل مصرفي، بل هي وحدات ذات قيمة نقدية تتناقص كلما استخدمت في سداد الديون فإذا نفذ المخزون أعيد شحنها من طرف المصدر<sup>2</sup>.

إزاء الطبيعة القانونية للنقود الالكترونية، انقسم الفقه إلى قسمين، قسم لا يرى فيها إلا

#### (1) مصطلح النقود الالكترونية يشمل الصور التالية :

صورة بطاقة مدفوعة مسبقا التي يمكن استخدامها لأغراض متعددة يطلق عليها اسم البطاقة المختزنة القيمة أو محفظة النقود الالكترونية .

صورة ثانية هي آليات الدفع مختزنة القيمة أو سابقة الدفع التي تسمح بالدفع من خلال شبكة الحاسوب الآلية المتعارف عليها باسم نقود الشبكة أو النقود السائلة الرقمية.

يمكن القول ان النقود الرقمية تعبير يستخدم في الأساس لوصف مجموعة متنوعة من آليات الدفع محدودة القيمة ومسددة مسبقا في بطاقات أو مخزنة داخل كمبيوتر، أنظر في ذلك: جلال عايد الشورة، وسائل الدفع الالكتروني، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص58.

#### (2) للنقود الرقمية تقسيمات مختلفة منها:

من حيث متابعتها ورقابتها: تنقسم حسب هذا التقسيم الى نقود الكترونية محددة، تمتاز هذه الأخيرة بإمكانية التعرف على الشخص الذي قام بسحب النقود من البنك شأنها في ذلك شأن بطاقة الائتمان، نقود الكترونية غير اسمية وهذا النوع من النقود يتم التعامل به دون معرفة هوية المتعامل فهي كالأوراق النقدية في التعامل وليس لها علاقة بمن يتعامل بها ولا يمكن التعرف على هوية مستخدميها.

من حيث أسلوب التعامل بها: وتنقسم الى نقود الكترونية عن طريق الشبكة ويتم سحب هذا النوع من البنك أو المؤسسة المالية وتوضع على أداة معدنية داخلية في جهاز الحاسب الشخصي، وفي حال إرسال هذه النقود عبر الشبكة ليس على المستخدم إلا الضغط على الفأرة لهذا الجهاز إلى الشخص المستفيد من هذه النقود وتتم هذه العملية في ظل إجراءات تضمن للمتعاملين حدا كبيرا من الأمان والسرية، وهي نقود حقيقية إلا أنها رقمية وتتطلب معظم الأنظمة المستخدمة لمثل هذه الطريقة إتمام الاتصال بين طرفي التعامل والمصدر من أجل التحقق من سلامة هذه النقود للتقليل من الغش والتزوير والاحتيال. نجد أيضا نقود الكترونية خارج الشبكة: هذا النوع لا يستدعي الاتصال المباشر مع المصدر فهي عبارة عن استخدام البطاقة التي تحتوي على قيمة مخزنة بداخلها وتحصم كل قيمة تخرج من حوزتها بعد انتهاء من أي عملية تسديد. أنظر في هذه الأنواع كل من: محمد سعدو الجرف، "النقود الالكترونية وآثارها على المصارف المركزية" مؤتمر القانون والحاسوب، المنعقد في 12 إلى 14 تموز 2004، جامعة اليرموك، المملكة الأردنية الهاشمية، ص 5 وما بعده، أحمد جمال الدين موسى، "النقود الالكترونية وتأثيرها على دور المصارف المركزية في إدارة السياسة النقدية"، عن أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق لجامعة بيروت بعنوان الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص121.

أموالا مكتوبة تدار بطريقة الكترونية ، وهي لا تظهر في صورة مادية ، إنما هي وحدات مرقمة في جانب الأصول من حساب الدائن التاجر الذي قبلها وسيلة لسداد ماله من حقوق في مواجهة الغير ، وفي جانب الخصوم من حساب المستهلك الذي استخدمها لسداد ما عليه من التزامات ثابتة في ذمته المالية<sup>1</sup> .

يستقر الفريق الثاني على أن النقود الالكترونية لا هي ورقية ولا هي مكتوبة إنما نوع جديد من النقود ابتدع خصيصا لتسوية الديون الناشئة عن المعاملات التجارية الالكترونية ومرتكز هذا الرأي أمرين أولهما أن هذه النقود تؤدي نفس الوظائف التي تؤديها النقود بصفة عامة فهي تشكل وحدة نقدية (دولار اورو...الخ) تمثل مبلغا معيناً من النقود بالتالي تشكل وسيلة وفاء يترتب على استعمالها انقضاء الالتزام على عاتق مستعملها فوراً. كما تختلف عن النقود الورقية والنقود المكتوبة من ناحية عدم تمتعها بالقبول العام من قبل الجمهور واختلاف وضع مصدرها عن وضع مصدر النقود المكتوبة فعادة ما يطلب البائع من المصدر بعد تلقيه لهذه النقود الالكترونية من جانب المشتري تحويلها إما إلى نقود ورقية أو نقود مكتوبة فهي دائماً بحاجة إلى هذين النوعين من النقود ولا تتمتع بذاتية مستقلة عنهما<sup>2</sup> . أما عن خطوات إصدار النقود الالكترونية فهي:

- قيام العميل بإيداع مبلغ من المال لدى المصدر، في حساب عادي أو يتم فتحه خصيصاً لهذا الغرض.
- قيام المصدر بإصدار دعامات الكترونية تحمل مبلغاً من النقود مساوياً للمبلغ الذي تم إيداعه<sup>3</sup>.
- حصول العميل من الجهة المصدرة على برنامج خاص بإدارة النقود الالكترونية<sup>4</sup>

(1) جلال عايد الشورة، مرجع سابق، ص61.

(2) د/ سامي عبد الباقي ابو صالح ، مرجع سابق، ص66.

(3) وقد تتجسد الدعامات الالكترونية في كارت يتم تزويده بذاكرة الكترونية تسمح بتخزين النقود عليها يطلق عليها carte a puce وفي قرص صلب مثبت بالكمبيوتر الشخصي تخزن عليها هذه الوحدات الالكترونية الحاملة لمبلغ المال الذي قدمه العميل للبنك المصدر أنظر في ذلك:

André PRUM, " les paiements en ligne " , colloque international du droit du commerce électronique , a Nice le 06et07 novembre 2003 , litec,paris,p157.

(4) ويعرف أيضاً انه كل تحريك للنقود من حساب إلى آخر يتم بوسيلة الكترونية، وهو إجراء يكون من أثره التقليل

تكون وظيفته استقبال وإرسال الوحدات النقدية الالكترونية وإدارة الرصيد .

### ثانيا: أنظمة الدفع الالكتروني.

هي أنظمة تسمح بتحويل الأموال الكترونيا، و يقصد بالتحويل الالكتروني للأموال استخدام تقنيات الكترونية في خطوة أو أكثر من خطوات العملية التي كانت تتم فيما مضى لإتمام التحويل باستخدام الوسائل الورقية أي إرسال أمر التحويل إلى بنك من خلال رسالة الكترونية<sup>1</sup>.

لا وجود لعملية التحويل المصرفي إلا بوجود حسابين تنتقل النقود من احدهما صوب الآخر. وتبدأ عملية التحويل المصرفي بأمر يصدر من شخص يسمى الأمر إلى البنك الذي يوجد له فيه حساب، يأمره بموجبه نقل مبلغ من النقود من حسابه إلى حساب آخر قد يكون باسم ذات الشخص الأمر أو باسم شخص آخر يسمى المستفيد.

التحويل الالكتروني لا يختلف عن التحويل التقليدي، سوى أن الأمر بالتحويل يتم بطريقة الكترونية. و لا تشكل الكتابة هنا أية مشكلة لسببين ، يتمثل الأول في اعتراف معظم المشرعين في كل أنحاء العالم بالمساواة بين المستندات المكتوبة الورقية و المستندات الالكترونية ، و يكمن السبب الثاني في عدم وجود شرط يستلزم صدور أمر التحويل مكتوبا على الورق.

هناك عدة أنظمة للدفع الالكتروني وقد تبنى القانون الجزائري في النظام الصادر عن البنك المركزي والحامل لرقم 04-05 المؤرخ في 13 أكتوبر 2005 في مادته الأولى نظام التسويات الخام في الوقت الحقيقي للمبالغ الكبيرة والوفاء المستعجل والذي يسمى اختصارا ARTS، ثم جاء بنظام آخر هو نظام مقاصة الشيكات ووسائل الدفع الأخرى ذات قيمة

بشكل كلي أو جزئي من استخدام المستندات المكتوبة سواء في إصدار أو تنفيذ أوامر النقل، انظر في ذلك: د/شريف محمد غنام، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص 10. و لا يمكن استخدام النقود الالكترونية من قبل المشتري إلا مع بائع مشترك في احد البنوك التي تتعامل بالنقود الالكترونية والتي تقوم بتزويده ببرنامج مشابه للبرنامج الذي تم تزويد العميل به. أنظر في ذلك : د/ محمود أحمد إبراهيم الشرفاوي، مفهوم الأعمال المصرفية الالكترونية واهم تطبيقاتها، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون جامعة دبي، من 10 إلى 12 ماي 2003، ص 32، أنظر كذلك: د/ سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص 69.

(1) د/ بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 66.

كبيرة بموجب نظام البنك المركزي رقم 05-06 المؤرخ في 15 ديسمبر 2005 ويسمى اختصارا ACTI. وقبل ذلك أشير إلى هذا النظام إلى جانب نظام آخر هو SWIFT في النظام 05-05 المؤرخ في 15 ديسمبر 2005 يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها<sup>1</sup>، بالضبط في المادة 16 من الباب السادس الذي جاء تحت عنوان التحويلات الالكترونية ووضع الأموال تحت التصرف بنصها على ما يلي: "يتعين على البنوك والمؤسسات المالية والمصالح المالية لبريد الجزائر في إطار التحويلات الالكترونية مهما كانت الوسيلة المستعملة (SWIFT, ARTS, ACTI) و/أو وضع الأموال تحت التصرف أن تتحقق بدقة من هوية الأمر بالعملية والمستفيد بالإضافة إلى عنوانهما". وقد تم إلغاء هذا النظام بموجب المادة 28 من النظام رقم 12-03 مؤرخ في 14 محرم عام 1434 الموافق 28 نوفمبر سنة 2012 يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهم<sup>2</sup> وقد نصت المادة 17 منه على ما يلي: "يتعين على المصارف و المؤسسات المالية والمصالح المالية لبريد الجزائر في إطار التحويلات الإلكترونية مهما كانت الوسيلة المستعملة (SWIFT, ARTS, ATCI... إلخ) و / أو وضع الأموال تحت التصرف أن تسهر على التحقق بدقة من هوية الأمر بالعملية والمستفيد بالإضافة إلى عنوانيهما.

يجب أن يحوز مسيرو نظام الدفع والمتعاملون المباشرون أو غير المباشرين على جهاز آلي لاكتشاف الزبائن والعمليات ويتعلق الأمر بالهيئات أو الأشخاص المسجلين في القوائم المعدة مسبقا".

حسب هذه المادة الأخيرة وفي إطار مكافحة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب فانه يتعين على مسيري أنظمة الدفع وهو بنك الجزائر المركزي والمتعاملون المباشرين وغير مباشرين معه وهم كل من البنوك والخزينة و بريد الجزائر بعد الانخراط في النظام<sup>3</sup> ، أن يحزوا أجهزة آلية لاكتشاف عمليات لزبائن مسجلين في قوائم معدة مسبقا<sup>1</sup>.

(1) ج ر ج ج عدد 26/2006.

(2) ج ر ج ج عدد 12/2013.

(3) مثلا حسب المادة 17 من نظام رقم 05-06 تنص على: "فضلا عن بنك الجزائر ، إن الانخراط في نظام

ألكي مفتوح لكل من البنوك والخزينة و بريد الجزائر"

في إطار تحديث و عصنة النظام المصرفي الجزائري ، لا سيما من حيث أنظمة الدفع ، بادر بنك الجزائر بالتعاون مع وزارة المالية و بمساعدة البنك العالمي في إنجاز نظام دفع إلكتروني متطور هو نظام التسوية الإجمالية الفورية ، ولا يقبل هذا النظام إلا المبالغ التي تتجاوز مبلغ 1 مليون دج، لذلك أوجد البنك المركزي نظاما آخر بموجب نظام رقم 05-06 يعالج به الأقل من 1 مليون دج هو نظام مقاصة الشيكات.

#### أ - نظام التسوية الإجمالية الفورية ARTS.

يهدف هذا النظام إلى تحسين الخدمة المصرفية لا سيما من حيث أنظمة الدفع و

(1) تم مثلاً بموجب مرسوم تنفيذي رقم 13 - 84 مؤرخ في 6 فبراير سنة 2013 يحدد كفاءات تنظيم وتسيير البطاقة الوطنية لمرتكبي أعمال الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريعات والتنظيمات الجبائية والتجارية والجمركية والبنكية والمالية وكذا عدم القيام بالإيداع القانوني لحسابات الشركة، الجريدة الرسمية 2013/09 استحداث البطاقة الوطنية لمرتكبي أعمال الغش وهي قاعدة معطيات مركزية للمعلومات المتعلقة بمرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريعات والتنظيمات الجبائية والتجارية والجمركية والبنكية والمالية وكذا عدم القيام بالإيداع القانوني لحسابات الشركة. يتم تزويد هذه البطاقة من طرف المصالح المؤهلة للوزارة المكلفة بالمالية والوزارة المكلفة بالتجارة وبنك الجزائر، وتتمثل المصلحة المؤهلة بإعداد هذه البطاقة في مصلحة الضرائب طبقاً للمادة التاسعة من نفس المرسوم : "تتولى مصالح المديرية العامة للضرائب تنظيم وتسيير البطاقة الوطنية لمرتكبي أعمال الغش وتكلف بما يأتي :

- إجراء تسجيل وشطب الأشخاص الطبيعيين و لمعنويين مرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريعات والتنظيمات الجبائية والتجارية والجمركية والبنكية والمالية وكذا الذين لم يقوموا بالإيداع القانوني لحسابات الشركة .

- إنشاء قاعدة المعطيات الممركزة للبطاقة الوطنية لمرتكبي أعمال الغش وتحيينها وإدارتها

- حفظ المعطيات على دعائم مغناطيسية ومادية

- وضع المعطيات المحينة للبطاقة الوطنية لمرتكبي أعمال الغش تحت تصرف الإدارات والهيئات والمؤسسات المؤهلة.

- إعلام كل شخص طبيعي أو معنوي بوضعيته تجاه البطاقة الوطنية لمرتكبي أعمال الغش

- اتخاذ التدابير التي تسمح بتفادي كل استخدام سيء أو تدليسي لوثائق ودعائم المعلومات المتعلقة بالبطاقة الوطنية لمرتكبي أعمال الغش .

- ضمان الأمن المادي لقاعدة معطيات البطاقة الوطنية لمرتكبي أعمال الغش.

- ضمان أمن وإدارة الوصول إلى البطاقة الوطنية لمرتكبي أعمال الغش.

تحدد إجراءات التسجيل والشطب من البطاقة الوطنية لمرتكبي أعمال الغش وكذا الكفاءات التقنية لتسييرها بقرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بالتجارة والوزير المكلف بالعدل

ذلك رغبة في الوصول إلى المستوى الدولي. و هو نظام تسوية المبالغ الإجمالية في وقت حقيقي و يتم فيه سير التحويلات بصفة مستمرة و على الفور بدون تأجيل و على أساس إجمالي. كما يعرف أيضا أنه نظام مركزي إلكتروني يعمل على أساس فوري إجمالي نهائي ومستمر لتنفيذ أوامر التحويل الدائنة و يوفر نقطة تسوية لأنظمة التصفية العاملة في بلد مـا من خلال الحسابات المركزية للمصارف.

نظام ARTS يقوم على مبادئ التالية :

المشاركين : المشاركة في النظام مفتوحة لكل مؤسسة لها حساب تسوية في بنك الجزائر ، فيمكن أن ينظم إلى النظام زيادة على بنك الجزائر كمسير و حامل للتسوية مجموعة المؤسسات المصرفية و المالية ، الخزينة العمومية ، بريد الجزائر<sup>1</sup> .

العمليات التي يعالجها النظام :

يعالج النظام مختلف العمليات المصرفية بين المؤسسات المالية و المصرفية و المشاركين عامة ، و ذلك على النحو التالي :

- عمليات ما بين المصارف : حيث يتم من خلال هذا النظام تحويلات بين المصارف أو حسابات الزبائن و التي تكون فيها المبالغ هامة أو مستعجلة .
- عمليات بنك الجزائر : إن بنك الجزائر هو المشارك الوحيد القادر في حدود إختصاصاته توجيه و إصدار الأوامر للقرض أو الخصم من حسابات المشتركين .
- تسوية المبالغ عن طريق المقاصة الإلكترونية : إن المبالغ المدينة و الدائنة الناتجة عن طريق المقاصة الإلكترونية تعالج بهذا النظام قرضا و ديناً في نفس الوقت و في حسابات المشاركين تعمل على أساس مبدأ " الكل أو لا شيء " و في حالة إستحالة تطبيق العملية ترفض من قبل غرفة المقاصة الإلكترونية و على الراغب أن يعيد العملية و في وقت لاحق .
- حساب التسوية : إن بنك الجزائر الذي يشرف على إدارة النظام يفتح في سجلاته بإسم كل مشارك حسابات تسوية ، تقسم إلى حسابات فرعية ، و هذه الحسابات تحول حسب الحالات في زيادة أو نقص مبالغ الحسابات الجارية للمشاركين و التي

(1) قادري عبد المجيد ، مرجع سابق، ص166.

تضبطها المحاسبة العامة لبنك الجزائر و التسويات التي تتم عن طريق النظام حيث تتم بصفة مستمرة و في وقت حقيقي ، و بعد التأكد الآلي بوجود مخزون كافي في حساب المشارك المعني ، يطبق في هذا المبدأ " أول من يدخل أول من يخرج " <sup>1</sup>. كما أن تسوية الحسابات المعنية تتم بصفة لا رجعة فيها ، حيث بمجرد قبولها من طرف نظام ARTS لا يمكن إلغاؤها لاحقا بحيث تكون الغاية من التسويات مضمونة بصفة دائمة على مدى يوم المبادلة.

### ب- نظام المقاصة عن بعد

إن عملية عصرنة نظام الدفع عرفت دفعة جديدة بإنشاء نظام مكمل لنظام ARTS هو نظام ACTI. هذا النظام يختص بالمعالجة الآلية لوسائل الدفع العام ، صكوك ، تحويل ، إقطاع ، عمليات السحب و الدفع بالبطاقات البنكية ، وذلك باستعمال وسائل متطورة مثل المساحات الضوئية و البرمجيات المختلفة ، و يمثل هذا النظام القسم الثاني من أنظمة الدفع المتطورة ووفق المعايير الدولية بهذا الهدف التحسين النهائي للخدمات البنكية المقدمة للزبائن .

دخل النظام حيز التنفيذ بإشتراك : بنك الجزائر ، كل البنوك ، إتصالات الجزائر ، بريد الجزائر ، جمعية البنوك و المؤسسات المالية ( ABEF ) مع كل فروعها و مكاتبها عبر كامل التراب الوطني .

يعتمد هذا النظام على نظام التبادل المعلوماتي للبيانات الرقمية و الصور . لقد دخل حيز التنفيذ يوم 15 ماي 2006 في أول يوم للتبادلات و كانت البداية بمعالجة الصكوك على أن تتطور العملية لتمثل باقي وسائل الدفع نهاية 2006 <sup>2</sup>.

(1) مع الأخذ بعين الاعتبار الأولويات المبينة فيما يلي :

الأولوية الأولى : عمليات بنك الجزائر .

الأولوية الثانية : المبالغ المخصصة للمقاصة.

الأولوية الثالثة : أوامر مستعجلة بطبيعتها .

(2) يهدف هذا النظام إلى :

- التسيير المحاسبي اليومي و إعطاء نظرة شاملة و حقيقية عن وضعية الخزينة في السوق المالية و الوطنية  
- تقليص آجال المعالجة ، قيم قبول أو رفض العملية في أجل أقصاه 5 أيام على أن يتم إختزال هذه المدة إلى 3 أيام ثم 48 ساعة .



لقد كانت سنة 2006 سنة عصرية أنظمة الدفع و ما نتج عنه من تطوير الوساطة البنكية الفعالة و المؤمنة لخدمات بنكية ذات جودة تخدم الزبائن في إطار مضمون و مضبوط .

### ج- بعض الأنظمة الدولية

وعلى المستوى الدولي، توجد أنظمة تحويل مصرفي الكتروني عالمية، وضعتها بنوك عالمية ليستفيد منها عملاء في مختلف انحاء العالم، و يعد نظام first virtual و نظام Kleline من ابرز الأنظمة التي ظهرت في مجال تحويل و نقل النقود بين الحسابات المختلفة و التي تستخدم طريقا لتسوية الديون الناشئة عن المعاملات التجارية بصفة عامة و تلك التي تجري عبر شبكة الانترنت بصفة خاصة.

#### 1 نظام first virtual :

يفترض استخدام هذا النظام ان يكون كل من العميل و التاجر مسجلين لدى احد المكاتب للشركة الأمريكية التي تسمى first virtual holding first virtual : وبعد أن يرسل العميل إلى الشركة المذكورة رقم حسابه المصرفي ورقم بطاقته الائتمانية يتم تزويده برقم شخصي ، ثم يقوم بإرسال هذا الرقم للتاجر ليتأكد به من كفاية الرصيد الموجود في حساب العميل لتسوية العملية، والتاجر يقوم بإرسال بيانات العملية مع الرقم السري للشركة في كل مرة يقوم فيها بالبيع ولحماية العميل لا تقوم الشركة بالتسوية إلا بعد أن يقوم العميل بالتأكد بتمام العملية بعدها تقوم هذه الشركة بإرسال المعلومات عبر الشبكة التي تربط البنوك ببعضها البعض ليتم نقل المبلغ من حساب العميل إلى حساب الشركة لتقوم هي بالوفاء للتاجر .

- تأمين أنظمة الدفع العام .

- إعادة الثقة للزبائن في وسائل الدفع خاصة الصكوك .

- مواجهة عملية تبيض الأموال في الجزائر .

وقد عالج نظام ACTI 71933 عملية في شهر ماي 2006 بما قيمته 51.12 مليار دينار و 489436 عملية في ديسمبر من نفس السنة ( 2006 ) بقيمة 303.17 مليار دينار .

باعتبار أن الوفاء بقيمة العملية بين الطرفين يتم بالتحويل المصرفي ترتبط لحظة تمام عملية التحويل المصرفي بلحظة تمام الوفاء وقد اختلف الرأي في هذا الصدد ففريق يقرر أن الوفاء لا يتم إلا بتمام قيد المبلغ في الجانب الدائن من حساب الموفى له في حين يرى فريق آخر أن الوفاء لا يتم إلا بعد قيد المبلغ في الجانب المدين من حساب الموفى وهناك فريق ثالث يقدر أن الوفاء لا يتم إلا بعد إجراء مقاصة عامة بواسطة غرفة المقاصة<sup>1</sup>.

الرأي الغالب هو اعتبار عملية التحويل المصرفي تتم بقيام البنك بقيد المبلغ في حساب المستفيد ومن ثمة يكون الوفاء قد تم من هذه اللحظة وتبرا ذمة المدين وعلى هذا الرأي سار المشرع الجزائري بحيث يقرر في المادة 543 مكرر 2/20 ت ت ج يعتبر التحويل نهائيا ابتداء من تاريخ دخول المبلغ المحول إلى حساب المستفيد<sup>2</sup>.

يعد تحديد لحظة تمام عملية التحويل المصرفي أمرا هاما خصوصا عند إفلاس الأمر بالتحويل أو البنك القائم بالتحويل فيثور عندئذ عدم نفاذ العملية في مواجهة جماعة الدائنين لأي منها، أما إذا تبين وقوع الإفلاس بعد تمام عملية التحويل فلا اثر له على أمر التحويل ، كذلك لتحديد مدى حق العميل في الرجوع عن الأمر من عدمه.

بموجب هذا النظام تتم تسوية العملية عن طريق قيد المبلغ محل الدين في الجانب

الدائن من حساب المستفيد بدلا من أن يتم الوفاء نقدا ، وأنه يجنب على المتعاملين الإفصاح عن رقم بطاقة الائتمان الخاصة بهم الأمر الذي يبعد عنهم خطر استعماله من قراصنة الانترنت، كما أن تشغيله لا يستلزم استخدام برنامج محدد أو القيام بعملية التشفير. إلا انه يعاب على هذا النظام انه يقتصر على المنظمين إلى احد البنوك الأمريكية هذا ما يجعله غير مناسب للعلاقات الدولية التي تتخطى حدود الدول.

## 2 نظام kline :

اقتрحت شركة kline وهي شركة فرنسية أسلوبا لإدارة عملية تسوية الديون في نطاق

(1) د/ سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص33

(2) طبقا لنص المادة 543 مكرر 1/20 ق ت ج الأمر بالتحويل غير قابل للرجوع فيه ابتداء من تاريخ الاقتطاع من

حساب الأمر بالتحويل وهذا يعني انه قبل عملية الاقتطاع يجوز الرجوع عن الأمر بالتحويل كما نص عليه

المشرع المصري مثلا في المادة 1/332 من قانون التجارة بنصها على ما يلي:

"يمتلك المستفيد القيمة محل النقل المصرفي من وقت قيدها في الجانب الدائن من حسابه ، ويجوز للأمر للرجوع في أمر النقل إلى أن يتم هذا القيد".

العلاقات التجارية، فهنا يجب على التاجر فقط أن يسجل لدى الشركة الوسيطة التي تحمل اسم هذا النظام، وعلى عكس النظام الأول يلزم هذا النظام المتعامل المستفيد بأن يزود حسابه ببرنامج للدفع الآمن<sup>1</sup>.

يلاحظ أن تدخل شركة kleline لإتمام عملية الوفاء لا يكون بناء على عقد سابق بين العميل والشركة عدا رخصة استعمال برنامج الأمان وإنما يتم تدخل هذه الشركة لإتمام عملية الوفاء عن طريق توكيل يصدر لها من التاجر، والعميل يستطيع الوفاء أما بواسطة البطاقة المصرفية المسماة في فرنسا البطاقة الزرقاء أو عن طريق فتح محفظة نقود افتراضية أو في رواق الكتروني وهو موقع الكتروني يجمع عدة تجار<sup>2</sup>. و يعاب على هذا النظام انه غير دولي، لكن يمكن لأي مستهلك ولو لم يكن فرنسيا استخدامه وهو يسمح بالتسوية بعملات مختلفة<sup>3</sup>، كما انه يتسم بتعقيدات و انه نظام مكلف مما يؤدي إلى الإحجام عن التعامل به. بالمقابل له ميزتان أساسيتان هما:

- ضمان الأمان لعمليات الوفاء .

- ضمان الوجود الفعلي للتاجر الذي يجب أن يكون أصلا مسجلا لدى الشركة.<sup>4</sup>

### 3- نظام Swift :

وهو نظام للتصريح بالمعاملات المالية الدولية عبر العالم يستخدم للإخطار في شأن التحرك الفعلي للأموال أو التصريح به، وفي نهاية الأمر باستخدام أحد أنظمة التحويل

(1) تجري عملية التحويل ومن ثمة عملية تسوية الدين على النحو التالي:

- قيام العميل بإرسال طلبه بشراء سلعة ما للتاجر .
  - يقوم التاجر بدوره بإرسال تذكرة الدفع الالكتروني شركة kleline.
  - تقوم الشركة بإرسال تذكرة الدفع إلى العميل المشتري.
  - بمجرد قبول العميل لهذه التذكرة تصدر الشركة قسيمة خزينة bon de caisse لمصلحة التاجر .
- (2) انظر في ذلك: د/عدنان إبراهيم سرحان، " الوفاء الالكتروني"، مجلة الحقوق، العدد الأول المجلد الثالث، جامعة الكويت، 2005، ص237.

(3) فهي حديثا تعرض خدماتها حتى على التجار الأجانب أنظر في ذلك: د/ سميحة القليوبي، " وسائل الدفع الحديثة"، بحث مقدم إلى مؤتمر الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية المنعقد في كلية الحقوق في جامعة بيروت، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية 2002، ص59. أنظر كذلك: د/ سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص36.

(4) أنظر في ذلك: د/عدنان إبراهيم سرحان، مرجع سابق، ص238.

غرف المقاصة لنظام الدفع الدولي chips أو نظام التحويلات البرقية المحلية<sup>1</sup> فهو نظام دولي خاص بالحوالات الإلكترونية الدولية<sup>2</sup>.

يجب على معظم البنوك استخدام نظام Swift وذلك بالتصريح بإجراء المعاملات المالية أي استخدام نظام المراسلة لإتمام عملية التحويل، ووفقا لنظام Swift فإن البنك الذي يقوم بتنفيذ التحويل لا يعلم الغرض من عملية التحويل ذاتها، ذلك أن المصرح هو وحده الذي يقع عليه واجب التحري من غرض العميل من هذا الاستخدام وعليه فإن التحويلات الصادرة من بنوك أجنبية غالبا ما تكون خالية من إسم العميل المنشئ إذ تقتصر على ذكر عبارة "إن عميلنا يرغب في تحويل.....إلى عميلكم." أما بخصوص آخر ما تم تكريسه في المجال المصرفي في الجزائر هو: الصيرفة على الخط الذي يشار إليه اختصارا بـ AEBS<sup>3</sup>.

## الفرع الثاني

### استحداث مفهوم البوابة الإلكترونية في الصفقات العمومية

التعامل مع الإدارة الكترونيا يصنف كشكل من أشكال التجارة الإلكترونية ويعبر عليها بتجارة إلكترونية بين الحكومات والمنتجين<sup>4</sup>، ومن أهم أمثلتها عقود المزايدات والمناقصات

(1) د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، جريمة غسل الأموال عبر شبكة الانترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2009، ص82.

(2) د/ اشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص77.

(3) التعريف بـ "الجزائر لخدمات الصيرفة الإلكترونية" نتجت هذه الشركة عن إتفاق شراكة بين المجموعة الفرنسية DIAGRAM EDI الرائدة في مجال البرمجيات المتعلقة بالصيرفة الإلكترونية و أمن تبادل البيانات المالية، و ثلاث مؤسسات جزائرية هي : MAGACT MULTIMEDIA و SOFT ANGINERING و مركز البحث في الإعلام العلمي و التقني CERIST لتتأش شركة مختلطة سميت الجزائر لخدمات الصيرفة الإلكترونية تقدم هذه الشركة خدماتها المتعلقة بالمصارف عن بعد و تسيير أمن تبادل البيانات المالية لجميع البنوك و المؤسسات المالية بإختلاف أصناف زبائنها ( مؤسسات كبرى ، مجموعات شركات، تجار، مهنيين، خواص) بتقديم تشكيلة من الخدمات بدرجة عالية من الأمن و سلامة في أداء العمليات .

أنشئت هذه الشركة في جانفي 2004 ، في البداية ركزت على عمليات تطوير و تدعيم موجهة جهودها بصفة رئيسية نحو عصنة الخدمات البنكية و أنظمة الدفع الإلكترونية .

إن هذه الشركة أنشئت من أجل هدف أساسي هو تلبية حاجات المؤسسات المالية بإقتراح برمجيات تقدم خدمات عن طريق برمجيات متعددة ( DES PROGICIELS ) .

(4) إلى جانب هذه الصورة هناك ما يعرف باسم التعاملات الإلكترونية بين الحكومات والمواطنين (G2C)، وهذه

والتوريدات الحكومية، فبالنظر إلى الطبيعة القانونية لهذه الأعمال، يتبين لنا أنها تعتبر أعمال تجارية بالنسبة للموردين لكونها تمارس بشكل معتاد، وعادة يكون لهؤلاء سجل داخل الهيئات الحكومية يقيدون فيه مسبقاً، أما بالنسبة للجهات الحكومية فإنها:

- القانون وسع من نطاقها فتتمثل بالنسبة للقانون الجزائري في<sup>1</sup>:

\* الإدارات العمومية .

\* الهيئات الوطنية المستقلة

\* الولايات

\* البلديات

\* المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري

\* مراكز البحث والتنمية، والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، والمؤسسات

التعاملات تعتمد بشكل أساسي على تقديم الخدمات للمواطنين، ويصعب اعتبارها من صور التجارة الإلكترونية، ومن أهمها إصدار التراخيص وتبادل المعلومات وخدمات التعليم عن بعد وما إلى ذلك. وهذا ما أكدته مثلاً المذكرة الإيضاحية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (15) لسنة 2004، حيث جاء فيها أن أهم مجالات تطبيقات التوقيعات الإلكترونية " الحكومة الإلكترونية "، وهي المعاملات الإدارية للحكومة وخدمات للمواطنين بشكل عام ومنها الخدمات التي تقدمها الجمارك والضرائب ومصلحة الأحوال المدنية لهم، وكذلك استقبال ما يقدم إلى الجهات الحكومية من طلبات.

وقد كان للاتحاد الأوروبي موقف في هذا الشأن حيث أنه لم يعلق تعاملات الحكومة مع المواطنين إلكترونياً على استصدار إذن مسبق من هيئة أعلى، بل حث الحكومات على إزالة أية عقبات تقف في وجه هذه التجارة، على نقيض ما جاء بالمادة (1/4) من قانون التجارة الإلكترونية البحريني لعام 2002 التي حددت عدة شروط لقبول الجهات العامة للتعامل الإلكتروني حيث نصت على أنه "يشترط لقبول الجهات العامة إرسال أو تسلم سجل أو توقيع في شكل إلكتروني، أن يصدر قرار بذلك من الوزير المختص الذي يتولى الإشراف على تلك الجهة، وينشر القرار في الجريدة الرسمية، ويحدد فيه نطاق ومجال قبول إرسال وتسلم السجلات والتوقيعات الإلكترونية"، وأيضاً مشروع نظام التعاملات الإلكترونية السعودي الذي نص في المادة (2/4) على أنه " يجب أن تكون موافقة الجهة الحكومية على التعامل الإلكتروني صريحة "، وهذا الاتجاه الأخير، وإن كان يقيد تعاملات الحكومة إلكترونياً، إلا أنه يعتبر مقبولاً وينم عن الدقة المطلوبة في إصدار القرارات الإدارية من الجهات الرسمية، ذلك لأنها كثيراً ما تنشأ أو تقرر مراكز قانونية.

(1) انظر في ذلك المادة 02 من مرسوم رئاسي رقم 12 - 23 مؤرخ في 24 صفر عام 1433 الموافق 18 يناير

2012 يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 10- 236 المؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 7 أكتوبر سنة

2010 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية. ج ر ج ج عدد 2012/04.

العمومية ذات الطابع العلمي والتقني، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة.

- الطبيعة القانونية لتعاقداتها - فيما إذا كانت أعمال مدنية أم تجارية - تتحدد من خلال نصوص القانون المدني والقانون الإداري وقانون الشركات ولائحة المناقصات والمزايدات لكل دولة<sup>1</sup>.

إن الإتجاه العام في موضوع التعاقد مع الإدارة ينقسم إلى أسلوبين : إما المناقصات والمزايدات أو أسلوب التعاقد الحر -التراضي- التي تسري عليها قواعد القانون الخاص .  
تعتمد الإدارة اللجوء إلى نظام المناقصات والمزايدات مراعاة للاعتبار المالي والفني والشفافية التي تكفلها العدالة والمساواة بين المتنافسين. والمناقصة تستهدف فتح الباب أمام أكبر عدد ممكن من الأفراد للتقدم إليها مما يستلزم الإعلان بطريقة تسمح بوصوله إلى أكبر عدد ممكن تمهيدا لاختيار العطاء الأمثل .

بتطبيق نظام الحكومة الإلكترونية ظهرت إجراءات جديدة لاختيار المتعاقد مع الإدارة وأنماط أخرى من العقود فرضتها التجارة الإلكترونية، فالمناقصة الإلكترونية مثلاً تقتضي تغيير وسيلة الإعلان من وسائل مكتوبة أو مرئية إلى وسائل الكترونية وأفضل مجال لذلك هو الانترنت أين توجه من خلاله دعوة للتقدم بالعطاء الإلكتروني إلى مختلف دول العالم<sup>2</sup>.  
وقد أوجدت برامج مصممة لكيفية إبرام العقد الإداري خصوصاً عقود التوريد من خلال الوسائل الإلكترونية ، كما تحتوي هذه البرامج تنظيمات لجميع إجراءات التي تتبع للتعاقد بهذا الطريق.

(1) بالنسبة للقانون الجزائري إضافة لمعيار أطراف العلاقة يلعب السعر دور في خضوع العقد لقانون الصفقات العمومية فتتص المادة 02 المرسوم الرئاسي 12-23 والمعدلة للمادة 06 من المرسوم الرئاسي 10-236 على: "المادة : 6 كل عقد أو طلب يساوي مبلغه ثمانية ملايين دينار 8.000.000 دج أو يقل عنه لخدمات الأشغال أو اللوازم وأربعة ملايين دينار 4.000.000 دج لخدمات الدراسات أو الخدمات لا يقتضي وجوباً إبرام صفقة في مفهوم هذا المرسوم".

(2) د/ داود الباز ، "المناقصة الإلكترونية وسيلة لاختيار المتعاقد مع الإدارة"، مجلة الحقوق لجامعة البحرين، المجلد الثالث، العدد الأول، جانفي 2006، ص 187

قد تم مؤخرا تكريس مفهوم البوابة الالكترونية في الصفقات العمومية الالكترونية في القانون الجزائري بموجب المرسوم رقم 1 لـ 236 المؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 7 أكتوبر سنة 2010 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 12 - 23 مؤرخ في 24 صفر عام 1433 الموافق 18 يناير<sup>1</sup> 2012، لا سيما المادتين 173 و 174 منه، وكذا القرار الصادر عن وزارة المالية مؤرخ في 17 نوفمبر 2013 يحدد محتوى البوابة الالكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفيات تبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية<sup>2</sup>. ويهدف هذا القرار إذن إلى تحديد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفيات تسييرها (أولا) وكذا كيفيات تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية بين المصالح المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي (ثانيا).

### أولا: مفهوم البوابة الالكترونية

يختلف موقف الدول التي تسمح بإجراء الصفقات العمومية الكترونيا، فبالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية بدأ العمل به في 1993<sup>3</sup> أما بالنسبة لفرنسا صدرت مجموعة من المراسيم والتعليمات المتعلقة بهذا الشأن منها المرسوم 99-68 الصادر في 2 فيفري 1999 بشأن آلية وضع نماذج المعاملات الإدارية مباشرة عبر شبكة الانترنت<sup>4</sup>، تضمن هذا المرسوم المستندات الإدارية والنماذج الضرورية المطلوب تقديمها من أجل القيام بالمعاملات لدى الإدارات والمؤسسات العامة وتوزيعها على المواطنين في شكل صيغة رقمية من خلال موقع خاص أنشأته الحكومة الفرنسية على شبكة الانترنت<sup>5</sup>.

(1) ج ر ج ج عدد 2012/04.

(2) ج ر ج ج عدد 2014/21.

(3) RAPP Lucien, les pouvoirs publics et le contrat électronique, Travaux de l'association Henri capitan, édition panthéon Assas, Toulouse, 2002.p106

(4) Décret 99-68 du 2 fevrier 1999 relatif a la mise en ligne des formulaires administratives. Jo29/1999.

(5) إلى جانب وضع الخطط والبرامج اللازمة في عملية تحديد الإدارات والمرافق العامة للدولة الفرنسية وإعداد دفاتر شروط نموذجية موحدة للمناقصات العامة وذلك في المرسوم رقم 2002-692 الصادر في 2002/04/30 المتعلق بتطبيق الفقرتين 1 و 2 من المادة 56 من قانون العقود الإدارية الصادر سنة 2001 ونص في المادة 56 منه على إجراءات إبرام العقود الإدارية بالطرق الإلكترونية كما صدر التوجيه الأوروبي رقم 18/2004 الخاص بالتنسيق في إجراءات إبرام العقود الإدارية<sup>5</sup>. وتطبيقا له صدر المرسوم رقم 2004-15 في 2004/01/08 نص في المادة 2 منه

- حذى المشرع الجزائري حذى نظيره الفرنسي وقرر إنشاء بوابة الكترونية للصفقات العمومية تهدف إلى السماح بنشر ومبادلة الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية وكذلك إبرام الصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية.
- تضمن هذه البوابة نشر المعلومات والوثائق الآتية:<sup>1</sup>
- النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية.
  - الاستشارات القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية.
  - قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية.
  - قائمة المتعاملين الاقتصاديين المقصيين من المشاركة في الصفقات العمومية.
  - البرامج التقديرية لمشاريع المصالح المتعاقدة وقوائم الصفقات المبرمة أثناء السنة المالية السابقة وكذا أسماء المؤسسات أو تجمعات المؤسسات المستفيدة منها.
  - تقارير المصالح المتعاقدة المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية.
  - قائمة المؤسسات التي سحبت منها شهادة التصنيف والكفاءة.
  - الأرقام الاستدلالية للأسعار .
  - كل وثيقة أو معلومة لها علاقة بموضوع البوابة.
- كما تضمن البوابة الوظائف الآتية :
- تسجيل المصالح المتعاقدة و المتعاملين الاقتصاديين عن طريق البوابة.
  - بحث متعدد المعايير
  - التنبيه على المستجدات.

على إمكانية إبرام الدولة لعقود إدارية مع دولة أو عدة دول في مجال الأشغال والخدمات، على أن تكون جميع هذه الإجراءات من الإعلان عن العقد لغاية اعتماده من قبل السلطة المختصة عن طريق الموقع الإلكتروني للمصلحة المتعاقدة، الذي يرى فيه الفقه الفرنسي أنه كاف لوحده للإحاطة بالشروط المطلوبة لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية، باعتباره يوفر شرط العلانية وهو ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في حكمه المؤرخ في: 18/02/1994 الذي قضى بـ "على الشخص العام أن يضع تحت تصرف الأشخاص المهتمين بالعطاء على شبكة الإنترنت ، نظام الاستشارة، دفتر الشروط، الوثائق والمعلومات المكملة من أجل وضع إعلان المنافسة"، أنظر في ذلك: حمودي ناصر، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، الجزائر، 2009، ص115.

(1) طبقا للمادة 03 من قرار وزير المالية.



- تحميل الوثائق.
  - تسيير تبادل المعلومات بين المصالح المتعاقدة و المتعاملين الاقتصاديين.
  - ترميز الوثائق.
  - تاريخ وتوقيت الوثائق .
  - التمرن على التعهد الإلكتروني
  - الإمضاء الإلكتروني للوثائق.
  - صحيفة الأحداث.
  - دلائل تفاعلية لمستعملي البوابة.
  - كل وظيفة أخرى ضرورية للسير الحسن للبوابة .
- و يجب أن يصمم نظام المعلوماتية للصفقات العمومية في إطار احترام المبادئ الآتية<sup>1</sup>:

- 1 - سلامة الوثائق المتبادلة بالطريقة الإلكترونية :
  - يجب أن تضمن صيغ وأشكال رقمنة الوثائق المكتوبة عدم المساس بسلامتها.
  - توقيع الوثائق بالطريقة الإلكترونية المؤمنة مع احترام الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.
  - التعرف على هوية المتعامل الاقتصادي والتأكد منها.
- 2 - سرية الوثائق المتبادلة بالطريقة الإلكترونية : تتم حماية الوثائق المتبادلة بالطريقة الإلكترونية عن طريق نظام ترميز الوثائق مع احترام الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.
- 3 - تتبع الأحداث : وذلك ب:
  - إنشاء صحيفة للأحداث تسمح بتعقب تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية
  - تاريخ وتوقيت الوثائق المتبادلة بالطريقة الإلكترونية : يسلم وصل استلام يبين تاريخ وتوقيت استلام العروض ، لكل عرض يرسل بالطريقة الإلكترونية أو على حامل مادي إلكتروني.

(1) أنظر المادة 7 من قرار وزير المالية السالف الذكر.

- 4 - توافقية الأنظمة المعلوماتية : اعتماد معايير ومقاييس تسمح لأنظمة معلوماتية مختلفة بالتواصل من أجل تبادل المعطيات.
- 5 - تأمين أرشفة الوثائق الرقمية بالطريقة الإلكترونية.

### ثانيا: تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية بين المصالح المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي

يكون دخول المصالح المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين متوقف على تسجيلهم في البوابة. ويتم التسجيل في البوابة بعد ملء وإمضاء وإرسال استمارة نموذجية إلى مسير البوابة عن طريق البريد الإلكتروني كما يمكن إيداع الاستثمارات مباشرة لدى مسير البوابة. ويجب على المصالح المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين تعيين شخص طبيعي مرخص له بالدخول للبوابة ويكون مزود بعنوان إلكتروني.

يلاحظ أنه لا بد على الإدارة عندما تعلن عن الصفقة في الصحف أن تحدد عنوان تحميل الوثائق الكترونيا<sup>1</sup>، و يتم نشر الإعلان عن الإعلانات في المناقصات والدعوات إلى الانتقاء الأولي أو رسائل الاستشارة على البوابة في نفس الوقت مع إرسال الإعلانات للنشر في الجرائد وفي النشرة الرسمية لصفقات التعامل العمومي أو إرسال رسائل الاستشارة للمتعاملين الاقتصاديين المعنيين. أما التاريخ الذي يؤخذ بعين الاعتبار لحساب مدة تحضير العروض هو التاريخ المطبق في إطار الإجراءات المتبعة بالنسبة للحامل المادي الورقي.

بالمقابل رد المتعهدين أو المترشحين على إعلانات المنافسة يمكن أن يكون الكترونيا وفي هذه الحالة يمكنهم إيصال نسخة من العرض على حامل مادي أو الكتروني على أن توضع نسخة العرض هذه في ظرف مختوم يحمل عبارة " نسخة بديلة". ولا تفتح النسخة البديلة إلا إذا كان العرض المرسل بالطريقة الإلكترونية :

\* يحمل فيروس<sup>2</sup> .

(1) أنظر المادة 11 من القرار المذكور آنفا والتي تنص على: "عندما تضع المصالح المتعاقدة ووثائق الإعلان

عن المنافسة في متناول المتعهدين أو المترشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية، يجب

عليها أن تحدد عنوان تحميل الوثائق في الإعلان الصحفي".

(2) وعندما تكتشف المصلحة المتعاقدة فيروسا في الوثائق المتعلقة بالملف الإداري تطلب من المتعهد أو

\* لم يصل في الآجال القانونية.

\* لم يتمكن من فتحه.

في غير هذه الحالات يتم إتلاف النسخة البديلة التي لم تفتح<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للوثائق التي يتم تبادلها بالطريقة الإلكترونية بين المصالح المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين تتمثل بالخصوص في:

1 - بالنسبة للمصالح المتعاقدة :

- دفاتر الشروط

- نماذج التصريح بالاكنتاب ورسالة التعهد والتصريح بالنزاهة والتعهد بالاستثمار عند الاقتضاء

- الوثائق و المعلومات الإضافية عند الاقتضاء .

- الإعلانات عن المناقصات والدعوات للانتقاء الأولي ورسائل الاستشارات .

- إرجاع العروض عند الاقتضاء.

- طلبات استكمال أو توضيح العروض عند الاقتضاء .

- المنح المؤقتة للصفقات العمومية.

- عدم جدوى الإجراءات .

- إلغاء الإجراءات أو إلغاء المنح المؤقتة للصفقات العمومية .

- الأجوبة عن طلبات الاستفسار حول أحكام دفاتر الشروط

- الأجوبة عن طلبات نتائج تقييم العروض وعن الطعون.

2 - بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين:

- التصريح بالاكنتاب.

- رسالة التعهد

المترشح القيام بإرسال آخر.

(1) إذا لم يتم إرسال النسخة البديلة أو تم إرسالها وكانت تحتوي على فيروس تجري الإدارة محاولة لإصلاح العرض أو النسخة البديلة وتواصل تقييم العروض إذا نجح الإصلاح. وتعتبر الملفات التي تحتوي على فيروس والتي كانت محل محاولة إصلاح فاشلة ملغاة أو غير كاملة . ويتم الاحتفاظ بأثر الفيروس وإبلاغ المتعامل الاقتصادي المعني بذلك.

- التصريح بالنزاهة
- التعهد بالاستثمار عند الاقتضاء
- طلبات معلومات إضافية وتوضيحات أحكام دفتر الشروط عند الاقتضاء
- سحب دفاتر الشروط والوثائق الإضافية عند الاقتضاء
- الترشيحات في إطار الإجراءات التي تتضمن مرحلة انتقاء أولي
- العروض التقنية والمالية.
- العروض المعدلة عند الاقتضاء.
- طلبات نتائج تقييم العروض والطعون.

## الفصل الثاني

### عدم كفاية النصوص الوضعية الحالية لضبط ممارسة نشاط التجارة الالكترونية

استتبع انتشار الانترنت اتساع في حجم التعاملات الالكترونية بالمقارنة مع التعاملات التقليدية، وعليه فقد تسابقت مختلف التشريعات لتقنين هذا النوع من النشاط، طالما أن الأمم تقاس بدرجة تطورها ومسايرتها لما هو موجود على الساحة الدولية، ولما كانت التجارة الالكترونية ابرز هذه التطورات والمعطيات، كان لزاما على سائر دول العالم أن تكرسها وتنظمها بشكل تتقبلها فيه تشريعاتها وتتماشى معها. والجزائر من بين الدول التي أدخلت تعديلات على قوانينها الداخلية -وان كانت محتشمة- بهدف مسايرة هذا التطور، وقد تطرقنا في الفصل السابق إلى التكريس القانوني لممارسة التجارة الالكترونية ، لكن و من خلال استطلاع على هذه النصوص القانونية الجزائرية توصلنا في العديد من المرات إلى نقائص و ثغرات عدة فيما يخص معظم الجوانب المتعلقة بالتجارة الالكترونية(مبحث أول) ، بل أكثر من ذلك فراغات تشريعية بالنسبة لبعض المسائل(مبحث ثان).

## المبحث الأول

### عدم قدرة القواعد الكلاسيكية على استيعاب المفهوم الالكتروني

شمل التجارة الالكترونية كافة أنواع المعاملات التجارية التي تعتمد على المعالجة الإلكترونية للبيانات ، وإرسالها في شكل نصوص أو أصوات أو صور، وهذا يعني أن هذه التجارة تمتد إلى كافة صور التجارة التقليدية، عن طريق استخدام وسائل حديثة لنقل المعلومات مثل التلكس والفاكس والإنترنت. وعليه فيمكن العودة دائما للقواعد العامة التقليدية لتطبيقها على التجارة الالكترونية خاصة بالنسبة للدول التي لم تسن تشريعا خاصا بها . لكن وفي العديد من المرات نلمس تخلف هذه القواعد العامة عن استيعاب مخلفات المفهوم الالكتروني لدرجة انه وفي بعض الأحيان يغير المفهوم الالكتروني بعض أسس هذه القواعد العامة المعروفة في إبرام العقد واثباته( مطلب أول) ، إلى جانب تغيير بعض المفاهيم التجارية (مطلب ثان).

## المطلب الأول

### تخلف النظرية العقدية الكلاسيكية عن استيعاب متطلبات إبرام العقد الالكتروني

إذا كانت التشريعات المدنية والتجارية قد وقفت فيما سبق أمام فكرة التعاقد بواسطة التلكس أو الهاتف فإنها مدعوة للوقوف أمام استخدام نظم الكمبيوتر وشبكات المعلومات في التعاقد ، والوقوف أمام إشكالات هذا التعاقد بما فيها مسائل إبرام العقد على اعتبار ان الاختلاف الكبير بين التعاقد الالكتروني و التعاقد التقليدي يظهر في ركن التراضي لكونه يتم الكترونيا، أما محل العقد وسببه فلا يختلفان كثيرا في كلا العقدين. فقد أنتجت وسائل التقنية العالية أنماط جديدة للتعاقد أثارت العديد من الإشكالات حول مدى اعتراف القانون، وتحديد قواعد التعاقد بهذه الآليات الجديدة للتعبير عن التراضي ، سواء الإيجاب كأول إرادة تظهر في العقد الالكتروني(فرع أول) والقبول وكيفية تطابقه مع الإيجاب(فرع ثان)، ثم ركني المحل والسبب في العقد الالكتروني (فرع ثالث) كما أثارت إشكالات في ميدان الإثبات لكون النظم القانونية قد حددت الأدلة المقبولة وحددت قواعد الاحتجاج بها وسلامة الاستدلال منها (فرع رابع) .

## الفرع الأول

### فيما يتعلق بالإيجاب الالكتروني

بالنسبة للمشرع الجزائري لم يعرف الإيجاب التقليدي<sup>1</sup> ولا الالكتروني بالطبع ، لذلك سنستعين بالفقه والقانون المقارن في تحديد خصوصياته (أولا) ، قيمته القانونية(ثانيا)، نطاقه المكاني(ثالثا).

(1) الإيجاب هو العرض الذي يتقدم به شخص معين لأخر أو آخرين بقصد إبرام عقد ما ، للحصول على قبول هذا العرض وبالتالي إنشاء العقد، انظر في ذلك :د/ محمد صبري سعدي ، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية)، الطبعة 4، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 103. ويعرف كذلك انه عرض جازم وكامل للتعاقد وفقا لشروط معينة يوجهه شخص إلى آخر أو أشخاص آخرين، أنظر في ذلك :د/ أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص 199. و يعاب على هذا التعريف انه إذا كان الإيجاب جازم أو بات إلى انه لا يشترط أن يكون كامل أي ملما بجميع عناصر التعاقد بل يكفي أن يحتوي على العناصر الأساسية أو الجوهرية للتعاقد فقط. ويعرف أيضا انه الإرادة الأولى التي تظهر في العقد ، لذلك يجب أن تتوفر فيه الشروط المتعلقة بالإرادة واتجاهها

أولاً: خصوصيات الإيجاب الالكتروني<sup>1</sup>

يعرف التوجيه الأوروبي ( EC/7/97 )<sup>2</sup> الخاص بحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد الإيجاب انه: " كل اتصال يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان"<sup>3</sup>.  
 في نفس السياق، وتأثراً بهذا التعريف يعرف الإيجاب الالكتروني انه كل اتصال عن بعد يتم عن طريق الالكتروني يتضمن كل العناصر اللازمة المتطلبة في الإيجاب التقليدي، بحيث يستطيع من وجه إليه هذا الاتصال أن يقبل التعاقد مباشرة<sup>4</sup>.

إلى إحداث اثر قانوني والتعبير عنها ، إضافة إلى ذلك يجب أن يشمل العناصر التي تجعله صالحاً لأنه ينعقد به العقد إذا صادفه القبول، أنظر في ذلك: آمانج رحيم أحمد ، التراضي في العقود الالكترونية عبر شبكة الانترنت، دراسة تحليلية مقارنة، دار وائل، الأردن، 2006، ص142.

(1) و ان كانت أغلبية التشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الالكترونية لم تهتم بتعريف الإيجاب الالكتروني بل عرفت رسالة البيانات التي يمكن أن تتضمن إيجاباً، فمثلاً المادة 1/13 من قانون إمارة دبي 2-2002: "لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئياً أو كلياً بواسطة المراسلة الالكترونية. أما الفقرة 2 تنص على: "لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد انه تم بواسطة مراسلة الكترونية واحدة أو أكثر. " والقانون البحريني في مادته 10 التي تنص: "في سياق إبرام العقود يجوز التعبير ، كلياً أو جزئياً ، عن الإيجاب والقبول وكافة الأمور المتعلقة بإبرام العقد والعمل بموجبه ، بما في ذلك أي تعديل أو عدول أو إبطال للإيجاب أو القبول ، عن طريق السجلات الإلكترونية ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك ". ويعرف نفس القانون السجلات الالكترونية -السجل الإلكتروني: السجل الذي يتم إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه أو بثه أو حفظه بوسيلة إلكترونية. كذلك المادة 1/11 من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية لسنة 1996 التي تنص على: " 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 او قابليته لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض ". في حين يسوي القانون التونسي بشأن المبادلات والتجارة الالكترونية 83-2000 بين نظام إبرام العقود الالكترونية والعقود العادية بحيث تنص الفصل الأول في فقرته الثانية على: " يجري على العقود الالكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني و صحتها و قابليتها للتنفيذ في ما لا يتعارض وأحكام هذا القانون " ، تقابلها المادة الخامسة من مشروع القانون الفلسطيني للمبادلات والتجارة الالكترونية لعام 2003.

(2) الصادر عن المجلس الأوروبي في 20 ماي 1997. وقد عمدنا إلى إدراج هذا التعريف على اعتبار أن من خصائص العقد الالكتروني انه عقد يتم عن بعد(ملغى في 2011).

(3) هذا التعريف لا يمكن تبنيه كتعريف واف للإيجابي الالكتروني-على الرغم من احتواءه على شروط الإيجاب- لأنه لم يبين وسيلة الاتصال فيحتمل هذا التعريف أن تكون وسيلة الاتصال تقليدية كالمراسلة البريدية مثلاً.

(4) بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر الانترنت، طبعة 2، دار الثقافة، الأردن، 2010، ص126.  
 و إن كان يعاب على هذا التعريف عدم تحديده لمعنى "الالكتروني"

و يعرف الدكتور محمد حسين منصور الإيجاب الصادر عبر الانترنت انه : " تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية مع ضرورة أن يتضمن هذا التعبير كل العناصر اللازمة لإبرام العقد بحيث يوجه إلى الشخص الذي يهمله الأمر فيقبل التعاقد مباشرة اثر ذلك <sup>1</sup> " .

من خلال هذه التعاريف نستخلص شروط الإيجاب، فكونه "اتصال يتضمن العناصر اللازمة" يعني شرط الإيجاب المحدد والدقيق طبقا للقواعد العامة المنظمة للإيجاب التقليدي والتي تقضي بأن يحتوي الإيجاب على الشروط الأساسية للتعاقد والتي تتمثل في العناصر الجوهرية للعقد وإلا عد مجرد دعوة للتعاقد، ثم " يستطيع من وجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة" تعني شرط الإيجاب البات والجازم في الإيجاب العادي، وأخيرا " المرسل إليه" وهو شرط أن يكون الإيجاب موجها لشخص أو عدة أشخاص.

أ-تطلب الايجاب الالكتروني لأكثر من العناصر الجوهرية للعقد المتطلبة في

التعاقد التقليدي:

بمعنى آخر توسع مفهوم العناصر الجوهرية، فطبقا لنص المادة 65 ت م ج <sup>2</sup> ، فالفيصل بين إعتبار العقد مبرم من عدمه هو المسألة الجوهرية في العقد، بمعنى أنه إذا كانت جميع المسائل الجوهرية متفق عليها بين الطرفين يعتبر العقد مبرما، وإذا تم الاتفاق على بعض العناصر الجوهرية فقط فإن العقد لا يعتبر قد تم. أما العناصر التفصيلية التي لا تأثر في العقد يتم الإتفاق عليها لاحقا أو تفصل فيها المحكمة طبقا لطبيعة المعاملة أو لأحكام القانون والعرف والعدالة. والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد هو: هل كل ما يعتبر جوهريا في العقد التقليدي يعتبر كذلك في التعاقد الالكتروني ، وهل تكفي هذه العناصر الجوهرية بمفهومها التقليدي لإعتبار ان العقد قد تم أو يتطلب أكثر؟

(1) محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص67. و إن كان يأخذ

على هذا التعريف انه يشترط في الإيجاب أن يتم بوسيلة مسموعة ومرئية في حين انه تكفي أحدهما.

(2) تنص المادة 65 من ت م ج على : " إذا إتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد وإحتفاظا بمسائل

تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الإتفاق عليها ، أعتبر العقد مبرما وإذا قام

خلاف على المسائل التي لم يتم الإتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة".



لنجيب عن هذا التساؤل لا بد أن نعرف أولاً المقصود بالعناصر الجوهرية في العقد التقليدي، وبالعودة لنص المادة 65 من ت م ج لا نجد أي مدلول لهذه العناصر أذن يبقى تحديد مدى جوهرية المسألة في العقد من إختصاص القاضي. والمسائل الجوهرية في تعريفها الموضوعي <sup>1</sup> هي تلك التي تكون عنصراً أساسياً في تعريف العقد المراد إبرامه <sup>2</sup>. يضاف لذلك أي شرط يرقى في نظر من وجه إليه الإيجاب إلى مرتبة العناصر الجوهرية حتى وإن كان في ذاته أمراً ثانوياً ولا أهمية له <sup>3</sup>.

تعتبر هذه العناصر من قبيل العناصر الجوهرية في الإيجاب الإلكتروني أيضاً بل أكثر من ذلك <sup>4</sup> تفرض بعض التشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية إلتزامات على عاتق التاجر خاصة إذا كان من وجه إليه الإيجاب مستهلكاً <sup>5</sup>، تتمثل هذه الإلتزامات في وجوب أن يتضمن الإيجاب الإلكتروني مجموعة من البيانات والمعلومات الضرورية، من بينها مثلاً قانون 83-2000 التونسي المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، في الفصل الخامس

- 
- (1) لعناصر المادية، فإن المعيار الشخصي يرى لإرادة الأطراف وحدها في تحديد ماهو جوهري في العقد.  
 (2) علي فيلالي، الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص 105.  
 (3) هذا حسب المعيار الشخصي، أنظر في ذلك: أمانج رحيم أحمد، مرجع سابق، ص 145.  
 (4) تشترط مثلاً في بعض الأحيان أن يكون الإيجاب الإلكتروني بلغة معينة وأنه لن يكون له أي أثر ما لم يحرر بها، هذا ما تضمنته المادة 04 من الشروط العامة الواردة في العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية بين التجار والمستهلكين الذي أعتمد في 1998 من جانب كل من غرفة التجارة والصناعة في باريس واللجنة القانونية للجمعية الفرنسية للتجارة والمبادلات الإلكترونية، وقد جاء في هذه المادة ما يلي: "يقدّم الإيجاب باللغة الفرنسية، ويجوز أن تصاحبها ترجمة باللغة الإنكليزية". وقبل هذا النص هناك قانون آخر يدعى بقانون TOUBON الذي يوجب استعمال اللغة الفرنسية أو على الأقل الترجمة إليها في التعبير عن الإيجاب في كل أنواع التجارة، ومن ثمة في التجارة الإلكترونية أيضاً، على وجه الخصوص في وصف الشيء أو المنتج أو الخدمة وتعيين نطاقه وماله من ضمان وطريقة التشغيل أو الإستعمال، الفواتير، الإصلاات وغيرها، أنظر في ذلك:

J'érôme Huel, droit du multimédia, de la télématique a' internet, rapport réalisé sous la direction de Pierre Huel, AFTEL, 1996, p159.

- (5) فمثلاً تنص المادة 1/111 من قانون الإستهلاك الفرنسي على أنه: "يجب على كل مهني يبيع أموال أو خدمات أن يعلم قبل إبرام العقد بالخصائص الأساسية للمال أو الخدمة" وتضيف المادة 18/121 من نفس القانون على أنه: "في كل ايجاب لبيع أو تقديم خدمات عن بعد، يلتزم المهني بأن يوضح المستهلك إسم مشروع، أرقام هواتقه، عنوان مركز إدارته إذا كان مختلفاً عن المنشأة المسؤولة عن الإيجاب. أنظر في ذلك: د/ عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 164. بالمقارنة مع قانون الإستهلاك الجزائري الصادر في 2009 لا نجد ما يلزم التاجر بهذه البيانات الإضافية في الإيجاب.

- والعشرون من الباب الخامس المتعلق بالمعلومات التجارية الإلكترونية يوجب البائع في هذه المعاملات أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد المعلومات التالية: -
- هوية وعنوان وهاتف البائع او مزودي الخدمات.
  - وصفا كاملا لمختلف مراحل انجاز المعاملة .
  - طبيعة وخصائص وسعر المنتج.
  - كلفة تسليم المنتج ومبلغ تأمينه والادعاءات المستوجبة.
  - الفترة التي يكون خلالها المنتج معروضا بالأسعار المحددة.
  - شروط الضمانات التجارية والخدمة بعد البيع.
  - طرق و إجراءات الدفع، وعند الاقتضاء شروط القروض المقترحة .
  - طرق وأجال التسليم وتنفيذ العقد ونتائج عدم انجاز الالتزامات .
  - إمكانية العدول عن الشراء واجله.
  - كيفية إقرار الطلبية.
  - طرق إرجاع المنتج أو الإبدال وإرجاع المبلغ.
  - كلفة استعمال تقنيات الاتصالات حين يتم احتسابها على أساس مختلف عن التعريفات الجاري بها العمل .
  - شروط فسخ العقد إذا كان لمدة غير محدودة أو تفوق السنة.
  - المدة الدنيا للعقد ، في ما يخص العقود المتعلقة بتزويد المستهلك بمنتج او خدمة خلال مدة طويلة أو بصفة دورية.
- يتعين توفير هذه المعلومات الكترونيا ووضعها على ذمة المستهلك للاطلاع عليها في جميع مراحل المعاملة<sup>1</sup>.

(1) في حين هناك من القوانين من تركز على تأكيد هوية البائع أو الموجب ، مثل ما جاء في التوجيه الأوروبي

2000-31 بشأن التجارة الإلكترونية يلزم البائع أن يوضح لعميله إسم شركته وعنوانه وجميع عناصر تحديد

هويته. أما جاء في المادة 1/14 من مشروع إتفاقية الأونسترال للإلتقاء الإلكتروني حيث تفرض على الموجب

تقديم معلومات بسهولة وبشكل مباشر وبصفة دائمة، والتي تنص : " على أي طرف يعرض سلعا أو خدمات عن

طريق نظام معلومات يمكن وصول الجمور إليه يوفر المعلومات التالية:

- اسمه وكذلك تقييده في سجل تجاري أو سجل عام مماثل ، السجل التجاري المقيّد به رقمه أو وسائل مناظرة تتيح التعرف عليه في ذلك السجل.

هذا النص جاء بصيغة قواعد قانونية آمرة وفي مجملها تتعلق بجميع العناصر المتعلقة بمحل العقد وشروطه وطريقة تنفيذه وجميع العوائق التي يمكن أن تلحقه و التي نرى أنها أكثر شدة مقارنة بالقواعد العامة، فمثلا شروط المحل طبقا للقواعد العامة تقتضي بأن يكون المحل موجودا أو ممكن الوجود، معينا أو قابل للتعيين، ومشروعا، بينما في التعاقد الإلكتروني لا يكفي ذلك بل لابد من تقديم جميع المعلومات التي توضح كيفية إتمام العقد وما يمكن أن يحصل خلال ذلك، أكثر من ذلك ، يمكن أن يكون الإيجاب الإلكتروني مصحوبا بصور فوتوغرافية ومتحركة بشرط أن تعكس حقيقة المنتج<sup>1</sup> .

نستنتج أن الإيجاب في العقد الإلكتروني يتطلب أكثر من المسائل الجوهرية في الإيجاب التقليدي نظرا لأن المستهلك عادة يكون طرف ضعيف في العقود الإلكترونية ويحتاج للحماية<sup>2</sup>.

### ب- ورود إمكانية التحفظ في الإيجاب الإلكتروني:

من شروط الإيجاب ان يكون باتا، والمراد بالإيجاب البات هو ذلك العرض الجازم الذي يعبر عن الإرادة القطعية للموجب في إنجاز العقد المرغوب فيه بصفة لا رجعة فيها<sup>3</sup>. يثير هذا الشرط مشكل في الإيجاب الإلكتروني المتصل بشرط أو ما يسمى بالإيجاب ب المقترن بتحفظ فهل يعتبر إقتران الإيجاب الإلكتروني بتحفظ يتعارض مع كون الإيجاب جازم وبات؟

- الموقع الجغرافي والعنوان الذي يوجد به مكان عمل ذلك الطرف.
- بيانات مفصلة، بما فيها عنوان بريده الإلكتروني، تسمح بالإتصال بسرعة والتخاطب معه بطريقة مباشرة وفعالة".
- (1) جاء في العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية: "يجب تطبيقا لأحكام القانون أن تكون العروض مفصلة بحيث تعرض بأمانة صفات المنتجات المعروضة من حيث الكم والكيف وبحيث تحيط العميل علما بصفة خاصة بأبعاد المنتجات ووزنها وتسميتها وطبيعتها ودرجة جودتها كلما كان ذلك ممكنا ، ويجب أن تكون الصور الفوتوغرافية الإيضاحية أمينة ومتفقة مع حقيقة المنتج " أنظر في ذلك: آماناج رحيم أحمد، مرجع سابق ، ص149.
- (2) أكثر من ذلك تعرض بعض القوانين التجار إلى مساءلة جزائية إذا قام بتضليل المستهلك منها القانون التونسي المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية في الفصل 50: " يعاقب كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الإلكتروني بدفعه للالتزام حاضرا أو آجلا بأي شكل من الأشكال ، بخطية تتراوح بين 1.000 و 20.000 دينار ، وذلك إذا ثبت من ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته أو كشف الحيل والخدع المعتمدة بالالتزام أو إذا ثبت انه كان تحت الضغط مع مراعاة أحكام المجلة الجنائية" .
- (3) علي فيلال، مرجع سابق، ص105.

في الغالب يوجه الإيجاب الإلكتروني إلى عدد كبير من الأشخاص هذا ما يجعل الموجب يوقف إيجابه على شروط منها نفاذ المخزون مثلا.

ويذهب الفقه للإجابة عن هذا التساؤل إلى آراء مختلفة منها:

- رأي<sup>1</sup> يرى أن الصفة الجازمة للإيجاب تستبعد بالضرورة وجود أي نوع من التحفظات .

- رأي آخر<sup>2</sup> يرى أنه يجب التحري عما إذا كان التحفظ يعطي حق لمقدم

العرض في إختيار الشخص الذي يتعاقد معه فهذا لا يعد إيجابا باتا، أما إذا كان التحفظ لا يسمح له بإختيار المتعاقد كان إيجابه باتا وقطعيا . ونرى أن هذا الرأي أصوب ، فبالعودة للمثال المتعلق بالتحفظ الخاص بنفاذ المخزون لا يمكن الموجب من إختيار الشخص المتعاقد إذن يبقى الإيجاب الذي يشمل باتا وجازما.

بالعكس يرى الدكتور أسامة أبو الحسن مجاهد<sup>3</sup> أنه على الموجب أن يحتفظ بإمكانية

الرجوع عن الإيجاب ولا يرفقه بتحفظ أو أن ينص في عرضه أنه دعوة للتعاقد ويكون إجابة الطرف الآخر هي الإيجاب وتكون الرسالة التي يرسلها بعد ذلك قبولا.

**ج- توجيه الإيجاب الإلكتروني لشخص أو عدة أشخاص معينين أو غير**

**معينين:**

باعتبار أن الإيجاب تعبير عن الإرادة فإنه لا قيمة له ما لم يوجه إلى الغير<sup>4</sup>. فقد يوجه

إلى شخص أو أشخاص معينين أو إلى الجمهور، فإذا كان من البديهي أن الإيجاب يوجه

إلى شخص معين أو أشخاص معينين فهل توجيه الإيجاب إلى الجمهور يبقيه إيجابا أو

يجعل منه دعوة للتعاقد فقط؟

فإذا نظرنا إلى إتفاقية فينا بشأن البيع الدولي للبضائع لعام 1980 نجد أنها تستلزم أو

يوجه الإيجاب إلى شخص أو عدة أشخاص معينين<sup>5</sup> وإلا عد ذلك مجرد دعوة للتعاقد ما لم

(1) من أصحاب هذا الرأي "مارتي ورينو" و "مالوري واينيس" مشار إليهما في أمناج رحيم أحمد، نقلا عن حسام

الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص157

(2) بزعامة "فلور أوربير" مشار إليه في أمناج رحيم أحمد، المرجع نفسه، ص158.

(3) في مرجعه الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص204

(4) علي فيلاي، المرجع السابق، ص106.

(5) تنص المادة 1/14 و2 على: "يعتبر إيجابا أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجها إلى شخص أو عدة أشخاص

معينين وكان محددا بشكل كاف وتبين منه اتجاه قصد الموجب إلى الالتزام به في حالة القبول. ويكون العرض

يتضح أن إرادة الطرف إتجهت إلى خلاف ذلك.

باستثناء العقود التي يكون فيها الشخص المتعاقد معه محل إعتبار، فإن توجيه الإيجاب لأشخاص غير معينين بالذات لا يجب أن يؤثر على تكييف الإيجاب طالما ينعقد العقد بمجرد صدور القبول من أي شخص كان معيناً أو غير معين<sup>1</sup>. ولما كانت التجارة الإلكترونية لا تتقيد بحدود الدول، اضطرت بعض العقود التي تتم من خلالها أن تنص صراحة على نطاق التغطية، أي النطاق المكاني للإيجاب<sup>2</sup> بحيث يوجه كمبدأ عام لفئة معينة فقط مقيمة على إقليم معين، ويحدد النطاق المكاني أو الجغرافي للإيجاب بإحدى الوسيلتين:

- النص صراحة في الإيجاب على سريانه على إقليم معين<sup>3</sup>.

- وقد يتم التعرف على النطاق المكاني من خلال معرفة الكيفية التي يتم بها العقد، كمكان التسلم أو التسليم<sup>4</sup>. ويلاحظ أن الشرط الذي يحدد النطاق الجغرافي للتسليم لا يجب أن نعتبره ذاته مع الشرط الذي يحدد الرقعة الجغرافية التي يكون فيها الإيجاب صالحاً فيها،

محدداً بشكل كاف إذا عينت البضائع وتضمن صراحة أو ضمناً تحديداً للكمية والثلث أو بيانات يمكن بموجبها تحديدهما.

لا يعتبر العرض الذي يوجه إلى شخص أو عدة أشخاص غير معينين إلا دعوة للتعاقد ما لم يكن الشخص الذي صدر منه العرض قد أبان بوضوح عن إتجاه قصده خلاف ذلك". بالنسبة للمشرع الجزائري لم يشر إلى هذا الأمر لكن من خلال بعض المواد نستطيع أن نفهم ضمناً أن الإيجاب يوجه إلى شخص محدد، فمثلاً المادة 64 م ج: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر..... وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف....." يفهم أن الشخص الموجه له الإيجاب شخص معين.

(1) فإذا كانوا أشخاصاً غير معينين يكون إيجاباً عاماً أما إذا عين الموجب له يكون إيجاباً خاصاً، والإيجاب العام يلزم الموجب تجاه أول من يقبله بالشروط الواردة فيه كما لو كان موجهاً لشخص محدد، وهو ما جاء به نقض مدني فرنسي رقم 507 مؤرخ في 28 جوان 1998 أنظر في ذلك: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 88.

(2) كأن ينص الإيجاب على أن العروض لا تسري إلا على الإقليم الفرنسي كما فعله المركز التجاري الفرنسي Infonie أنظر في ذلك: أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص 209.

(3) أو ما يدعى بنطاق التغطية، انظر في ذلك: محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الانترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص 57.

(4) بشار محمود دودين، مرجع سابق، ص 133

فبالرغم من اقتراب آثار الشرطين من الناحية العملية<sup>1</sup>، ففي الحالة الثانية العقد لن ينعقد إذا صدر القبول من شخص يقع موطنه خارج النطاق الجغرافي، أما الحالة الأولى فالعقد ينعقد بغض النظر عن مكان صدور القبول لكن البائع لا يكون ملزماً بتسليم الشيء إلا في الأماكن التي تعهد بالتسليم فيها وما على المشتري إلا الانتقال إليها<sup>2</sup>.

### ثانياً - القيمة القانونية للإيجاب الإلكتروني:

نعني بذلك قوته الإلزامية، وفي هذه المسألة لا يختلف الإيجاب الإلكتروني عن الإيجاب التقليدي طالما أن معظم التشريعات التي نظمت التعاقد الإلكتروني لم تحدد حالات الإيجاب الملزم، وعليه نعود للقواعد العامة. أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص في المادتين 63 و64 من ت م ج على إلزامية الإيجاب وسقوطه.

#### أ- إلزامية الإيجاب:

طبقاً للقواعد العامة، الأصل أن الإيجاب لا يعد ملزماً بل يمكن أن يعدل عنه الموجب ما لم يتصل بقبول، لكن استثناء يكون الإيجاب ملزماً في حالتين:

#### 1- الإيجاب المقترن بأجل:

الإيجاب الذي يتضمن أجل للقبول يكون ملزماً ولا يجوز للموجب أن يعدل عن إيجابه ما لم ينقضي الأجل المحدد أو يعلن الموجب له عن رفضه وقد يكون أجل القبول ضمناً

(1) على اعتبار أن العميل الذي لا يقع في النطاق الجغرافي الذي يتاح فيه التسليم سوف يتردد كثيراً في قبول العرض وقد يرفضه في الأخير .

(2) يمكن أن نضيف حالة أخرى للتحديد الجغرافي للإيجاب لكن هذه المرة تضعه الدولة وليس الموجب ويتمثل في القيود على الصادرات والواردات فمثلاً تضع بعض الدول حظراً على تصدير السلع والبضائع أو الخدمات إلى دول معينة، مثل القيود التي تضعها الولايات المتحدة على تصدير السلع الأمريكية إلى دول كوبا، العراق، ليبيا، كوريا الشمالية ؛ ولما كان المشتري من إحدى هذه الدول يستطيع عن طريق الإنترنت وضع طلب لشراء بضائع أمريكية فإن قبول البائع الأمريكي يترتب عليه مسؤولية مخالفة قواعد الصادرات الأمريكية التي هي من قواعد النظام العام الأمريكي .ولهذا يتعين أن يتحرز المصدر الأمريكي بأن يضع شروطاً في الدعوة إلى التعاقد التي يضعها في موقعه على شبكة الإنترنت تبين بجلاء ووضح أن هذه البضائع لا تصدر إلا إلى مناطق معينة أو إلى أشخاص من جنسية غير محظور التعامل معهم، أو قاصرة على الأشخاص الأمريكية وحدها حتى لا يعرض التاجر الأمريكي نفسه لعقوبة مخالفة قوانين حظر التصدير الأمريكية، كما قد يضع التاجر الأمريكي شرطاً إضافياً بإمكان الرجوع في التعاقد، أنظر في ذلك: إلياس بن ساسي، "التعاقد الإلكتروني والمسائل القانونية والمتعلقة به"، مجلة الباحث، العدد 02، الجزائر، 2003، ص 62.

يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة<sup>1</sup>. والإيجاب لا يكون ملزماً بذاته إلا إذا إقترن بميعاد صريح أو ضمني ويكون أساس إلتزام الموجب هنا هو الإرادة المنفردة<sup>2</sup>. وبخصوص الإيجاب الإلكتروني نجد بعض النصوص تلزم الموجب بأن يحدد الوقت اللازم لصلاحيته لإيجابه صراحة ويعلم به الغير<sup>3</sup>، فعدم تحديد هذه المدة يمثل إضعافاً للمركز القانوني للمستهلك فوق ما فيه من ضعف إقتصادي ومعلوماتي قبالة المهني أو المحترف<sup>4</sup>، فقد نصت المادة الرابعة من التوجيه الأوروبي ( 7/97 ) على أن يكون الإيجاب الصادر من المهني ملزماً في حد ذاته وأن عدوله عن إيجابه يجعل المهني مخطئاً ويتحمل مسؤولية أساسها القانوني هو القوة الملزمة للعقد وليس تسبب الأضرار للغير.

## 2- الإيجاب الصادر في مجلس العقد:

جاء في المادة 64 من ت م ج أنه: إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل للقبول أو إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو طريق مماثل، فإن العقد يتم طالما لم يعدل الموجب عن إيجابه، وأن القبول صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد.

هذه الحالة تلحق التعاقد بين حاضرين حقيقيين أو تعاقد حكومي ، طالما أن المشرع إعتترف بمجلس العقد بين متعاقدين عن طريق الهاتف أو أي طريق مماثل، فهما حاضرين زماناً غائبين مكاناً، من هنا يمكن أن نعتبر أن التعاقد الإلكتروني من قبيل هذا الفرض ، لكن ليس في كل الحالات فقط الحالات التي يتحقق فيه المجلس زماناً كالتعاقد عن طريق المشاهدة. بصفة عامة الحالات التي يجتمع فيها المتعاقدين في نفس الوقت ويرتبطان بوسيلة إتصال سمعية أو بصرية أو معا.

(1) علي فيلالي، مرجع سابق، ص 108. والذي يرى أن الأجل يخضع لرقابة القاضي حتى وإن كان محدداً، بحيث

يجب أن تكون هذه المدة معقولة لحماية الموجب له من تعسف الموجب.

(2) فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 224.

(3) مثلاً ما نص عليه الفصل 25 من القانون التونسي المتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية: " الفترة التي يكون

خلالها المنتج معروضاً بالأسعار المحددة"

(4) فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 225.

**ب- سقوط الإيجاب الإلكتروني:**

قياساً على الإيجاب العادي يسقط الإيجاب الإلكتروني إذا رده القابل أو رفضه صراحة أو ضمناً سواء كان هذا الإيجاب ملزماً أو غير ملزم<sup>1</sup>، ويسقط الإيجاب عموماً:

**1- بالنسبة للإيجاب الإلكتروني الملزم<sup>2</sup>:**

- إذا انقضى الميعاد الذي حدده له الموجب لصدور القبول، فإذا انقضى هذا الميعاد انقضى التزام الموجب ببقائه على إيجابه، فإذا صدر القبول بعد سقوط الإيجاب فهو إيجاب جديد.

- إذا رفضه من وجه إليه حتى ولو لم ينقض الأجل.

**2- بالنسبة للإيجاب الغير ملزم:**

- إذا رجع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول من الطرف الآخر، أي أن الموجب يسحب إيجابه قبل انقضاء مجلس العقد الحكمي.

- إذا انقضى مجلس العقد دون صدور القبول من الموجب له<sup>3</sup>.

**ثالثاً: تحديد النطاق المكاني للإيجاب الإلكتروني:**

يختص الإيجاب الإلكتروني بتحديد النطاق المكاني على عكس نظيره التقليدي الذي لا يثير أي إشكال في تحديد مكان صدوره، وذلك لسببين:

(1) وفي هذا السياق ونظراً لخصوصيات الفضاء الإلكتروني فإنه يمكن أن يصدر الإيجاب الإلكتروني من شخص ويعرضه على شبكة الأنترنت مثلاً لكن لخلل فني في الشبكة أو جهازه يختفي هذا الإيجاب فهل يبقى قائماً قانوناً أو ينتهي أثره؟ في هذه الحالة يبقى الإيجاب قائماً طالما أن سبب إختفائه خارج عن إرادة الموجب على عكس حالة ما إذا قام هذا الأخير بسحبه من الشبكة فهذا تصرف إرادي مقصود به إنهاء الإيجاب واعتباره كان لم يكن مالم يصدر قبول طبعاً، أنظر في ذلك: د/ محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، الطبعة 3 دار الثقافة، الأردن، 2011، ص 63.

(2) وهناك فرق بين الإيجاب الملزم والإيجاب القائم، فالأول تحدد له مدة وحتى وإن إنقض مجلس العقد يبقى قائماً وملزماً طوال هذه المدة، بينما الثاني متعلق بالإيجاب الصادر في مجلس العقد بحيث لا يلزم الموجب طوال فترة مجلس العقد بل يمتد متى شاء قبل إنقضاء مجلس العقد. فطالما لم يسحبه خلال مجلس العقد نقول أنه قائم.

(3) تصيف بعض التشريعات منها القانون الأردني سبباً آخر لسقوط الإيجاب الغير الملزم وهو إذا كرر الموجب إيجابه قبل صدور القبول، فتكرار الإيجاب يبطل الإيجاب الأول وتكون العبرة بالإيجاب الثاني، أنظر في ذلك أمناج رحيم أحمد، مرجع سابق، ص 135.



-الوسيلة المستعملة غالبا في التعبير عن الإيجاب هي شبكة عالمية لا تتمتع بأي جنسية كما أنها تلغي الحدود الجغرافية.

-يمكن أن يصدر الموجب إيجابه في أي مكان من العالم حتى وإن كان هذا المكان لا يمت بأي صلة للعقد المزمع إبرامه، كما يمكن أن يصدر الإيجاب من مكان لا يخضع لأي قانون .

في سبيل تحديد مكان صدور الإيجاب نعود للإرادة التشريعية فمثلا إتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في عقود التجارة الدولية الصادرة في 09 ديسمبر 2005، تعتبر أن مكان الإيجاب يرتبط بموطن مقر عمل الشخص الموجب ، وأن مكان تلقي هذا الإيجاب هو مكان عمل المرسل إليه<sup>1</sup> .

كذلك فعل المشرع الأردني بحيث يعتبر الرسالة الإلكترونية قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، وإذا كان لهذا الأخير أكثر من مقر عمل واحد فيكون المقر الأوثق علاقة بالمعاملة المعنية، أو مقر عمله الرئيسي، وإذا لم يكن له مقر عمل ففي محل إقامته المعتاد .

(1) فتنص الفقرة الثالثة من المادة 10 من الاتفاقية السابقة على ما يلي: "يعتبر الخطاب الإلكتروني قد أرسل من المكان الذي يوجد فيه مقر عمل المنشئ ، ويعتبر تلقى في العنوان الذي يوجد فيه عمل المرسل إليه حسبما تقرره المادة السادسة".

بالرجوع للمادة السادسة من نفس الاتفاقية نجد أنها تنص على: "لأغراض هذه الإتفاقية يفترض أن يكون مقر عمل الطرف هو المكان الذي يعينه ذلك الطرف ما لم يثبت طرف آخر أن الطرف الذي عين المكان ليس له مقر عمل فيه . -إذا لم يعين الطرف مقر عمل وكان له أكثر من مقر عمل واحد كان مقر العمل لأغراض هذه الإتفاقية هو المكان الأوثق صلة بالعقد المعني مع إيلاء اعتبار الظروف التي كانت الأطراف على علم بها أو تتوقعها في أي وقت قبل إبرام العقد أو عند إبرامه.

-إذا لم يكن للشخص الطبيعي مقر عمل أخذ بمقر إقامته المعتادة.

لا يكون المكان مقر عمل لمجرد أنه:

- توجد فيه المعدات والتكنولوجيا الداعمة لنظام المعلومات الذي يستخدمه الطرف في سياق تكوين العقد.

- يمكن فيه لأطراف أخرى أن تصل إلى نظام المعلومات المعني.

إن مجرد استخدام الطرف اسم النطاق أو عنوان بريد إلكتروني ذا صلة ببلد معين لا ينشئ قرينة على أن مقر عمله يوجد في ذلك البلد."

## الفرع الثاني

## القبول الإلكتروني وتطابقه مع الإيجاب

إن الإرادة الثانية في العقد هي تلك التي تصدر عن القابل وتدعى بالقبول يشترط فيها شروطا معينة (أولا)، كي تتمكن من التطابق الكترونيا مع الإيجاب (ثانيا).

## أولاً: القبول الإلكتروني

القبول هو تعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب تعبيراً يفيد موافقته على هذا الإيجاب بـ ولكي يحدث القبول أثره في انعقاد العقد لا بد أن يتطابق تماماً مع الإيجاب لا يزيد ولا ينقص ولا يعدل فيه، وأي خلاف بين القبول والإيجاب يفيد رفض الإيجاب ويعتبر إيجاباً جديداً<sup>1</sup>. أشار القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية في بنده السابع بعنوان "قبول العرض" إلى أن موافقة المشتري يجب أن تتضمن تحديدا لبعض العناصر وهي الشيء أو الخدمة المتعاقد عليها والتمن وطريقة الوفاء وطريقة التسليم، والطريقة التي تتم بها خدمة ما بعد البيع، ومن الواضح أن الإشارة لهذه العناصر تستهدف ضمان اتفاق القبول مع الإيجاب في العناصر الرئيسية للعقد والتي لا ينعقد دون الاتفاق عليها. ويشترط بهذا القبول أن يتم في الفترة المحددة بالإيجاب وإلا اعتبر إيجاباً جديداً<sup>2</sup>، كما يجب أن يكون غير معلق على شرط، لأن القبول المشروط على أمر خارجي يمنع إبرام العقد لأنه يفيد قبولاً غير تام.

كما هو الحال بالنسبة للإيجاب ليس هناك تعريف تشريعي للقبول ولا طريقة معينة يتم التعبير بها عنه<sup>3</sup>.

وعلى الرغم من تأكيد التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية على جواز التعبير عن القبول من خلال رسالة البيانات إلا أن أغليبتها لم تحدد مفهومه وكيفية التعبير عنه ، مع ذلك نجد نص في قانون إمارة دبي يشير إلى أنواع القبول<sup>4</sup> وهما القبول الصريح والقبول الضمني الذي

(1) هذا ما نصت عليه المادة 66 من ت م ج : " لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجاباً جديداً " و لا يقصد بالمطابقة التامة، المطابقة في الصيغ أو الألفاظ بل في الموضوع من خلال صدور القبول بالموافقة على جميع البنود التي تضمنها الإيجاب من غير تمييز بين المسائل الثانوية والمسائل الجوهرية.

(2) مراد محمود يوسف مطلق، مرجع سابق، ص148

(3) مثلاً ما نصت عليه المادة 18 من اتفاقية فينا : " يعد قبولاً أي بيان أو أي تصرف آخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة "

(4) تنص المادة 6 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي على: " ليس في هذا القانون ما يتطلب من شخص ان يستخدم او يقبل معلومات بشكل الكتروني إلا انه يجوز استنتاج موافقة الشخص من سلوكه الإيجابي "

يستنتج من أي سلوك ايجابي يقوم به المتعاقد .

يمكن تعريف القبول الالكتروني على انه تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن طريق الالكتروني على أن يتضمن هذا التعبير توافقاً وتطابقاً تاماً مع كل عناصر التي تضمنها الإيجاب الالكتروني بحيث ينعقد العقد عند حصول هذا التطابق<sup>1</sup>، وطالما أن القبول الالكتروني يتم في عالم غير مادي فإن شكل الإرادة التي تحتويه تتغير عن نظيرتها التي تتضمن قبولاً عادي (أ) ثم أن السكوت في هذا الفرض هل يعد قبولاً أم لا (ب)؟ كما ينفرد القبول الالكتروني بخاصية جديدة لا يعرفها نظيره التقليدي وهي إمكانية العدول عنه (ج) .

#### أ- الطرق الحديثة للتعبير عن القبول:

القبول يتم من المتعاقد الآخر تعبيراً عن إرادته في التعاقد ، ويجب أن يكون باتاً ومحدداً ومنصرفاً لإحداث آثار قانونية ويشترط أيضاً صدور القبول وما زال الإيجاب قائماً ، ومطابقة القبول للإيجاب أي من دون تعديل . وهذه الشروط تستهدف ضمان اتفاق القبول مع الإيجاب في العناصر الرئيسية للعقد والتي لا تتعدّد دون الاتفاق عليها .

من الطرق الحديثة للتعبير عن القبول النقر بواسطة فأرة التأشير أو ملامسة مفاتيح لوحة الحاسوب أو إيقونة القبول وهي من أكثر الطرق التي أثّرت بشأنها مناقشات حول مدى صلاحيتها للتعبير عن القبول نتيجة للإشكالات العملية التي تتعلق بإثبات القبول واثبات أن اللامسة صدرت من الشخص المعني أم لا أو صدرت عن رضى أو خطأ من المعني .

في العادة يضع البائع على الشبكة نماذج لعقود تحتوى على مربعات مكتوبة عليها عبارة موافق أو ارفض وعندما يقوم الشخص بالنقر على مربع الموافقة يؤدي إلى انعقاد العقد إن معظم التشريعات الخاصة بالتجارة الالكترونية لم تورد حكم هذه الطريقة ، لكن نجد نص قانون كندا الموحد للتجارة الالكترونية في الفقرة الأولى من المادة 20 تنص على ان اللمس أو النقر أزر أو مكان معين بشكل ملائم على شاشة الحاسوب يعد طريقة للتعبير عن القبول، وهذا ما أكدته أيضاً الفقرة الأولى من المادة 10 من مشروع اتفاقية الاونسترال للتعاقد الالكتروني حيث نصت على جواز التعبير عن الإيجاب وعن قبول الإيجاب باستخدام رسائل البيانات أو تدابير أخرى تبلغ الكترونياً بطريقة يقصد بها التعبير عن الإيجاب أو عن القبول بما في ذلك على

(1) بشار محمد دودين، مرجع سابق، ص 136.

سبيل المثال لا الحصر لمس أو ضغط زر أو مكان معين على شاشة الحاسوب ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك<sup>1</sup> .

إذا كانت هذه المسألة محسومة في ظل التشريعات التي تضمنت هذه النصوص فما هو حكمها في ظل التشريعات الأخرى الساكنة عن هذا الأمر؟

هناك من يرى أن هذه الطريقة جائزة للتعبير عن القبول على أساس:

-التعبير عن القبول من خلال هذه الطريقة لا يخالف مبدئياً القواعد العامة التي لا تحدد طريقة معينة للتعبير عنه.

-تؤكد معظم التشريعات المنظمة للتجارة الالكترونية صراحة على صلاحية رسالة البيانات

للتعبير عن القبول ، هذه الرسائل تنتقل من حاسوب إلى آخر وفق معيار متفق عليه لتكوين المعلومات فمن الممكن أن يندرج ضمن مفهوم تبادل البيانات الكترونياً مفهوم انتقال المعلومات من خلال النقر أو الضغط على زر معين.

-طبقاً للقواعد العامة لا يتم ذكر كفيات التعبير عن الإرادة لكي يستوعب القانون ما يستحدثه التقدم التكنولوجي من وسائل جديدة مستقبلاً.

-تبنت معظم المحاكم الأمريكية هذا النمط من التعبير عن القبول .

الا أن هذه الطريقة للتعبير عن القبول تظهر صعوبة في إثبات تحقق القبول من عدمه وكون القبول صادراً عن الشخص المقصود أم لا، ففي هذه الحالة لا بد من التمييز بين التعبير عن القبول وإثباته<sup>2</sup> ، لذلك يقترح انه من الأفضل في التعبير عن القبول بالنقر على جهاز الحاسوب أن يكون لأكثر من مرة<sup>3</sup> أو أن يكتب القابل عبارة تفيد القبول أو يكتب رقم بطاقته الانتمانية .. الخ .

و يجب التفريق بين القبول الذي يرسل بعد انقضاء الميعاد المحدد له وبين القبول الذي يرسل في الوقت المناسب؛ ولكن يتأخر وصوله إلى الموجب. فالقبول الثاني دون الأول هو الذي يرتب على عاتق الموجب إذا انصرفت نيته إلى عدم الارتباط به ، الالتزام بأن يخطر الطرف الآخر فوراً بذلك ، فإذا تهاون في الأخطار وأصبح التأخير بذلك منسوباً إلى خطئه

(1) نقلاً عن امناج رحيم احمد، مرجع سابق، ص 161.

(2) مع أن صعوبة الإثبات لا تأثر في صحة التعاقد بل تعد قيداً على حرية التعبير .

(3) د/ طاهر شوقي مؤمن، مرجع سابق ص 43.

فيعتبر أن القبول قد وصل في الوقت المناسب<sup>1</sup>.

أما ما يتعلق بتحديد زمان القبول بالنسبة العقد الإلكتروني، يتم من خلال إما من:

- وقت إعلان القبول، أي تحرير رسالة إلكترونية أو الضغط على المفتاح المخصص للقبول.

- وقت تصدير القبول والوقت الذي يضغط فيه القابل على المفتاح الخاص بإرسال القبول للموجب.

- وقت دخول رسالة القبول في صندوق البريد الإلكتروني على جهاز الموجب حتى لو لم يعلم به أي منذ تسلم صندوق البريد الإلكتروني الجهاز الخاص بالموجب<sup>2</sup>

أما معرفة مكان انعقاد العقد فيفيد في تحديد القانون الواجب التطبيق لخطة أبرام العقد ، إضافة لفائدته في تحديد المحكمة المختصة في حالة حدوث ثمة منازعات في شروط إبرام العقد أو تنفيذه . حيث أن القاعدة المتبعة في مجال أبرام العقود الإلكترونية هو الاعتماد على مبدأ استلام القبول أي ميلاد العقد منذ لحظة تلقي صاحب العرض قبول المعروض عليه وهذا المبدأ يعرف بـ ( استلام القبول ) والذي أخذت به اتفاقية الأمم المتحدة للبيع التجاري الدولي<sup>3</sup>.

#### ب- مدى صلاحية السكوت كتعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني :

إذا كان الأمر كما أسلفنا الإشارة إليه يخص التعبير الصريح عن الإرادة صراحة أو ضمناً فكيف يكون الأمر بخصوص السكوت كتعبير عن الإرادة؟ أي مدى جواز أن يعد السكوت تعبيراً عن الإرادة في العقد الإلكتروني.

من المسلم به أن السكوت لا ينفع إلا للتعبير عن القبول فهل يمكن الاعتداد به في التعاقد

الإلكتروني؟

الأصل في القواعد العامة أن مجرد سكوت من وجه إليه الإيجاب لا يعد قبولاً ، فمن تسلم رسالة إلكترونية تتضمن إيجاباً ونص فيها على أنه إذا لم يرد على هذا العرض خلال مدة معينة اعتبر ذلك قبولاً ، يستطيع أن لا يعير اهتماماً لمثل هذه الرسالة ولن يكون قبولاً مطلقاً.

(1) سمير عبد السميع الأودن، مرجع سابق، ص55.

(2) د/أسامة ابو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق ، ص94 .

(3) د /قذري عبد الفتاح الشهاوي ، قانون التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية والتجارة الإلكترونية في التشريع

المصري والعربي والأجنبي ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2005 ، ص16- 17 .

استثناء يعد السكوت ردا إذا كان هناك تعامل سابق أو تقضي به الأعراف أو طبيعة المعاملة أو إذا كان لمنفعة من وجه إليه.

بتطبيق هذه الحالات على التعاقد الالكتروني يمكن القول:

1- بخصوص الأعراف التجارية<sup>1</sup>: هناك شك حول إمكانية أن يلعب العف دورا

فعالا في التعاقد الالكتروني حتى وقتنا الحالي على الأقل، وذلك لحدثة هذا الشكل من التعاقد بالتالي لا ترتقي هذه السلوكيات أن تكون أعرافا<sup>2</sup>.

2- بخصوص التعامل السابق بين المتعاقدين: تصادفنا هذه الحالة بكثرة على

الشبكة ومثالها اعتياد العميل على شراء سلع من احد المتاجر الالكترونية الافتراضية سواء بالبريد الالكتروني أو على صفحات الواب، إلا انه لا ينبغي إغفال حقيقة أن سهولة إرسال الإيجاب بواسطة البريد الالكتروني قد يؤدي إلى فرض التعاقد على المستهلك الذي اعتاد التعاقد مع هذا المنتج وذلك لمجرد أن يرسل له هذا الأخير رسالة تتضمن اعتبار عدم الرد خلال مدة معينة قبولا، لذلك لا يجوز استنتاج قبول العميل من مجرد سكوته. فالتعامل السابق لا يكفي في التعاقد الالكتروني لا اعتبارهم من حالات السكوت الملأبس بل يجب أن يقترن بظرف آخر يرجح دلالة السكوت على القبول<sup>3</sup>.

3- بخصوص الإيجاب لمصلحة من وجه إليه: هذه من أعمال التبرع وهو فرض غير

مألوف على الشبكة باعتبار أن الأمر يتعلق بمعاملات مالية يكون احد أطرافها في الغالب من المهنيين الذين يباشرون عملهم بقصد الربح.

(1) هناك من الدول نصت في قوانينها على إمكانية الأخذ بأعراف التجارة الالكترونية ، مثلا المادة الثالثة من قانون

المعاملات الالكترونية الأردني تنص على: "يراعى عند تطبيق أحكام هذا القانون قواعد العرف التجاري الدولي ذات العلاقة بالمعاملات الالكترونية ودرجة التقدم في تقنية تبادلها".

(2) من شروط الأعراف نجد عنصر التكرار لمدة تسمح بترسيخ هذه التصرفات والاقتناع بالزاميتها-شرط القدم-، في حين أن هذه التعاملات حديثة نسبيا بحيث لا تكفي المدة أن نجعل منها أعرافا تجارية. ويورد البعض على هذا الوأي أن عنصر القدم أو المدة الذي تتطلبه الأعراف يمكن الود عليه أن المدة اللازمة لنشوء العرف ليست محددة على نحو ثابت بل تتفاوت وفقا لمدى تكرار المعاملة وسرعة انتشارها وتطورها ، وإذا نظرنا إلى معدل تطور وسرعة انتشار تقنيات المعاملات الالكترونية لوجدنا فيها تطورا فائق السرعة هذا ما يسمح بتكوين العرف في فترات وجيزة. انظر في ذلك أسامة أبو الحسن مجاهد ، مرجع سابق، ص 218.

(3) الهدف من اعتبار السكوت قبولا في التعامل السابق في التعاقد العادي هو تيسير المشقة على الأطراف وعدم

الانتقال من اجل التعاقد من جديد، في حين أن التعاقد الالكتروني لا يفترض فيه المشقة بل يكفي النور على أزرار الكمبيوتر ليتم التعاقد.

نستنتج أن حالات السكوت الملبس إن كانت سهلة التحقق في التعاقد التقليدي إلا أنها ليست بديهية في التعاقد الإلكتروني ولا تتحقق في جميع الحالات<sup>1</sup>.

### ج-الرجوع عن القبول الإلكتروني

الأصل أنه متى صدر القبول مطابقاً للإيجاب انعقد العقد، وبالتالي لا يحق لمن صدر عنه القبول أن يرجع عن هذا القبول، ولكن نظراً لأن المستهلك في العقد الإلكتروني ليس لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة السلعة والإلمام بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد أقر له حق العدول. إذا كان هذا الحق مبرر واقعياً إلا أن تبريره قانونياً يتعارض مع مبادئ هامة في نظرية العقد فتعليق إتمام العقد على صدور الإرادة الواعية المستتيرة للعميل مع إرفاقها بحق إعادة النظر لا يجعل العقد منعقداً طالما أن القبول لا يعلق على شرط .

كذلك تخويل المستهلك حق نقض العقد بعد انعقاده بالإرادة المنفردة يعد مخالفاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون. لذلك فإن هذا الحكم المخالف لتلك القواعد لكي يتم تطبيقه يجب النص عليه صراحة أما في اتفاق الطرفين أو في القانون.

لقد أقرت العديد من التشريعات، كالقانون الفرنسي والقانون الأمريكي والقانون الإنجليزي، أحقية المستهلك في العدول بشأن العقود الإلكترونية خلال فترة السماح، وتختلف هذه المدة من قانون إلى آخر باعتبار أن المستهلك في التعاقد عن بعد لا يرى المنتج أو السلعة، فقد يتسلم منتجاً لا يتفق والمواصفات المتفق عليها، ومن ثم يحق له إرجاع هذا المنتج خلال فترة معينة هي فترة السماح. فقد نص تقنين الاستهلاك الفرنسي على حق المستهلك في العدول عن القبول من خلال نص المادة 121 يحق للمشتري في كل عملية بيع عن بعد إعادة المنتج خلال مدة سبعة أيام كاملة تبدأ من تاريخ تسلمه سواء لاستبداله أو لاسترداد ثمنه دون مسئولية أو نفقات فيما عدا تكاليف الرد.

كما قرر التوجيه الأوروبي رقم 07/97 الصادر في 20 ماي 1997 هذا الحق أيضاً حين نص في المادة 01/02 على أن كل عقد عن بعد يجب أن ينص فيه على أحقية المستهلك في العدول خلال مدة لا تقل عن سبعة أيام تبدأ من تاريخ الاستلام بالنسبة للمنتجات والسلع، أما

(1) إن كان هذا الفرض يخص عقود التجارة الإلكترونية فقط وليس العقد الإلكتروني ككل فنجد أمثلة عديدة لعقود الكترونية دون مقابل كبعض العقود الخاصة بالتعليم.



بالنسبة للخدمات فإن مهلة السبعة أيام تبدأ من تاريخ إبرام العقد أو من تاريخ كتابة المورد للإقرار الخطي، وتصل هذه المدة ثلاثة أشهر إذا تخلف المورد عن القيام بالتزامه بإرسال إقرار مكتوب يتضمن العناصر الرئيسية للعقد.

ويكون الحق في العدول عن القبول أو الحق في الرجوع عن طريق استبدال المبيع بآخر أو برد المبيع واسترداد الثمن، وممارسة المستهلك لحقه في الرد في هذه الحالة يمس جوهر التعاقد بما يعتبر اعتداء على مبدأ القوة الملزمة للعقود. وممارسة المستهلك لحقه في العدول قد لا يجدي نفعاً من الناحية العملية في بعض الحالات مثل عقود برامج الحاسب، وذلك إذا تم إرسالها بالبريد العادي وقام العميل برفض الأختام ونزع الغلاف .

يعاقب في قانون العقوبات الفرنسي المورد أو البائع في حالة رفضه استبدال المنتج المعاد من قبل المستهلك خلال فترة السماح بغرامة تصل إلى 10000 آلاف فرنك، ويعتبر المورد قد رفض إعادة المنتج أو استبداله إذا أجابه صراحة بما يفيد الرفض أو إذا تأخر في الرد على المستهلك لمدة شهر من تاريخ تسلمه المنتج المعاد.

وإذا كان كل من القانون الفرنسي والتوجيه الأوروبي قد اتفقا على حق العدول، إلا أن التوجيه الأوروبي الخاص بالبيع عن بعد له مجال أوسع حيث يتضمن حق المستهلك في العدول عن المنتجات والخدمات بعكس القانون الفرنسي الذي قصر حق العدول على المنتجات فقط دون الخدمات.

مع ذلك فإن التمتع بهذا الحق ليس مطلقاً، فمثلاً في حالة بتوزيع برنامج موسيقي أو أغاني من على شبكة الإنترنت وتحميله على جهاز الكمبيوتر الخاص بالعميل ثم يقوم بعد ذلك بنسخ تلك الأغاني واستعمالها، يكون العقد قد أبرم ولا يجوز العدول عنه، وفي هذا الصدد نص التوجيه الأوروبي على أنه في حالة بتوزيع البرنامج من على الشبكة فإن العقد يكون قد أبرم ولا يجوز العدول عنه، ما لم يكن هناك اتفاق مسبق بين الطرفين على خلاف ذلك.

أما القانون الأمريكي فإن فترة السماح فيه أطول من القانون الفرنسي، فهي ثلاثون يوماً يحق للمستهلك خلالها أخذ مهلة للتروي والتفكير في إتمام العقد أو إرجاع البضاعة، وتبدأ هذه المدة من تاريخ استلام السلعة أو الخدمة<sup>1</sup>.

(1) الياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية،

لبنان، 2009، ص132.



كما نص القانون التونسي للمعاملات الإلكترونية في المادة 29 على أنه يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في مدة عشرة أيام ، تبدأ بالنسبة للمنتجات من تاريخ تسلمها وبالنسبة للخدمات من تاريخ إبرام العقد.

ولكن هذا القانون قرر استثناء على حق المستهلك في العدول في الحالات التالية:

- 1- عندما يطلب المستهلك توفير الخدمة قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء ويوفر البائع ذلك.
- 2- إذا تم تزويد المستهلك بمنتجات حسب متطلبات شخصية أو تزیده بمنتجات لا يمكن إعادة إرسالها أو تكون قابلة للتلف أو الفساد لانتهاء مدة صلاحيتها.
- 3- عند قيام المستهلك بترع الأختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات والمعطيات الإعلامية المسلمة أو نقلها آليا.
- 4- شراء الصحف والمجلات.

وذهب كثير من الفقهاء في شأن تحديد الوصف القانوني للتعاقد مع الحق في العدول إلى بعض الأنظمة القانونية التي تتشابه معه مثل البيع بشرط التجربة أو المذاق، والبيع مع خيار العدول، والبيع المعلق على شرط واقف أو فاسخ، والوعد بالتعاقد، والعقد التدريجي<sup>1</sup>

### ثانيا: في تطابق الإيجاب بالقبول الكترونيا

لتحديد زمان العقد أهمية بالغة، فتحددها يمنع بحسب الأصل على أي من طرفيه نقضه أو التحلل منه كما أنه من هذه اللحظة يبدأ عادة ترتيب العقد لآثاره، فتنقل الملكية إذا كان هذا العقد بيعا واقعا على منقول معين بالذات، كما تبدو أهمية تحديد وقت انعقاد العقد من ناحية المواعيد التي يبدأ سريانها من هذا الوقت كمواعيد التقادم وأيضا مدة سريان العقد وفي معرفة أهلية الأطراف المتعاقدة وقت العقد... الخ

أما بالنسبة لتحديد مكان العقد فتتجلى أهميته في مجال تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص حيث إن مكان انعقاد العقد هو الذي يحدد بحسب الأصل الشكل الذي يخضع له العقد. كما أنه من حيث القانون الواجب التطبيق، فإن مكان انعقاد العقد يعتبر ضابطا لتحديد هذا القانون، كذلك مسألة تحديد المحكمة المختصة بنظر المنازعات الناتجة عن هذه العقود.

(1) حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الفكر العربي،

ينعقد العقد عموماً في اللحظة التي يقترن فيها القبول بالإيجاب وأن هذا الاقتران قد يكون حقيقياً وهو تعاقد بين حاضرين أو اقتران حكمي يسمى بالتعاقد بين غائبين، تدخل ضمنها العقود الإلكترونية<sup>1</sup>.

بالنسبة للمشرع الجزائري- وبعض من المشرعين الآخرين -وحد بين زمان ومكان التعاقد بين غائبين وربطهما بلحظة علم الموجب بالقبول<sup>2</sup>، في حين أنه ظهرت نظريات جديدة ترى أنه لا يوجد تلازم بين مسألة زمان انعقاد العقد ومكانه وتدعى هذه النظريات بالنظريات الثنائية<sup>3</sup>، تمثل هذه النظريات الاتجاه الحديث في مسألة تحديد مكان وزمان انعقاد العقد ويعتمد بدرجة أساسية على أحكام القضاء الفرنسي الذي يوصف بأنه قضاء ذو طابع واقعي يفصل بين زمان انعقاد العقد ومكانه ويقدم لكل منهما حلاً يختلف عن الآخر .

### أ- وحدوية زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني.

ينتج التعبير عن الإرادة أثره حسب هذه الاتجاه في اللحظة والمكان اللذين يلتقي فيهما القبول بالإيجاب، وتتعدد النظريات حول هذه اللحظة طالما أن المتعاقدين لا يجمعهما مجلس عقد واحد ، وهناك أربع نظريات فقهية بهذا الشأن.

### 1- نظرية إعلان القبول:

مقتضى هذه النظرية أن العقد يتم بمجرد إعلان القبول للموجب، أي في الزمان والمكان الذي تم فيه صدور قبول مطابق للإيجاب، دون حاجة إلى علم الموجب بالقبول أو عدم علمه، فالقبول وفقاً لهذه النظرية تعبير إرادي غير واجب الاتصال فيكفي مجرد إعلانه من صاحبه . وقد أخذ بهذه النظرية الفقه الإسلامي في التعاقد بين غائبين، وتستند هذه النظرية إلى

(1) وإن كان هناك من يرى أن التعاقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين حكماً كالتعاقد عن طريق الهاتف ففي حالة التعاقد عبر المحادثة المباشرة والمشاهدة المرئية نكون أمام مجلس عقد واحد بحيث هناك إيجاب وقبول وتوافق بينهما بالسمع والرؤية ، أنظر في ذلك كل من الرومي محمد أمين ، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت ، ص104. و العلجوني احمد خالد، ص90.

(2) طبقاً لنص المادة 67 من ت م ج التي تنص على :ط يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليهم فيهما القبول".

(3) من بين مؤيديها مالوري وشيفال، أنظر في ذلك: د/ العبودي عباس، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، مرجع سابق، ص 164. وأمان رحيم أحمد ، مرجع سابق، ص200.

مقتضيات الحياة التجارية التي تقتضي السرعة في المعاملات، فالقابل يستطيع بمجرد إعلان قبوله أن يطمئن إلى انعقاد العقد ويجري تعامله مع الغير على هذا الأساس<sup>1</sup> وطبقا لهذه النظرية فإن لحظة إبرام العقد الإلكتروني هي اللحظة التي يحرر فيها القابل رسالة إلكترونية تتضمن القبول دون تصديرها.

وبالرغم مما تحمله هذه النظرية من مزايا تتمثل في استجابتها لمقتضيات العصر الحديث الذي يتسم بالسرعة ، إلا أنه يؤخذ على تلك النظرية أنها تخالف منطق التوافق بين الإرادتين الذي هو قوام إبرام العقد، لأن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا علم به من وجه إليه، لذلك لا يترتب على القبول أي آثار إلا من وقت العلم به من قبل الموجب<sup>2</sup>.

ومن جانب آخر تتمثل صعوبة إثبات هذا القبول لأنها تجعل إثبات إبرام وانعقاد العقد عبر البريد الإلكتروني بيد القابل الذي قد ينفي صدور قبول منه دون أن يتمكن الموجب من إثبات هذا القبول لأنه ليس له وجود إلا على الحاسب الشخصي للقابل<sup>3</sup>.

## 2- نظرية تصدير القبول:

تقتضض هذه النظرية أن العقد ينعقد لحظة ومكان تصدير القبول، بحيث يكون الإعلان عن القبول نهائيا لا رجوع فيه، ولا يستطيع القابل استرداده، وبعبارة أخرى تشترط هذه النظرية حصول واقعة مادية هي تصدير القبول زيادة على إعلانه حتى يكون نهائيا لا يمكن الرجوع فيه. وعمليا فإن ذلك يتم في التعاقد الإلكتروني عندما يضغط العميل على أيقونة إرسال بواسطة لوحة المفاتيح<sup>4</sup>.

يعاب على هذه النظرية أنه إذا كان الإعلان كافيا لتتام العقد، فلا ضرورة لتصديره خاصة أن التصدير ليس له قيمة قانونية، ، بالإضافة إلى أنه لا يتصور تصدير القبول دون تسلمه

(1) مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الإلكترونية عبر الانترنت، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم تخصص حقوق ، فرع قانون الاعمال، جامعة باتنة، 2012، ص124.

(2) فيمكن إعلان القبول الإلكتروني، وفقا لهذه النظرية عن طريق قيام القابل بالنقر على الأيقونة المخصصة لذلك على الشاشة (OK/ACCEPT) وعدم تصديره وذلك بالنقر على مفتاح التوقف الموجود في أعلى صفحة البريد الإلكتروني، حيث أن القبول لن يخرج في هذه الحالة عن سلطة القابل، وسيبقى بذلك في مرحلة إعلان القبول ولن يمتد لمرحلة أخرى.

(3) محمد سعيد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق،

جامعة عين شمس، 2005 ، ص. 153

(4) مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص125.

عبر الإنترنت فالفارق الزمني بين التصدير والتسلم لا يكاد يكون محسوسا، فالمشكلة ليست لوجود فارق زمني بين الإرسال والتسليم، وإنما باحتمال عدم تسلم الرسالة الإلكترونية والذي قد يحدث لخلل فني في جهاز المرسل أو المرسل إليه أو لدى مقدم الخدمة أو انقطاع البث عبر الشبكة.

### 3- نظرية وصول القبول:

مقتضى هذه النظرية أن وقت انعقاد العقد هو وقت وصول الرسالة المتضمنة القبول إلى الموجب، ومكان انعقاده هو مكان وصول الرسالة إلى الموجب والمقصود بالوصول هنا السيطرة الفعلية للموجب على الرسالة المتضمنة للقبول بحيث تكون تحت تصرفه<sup>1</sup>، فالقبول بوصوله إلى مكان الموجب يصبح نهائيا لا يستطيع القابل استرداده، ومن ثم يعتبر العقد قد انعقد وذلك سواء أكان الموجب قد علم فعلا بالقبول أم لم يعلم به.

ويرى أنصار هذه النظرية أن من مزاياها توزيع المخاطر بين الموجب والقابل بصورة عادلة فيتحمل القابل مخاطر عدم انعقاد العقد بسبب تأخر القبول بالرغم من وصوله للموجه إليه، فهذه النظرية لا تستند إلى الخطأ بل إلى الخطر.

بتطبيق هذه النظرية على التعاقد الإلكتروني نجد أن لحظة إبرام العقد ليست هي لحظة دخول الرسالة الإلكترونية المحتوية القبول في سيطرة مقدم خدمة الإنترنت، بل لحظة وصولها إلى الموجب.

ولكن ماذا لو وصلت رسالة القبول إلى مقدم خدمة الإنترنت ولم تصل إلى الموجب في الوقت المحدد؟ فهل ينعقد العقد؟ أم أن الموجب غير ملزم بإبرام العقد لأن الرسالة وصلت بعد انتهاء الميعاد الذي حدده؟ تطبيقا لهذه النظرية فإن الموجب في هذه الحالة ملزم بإبرام التعاقد، ولا يكون أمامه إلا الرجوع على مقدم خدمة الإنترنت طبقا لقواعد المسؤولية<sup>2</sup>.

### 4- نظرية العلم بالقبول:

وفقا لهذه النظرية فإن التعاقد يتم في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب فعلا بقبول القابل، ويطلع على الرسالة الإلكترونية المتضمنة لقبوله ويعلم بما تضمنته، وذلك لأن القبول

(1) Isabelle de Lambert rie, Michel Vivant, L'internet et le droit, Collection le gi presse, Paris, 2001, p 464.

(2) خالد ممدوح إبراهيم، التعاقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 298

إرادة والتعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه<sup>1</sup>، فكما أن الإيجاب لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم الموجب له، فإن القبول لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم الموجب ولما كان العلم الحقيقي قد يكون صعب الإثبات فإن وصول القبول إلى الموجب يعتبر قرينة على العلم به ولكنها قرينة تقبل إثبات العكس فيستطيع الموجب إثبات أنه لم يعلم بالقبول رغم وصوله<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن الاتجاهات الحديثة في القوانين والاتفاقيات الدولية بصدد تحديد وقت إبرام العقد ومكانه ذهبت إلى الأخذ بنظرية وصول القبول في حالة التعاقد بين غائبين<sup>3</sup> ومن جانب آخر ورد بنص الاتفاق الأوروبي النموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات أنه: "يعتبر العقد الذي تم باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات مبرما في الوقت والمكان اللذين تصل فيهما الرسالة التي تشكل قبولا لعرض بواسطة التبادل الإلكتروني للبيانات إلى نظام الكمبيوتر مقدم العرض"

كما أقر العقد النموذجي الأوروبي للتبادل الإلكتروني للبيانات نظرية الوصول فيما يتعلق بزمان ومكان انعقاد العقد حيث نص في المادة 3/3 "تعد لحظة ومكان إبرام العقد المبرم من خلال التبادل الإلكتروني للبيانات هي اللحظة والمكان اللذين تستقبل فيهما الرسالة الإلكترونية الخاصة بقبول الإيجاب في النظام المعلوماتي للموجب". وهو ما يعني أنه في تحديد وقت ومكان إبرام العقود الإلكترونية تطبق قاعدة الاستلام.

#### ب- ازدواجية زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني:

مقتضى هذا الاتجاه انه هناك خلاف بين زمن انعقاد العقد ومكانه ، وقد تناولت العديد من

(1) باستثناء قاعدة الإرسال بالبريد postal rule المطبقة في القانون الإنجليزي، يؤتي التعبير عن الإرادة أثره من لحظة علم من وجه إليه. وفي قض *Entores Ltd. V. Miles Far East Corp*. حاول الموجه إليه الإيجاب تبليغ قبوله عبر خط التليفون، لكن الخط كان سيئا جدا، ولم يُسمع قبوله، وقضت المحكمة بأنه لم ينشأ عقد نافذ. والقاعدة نفسها يمكن أن تسري على تبليغ القبول بطريق الرسائل الإلكترونية التي تصل مشوهة، أو الوثائق التي يتعذر فتحها بدون برمجيات معينة، أو في حالة العطل من مقدم خدمة الانترنت.

(2) محمد خالد جمال رستم، التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني في العالم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2006، ص14.

(3) مثال ذلك ما ورد بالمادة 18 /2 من اتفاقية فيينا للبيع الدولية لسنة 1980 ومبادئ عقود التجارة الدولية الصادرة في روما عن المعهد الدولي لتوحيد قواعد القانون الخاص لسنة 1994 في المادة 6 منه.

القوانين المتعلقة بالتعاملات الإلكترونية مسألة زمن التعاقد منفصلة عن مكانه وأقرت لكل منهما حلها في مواد مختلفة بحيث :

**فيما يتعلق بزمن الانعقاد** يتحدد بإحدى النظريات الأربع السابقة والمتمثلة في إعلان القبول، تصديره، وصوله والعلم به . وعليه يتوقف تحديد وقت إبرام العقد الإلكتروني، تطبيقاً لهذه النظريات، على تحديد لحظة تلاقي الإيجاب بالقبول، ويمكن أن نفرق في هذا الصدد بين التعاقد الذي يتم من خلال البريد الإلكتروني وذلك الذي يتم عبر مواقع الويب المنتشرة عبر شبكة الإنترنت.

ففي حالة التعاقد من خلال البريد الإلكتروني، فإذا طبقنا نظرية إعلان القبول نجد أن العقد ينعقد حتى قبل أن يضغط على زر الإرسال، أي اللحظة التي يحرر فيها القابل رسالة إلكترونية ، لكن يتعذر على الموجب بل يستحيل عليه إثبات أن القابل قام بتحرير رسالة إلكترونية بالموافقة ولكنه لم يرسلها لأن هذا القبول بالتأكيد لن يكون له وجود إلا على جهاز الكمبيوتر الخاص بالقابل<sup>1</sup>.

وإذا أخذنا بنظرية تصدير القبول فإن العقد يتم بمجرد تصدير الرسالة المتضمنة القبول عن طريق الضغط على زر الإرسال فتخرج الرسالة من سيطرة القابل ولا يعود في إمكانه من هذه اللحظة تحديداً أن يسترد قبوله، ولا يهم بعد ذلك وصول الرسالة إلى القابل أو ضياعها وفقدانها في الطريق. هذه النظرية أيضاً لا تصلح كمعيار لتحديد وقت إبرام العقد الإلكتروني، لأن الرسالة الإلكترونية يمكن أن ترسل من أماكن مختلفة مثل منشأة المرسل، أو المكان الذي وجد فيه أجهزة الكمبيوتر، أو من أي مكان آخر بواسطة الحاسب المحمول، ومن هذا المنطلق فإنه يكون من الصعوبة بمكان تحديد مكان تصدير الرسالة، بالإضافة إلى أنه في حالة الربط غير المباشر تمر الرسالة الإلكترونية من خلال طرف ثالث ليس له علاقة بالعقد وهو مقدم خدمة الإنترنت.

الواقع أنه لا يوجد أي فارق بين لحظة تصدير القبول ووصوله في شأن التعاقد الإلكتروني، إذ لا يوجد أي فاصل زمني يذكر بينهما، فعملية تصدير القبول ووصوله عبر شبكة الإنترنت

(1) محمد صديق محمد عبد الله، مجلس العقد دراسة مقارنة، الطبعة الأولى ، دار الكتب القانونية، مصر، 2011،

تتم في جزء من الثانية يكاد لا يذكر، كما أن الرسالة الإلكترونية حين تصل إلى صندوق البريد الإلكتروني للموجب لا يمكن استردادها بأي حال من الأحوال، ولحظة تصدير القبول في العقد الإلكتروني هي تلك اللحظة التي يضغط فيها القابل على الأيقونة المخصصة للقبول على صفحة الويب مثلا، أو بالضغط على زر أرسل في حالة التعاقد عبر البريد الإلكتروني، بغرض إرسال قبوله للموجب.

أما حسب نظرية وصول القبول فإن العقد ينقذ من خلال البريد الإلكتروني عند اللحظة التي تصل فيها الرسالة المتضمنة القبول إلى صندوق البريد الخاص بالموجب، والذي تم الاتفاق عليه مسبقا بين الموجب والقابل، حتى لو لم يتم الموجب بفتح الرسالة والاطلاع عليها والعلم بمضمونها.

أما إذا لم يتفق الطرفان على طريقة إرسال القبول، فالبعض يرى أن أفضل طريقة لإرسال القبول هي استخدام نفس الوسيلة التي أرسل بها الإيجاب<sup>1</sup>. فإذا أرسل الإيجاب عن طريق البريد الإلكتروني فيجب إرسال القبول عن طريق البريد الإلكتروني، وإذا أرسل عن طريق أحد برامج المحادثة فيرسل القبول بنفس الوسيلة.

يرى البعض أنه بالنسبة للتعاقد الإلكتروني يفضل إعمال نظرية وصول القبول، وذلك من اعتبارات حماية المستهلك<sup>2</sup>، ولا سيما في مجال الإثبات لأنه من الأفضل في مجال العقود الإلكترونية معرفة وقت إبرام العقد الإلكتروني، حيث أن وصول الرسالة يفيد العلم بها، وهو ما يستلزم أن تكون رسالة القبول قد استلمت حتى تكون سارية المفعول ويتم التعاقد.

أما طبقا لنظرية العلم بالقبول فإن العقد يعد مبرما عندما يعلم الموجب علما حقيقيا بالقبول، بأن يفتح صندوق بريده الإلكتروني ويطلع على محتويات الرسالة الإلكترونية للقابل ويعلم أنه قد قبل بالفعل الإيجاب المعروض عليه، ويرى البعض أن الموجب في هذه الحالة لا يستطيع التذرع بحجة أنه لم يدخل إلى جهاز الكمبيوتر أو دخل إلى الجهاز ولم يفتح بريده الإلكتروني، لأن الموجب عادة ما يدرج عنوان بريده الإلكتروني على شبكة الإنترنت حتى يتسنى للقابل الاتصال به، ومن ثم فإذا لم يعلم الموجب بفحوى رسالة القبول ومضمونها فقد أهمل ولا يجوز أن يتحمل القابل نتائج هذا الإهمال .

(1) مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص130.

(2) محمد صديق محمد عبد الله، مرجع سابق، ص 67

أما التعاقد من خلال مواقع الويب المنتشرة على شبكة الإنترنت أو عبر المحادثة المباشرة أو عن طريق الوسائل السمعية المرئية فليس هناك مشكلة، حيث أن العقد ينعقد في اللحظة التي يوافق فيها القابل بالضغط على زر القبول في الخانة المخصصة للقبول، أو كتابة عبارة تفيد الموافقة باستخدام لوحة المفاتيح المتصلة بالكمبيوتر.

بالنسبة لموقف القوانين تجاه مسألة زمن التعاقد نجد نص التوجه الأوروبي رقم 2000/31 بشأن التجارة الإلكترونية في مادته الخامسة أنه يعد العقد قد أبرم في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب من مقدم الخدمة إقرارا إلكترونيا مؤكدا من القابل لقبوله. وبذلك يكون هذا التوجيه قد حدد وقت إبرام العقد باستلام تأكيد من مقدم خدمة الإنترنت مرسل من القابل بصحة القبول. وفي هذا السياق نص القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الأونسترال أنه ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك يتحدد وقت استلام رسالة البيانات على النحو التالي:

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

\* وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين.

\* وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه ولكن ليس هو النظام الذي تم تعيينه.

- إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابعا للمرسل إليه.

وعليه فإن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية أخذ بنظرية تسلم الموجب للقبول عند عدم الاتفاق على تحديد زمان الرسائل<sup>1</sup>.

على صعيد القوانين المقارنة فقد تبني القانون الإنجليزي والكندي نظرية تصدير القبول فيما يتعلق بالتعاقد بين غائبين، بينما نص القانون الأمريكي الموحد للمعاملات التجارية الإلكترونية على أن وقت إبرام العقد هو وقت دخول الرسالة الإلكترونية في نظام المعلومات الذي اعتاد فيه الطرف المستقبل استلام مثل هذا النوع من الرسائل ويشترط أن تكون قد خرجت من السيطرة الفعلية للمرسل ولا يشترط أن يعلم الموجب بها أو لا يعلم<sup>2</sup>.

(1) طاهر شوقي مؤمن، مرجع سابق، ص 44

(2) كما نجد في القانون التونسي أنه ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.



كما أخذ المشرع الأردني في المادة 17 من القانون الأردني بشأن المعاملات الإلكترونية بنظرية تسلم القبول في حالة عدم اتفاق الأطراف وبنظرية علم الموجب بالقبول في حالة اتفاق الأطراف<sup>1</sup>.

يتحدد زمن إبرام العقد بالنظرية التي يتبناها المشرع ، لكن ما الحل اذا كانت العلاقة العقدية قد نشأت بين نظامين قانونيين مختلفين أي متبنيين لنظريتين مختلفتين ، الحل الوحيد الذي نجده لغاية اليوم هو الموجود في اتفاقية فينا وهو العمل بنظرية تصدير القبول لكن يبقى هذا الحل ملزماً للدول التي صادقت على هذه الاتفاقية فقط دون غيرها. من جانب آخر جميع القواعد القانونية التي جاءت بحلول لمسألة زمن التعاقد هي قواعد مكملة يجوز للأطراف الاتفاق على خلافها ووضع حلول أخرى ومن المسلم به في التعاقد الإلكتروني أن أطراف العقد ليسوا على درجة كبيرة من التناسب فأحدهما محترف والثاني لا .

**فيما يتعلق بمكان الانعقاد** ، فتتجع صعوبة تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني نتيجة لصعوبة تحديد مكان إرسال واستقبال الرسالة لأنها تتم عبر فضاء إلكتروني، وبالتالي يثور التساؤل حول الاعتداد بمحل إقامة المستهلك أو المشتري، أم المكان الذي استلم فيه الموجب القبول، أم مكان تسجيل موقع الويب ؟

تحرص بروتوكولات واتفاقيات نقل رسائل البيانات الإلكترونية بين أنظمة المعلومات المختلفة عادة على تسجيل اللحظة التي سلمت فيها الرسالة من نظام معلومات إلى آخر، أو اللحظة التي يتم فيها تسلمها، أو قراءتها من قبل المرسل إليه، ولكن هذه الاتفاقيات لا تبين عادة المكان الجغرافي لشبكات الاتصال، وهو ما يعوق تقدم التجارة الإلكترونية وازدهارها . ولذلك وضع القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، مكان إبرام العقد الإلكتروني، ففي المادة 15/ 4 قرر ان مكان إرسال الرسالة الإلكترونية يتحدد بالمكان الذي يقع فيه مقر عمل

(1) التي تنص على: "تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من وقت دخولها إلى نظام معالجة المعلومات لا يخضع

لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عنه ما لم يتفق المنشئ أو المرسل على غير ذلك.

-إذا كان المرسل إليه قد حدد نظام معالجة معلومات لتسلم رسائل المعلومات فتعتبر الرسالة قد تسلمها عند دخولها إلى ذلك النظام فإذا أرسلت الرسالة إلى نظام غير الذي تم تحديده فيعتبر إرسالها قد تم منذ قيام المرسل إليه بالاطلاع عليها أول مرة.

-إذا لم يحدد المرسل إليه نظام معالجة معلومات لتسلم رسائل المعلومات فيعتبر وقت تسلم الرسالة عند دخولها لأي نظام معالجة معلومات تابع للمرسل إليه."

المنشئ، وأن مكان استلامها هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك.

وعليه فإن العقد الإلكتروني يكون قد أبرم في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، وذلك بالطبع ما لم يتفق طرفا التعاقد الإلكتروني على خلاف ذلك، فيجوز لهما أن يحددا مكانا آخر بالاتفاق فيما بينهما على أنه مكان الإرسال أو مكان الاستلام.

قد تبنى هذا الاتجاه قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 في مادته 18 وقانون دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002 في مادته 17، وقانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية في مادته 14/4.

لكن قد يثور التساؤل بصدد ما إذا كان للمنشئ أو للمرسل إليه أكثر من موطن أعمال، فقد يكون له مثلا مقر رئيسي وآخر فرعي، في هذه الحالة بين القانون النموذجي أنه يعتد بمقر العمل الأوثق علاقة بالمعاملة المتعلقة بالتعاقد الإلكتروني وتنفيذه أي الأكثر صلة بموضوع العقد، أو بمقر العمل الرئيسي. كما تعرض القانون النموذجي لحالة عدم وجود مقر عمل للمنشئ أو المرسل إليه، حيث قرر أنه يعتد بمحل الإقامة المعتاد.

كما حددت المادة 10/6 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005، مكان القبول بأنه المكان الذي يرسل إليه الخطاب الإلكتروني في العنوان الذي فيه مقر عمل المرسل إليه وفي حالة وجود أكثر من مقر عمل فإن مقر العمل يكون هو الأوثق صلة بالعقد وفي حالة عدم وجود مقر للعمل يتم الأخذ بمحل الإقامة المعتاد<sup>1</sup>. وقد جاء بوثيقة الأونسترال المعنية بمشروع القانون النموذجي للعقد الإلكتروني أن مكان وجود المعدات و التكنولوجيات الداعمة لنظام معلومات، مكان تواجد مقدم خدمة الإنترنت لا يعتبر مقر عمل، فمثلا في حال عقد البيع الإلكتروني يستطيع مقدم خدمة الإنترنت الذي يستضيف موقع البائع على شبكة الويب أن يبرم العقد نيابة عنه مع المشتري.

كما بينت تلك الوثيقة أن مجرد استخدام الموجب، وهو التاجر في الغالب، اسم النطاق، أو عنوان بريد إلكتروني يرتبط ببلد معين، أو تسجيله للموقع الإلكتروني لدى بلد معين، لا ينشئ

(1) كما اعتد قانون إمارة دبي رقم 2 لسنة 2002 في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية بمقر عمل منشئ الرسالة ومستلمها أي المرسل إليه حيث ذهب إلى أن مكان إرسال الرسالة الإلكترونية هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ وأن مكان استلامها هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، وذلك ما لم يتفق المرسل والمرسل إليه على خلاف ذلك، فيجوز لهما أن يحددا مكانا آخر بالاتفاق فيما بينهما على أنه مكان الإرسال أو مكان الاستلام.

قرينة على أن مكان عمله يوجد في ذلك البلد، فقد نجد أن بعض الشركات الدولية المتعددة الجنسيات تعرض بعض المنتجات والخدمات من خلال مواقع إقليمية مختلفة على الشبكة تحمل أسماء نطاق ترتبط ببلد لا يوجد فيها مقر عمل بالمعنى المعروف، كما أنه يمكن الاحتفاظ بسلعة ما بغرض التوزيع لمنطقة معينة يمكن أن تكون واقعة في دولة غير الدول المرتبطة بأسماء النطاق.

### الفرع الثالث

#### فيما يتعلق بمحل وسبب العقد الإلكتروني

يجب لكي يكتمل انعقاد العقد الإلكتروني صحيحا، أن يتوافر فيه المحل والسبب حيث يشترط فيهما أن يتفقا مع ما تقرره القواعد العامة للعقد من عدم مخالفة النظام العام، ومراعاة الآداب العامة .

#### أولا: المحل في العقد الإلكتروني

محل العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية هو الالتزامات التي يولدها هذا العقد، و يجب التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام، إذ أن محل العقد هو العملية القانونية التي يقصد الطرفان تحقيقها بمقتضى العقد، أما محل الالتزام فهو الأداء الذي يلتزم به المدين لمصلحة الدائن. ويشترط في محل العقد بصفة عامة أن يكون موجودا أو قابلا للوجود وأن يكون معينا أو قابلا للتعيين وأن يكون مشروعاً<sup>1</sup> .

(1) قبل التطرق لشروط محل العقد نتطرق إلى صور محل عقد البيع الإلكتروني الذي يقوم على نوعين من التجارة هما تجارة السلع وتجارة الخدمات.

أ: تجارة السلع يقصد بها التجارة التي محلها بضائع وكلمة بضائع استقر الفقه والقضاء على أنها تشمل المنقولات المادية، أو المنقولات غير المادية أي المعنوية على السواء.

ووفقا للمادة الثانية من اتفاقية فيينا 1980 تستبعد البضائع التي يتم شرائها للاستهلاك الشخصي أو العائلي من نطاق الاتفاقية ويرجع ذلك لاختلاف التشريعات في نظرتها لحماية المستهلك<sup>1</sup>. وعليه فإن تجارة السلع الاستهلاكية الشخصية أو العائلية لا تدخل ضمن مفهوم عقد البيع الدولي.

وتتعدد أنواع البضائع محل عقد البيع الإلكتروني فمنها السلع الاستهلاكية مثل المنتجات الغذائية أو الملابس وهناك أدوات التجميل والعناية الشخصية والسلع المتعلقة بالصحة والسلع المتعلقة بالبصريات، والمنتجات الضارة بالصحة مثل التبغ والكحول والسلع المتعلقة بالثقافة والمعلومات مثل الكتب.

## أ- شرط الوجود أو القابلية للوجود

يشترط في السلعة أو الخدمة التي يتم الاتفاق عليها أن تكون موجودة فعلاً أثناء الاتفاق أو قابلة للوجود فيما بعد فإذا كان التعاقد عن طريق الإنترنت مثلاً فيكفي عرض السلعة أو الخدمة على الشبكة أو عرض صورة السلعة.

وهذا الشرط نصت عليه أغلبية التشريعات المدنية المقارنة بمعنى ألا يكون محل العقد مستحيلًا في ذاته فلا عقد عندها. والأثر بطلان العقد أو الاستحالة التي تجعل من محل العقد غير ممكن ويؤدي إلى البطلان فهي استحالة مطلقة أو استحالة نسبية فالأولى ترجع إلى نواحي موضوعية لا ترتبط بظرف الزمان أو المكان وهي استحالة لا يمكن تجاوزها فكان أثرها واحد وثابت<sup>1</sup>.

أما الاستحالة النسبية فهي استحالة شخصية ترجع إلى شخص الملتزم وإلى ظرفي الزمان والمكان وبالتالي بالإمكان تجاوزهما مما لا يعني عندها ربط الأمر بالبطلان لاستحالة التنفيذ بل يبقى الأمر بيد الملتزم ولا يؤدي بالتالي إلى بطلان العقد وبتطبيق هذه الأصول على العقد الإلكتروني فقد يكون محل العقد مستحيلًا بذاته استحالة مطلقة كالحالة التي يكون فيها المحل التزام أحد الأطراف بأن ينقل موضوع العقد عبر أسلاك الإنترنت فهذا الأمر مستحيل عندما يكون محل العقد مادة جامدة كسواء أثاث عبر الإنترنت مع اشتراط النقل عبر الإنترنت وسرعة الضوء، أما إن كانت الاستحالة نسبية كأن يكون محل العقد

وتدخل تجارة البضائع في التجارة الإلكترونية من باب العقود التي تبرم على الخط وتنفذ خارجها حيث يتم تسليم البضائع ماديًا عن طريق الشحن ونقلها بأي وسيلة.

وقد جاء بالقانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني 2001 أن هذا القانون يتعلق بكل فعل مرتبط بعقد لنقل البضائع منها على سبيل المثال بيان طبيعة البضائع أو قيمتها وتأكيد أن البضائع قد جرى تحصيلها والتعهد بتسليم البضائع إلى شخص معين أو إلى شخص مرخص له بالمطالبة بالتسليم.

ب: **تجارة الخدمات** ويقصد بها التجارة التي يكون محلها توريد خدمات، ويعتبر مجال الخدمات من المشروعات التي لا تحتاج إلى رأس مال كبير فهي تعتمد بالأساس على الأفكار والمؤهلات العلمية وجمع المعلومات وقليل من الجهد البدني، وتعتبر تجارة الخدمات من أنواع التجارة الإلكترونية التي تتم وتنفذ على الخط، وتتعدد المجالات التي يمكن ممارستها من خلال التجارة الإلكترونية وهي الخدمات المصرفية والمالية والخدمات الاستشارية وخدمات الاتصال وخدمات وكلاء السياحة إضافة إلى ذلك خدمات شركات البورصة وشركات الاستثمار وخدمات التأمين على الخط وخدمات الصحافة على

الخط... الخ. أنظر في ذلك: طاهر شوقي مؤمن، مرجع سابق، ص 48

(1) محمد يحي عبد الرحمن محاسنة، مرجع سابق، ص 79

برنامج حاسوبي يجهل المتعاقد كيفية إعداده فالاستحالة هنا استحالة نسبية ترجع إلى شخص المتعاقد وهذه الاستحالة لا تؤدي إلى بطلان العقد.

ويجب أن يكون محل العقد موجوداً أو قابلاً للوجود، فلا عقد على محل مستقبل أو على أمر يتوقع وجوده في المستقبل بوقت غير معروف فلا يجوز أن يكون محل العقد برنامجاً حاسوبياً لم يوضع بعد، ولهذا فإن كافة البيوع التي لم تتم عبر الإنترنت مثلاً يجب أن تطل محل موجود فعلاً وأن يثبت ذلك لكلا المتعاقدين وقت التعاقد.

### ب- أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعين

اهتمت التشريعات المقارنة للمعاملات الإلكترونية في غالب الدول بتعيين محل العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية، ولا بد للمتعاقد الحرص على هذا الشرط، وهو ما أكدته العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية، حيث أشارت الفقرة الأولى من البند الرابع منه إلى ضرورة ذكر مسمى الأموال المعنية ومكوناتها وأبعادها وكمياتها وألوانها وسماتها الخاصة وغير ذلك من صفاتها الرئيسية، وكذلك أشارت الفقرة الثانية من العقد نفسه إلى وجوب تحديد محل الخدمات المعروضة ومحتواها<sup>1</sup>.

على الرغم من هذا التأكيد على تحديد صفات المنتج أو الخدمة، فأحياناً ما يحدث اختلاف بين وصف المنتج المعين وبين ما هو عليه في الواقع، إذ قد يتم وصف وتقديم القطع المعروضة للبيع بقدر كبير من العناية والدقة، وعلى الرغم من ذلك لا يعد المنتج مسئولاً عما قد يقع من غلط في هذا الشأن.

ذهب المشرع التونسي من خلال المادة 25 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية إلى أنه "يجب على البائع في المعاملات الإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد المعلومات التالية: ... وصفاً كاملاً لمختلف مراحل إنجاز المعاملة، وطبيعة وخصائص سعر المنتج..."

كما جاء في الفقرة الأولى من المادة التاسعة بالقانون الأردني للمعاملات الإلكترونية أنه "إذا اتفقت الأطراف على إجراء معاملة بوسائل إلكترونية، يقتضي التشريع الخاص بهذه المعاملة تقديم المعلومات المتعلقة بها أو إرسالها أو تسليمها للغير بوسائل خطية فيجوز

(1) د/أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 115

لهذه الغاية اعتبار إجراءات بوسائل إلكترونية متفقا مع متطلبات تلك التشريعات إذا كان المرسل إليه قادرا على طباعة تلك المعلومات وتخزينها والرجوع إليها في وقت لاحق بالوسائل المتوافرة لديه".

كما نصت المادة 1/111 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 96/92 الصادر في 18 جانفي 1992 على أن: "كل مهني -بائعا لمال أو مقدما لخدمة- يجب قبل إبرام العقد أن يمكن المستهلك من معرفة الميزات الجوهرية للمال أو الخدمة".

ويتم وصف محل العقد المبرم عبر الإنترنت عادة على الخط أي على الشبكة العنكبوتية، فإنه في الغالب يكون مصحوبا بصورة كما هو الحال في البيع بالكتالوج، كما يلاحظ أن المتعاقد المحتمل قد يتلقى بعض الرسائل الإلكترونية عبر الشبكة والتي تتضمن تأكيدا لنوع وصفات محل المتعاقد عليه.

ولذلك تتسم هذه العملية بطابع إعلاني أكثر من اعتبارها التزاما قانونيا يقع على عاتق طرف العقد الآخر المدين بالمحل<sup>1</sup>، ومع ذلك وصف المحل يتبع بقيمة قانونية كبيرة إذا ما نظرنا إليها باعتبارها التزاما من المدين به، يؤديه عبر ضمان جودة المحل وصحة ودقة ومطابقة الصفات المطلوبة فيه والمنصوص عليها في العقد المراد إبرامه عبر الإنترنت.

وعلى أنه من الممكن أن يحدث اختلاف بين ما تم به الوصف والواقع الحقيقي للمحل المتعاقد عليه وهنا نقول أنه إذا كان بوسع طرف العقد إيراد شرط يعفيه من المسؤولية فهذا الشرط يكون محل احترام ويستثنى من ذلك حالة الغش والخطأ الجسيم.

يمكننا القول أن وصف المحل النهائي للعقد بدقة وعناية عبر شبكة الإنترنت يمكن أن يعد من قبيل ضمان المطابقة ولو لم يرد أي بند بخصوص ذلك في العقد المزمع إبرامه، ويقاس ذلك بقدر تأثير هذا الوصف على إرادة الطرف الذي يرغب بإبرام ذلك العقد عبر الإنترنت.

### ج- أن يكون المحل مشروعا

يجب أن يكون محل العقد مشروعا، فلا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب أو لنص قانوني يمنع التعامل فيه، ويؤيد ذلك نص المادة 93 ت م ج والتي تنص على أنه: "إذا كان

(1) الياس ناصيف، مرجع سابق، ص124.

**محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا<sup>1</sup>.**

الأصل أنه يجوز التعامل في كافة السلع والخدمات وهو المبدأ المسمى مبدأ حرية التجارة، ما لم يحظر القانون ذلك ويؤكد ذلك ما تنص عليه المادة 1598 من التقنين المدني الفرنسي من أنه: "يجوز أن يكون محلا للبيع كل ما يدخل في التعامل ما لم تحظر بعض القوانين الخاصة بالتصرف فيه". وهناك قوانين تفرض بعض القيود على مبدأ حرية التجارة بهدف الحفاظ على النظام العام وحماية المستهلك.

بالانتقال إلى التجارة الإلكترونية، فإن جميع ما سبق ينطبق عليها، بمعنى أن محل العقد الإلكتروني يجب أن يكون مشروعاً. كما أن القاعدة وفقاً لمبدأ حرية التجارة هي حرية البيع والتعامل عبر الإنترنت، لكن تقوم مشكلة تتسبب فيها عالمية شبكة الإنترنت، فما يكون مشروعاً في دولة قد لا يكون كذلك في دولة أخرى، وما يكون مباحاً هناك قد لا يكون مباحاً هنا، فالمشكلة تكمن في كيفية وضع نظام يؤدي إلى احترام قانون دولة المشتري، ولنذكر أمثلة على ذلك<sup>1</sup>:

**1 -المنتجات الصيدلانية:** هناك أدوية محظورة تداولها في بعض الدول ومصرحاً بها في الدول الأخرى. وعن طريق شبكة الإنترنت يستطيع شخص في الدولة المانعة للتداول أن يطلب هذا الدواء غير المصرح به في دولته من العارض للدواء والمقيم بالدولة السامحة للتداول، فعملية البيع والشراء هذه مخالفة لقوانين دولة المشتري.

**2-الأسلحة:** هناك حظراً دولياً على تداول الأسلحة -أسلحة الحرب-، ومع ذلك فإننا نجد وبسهولة أشخاصاً يقيمون بالولايات المتحدة ويقومون بعرض بيع أسلحة في بعض الدول مثل المانعة لذلك.

**3-المشروبات الكحولية:** فعلى شبكة الإنترنت توجد العديد من المواقع التي تقوم ببيع الخمر، في هذه الحالة ماذا يمكن أن يحدث لشركة تقوم بالإعلان عن الكحول على موقعها، عندما يستقبل هذا الإعلان في دولة مثل المملكة العربية السعودية والتي تعاقب الذين يقومون بعملية الإعلان عن الكحول.

(1) مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص116.



تحت هذه الظروف كيف يتسنى لنا أن نفرض على المستهلك بوجه عام احترام قانون بلاده، وبتعبير آخر كيف يمكن توفير الحماية القانونية لقوانين بلد المشتري أو لقوانين الدول الموجه إليها الإعلان عن السلعة؟

إن المشكلة هنا لا تكمن في تحديد القانون الواجب التطبيق من طرفي التعاقد وإنما هي التوفيق بين القانون الواجب التطبيق وتشريع دولة المشتري فيما يورده من محظورات لا يجوز التعاقد بشأنها. وحلا لهذه المشكلة ناد البعض بإيجاد تطابق للنظم العالمية، بيد أن هذه الفكرة غير قابلة للتطبيق على أرض الواقع، بينما ذهب البعض إلى اختيار تطبيق قانون بلد المشتري استنادا إلى أنه يتعين على البائع الإلمام بكل قوانين الدول التي يقيم بها مستهلكوه، بيد أن هذا الحل لا يمكن تطبيقه.<sup>1</sup>

وقد ذهب البعض إلى أنه من الأفضل أن يحدد التاجر مسبقا منطقة جغرافية لتغطية عرضه أو تحديد منطقة التسليم، بيد أن هذا الحل غير ملائم لأهداف شركة تود أن تبيع عن طريق الإنترنت وتحقق أكبر ربح.

إن الحل المنطقي الذي يمكن تطبيقه في الواقع هو أن يوضع كمبدأ، أن القانون المطبق على الإنترنت هو قانون البائع، وبالتالي يمكن للمستهلك أن يتحكم في إمكانيات استيراد المنتجات المطلوبة وفقا لما يتماشى مع قوانين بلده<sup>2</sup>، وسواء كان القانون الواجب التطبيق هو قانون بلد البائع أو قانون دولة معينة، فإن الأمر يتطلب رقابة من دولة المشتري، هذا من جانب. ومن جانب آخر فإنه يتعين على الشركات المنتجة أن تطلع مستخدميها بأن اتصالهم يمكن أن يكون محظورا بالنسبة لبعض القوانين، وبالتالي لو كان هذا هو الحال، فيتعين على المستخدمين قطع اتصالهم بالموقع، وينتج عن ذلك أن المستخدم لن يجعل من نفسه مسئولا وذلك بسبب الحظر المفروض على الاتصال بهم.

إضافة إلى ما سبق، فإن المنتجات المطلوبة غير المشروعة إذا كانت مادية، فهذا يعني أنها ستسلم بطريقة مادية خارج نطاق الشبكة، إذن يجب اجتياز الحدود للدخول إلى بلد المشتري، في هذه الحالة يكون للجمارك دور أساسي في هذه العملية. وفي المقابل فإن

(1) مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 119.

(2) BENSOUSSAN Alain, le commerce électronique, aspects juridique, op cit, p 111.



المنتجات غير المادية مثل برامج معالجة المعلومات المحملة على الشاشة وكذلك الأسطوانات والكتب والخدمات والتي يمكن تسليمها عن طريق الخط، فإنه يوجد ما يسمى شرطة الإنترنت، والتي أنشئت لاحقا، ومهمتها تحقيق الرقابة على المنتجات والخدمات غير المادية التي تتم عبر الشبكة<sup>1</sup>.

### ثانيا: السبب في العقد الإلكتروني

السبب وفقا للقواعد العامة هو الغاية أو الباعث الدافع للتعاقد، ويقصد به غاية الملتزم من التزامه<sup>2</sup>، كما يعرف السبب على أنه الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء ارتضائه التحمل بالالتزام، ويشترط أغلب الفقه أن يكون السبب صحيحا بمعنى أن لا يكون وهميا أو صوريا فإذا كان السبب وهمي أو صوري كان العقد باطلا، ويجب لصحة السبب أن يكون موجودا.

يشترط في السبب أن يكون مشروعاً وهو شرط أجمع عليه الفقه والقضاء، كما جاء بالقانون إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب كان العقد باطلا<sup>3</sup>.

نص المشرع الأردني في المادة 165 من القانون المدني على أن السبب عنصر متميز عن الإرادة ولكنه متلازم معها، فهو الغرض المباشر المقصود من العقد والذي أبرم العقد برمته لأجله.

يجب أن يكون للعقد سبب مشروع لصحة تكوين وإنشاء الالتزامات، وطبقا للمادة 1131 من القانون المدني الفرنسي الالتزام بلا سبب أو بسبب مزيف أو سبب غير مشروع ليس له أثر، وسبب الالتزام يكون مباشر وموضوعي ومجرد، وسبب الالتزام يكون موجود بينما سبب العقد يكون مشروع وفي العقود الملزمة للجانبين سبب التزام كل طرف يبقى على وجود الالتزام الآخر<sup>4</sup>.

(1) إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 183

(2) جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول من مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، 1995.

(3) المادة 97 من القانون المدني الجزائري.

(4) Bresse Pierre, Kaufman Gautier, guide juridique de l'internet et du commerce

Électronique, librairie Vuibert, France, 2000, p 212.

وإذا كان المحل هو موضوع الالتزام ويتضمن الإجابة عن السؤال بما التزم المدين، فإن السبب هو الغاية المباشرة من الالتزام، ويتضمن السبب الذي التزم المدين من أجله<sup>1</sup>. لا يختلف السبب في عقد البيع الإلكتروني عن عقد البيع التقليدي حيث يكون السبب أحد أركان العقد وتخلفه يؤدي إلى بطلان العقد ويشترط في السبب أن يكون موجودا وصحيحا، كما يشترط أن يكون السبب مشروعاً ومشروعية السبب تمثل أهم شروط محل العقد الإلكتروني، لذلك يجب أن يستند العقد الإلكتروني على سبب غير مخالف للآداب أو النظام العام، ولكن مفهوم النظام العام والآداب يختلف مفهومه من دولة إلى أخرى، فقد تكون بعض الأنشطة المعروضة على الشبكات مسموحاً بها في بعض الدول، في حين أن تلك الأنشطة قد تكون غير مشروعة في دول أخرى لمخالفتها للقوانين وللآداب العامة بها، ومثال ذلك بعض المواقع التي تنشأ في دول يسمح فيها الإعلان أو الترويج لبعض الأنشطة -تسهيل البغاء، ترويج المخدرات -في حين تحظر دول أخرى الترويج لتلك الأنشطة غير المشروعة لكونها مخالفة لقواعد الآداب والنظام العام وفقاً لقوانينها<sup>2</sup>.

تجدر الإشارة إلى لزوم التفريق بين السبب الإنشائي والسبب القسدي، هذا ما ذكرته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، فالسبب الإنشائي هو مصدر الالتزام وأساسه وهو المصدر الذي رتب التزاماً على عاتق أحد طرفي التعاقد أو كليهما ومنه العقد والتصرف الانفرادي وبصورة عامة كل ما يطلق عليه مصادر الالتزام.

أما السبب القسدي فهو سبب العقد وهو المفهوم الذي قصده المشرع في بحثه عن سبب العقد ضمن أحكام القانون المدني وذلك بمفهوم الغاية المباشرة أو الغرض المقصود من التعاقد والهدف الذي رمى إليه كلا المتعاقدين.

والعقد بهذا المعنى واحد في كل نوع من أنواع العقود فسبب العقد في العقود الملزمة للجانبين هو التزام الطرف الآخر وسبب العقد في العقود الملزمة لجانب واحد هو ما قام به العاقد الآخر، وفي العقود الإلكترونية لا يخلو الأمر من تطبيق هذا المفهوم بعينه. وعليه أن عدم ذكر سبب الالتزام في العقد لا يبطله، لأن القانون لا يشترط ذكره فيه بل إنه عندما

(1) جميل الشرقاوي، الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص183

(2) سمير حامد عبد العزيز، التعاقد عبر تقنيات الاتصالات الحديثة، مرجع سابق، ص180

يخلو العقد من ذكر سبب الالتزام تقوم قرينة قانونية على أن للالتزام سببا وأن هذا السبب مشروع، أما إذا كان السبب المذكور في العقد فإنه يكون السبب الحقيقي، إلا أن ذلك يعتبر قرينة قابلة لإثبات العكس ويقع عبء إثبات صورية السبب على من يدعيه.

### الفرع الرابع

#### الحاجة إلى الاعتراف التشريعي بالكتابة الالكترونية كدليل كامل في الإثبات

اعترف المشرع بتمائل المحررات الالكترونية مع المحررات الورقية، حينما تكون الكتابة مطلوبة لإثبات التصرف، وترتب على ذلك قبول الدليل الكتابي الالكتروني، والإقرار بحجيته في الإثبات متى استوفى الشروط المنصوص عليها في القانون (أولاً)، ويلاحظ أن صياغة نصوص التعديل التشريعي جاءت عامة، بحيث تسرى أحكامها على غالبية الأعمال القانونية والتصرفات شاملة العقود الملزمة للجانبين، سواء كانت متعلقة بالحقوق الشخصية أو بالحقوق العينية، وسواء كانت متعلقة بأشياء مادية أو غير مادية ، وهنا تظهر سلطة ودور القاضي حيال هذا التدخل التشريعي الناقص (ثانياً).

#### أولاً: حجية المحررات الالكترونية في الإثبات.

لاشك أن الاعتراف القانوني بالمحرر الالكتروني يؤدي إلى تمتع هذه المحررات بحجية الدليل الكامل في مجال الإثبات لا تقل عن حجية المحرر الورقي، وتكون هذه الحجية طبقاً لمبدأ حرية الإثبات(أ)، ولهذه الحرية استثناءات(ب) .

#### أ-حجية المحررات الالكترونية في الإثبات من خلال مبدأ حرية الإثبات

المشرع الجزائري سوى في القيمة القانونية بين الكتابة الالكترونية والكتابة الورقية في مجال الإثبات<sup>1</sup> كما استحدث مفهوم المصادقة الالكترونية ، وعليه يمكن التمييز بين:

(1) ويلاحظ بعض الفقه الفرنسي على الحكم المتقدم انه وإن قرر تعادل وظيفي في الإثبات بين الكتابة الالكترونية والكتابة الورقية من ناحية فانه من ناحية أخرى من المشكوك فيه تأسيس تشابه أو تماثل تام بين الدعامتين لان الدعامة الورقية وإن كانت عرضة للعبث بها فإنها بطبيعتها ليست قابلة للمحو وإعادة الكتابة بنفس السهولة التي يمكن أن تكون عليها الدعامة الالكترونية لذلك ينتهي صاحب هذا الرأي إلى تقرير بان التماثل التام بين الدعامتين ليس له ما يبرره. انظر في ذلك: J.HUET , le code civile et le contrat électronique, op cit ,p05.

-وجود كتابة الكترونية عادية<sup>1</sup>، وإذا كان المشرع اعترف بالقيمة القانونية للمحررات الالكترونية العرفية فإن الكتابة الالكترونية الغير موقعة تجد مجال تطبيقها ضمن مبدأ الثبوت بالكتابة.

-كتابة الكترونية موقعة غير مصادق عليها، تخضع لمبدأ الثبوت بالكتابة.  
-كتابة الكترونية موقعة ومصادق عليها.

يأخذ المشرع بمبدأ حرية الإثبات في شأن المواد التجارية أيا كانت قيمتها، وفي شأن التصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها على مبلغ معين، فقد نصت على هذا المعنى المادة 1/333 السالفة الذكر، ومفاد مبدأ حرية الإثبات هو عدم تقيد المدعي في إثبات ما يدعيه بطريق معين من طرق الإثبات، وإنما يكون له إثبات ما يدعيه بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن القضائية.

### 1 مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية

يسود في المعاملات التجارية مبدأ حرية الإثبات، وبالتالي يجوز الإثبات في التصرفات التجارية بكافة طرق الإثبات ولو كانت قيمة التصرفات تزيد عن 100000 دج، حتى ولو انصرف الإثبات إلى ما يخالف أو يجاوز ما هو ثابت بالكتابة، وعلى ذلك فإنه يجوز إثبات التصرفات التجارية عن طريق شهادة الشهود والقرائن والدفاتر التجارية .

يهدف مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية إلى الاستجابة لما تقتضيه الحياة التجارية من تبسيط في إتمام التصرفات، كما يجد هذا المبدأ تبريره فيما يفرضه القانون التجاري على التجار من ضرورة أمساك دفاتر تجارية منتظمة يسجل فيها كل المعاملات وما يصدر بشأنها من مراسلات بدقة وانتظام .

في إطار مبدأ حرية إثبات التصرفات التجارية، وكنتيجة لذلك يمكن الاستعانة بالمحرر الالكتروني بوصفه سنداً كتابياً إذا احتوى توقيعاً مؤمناً مصادقاً عليه أو قرينه قضائية في الحالة العكسية لإثبات وجود ومضمون التصرفات القانونية التجارية أيا كانت قيمتها، حتى ولو زادت قيمة التصرف عن النصاب المقرر بالإثبات بالبيئة، وهو ما يعني أن المتعاقد

(1) المقصود بالكتابة الالكترونية العادية تلك التي لا تحمل توقيع أصلاً، في هذه الحالة تعتبر المعلومات الالكترونية مبدأً ثبوت بالكتابة.

عبر الانترنت يستطيع أن يتمسك بالمحرر الالكتروني المثبت على دعامة غير ورقية، وان يقيم الدليل عليه في مواجهة الأطراف الأخرى بكل الحرية<sup>1</sup>.

في فرنسا يؤكد أنصار هذا الرأي على انه ليس ثمة أي خوف أو مخاطر من الاستعانة بالمحرر الالكتروني في إثبات التصرفات التجارية، لان الأمر يخضع في جميع الأحوال لتقدير القاضي، الذي له أن يأخذ بالمحرر الالكتروني إذا ما اقتنع به كقرينة قضائية، أو يطرحه جانبا إذا ما ساوره شك تجاهه، ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى الفقرة الأخيرة من المادة الثانية من المرسوم رقم 1020 لسنة 1983 الصادر في 29/11/1983 تطبيقا للقانون رقم 353 بتاريخ 30/4/1983 بشأن الالتزامات المحاسبية للتجار وبعض الشركات<sup>2</sup> الفرنسية، فقد نصت هذه المادة على أن المحررات الالكترونية يمكن أن تحل محل الدفاتر التجارية وتحديداً دفترتي اليومية والجرد، شريطة أن تكون هذه الدفاتر معروفة ومزقمة ومؤرخة عند إعدادها بما يضمن حجيتها في الإثبات، شأنها في ذلك شأن الدفاتر المحررة بالطرق التقليدية، غير انه يلاحظ على هذا النص انه لا يضيف الجديد في هذا الشأن طالما الكلمة الأخيرة بشأن الاعتداد بالمحررات الالكترونية متروكة بيد القاضي وفقاً لقناعته بمدى انتظامها ودقتها . ولكن في هذا السياق يقتصر الاعتداد بالمحرر الالكتروني على فرضين هما :

### 1-1 التصرفات التجارية :

يكون العمل تجارياً إذا أبرمه تاجر لحاجة تجارته أو بمناسبة، أو كان القصد منه المضاربة أو السعي لتحقيق الربح، أو القيام بإعمال المقاوله وإنتاج وتداول السلع وتقديم الخدمات، ومن ثم كل الأعمال التجارية تبرم بين التجار ولصالح تجارتهم تخضع لمبدأ حرية الإثبات، وكنتيجه لذلك يمكن الاستعانة بالمحرر الالكتروني بوصفه قرينه قضائية لإثبات وجود ومضمون التصرفات القانونية التجارية، غير أن الضوابط التي تحكم تطبيق مبدأ حرية الإثبات تقضي باستبعاد الاحتجاج بالمحرر الالكتروني من التصرفات الآتية:-

(1) د/ محمد حسام محمود لطفي ، مرجع سابق ، ص 39 ، انظر أيضا د/ محمد السعيد رشدي، مرجع سابق ، ص

(2) مشار إليه في د/ محمد حسام محمود لطفي ، مرجع سابق ، ص 40

أ. هناك تصرفات تتم بين تجار، ولكن هذه التصرفات لا تتصل بالتجارة، أو هي أعمال مدنية بطبيعتها<sup>1</sup>، ومثل هذه التصرفات تخضع في أثباتها لقاعدة وجوب الكتابة إذا كانت قيمتها تزيد عن نصاب الإثبات بالكتابة .

ب. أوجب المشرع الإثبات بالكتابة بالنسبة لبعض المسائل التجارية، مثل الأوراق التجارية وبعض العقود كعقد الشركة، والتصرفات الواقعة على العقار والقاعدة التجارية ففي هذه الحالة لا يجوز الاستناد إلى المحرر الالكتروني في ظل عدم الاعتراف بالكتابة في الشكل الالكتروني كنظير وظيفي للكتابة الخطية الرسمية.

ج. يجوز للتجار كأصل عام الاتفاق على أن يتم الإثبات وفقاً للقواعد العامة في الإثبات، كاشتراط الكتابة في المسائل التجارية التي تخضع لمبدأ حرية الإثبات<sup>2</sup>، وفي هذه الحالة لا يجوز الإثبات بالبينة أو القرائن بما في ذلك المحرر الالكتروني باعتباره قرينه قضائية .

## 1-2- الأعمال المختلطة:

يكون التصرف مختلطاً إذا كان أحد طرفيه تاجراً يتعاقد لأغراض تجارته، والطرف الآخر غير تاجر كالمستهلك<sup>3</sup>، وفي هذه الحالة يستفيد غير التاجر من قاعدة الإثبات الحر في مواجهة من يتعاقدون معه من التجار، لأن مبدأ حرية الإثبات يسري في مواجهة فقط من كان التصرف تجارياً بالنسبة إليه، وترتيباً على ذلك يحق للطرف غير التاجر إثبات التصرفات القانونية في مواجهة التاجر بكافة طرف الإثبات أياً كانت قيمته، وبالتالي يكون للطرف غير التاجر وحده الاستعانة بالمحرر الالكتروني في مواجهة التاجر أما هذا الأخير فمواجهته تكون بإتباع القواعد المدنية في الإثبات، بحيث يلتزم التاجر بالإثبات كتابة إذا زادت قيمة التصرف عن نصاب الإثبات بالبينة .

## 2- التصرفات القانونية المدنية التي لا تجاوز نصاب الإثبات بالكتابة

المقصود هنا هي الكتابة الالكترونية الغير موقعة و الكتابة الالكترونية الموقعة دون المصادقة عليها، على أساس أن الكتابة الالكترونية الموقعة والمصادق عليها كافية بذاتها

(1) د/سمير برهان، حجية الاثبات في عقود التجارة الالكترونية، أعمال ندوة المنظمة العربية للتنمية الإدارية الخاصة بالعقود والاتفاقات في التجارة الالكترونية، القاهرة ، 2007، ص118.

(2) د/ عبد العزيز المرسى حمود ، مرجع سابق، ص70

(3) د/سمير برهان، مرجع سابق ص119.

كدليل كتابي إذا ما زاد مقدار الالتزام عن 100000 دج.

فالأصل العام يتم إثبات التصرفات القانونية بتوافر الدليل الكتابي، باعتباره يغني في ذاته لحسم أي نزاع بالخصوص، ولكن للتيسير على الأشخاص وعدم إعاقة معاملاتهم اليومية، فيما يتعلق بتوفير احتياجاتهم الخاصة، فقد أخذ المشرع بمبدأ حرية الإثبات في شأن التصرفات المدنية التي لا تتجاوز قيمته حداً معيناً حددته المادة 1/333 من القانون المدني، بحيث يمكن للأطراف إقامة الدليل على حصول التصرف القانوني وعلى مضمونه، بكافة طرق الإثبات كشهادة الشهود والقرائن، دون النظر إلى صفة الأطراف تجار أو غير تجار ودون اعتبار لطبيعة المعاملة تجارية أو مدنية.

وتأسيساً على مبدأ حرية الإثبات يمكن للأطراف تقديم المحررات الالكترونية -العادية- كدليل إثبات على حصول التصرفات أو إثبات مضمونها، إذا كانت قيمة العملية في حدود النصاب المقرر للإثبات بشهادة الشهود، ما لم يوجد نص تشريعي يقضي بغير ذلك.

#### ب- الاعتداد بالمحرر الالكتروني من خلال الاستثناءات على قاعدة وجوب

##### الإثبات بالكتابة

بعد الاعتراف التشريعي بالمساواة بين السند الورقي والسند الالكتروني في الإثبات فإن هذه الحالة تنقرر إذا ما كان هذا السند الالكتروني غير موقع أو موقع وغير مصادق عليه، أما إذا كان كذلك فلا مجال لدراسته في هذه النقطة فهو في هذه الحالة دليل كتابي كامل وليس مبدأ الثبوت بالكتابة كما اشرنا إليه سابقاً.

الأصل العام أن كافة التصرفات المدنية التي تزيد قيمتها على النصاب بالبينة تخضع لمبدأ وجوب الإثبات بالكتابة، غير أن المشرع أقر بمبدأ حرية الإثبات في التصرفات المدنية في حالات استثنائية واردة على سبيل الحصر، حتى إذا كانت قيمتها تزيد على نصاب الإثبات بالبينة، أو فيما يخالف أو يجاوز ما هو ثابت بالكتابة.

ففي هذه الحالات يجوز للقاضي - على سبيل الاستثناء - أن يقبل من الخصم دليلاً غير كتابي لإثبات دعواه، وبالتالي يمكن استغلال هذه الاستثناءات للاستناد إلى المحررات الالكترونية بوصفها قرائن.

يتمثل هذا الاستثناء في الاستناد إلى المحرر الالكتروني باعتباره مبدأ الثبوت بالكتابة، نكون أمام هذه الحالة إذا كان الالتزام المراد إثباته أكثر من النصاب القانوني، وكان السند

الالكتروني لا يحمل توقيعاً مصادقاً عليه. أما أقل منه فالكثابة الالكترونية في أي شكل كافية في الإثبات.

تشير المادة 1/335 ت م ج إلى مبدأ الثبوت بالكثابة باعتباره احد الاستثناءات الواردة على القاعدة الإثبات بالكثابة بنصها " 1. يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكثابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكثابة "، ثم حددت الفقرة الثانية من هذه المادة مفهوم مبدأ الثبوت بالكثابة بالنص على انه " 2. وكل كثابة تصدر من الخصم ويكون من شأنه أن تجعل وجود التصرف المدعي به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكثابة " .

يستخلص من هذا النص الأخير انه يشترط لوجود مبدأ الثبوت بالكثابة توافر ثلاث شروط وهي ، أولاً يجب وجود كثابة، فالمهم أن تكون هناك كثابة بصرف النظر عن اللغة المكتوبة بها والغرض من تحريرها ، ولكن ينبغي ألا تتوافر فيها شروط الدليل الكتابي الكامل، وبالتالي لا يشترط في الكثابة أن تكون موقعة أو تأخذ شكلاً معيناً كما يستوي أن تكون الكثابة معدة للإثبات أو غير معدة لذلك <sup>1</sup> كالدفاتر التجارية أو الرسائل أو المذكرات الخاصة أو كشف حساب، أو أقوال شفوية مدونة في محاضر تحقيق أو أثناء محاكمة <sup>2</sup> وذكرت في حيثيات الحكم، بل أن القانون الفرنسي المدني ذهب أبعد من ذلك حيث نصت المادة 3/147 منه على وجود مبدأ ثبوت بالكثابة من مجرد موقف سلبي أثناء الخصومة ، أو رفضه الإجابة عن احد الأسئلة الموجهة إليه من القاضي، أو تخلفه عن الحضور طالما تم تدوين ذلك بمحضر الجلسة <sup>3</sup> .

يجب ثانياً أن تكون الكثابة صادرة من الخصم الذي يحتج بها عليه، فيشترط في الكثابة، أن تكون صادرة من الخصم المراد الاحتجاج بها عليه ، يستوي في ذلك أن يكون الخصم مدعياً أو مدعي عليه ، ولكن لا يتطلب ذلك بالضرورة أن يكون الخصم هو الذي كتبها بنفسه، وإنما فقط يكفي إمكانية نسبتها إليه <sup>4</sup> ويتحقق ذلك إذا كانت الكثابة بخط يده أو

(1) د/ محمد المرسي زهره ، مرجع سابق ، ص 115

(2) د/ محمد السعيد رشدي، مرجع سابق ، ص 221

(3) د/ محمد حسام محمود لطفي ، مرجع سابق ، ص 61 ، و د. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق ، ص 221 .

(4) د/ عاطف عبد الحميد حسن، مرجع سابق ، ص 53.



موقعه منه، أو من شخص يمثله قانونا كوكيله أو وصيه أو وليه طالما أنها كانت في حدود الوكالة أو الولاية<sup>1</sup>.

كما استقر الفقه والقضاء على انه يمكن اعتبار بعض الأوراق صادرة عن الخصم ولو لم تكن موقعة منه أو من يمثله، أو إنها لم تكن مكتوبة بخط يده أو بخط نائبه، مثال ذلك أقواله المدونة في محضر التحقيق، أو محضر الجلسة أو محضر المعاينة وإقرارات الخصوم التي يأمر القضاء بإثباتها، كلها تعتبر صادرة من الخصم وان كانت لا تحمل توقيعيه أو خطه، إلا إنها مدونة في أوراق رسمية بواسطة موظفين عموميين فوق مستوى الشبهات<sup>2</sup>، ويأخذ حكم الكتابة الصادرة من الخصم أيضا إذا كان ما تضمنه المحرر. إن لم يكن مكتوبا بخطه أو يحمل توقيعيه. قد أملاه أو أقره الخصم إذا كان أميا<sup>3</sup>.

يشترط أخيرا أن يكون من شأن هذه الكتابة أن تجعل التصرف المدعي به أقرب إلى الاحتمال، فالكتابة هنا لا تثبت الواقعة المتنازع عليها بصورة قاطعة. وإلا كانت دليلاً كاملاً. وإنما فقط ترجح وقوعها<sup>4</sup>، ويرجع إلى قاضي الموضوع -في ضوء سلطته التقديرية - تقدير محتوى الكتابة من حيث كونها تجعل التصرف المدعي مرجحا ام لا<sup>5</sup>، وألا يقتصر الأمر على مجرد افتراض أو تخمين.

الجدير بالذكر إذا توافرت الشروط السابقة مجتمعة في المحرر الذي يتمسك به الخصم، فإنه يؤدي إلى قيام مبدأ " بداية " ثبوت بالكتابة، وهو دليل ناقص لا يفي بذاته إلى إثبات التصرف القانوني أو مضمونه، ولكنه متى تقرر تكملة هذا المبدأ بشهادة الشهود، فإنه يقوم مقام الدليل الكامل في الإثبات، حتى ولو كان الإثبات بالكتابة مشترطا بنص القانون، أو باتفاق الأطراف أو كان لإثبات ما يخالف أو ما يجاوز ما أشتمل عليه دليل كتابي<sup>6</sup>، وبعبارة

(1) د/ محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص 222

(2) د/ عبد العزيز المرسى حمود، مرجع سابق، ص.

(3) د/ محمد المرسى زهره، مرجع سابق، ص 117

(4) د/ محمد المرسى زهره، مرجع سابق، ص 119.

(5) د/ محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص 223-224.

(6) د/ ثمر محمد سليمان الديماطي، مرجع سابق، ص 249 و د/ عبد العزيز المرسى حمود، مرجع سابق ص 85

وبعبارة أخرى مبدأ الثبوت بالكتابة لا يؤدي وحده إلى إثبات التصرف، ولكنه يجعل الإثبات جائزاً بوسائل ما كانت تقبل في حالة عدم وجوده<sup>1</sup>.

يثور التساؤل في هذا الصدد حول مدى إمكانية اعتبار المحرر الالكتروني الغير موقع الكترونياً مبدأ ثبوت بالكتابة، من خلال استكمال هذا المحرر بشهادة الشهود ، وقد انقسم الفقه إلى اتجاهين، فالبعض يؤكد على أن المحررات الالكترونية تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة متى كانت صادرة من الخصم، وتجعل وجود التصرف المدعي به قريب الاحتمال<sup>2</sup>، ويشير أنصار هذا الاتجاه إلى أن القضاء الفرنسي يتجه إلى التوسيع في تطبيق مبدأ الثبوت بالكتابة، حيث أجازت محكمة استئناف باريس<sup>3</sup> اعتبار التسجيل الوارد على شريط ممغنط من قبيل مبدأ ثبوت بالكتابة، كما أعطت محكمة النقض المصرية المبدأ المذكور أهمية كبيرة عن طريق التوسع في تطبيقه، حيث ارتفعت برسائل الفاكس إلى مصاف الأوراق المكتوبة، باعتبارها دليلاً كتابياً ناقصاً يصدق عليه وصف مبدأ الثبوت بالكتابة<sup>4</sup>، ومن ثم يكون لها حجية الإثبات إذا قام دليل على أن المنسوب إليه رسالة الفاكس قد أرسلها بالفعل، ويجوز تكملته بالبينة<sup>5</sup> والقرائن ، قياساً على ذلك يجوز الاعتداد بالمحرر الالكتروني الغير موقع ومصادق عليه في إثبات التعاقدات المبرمة عبر الانترنت باعتباره من قبيل الثبوت بالكتابة بحيث يجوز تكملته بأدلة أخرى .

في حين يرفض جانب من الفقه اعتبار المحرر الالكتروني مبدأ ثبوت بالكتابة في ظل القواعد التقليدية<sup>6</sup>، لان وسائل المعلوماتية لا تلبي شروط الكتابة اللازم لوجود مبدأ الثبوت بالكتابة، وبعبارة أخرى أن مسألة تخلف صفة الكتابة عن المحرر الالكتروني بما يحول دون

(1) د/ثمر محمد سليمان الديماطي ، المرجع السابق، ص 250 .

(2) د/ عبد العزيز المرسي حمود ، مرجع سابق ص 86. 87 ؛ د. تأمر محمد سليمان الديماطي ، مرجع سابق، ص 250 .

(3) مشار اليه في د/ عاطف عبد الحميد حسن، مرجع سابق، ص 101.

(4) الدائرة المدنية العمالية الطعن رقم 987 لسنة 69 ق جلسة 2000/6/22 . مشار اليه في د. ثمر محمد سليمان الديماطي ، مرجع سابق، ص 250 .

(5) د/ أحمد شرف الدين، مرجع سابق ، ص 245 وما بعدها .

(6) د/ تأمر محمد سليمان الديماطي ، مرجع سابق، ص 251 ود/ عبد العزيز المرسي حمود، مرجع سابق ص 87

اعتباره دليلاً كاملاً، هو الذي يؤدي في ذات الوقت إلى عدم إمكان اعتباره من قبيل الكتابة التي تصلح أن تكون مبدأً للثبوت بالكتابة، وإمكان نسبة صدورهما إلى الخصم بأي شكل من الأشكال .

أما بخصوص الحالة المنصوص عليها في المادة 1/336 من القانون المدني على أنه " يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة: - إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي " ، يستفاد من ذلك أنه إذا تعذر على أحد أطراف التصرف إعداد دليل كتابي يثبت التصرف الذي أبرمه، جاز له إثباته بالشهود، متى أقام الدليل على وجود مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي كامل، كما أجازت المادة 2/336 من القانون المدني للدائن الذي فقد سنده الكتابي بسبب أجنبي لا يد له فيه الإثبات بشهادة الشهود.

هاتين الفقرتين تتحدثان عن وجود مانع يحول دون تقديم السند الكتابي كدليل إثبات فانه في هذه الحالة يستعين المدعي بشهادة الشهود فقط ليثبت ادعاءه فمتى ما فقد سنده الكتابي سواء الورقي أو الإلكتروني يلجأ إلى شهادة الشهود ولا سبيل له لاستعمال الدليل الكتابي الإلكتروني الغير موقع أو عادي.

**ثانياً: اثر الاعتراف التشريعي على سلطة القاضي في الترجيح بين أنواع أدلة الكتابة**  
من واجب القاضي أن لا يمتنع عن الفصل بسبب أن الدليل محرر الكتروني (أ)، كما انه من خصوصيات العقد الإلكتروني أن يكون لإطراف العلاقة حرية تعديل قواعد الإثبات الموضوعية بما يتماشى والغاية من تعاقدهم وذلك بإعطاء عناصر قوة في الإثبات لم تكن تتمتع بها من قبل أو كانت تتمتع بقيمة ضعيفة (ب).

#### أ- سلطة القاضي إزاء المحررات الإلكترونية

قد يحدث تعارض بين محرر الكتروني وآخر ورقي، فمثلاً قد يحتج احد الخصوم بالمحرر الورقي لإثبات وجود أو مضمون التصرف محل النزاع، بينما يكون لدى الخصم الآخر دليل أثبات العكس عن طريق المحرر الإلكتروني، بحيث يكون مضمون المحررين متعارضين<sup>1</sup>.

(1) د/ أحمد شرف الدين ، عقود التجارة الإلكترونية (تكوين العقد وإثباته)، دروس الدكتوراه في القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، لسنة 2003/2004، جامعة عين شمس، ص85.

لذلك تثار مسألة الترجيح في هذه الحالة بين المحررات الالكترونية والمحررات الورقية ، وتحديد أيًا من المحررات التي تكون لها الأفضلية حتى يتم الرجوع إليها كدليل إثبات يحسم النزاع، والواقع أن المشرع الجزائري لم يتناول بالتنظيم هذه المسألة لكونه لم يحسم موقفه من إصدار تشريع خاص بالمعاملات الالكترونية، في حين واجه المشرع الفرنسي هذا الفرض بالمادة 2/1316 من القانون المدني المعدلة التي تقضي بأنه ما لم ينص القانون على مبادئ أخرى أو يتفق الأطراف على خلاف ذلك، فإنه على القاضي أن يفصل في التنازع بين الأدلة الكتابية لتحديد السند الأقرب إلى الاحتمال، أيًا كانت الدعامة المستخدمة في تدوينه<sup>1</sup>.

يستفاد من هذا النص أن المشرع الفرنسي منح بمقتضاه للقاضي في حالة التعارض بين الأدلة الكتابية سواء كانت الكترونية أو ورقية سلطة فض التعارض، وذلك بأن القي على عاتقه مهمة تحديد الدليل الكتابي الذي ترشحه الظروف ليكون الأكثر مصداقية أو الأقرب إلى الاحتمال أو صحة عن غيره من الأدلة الكتابية الأخرى، تمهيداً لاعتماده كدليل أثبات يحسم به النزاع.

يلاحظ أن هذا النص لم يضع معايير ملزمة للقاضي يتقيد بها في عملية الترجيح بين المحررات الالكترونية والورقية، وإنما يترك له سلطة تقدير واسعة في هذا المجال ليصل إلى المحرر الذي يقدر أنه الأكثر ترجيحاً عن الآخر تبعاً لظروف كل دعوى على حده<sup>2</sup> ، كذلك لا يتقيد هذا النص بالدعامة التي تقع عليها الكتابة عند الترجيح ح بين الشكل الالكتروني

(1) Lorsque la loi n'a pas fixé d' autre principe, et a 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 que soit le support :

وأهم ما يستنتج من هذا النص أن - تقرر قاعدة قانونية مكملية فهي تنص: "عندما لا يحدد القانون معايير أخرى..." بمعنى أن المشرع هو الذي يرجع إليه في المقام الأول إنشاء القواعد التي تبين التدرج في القوة في الإثبات بين الأدلة المختلفة، كما أن النص يفسح المجال للأفراد في أن ينظموا باتفاقاتهم الخاصة الأمور الفنية في الأدلة الإلكترونية، فتعد الإتفاقات الخاصة مصدر ثان لحل التنازع بين الأدلة الكتابية إذا لم ينظم المشرع هذه المسألة.

- القاضي الفرنسي لا يرجح بين الحجج المتنازعة اعتماداً على شكلها أو وسيلة حفظها، فلا فرق في هذا المجال بين الكتب الورقية والكتب الإلكترونية، وإنما المعيار الوحيد هي عناصر المصادقية التي يبحث عنها القاضي بكل الوسائل .

والكتابة الورقية ، أي أنه لا فرق ولا أفضلية بين المحرر الإلكتروني والمحرر الورقي إلا بقدر ما يقود إليه الدليل الذي وقع عليه الاختيار في إحقاق الحق لصاحبه، وبالتالي لا يجوز للقاضي في حالة التعارض بين محرر ورقي وآخر الكتروني، أن يقضي بخلاف ما ورد في هذا المحرر الأخير لأنه ورد في الشكل الإلكتروني، لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى اعتبار المحرر الإلكتروني في مرتبة أدنى من المحرر الورقي في الإثبات، وهو ما يتعارض مع اتجاه وفلسفة التعديل التشريعي لنصوص الإثبات<sup>1</sup>.

و لا يعني أن القاضي لا يخضع أثناء ممارسته لسلطته التقديرية عند الترجيح بين الأدلة الكتابية لبعض الضوابط، فمثلا قيد نص المادة 2/1316 من القانون المدني الفرنسي المعدلة سلطة القاضي بعدم وجود نص قانوني أو شرط اتفاقي بين الأطراف يتعلق بتنظيم إثبات علاقاتهم العقدية يقضي بمنح أولوية لمحرر على آخر<sup>2</sup> ، وتأسيساً على ذلك إذا وجد نص قانوني يتطلب دليلاً معيناً لإثبات وجود التصرف، ففي هذه الحالة يلتزم القاضي بالنزول على حكم هذا النص القانوني عند الترجيح بين المحررات، ويحسم النزاع وفقاً للدليل الذي نص عليه القانون متى تثبت من صحته، وكذلك الوضع في حالة وجود شروط اتفاق يتعين على القاضي عند قيامه بإجراء الترجيح بين المحررات أن يلتزم بما أفضى إليه الاتفاق بالخصوص، إلا إذا تبين أن هذا الاتفاق يتضمن شروطاً تعسفية تضر بالطرف الضعيف ، فإنه يتعين على القاضي التدخل لإعفائه منها. كما يتعين على القاضي تفقد صحة الأدلة الكتابية قبل إجراء المقارنة بينها، وترجيح المحرر الأكثر دلالة على الحقيقة<sup>3</sup> . في غياب مثل هذه القاعدة بالنسبة للقاضي الجزائري فإن باب الاجتهاد يبقى مفتوحاً. فإذا قدمت للقاضي وثائق متكافئة من حيث الحجية (كتب خطي ورقي يتعارض مع كتب إلكتروني أو كتب إلكتروني يتعارض مع كتب إلكتروني آخر) فإنه يبحث عن عناصر المصادقية: قانونية كانت (مثل اشتراط الكتبة كشرط صحة) أو واقعية وإذا تعلق الأمر بعناصر ترجيح واقعية فيجب أن تتمثل في جملة من القرائن القوية والمتضافرة .

(1) د/ أحمد شرف الدين، مرجع سابق ، ص 324

(2) د/عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق ، 107 و د/ أحمد شرف الدين، المرجع السابق ، ص 325

(3) د/بشر محمد سليمان الديماطي، مرجع سابق، ص 835

## ب- ضرورة الإقرار باتفاقات الإثبات

لقد اعترف المشرع الفرنسي -هذا ما لم يفعله المشرع الجزائري- بصحة الاتفاقات بشأن الإثبات بنص المادة 1/1316 من القانون المدني الفرنسي الجديدة، وبذلك يكون لإطراف العلاقة حرية تعديل قواعد الإثبات الموضوعية وقد جاء هذا النص لإضفاء المشرعية على مثل هذه الاتفاقات لأنها لم تكن تحظى باعتراف تشريعي قبل صدور القانون رقم 230 لسنة 2000 بتاريخ 2000/3/13 ، بالإضافة إلى ذلك اشترط القانون أن تكون تلك الاتفاقات صحيحة، وأن يكون النظام الالكتروني يتسم بالديمومة وأن يكون مؤمن<sup>1</sup> لان حرية الأطراف في التعديل في قواعد الإثبات مقيدة بحدود الحرية في التصرف في الحق ذاته. بمقتضى الاتفاقات المتعلقة بالإثبات يستطيع الأشخاص أن يمنحوا بعض العناصر قوة في الإثبات ، لم تكن لهذه العناصر قوة أو كانت ضئيلة .

كما انه قام بإلغاء التمييز بين الأصل والصورة في المحررات الالكترونية . الواقع أن فكرة التمييز بين أصل المحرر وصورته من حيث حجية الإثبات قد اختفت بالنسبة للمحرر الالكتروني، وأصبح للصورة القيمة ذاتها المقررة للأصل ، لان لمفهوم الأصل معنى آخر يركز لا على الخشية من سلامة نقل البيانات من دعامه إلى أخرى، وإنما على سلامة الاحتفاظ بها سليمة إثناء التخزين في الدعامه، فالأمر يتعلق بما إذا كانت بيانات المحرر لم يصيبها أي تغيير أو تعديل منذ تدوينها على الدعامه لأول مرة، أي عند نقلها أو تخزينها بصرف النظر من الحامل الذي تقع عليه، بالتالي إذا تحقق هذا، فإن الأداء الوظيفي لفكرة الأصل تستوعب استخراج نسخة أخرى من المحرر، فالعبرة في إضفاء الحجية في الإثبات على المحرر الالكتروني في سلامة البيانات الواردة بمضمونه عند نقلها أو تخزينها، بصرف النظر عن الدعامه التي دونت عليها فمثلا إذا حدث تحريف أثناء تخزين بيانات مضمون المحرر، فذلك يصيب أصل المحرر ولا مجال لإثارة ما يعرف بالصورة منه.

(1) د/ عابد فايد عبد الفتاح فايد، مرجع سابق، ص144.

## المطلب الثاني

### قصور النصوص التجارية عن تنظيم التجارة الالكترونية

نتساءل في هذا المطلب عن مدى التوافق بين النصوص المنظمة للتجارة التقليدية ومتطلبات التجارة الالكترونية، بدءا بالتاجر والأعمال التجارية (فرع أول)، ثم المحل التجاري ونظيره المتجر الافتراضي (فرع ثان).

#### الفرع الأول

##### التاجر والأعمال التجارية الالكترونيين

يعرف التاجر في القانون التجاري الجزائري حسب المادة 01 أنه كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له ما لم يقتضي القانون خلاف ذلك، فالتاجر يعرف بالأعمال التجارية التي يقوم بها ويتخذها مهنة له، كذلك الأمر بالنسبة لبعض الأعمال تعد تجارية إذا قام بها التاجر لصالح تجارته. نتساءل في هذه النقطة عن مدى تقبل القانون الجزائري لفكرة التاجر الالكتروني و الأعمال الالكترونية .

##### أولاً: التاجر التقليدي و التاجر الالكتروني:

هل تنطبق النصوص القانونية الجزائرية التي تنظم التاجر التقليدي على التاجر

الالكتروني؟

المبدأ أنهما يخضعان لنفس الأحكام طالما لا تتعارض هذه الأحكام مع أداء التاجر الالكتروني لمهنته ، فمن حيث التعريف يمكن أن ينطبق التعريف السابق على التاجر الالكتروني ويكون بالتالي هذا الأخير كل شخص طبيعي او معنوي يباشر عملا تجاريا عبر وسائل الكترونية ويتخذه مهنة معتادة له.

أما شروط اكتساب صفة التاجر تتمثل في :

- ممارسة الأعمال التجارية.

- امتحان الأعمال التجارية على وجه الاعتياد والاستمرارية .

- أهلية تجارية وهي بلوغ سن 19 سنة للشخص الطبيعي وعدم وجود أي عارض من عوارض الأهلية، وعدم توفر حالات التنافي<sup>1</sup>، وهناك استثناء عن سن الأهلية منصوص عليه في المادة 05 قانون تجاري جزائري مضمونه إمكانية استصدار إذن بالتجارة من المحكمة للبالغ 18 سنة، أما الشخص المعنوي فأهليته تكتمل بالشهر. و يمكن أن يمارس التجارة كل جزائري أو جزائرية أو حتى أجنب.

- القيام بالنشاط التجاري بنفسه ولحسابه الخاص<sup>2</sup>.

إلى هنا الأمر لا يثير أي إشكال إذا طبقناه على التاجر الالكتروني، لكن هناك شكلين لممارسة النشاط التجاري، وهما التاجر القار والتاجر المتنقل، فالأول هو التاجر الذي يمارس نشاطه في مكان معين ومحدد، والثاني هو التاجر الذي لا يعرف مكانا محددا، ويختلف الأول عن الثاني في بعض الالتزامات الواقعة على عاتقهما وحتى في العقوبات التي تترتب على عدم قيدهما في السجل التجاري<sup>3</sup>.

أخذا بهذه الأشكال نتساءل عن مركز التاجر الالكتروني ولأي طائفة ينتمي؟

إذا أخذنا بمفهوم التاجر القار فلا تنطبق شروطه على التاجر الالكتروني لإمكانية قيام هذا الأخير بنشاطه دون وجود محل-عقار-، وكذا ممارسته لنشاطه من أي مكان. وإذا أخذنا بمفهوم التاجر المتنقل كذلك لا ينطبق على اعتبار أن التاجر الالكتروني له عنوان تجاري ثابت في فضاء افتراضي على الشبكة وهو ما يسمى باسم النطاق كما سنراه لاحقا.

حتى بالنسبة لكيفية وإجراءات التسجيل في السجل التجاري فالمشرع يشترط على التاجر القار تقديم عقد ملكية المحل أو الإيجار، أما التاجر المتنقل تقديم البطاقة الرمادية للسيارة عوض عقد الملكية أو إيجار المحل، و ماذا سيقدم التاجر الالكتروني وهل سيقبل منه تقديم شهادة إقامته للموقع على الشبكة ومن أين يتحصل عليها؟

(1) كالجمع بين المهن وحالات الحكم في بعض الجرائم

(2) طبقا لنص المادة 38 من قانون 08/04 مؤرخ في 14 أوت 2004 يتعلق بشروط ممارسة النشاطات التجارية، ج ر ج ج عدد 2004/52، المعدل والمتمم.

(3) مثلا تنص المادة 32 من قانون 08/04 على انه يعاقب التجار الذين يمارسون أنشطة تجارية غير قارة دون التسجيل في السجل التجاري بغرامة من 5000 إلى 50000 دج، أما القار الذي يمارس نشاطه دون التسجيل في السجل يعاقب بغلق المحل وغرامة بين 10000 و 100000 دج.



كذلك، إن مصالح التسجيل في السجل التجاري هي مصالح إدارية تعدد بالوثائق الورقية فقط، وعليه، يبقى هذا الأمر غير وارد -على الأقل حاليا- فعليه لا يمكن للتاجر أن يقوم بالقيد في السجل التجاري كي يمارس تجارة الكترونية محضة<sup>1</sup> بل لا بد أن يسجل نفسه بنفس شروط التاجر التقليدي أي باعتبار أنه سيقوم بتجارة تقليدية ويكون له بعد ذلك مزاوله تجارة مختلطة -الالكترونية وتقليدية-. بالمقابل التاجر الالكتروني ملزم بفتح مواقع على الانترنت ولا يقبل القانون التجاري ضبط أي إجراء في هذا الخصوص.

### ثانيا: الأعمال التجارية الإلكترونية

إن مصطلح التجارة الالكترونية يتعلق بالأعمال التجارية على النحو الذي جاء في القانون التجاري ومن ثمة تخضع الأعمال التجارية الالكترونية للأسس القانونية في شأن نظرية الأعمال التجارية بوجه عام.

حتى بالنسبة للقوانين التي جاءت بتنظيم التجارة الالكترونية لم تبين الأعمال التجارية الالكترونية بل اكتفت بذكر أنها تتم بالوسيلة الالكترونية أو عبر المبادلات الالكترونية فمثلا بالنسبة للقانون التونسي المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية يعرف في فصله الثاني التجارة الالكترونية على أنها العمليات التي تتم عبر المبادلات الالكترونية، دون تحديد لهذه العمليات. عليه، هناك من يرى<sup>2</sup> أن مفهوم التجارة الالكترونية لا يقتصر على عمليات البيع والشراء المتمتعة بالصفة التجارية بل يقصد بها كل المعاملات المالية التي تتم الكترونيا سواء تمتعت بالصفة التجارية أم لا.

أما حسب القانون الجزائري فالأعمال التجارية لن تخرج عن إطارها العام المنصوص عليه في القانون التجاري، فنجد أن المشرع قام بسرد هذه الأعمال التجارية في المواد من 02 إلى 06، وهناك أعمال إعتبرها تجارية بحسب موضوعها وأخرى بحسب شكلها بغض

(1) أي أن الصفة التجارية تتم جميع أطوارها عبر الوسيلة الالكترونية، وأن مختلف أنواع التعاملات بين الأطراف المشاركة في هذه التجارة تتم بوسائل إلكترونية بدءا من تبادل البيانات عبر البريد الإلكتروني بين المتعاملين، أو التفاوض التجاري، أو تطابق الإيرادات، أو إصدار الفواتير إلكترونيا، أو التعاملات المصرفية الإلكترونية ... الخ.

(2) محمد المرسى زهرة، الحماية المدنية للتجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص10.

وسنحاول التطرق لهذه الأعمال ومدى إمكانية أن تتم الكترونيا.

الأعمال التجارية حسب المادة 02 من قانون تجاري جزائري هي أعمال تجارية :  
أ-بحسب الموضوع:

### 1- الأعمال المنفردة: تتدرج ضمنها :

- أن تتم عملية الشراء: وهو كل كسب لملكية بمقابل ولو تمت مرة واحدة ، فالشراء عنصر جوهري لإعتبار العمل تجاريا ، فبيع منقول حصل عليه الشخص بالهبة او عن طريق الإرث لن يكون عملا تجاريا.

- أن يرد الشراء على منقول أو عقار: حسب المادة 01/02 قانون تجاري جزائري يقع الشراء على منقول وبيعه سواء تم تحويله أو تصنيعه أو إعادة تهيئته أو على هيئته الأصلية يعد عملا تجاريا، أما العقار فقد كان لا بد أن يشتري كي يباع كما هو دون تحويله ثم عاد وتراجع المشرع بعد 1993 و أجاز تهيئة العقار وتحويله ثم بيعه، كذلك لم يشترط الشراء بل الاقتناء، بل حتى تأجير العقار بعد اقتنائه وتهيئته يعد عملا تجاريا.

200

- أن يكون القصد من الشراء هو إعادة البيع: وهو انصراف نية الشخص عند شراء الشيء أو المال إلى إعادة بيعها ، بحيث يجب أن يتوفر القصد قبل الشراء أو أثناءه وليس بعده بغض النظر عن إذا تم البيع فيما بعد أو لا .

- أن يكون الهدف من الشراء لأجل البيع هو تحقيق الربح : وهو شرط بدعي بالنظر للغرض من التجارة المتمثل في تحقيق الربح سواء تحقق أو لا.

بالنسبة لهذا النوع من الأعمال يمكن أن يتم الكترونيا ويكفي أن يتم الشراء أو البيع الكترونيا كي يكون عملا تجاريا الكترونيا وذلك دون أن يخلق مشاكل إذا كان محل التعامل منقولاً أما إذا كان عقارا ، هنا لا يمكن أن يتم العمل الكترونيا لأن وبحسب القانون الجزائري يشترط في التعامل في العقار ركن الشكل وهو الرسمية في العقود<sup>1</sup> .

منه تستنتج وتستبعد التصرفات الواقعة على العقارات من طائفة الأعمال التجارية الالكترونية لعدم إمكانية إجرائها قانونا.

## 1-2 الأعمال المصرفية:

وهي كل الأعمال التي تقوم بها البنوك ، وحسب الأمر 11/03 المؤرخ في 11 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض ، فإن البنك شخص معنوي مهمته الرئيسية إجراء العمليات المصرفية وتتمثل أهمها في تلقي الأموال من الجمهور وعمليات القرض ووضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل<sup>2</sup>.

تعتبر أعمال البنوك أعمالا تجارية دائما بالنسبة للبنك، أما العميل فيعتبر العمل تجاريا إذا كان هذا الأخير تاجرا أو مدنيا إذا كان هذا الأخير كذلك.

فالبنوك تسعى لتحقيق الربح ولها دور حيوي في تداول النقود والصكوك، والطابع التجاري يمتد إلى جميع عملياتها بما في ذلك إصدار خطابات الضمان وكذا الأوراق التجارية أو حتى أعمال الصرف.

(1) وهذا ما لا يمكن تحقيقه في القانون الجزائري باعتبار عدم إمكانية انعقاد عقد رسمي الكترونيا في الجزائر كما

سندرسه لاحقا.

(2) وهو نص المادة 66 من الأمر 11/03 المؤرخ في 11 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض

وأعمال الصرف أو الصرافة تتمثل في مبادلة عملة بأخرى<sup>1</sup> وهي محتكرة من طرف البنوك<sup>2</sup> على عكس التشريع المصري مثلا الذي يسمح للخواص بالتعامل في مجال النقد الأجنبي شريطة الحصول على ترخيص من محافظ البنك المركزي<sup>3</sup>.

بتطبيق هذا الأمر على التجارة الالكترونية نجد أمرين:

- ظهور مفهوم البنوك الالكترونية ، وان كان في الحقيقة ليست بنوكا بالمعنى الحقيقي والواقعي بل أنظمة من خلالها يتم تحويل الأموال الكترونيا بالإضافة لتقنيات الدفع الالكتروني والتي قبلتها الجزائر كما جاء في النظام الصادر عن البنك المركزي الجزائري 06/05 الصادر سنة 2006 باعتماده وسائل الدفع الالكترونية. وبالنسبة للبنوك الجزائرية سمحت بإجراء التعاملات الكترونيا وذلك بموجب المادة 69 من الأمر 11-03 وذلك من خلال عبارة "... مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل" هذا ما يؤكد إذا قبل الدعامة الالكترونية في الأعمال المصرفية من جانب البنوك التجارية.

- من جهة أخرى فالتاجر الذي يتعامل مع البنك يعد عمله تجاريا ويمكن أن يكون الكترونيا بحسب وسيلة التعامل خاصة بعد أن أصدرت البنوك البطاقات الرقمية للسحب والدفع.

### 1-3 عمليات السمسرة أو الوساطة:

السمسرة هي تقريب بين طرفي العقد مقابل أجر يكون نسبة مئوية من قيمة الصفقة ، ولا يعتبر السمسار طرفا في العقد ولا يسمح له أن يشتري الأموال المعهودة إليه سواء بنفسه أو باسم مستعار طبقا للمادة 411 قانون تجاري جزائري.

(1) جاء هذا النوع من الأعمال في قانون 09/91 المؤرخ في 14 أوت 1991 المتعلق بقواعد الصرف وشروطه بحيث تنص المادة 01 منه على: " يقصد بالصرف كل تبادل بين العملات الصعبة والدينار أو العملات الصعبة فيما بينها".

(2) المادة 72 من الأمر 11/03 التي تنص: " يمكن للبنوك والمؤسسات المالية أن تجري العمليات التابعة لنشاطاتها كالعمليات التالية:.....عمليات الصرف..."

(3) فقد أورد المشرع المصري في قانون 88/03 انه لمحافظ البنك المركزي ان يرخص بالتعامل في النقد الأجنبي لشركات الصرافة وجهات مرخص لها يحدد مجلس الإدارة للبنك المركزي قواعد وإجراءات هذا التعامل، أنظر في ذلك محمد مدحت عزمي، مرجع سابق، ص102.

يعد هذا العمل تجاريا حسب المادة 13/02 مهما كانت طبيعة الصفقة إما كون السمسار محترفا في هذا العمل أو لا ، وهنا لا يطرح المفهوم الالكتروني اي مشكل على اعتبار السمسار محل عمله هو تقريب بين طرفي العقد مقابل مال وهذه العملية لا يوجد ما يمنع أن تتم الكترونيا بل بالعكس يعتبر الفضاء الالكتروني الأنسب والأكثر سرعة و أوسع مجالا من التطبيق التقليدي.

#### 1-4 النشاط البحري:

حسب المادة 04 و 05 و 06 قانون تجاري جزائري فإن كل شراء أو بيع لعتاد السفينة يعد عملا تجاريا، كذلك بالنسبة لأجور العمال والرحلات البحرية... الخ ، و يمكن أن تتم الكترونيا.

#### 2- الأعمال في شكل مقالة

وهي تلك المشروعات التي تنظم لمباشرة أنشطة اقتصادية سواء كانت صناعية أو تجارية أو زراعية أو خدمات ، وذلك بتواجد عناصر مادية (رأسمال) وأخرى بشرية وهم العمال ، ويجب أن يتوفر في هذا التنظيم عنصر الاحتراف والمضاربة، فالعمل في شكل مقالة يشترط:

- تكرار العمل والاعتياد عليه.
  - وجود تنظيم يهدف للقيام بهذا العمل على نحو مستمر.
  - تكون التنظيم من أموال وعمال.
- وقد نصت المادة 03/02 إلى 13 قانون تجاري جزائري على المقاولات التي تكون تجارية وهي كالآتي:

- مقالة تأجير المنقولات والعقارات، بالنسبة لهذا النشاط التأجير على المنقولات يمكن أن يتم الكترونيا أما على العقارات لا يمكن. مقالة الإنتاج أو التحويل أو الإصلاح، يندرج هذا النوع في إطار الصناعة بحيث يتم إنتاج مواد نصف مصنعة أو كاملة الصنع أو تحويل المواد الأولية إلى سلع صالحة الاستهلاك أو إصلاح الأشياء وذلك بغض النظر عن مصدر المواد المنتجة سواء كانت ملك للتجار أو لغيرهم المهم أن تتم في شكل مقالة. هذا المجال هو عملي بحت يقوم على الصناعة والتحويل والتصليح ولا مجال لأعمال الوسيلة الالكترونية

فيه فلا يمكن تصور مثل هذه المقابلة تتم الكترونيا معاد الاتفاقات حول جلب المواد الأولية أو بيع السلع، أما النشاط في حد ذاته فلا يمكن أن يكون الكترونيا.

- مقابلة البناء والحفر أو تمهيد الأرض، كذلك الأمر هي أعمال لا تقبل الشكل الالكتروني.

- مقابلة التوريد والخدمات، ومقابلة التوريد تتمثل في التزام المقاول بتقديم سلع للغير بصفة منتظمة ومستمرة، أما مقابلة الخدمات هي كل أعمال استثمار خدمات كالفنادق مثلا ، كلا المقاولتين ممكن تسييرهما الكترونيا.

- مقابلة استغلال المناجم أو المناجم السطحية أو مقالع الحجارة أو منتوجات الأرض الأخرى ، غير ممكن تصورها الكترونيا.

- مقابلة بيع السلع الجديدة بالمزاد العلني بالجملة أو الأشياء المستعملة بالتجزئة .

- مقاولات صنع أو شراء أو إعادة بيع السفن الملاحية البحرية.

هذه الأعمال التجارية بحسب الموضوع لا يوجد ما يمنع أن تكون الكترونية إلا إذا كانت طبيعة العمل في حد ذاته لا تقبل ذلك ،أو لأنها تشترط الرسمية.

#### ب- الأعمال التجارية بحسب الشكل:

وهي أعمال مذكورة على سبيل الحصر منصوص عليها في المادة 03 قانون تجاري

جزائري تتمثل في: -التعامل بالسفتجة بين الأشخاص : متى ما تم التعامل بالسفتجة فان العمل تجاري حتى وان كان الأشخاص المتعاملين بها مدنيين، وهذا العمل يمكن ان يتم الكترونيا<sup>1</sup>.

-وكالات ومكاتب الأعمال مهما كان هدفها: هي مكاتب تؤدي خدمة للجمهور لقاء أجر معين بذلك يمكن أن تؤدي هذه الخدمة الكترونيا.

- العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية: المقصود بذلك تلك التي تتعلق بالمحل والقاعدة التجارية وكان يمكن أن تتم الكترونيا قبل 2005 ، لكن بعد هذا التاريخ أصبح المشرع يشترط أن تتم هذه العمليات بصفة رسمية سواء كان بيعا أو إيجارا أو أي نوع من التصرفات وهذا ما لا يمكن أن يتم الكترونيا.

(1) ولقد سبق وأن تعرضنا إلى مفهوم السفتجة الالكترونية، أنظر ص 74 و ما بعدها من هذا العمل.

- كل عقد تجاري يتعلق بالتجارة البحرية والجوية: كل عقد تجاري بحري أو جوي يعتبر عملا تجاريا بغض النظر عن طبيعة العقد أو موضوعه والقائم به فيكفي أن تتخذ التجارة البحرية أو الجوية شكل العقد ليكون عملا تجاريا. وإذا حاولنا تطبيق هذا المفهوم على الفضاء الالكتروني فلا بد أن نعود للقواعد العامة في شأن التعاقد، لنجد أنه ممكن كما سبق الإشارة إليه.

- الشركات التجارية : بالعودة للقانون الجزائري وفي مسألة إمكانية إنشاء شركة الكترونية نجد أن الشركة المدنية يمكن ذلك على أساس أن جميع أركانها يمكن أن تتحقق الكترونيا بعدما سمح المشرع ضمنا بالتعاقد الكترونيا سواء أركانها العامة من تراضى أو محل أو سبب إلى جانب الكتابة والتي لم يشترط المشرع أن تكون رسمية ، وشروطها الموضوعية الخاصة والمتمثلة في تقديم الحصص ونية المشاركة و اقتسام الأرباح والخسائر وركن تعدد الشركاء والتي يمكن ان تتم الكترونيا . بينما الشركة التجارية لا يمكن تأسيسها على اعتبار أنها تشترط شروطا أخرى شكلية <sup>1</sup> ، والإجراءات الشكلية تعتبر أركانا أساسية لا يمكن مخالفتها على أساس أنها جاءت تحت طائلة البطلان .

فبالنسبة للكتابة الرسمية و بعد 2007 هناك غموض فالمشرع الجزائري انشأ هيئة تؤدي خدمات التصديق الالكتروني و هي كل شخص في مفهوم المادة 08/08 من قانون 2000-03 المتعلق بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية والذي يسلم شهادات الكترونية أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الالكتروني. التصديق الذي تقوم به رسمي لكن لم يعطيها صلاحية إبرام العقود هذا من جهة من جهة أخرى لم يقر بتعديل قانون التوثيق، على عكس المشرع الفرنسي الذي يسمح للموثقين بإبرام عقود عبر الشبكة . بالتالي لا يمكن الحديث في القانون الجزائري عن إبرام عقد الكتروني رسمي عبر الشبكة.

مع الملاحظة أنه بالنسبة لشرط القيد في السجل التجاري أي إيداع العقود التأسيسية و العقود المعدلة للشركات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري لكي تتمتع بالشخصية المعنوية الذي أصبح ممكنا الكترونيا طبقا للمادة 05 مكرر من قانون 13-06 المتعلق

(1) المواد 545 و 548 ت ج.

بشروط ممارسة الأنشطة التجارية<sup>1</sup> ، وقد بدأ العمل بها كتجربة في الجزائر العاصمة فقط منذ مارس 2014 على أن تعمم على كامل التراب الوطني ابتداء من جوان 2014. لكن يمكن للشركة التجارية أن تباشر أعمالها الكترونيا.

### ج-الأعمال التجارية بالتبعية:

حسب نص المادة 04 قانون تجاري جزائري يعد عملا تجاريا بالتبعية الأعمال التي يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة تجارته أو لحاجات متجره والالتزامات بين التاجر ، فهي أعمال مدنية بطبيعتها ولكنها تعد تجارية لاتصالها بالتاجر أي صدورها من تاجر تلبية لحاجاته التجارية. قد تتخذ هذه الأعمال شكل عقود ، وكل عقد-باستثناء المتعلقة بالتجارة البحرية والجوية التي تعد تجارية بحسب الشكل- ابرم من تاجر من اجل تلبية حاجات تجارية يعد عملا تجاريا بالتبعية<sup>2</sup>.

المبدأ يمكن أن تتم هذه الأعمال الكترونيا ماعدا ما تشترط الرسمية ك شراء عقار لمزاولة التجارة فيه ، معاد ذلك يمكن أن يتم الكترونيا ك شراء أثاث مثلا أو إجراء تأمين... الخ . كما يمكن أن تتخذ هذه الأعمال شكل التزامات غير تعاقدية عليه تعتبر أعمالا تجارية بالتبعية الالتزامات الناشئة عن المسؤولية التقصيرية والناشئة عن الإثراء بلا سبب كتدخل فضولي لدفع دين للتاجر لتجنب شهر إفلاسه. والمبدأ أيضا انه لا يوجد ما يمنع ان يتم ذلك الكترونيا بدفع شيك الكتروني مثلا أو عن طريق تحويل مال الكترونيا. ختاماً نقول انه باستثناء الأعمال التي ترفض إتمامها الكترونيا بطبيعتها فكل الأعمال الأخرى ممكن أن تتم الكترونيا طالما لا يوجد نص يمنع ذلك<sup>3</sup> أو اشتراطها للرسمية.

(1) " يمكن القيد في السجل التجاري بالطريقة الالكترونية"

(2) إلا ما استثنى بنص خاص كعقد كفالة دين تجاري ، عقود العمل التي يبرمها التاجر فهي تخضع لقانون العمل،

القرض بين التاجر والمدني أما إذا كان بنكا فيكون عمل تجاري بحسب الموضوع.

(3) مثلا ما استثنته المادة 02 من القانون البحريني المتعلق بالمعاملات الالكترونية بنصها :"

1 تسري أحكام هذا القانون على السجلات والتوقيعات الإلكترونية .

2 يستثنى من أحكام هذا القانون ما يلي :-

أ- كافة المسائل التي يعقد الاختصاص بشأنها للمحاكم الشرعية طبقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم (13) لسنة 1971 بشأن تنظيم القضاء وتعديلاته .

ب- مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين مثل الزواج والطلاق والحضانة والتبني والميراث وإنشاء الوصايا وتعديلها ج- المعاملات والتصرفات التي يشترط القانون للاعتداد بها أن تكون مثبتة في محررات رسمية .



أما على المستوى الدولي ، توجد تقسيمات عدة للتجارة الالكترونية، فهناك من يقسمها بالنظر لنوع البضاعة أو الخدمة، تقسيم آخر حسب موقف أطراف المعاملة، وأخيراً تقسيم حسب أطراف المعاملة<sup>1</sup> وهو التقسيم الأكثر شيوعاً<sup>2</sup>.

#### د - السندات القابلة للتداول .

هـ - سندات الملكية ، فيما عدا تلك المنصوص عليها في المادة (20) من هذا القانون .

(1) بحسب نوع البضاعة تقسم التجارة الالكترونية الى : تجارة البضائع الطبيعية وهي التجارة التي لا يمكن تسليمها عبر وسائل الاتصال الحديثة، نظراً لمحلها المادي ، وتجارة بضائع رقمية أو ما يسمى بالتجارة الالكترونية البحتة وهي تجارة في العادة محلها خدمات يمكن تسليمها من خلال شبكة المعلومات دون الحاجة للانتقال ، أنظر في ذلك :د/ طاهر شوقي مؤمن، مرجع سابق، ص 14. أما التقسيم الذي يعتمد على موقف اطراف المعاملة نجد فيه تجارة مباشرة وهي التي يتم فيها طلب المنتجات والخدمات ودفع قيمتها وتسليمها بطريقة الكترونية سواء كانت التجارة بين المنتج او الموزع او المستهلك النهائي ، أما التجارة المغلقة هي التي يتم بين شركات غير انها تتميز بمحدودية اطراف التعامل فلا يسمح لشركة خارج نطاق الاتفاق بالدخول او الاطلاع على تفاصيل الصفقات، أنظر في ذلك :د/قديري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص298.

(2) يقتضي تصنيف التجارة الالكترونية بحسب أطراف المعاملة تقسيمها كما يلي:

- **تجارة إلكترونية بين الشركات** : يرمز لهذا النوع من التجارة الإلكترونية اختصاراً بـ B2B ويقصد بها تلك المعاملات التجارية التي تتم بين المنشآت التجارية مع بعضها البعض، باستخدام شبكة اتصالات وتكنولوجيا المعلومات، ويشهد الواقع على أن الغالبية العظمى من معاملات التجارة الإلكترونية تتم بين المشروعات التجارية الدولية ، على أساس أن هذه الشركات قد قامت ببناء هياكل دولية خاصة بها، وهذا النوع من التجارة الإلكترونية يعتمد عادة على اتفاقات التبادل الإلكتروني للبيانات

- **تجارة إلكترونية بين الشركات والمستهلكين** : يرمز لهذا النوع من التجارة الإلكترونية اختصاراً بـ B2C ويطلق عليها إسم التسوق الإلكتروني ، وقد تسمى بإسم تجارة التجزئة الإلكترونية وتتوجه نحو المستهلك في متاجر إلكترونية افتراضية على شبكة ويب ، ويبلغ حجم هذه التجارة حوالي 15 % من حجم التجارة الإلكترونية الإجمالية في الوقت الراهن<sup>2</sup> . وهذه تشمل نشاطات بيع التجزئة ، والتي غالباً تفرز علاقات بين المؤسسات التجارية والمستهلكين، ولا شك أن هذا النوع من التجارة يتيح لأي متجر على الإنترنت، أن يعرض الكatalog الإلكتروني الخاص به على مستخدمي الإنترنت، حيث يستطيع هؤلاء التجول داخله واختيار السلعة أو الخدمة وإكمال الصفقة إلكترونياً، ومن ثم دفع الثمن باستخدام وسيلة من وسائل الدفع الإلكتروني مثل بطاقات الائتمان أو الشبكات الإلكترونية، أو بأية طريقة أخرى، نتيح حفظ المعلومة على وسيط أيا كان نوعه.

- **تجارة إلكترونية بين المستهلكين** : وقد ظهر هذا النوع من التجارة الإلكترونية مع انتشار استخدام الإنترنت وتطور التقنيات الحديثة، ومثال هذا النوع هو المعاملات التي تتم من خلال المتجر الإلكتروني ، حيث يقوم المستهلك بتقديم البضائع في المزداد؛ لكي يزايد المستهلكون الآخرون على ثمنها، ويقوم الرف الإلكتروني بالخدمة كوسيط يتيح للعملاء وضع بضائعهم للبيع على موقعه. ومن أمثلته مجلة الوسيط الإعلانية التي حازت شهرة في مختلف الدول العربية، فمن خلال موقعها على الإنترنت أتاحت للأفراد إضافة إعلاناتهم التجارية التي تتضمن شراءً أو بيعاً أو تبادل السلع أو المنتجات أو الخدمات.

## الفرع الثاني

### المحل التجاري وفكرة المتجر الالكتروني

إذا كان المفهوم القانوني للمحل التجاري هو مجموع الأموال المنقولة والتي تخصص لمزاولة تجارة معينة، فهل يصلح هذا المفهوم للتطبيق على المتجر الالكتروني أم أن هذا الأخير لا يحتاج إلى هذا المفهوم الكلاسيكي و بالتالي يستقل بمفهوم جديد؟

عندما نتحدث عن المتجر الالكتروني كظاهرة مستحدثة، لا نملك إلا ما تعطيه لنا هذه الظاهرة من أدوات ومفردات أصيلة بها، نستخدمها في دراسة تلك الظاهرة وتحليلها وننتهي في الأخير، إما إلى ضرورة وضع نظام جديد يتوافق والظاهرة المستحدثة كي يساعدها على التطور، أو ينتهي بنا المطاف إلى البحث عما هو قائم من نظم قادرة على استيعاب الظاهرة المستحدثة وتنظيمها مع بعض التعديلات إذا استلزم الأمر ذلك .

عليه سننطلق من معطيات قائمة وهي تعداد عناصر المحل التجاري التقليدي (أولاً)، ثم تطبيقها على المحل الالكتروني (ثانياً)، لننتهي في الأخير لدراسة عنصر ينفرد به المحل الالكتروني وهو اسم النطاق (ثالثاً)، وهناك من يرى أن هذا العنصر تنصهر فيه جميع العناصر الأخرى المشكلة للمحل التجاري التقليدي ، وبالتالي يبقى العنصر الوحيد للمتجر الالكتروني.

#### أولاً: عناصر المحل التجاري التقليدي:

لم تظهر فكرة المحل التجاري كمجموع واحد قائم بذاته ، له كيان مستقل عن العناصر المكونة له إلا في أواخر القرن التاسع عشر في القانون الفرنسي حينما صدر قانون ضريبي في 27 فيفري 1872 بشأن فرض ضرائب على بيع المحلات التجارية، إذ قرر التشريع أن الضريبة تشمل الثمن المتفق عليه لسمعة المحل والحق في الإجارة ، فضلاً عن المنقولات المعدة للاستغلال التجاري، وهو ما يعني تمييز لكل العناصر المادية والمعنوية المكونة للمحل التجاري ، بل وأهمية هذه الأخيرة وتفوقها على الأولى<sup>1</sup>، بعد أن كانت فكرة المتجر

(1) د/ حسين الماحي، مرجع سابق، ص310.

قديمًا تتصرف إلى مجموعة الأموال المادية التي يمارس بها صاحب المتجر تجارته<sup>1</sup>. بهذا تحولت النظرة للمحل التجاري إلى اعتباره منقولاً معنوياً منفصلاً عن الأموال المستخدمة في التجارة ويشمل عناصر مادية ومعنوية مخصصة لمزاولة التجارة. فهو إذن حسب القانون التجاري "مجموعة من الأموال المنقولة تخصص لمزاولة تجارة معينة ويجب أن تتضمن عنصراً الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية".

يتكون المحل التجاري من عناصر ومقومات معنوية وأخرى مادية، وتعد العناصر المعنوية أهم ما يتوقف عليه المحل لما لها من أهمية بالغة في جلب العملاء إلى المحل<sup>2</sup>. تتمثل هذه العناصر في : الإتصال بالعملاء، السمعة التجارية، الاسم والعنوان التجاري، السمعة التجارية، الحق في الإيجار، حقوق الملكية الأدبية والفنية... كعناصر معنوية، وعنصر البضاعة والخدمة، العقار... كعناصر مادية.

كل هذه العناصر التي تتوفر في المحل التجاري التقليدي يمكن أن تتحقق في المتجر الإلكتروني لكن بشكل مختلف وبأهمية مختلفة.

### ثانياً: تطبيق مفهوم المحل التجاري التقليدي على المتجر الإلكتروني وتحديد

#### العنصر الجوهري في المحليين:

يتوقف البحث عن العنصر الجوهري في المحل التجاري على نوع التجارة بحد ذاتها ، إلا أنه كان عنصر الاتصال بالعملاء في الماضي كأهم عنصر يحتل مكاناً بارزاً في النظام القانوني للمحل حتى أنه كاد يمزج بين المحل وعنصر الاتصال بالعملاء<sup>3</sup>.

(1) د/ محمد مدحت عزمي، مرجع سابق، ص 277.

(2) وهذا ما جاء به نقض لمحكمة النقض المصرية في 27 فيفري 1991 ، حيث قضت بـ : "والمقومات المعنوية وإن كانت عماد فكرة المحل التجاري وأهم عناصره إلا أنه لا يلزم توافرها جميعاً لتكوينه ، بل يكفي بوجود بعضها عدا العنصر الرئيسي الذي لا غنى عن توافره لوجود المحل التجاري وهو عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية باعتباره المحور الذي تدور حوله العناصر الأخرى"، أنظر في ذلك، د/ محمد مدحت عزمي، مرجع سابق، ص 283.

(3) كان القضاء الفرنسي قد تبنى لأول مرة مفهوم المتجر واقتصره على عنصر الاتصال بالعملاء ، أي كون هذا العنصر كافياً بذاته لوجود المحل ودونما اعتبار لعناصره الأخرى وكان ذلك بمناسبة قضية في 1937 تلخص وقائعها في اقتصار أحد الأشخاص على تقديم عنصر الاتصال بالعملاء بمفرده كحصة في شركة ذات مسؤولية محدودة ، ثم قام دائن هذا الشخص بمقاضاة الشركة للحصول منها على قيمة دينه المستحق مستنداً على أن المحل التجاري حصة في الشركة ثم دفعت الشركة هذه المطالبة بأن الحصة المذكورة تتعلق بعنصر الاتصال

## أ- عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية :

نقصد بالاتصال بالعملاء هو مجموع العملاء الدائمين الذين يعتادون التعامل مع التاجر بسبب صفات شخصية كاللباقة ، الأمانة ، الإخلاص في إرضاء رغباتهم، وبديهي أنه كلما كثر عدد العملاء الدائمين كلما اتسع نشاط المنشأة وزادت أرباحها، لذلك هناك من يعتبر هذا العنصر جوهرى في المحل التجاري<sup>1</sup>، وطائفة أخرى تنكر جوهرية هذا العنصر بدعوى انه إذا نظرنا للأمر من زاوية المنافسة التجارية، وعلى اعتبار عنصر الاتصال بالعملاء مجموع الأشخاص الذين يتعاملون مع التاجر للحصول منه على حاجاتهم أو الاستعانة بما يقدمه من خدمات لهم، واعتبار المحل التجاري مال منقول فإن المال قيمة إقتصادية قابلة للتقويم ، والعملاء لا يعدون موضوعا للتقويم ولا حق قابل للتنازل عنه، فللعمل كامل الحرية في الشراء من عدمه، وليس للتاجر حق حصري على زبائنه أو احتكار التعامل معهم<sup>2</sup>.

أما السمعة التجارية المقصود منها قدرة المنشأة على جذب العملاء العابرين بسبب ميزة خاصة فيها كحسن الموقع وفخامته أو جمال العرض أو إتقان التنظيم<sup>3</sup>.

- 
- بالعملاء وحسب في حين ان القانون يشترط ان تكون الحصة المحل التجاري برمته، عليه رفض طلبه، لكن محكمة الاستئناف تبنت وجهة نظر الدائن واعتبرت ان عنصر الاتصال بالعملاء بمفرده كافي لتكوين المحل التجاري ، كما أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا القرار استنادا الى انعدام النص التشريعي الذي يحدد مكونات المحل التجاري من ناحية والى ان عنصر الاتصال بالعملاء وان كان من العناصر التي عددها التشريع إلا انه العنصر الوحيد الذي لا يوجد بدونه المحل التجاري، نقض فرنسي في 15 فيفري 1937 ، مشار إليه لدى : عبد الحكم محمد عثمان ، فكرة المحل التجاري، تأثير تطور الأفكار والأساليب التجارية الحديثة، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص142. إلا أن هذا الرأي لم تتبناه المواقف الأخرى فمثلا مؤتمر الموثقين الذي انعقد في سترانسبورغ عام 1962 بشأن النظام القانوني للمحل التجاري رأى أن الاتصال بالعملاء ليس عنصرا مستقلا عن المحل ومن المستحيل مسبقا تحديد طبيعة وأهمية العناصر التي تكفي للاحتفاظ بهذا الاتصال، كل ما في الأمر أن الاتصال بالعملاء يمثل الدليل على وجود المحل، بل هناك من أنكر اتصال عنصر الاتصال بالعملاء بتركيب المحل واعتبره صفة للمتجر، انظر في ذلك:د/محمد مدحت عزمي، مرجع سابق، ص284.
- (1) وهو ما موقف المشرع الجزائري الذي يفهم من خلال المادة 78 من القانون التجاري الجزائري بنصها على: "...ويشمل المحل التجاري إلزاميا عملاء وسمعته..."
- (2) د/ حسين الماحي ، مرجع سابق، ص 318.
- (3) هذا التعريف جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة المصري، أنظر في ذلك د/محمد مدحت عزمي، مرجع سابق، ص286.

بتطبيق هذه المعطيات على المتجر الإلكتروني نجد أن عنصر الاتصال بالعملاء القائم على صفات شخصية للتاجر لا يتوفر في المتجر الإلكتروني على اعتبار عدم التقاء التاجر والزبون ماديا، مما يحول دون اعتبار عنصر الاتصال بالعملاء عنصرا مهما في المتجر الإلكتروني. بل حتى بالرجوع للمحلات التقليدية نجد تقلص دور صفات التاجر الشخصية ففي المحلات التجارية الكبيرة مثلا توفر للزبائن خدمة جديدة وهي خدمة الزبون لنفسه . أما السمعة التجارية فالأمر سيان بين المحليين-التقليدي والإلكتروني- بل أن هذا الأخير يكون فيه القدرة على جذب الزبائن أكبر للتقنيات التي يتيحها الفضاء الإلكتروني من جمال وإتقان وفخامة ، لكن المشكل هو مدى صحة هذا الوصف.

### ب- عنصر الاسم التجاري والسمعة التجارية:

وهي من العناصر المعنوية ، ويلتزم التاجر باتخاذ أسم تجاري سواء كان التاجر شخصا طبيعيا أو معنويا ، فمن الواجب استخدام اسم تجاري يتميز به المحل عن سائر المحلات التجارية المماثلة ، بل يجوز استخدام الاسم التجاري حتى في تمييز المنتجات ويعتبر الاسم التجاري في هذه الحالة علامة تجارية متى توفرت له الشروط القانونية للعلامات التجارية المميزة للسلع والخدمات. وإذا كان القانون يلزم التاجر باتخاذ اسم تجاري فإنه لا يلزمه باتخاذ سمة تجارية<sup>1</sup>. و بالنسبة للمحل الإلكتروني نجد نص في العقد النموذجي الفرنسي<sup>2</sup> يقتضي بأنه يتعين على المتجر الافتراضي احترام الشروط التالية: تحديد إسم الشركة، مقرها، أرقام التلفون...الخ. إذن حتى للمتاجر الإلكترونية إسم تجاري.

### ج - عنصر الحق في الإيجار:

يدخل ضمن العناصر المعنوية التي يجوز أن يتضمنها المحل التجاري، وإذا كان لهذا

(1) يقصد بالسمعة التجارية أو العنوان التجاري كل تسمية تنطوي على الجودة، ومؤثرة على العملاء فتجذبهم إلى التعامل وقد تكون هذه السمعة من شكل متفرد أو لون معين ، ويقوم التاجر بوضع هذا الرمز أو الشكل على واجهة متجره لكي يتميز عن المتاجر المماثلة له بمجرد النظر الى الرمز، في حين أن الإسم التجاري يمكن أن يتضمن الاسم الشخصي للتاجر.

(2) العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية بين التجار والمستهلكين ، وذلك بموافقة كل من مكتب غرفة التجارة والصناعة في باريس في 20 أبريل 1998 واللجنة القانونية للجمعية الفرنسية للتجارة والمبادلات الإلكترونية في 04 ماي 1998 .

العنصر أهمية في المحل التقليدي لكون المكان الذي يتم فيه استغلال المحل في منطقة مليئة بالحركة ، هذا العنصر ليس له أدنى أهمية في المحل الإلكتروني فهو ينافس الغير في فضاء افتراضي لا يحتاج فيه لايجار محل في مكان مهم.

#### د- عنصر السلع والخدمات:

وهو من العناصر المادية وهي عناصر ذات قيمة كبيرة في بعض المتاجر أما مسألة كونها عنصرا جوهريا في المحل التجاري مستبعدة في الحالتين، فبالنسبة للمحل التقليدي لا تعد عناصر أساسية بالنظر لنص المشرع على جواز أن يتضمنها المحل<sup>1</sup>. هذا إن كان محل التجارة ماديات، أما إذا كان المحل يقدم خدمة و الخدمة شيء معنوي.

بتطبيق هذا المفهوم على المتجر الإلكتروني، فالأمر ذاته إذا كان محل التجارة خدمات ، أما إذا كان ماديات فالأمر كذلك لا يعد أساسيا بل يمكن أن لا يحتوي أصلا عليها ، فالتاجر يعرض صوراً أو فيديو أو إعلان خاص بسلعة معينة ولو لم يصنعها بعد، وهو الأمر الذي تفعله العديد من المؤسسات التجارية حيث لا تتولى التصنيع إلا بعد تسلم الطلبية.

#### هـ- عنصر العقار:

وهو عنصر مادي، وهناك من يدخل العقار في تكوين المحل كعنصر يحقق الهدف من الاستغلال التجاري ، إلا أنه لا نستطيع تأكيد ذلك بدعوى وجود تجار متجولين أو متقلين، وحتى إن سلمنا بضرورة وجوده في المحل التقليدي فالأمر لن يكون كذلك في المحل الإلكتروني لأن هذا الأخير يقوم بعرض تجارته في موقع افتراضي ولا يحتاج لعقار إلا إذا كان مصنعا أو مخزنا، من جهة أخرى أن كان محل التجارة تقديم خدمات لا يحتاج مطلقا إلى عقار.

وعليه بالنسبة للعناصر المادية لا تعتبر أساسية وليس لها أية أهمية في تكوين المحل الإلكتروني ، بل يمكن أن ينشأ بدون وجودها أصلا.

#### ثالثا: اسم النطاق الخاص بالمتجر الإلكتروني-المتجر الافتراضي:-

يعرّف المتجر بأنه مجموعة عناصر مادية وغير مادية تهدف إلى ممارسة مهنة تجارية . فهل ينطبق التعريف التقليدي للمتجر على المتجر الإلكتروني أم هناك فارق بينهما ؟

(1) انظر المادة 78 ق ت ج

لا شك أن المتجر الإلكتروني يختلف في عناصره وحقيقته وطريقة ارتياده عن المتجر التقليدي فهو عبارة عن: " متجر افتراضي يتكون من خلال امتلاك موقع إلكتروني على شبكة الإنترنت بهدف ممارسة مهنة تجارية (بيع وشراء للسلع والخدمات وتبادل المعلومات والأموال) <sup>1</sup>. إذن المتجر الإلكتروني هو شكل متطور للمتجر ويندرج في سوق إلكترونية ويتعامل مع الزبائن بصورة إلكترونية أيضاً، فلا حاجة في المتجر الافتراضي الرقمي للأثاث والتجهيزات والديكور إلا إذا اعتبرنا أن التصميم الإعلاني للموقع هو شكل من الديكور لهذا المتجر ( خلفية شاشة، صور متحركة، موسيقى مرافقة ... ).

يمكن تعريف المتاجر الإلكترونية على أنها " مكان على الإنترنت يمكن زيارته باستخدام برامج استعراض، وكل موقع له عنوان خاص به يدعى URL ، أي أنها مجموعة من البيانات والمعلومات المخزنة على جهاز حاسب خادم متصل بالشبكة، يعرض معلوماته من خلال صفحة أو مجموعة من الصفحات تسمى (WEB PAGE) أما الصفحة الأولى أو الواجهة الرئيسية للموقع فيطلق عليه (HOME PAGE) "

أهم ما يميز المتجر الإلكتروني عن المتجر التقليدي هو عالميته، لأن رواد الإنترنت هم من جميع أنحاء العالم في حين أن أغلب المتاجر التقليدية هي محلية ضمن الدولة. ولكي يمتلك التاجر موقعاً إلكترونياً ينشئ عليه متجره الافتراضي يتوجب عليه إبرام عقد احتواء على شبكة الإنترنت، وبموجبه يستأجر التاجر مساحة محددة على مخدّم Server ليمارس نشاطه التجاري من خلالها.

قد يقتصر التاجر في نشاطه على المتجر الإلكتروني وقد يمارس نشاطه بصورة مزدوجة ( أي يملك متجراً تقليدياً ومتجراً إلكترونياً ). والمقابل للاسم التجاري أو العنوان التجاري التقليدي للمتجر يكون في المتجر الافتراضي اسم الموقع الإلكتروني (اسم النطاق) وهو الذي يهدي الزبائن الإلكترونيين إلى محتويات موقع المتجر الافتراضي من صفحات أو برامج .. الخ، لذا يتم اختياره بعناية ليعبر بوضوح عن الغرض من الموقع ونشاطه التجاري. يسعى التجار أن يكون اسم الموقع سهل الحفظ والكتابة ويتم تسجيله سنوياً ولمدة عشر سنوات كأقصى حدّ عبر منظمة دولية يطلق عليها اسم ICANN وعادة تباع المواقع

(1) موسي سهام، "تحليل تنافسية المتاجر الإلكترونية، دراسة حالة موقع أمازون amazon.com"، مجلة الباحث-



مصحوبة بمساحة استضافة. وهذا يعني أن الموقع الإلكتروني للمتجر يضم (مساحة استضافة Host + اسم النطاق Domain). وعنوان الموقع يسبقه الحروف المشهورة www لتؤكد أن الموقع موجود بشكل رسمي على الشبكة العنكبوتية العالمية.

بالنسبة للمواقع الإلكترونية أو العناوين الإلكترونية، يختلف الفقه في تعريفها باختلاف الزاوية التي ينظر إليه منها، فالتى تستند للطبيعة الفنية للعنوان عرفته أنه: "ترجمة لأرقام تتم عن طريق حروف معينة تسمح بدوران المعلومات عبر الشبكة"<sup>1</sup>، ومنطلق هذا التعريف يقوم على أن الإتصال يتم عن طريق بروتوكول هو (TCP/IP) وهو عبارة عن مجموعة من الأرقام تكتب للوصول إلى موقع معين ونظرا لأن هذه الأرقام قد لا تعيها الذاكرة حولت إلى حروف فمثلا الرقم 20746130150 يمكن من الوصول الى موقع شركة ميكروسوفت الأمريكية وبدلا من كتابة هذا الرقم يكتب فقط .microsoft.com .

تعريف آخر يقوم على تكوين العنوان يعرف الموقع الإلكتروني: "أنه يتكون من جزأين : جزء ثابت هو (http://www) وجزأ آخر متغير الموقع عن غيره وهو مكون من نوعين احدهما من الدرجة الأولى هو (.com) أو (.org) أو (.fr)...الخ وآخر من الدرجة الثانية يمثل الحروف الأولى من اسم المشروع أو المنظمة أو حروف كل الاسم"<sup>2</sup>.

تعريف آخر يستند إلى وظيفة العنوان بحيث يعرفه على أنه: "بديل للعنوان البريدي المحدد للتعرف على شخص بعينه عبر شبكة المعلومات"<sup>3</sup>. وبهذا المعنى أخذت محكمة استئناف باريس العنوان التجاري الإلكتروني في حكم صادر لها 28 جانفي 2000 وعرفت فيه العنوان الإلكتروني كما يلي: "العنوان التجاري الإلكتروني هو عبارة عن مجرد عنوان افتراضي يحدد مواقع المشروعات على شبكة الأنترنت"<sup>4</sup>.

(1) BAYLE.A, le droit des marque à l'épreuve d'internet, m'voir présenté pour l'obtention du diplôme d'étude approfondie, propriété intellectuelle, université de nates, 1998, p05.

(2) LOISEAU.G, nom de domaine et internet: trubulances autour d'un nouveau signe distinctifs, recueil DALLOZ, 1999, p245.

(3) د/ محمد حسام محمود لطفي، "المشكلات القانونية في مجال المعلوماتية، خواطر وتأملات"، بحث مقدم إلى مؤتمر تحديات حماية الملكية الفكرية من منظور عربي ودولي، عقد في القاهرة في الفترة بين 21 و 23 أكتوبر 1997 ، ص 94.

(4) د/ شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 14



## المبحث الثاني

### عدم تناول القواعد الكلاسيكية للموضوع أصلا

أمام عيوب التجارة الالكترونية الراجعة إلى حداثة هذا النظام ، وسرعة تطوره واعتماده على تكنولوجيا معقدة ، متقدمة ومتطورة لا يستطيع الكثير من الناس فهم أسرارها ومتابعتها ، و التي من أهمها مشكلات مرتبطة بالسيادة الوطنية للدولة والحفاظ على القيم والممتلكات أي عدم قدرة الدولة على منع المواد غير الأخلاقية في صورة أفلام وصور ، والسلع غير المناسبة دينيا واجتماعيا <sup>1</sup> ، وأيضا المشاكل المتعلقة بالضرائب خاصة ضريبة الاستهلاك والرسوم الجمركية ، ثم عدم قدرتها على السيطرة على العمليات النقدية التي تتم من خلال التحويلات ، وكذا عدم إمكانية حماية الملكية الفكرية التي تمثل خدمات يمكن تسليمها إلكترونيا مثل حقوق النشر للمؤلفات والتصميمات إلى جانب عمليات الدفع الإلكتروني التي تساعد على جريمة غسيل الأموال دولياً <sup>2</sup> . و مشكلات الغش والاحتيال والمعلومات المضللة عن السلع والخدمات <sup>3</sup> ، كذلك نجد مشكلات قرصنة والسلوكيات الإجرامية المختلفة ، كلها مشكلات قانونية تتمحور حول ضعف و عدم وجود إطار تشريعي مناسب لهذا النظام من

(1) وهو ما يصرطح عليه بفكرة النظام العام والذي يختلف من دولة إلى أخرى، بل من منطقة إلى أخرى في نفس الدولة، انظر في ذلك: شاهين بهاء، الانترنت والعولمة، عالم الكتب، مصر، 1999 ، ص75.

(2) ظهر مصطلح غسيل الأموال لأول مرة في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والتي عقدت في فيينا عام 1988 ، ونعني به إما تحويل الأموال أو نقلها أو إخفاء وتمويه حقيقة مصدرها أو اكتسابها أو حيازتها أو استخدامها مع العلم أن مصدرها غير مشروع .و قد تفشت ظاهرة غسيل الأموال في المجتمعات الغربية خاصة وقد لحقت الإنترنت أيضا فهذا الأخير يفتح اكبر الفرص لغسل الأموال وذلك بسبب غياب الرقابة، فضلا عن النمو المتزايد للبرامج التي تزيد من سرية التعاملات بالإضافة للامتداد الجغرافي للشبكة مما يسمح بنقل الأموال عبر الحدود، أنظر في ذلك د/ عبد الفتاح بيومي حجازي ، جريمة غسل الأموال عبر شبكة الأنترنت ، دار النهضة العربية، مصر، 2009، ص53.

(3) وكانت دول العالم الثالث من أبرز الضحايا لهذه العمليات الاحتيالية ومنها ما تعرضت له التجارة الخارجية للدول العربية الخليجية عام 1984 من خسارة مقدرة بنحو ثلاثة مليار دولار ، أغلب هذه الإحتيالات تمت نتيجة التعاقد الإلكتروني في المجال البحري، أنظر في ذلك: د/ العبودي عباس ، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري وحجبتها في الإثبات المدني، مرجع سابق، ص186

التجارة فيما يخص التعاقد باعتباره الوسيلة المثلى لممارسة التجارة الالكترونية (مطلب أول) إلى جانب القوانين المهمة بالاقتصاد (مطلب ثان).

## المطلب الأول

### في مسألة التعاقد

هناك مسائل مهمة لم ينظمها المشرع الجزائري بشأن التعاقد الالكتروني، بداية بالمرحلة التمهيدية للتعاقد والمتمثلة في مرحلة التفاوض ، هذه الأخيرة تعد مهمة خاصة بالنسبة للعقود الدولية و للطابع الذي تمتاز به العقود الالكترونية الذي يقوم على عدم وجود توازن بين طرفيه في الغالب-المنتج والمستهلك- ، كذلك الأمر بالنسبة للكتابة اللازمة لانعقاد التصرف (فرع أول)، ضف لذلك الصورة الجديدة للتعاقد التي يغيب فيها العنصر البشري وهو ما يعرف بالوكيل الإلكتروني. فإذا كان العقد في مفهومه التقليدي يبرم بين إنسان وإنسان آخر ، فإن الأمر يختلف في نطاق العقود الإلكترونية ، لأن بعض التعاقدات والمعاملات التجارية الإلكترونية قد تتم بدون تدخل أي عنصر بشري ، إذ يجري حالياً وبشكل متزايد استخدام الوكيل الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية أو التي تسمى أحياناً التعاقد بواسطة نظم الحاسوب المؤتمتة أو الوسائط الإلكترونية المؤتمتة (فرع ثان).

## الفرع الأول

### التفاوض حول العقد والشكلية الالكترونية

كي ينفذ العقد بصورة سليمة ودونما مشاكل لا بد أن يكون واضحاً لأطرافه في جميع بنوده، وليتسنى للأطراف تحقيق ذلك لابد من مرحلة تمهيدية يتبادلون فيها آراءهم حول جميع بنود العقد ويكون ذلك في مرحلة التفاوض (أولاً). ونشير انه في التعاقد التقليدي هناك عقود تشترط بالإضافة لركن التراضي والمحل والسبب ركن الشكل وهنا يتجاوز الدور الذي تقوم به الكتابة مجرد إثبات التصرف القانوني إلى دور أكبر من ذلك وهو صحة التصرف فالي أي مدى يمكن تقبل ركن الشكل في العقد الالكتروني (ثانياً).

### أولاً: التفاوض حول العقد

التفاوض هو التفاوض ومناقشة وتبادل للآراء حول موضوع العقد ويعرف على أنه: "تبادل اقتراحات ومساومات وتقارير ودراسات فنية ، بل والاستشارة القانونية التي تتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهم على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه"<sup>1</sup>. لذلك يعد الفضاء الالكتروني المجال الأكثر تطلبا لهذه المفاوضات على اعتبار إتمام التعامل دوليا. التفاوض الالكتروني يبدأ بالدعوة للتعاقد الذي يختلف عن الإيجاب (أ) ويمر التفاوض بمراحل مختلفة (ب) أين يوضح فيه الداعي للتعاقد كل ما يتعلق بمحل العقد أو ما سماه المشرع بواجب الإعلام قبل التعاقد (ج).

#### أ- الفرق بين الدعوة للتعاقد الكترونيا والإيجاب الالكتروني كعنصر في تكوين العقد:

إن أردنا أن نفرق بين الإيجاب الالكتروني والدعوة للتعاقد الالكترونية، نقول أن الدعوة للتعاقد هي ذلك العرض الذي يقدمه الشخص دون أن يحدد عناصر العقد وشروطه، أما الإيجاب فهو ذلك التعبير عن الإرادة الباتة تتضمن جميع عناصر العقد الأساسية<sup>2</sup>. وقد تكون الدعوة للتعاقد القصد منها التفاوض، هذا الأخير ليس له أي اثر قانوني باعتباره عملا ماديا ، بحيث يحق للمفاوض ان يقطع المفاوضات في أي وقت ولا مسؤولية عليه إلا إذا أحدث خطأ بقطعه للتفاوض (مسؤولية تقصيرية). فكل من الإيجاب الالكتروني والدعوة للتعاقد الكترونيا يمكن أن يتخذا شكل إعلان إلكتروني، لذلك يصعب التمييز في الإعلانات فيما إذا كانت إيجابا أو مجرد دعوة للتعاقد، والفصل بينهما يتوقف على معيارين:

#### 1 معيار وظيفي:

إن وظيفة الدعوة للتعاقد هي مجرد الإعلان من صاحبها عن رغبته في التعاقد بقصد اكتشاف من تكون لديه الرغبة، بينما الإيجاب يهدف إلى صياغة مشروع محدد المعالم قابل

(1) مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 40 و طمين سهيلة، الشكليات في عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون، فرع القانون الدولي للأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011 ص 25. نقلا عن خالد ممدوح إبراهيم .

(2) فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 231.

للتحول إلى عقد كامل الأركان بمجرد إعلان من يوجه إليه قبوله.

## 2 معيار النية الجازمة في التعاقد:

أي أن الأصل في الإعلان أنه دعوة للتعاقد ما لم يثبت اعتباره إيجاباً وهو يكون كذلك إذا أتصف بصفة مميزة تكمن في كونه يعبر عن رغبة أكيدة ونية جازمة في التعاقد<sup>1</sup>. وهناك من يرى أن الدعوة للتعاقد في العادة تتجه فيها إرادة صاحبها إلى دعوة الناس للتعاقد مباشرة -يعني أنها خاصة بالعقود النموذجية التي لا تسمح بالتفاوض- وأن الدعوى للتفاوض تتجه نية صاحبها إلى الدخول في المفاوضات لمناقشة شروط العقد على قدم المساواة<sup>2</sup>. وإن كان الأخذ بمفهوم الدعوى للتعاقد حسب هذا الرأي يصعب التمييز بين الإعلان كدعوة للتعاقد الإلكتروني والإيجاب الإلكتروني على أساس أن العقود النموذجية هي عقود إذعان وإن الإعلان فيها هو إيجاب ولا يسمح بالنقاش فيها بل الموافقة عليها أو رفضها.

بينما يتجه رأي آخر إلى أن العبرة لإعتبار العرض الإلكتروني الموجه للجمهور إيجاباً أم دعوة للتعاقد هو تحديد الثمن من عدمه، فإن حدد هذا الأخير عد إيجاباً وإن لم يحدد كان دعوة للتعاقد، ومنه فإذا أرفق عرض البضاعة أو الخدمة بثمنها فيعتبر هذا العرض إيجاباً قياساً على عرض السلعة للمحلات التجارية وبيان ثمنها، إذا ففي كلتا الحالتين يتحقق للزبون أن يأخذ تصوراً أو فكرة ولو عامة عن العرض سواء كان بالحضور المادي أو عن طريق شبكة الإنترنت، إذن تحديد السعر عند العرض يعد إيجاباً و إذا لم يحدد اعتبر دعوة للتعاقد ولا يهم عندئذ إذا كان العرض سارياً على واجهات المحلات التجارية أو أمام شاشة الكمبيوتر .

نشير هنا إلى القانون الألماني الذي يعتبر العرض على الإنترنت دعوة إلى التفاوض سواء حدد السعر أو لم يحدد<sup>3</sup>، هناك فريق آخر يذهب إلى أن المرجع في ذلك هو صياغة

(1) أنظر في ذلك: رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2000، ص89. وإن كانت هذه المعايير تركز على الإرادة الباطنة.

(2) أنظر في ذلك: فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص234.

(3) أنظر رامي محمود علوان، "التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني"، مجلة الحقوق، العدد الرابع، مصر، 2002، ص245.

الإعلان نفسه فيما إذا كانت الألفاظ المستخدمة تحمل دلالة عن أن المقصود إيجاباً أم مجرد دعوة للتعاقد، وهي مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي<sup>1</sup>.

ويمكن أن نقول أن الإعلان بغض النظر عن من وجه إليه يعتبر إيجاباً بالمعنى القانوني متى إشتمل بصياغته على طبيعة العقد وأركانه الأساسية التي تدل على نية المعلن الارتباط بالعقد. ولعل أحسن مثال عن إيجاب موجه للجمهور نجده في البيع عن طريق الماكينات، بحيث تكون فيه الإرادة واضحة وباتة وجازمة ومعبرة على جميع عناصر العقد الأساسية، تتخذ هذه الإرادة صورة موقف لا يدع شك في نية صاحبه، وهو إنشاء ماكينات للبيع بحيث تعرض فيها السلعة مع وضع ثمنها للجمهور، وكل من يرغب في الشراء ماعليه إلا أن يضع ثمن السلعة في الماكينة بعد إختيارها طبعاً دون العودة إلى البائع وتعطيه تلك الماكينة تلك السلعة.

### ب- مراحل التفاوض الالكتروني:

غالباً ما يسبق إبرام العقد الالكتروني ولا سيما العقود المهمة والتي تنصب على معاملات ذات طبيعة تقنية أو اقتصادية كبيرة مرحلة التفاوض، حيث يمكن القول إذا كان الإيجاب يمثل خطوة إلى العقد، فإن التفاوض يمثل الخطوة إلى الإيجاب.

ومن ذلك يتضح لنا أهمية التفاوض في العقود الالكترونية، لما يقوم به من دور حيوي وفعال في التحضير والأعداد للعقد للوصول إلى أبرام العقد على أسس سليمة وواضحة بما يضمن قدراً من النجاح والاستقرار في المستقبل.

وعلى الرغم من هذه الأهمية إلا أن التقنيات الحديثة، ومنها التقنين المدني ال جزائري، لم تتضمن نصاً خاصاً ينظم مرحلة التفاوض على العقد، وإنما تركت هذه المهمة لاجتهاد الفقه والقضاء<sup>2</sup>.

وتمر مرحلة التفاوض أو الفترة قبل العقدية بثلاث مراحل :-

#### 1 دراسة الجدوى.

أن هذه الدراسة تؤثر في مستقبل العمل فيما يتعلق بأداء الخدمة المعلوماتية المأمولة، مما يتطلب معالجة بطريقة معلوماتية وترتكز دراسة الجدوى في اتفاق مقدم الخدمة أو

(1) أنظر في ذلك: أماناج رحيم أحمد، مرجع سابق، ص144.

(2) د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص 97.

المشروع على النقاط والأسس الجوهرية في أداء الخدمة المعلوماتية المنتظرة ، وأن ضمان نجاح العميل في أعداد هذه الدراسة هو الذي يضمن نجاح العقد المنتظر إبرامه. وله أي العميل أن يستعين في ذلك بخبير متخصص يقدم له النصيحة ويبرز مطالبه الأساسية التي يتم التفاوض على أساسها باختيار الأدوات والأجهزة والبرامج المناسبة لظروف واحتياجات العميل<sup>1</sup> .

## 2 - قائمة الشروط.

بعد دراسة الجدوى ينتقل العميل إلى مرحلة يحدد فيها بوضوح كم احتياجاته وشروط التعاقد ، ويعبر عنها في إطار مستند مخطوط بسيط متضمناً نقاط رئيسية مكتوبة ، وهي ما تسمى بقائمة الشروط ، وهذه المرحلة تطلب التعاون بين مقدم الخدمة والعميل وذلك لتفادي كل أسباب الشقاق من خلال إعداد الوثائق التفاوضية المتكاملة والتي تساعد في إبرام العقد وتفاذي أي أضرار محتملة<sup>2</sup>.

## 3 اختيار مقدم الخدمة .

بعد تحديد الاحتياجات وأعداد قائمة الشروط من قبل العميل ينتقل بعد ذلك لاختيار مقدم الخدمة ، ومن حقه الاستعانة بخبير يقدم له نصيحة في مجال أخيار أفضل مقدم خدمة . يتمتع بسمعة حسنة وخبرة سابقة ، وللحصول في المستقبل على منتج ، أو خدمة جيدة وبأفضل المواصفات<sup>3</sup> ، وكل تلك المراحل لو عدت أعداد صحيحاً فأنها بالنهاية تؤدي إلى تفاوض على أسس واضحة والتمهيد لإبرام عقد ناجح .

## ج- مبررات تقرير الالتزام بالإعلام قبل التعاقد عند التفاوض:

لثقة التعاقدية أهمية كبيرة جدا في السياق الذي تكون فيه آليات الامتثال للالتزامات العقدية غير فعالة نسبيا ، وهو الحال عند التعامل التجاري عبر قنوات الاتصال الإلكترونية و بالأخص إذا ما كان محل التعامل غير ملموس كالبرامج، و عليه يعتبر الالتزام بالإعلام الإلكتروني وجه من أوجه التنسيق بين المتعاقدين، و إشارة دالة على التعاون بين الأطراف، يهدف إلى ترتيب التعاقد و جعله أكثر مصداقية، ولعل سبب الإقرار التشريعي لهذا الالتزام

(1) د/ قدري عبد الفتاح الشهاوي ، مرجع سابق ، ص102 .

(2) د / سمير حامد عبد العزيز الجمال ، مرجع سابق ، ص99 .

(3) د/ قدري عبد الفتاح الشهاوي ، المرجع السابق ، ص104 .

يرجع في الأساس إلى طبيعة العقد الذي يبرمه المستهلك، فعقد الاستهلاك يتميز بشكل عام بمبدأ انعدام التوازن العقدي بين طرفيه<sup>1</sup>، ويتجلى بشكل خاص إذا ما أبرم هذا العقد بوسائل إلكترونية حيث يكون الحضور افتراضيا بين طرفيه، وإن كان هذا الأخير يضيفي التفاعلية بين المتعاقدين، إلا أن البعد المكاني يظل واقعا مؤثرا يثير العديد من الإشكالات ويبرز حاجة المستهلك إلى الحماية الخاصة، وعليه فمن أهم الضرورات العملية التي أدت إلى وجود الالتزام بالإعلام قبل التعاقد انعدام التكافؤ بين المستهلك و التاجر في عقود الاستهلاك الإلكترونية، و يرجع ذلك للأسباب التالية:

- عادة ما تكون الأعمال التجارية الإلكترونية مسبقة بشكل من أشكال الدعاية والإعلان الإلكتروني، ولأن الإعلان في شكله الإلكتروني أقل تكلفة و أكثر سهولة من الإعلان التجاري التقليدي فإنه يشكل مصدر خطورة حقيقية على توجيه إرادة المستهلك. ففي ظل الإغراءات التجارية، وتأثير التقنية الحديثة على محتوى الإعلان نفسه، أصبحت الصورة الإعلانية الافتراضية تتفنن في إظهار الأشياء على غير حقيقتها<sup>2</sup>.
- كما أدى التطور الصناعي و الاقتصادي الذي يشهده العالم اليوم إلى الإسهام في انحراف أسلوب البيع عن أسلوبه التقليدي، فلم يعد بسيطا كما كان بل أصبح إلكترونيا أكثر تعقيدا، و تعددت أنواع السلع و المنتجات بفنيات يجهلها المستهلك في أغلب الأحيان، و يعلمها المهني صاحب الخبرة ليتقدم وفق ميزان العلم والمعرفة الفنية على المستهلك عديم الخبرة الذي يقبل على التعاقد دون دراية بأوصاف محل العقد من سلع وخدمات، وعليه ونظرا لحقيقة الهوة بين الطرفين فيعتبر بحق المستهلك الطرف الضعيف

(1) عقد الاستهلاك : هو عقد بين طرفين يتلقى بموجبه الطرف الأول منتوجا أو خدمة من الطرف الثاني المهني بمقابل نقدي، وإذا ما أبرم هذا العقد بوسائل إلكترونية عرف بعقد الاستهلاك الإلكتروني، ولا يختلف عن عقد الاستهلاك التقليدي إلا من حيث وسيلة إبرامه أنظر في ذلك: د/اسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005، ص151

(2) Nathalie MOREAU : La formation du contrat électronique dispositif de protection du cyberconsommateur et modes alternatifs de règlement des conflits, Mémoire DEA , Droit des contrats, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales, Université de Lille 2, 2003 , p 21.

في العلاقة التعاقدية التي تربطه بالمهني المحترف الذي يتمتع بالخبرة الفنية اللازمة والمركز القوي<sup>1</sup>.

-من جهة أخرى قد لا يمكن الوسط الإلكتروني المستهلك من فرصة المفاوضة والمساومة، خاصة في حالة التعاقد عبر مواقع الويب التجارية التي تستخدم نظام العقود النموذجية، وهي عقود مسبقا تتضمن شروط لا يخول للمستهلك مناقشتها، ولا يكون له سوى قبولها إذا ما أراد التعاقد ففي نطاق عقود التجارة الإلكترونية، وحيث لا يتوافر التواصل المباشر ما بين المهني والمستهلك وما ينجم عنه من افتقار لفرصة المساومة من أصلها، يرضخ المستهلك للبنود المحددة مسبقا وبشكل جامد دون إمكانية تعديلها، وهو ما يجعل العقد غير متوازن بتضمنه لبنود لصالح المهني على حساب المستهلك<sup>2</sup>.

من الواضح أن عدم التكافؤ وعدم التساوي بين المتعاقدين وإن كان أمر طبيعي في عقود الاستهلاك التقليدية، إلا أنه يتسع و يعمق في عقود الاستهلاك الإلكترونية، ولعل الوسيلة الإلكترونية التي تبرم بها هذه العقود هي سبب الإشكالات التي تطرحها و التي تمثل باجتماعها في النهاية ضعفا لدى المستهلك حال التعاقد عبر الشبكة، ابتداء من ضغط الدعاية الإلكترونية الحديثة التي ترصده للتأثير على حريته في الإقبال على التعاقد إلى الكم الهائل من السلع والخدمات الجديدة التي تفقد المستهلك تركيزه في اختيار الأنسب منها لمحدودية خبرته الفنية، ثم رضوخه الضروري لبنود العقد النموذجي ملزما بتنفيذها أيا كانت الظروف، ليجد المستهلك نفسه في الأخير أبرم عقدا دون حاجته الفعلية إلى ذلك، لجهله بدروب التعاقد المعقدة التي يشكل فيها الحلقة الأضعف<sup>3</sup>. وهو ما يبرر وجود الالتزام بالإعلام لتحقيق التوازن العقدي بين الطرفين.

(1) ادريس الفاخوري، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية"، مجلة طنجيس، كلية العلوم القانونية، جامعة عبد المالك السعدي، العدد 03، المغرب، 2003، ص 64.

(2) د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، ص 45.

(3) خليفي مريم، "الالتزام بالاعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية"، دفاثر السياسة والقانون، العدد 04، 2011، ص 205.



## ثانيا : الشكلية الالكترونية

الأصل في العقود هو الرضائية ، بمعنى أن العقد يبرم بمجرد أن يتبادل المتعاقدان التعبير عن إرادتهما دون حاجة إلى إجراء آخر ، وينطبق ذلك بطبيعة الحال على العقد الالكتروني. واستثناءً من ذلك قد يتطلب القانون إفراغ التراضي في شكل محدد وهو ما اصطلح على تسميته بالعقود الشكلية.

العقود الشكلية هي مجموعة العقود التي لا يكفي لإبرامها مجرد التراضي وإنما يشترط فيها القانون مراعاة شكل خاص بدونه لا يوجد العقد قانونا ولا يترتب أثرا ولا يمكن الاحتجاج به<sup>1</sup>. والشكل الذي تشترطه القوانين المعاصرة غالبا ما يكون الكتابة في ورقة رسمية يقوم بتحريرها شخص مكلف قانونا، وهو الموثق الرسمي أو محرر العقود. ومثال العقود الرسمية "الشكلية" هبة العقار، وعقد الرهن الرسمي...الخ.

الكتابة باعتبارها ركنا لا يتم التعاقد إلا به تستدعي تمييزها عن الكتابة اللازمة للإثبات<sup>2</sup> ، ففي الحالة الأخيرة ينعقد العقد ويرتب آثاره كاملة في مواجهة أطرافه غير أنه إذا ثار نزاع بشأنه تكون الكتابة لازمة للإثبات.

### أ -العقد الالكتروني عندما يشترط القانون شكلا معينا

المشرع الجزائري سكت عن هذا الأمر، إلا أنه بالمقابل في فرنسا بعد صدور القانون رقم 2000/230 بشأن تطوير قانون الإثبات والمتعلق بالتوقيع الالكتروني انقسم الرأي بين مؤيد ومعارض ، فقد ذهب البعض إلى أن الشكلية التي يتطلبها القانون لانعقاد العقد أو التصرف سواء بالكتابة أو بالتوقيع لا يمكن أن يستغنى عنها بالكتابة الالكترونية أو التوقيع الالكتروني وأن التعديل لنص المادة ( 1/1316 ) مدني فرنسي يتحدث عن الكتابة كوسيلة إثبات ولم يقصد المساس بالشكلية<sup>3</sup>.

(1)GOBERT Didier, Cadre juridique pour les signatures électroniques et le services de certification : analyse de la loi du 9 juillet 2001, Disponible sur : [www.consultandtraining.com](http://www.consultandtraining.com)

(2) د/محمد جمال عطية ، الشكلية القانونية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، 1993، ص183.

(3)REYNIS Bernard, professionnel du droit et contrat électronique, Travaux de l'association Henri capitan, édition panthéon Assas, Toulouse, 2002.p127

بالتالي من غير المتصور أن تعقد تصرفات إنشاء الوصية أو الوقف أو معاملات التصرف في الأموال ومعاملات الأحوال الشخصية على الخ ط ، وذلك بسبب أهمية هذه التصرفات وخطورتها.

بينما يذهب البعض الآخر إلى أن الكتابة الإلكترونية لم تعد قاصرة على الكتابة كوسيلة إثبات وإنما تشمل الكتابة كشرط لصحة التصرف وذلك بالنظر إلى عمومية نص المادة (1/1316) مدني فرنسي<sup>1</sup> ، فالنص واضح فيما تضمنه من تعريف للكتابة ولذلك يجب إعطائه معنى كاملا دون تخصيص.

لكن بعد صدور التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 بشأن التجارة الإلكترونية حظر على الدول الأعضاء وضع أي عراقيل أو عقبات أمام الاعتراف بالعقود الإلكترونية وحثهم على العمل على تطوير تشريعاتها لإقرار المعاملات الإلكترونية<sup>2</sup> ، و لنقل نصوص هذا المرسوم في التقنين المدني الفرنسي، تم إعداد قانون حول "الثقة في الاقتصاد الرقمي". و يضيف هذا القانون إلى التقنين المدني مواد جديدة: م1-11.8 و ما بعدها. وتنص هذه المادة على: "عندما تكون الكتابة مطلوبة لصحة تصرف قانوني، فإنه يمكن أن ينشأ و يحفظ في شكل الكتروني. و يحيل النص إلى الشروط المنصوص عليها في المادتين 1-1316 و 4-1316، و بخصوص المحرر العرفي، و إلى المادة 1317، بالنسبة للمحرر الرسمي".

و في فقرتها الثانية تقرر المادة 1-11.8 أنه " عندما يكون مطلوب كتابة بيان ما بيد الملتزم نفسه *de sa main*، فهذا الأخير يستطيع أن يحرره في الشكل الإلكتروني إذا كانت شروط هذا التحرير من طبيعة تضمن أنه لن يتم إلا بواسطة الشخص نفسه *par lui-même*".

(1) تنص المادة (1/1316) من القانون المدني الفرنسي على أنه " ينشأ الإثبات الخطي أو بالكتابة من تتابع

أحرف أو أشكال أو أرقام أو أية إشارات لها دلالة قابلة للإدراك ، وذلك أيا كانت دعامتها أو الوسائل المستخدمة في نقلها"

(2) DEVEZE Jean, la forme du contrat électronique, Travaux de l'association Henri capitan, édition panthéon Assas, Toulouse, 2002.p66

ثم اتبع المشرع الفرنسي قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي قانوناً آخر هو القانون رقم 674 الصادر في 16 يونيو 2005 المتعلق بإتمام بعض الشكليات العقدية التي تتم عن الطريق الإلكتروني، محددا شروط استخدام الرسائل الإلكترونية في مسائل الشكلية في العقود.

ونجد في قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 مبدأ عاماً قرره المادة (15) من هذا القانون ب نصها " للكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون ". والنص واضح في كونه أقر إمكانية استيفاء الشكلية التي يقرها القانون لإبرام العقد أو لترتيب آثاره عن طريق المحركات والمستندات الإلكترونية متى روعيت الشروط التي حددها المشرع في اللائحة التنفيذية للقانون. وقد أكمل هذا التنظيم بالمرسوم 674 الصادر في 16 يونيو 2005 بحيث أضاف بعض متطلبات الشكلية .

ادخل المشرع فصلاً جديداً في الباب الثالث من الكتاب الثالث من التقنين المدني الفرنسي نظم فيه العقود الإلكترونية وهو الفصل السابع بعنوان العقود في الشكل الإلكتروني وقد قسم هذا الفصل إلى أربع نقاط :

- 1 تبادل المعلومات في الشكل الإلكتروني : المادة 1/1369 إلى 3/1369.
- 2 إبرام العقد في الشكل الإلكتروني : المادة 4/1369 إلى 6/1369.
- 3 إرسال واستلام الكتابة بالطريق الإلكتروني: المادة 7/1369 إلى 9/1369.
- 4 بعض متطلبات الشكل: المادة 10/1369 إلى 11/1369.<sup>1</sup>

(1) المادة 10/1369 تنص على : " عندما تكون الكتابة الورقية خاضعة لشروط خاصة بالقراءة أو بالتقديم ، فإن الكتابة في الشكل الإلكتروني يجب ان تحترم متطلبات معادلة. تطلب صيغة قابلة للانفصال يمكن استيفاءه بوسيلة الكترونية تسمح بالدخول إلى الصيغة وإعادة إرسالها بنفس الطريقة" ، أما المادة 11/1369 فتتص على : " تطلب إرسال عدة نسخ يمكن استفاؤه في الشكل الإلكتروني ، إذا كانت الكتابة يمكن أن تطبع من قبل المرسل إليه".

وقد أقر هذا المبدأ أيضا في كل من القانون الأردني للمعاملات الالكترونية (م7) وقانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الالكترونية (م9).

ب- استبعاد بعض التصرفات من نطاق الشككية وإبدال الموثق الرسمي بـ موثق الكتروني كحل لتكريس الشككية في العقود الالكترونية:

أثارت الشككية الالكترونية حفيظة التشريعات والقوانين المختلفة فبدأت تتسارع في وضع حلول لهذه الأزمة، وفي سبيل ذلك ذهبت معظم التشريعات إلى استبعاد تطبيق القواعد الخاصة بالعقود الالكترونية على بعض التصرفات القانونية الهامة. وفضلت أن تبرم تلك التصرفات في الشكل التقليدي دون الالكتروني، وذلك مراعاة لعدة اعتبارات من أهمها:

- أهمية وخطورة بعض التصرفات كرهن السفينة والحقوق الوارد على العقار بصفة عامة .
- عدم اتصال بعض التصرفات بالمعاملات التجارية الالكترونية وإنما هي تصرفات شخصية أو مدنية بحتة كالزواج والهبة والوصية.

من التشريعات التي تبنت منهج الاستبعاد القانون الأمريكي حيث تنص المادة ( 3 ب/1 ) من القانون الأمريكي الموحد للتجارة الالكترونية على أن " هذا القانون لا ينطبق على معاملة من المعاملات بقدر ما يخضع تنظيمها لقانون يحكم إنشاء وتنفيذ الوصايا أو ملاحقها أو الائتمانات الإيصائية . " نجد أيضا القانون الفيدرالي الأمريكي بشأن التوقيع الالكتروني لسنة 2000 حدد بعض الاستثناءات التي لا ينطبق عليها هذا القانون وتمثل هذه الاستثناءات في إنشاء الوصية وتنفيذها وقوانين الميراث والتشريعات الخاصة بالتبني والطلاق والحالة الاجتماعية وأوراق المحاكم واتفاقات الائتمان والأوراق الخاصة بالتأمين الصحي وأوراق اليانصيب.

كما نصت عليه المادة (3) من قانون كندا الموحد للتجارة الالكترونية<sup>1</sup> .

(1) بنصها على مايلي : " لا ينطبق هذا القانون فيما يتعلق بما يلي:

أ\_ الوصايا وملاحقها.

ب\_ الائتمانات المنشأة بوصايا أو بملاحق وصايا.

ج\_ سلطات الوكيل بقدر ما تتعلق بالشؤون المالية أو الرعاية الشخصية بفرد ما .

د\_ المستندات المنشأة أو الناقلة لحقوق في أراضي . "

تتص المادة ( 1/10 أ) من قانون أيرلندا للتجارة الالكترونية عام 2000 على عدم تطبيق نص هذا القانون على الوصية أو ملحق الوصية وعقود الأمانة وحقوق الملكية العقارية أو تسجيلها.

أما التوجيه الأوروبي الصادر في 8 يونيو 2000 فقد قرر أنه لا ينطبق هذا التوجيه على العقود المنشئة أو الناقلة لحقوق الملكية العقارية فيما عدا حقوق الإيجار والعقود التي تتطلب تدخلا من المحاكم والسلطة العامة وعقود الكفالة والعقود التي يحكمها قانون الأسرة أو قانون الميراث مثل عقود الوصية والهبة والزواج وإشهار الطلاق والتبني.

أما عربيا نجد قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الالكترونية رقم 2 لسنة 2002 نص في مادته الخامسة على :

"يسرى هذا القانون على السجلات والتواقيع الالكترونية ذات العلاقة بالمعاملات والتجارة الالكترونية ويستثنى من أحكام هذا القانون ما يلي :

- أ\_ المعاملات والأمور المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصايا
- ب\_ سندات ملكية الأموال غير المنقولة.
- ج\_ السندات القابلة للتداول.

د\_ المعاملات التي تتعلق ببيع وشراء الأموال غير المنقولة والتصرف فيها وتأجيرها لمدة تزيد عن عشر سنوات وتسجيل أية حقوق متعلقة بها.

هـ\_ أي مستند يتطلب القانون تصديقه أمام كاتب العدل."

ويذهب البعض <sup>1</sup> إلى أن نص المادة ( 1/27 ب) من قانون إمارة دبي يؤدي إلى إمكان إتمام بعض التصرفات القانونية التي تتوقف على الإجراءات التي أشار إليها النص من إذن أو ترخيص أو إقرار أو موافقة وذلك بطبيعة الحال ما لم يتمثل أي منها في إجراء رسمي <sup>2</sup>.

(1) د / إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، الجوانب القانونية للمعاملات الالكترونية، مرجع سابق ، ص126

(2) تتص المادة ( 1/ 27 ب ) من قانون إمارة دبي على أنه " على الرغم من وجود أي نص مخالف في أي قانون آخر يجوز لأية دائرة أوجهة تابعة للحكومة ،في أداء المهمات المناطة بها بحكم القانون أن تقوم بما يلي : أ ..... ب . إصدار أي إذن أو ترخيص أو قرار أو موافقة في شكل سجلات الكترونية

"...

كما نص القانون الأردني للمعاملات الالكترونية رقم 85 لسنة 2001 في المادة (6) منه على أنه " لا تسرى أحكام هذا القانون على ما يلي:

أ - العقود والمستندات والوثائق التي تنظم وفقا لتشريعات خاصة بشكل معين أو تتم بإجراءات محددة ومنها

- 1 إنشاء الوصية وتعديلها.
  - 2 إنشاء الوقف وتعديل شروطه.
  - 3 معاملات التصرف بالأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها باستثناء عقود الإيجار الخاصة بهذه الأموال . .
  - 4 الوكالات والمعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية .
  - 5 الإشعارات المتعلقة بإلغاء أو فسخ عقود خدمات المياه والكهرباء والتأمين الصحي والتأمين على الحياة .
  - 6 لوائح الدعاوى والمرافعات وإشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم.
- ب - الأوراق المالية إلا ما تنص عليه تعليمات خاصة تصدر عن الجهات المختصة استنادا لقانون الأوراق المالية النافذ المفعول ."
- ومن وجهة نظر شرعية هناك قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم 26/3/54 الذي ينتهي إلى جواز التعاقد الإلكتروني إلا أنه يستثنى عقودا ثلاثة من ذلك <sup>1</sup>، حيث لا تنطبق عليها قواعد العقد الإلكتروني ويجب إبرامها في الشكل التقليدي وهذه العقود هي:

- 1 عقد الزواج لاشتراط الشهادة.
- 2 عقد الصرف لاشتراط التقايط .
- 3 عقد السلم لاشتراط تعجيل رأس المال.

(1) حول هذا القرار واستثناءاته انظر د/عبد الله بن إبراهيم الناصر ، "العقود الالكترونية ، دراسة فقهية تطبيقية مقارنة" ، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون والمقام بدولة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من 10 \_ 12 مايو 2003.

وفى مقابل ما ذهبت إليه التشريعات المختلفة من استبعاد لبعض التصرفات من الشكلية الالكترونية، قد الشكلية الالكترونية أصبحت أمرا لا مفر منه، وأنه يجوز إبرام كافة أنواع العقود الكترونيا ولو كانت عقودا شكلية سيما وقد ظهرت مهنة جديدة في مجال المعاملات الالكترونية هي مهنة الموثق الالكتروني<sup>1</sup>.

والموثق الالكتروني : هو طرف ثالث محايد يتمثل في أفراد أو شركات أو جهات مستقلة محايدة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق تعاملاتهم الالكترونية<sup>2</sup> ، والوظيفة الأساسية للموثق الالكتروني أو لجهة التوثيق الالكترونية هي تحديد هوية المتعاملين في التعاملات الالكترونية وتحديد أهليتهم القانونية في التعامل ناهيك عن التحقق من مضمون هذا التعامل وسلامته وكذلك جديته وبعده عن الغش والاحتتيال .

يأخذ التوجيه الأوروبي رقم 93 لسنة 1999 بفكرة الموثق الالكتروني ووضع مسمى له حيث أطلق عليه ( مقدم خدمات التصديق ) . وقد استحدث المشرع الجزائري هيئة المصادقة الالكترونية سنة 2007<sup>3</sup>، لكن لا يوجد ما يشير إلى اعتبارها موثقا الكترونيا -من حيث الإجراءات التي يقوم بها الموثق العادي-<sup>4</sup>.

(1) د/ عادل أبو هشيمة حوتة ، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة

العربية ، مصر ، 2004 ، ص195

(2) د / إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، المرجع السابق ، ص134. وهناك من

الدول من عدلت قانون توثيقها وسمحت لموثيقها بإبرام عقود الكترونية كفرنسا وهناك دول أخرى استحدثت نظام

المصادقة الالكترونية مع الملاحظة انه غير كافي كالجائر ومصر وهناك دول أخرى لم تدخل أي مما ذكر

كالكويت مثلا فقانونها اغفل إنشاء خدمة المصادقة الالكترونية ، انظر في ذلك د/ عايض راشد المري، "تأملات

في مشروع قانون التجارة الالكترونية الكويتي"، مجلة الحقوق، العدد03، الكويت، 2006، ص172.

(3) مؤدي خدمات التصديق الالكتروني هو شخص يقدم هذه الخدمة بعد حصوله على ترخيص من سلطة ضبط

البريد والمواصلات ، يسلم شهادات الكترونية وخدمات أخرى في مجال التوقيع الالكتروني هذا حسب المادة المادة

3 من المرسوم التنفيذي 07-162 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 01-123 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق

على كل نوع من أنواع الشبكات المذكور آنفا، أما الشهادة الالكترونية نعني بها-دائما حسب نفس المرسوم-

وثيقة في شكل الكتروني تثبت الصلة بين معطيات فحص التوقيع الالكتروني والموقع.

(4) فالمرسوم الذي استحدثت هذه المؤسسة لم يعطيها صلاحية إبرام العقود بذلك لن توازي أعمالها عمل الموثق،

ولعل الأمر يتطلب تعديلا في القوانين واللوائح ذات الصلة بالتوثيق حيث يتم إدراج مهنة الموثق الالكتروني أو

جهة التوثيق الالكترونية ضمن هذا الإطار ، وذلك لانسجامها بالحيطة والنزاهة ، وتكون بذلك مؤتمنة على حفظ

المحرر الرسمي الالكتروني هو المحرر الذي يوجد على دعامة الكترونية ويبرم بين أطراف لا يوجدون في نفس المكان وبالتالي تخلف شرط الحضور الشخصي للأطراف سواء بأنفسهم أو موكلهم، مع أن حضور ذوي الشأن أما الموثق هو أمر لازم وضروري لإنشاء المحرر الرسمي ، وعليه فقد أخذ المشرع الفرنسي بحل مقتضاه ضرورة حضور موظف عام يستقبل في آخر المطاف المحرر الرسمي في الشبكة<sup>1</sup>، وقد استلهم المشرع الفرنسي هذا الحل من الممارسات العملية التي كانت سائدة في وسط الموثقين<sup>2</sup>.

وهو يقضي بتدخل أكثر من موظف عام في عملية إنشاء المحرر الرسمي الالكتروني فالمتعاقد يحضر أمام الموظف العام الذي يوجد في مدينته والمتعاقد الآخر بالمثل يحضر أمام الموظف العام الذي يوجد في مدينته أو في دائرة إقامته.

وتسجيل الوثائق والمحركات الالكترونية مثلما فعله المشرع الفرنسي عندما عدل قانون التوثيق والمحضرين

القضائيين ومهمة الاشهار في التوثيق، أنظر في ذلك DEVEZE Jean, op. cit, p68 .

(1) جاء هذا الحل في المادة 20 من المرسوم 973 لسنة 2005 بشأن المحركات المنشأة بواسطة الموثقين

Art 20 du décret n° 973-2005 du 10 aout 2005 modifiant le décret n°941-1971 du 26 novembre

1971 relatif aux actes établis par les notaires : " Lorsqu'une partie ou toute autre personne concourant à un acte n'est ni présente ni représentée devant le notaire instrumentaire, son consentement ou sa déclaration est recueilli par un autre notaire devant lequel elle comparait et qui participe à l'établissement de l'acte.

Cet acte porte la mention de ce qu'il a été ainsi établi.

L'échange des informations nécessaires à l'établissement de l'acte s'effectue au moyen du système de transmission de l'information mentionné à l'article 16.

Chacun des notaires recueille le consentement et la signature de la partie ou de la personne concourant à l'acte puis y appose sa propre signature.

L'acte est parfait lorsque le notaire instrumentaire y appose signature électronique sécurisée "

**COMTE Erwan**, Les nouveaux défis de la sécurité des réseaux : la confidentialité des informations,

Les nouveaux défis du commerce électronique sous la direction de ROCHFELD Judith, LGDJ,

Lextenso éditions, Paris, 2010.p.200

(2) أنظر في هذا الخصوص :

100<sup>eme</sup> Congrès des notaires de France, code civil, les défis d'un nouveau siècle, 16-19 mai 2004

notamment la 3<sup>eme</sup> commission, sciences et raisons du droit, disponible sur le site des notaires de France (www.notaires.fr)



يكون موظفي التوثيق على طرف شبكة الاتصالات ويستقبل كل منها رضاء احد المتعاقدين على أوراق منفصلة ويكون احد الموظفين هو الرئيسي بحيث ينقل إليه الموظف الآخر المحرر الرسمي الالكتروني الموقع عليه من الشخص أو الأشخاص الذين حضروا أمامه. ويقدم هذا الحل ميزة مزدوجة:

- انه لا يحرم عملية إنشاء المحرر الرسمي الالكتروني من حضور الموظفين العموميين وأصحاب الشأن في المحرر.

- إن المحرر الرسمي الالكتروني قد تم على البعد، ويمكن أن نضيف ميزة ثالثة هي أن إنشاء المحرر الرسمي على البعد لا يؤثر على طبيعة الرسمية التي يحملها المحرر حيث تظل في إطار وحدة مفهوم الرسمية وليس أمام تعدد في الرسمية وهذا لا يعني أننا أمام ثورة أو انقلاب لفكرة الرسمية ولكن أمام تطور حذر وصحي لفكرة الرسمية في عالم التكنولوجيات الجديدة<sup>1</sup>.

وقد بينت المادتان 17 و 20 من المرسوم 973 لسنة 2005 إجراءات إنشاء المحرر الرسمي الالكتروني. فوفقا للمادة 17 يجب أن يوقع المحرر بواسطة الموثق عبر وسيلة للتوقيع الالكتروني الآمن وفقا للمتطلبات المنصوص عليها بالمرسوم رقم 2001 - 272 الصادر 30 مارس 2001 تطبيقا للمادة 4/1316 تقنين مدني فرنسي والمتعلق بالتوقيع الالكتروني (م1/17).

هذا التوقيع يجب أن يوضع بواسطة الموثق عند إنشاء المحرر وعند الحاجة بعد ضم المرفقات إلى المحرر (م2/17).

من اجل توقيعهم على المحرر يجب أن يستخدم الأطراف والشهود وسيلة تسمح بان تضع على المحرر الموثق وتكون مرئية على الشاشة صورة توقيعاتهم اليدوية (م3/17) ، وعندما يتطلب أن يتضمن المحرر بيانا مك توبا بخط اليد لأحد الأشخاص المساهمين في إنشائه فان على الموثق أن يبين أن هذا البيان قد وضع وفقا للشروط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 1/118 من التقنين المدني (م4/17).

(1) د/ عابد فايد عبد الفتاح فايد ، مرجع سابق، ص196.

ووفقا للمادة 20 من المرسوم 2005-973 المذكورة سابقا ، عندما يكون طرف أو شخص آخر يساهم في إنشاء المحرر ليس حاضرا ولا ممثلا أمام الموثق المختص ، فإن رضاه أو إعلانه يمكن تلقيه من قبل موثق آخر يحضر أمامه ويساهم في إنشاء المحرر. هذا العمل يجب أن يكون موقعا من الذي أنشأه. ويجب أن يتم تبادل المعلومات الضرورية اللازمة لإنشاء المحرر عبر نظام نقل المعلومات المذكور بالمادة 16 من الرسوم ، وكل موثق من الموثقين يتلقى رضاه وتوقيع الطرف أو الشخص المساهم في المحرر ثم يضع توقيعه الخاص عليه. ويتم المحرر عندما يضع الموثق الرئيسي توقيعه الإلكتروني الآمن عليه<sup>1</sup>. بالنسبة للجزائر وطالما أنها لم تعطي مثل هذا الاختصاص للموثق تبقى (الرسمية)<sup>2</sup> في إطار مؤدي خدمات التصديق التي تسلم شهادات الكترونية تثبت الصلة بين محتوى المحرر وموقعه، مع الملاحظة أن الخدمة التي تقدمها جهات تصديق الغير وطنية لا يعترف بها في الجزائر إلا إذا كانت هناك اتفاقية للاعتراف المتبادل أبرمتها سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية<sup>3</sup>.

## الفرع الثاني

### فكرة العقد التلقائي

يهدف القانون إلى تأكيد صحة المعاملات بما فيها تلك التي تتم إلكترونيا والتي قد تتم عبر الوسيط الإلكتروني أين يغيب فيه دور العنصر البشري . تتمثل هذه الصورة في التعاقد أساسا في صدور الإيجاب والقبول من قبل طرفي العقد، لكن ومع التطور الهائل والانتشار الواسع لوسائل الاتصال الحديثة الذي استحدث مفهوم التعاقد الإلكتروني، ضف لذلك الاعتماد على السرعة والاستغناء عن العنصر البشري في العديد من الشركات ، ظهرت اليوم تقنية جديدة لم تكن معروفة من قبل تضمنتها أغلبية

(1) يلاحظ ان المرسوم المتعلق بالمحررات الرسمية المنشأة من الموثقين يلزم الموثقين بإنشاء فهرس الكتروني يسجل فيه كل بيانات المحررات الرسمية التي يقوم بإنشائها بحيث يكون هذا الفهرس موقعا من رئيس غرفة الموثقين وان يتضمن بيانات المحرر الرسمي المقصود أي تاريخ المحرر طبيعة العقد أطرافه الدعامة التي أنشئ عليها... الخ ، مع الاحتفاظ بنسخ من المحررات التي يستقبلونها ( المواد 1/23 و 25 و 26 من المرسوم رقم 2005-973).

(2) وان كان المقصود بذلك الشكلية المطلوبة للإثبات وليس الانعقاد.

(3) المادة 04 من المرسوم التنفيذي 07-162 المذكور سابقا.

قوانين التعاملات والتجارة الالكترونية، كانت قد فرضتها الحياة العملية في التعاقد من قبل أن تكرر تشريعاً<sup>1</sup>، هي صورة التعاقد التلقائي أو التعاقد عبر الوسائط الالكترونية المؤتمتة أو التعاقد عبر وكيل إلكتروني.

المقصود بالوسيط الإلكتروني هو برنامج الحاسب الآلي أو أي وسيلة أخرى الكترونية تستعمل من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو تسلم رسالة بيانات<sup>2</sup>.

يستخدم على المعنى السابق لفظ الوسيط المؤتمت، وقد جاء هذا المصطلح في القانون الإماراتي بالضبط في المادة 02 من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية، ونعني به برنامج أو نظام الكتروني لحاسب آلي يمكن أن يتصرف بشكل مستقل، كلياً أو جزئياً، دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الاستجابة له<sup>3</sup>. جاء كذلك في القانون البحريني لفظ الوكيل الإلكتروني<sup>4</sup> كتعبير عن الوسيط الإلكتروني،

(1) مثلاً في فرنسا الحياة العملية فرضت على القضاء أن يفصل في قضايا متعلقة بالفضاء الإلكتروني -الانترنت تحديداً- من قبل أن تعرف أي تشريع بصده، وكانت سنة 1996 تاريخ ميلاد قانون الانترنت في فرنسا. وكان القضاء أول مصدر له، ففي هذه السنة عرفت شبكة الانترنت إقبالا كبيرا من الجمهور استتبعه بالضرورة ضرورة معالجة عدة أسئلة ومسائل قانونية عرضت لأول مرة على المحاكم الفرنسية بالأخص على قاض الاستعجال. وبإلقاء نظرة سريعة على الاجتهاد القضائي الفرنسي نجد ان البدايات الأولى للأحكام القضائية المتعلقة بالميدان التكنولوجي-الانترنت تحديداً- كانت في 1996 مثلاً الاجتهاد القضائي في مجال تقليد العلامات في أسماء النطاق قضية Atlantel في 22 جويلية 1996 ثم قضية أخرى في 14 أوت 1996 هي قضية brel et sardou جاءت فيها أول إدانة في مجال تقليد حقوق التأليف بعد رقمنة ووضع على الخط كلمات وأغاني لكل من Michel Sardou و Jacques Brel في الشبكة بشكل يجعلها متوفرة وجاهزة على الخط لسماعها أو تحميلها من قبل طلبة مستعملين وسائل الكترونية تابعة لمدرستهم. وغيرها من القضايا التي أدت بمحكمة النقض الفرنسية إلى إعداد تقرير سنوي في 2005 تقرير حول الإبداع التكنولوجي-L'innovation technologique -والذي يبرر فيه مدى تموقع هذه المواضيع في الحياة العملية والقانونية اليوم، لأكثر تفصيل أنظر: Vincent Fauchoux, le droit de l' internet, lois, contrats et usage, LITEC, france, 2009, p2-p3.

(2) وهو مضمون نص المادة 02 من قانون 2004-40 اليمني الخاص بالمعاملات الالكترونية، نفس المعنى جاءت به المادة 02 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني.

(3) د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة عبر الانترنت، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007، ص 228.

(4) نفس هذا المصطلح استعمله قانون المبدلات الالكترونية الموحد للولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1999 بنصها على: "الوكيل الإلكتروني برنامج حاسوبي أو أية وسيلة الكترونية أخرى تستخدم للبدأ في عمل أو للاستجابة

فقد نص قانون 28-2002 المتعلق بالمعاملات الالكترونية على أن الوكيل الالكتروني هو برنامج يستخدم في إجراء تصرف ما كلياً أو جزئياً دون مراجعة أو تدخل من أي فرد في وقت التصرف.

تتفق جميع التعاريف السابقة على أن هذا النوع من التصرفات تصدر عن حاسب آلي دون تدخل الفرد الطبيعي أو العنصر البشري ، كما أقرت هذه التشريعات صلاحية هذه الوسيلة في التعبير عن الإرادة في التعاقد الالكتروني ورتبت عليها نفس الآثار المترتبة على التعاقد البشري العادي<sup>1</sup> (أولاً) بالرغم من الخلاف الفقهي القائم حول المركز القانوني للحاسب الآلي (ثانياً).

#### أولاً: مدى صلاحية الكمبيوتر للتعبير عن الإرادة وتكييف التعاقد التلقائي:

طبقاً للقواعد العامة في إبرام العقود فإنه يستلزم أن تكون الإرادة التعاقدية صادرة من أشخاص أهلة قانوناً على إبرام العقد ، وهذا أمر يسهل التأكد منه في التعاقد التقليدي، لكن في التعاقد الالكتروني يثور التساؤل حول تحقق التراضي مع صدور الرضى أو الإرادة من وسيط الكتروني (أ) ولو أجزمنا بصلاحيته في ذلك فبأي صفة يقوم الكمبيوتر بذلك (ب)؟

#### أ- صلاحية الكمبيوتر للتعبير عن الإرادة :

بالعودة إلى بعض القوانين نجد أنها أعطت صلاحية إتمام التعاقد الكترونياً لوسائط الكترونية مبرمجة مسبقاً وجعلت من هذه العقود عقوداً صحيحة وناظفة<sup>2</sup>. فعلى صعيد التشريعات العربية نجد المادة 14 من قانون إمارة دبي في شأن المعاملات والتجارة الالكترونية رقم 02 لسنة 2002 تجيز التعاقد بوسائط الكترونية حيث نصت فقرتها الأولى على أنه : " يجوز أن يتم التعاقد بين وسائط الكترونية مؤتمتة متضمنة نظامي

كليا أو جزئيا للرسائل الالكترونية أو لتدابير دون مراجعة أو تدخل من شخص طبيعي في كل مرة يبدأ فيها النظام عملاً أو يقدم استجابة". نفس المعنى تضمنته المادة 19 من قانون كندا الموحد للتجارة الالكترونية .

(1) عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص178.

(2) الملاحظ في هذا المجال أن هذا الشكل من التعاقد ليس غريباً تماماً بل توجد في العالم المادي طرق تشبه التعاقد

عبر الوسيط الالكتروني تستخدم بصورة شائعة في الدول الأوروبية وهي عبارة عن ماكينات مبرمجة تقدم سلعاً استهلاكية أو خدمات كبيع التذاكر أو النقاط صور فوتوغرافية وغيرها، وتختلف الطريقتين في أن التعاقد المؤتمت يمكن أن يكون بين وسيطين الكترونيين في حين لا يمكن تصور ذلك في التعامل مع الماكينات، أنظر في ذلك:

امانج رحيم احمد، مرجع سابق، ص128.

معلومات الكترونية أو أكثر تكون معدة ومبرمجة مسبقا للقيام بمثل هذه المهمات ويتم التعاقد صحيحا وناظرا ومنتجا آثاره القانونية على الرغم من عدم التدخل الشخصي أو المباشر لأي شخص طبيعي في عملية إبرام العقد في هذه الأنظمة".

وتأكيدا لمبدأ جواز التعاقد الإلكتروني وصحته نصت المادة 1/7 من نفس القانون على: "لا تفقد الرسالة الإلكترونية أثرها القانوني أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها جاءت في شكل الكتروني"، كما أجاز المشرع الأردني إبرام العقود إلكترونيا بواسطة الرسائل الإلكترونية بتقريره في المادة 13 من قانون المعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001: "تعتبر الرسالة الإلكترونية وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب والقبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي".

ونظرا لتوسط أجهزة الكترونية في الإرادة وخشية من إسناد الإرادة لشخص لم تصدر منه (خطأ أو غشا واحتياالا) لا بد من التأكد من إسناد الإرادة في التعاقد المؤتمت أو التلقائي، فتتص المادة 15 من القانون الإماراتي المتعلق بالمعاملات الإلكترونية على أنه: "تعتبر الرسالة الإلكترونية صادرة من المنشئ إذا كان المنشئ هو الذي أصدرها بنفسه، وفي العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه تعتبر الرسالة الإلكترونية صادرة عن المنشئ إذا أرسلت:

- من شخص له صلاحية التصرف...

- من نظام معلومات "مؤتمت" ومبرمج للعمل تلقائيا من قبل المنشئ أو نيابة عنه".

بالنسبة للقانون الجزائري لا نجد أي نص يتضمن مثل هذا التعاقد، لكن بالرجوع للقواعد العامة لا نجد أيضا ما يمنع من التعبير عن الإرادة بواسطة الوسيط الإلكتروني على اعتبار إمكانية إدراجه ضمن إحدى صور التعبير عن الإرادة طبقا للقواعد العامة وهي التعبير عن الإرادة بأي وسيلة لا تدع ظروف الحال شك في دلالتها على التراضي.

ب- تكييف التعاقد التلقائي:

إذا كانت القوانين تعترف للكمبيوتر بصلاحيته لإبرام العقود فلا بد من معرفة الصفة التي يكتسبها هذا الأخير باعتباره برنامجا مبرمج مسبقا لإتمام صفقات، بتعبير آخر كيف تكييف العلاقة بين هذا الكمبيوتر المبرمج وصاحبه؟

سنحاول التكييف بحسب القوانين التي نظمتها لنجد أن القانون الأردني استعمل عبارة مفادها أن الوسيط الإلكتروني هو نائب عن المنشئ حيث يفهم ذلك من عبارة وردت بالشكل التالي: وسيط الكتروني معد للعمل اتوماتكيا بواسطة المنشئ أو بالنيابة عنه، أما القانون البحريني والذي اتسم المشرع فيه بجراً واستخدم مصطلح الوكيل الإلكتروني تعبيراً عن الوسيلة في التعاقد، عليه اعتمد تكييف هذه الصورة على أنها تعاقد بالوكالة<sup>1</sup>.

أما قانون إمارة دبي اكتفى بإيضاح معنى الوسيلة دون أن يحسم تكييفها<sup>2</sup>.

كيّفت العلاقة بين الكمبيوتر وصاحبه على أنها نيابة أو وكالة، إلى أنه نرى أنها أقرب للنيابة عن الوكالة-إذا سلّمنا بالشخصية القانونية للكمبيوتر طبعاً-، على اعتبار أن البرنامج الذي كلف بالتعاقد له نوع من الحرية في اختيار المتعاقد معه، فهو يختاره أوتوماتكياً، فالوسيط الإلكتروني بحكم تعريفه قادر على المبادرة والاستجابة والتحاور مع أطراف أخرى أو مع وكلائها الإلكترونية بمجرد تشغيله من قبل طرف ما، وعليه يتفق في ذلك مع معنى النائب الذي يعبر عن إرادته هو لصالح الأصيل، بينما الوكيل ما عليه إلى تنفيذ ما أوكل إليه دون أي تدخل لإرادته.

وان كان ومن الجانب الفقهي هناك من ينكر عن الكمبيوتر تعبيره عن الإرادة فكيف لجهاز عديم الإرادة أن يبرم عقد وكالة أو نيابة بينه وبين صاحبه، ثم كيف سنطبق قواعد المسؤولية المنية الناشئة عن إخلال الوكيل أو النائب بالتزاماته الناشئة عن عقد الوكالة أو النيابة، فالوكالة والنيابة تصرف قانوني والتصرف القانوني يتطلب توفر إرادة لدى عاقيه<sup>3</sup>.

### ثانياً: الخلاف الفقهي حول المركز القانوني للكمبيوتر في التعاقد :

إذا كانت التشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية أجازت التعبير عن الإرادة من طرف وسائط الكترونية، فكيف ينظر الفقه إلى هذه المسألة ؟

(1) إن استخدام تعبير الوكلاء الإلكترونيين أحدث نوع من التماثل بين النظام المؤتمت و وكيل المبيعات بشكل غير ملائم، ومن ثم فإن المبادئ العامة لقانون الوكالة (مثل المبادئ التي تتضمن تحديداً لمدى المسؤولية كنتيجة لسلوك مخطئ من جانب الوكيل) لا يمكن استخدامها فيما يتصل بتشغيل هذه النظم.

(2) وان كان غريب تسمية لفظ مؤتمت، لأكثر تفصيل أنظر د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 171.

(3) صابر راشدي، "المركز القانوني للكمبيوتر في التعاقد الإلكتروني"، مجلة معارف الصادرة عن المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج، العدد 09، البويرة، ديسمبر 2010، ص 20

نلاحظ اختلافا في وجهات النظر لدى الفقه حيث تعددت المحاولات الفقهية التي ترمي إلى تنويع التعاقد الكترونيا وما يترتب على ذلك من صحة إبرام العقد. فهناك من يذهب إلى اعتبار الكمبيوتر شخص قانوني(أ)، وهناك من ينكر عليه هذه الصفة بل يعتبره مجرد وسيلة فقط(ب).

#### أ -إسناد الشخصية القانونية للكمبيوتر :

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى منح الشخصية القانونية إلى الجهاز الالكتروني الذي يتم بواسطته إبرام العقد، ومن هنا يعتبر هذا الرأي الجهاز الالكتروني بمثابة الشخص القانوني، والشخص القانوني يتمتع بأهلية إبرام العقد . بدعوى ان الكمبيوتر سوف يكون ذو كفاءة خيالية ، و أن الأجيال القادمة من نظم الحاسوب المؤتمتة قد تزود لدى إنشائها بالقدرة على أن تعمل بشكل مستقل وليس فقط بشكل آلي وهذا يعني أنه يمكن من خلال تطورات الذكاء الصناعي، أن يكون الحاسوب قادرا على أن يتعلم من خلال التجربة وأن يعدل التعليمات التي يتضمنها برنامجها الخاص، بل وأن يستنبط تعليمات جديدة وتحليل المعلومات والصور كما يفعل العقل البشري<sup>1</sup>.

بغض النظر عما يستند إليه هذا الاتجاه<sup>2</sup>، فللقول بإسناد الشخصية القانونية للكمبيوتر غير مستساغ من الناحية القانونية، فالشخصية القانونية مرتبطة بالذمة المالية والجهاز الالكتروني ليس له ذمة مالية. ومن ثم فلن تكون له شخصية قانونية وتتعدم أهليته القانونية ، ناهيك عن كون الاعتراف الذي يضاف على الشخص الاعتباري الشخصية القانونية مقصور على مجموعات الأشخاص والأموال ولا يمتد إلى الأجهزة والآلات .

#### ب-الكمبيوتر مجرد وسيلة :

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى تشبيه الجهاز الالكتروني بالهاتف والفاكس ، فهو مجرد أداة أو وسيلة اتصال تربط بين المتعاقدين ، وبالتالي الجهاز لا يبرم عقدا لحساب شخص ما

(1) د/إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، مرجع سابق، ص73.

(2) فهناك من يرى العكس على الأقل إلى يومنا هذا فالكمبيوتر عالم غبي يتسم بكفاءة عالية في معالجة المعطيات ، لكن لا يتسنى له ذلك إلى إذا برمج وضبط بصفة سليمة أي خطأ صغير أو بسيط لن يعمل هذا الكمبيوتر أو يعالج المعطيات بطريقة خاطئة.ضف لذلك الفيروسات التي تصيبه والتي تؤدي إلى تعطيله الكامل ، وعليه فلن يضاهي أبدا الكمبيوتر العقل البشري.



وإنما الشخص هو الذي يبرم العقد باستخدام الحاسب الآلي الذي يقتصر دوره على نقل الإرادة من متعاقد إلى آخر.

وقد انتقد هذا الاتجاه أيضا على أساس أنه يحمل المتعاقد الأخطاء في البرمجة وتشغيل البرامج الالكترونية<sup>1</sup> التي تقوم بعملية التعاقد فما يصدر من الجهاز يعد كأنه صدر من المتعامل نفسه مباشرة .

وفي سبيل البحث عن رأي يفض هذا الخلاف القائم ذهب بعض أغلبية الفقه إلى أن الجهاز الالكتروني لا يخرج عن كونه أداة أو وسيلة في يد المتعاقد ، يستعملها كما يستعمل الأوراق والأقلام في التعبير عن إرادته ، فالجهاز مجرد وسيلة للتعبير عن إرادة المتعاقد وإعلانها للمتعاقد الآخر ، فإذا استخدم المتعاقد جهازا الكترونيا فإن الإرادة التعاقدية سواء كانت إيجابا أم قبولا لا تنسب إلى الجهاز وإنما تنسب إلى المتعاقد الذي استخدم الجهاز وسخره لخدمته<sup>2</sup>، وهذا التكيف لدور جهاز الكمبيوتر في إبرام العقد يتماشى مع ما اخذ به قانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية حيث جاء في المادة 13 منه : " تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا كان المنشئ هو الذي أرسلها بنفسه" . كذلك عند إعداد مشروع الاونسترال لاتفاقية التعاقد الالكتروني استعمل مصطلح النظام الحاسوبي الأوتوماتيكي بدلا من أي مصطلح آخر كالوكيل أو النائب<sup>3</sup>.

إن جواز التعاقد بين وسائط الكترونية على الرغم من عدم التدخل البشري وقت إبرام العقد لا يعني انساب الإرادة إلى الكمبيوتر بل الإرادة تسند لصاحب الكمبيوتر-المنشئ-<sup>4</sup> ، من

(1) فمعد البرامج الالكترونية هو في العادة شخص متخصص في الإعلام الآلي وليس المتعاقد سواء مشتري او بائع

(2) د/إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، المرجع السابق، ص77

(3) امانج رحيم احمد، مرجع سابق، ص134

(4) والدليل على ذلك نجده في العديد من المواد منها: المادة 13 من القانون البحريني المتعلق بالمعاملات الالكترونية

فقد جاء تحت عنوان الإسناد :

1 ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك بين منشئ السجل الإلكتروني والمرسل إليه ، فإن السجل الإلكتروني يسند إلى المنشئ إذا كان :

أ- قد أرسل من المنشئ .

ب- قد أرسل بناءً على موافقة صريحة أو ضمنية من قبل المنشئ ، أو من قبل وكيل عادي أو وكيل إلكتروني للمنشئ

ج- قد أرسل من شخص ، تمكن من خلال علاقته بالمنشئ ، أو بأي وكيل له ، أن يصل إلى طريقة يستخدمها

المنشئ للإشارة إلى أن السجل الإلكتروني خاص به ، وذلك ما لم يثبت المنشئ أن الوصول إلى الطريقة ليس راجعاً



هنا ينشأ لنا مبدأ جديد جاء به التعاقد الالكتروني وهو وجوب إسناد الإرادة في التعاقد الالكتروني.

## المطلب الثاني في قوانين الاقتصاد

أمست تقنية المعلومات - إلى جانب كونها محلا للاستثمار - مرتكزا رئيسيا لإدارة النشاط التجاري والاستثماري الداخلي والدولي ، إذ مكنت بشكل أو بآخر من إسناد التوجهات الدولية في ميدان تحرير التجارة في السلع والتجارة في الخدمات ، أما أهم إفرازاتها في القطاع الخاص تجسد في التجارة الالكترونية بالأخص على الشبكة، هذه الأخيرة التي لا تعرف حدودا سياسية ولا جغرافية، لذلك لا بد من أن تمتد تأثيرات التجارة الالكترونية إلى تغيير المحتوى التنظيمي الذي تتضمنه قواعد تشريعات الاقتصاد وعلى وجه الخصوص الجمارك والضرائب لارتباطها بمصالح الدول (فرع أول) ، من جهة أخرى يقع أيضا على عاتق الدول بل من الواجبات الأساسية للدولة الحديثة ضمان المستوى المناسب من الحياة الكريمة والحصول على السلع والحاجات الكفيلة بتحقيق رغبات كل فرد أمام هذا الصنف الجديد من التجارة، ويعد قانون المنافسة والاستهلاك أهم القوانين التي تسعى لخلق توازن بين هذه المصالح المتضادة-مهني ومستهلك، مهني ومهني-(فرع ثان).

### الفرع الأول

#### المعاملة الضريبية والجمركية للتجارة الالكترونية

إن الطابع الدولي لعقود التجارة الالكترونية يلغي فكرة الموقع أو المكان بالنسبة للنشاط التجاري ، وهذا يعنى احتمال عدم الكشف عن مصدر النشاط كما يثير مشاكل تحديد النظام

---

إلى إهماله . . . " نجد نفس الحكم في الفقرة ب من المادة 13 من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية حيث تنص على: " في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ إذا أرسلت.... ب- من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائيا"

القانوني المختص في أكثر من مسألة ومن ضمنها القانون المختص بحكم العلاقة الضريبية أو المركز الضريبي لأطراف التعاقدات الإلكترونية إلى جانب العلاقة الجمركية، فالأعمال الإلكترونية المتحركة بالنظر لطبيعتها التقنية قد تهاجر نحو الدول ذات النظم الضريبية والجمركية الأسهل والأكثر تشجيعاً، لذلك نتساءل هل تخضع التجارة الإلكترونية للضرائب والرسوم القائمة وهل يتعين فرض ضرائب على النشاط التجاري الإلكتروني غير الضرائب القائمة؟ (أولاً) وماذا عن الرسوم والإجراءات الجمركية بشأن البضائع محل التداول عبر تطبيقات التجارة الإلكترونية؟ (ثانياً).

### أولاً: المعاملة الضريبية للتجارة الإلكترونية

لم يسجل المشرع الجزائري-على غرار أغلبية الدول- أي تدخل في صدد فرض الضرائب على التجارة الإلكترونية<sup>1</sup>، وذلك نظراً لما يواجهه فرض مثل هذه الضريبة على التجارة الإلكترونية من صعوبات تتلخص في<sup>2</sup>:

- صعوبة تحديد المجتمع الضريبي للتجارة الإلكترونية.
- صعوبة تتبع المعاملات التي تتم عبر الشبكة .
- عدم وجود مستندات ورقية يمكن مراجعتها من مصالح الضرائب.
- عدم وضوح المبدأ الضريبي الواجب التطبيق على التجارة الإلكترونية.
- التنوع الكبير في الأنشطة التي تتم ممارستها على شبكة الانترنت .
- الاختلافات التشريعية بخصوص النشاطات الخاضعة للضريبة وأسس فرض الضرائب ككل.

- صعوبة إثبات موقع الفرد الخاضع للضريبة على شبكة الانترنت .
  - صعوبة تحديد الدولة المختصة بتحديد الضريبة وتحصيلها.
  - عدم تطوير الإدارات الضريبية وإطاراتها بشكل يتلاءم والتجارة الإلكترونية.
- أمام هذه العوائق دفع ببعض الدول خاصة المتقدمة إلى تحرير التجارة الإلكترونية من

(1) باستثناء ما تضمنه قانون المالية الصادر في 2013/12/31، ج ر ج ج عدد 2013/69. الذي تضمن إعفاء

موفري خدمات الانترنت من أداء أي ضريبة إلى غاية 2020.

(2) د/ عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 383.

أي قيود فمثلا تنبعت الولايات المتحدة الأمريكية لهذا الأمر فقررت عدم فرض ضرائب على أنشطة الأعمال والتجارة الإلكترونية<sup>1</sup>، وتتنبه الآن أوروبا لخطورة التوجه الأمريكي في هذا الصدد من حيث إمكانية تأثيره على اجتذاب نشاط الشركات العاملة في حقل التجارة الإلكترونية. كما أن فرض الضرائب على هذا النمط الجديد يتطلب استراتيجيات ضريبية مختلفة في المتابعة والكشف والجمع لما تثيره قواعد محاسبته والتعرف على حقائق الدخل المتأني منها من تحديات ومشكلات ، هذا إلى جانب حاجة مسائل الضريبة على التجارة الإلكترونية إلى تعاون وتنسيق إقليمي ودولي بسبب الطبيعة العابرة للحدود لعقود التجارة الإلكترونية.

### أ- موقف الفقه بشأن فرض الضرائب على التجارة الإلكترونية

يتباين الرأي حول مدى خضوع التجارة الإلكترونية للضرائب ، فهناك من يرى أن التجارة الإلكترونية كالتجارة التقليدية يجب أن تخضع للضرائب وأنه ليس من الصعب تطبيق القواعد الضريبية الحالية عليها مع مراعاة الطبيعة الخاصة لتلك التجارة في حين يرى آخرون أنه يجب أن لا تخضع التجارة الإلكترونية للضرائب إما لعدم ملائمة القواعد الضريبية الحالية<sup>2</sup>، وأن الوقت لم يحن بعد لفرض هذه الضرائب التي لم يكتمل نموها بعد.

#### 1- إمكانية فرض الضريبة على التجارة الإلكترونية:

برر البعض ضرورة فرض الضريبة على التجارة الإلكترونية لاعتبارات اقتصادية تقتضيها ضرورة توفير الظروف الملائمة للمنافسة الحرة أهمها:

(1) إن مؤشرات تحليل إطار ومحتوى السياسة الضريبية يكشف أن الموقف الأمريكي يقوم على قاعدة "أعمال وتجارة الإلكترونية دون ضرائب" ، فقد تأسست اللجنة الاستشارية للتجارة في أمريكا عام 1998 ومنحت مهلة ثلاثة سنوات انتهت في أكتوبر 2001 لكافة الشركات للعمل على الإنترنت دون ضرائب ، ثم ما لبثت مجدداً أن مددت المهلة ، وبالرغم من إعادة طرح الموضوع على الكونجرس إلا أن هذه الدعوات يعوزها الحماس إذ الاتجاه الغالب لا يزال ضد فرض أي نوع من الضرائب على التجارة الإلكترونية. أما في أوروبا فقد حاول اجتماع بروكسل المنعقد في نوفمبر 1999 أن يصل إلى موقف موحد من مسألة الضريبة بسبب اختلاف قوانين أوروبا من هذه الجهة ، ولم يتحقق بعد التلاؤم المطلوب بين دول الاتحاد الأوروبي في هذا الشأن.

(2) KRUGER Hervé, Les nouveaux défis du droit fiscal : la fiscalité du téléchargement, Les nouveaux défis du commerce électronique sous la direction de ROCHFELD Judith, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2010.p176

### - استخدام الضريبة لدعم البطالة الناتجة عن التجارة الالكترونية:

تقلل التجارة الالكترونية فرص العمل كما تضطر البعض للتخلي عن وظائفهم، مما يعني حاجة الحكومة إلى دعم البطالة المستحدثة بفعل الانترنت وتعتبر الضريبة احد الموارد الأساسية لتوفير هذا الدعم.

### - الحد من النمو المتوقع للاقتصاد الخفي:

يعتبر فرض الضريبة طريقة لرقابة الدولة للمعاملات الاقتصادية بالتالي الحد من الاقتصاد الخفي هذا من جهة من جهة أخرى عدم فرض الضريبة على التجارة الالكترونية سيؤدي لتحويل الشركات لنشاطاتها إلى الفضاء الالكتروني بغرض التهرب الضريبي<sup>1</sup>.

### - لا تعتبر الضريبة على التجارة الالكترونية أمراً مستحدثاً أو مستحيلاً:

تتشابه التجارة الالكترونية في هذا الصدد بتجارة السلع التي تباع عن طريق عرض المنتجات بالكتالوجات التي ترسل بالبريد أو يتم الإعلان عنها هاتفياً، وهذا النشاط يشترط لخضوعه للضرائب إثبات وجودة رابطة معينة بين الشركة البائعة والمستهلك عندما يوجد كل منهما في مكانين مختلفين، ولا تخضع بالتالي للضريبة إلا السلع التي تنتقل من مكان لآخر وتظهر بصورة مادية، ومن ثمة فإن جزء من تعاملات الانترنت لا تجد مشكلة في خضوعها للضرائب ويبقى الجزء الآخر الذي لا يتضمن تسليم مادي للسلعة المباعة أو تقديم الخدمات عبر الانترنت يحتاج إلى أساليب جديدة لطريقة فرض الضرائب عليها لكي يكون الجميع متساوين في الدولة أمام هذه الأعباء العامة، فالقول بعدم خضوع الشركات التي تتعامل إلكترونياً لدفع الضرائب من شأنه أن يحقق عدم المساواة والتمييز بين الشركات بالرغم من أنها تمارس نشاط تجاري واحد<sup>2</sup>.

### 2- عدم ملائمة فرض الضريبة على التجارة الالكترونية:

يستند أنصار هذا الرأي إلى اعتبارات اقتصادية تتعلق بحدثة التجارة الالكترونية، وأخرى فنية تتعلق بخصائص التجارة الالكترونية.

(1) د/ رمضان صديق، الضرائب على التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص52.

(2) د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية، مرجع سابق، ص326.

## 2-1 الاعتبارات الاقتصادية: تتلخص في :

- تهديد فرض الضرائب لنمو التجارة الالكترونية وعرقلتها ، على اعتبار أن التجارة الالكترونية نشاط جديد فانه لا بد من تشجيعها وان فرض الضرائب عليها سيؤدي إلى عرقلة تطورها.
- يؤدي فرض الضريبة إلى تقييد الإبداع .
- التجارة الالكترونية تساهم بقدر كبير في نمو الاقتصاد<sup>1</sup> ، فهي تسمح بإيجاد أسواق جديدة وبالتالي الحد من ركود السلع و التضخم و تضمن الوصول لمنتجات أكثر جودة وغيرها من المزايا لذلك يعتبر عدم فرض الضريبة عليها سبيلا لتحقيق هذه المزايا.
- تقف القواعد الدستورية والقانونية في بعض الدول حائلا أمام فرض الضرائب على التجارة الالكترونية نظرا لافتقار المتطلبات والشروط القانونية لتحصيل الضريبة على هذه التجارة فالقواعد الموجودة وضعت في ظل تجارة تقليدية تحكمها خصائص تختلف عن خصائص التجارة الالكترونية<sup>2</sup> ، فالتجارة الالكترونية تتيح لمنشآت أجنبية أن تبيع سلعا أو تقدم خدمات عبر الانترنت إلى مستهلكين دولة ما دون أن يكون لها وجود مادي في تلك الدولة أو أي روابط فيها وليس لإدارة الضرائب تحصيل الضريبة على شركات أجنبية في ظل قانونها.

## 2 1 الاعتبارات الفنية:

يصعب قياس التجارة الالكترونية على بعض الصور التقليدية نظرا للخصائص الفنية للانترنت وتأثيرها على الضريبة ، تتمثل أهم خاصية في عدم قدرة الإدارة على تتبع العمليات الحاصلة عبر الانترنت أو اقتفاء أثرها فمن السهل إخفاءها والتحكم فيها عن طريق تشفيرها مثلا، بالمقابل لا يمكن لإدارة الضرائب فض هذه الشفرة وإلا عوقبت جنائيا<sup>3</sup>.

(1) فبفضل تنامي التجارة الالكترونية قفز النمو الاقتصادي الأمريكي إلى أكثر من 4% في السنة خلال عامين متتاليين 1997 و 1998، أنظر في ذلك: د/ رمضان الصديق ، مرجع سابق، ص 57.

(2) مثلا في الولايات المتحدة الأمريكية التي يقيد النظام الدستوري فيها سلطة الولاية عن تحصيل الضريبة على الاستخدام او المبيعات على المنشآت التي تعمل خارج الولاية ويقصر سلطتها في تحصيل الضريبة على المنشآت المقيمة في الولاية أو التي تبيع لمستهلكين مقيمين في الولاية بشرط أن تكون للمنشأة الأجنبية روابط مهمة فيها.

(3) د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية، مرجع سابق، ص 322.

من خصائص الانترنت التي تسبب صعوبة في فرض الضرائب ما يلي:

- لا يعمل الانترنت من خلال جهاز مركزي يمكن مراقبته أو السيطرة عليه.
- لا يحتاج التعامل عبر الانترنت إلى تدخل وسطاء بين طرفي البيع .
- ضعف الصلة بين العنوان الذي تتخذه المنشأة على الكمبيوتر والحقيقة.
- افتقاد الرقابة والتسجيل.
- صعوبة القدرة على التدقيق أو المراجعة والرقابة عن بعد.
- صعوبة كشف المكونات ومحتوى الرسائل الالكترونية <sup>1</sup> .

#### ب - موقف التشريعات في تحديد مصدر الدخل الناتج عن التجارة الالكترونية:

لكل دولة ذات سيادة الحق في فرض الضريبة على الأشخاص أو الأموال التي تقع داخل حدودها الإقليمية ولها أن تمد نطاق هذا الحق ليشمل الأشخاص والأموال التابعين لها الموجودة في الخارج ويعرف ذلك بالسيادة الضريبية، وتتحدد هذه الأخيرة بأحد المبدئين: مبدأ الإقامة، مبدأ الإقليمية.

يقوم مبدأ الإقليمية -وهو المبدأ الذي تتخذه أغلبية الدول النامية من بينها الجزائر- على مصدر الدخل كأساس لفرض الضريبة فهي تفرض على جميع الأشخاص المواطنين والأجانب وذلك على الدخل الذي يتحقق من مصادر داخل الدولة. والتجارة الالكترونية بطبيعتها التي تلغي الحدود الجغرافية من شأنها أن تؤثر على هذا المبدأ حيث يصعب تحديد إقامة المنشأة أو تعيين الدولة مصدر الدخل الناتج عن التجارة الالكترونية مما يدفع في التفكير في معيار أو مبدأ آخر لتحديد مصدر الضريبة في ظل التجارة الالكترونية. تتجه بعض الدول <sup>2</sup> إلى الاعتماد على مكان وجود الخادم <sup>1</sup> الذي ييسر اتصال موقع شبكة الشركة بالانترنت واعتباره الدليل على الدولة مصدر الدخل الذي تحققه الشركة نتيجة اتصال العملاء بالموقع .

(1) فحتى وإن فرضت الضريبة على التجارة الالكترونية مثلاً يمكن تسليم منتج معين ككتاب أو أشرطة فيديو أو

أفلام سينمائية يقوم بإرساله البائع تحت مسمى آخر وطالما أنه لا يمكن معرفة محتوى الرسالة لا يمكن لإدارة الضرائب أن تعرف ما تحتويه الرسالة.

(2) من بينها كندا ، استراليا، هولندا، بريطانيا بحيث يعتمد في تحديد مصدر الدخل على الخادم المستضيف للموقع

هناك من انتقد الاستناد إلى معيار الخادم لفرض الضريبة بدعوى انه لا يوفر الشروط الأساسية لفرض الضريبة والمتمثلة في المكان الثابت للشركة أو المؤسسة، المدة الكافية، النشاط المولد للدخل مباشرة<sup>2</sup>.

أمام فشل المبادئ التقليدية التي يقوم على أساسها فرض الضريبة في إطار التجارة الالكترونية طرح اشكال يتمثل في هل لا بد من ايجاد قواعد ضريبية جديدة للمعاملات الالكترونية؟<sup>3</sup>

انتهى الفقه إلى اقتراح فرض ضرائب جديدة يتحملها البائع أو المشتري بحسب الأحوال وهي الضريبة على الاستهلاك وكذا ضريبة البيئس.

تعد ضريبة الاستهلاك بديلا عن الضريبة عن الدخل ويكون محلها الاستهلاك والملكية ، بحيث تفرض ضريبة مبيعات على المعاملات المختلفة بمساعدة الشركات التي تقدم خدمة الانترنت بمعنى ان تقوم هذه الشركات بحاسبة عملائها على التعاملات التي يقومون بها وتعد هذه الشركات وسيط بين الإدارة من طرف والمستهلكين والمهنيين من طرف آخر<sup>4</sup>.

أما ضريبة البيئس bits تتمثل في فرض ضريبة على أساس الوحدات الرقمية المتعلقة بالاتصالات خلال الشبكة باعتبارها العنصر الوحيد الذي يمكن تتبعه وقياسه وتحديد الضريبة على أساسه وقد أيدت اللجنة الأوروبية عام 1998 فرض هذه الضريبة مع تطبيق تسعيرات مختلفة بحسب مدى الاتصال ونوع الخط المستخدم. وتحقق هذه الضريبة ميزة أساسية هي تشجيع التجارة الالكترونية على اعتبار ان الضريبة على النقل الالكتروني ستكون منخفضة بالمقارنة مع الضريبة المفروضة على النقل المادي التقليدي لكن لقيت هذه

---

الذي يتم من خلاله انجاز الأعمال و الأنشطة الرئيسية ولا يقتصر دوره على مجرد الأعمال ذات الطبيعة الثانوية أو المساعدة.

(1) الخادم هو نظام يتكون من مجموعة ملفات في كمبيوتر يوفر للموقع الالكتروني للشركة إمكانية النفاذ إليها عبر الشبكة ، انظر في ذلك د/ عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص377.

(2) د/ رمضان الصديق ، مرجع سابق، ص91.

(3) DIDIER Philipe, la fiscalité du contrat électronique, Travaux de l'association Henri capitan, édition panthéon Assas, Toulouse, 2002.p110

(4) هذه الضريبة يصاحب تطبيقها عدة مشاكل أهمها تعارضها مع قوانين السرية والأمان، وزيادة الأعباء على عاتق المستهلكين نتيجة تحملهم لهذه الضريبة وقيمة السلعة.

الضريبة أيضا عدة انتقادات منها:

- لا تمييز بين الاتصالات التي تتم بغرض تجاري وغيرها.
- يؤدي فرضها إلى وجود ازدواج ضريبي، ضريبة تقليدية عند اقتتاءه للتجهيزات وضريبة أخرى لدى استعمالها.
- الأصل يجب ان تفرض على اثر اتفاق دولي لان الوسيلة التي فرضت من خلالها دولية وهذا ما سيخلق مشكل متعلق بكيفية توزيع عائداتها على الدول المختلفة.
- سيؤدي تطبيق مثل هذه الضريبة إلى معاملة تمييزية لغير صالح التجارة الالكترونية عبر الانترنت ، فنقل البيانات عبر الهاتف أو الفاكس لا يخضع لها.
- على ذلك يرى اتجاه آخر أنه لا داعي لفرض مثل هذه الضرائب على التجارة الالكترونية على أساس أنها إذا تضمنت سلعا أو خدمات مادية فهي ستخضع للضريبة الجمركية وضريبة المبيعات ، بالنسبة للضريبة الجمركية فان استيراد السلع ودخولها لأراضي أي دولة تستحق ضريبة العبور الجمركي يتم تحصيلها عند الإفراج عنها، كذلك الأمر بالنسبة للخدمات فهي تخضع لضرائب محددة مسبقا بشكل مباشر أو غير مباشر<sup>1</sup> .

### ثانيا: المعاملة الجمركية للتجارة الالكترونية

- والمقصود في هذا الصدد هو السلع والخدمات المتنقلة عبر التجارة الالكترونية بما فيها المادية والمعنوية، هل تخضع لرسوم جمركية أم لا؟
- بالنسبة لقانون الجمارك الجزائري تبنى العمل بالإعلام الآلي منذ 1998<sup>2</sup> بحيث وضع إمكانية التصريح الجمركي آليا لتجارة تقليدية ، لكن من حيث المعاملة في حد ذاتها للتجارة الالكترونية لم يخصها بأي معالجة تشريعية<sup>3</sup> .

(1) مع أن هذا الكلام ينطبق فقط على السلع والخدمات المادية أي العقود الالكترونية المبرمة الكترونيا ولكن تنفيذها يكون ماديا أو تقليديا أما العقود الالكترونية التي تبرم الكترونيا وتنفذ الكترونيا لا يمكن تطبيق عليها هذا الأمر لأنها تنفذ في نطاق لا يعتد بالحدود السياسية للدول بالتالي لا يمكن فرض أي نوع من الضرائب التقليدية عليها.

(2) أنظر المادة 82 من قانون الجمارك الجزائري.

(3) باستثناء ما جاء في إطار الاتفاقات الدولية التي يمكن ان تستفيد من عدة مزايا من بينها الإعفاء الجمركي لنشاطات تجارة الكترونية في إطار التبادل الحر وهو ما تضمنه المرسوم التنفيذي رقم 13 - 85 مؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1434 الموافق 6 فبراير سنة 2013 يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم



رغم ذلك يمكن أن نشير إلى نص صادر في المادة 16 مكرر من قانون المالية التكميلي ل 2007 والذي يقضي بعدم فرض رسوم جمركية على المحتوى المعنوي للمواد المعلوماتية أي إلا على شكلها المادي فتتص المادة 16 مكرر - سابعا 1 - " : بغض النظر عن أحكام المواد من 16 مكرر إلى 16 مكرر تاسعا ، لا يؤخذ في الحسابان لتحديد القيمة الجمركية للدعائم المعلوماتية المستوردة المتضمنة معطيات أو تعليمات إلا تكلفة أو قيمة الدعامة المعلوماتية" وتتنطبق هذه المادة على الدعائم المعلوماتية المستوردة أي الأشياء المادية المستوردة بغض النظر عن كيفية استردادها (تجارة تقليدية أو الكترونية) والسؤال الذي يطرح هو بشأن المواد المعنوية المستوردة أي التي يتم انتقالها عن طريق الشبكة هل تخضع لهذه الأحكام؟ وفي كل الأحوال تعتبر هذه المادة خطوة حسنة بشأن التجارة الإلكترونية.

أما بخصوص اتجاهات منظمة التجارة العالمية والدول المتقدمة بشأن فرض الرسوم الجمركية، فإن اتجاه منظمة التجارة الدولية في هذا الحقل عبر عنه التصريح الوزاري الصادر في نيسان 1998 عن مجلس منظمة التجارة العالمية الذي طلب من المجلس العام ونشاطه الاتفاق على أن "لا تفرض رسوم جمركية على التبادل الإلكتروني" .

إن أي تنظيم للمعاملات الإلكترونية يتطلب ستة عناصر هي على التوالي :

- الالتزام بقواعد التجارة الدولية حسبما أقرتها دورة أوروغواي 1986-1994 .
- عدم المغايرة أو التمييز في المعاملة بين الوطني والأجنبي .
- الحيدة التقنية بحيث تصاغ الأحكام المنظمة للمعاملات الإلكترونية في عبارات عامة لمجاراة التطور التقني المتنامي .
- اتباع المرونة في صياغة التشريع لتيسير المعاملات الإلكترونية دون الاكتفاء باحترام ما هو من مبادئ فحسب .
- تبنى أدنى قيود تجارية في التشريعات المعنية بالمعاملات الإلكترونية .
- الشفافية فيما يصدر عن قواعد تنظيمية ولأحية بحيث يتسنى للجمهور الإطلاع عليها

10-89 المؤرخ في 24 ربيع الأول عام 1431 الموافق 10 مارس سنة 2010 الذي يحدد

كيفية متابعة الواردات المعفاة من الحقوق الجمركية في إطار اتفاقيات التبادل الحر

وإبداء التعليقات المناسبة خلال مهلة معقولة قبل الإصدار وتسمى هذه المرحلة الاستطلاعية مرحلة الثبات وذلك احتراماً لقاعدة الشفافية في التعامل .

إن مشكلة التعريف الجمركية على المعاملات الإلكترونية لا تزال محل نظر وخلاف بين من يطالب الإعفاء منها كلية ، ومن يطالب بفرضها على أي معاملة تتم من خلال الإنترنت ، وقد تعرض المؤتمر الوزاري الرابع (الدوحة نوفمبر 2001) للأعضاء في منظمة التجارة العالمية في الإعلان الصادر لهذه المسألة تحديداً ، حيث أشير إلى أن الأعضاء قد أحيطوا علماً بما تم من أعمال بواسطة المجلس العام والجهات المعنية الأخرى منذ الإعلان الوزاري في 20 من مايو / أيار سنة 1998 واتفقوا على الاستمرار في برنامج العمل في شأن التجارة الإلكترونية وأن ما تم من أعمال حتى الآن دل على أن التجارة الإلكترونية قد ترتب عليها ظهور تحديات وفرص جديدة في التجارة للأعضاء في كل مراحل التنمية ، ويقر الأعضاء بأهمية إنشاء ورعاية أفضل بيئة مشجعة للتطور المستقبلي للتجارة الإلكترونية ويكلفون المجلس العام بدراسة الاتفاقات المؤسسية المناسبة للتعامل مع برنامج العمل وأن يعد تقارير حول التطور اللاحق يقدم إلى المؤتمر الوزاري في دورته الخامسة ، وأن الأعضاء سيستمرون في ممارستهم الحالية بعدم فرض رسوم جمركية على النقل الإلكتروني حتى المؤتمر الخامس ، وجدير بالذكر أن المؤتمر الوزاري في سياتل Seattle بالولايات المتحدة الأمريكية لم يكن قد أفلح في التوصل إلى هذه النتيجة.

وتتضمن بعض الاتفاقيات التي تلتزم بها منظمة التجارة العالمية كاتفاقية تقنية

المعلومات التي تنص على إزالة مجموعة من الرسوم الجمركية على منتجات تقنية المعلومات تصل إلى حوالي 189 سلعة<sup>1</sup>.

ولقد بدأت فكرة اتفاقية تقنية المعلومات في الاجتماع الوزاري الأول لمنظمة التجارة الدولية في سنغافورة ، حيث وقع على البيان الوزاري أعضاء 28 دولة تستحوذ على حوالي 90% من حجم سوق منتجات تقنية المعلومات في العالم . وتم التركيز في ذلك على أهمية المنتجات التقنية لتطوير صناعات المعلومات والتوسع الديناميكي للاقتصاد الدولي وقد صدرت التأكيدات على ضرورة تشجيع التجارة الدولية في منتجات تقنية المعلومات. كما

(1) القاضي إيهاب السنباطي ، مرجع سابق، ص213.

تقرر تطبيق نظام تخفيف وإلغاء القيود الجمركية والرسوم على نطاق واسع من المنتجات ذات الصلة. وبالتالي انضمت 14 دولة أخرى لجزء من الاتفاقية<sup>1</sup>.

وتم تشكيل لجنة لتوسيع نطاق منتجات تقنية المعلومات وبحث السبل الكفيلة في تصنيف المنتجات التي تضمنتها الاتفاقية. إضافة إلى المراجعة المستمرة للعوائق غير الجمركية التي تؤثر على تجارة منتجات تقنية المعلومات. وكان من المتوقع إدخال تعهدات منظمة التجارة العالمية التي تمت بموجب اتفاقية الخدمات تحت شعار تحرير التجارة في خدمات الاتصالات الأساسية إلى البيئة الأساسية الضرورية للتجارة الإلكترونية. أما اتفاقية الاتصالات الأساسية فقد وقعت في فبراير 1997م من قبل 69 دولة ، وتضمنت الكثير من التعهدات التي شملت اتفاقيات مسبقة لعمليات تحرير التجارة في المستقبل ، وهي حقيقة ركزت على كيفية استخدام مباحثات اتفاقية التجارة في الخدمات (الجاتس) لتوحيد جهود عملية تحرير التجارة.

في الأخير نشير إلى أهم المسائل ذات الأثر على النظامين الضريبي والجمركي للتجارة الإلكترونية في اتفاقيات التجارة الدولية ومسائل النفاذ إلى الأسواق ، وثمة فرق بين الاتفاقية العامة للتجارة والتعريفية الجمركية (الجات) المنظمة لشؤون التجارة في البضائع ، وبين اتفاقية الخدمات (الجاتس) بشأن النفاذ إلى الأسواق ، وهو تفريق ذو أثر على التجارة الإلكترونية بوصفها اتجاراً في الخدمات ومن أهمها:

-تحتوى اتفاقية الجات على واجبات عامة فيما يتعلق بالمعاملة الوطنية بشكل مخالف لتلك التي تعتمد على أي من الالتزامات المحددة التي تم إدراجها على مستوى القطاع كما هو الحال في الجاتس.

-تتضمن اتفاقية الجاتس حظراً على القيود الكمية ، بينما تسمح اتفاقية الجاتس باستعمال القيود الكمية في الحالات التي ترغب الحكومات فيها الحفاظ على بعض حقوقها .

-تركز اتفاقية الجات على التجارة في السلع عبر الحدود ، وتغطي اتفاقية الجاتس أيضاً موضوع التجارة عبر الحدود ولكنها علاوة على ذلك تضع في الاعتبار التواجد التجاري في الدولة الأجنبية وحركة الأشخاص الطبيعيين كجزء من التجارة في الخدمات .

(1) القاضي إيهاب السنباطي ، مرجع سابق، ص 215.

- تحرير التجارة بموجب اتفاقية التجارة الدولية الخاصة بالخدمات (الجاتس )
- توجد أربعة فئات متباينة في قطاعات الخدمات تتعلق بالتجارة الإلكترونية :
- القطاعات التي تساعد على تطوير البنية الأساسية للتجارة الإلكترونية مثل الاتصالات والخدمات المرتبطة بها.
- القطاعات التي يمكن فيها التوريد الفعلي للخدمات إلكترونياً مثل قطاع الأعمال والترفيه والخدمات المالية.
- القطاعات التي تكون مكتملة لكافة أنواع التجارة بما في ذلك التجارة الإلكترونية مثل الخدمات البريدية والنقل.
- القطاعات التي يمكنها الاستفادة من تدفق المعلومات الإلكترونية من خلال تكلفة بحث منخفضة والتراسل السريع للمعلومات والمعالجة الآلية للنماذج الإدارية. وما يهمنا هنا من بنود اتفاقية الجاتس هي تلك المتعلقة في الأساس بالتوريد الإلكتروني للخدمات. وطريقتي التوريد ذات العلاقة الوثيقة بتوريد الخدمات عبر الإنترنت هما التوريد عبر الحود والاستهلاك الخارجي.

## الفرع الثاني

### في قانون الاستهلاك وقواعد المنافسة.

نظراً للمخاطر الكبيرة التي تتطوي عليها العملية الاستهلاكية في جميع مراحلها ولوقاية المستهلك من مخاطر ما يقتنيه من سلع وخدمات ، وجب على القانون أن يتعرض لحماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية لاستخراج الآليات اللازمة لإعادة التوازن في العلاقات الاستهلاكية بما يرفع الضرر والخطر عن المستهلك الإلكتروني في ظل المنافسة التي يشهدها السوق الاقتصادي وينبغي عدم الخلط بين قانون المنافسة و قانون حماية المستهلك ، حيث أن مجال هذا الأخير هو تنظيم العلاقات التي تنشأ فيما بين المهنيين من جهة، و المستهلك من جهة ثانية، بما يتضمنه من أحكام حمائية لمصلحة المستهلك (أولاً) ، بينما مجال تدخل قانون المنافسة هو العلاقات بين المهنيين داخل السوق الواحد<sup>1</sup>، وهو ما يجب أن يسعى لتنظيمه قانون المنافسة (ثانياً).

(1)حتى وإن النقي القانونان في بعض المواضع، حيث أن المنافسة الحرة التي يضمنها قانون المنافسة في حد ذاتها

## أولا: في قانون حماية المستهلك

يعرف الفقيه جاك قيستان GHESTIN المستهلك بأنه الشخص الذي لأجل احتياجاته الشخصية غير المهنية يصبح طرفا في عقد للتزود بالسلع والخدمات<sup>1</sup> ، وبهذا المعنى سيكون المستهلك الإلكتروني هو ذلك الشخص الذي يبرم العقود الإلكترونية المختلفة من شراء و أيجار وقرض وانتفاع وغيرها من أجل توفير كل ما يحتاجه من سلع وخدمات لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية دون أن يقصد من ذلك إعادة تسويقها ودون أن تتوفر له الخبرة الفنية لمعالجة هذه الأشياء وإصلاحها<sup>2</sup>.

تكمن أهمية توفير الحماية للمستهلك كونه الطرف الضعيف في التعاقد بينما المهنيون في مركز القوة في مواجهة المستهلكين، وأيضا لأنه في المعاملات الإلكترونية يكون التعاقد عن بعد ولا يكون المنتج محل التعاقد بين يدي المستهلك.

إن حماية المستهلك ليست بالفكرة الحديثة على التشريعات الوضعية بل هناك كثير من التشريعات المختلفة التي اهتمت بتوعية المستهلك وتوثير إرادته قبل أن يقدم على إبرام العقود بهدف حمايته في مواجهة المهني<sup>3</sup>. كما عنيت الوثائق الدولية بتقرير الحماية اللازمة للمستهلك فتتلخص حقوق المستهلك كما أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 39/248 المؤرخ في 09 افريل 1985 في الحقوق التالية:

سوف تصب في مصلحة المستهلك ، من حيث إسهامها في تحقيق أحسن تناسب بين الثمن و الجودة، كما أن بعض الأحكام التي هي من صميم قانون حماية المستهلك من شأنها دعم نزاهة المنافسة، كما هو الشأن بالنسبة للإعلام بالأسعار و التعريفات شروط البيع المنصوص عليها في القانون 04/02 المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم .

(1) نقلا عن: د/سي يوسف زاهية حورية، "حماية المستهلك مدنيا من الإعلان التجاري الكاذب والمظلل"، المجلة

الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 04، 2010، ص186.

(2) د/خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009، ص

ويعرف أيضا أنه الشخص الذي يتعاقد الكترونيا من أجل الحصول على ما يلزمه من سلع وخدمات لاستخدامها

في غير مجال نشاطه المهني ، أنظر في ذلك د/ عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة

الجديدة، مصر 2009، ص317.

(3) بالنسبة للمشروع الجزائري عرف أول قانون لحماية المستهلك في 1989 وهو قانون 89-02 المؤرخ في

07 فيفري 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج ر ج ج عدد 06/1989 والملغى بموجب 09-03

المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر ج ج عدد 15/2009. ويلاحظ انه رغم

حدثته لم تتم فيه أي إشارة للتعامل الإلكتروني.

- الحق في السلامة، أي الحق في الحماية من المنتجات والخدمات الضارة للصحة والحياة.
- الحق في إشباع حاجاته الأساسية.
- الحق في الاختيار في مجال المنتجات والخدمات بأسعار تنافسية مع تأمين درجة الجودة الكافية.
- الحق في إعطائه المعلومات اللازمة التي تمكنه من الاختيار السليم مع توفير حماية ضد الغش والخداع في الإعلان.
- الحق في التعويض وذلك من خلال إجراء تسوية عادلة لشكواه بما في ذلك تعويضه عن الأضرار التي لحقت به من السلع الرديئة أو الخدمات الغير كافية.
- كما أنشئت أيضا جمعيات تهدف إلى حماية المستهلك وهي جمعيات مدنية لا تهدف إلى تحقيق الربح وتتبع في دفاعها عن المستهلكين عدة طرق ومن أهمها التوعية والدعاية المضادة والامتناع عن الشراء والامتناع عن الدفع.
- وهناك من الدول من بادر بإصدار قانون خاص بالمعاملات التجارية الإلكترونية وضمنه نصوص خاصة بحماية المستهلك<sup>1</sup>.

إذا كان الالتزام بالإعلام التعاقدية معترف به منذ القدم ، تتفق أغلبية القوانين اليوم على أن الإعلام المسبق يمتد لما قبل التعاقد ، فقد أصبح هذا الالتزام محل تطبيق حتمي في مجال التعاملات الإلكترونية لما يتضمنه من فائدة لقيام معاملات الكترونية سليمة (أ)، وكآلية أخرى لحماية المستهلك نجد حظر بعض التصرفات (ب).

#### أ - الالتزام قبل التعاقد بالإعلام محل تطبيق حتمي في نطاق التجارة الإلكترونية

أمام الخبرة المتواضعة للمستهلك العادي مقارنة بالمهني المتخصص وجب على هذا الأخير وصف المنتج وبيان كيفية استخدامه و التحذير من مخاطره ، وهو ما يصطلح عليه بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد<sup>2</sup> وإن كان هذا الالتزام عاما يخص كل عقود الاستهلاك إلا

(1) كتونس وفرنسا بقانون حماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد وغيرها وت نطوي هذه القوانين على نصوص لحماية المستهلك وأهمها إعلام المستهلك بالمعلومات الخاصة بالمورد والعملية التي يتم بمقتضاها السداد ومدة العرض والسعر وشروط القرض وحق المستهلك في العدول عن التعاقد ، كما نفوض على الموردين إحاطة المستهلكين بالمواصفات التفصيلية للبضاعة أو الخدمة بما في ذلك الضرائب الإلكترونية في الوقت المناسب قبل إبرام العقد.

(2) ويعرف هذا الالتزام بأنه " :الالتزام سابق على التعاقد يتعلق بالالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متطور على علم بكافة تفصيلات هذا العقد"، أنظر في ذلك:

انه يتسع نطاقه وتعظم أهميته في عقود الاستهلاك الإلكترونية، لأن التعاقد يتم عن بعد دون التقاء حقيقي بين طرفيه، ودون تمكن المستهلك من تفحص المبيع محل التعاقد، مما يولد شعور بعدم الثقة ما بين المستهلك و المهنري ، وهو ما أكدته التوجيهات الدولية<sup>1</sup> و الإقليمية و التشريعات الحديثة للعقود عن بعد و التجارة الإلكترونية و كذا قوانين الاستهلاك الخاصة بحماية المستهلك، ففي العقود المبرمة عبر الانترنت يجب تضمين جميع المعلومات الخاصة بالعقد في العرض قبل التعاقد، وهو في جميع الأنظمة القانونية التزام يقع على عاتق المهني لصالح المستهلك.

يتطلب الالتزام بالإعلام الإلكتروني السابق على التعاقد أو اللاحق له توافر شرطين:  
الشرط الأول : أن يكون أحد المتعاقدين مهنيا خبيرا على نحو يسمح له بالعلم الشامل و الكافي ببيانات و مواصفات المبيع محل عقد الاستهلاك.

الشرط الثاني : أن يكون المستهلك جاهلا لهذه المعلومات حيث أن هذا الجهل هو الذي يجعل المهني في عقود الاستهلاك الإلكترونية مدين بالإعلام للمستهلك، غير أن جهل المستهلك لا بد أن يكون م عقولا، باعتبار أن الالتزام بالإعلام الذي يقع على عاتق المهني له حدود.

باعتبار أن العقد الإلكتروني من العقود المبرمة عن بعد، حاول التوجيه الأوروبي رقم 7/97 بشأن حماية المستهلكين في العقود عن بعد، إضفاء مستوى معين من التكافؤ في الحماية بين المستهلك الإلكتروني و نظيره في التعاقد عن بعد بصورته التقليدية، وذلك بإتاحة و تمكين المستهلك الإلكتروني من جميع المعلومات عن العقد، وهو شرط حاسم لا غنى عنه لصحة موافقته الحرة و المستنيرة.

كما ترك التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 المتعلق بلجان القانونية للتجارة الإلكترونية في السوق الداخلي، للدول الأعضاء مهمة صياغة قوانين وطنية تهدف إلى حماية المستهلك

خلفي مريم، مرجع سابق، ص 209

(1) مثلا التوجيه الأوروبي 2000-31 نص في مادته العاشرة على أنه يجب على المهنيين تزويد المستهلك

بمعلومات واضحة ودون غموض قبل إبرام العقد وتشمل ما يلي:

- المراحل التقنية اللازمة لإبرام العقد.

- كيفية تدارك الأخطاء المعلوماتية.

- الشروط التعاقدية والشروط العامة التي يجب تزويد المرسل إليه بها



الإلكتروني، وتتضمن أحكام تعزز تنمية العقود التي تبرم عبر الشبكة ، وأوجب التوجيه على الدول الأعضاء أن تضمن بوجه خاص أن النظام القانوني الذي يحكم عملية التعاقد لا يمنع استخدام العقود الإلكترونية، و لا يؤدي إلى حرمان و عدم ترتيب الأثر القانوني لصلاحياتها على أساس أنها تبرم الكترونيا.

تنص المادة 1-111L من قانون الاستهلاك الفرنسي على مبدأ وجود الالتزام بالإعلام في العقود المبرمة بين المورد المهني و المستهلك وهو ما تم تأكيده في القانون الفرنسي رقم 575-2004 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي الذي فرض و عزز واجب الالتزام بالإعلام على عاتق المهني ، ونفس الالتزام نجده أيضا ضمن نصوص المرسوم الفرنسي رقم 648-2005 الصادر في 6 يونيو 2005 المتعلق بتسويق الخدمات المالية عن بعد، الذي ألقى على عاتق المهني واجب إعلام المستهلك، كما تضمن العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية و الذي أعدته غرفة التجارة والصناعة بباريس حق المستهلك في الإعلام<sup>1</sup>.

لم يفرض التشريع الجزائري في هذا الصدد أحكاما خاصة لحماية المستهلك الإلكتروني إلا انه اهتم بالحماية الخاصة للمستهلك بصفة عامة، و بالنسبة للإعلام فقد جسده المشرع الجزائري من خلال سلسلة من التشريعات التي تعنى بالمستهلك وفي أكثر من موضع من بينها ما ورد في القانون رقم 09-03 مؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش الذي عنون الفصل الخامس منه بالإلزامية إعلام المستهلك<sup>2</sup>. كما أوجب المشرع الإعلام المسبق للمستهلك بشروط العقد من أجل تحقيق نزاهة و شفافية العمليات التجارية في المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 يحدد العناصر الأساسية في العقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين

(1) وعلى صعيد التشريعات العربية نجد القانون الخاص بالمبادلات التجارية الإلكترونية التونسي رقم 2000 - 83 الذي نص على إلزام البائع في المعاملة التجارية الإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة جميع المعلومات التي تمكنه من العلم بملاسات العقد المراد إبرامه، وفي القانون اللبناني رقم 659 الصادر في 4 شباط 2005 الخاص بحماية المستهلك، خصص المشرع الفصل العاشر منه للمعاملات التي تتم بين المهني و المستهلك عن بعد، و قد تضمن القانون وجوب تزويد المستهلك بمعلومات واضحة و صريحة تتناول المواضيع التي تمكنه من اتخاذ قراره بالتعاقد.

(2) لحراري (شالح) وزيرة، حماية المستهلك في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش وقانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص48.



والمستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية . وأكد المشرع الجزائري على ضرورة تمكين المستهلك من معرفة ثمن و أسعار السلع والخدمات وشروط البيع<sup>1</sup> في القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم بقانون رقم 10-06 المؤرخ 15 أوت 2010<sup>2</sup>. كذلك نص صراحة على الإعلام الإلكتروني في المرسوم التنفيذي رقم 09-65 المؤرخ في 11 صفر 1430 الموافق ل 07 فيفري 2009 ، يحدد الكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع والخدمات المعينة بحيث تنص المادة 04 منه على : " يقصد في مفهوم أحكام هذا المرسوم ما يأتي: الكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار: طرق الإشهار حول الأسعار والتعريفات المتعلقة بالسلع والخدمات التي تعتمد على استعمال وسائل معينة ولا سيما الدعائم التقنية والتكنولوجية للإشهار والاتصال."

إن أكثر ما يهم المستهلك عند إبرامه للعقود عن بعد بشكل عام أو عبر شبكة الانترنت بشكل خاص هو التأكد و معرفة شخصية البائع الذي يتعامل معه ذلك لأن طبيعة التعاقد الإلكتروني تستلزم الوضوح في جميع خطواته، و لعل أهمها تحديد شخصية الموجب في هذه العقود بشكل قاطع لا لبس فيه ، فمن منطلق الحرص على الثقة و الشفافية التي تسمح بتشجيع المعاملات التجارية الإلكترونية مع المستهلكين يلتزم البائع بتحديد هويته عبر الشبكة بحيث يتضمن إجابته جميع العناصر التي تمكن تحديدها .

في هذا السياق نص التوجيه الأوروبي رقم 7/97 في مادته 1/4 بأن تتضمن المعلومات التي يتم تزويدها للمستهلك في العقود المبرمة عن بعد هوية المورد المتعامل معه و عنوانه، وفي القانون الاستهلاكي الفرنسي أوجبت المادة 18-121 ضرورة إعلام

(1) دون تحديد للكيفية ولا الأخذ بعين الاعتبار للوجود اللامادي للأفراد، فتتص المادة 05 منه على: " يجب أن يكون

إعلام المستهلك بأسعار وتعريفات السلع والخدمات عن طريق وضع علامات أو وسم أو معلقات أو بأية

وسيلة أخرى مناسبة" كما تنص المادة الثالثة من نفس القانون 04-02 في تعريفها ببعض المفاهيم أن العقد

يمكن أن ينجز على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى

مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة، أما في تعريفها

للإشهار فتتص على: "إشهار: كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع السلع أو

الخدمات مهما كان المكان أو وسائل الإتصال المستعملة."

(2) ج ر ج ج عدد 2010/46.

المستهلك باسم و عنوان و رقم تليفون المهني أو الشخص مقدم الخدمة، وعنوان مركز الشركة الاعتباري إن وجد و عنوان المؤسسة المسؤولة عن عرض العقد إذا كان العنوان مختلفا.

كما نجد نص المادة 19 من القانون الفرنسي رقم 2004 - 575 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي، فرضت على الممارسين للتجارة الإلكترونية أن يبرزوا على مواقع الانترنت التجارية المعلومات المتعلقة بهوية البائع عبر الشبكة، بأن يبين اسمه و لقبه إذا كان شخصا طبيعيا وعنوان الشركة إذا كان شخصا معنويا، ويشير إلى عنوان منشأته و عنوان بريده الإلكتروني رقم هاتفه إضافة إلى ذلك يجب إذا كان خاضعا لإجراءات القيد في سجل التجارة والشركات أو في جدول مهني أن يبرز رقم قيده، ورأس مال الشركة، ومركز إدارتها، و إذا كان خاضعا للضريبة وكان معرّفا برقم خاص فيجب أن يذكر هذا الرقم ، و إذا كان يمارس نشاطا يخضع لترخيص فعليه أن يظهر على الموقع اسم و عنوان السلطة التي منحت هذا الترخيص، على أن يكون الوصول لجميع هذه المعلومات سهلا و متاحا للكافة الكترونيا من خلال الموقع التجاري على الانترنت<sup>1</sup>.

من جانب آخر يجب أن يتضمن الإعلام بيان الأوصاف الأساسية للسلعة أو الخدمة و الشروط العامة للتعاقد، ويقصد بالخصائص أو الأوصاف الأساسية للسلعة أو الخدمة هو ما يتحقق بوصف المنتج أو الخدمة وصفا دقيقا و شاملا يتحقق معه علم المستهلك بالمبيع محل التعاقد علما كافيا نافيا للجهالة، أما الشروط العامة للعقد فهي كل المعلومات الجوهرية الخاصة بالتعاقد و التي على المستهلك أن يعلمها حتى يكون على دراية و بيئة بكافة الالتزامات التي يتحملها<sup>2</sup>.

(1) أما عربيا نجد في قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي لسنة 2000 نص المشرع في المادة 25 منه على إلزام البائع في المعاملة التجارية الإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة و مفهومة قبل إبرام العقد هوية و عنوان و هاتف البائع أو مؤدي الخدمات. كما تضمن نص المادة 52 من القانون اللبناني رقم 659 - 2005 وجوب تزويد المستهلك بمعلومات واضحة و صريحة تتناول المواضيع التي تمكنه من اتخاذ قراره بالتعاقد خاصة منها ما يتعلق بتعريف المحترف، واسمه وعنوانه ورقم ومكان تسجيله و بريده الإلكتروني، بالإضافة إلى أية معلومات تتيح تعريف المحترف.

(2) ألزم التوجيه الأوروبي رقم 7/97 الموردين بإعلام المستهلكين ببيان للأوصاف الأساسية للسلع و الخدمات و كذا بعض المعلومات الخاصة بالعقد كبيان الأثمان، طريقة أو كيفية الدفع التسليم و التنفيذ، إقرار حق العدول

كما فرضت المادة 25 من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات و التجارة الإلكترونية، على البائع تحديد طبيعة، خصائص، سعر المنتج أو الخدمة، الوصف الكامل لمختلف مراحل انجاز المعاملة، كيفية تسليم السلعة أو الخدمة و مبلغ الثمن، الضمانات المقدمة في البيع الإلكتروني و خدمات ما بعد البيع، طرق و إجراءات الدفع وطرق و آجال التسليم و تنفيذ العقد إمكانية العدول عن الشراء وأجله ، كيفية إقرار الطلبية و الموافقة على الصفقة، شروط فسخ العقد. و اشترط المشرع التونسي أن يتم توفير هذه المعلومات بطريقة الكترونية للاطلاع عليها في مرحلة المفاوضات و في كافة مراحل المعاملة الإلكترونية.

أما عن التشريع الجزائري نجد في القانون رقم 09 - 03 يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش نص المادة 17 منه <sup>1</sup>، يفهم منها أنه يقع على عاتق المهني أن يعلم المستهلك بواسطة الوسم <sup>2</sup> أو وضع علامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج، وعبارة " أية وسيلة أخرى " <sup>1</sup> يمكن أن تشمل الوسيلة الإلكترونية.

للمستهلك، ومدة صلاحية الإيجاب أو العرض. أما القانون رقم 2004 - 575 الفرنسي فأكد على وجوب التزام الشخص القائم بنشاط التجارة الإلكترونية، حتى و لو لم يتعلق الأمر بإيجاب للتعاقد ، بإعلام المستهلك بالثمن بطريقة واضحة دون غموض أو لبس، وخاصة فيما إذا كان يتم احتساب الضرائب و نفقات التسليم، فالمشرع شدد في حماية المستهلك بقواعد صارمة تشكل إرادة هذا الأخير على نحو سليم، أنظر في ذلك المادة 2/19 من القانون 2004-575 بنصها

Article 19/ 2: « Toute personne qui exerce l'activité définie à l'article 14 doit, même en L'absence d'offre de contrat, dès lors qu'elle mentionne un prix, indiquer celui-ci de manière claire et non ambiguë, et notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus. Le présent alinéa S'applique sans préjudice des dispositions régissant la publicité trompeuse prévues à l'article L. 121-1 du code de la consommation, ni des obligations d'information sur les prix prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur »

(1) وجاء فيها " يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع علامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة."

(2) بل حتى في تعريفه للوسم على انه : " كل البيانات أو الإشارات أو العلامات أو المميزات أو الصور أو التماثيل أو الرموز المرتبطة بالسلعة تظهر على كل غلاف أو وثيقة أو لافتة أو سمة أو ملصقة أو بطاقة أو ختم أو معلقة أو مرفقة أو دالة على طبيعة منتج مهما كان شكلها أو سندها بغض النظر عن طريقة وضعها " هذا

و في المرسوم التنفيذي رقم 06 - 306 وبمقتضى المادة 4 منه والتي جاء فيها " : يتعين على العون الاقتصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة والخاصة لبيع السلع و /أو تأدية الخدمات، ومنحهم مدة كافية لفحص العقد وإبرامه." وكذا في القانون رقم 04 - 02 في المادة 4 منه يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار و تعريفات السلع و الخدمات و بشروط البيع.

وقد اشترط المشرع الجزائري إعلام المستهلك باللغة العربية حيث ورد في نص المادة 18 من القانون رقم 09-03 " :يجب أن تحرر بيانات الوسم و طريقة الاستخدام و دليل الاستعمال و شروط ضمان المنتج و كل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا و على سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين ، وبطريقة مرئية و مقروءة و متعذر محوها. " تظهر العبرة في إعلام المستهلك باللغة التي يفهمها في حماية المستهلك الطرف الضعيف بأن يتجه نحو التعاقد وهو على بينة فيما يخص تعهداته المستقبلية و إجراءات التعاقد، و الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد لغة أجنبية بديلة، ولكنه سمح على سبيل الإضافة أن يرد الإعلام بلغات أخرى.

أما بخصوص مسألة عبء إثبات حصول الإعلام فنجد نص في قانون التجارة والمبادلات الالكترونية التونسي وهو الفصل 36 حمله على البائع إذ أوجب عليه أن يوفر للمستهلك طبق الفقرة الأخيرة من الفصل 25 من نفس القانون جملة من المعلومات ووضعها على ذمته الكترونيا وهو ما أكدته الفصل 29 من نفس القانون إذ نص على انه " يتعين على البائع أن يوفر للمستهلك عند الطلب خلال العشرة أيام الموالية لإبرام العقد وثيقة كتابية أو الكترونية تتضمن كافة المعطيات المتعلقة بعملية البيع " وهو ما يمكن من تكوين حجة كتابية يكون بموجبها الإثبات ممكنا .

نشير إلى أن أغلبية التشريعات السابقة والتي قررت التزام البائع بالإعلام حددته في المرحلة السابقة على التعاقد أي قبل إبرام العقد ولم تنص على الجزاءات المدنية في حالة

التعريف الذي جاء في المادة 4/3 من قانون 09-03 تعطي محتوى الوسم وكل ما ذكرته على سبيل المثال من

جهة من جهة أخرى عبارة مهما كان شكلها او سندها يفتح المجال لقبول الوسم الالكتروني .

(1) نفس العبارة وردت في المادة 05 من القانون 04-02 السالفة الذكر .

الإخلال به، وعليه و تطبيقا للقواعد العامة فإخلال المهني بالالتزام بالإعلام السابق على التعاقد يوجب المسؤولية التقصيرية<sup>1</sup> و إن كان الاجتهاد الفرنسي يصفه و يجعله ذا طبيعة تعاقدية يترتب على الإخلال به قيام المسؤولية التعاقدية<sup>2</sup>.

بينما يعتبر الإخلال بهذا الواجب جريمة تعرض صاحبها للتتبع الجزائي طبقا لنص المادة 78 من قانون 09-03 السالف الذكر، كذلك في القانون التونسي<sup>3</sup>، يضاف إلى واجب الإعلام كآلية لحماية المستهلك حق العدول عن الشراء وتعتبر هذه الآلية القانونية الحمائية التي تمكن المستهلك من مراجعة اختياراته والتفكير في طلبه وإعادة النظر في قبوله وذلك تجنباً للنتائج المنجرة عن القبول المتسرع. يعرف حق العدول بأنه تعبير عن إرادة مخالفة لما وقع الاتفاق عليه يرمي من ورائها أحد الأطراف الرجوع فيما وقع الاتفاق عليه واعتباره كأن لم يكن<sup>4</sup>، وقد تضمنت هذا الحق العديد من القوانين المنظمة للتجارة الالكترونية ومنها القانون الفرنسي<sup>5</sup> والتونسي. ويمكن ممارسة حق العدول عن الشراء حسب الفصل 30 من قانون المبادلات التجارية الالكترونية التونسي في أجل عشرة أيام تحتسب:

- (1) في حين انه هناك من يرى أن الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد يترتب عليه قابلية العقد للبطلان على اعتبار أن هذا الالتزام يتمثل أثره في تحصين إرادة المتعاقد وبالتالي عدم الوقوع في احد عيوب الرضى-الغلط-، أنظر في ذلك: د/ عصام عبد الفتاح مطر ، التحكيم الالكتروني ، مرجع سابق، ص341.
- (2) وهو ما اتجهت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر لها في 31 يناير 1978 و حكم آخر في 4 جويلية 1980، أنظر في هذه الأحكام عمر خالد محمد الزريقات، "عقد البيع عبر الانترنت ، دراسة تحليلية" ، مجلة الحقوق، جامعة عين شمس ، 1999 ، هامش رقم 5 ، ص 31 .
- (3) على معنى الفصل 49 من القانون عدد 83 لسنة 2000 وذلك بخطية تتراوح بين 500 و 5000 دينار. كما نص الفصل 50 من نفس القانون على انه يعاقب كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الالكتروني بدفعه للالتزام حاضرا أو أجلا بأي شكل من الإشكال بخطية تتراوح بين 1000 و 2000 دينار وذلك إذا ثبت من ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته أو كشف الحيل والخدع المعتمدة لدفعه للتعاقد أو إذا ثبت انه كان تحت ضغط مع مراعاة أحكام المجلة الجنائية.

- (4) غدوشي نعيمة، حماية المستهلك الالكتروني، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص75.
- (5) تشير فقط أن التوجيه الأوروبي الذي يهتم بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد وهو التوجيه 7/97 تم إلغاؤه بموجب التوجيه UE /83/ 2011 الذي سيدخل حيز التطبيق في جوان 2014.

- بالنسبة إلى البضائع بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك .
  - بالنسبة إلى الخدمات بداية من تاريخ إبرام العقد .
- وفي هذه الحالة يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في أجل عشرة أيام من تاريخ إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة.
- غير أن حق العدول عن الشراء المخول للمستهلك ليس مطلقا إذ أن المشرع منعه في بعض الحالات الواردة بالفصل 32 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية وهي كالاتي:
- إذا تم تزويد المستهلك بمنتجات حسب خاصيات شخصية .
  - إذا تم تزويد المستهلك بمنتجات لا يمكن إعادة إرسالها أو تكون قابلة للتلف أو الفساد لانتهاء مدة صلاحيتها .
  - قيام المستهلك بنزع الأختام عن السجلات السمعية البصرية أو البرمجيات والمعطيات الإعلامية المسلمة أو نقلها آليا.
  - شراء الصحف والمجلات.

#### ب - حماية المستهلك الالكتروني من خلال حظر بعض التصرفات:

حظرت بعض الوثائق الدولية والوطنية بعض صور التصرفات التي تتم عن بعد مثل البيوع الجبرية والبيوع الاستفزازية أو الاستدراجية التي تستطيع انتزاع موافقة او رضا المتعاقد ، دون أن يكون لديه فرصة التفكير فوفقا للتوجيه الأوروبي الصادر في 13 يوليو 2002<sup>1</sup> ، فإنه يمتنع على الدول الأعضاء منع تزويد المستهلك بسلع أو خدمات دون أن يطلب ذلك أو دون موافقته عن طريق اتصالات غير مرغوبة، وإلا اعفي المستهلك من سداد الثمن في هذه الحالات<sup>2</sup>. وقد أوضح نفس التوجيه المقصود بالاتصالات غير المرغوبة وهي تلك التي تنتم لأغراض الدعاية والترويج.

كما قرر ذات التوجيه حق المستهلك في حماية بياناته الخاصة في الاتصالات الالكترونية من أي اعتداء قد يمسها ، ويشمل التوجيه المسائل التالية: سرية الاتصالات الالكترونية،

(1) وهو التوجيه (2002/58/CE) الخاص بحماية المعطيات الخاصة في نطاق الاتصالات الالكترونية.

(2) د/ عصام عبد الفتاح مطر ، التحكيم الالكتروني ، مرجع سابق، ص344

عدم جواز احتجاز المعطيات الخاصة او البيانات الشخصية للمستهلكين أو الاحتفاظ بها إلا من خلال المدة التي تقتضيها طبيعة المعاملة، الرسائل الالكترونية غير المرغوب فيها<sup>1</sup>.

في إطار التشريعات الوطنية فقد اصدر الكونجرس الأمريكي تشريعا في 17 يونيو 2000 متعلق بالتصرفات التجارية الالكترونية الغير مرغوبة<sup>2</sup> وهو يضع على عاتق مطلق الرسائل الدعائية مجموعة من الالتزامات أبرزها تضمين هذه الرسائل بيانا واضحا لطبيعة المرسل سواء الدعائية أو التجارية وبيانا آخر لحقوق المرسل إليه في إبلاغ المرسل رغبته في عدم تلقي البريد الدعائي<sup>3</sup>.

في فرنسا تعرض قانون الاقتصاد الرقمي لهذه المسألة عندما نصت المادة 22 منه على أن استخدام عناوين رسائل الكترونية في أغراض تجارية دعائية يخضع للرضا المسبق من جانب الأشخاص المعنيين.

الأعمال التجارية التي تتم عبر الانترنت تسبقها أشكال عديدة من الدعاية والإعلانات<sup>4</sup>، هذه الأخيرة من شأنها التأثير في سلوك المستهلك وقراراته، مما يستدعي ضرورة حماية المستهلك من التضليل في التجارة الالكترونية أكثر من التجارة التقليدية حيث تبدو الإعلانات عبر الانترنت اقل تكلفة و أكثر سهولة وإثارة من الإعلانات التجارية التقليدية<sup>5</sup>، وهذا الالتزام

(1) نبيل محمد صبيح، "حماية المستهلك في التعاملات الالكترونية"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، عدد 04، 2008، ص 138.

(2) Unsolicited commercial electronic act

(3) د/ نبيل محمد صبيح، المرجع نفسه، ص 201

(4) ويقصد بالإعلان التجاري وسيلة التعريف بالمنتجات والخدمات وتنشيط التعاقد بالإضافة إلى انه عوامل التسويق ومظهرا من مظاهر المنافسة المشروعة وهو كل ما يستخدمه التاجر لحفز المستهلك على الإقبال على سلعته، انظر في ذلك: سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 187

(5) نظرا للمكانة التي يحتلها الإعلان التجاري عبر الإنترنت باعتبارها سوقا بإمكانياتها الضخمة وتكاليفها المنخفضة، فقد تدخل المشرع الفرنسي بموجب القانون الصادر في 29 جانفي 1993 لتنظيمه وهو Loi sapin , n° 122/93 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, JO du 30/01/1993

حيث يبرم بين العميل ووكالة الإعلانات عقد بغرض بث إعلانات ذات طبيعة تجارية أو مهنية عبر الإنترنت ليطلع عليها كل مستخدم ل لشبكة أو بشراء مساحة إعلانية عليها. أنظر في ذلك: BENSOUSSAN Alain, le commerce électronique, aspects juridique, LITIC, France, 2003, p93



الذي يقع على عاتق المهني يدعى بالالتزام بالامتناع عن خداع المستهلك وهو التزام سلبي يجد تطبيقاته في قوانين حماية المستهلك الوطنية المختلفة والتي لم تفرق بين الوسائل التقليدية والوسائل الالكترونية<sup>1</sup>.

اهتمت التشريعات الوطنية-من بينها القانون الجزائري-<sup>2</sup> لحماية المستهلك بمحاربة الدعاية المضللة أو الخادعة والتي تعرف أنها كل دعاية أيا كان شكلها تتضمن ادعاءات أو بيانات أو عروضاً خاطئة يكون من شأنها إيقاع الآخرين في خطأ، وقد قضت محكمة استئناف باريس بتجريم الدعاية المضللة بشأن كتالوجات بيع بالمراسلة تضمنت معلومات كاذبة عن مكونات البضائع<sup>3</sup>.

(1) نأخذ على سبيل المثال قانون 13.83 المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع المغربي المعتبر أن الإشهار المضلل أو الكاذب يعتبر سببا من أسباب الإضطراب الإقتصادي وليس فقط مجرد اعتداء على مصالح الأفراد ويشكل الفصل 10 من قانون زجر الغش الفصل الوحيد الذي يحكم الإشهار الكاذب في المغرب كنص خاص يعاقب على هذا النوع من الإشهار جاء فيه : " يمنع كل إعلان مهما كان شكله يشتمل على ادعاء أو بيان أو عرض كاذب أو من شأنه أن يوقع في الغلط بشأن أحد العناصر الآتية : وجود السلع أو الخدمات وطبيعتها وتركيباتها وجودتها ومحتواها من العناصر المفيدة ونوعها ومنشأها وكميتها وطريقة وتاريخ صنعها وخصائصها وأثمان وشروط بيعها وشروط أو نتائج استعمالها وأسباب وأساليب البيع أو التسليم أو تقديم الخدمة ومدى الالتزامات وهوية أو صفة أو أهلية الصناع والباعة والمستثمرين والمعلنين ومنجزي الخدمات. ويمكن أن تأمر المحكمة المرفوعة إليها المتابعة بالكف عن الإعلان محل النزاع عاجلا بالرغم عن جميع طرق الطعن ، وذلك بناء على طلبات وكيل الملك . ويمكن طلب رفع المنع إلى المحكمة التي حكمت به كما يمكن الطعن في رفض المنع بالطرق العادية. وينتهي المنع في حالة الحكم بعدم المتابعة أو البراءة. ويمكن أن تأمر المحكمة في حالة المواخذه بأن ينشر على نفقة المحكوم عليه بيان يعيد الأمور إلى نصابها طبق نفس الكيفيات وفي نفس الأماكن التي تم فيها الإعلان الكاذب. ويكون المعلن المباشر للإعلان لحسابه مسؤولا بصفة أصلية عن المخالفة المرتكبة. وإذا كان المخالف شخصا معنويا أقيت المسؤولية على مسيريه ويعتبر أن هناك جنحة بمجرد ما يقع الإعلان أو يتسلم أو يتلقى في المغرب. ويعاقب على المخالفات لأحكام هذا الفصل بغرامة من 200 إلى 7200 درهم".أنظر في ذلك:

فاتح كمال، "الحماية الجنائية للمستهلك في إطار القانون المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع"، مقال منشور على الموقع <http://www.ampoc.net/kamal.htm>

(2) أنظر المادة 68 من قانون رقم 09-03

(3) د/ عصام عبد الفتاح مطر ، التحكيم الالكتروني، مرجع سابق، 349. أنظر كذلك :

ROCHFELD Judith, Les nouveaux défis du droit des contrats : l'efficacité de la lutte contre les pratiques commerciales déloyales de l'internet, Les nouveaux défis du commerce électronique sous la direction de ROCHFELD Judith, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2010.p17



بعد اتساع مستخدمي الإنترنت في العالم، بدأ يتبلور مفهوم الحماية الإلكترونية للمستهلك والذي يعني الحفاظ على حقوق المستهلك وحمايته من الغش أو الاحتيال أو شراء بضائع مغشوشة باستخدام أدوات الويب التي تستطيع الوصول إلى كل مكان وتمارس تأثيرا يتجاوز أحيانا الأدوات التقليدية في الواقع .

فقد ظهرت مواقع عديدة خاصة في الدول الغربية ترفع صوت المستهلك في مواجهة الغش التجاري بجميع أشكاله<sup>1</sup>، كما بدأ تدشين بعض المواقع العربية على الإنترنت لحماية المستهلك العربي وتعريفه بحقوقه الاستهلاكية التي من أبرزها سلامة المنتج، والحق في الاختيار، وأن يستمع إليه البائع، وكذلك أن يعلم بأي عيوب في السلعة، بالإضافة إلى الحق في التوعية، والتعويض عن الأضرار التي يتعرض لها المستهلك .

تقوم مواقع حماية المستهلك بتقديم هذه الخدمات من خلال منتديات لتبادل الخبرات أون لاین، والقيام بعرض قصص واقعية لتجارب المشترين مع السلع الرديئة، وتحديث مستمر لنشرات إخبارية تتضمن حوادث الغش التجاري وتفاصيل القضايا الحديثة مدعمة بآراء الخبراء والمتخصصين .

(1) أصبحت هذه المواقع التي بعضها مجاني وأخرى تقدم خدمة بمقابل.. منبرا مهما للمستهلك لإبداء رأيه وإعطاء فرصة للآخرين للمشاركة في خبراتهم عن المنشآت التجارية التي يتسوقون منها، وإعطاء النصيحة للمستهلك فيما يخص مع من يتعامل وما مدى رضا الزبائن السابقين وكذلك تقييمات مستهلكي بعض الأسواق وإمكانية الاطلاع على أرشيف يضم الشكاوى السابقة والمرسلة من قبل المستهلكين، من بينها:

[www.consumer.ca](http://www.consumer.ca) عبارة عن رابطة للمستهلكين في كندا، وهي منظمة غير ربحية، ويقدم الموقع العديد من المعلومات التي تهم المستهلكين وتحميهم من الغش التجاري والوقوع في بعض الأخطاء التي تحرمهم من حقوقهم في مقاضاة أحد المنتجين في حالة عدم رضائهم عن أحد المنتجات .

[www.consumer.net](http://www.consumer.net) يمكن للمستهلكين الاستفادة من المعلومات الكثيرة التي يحتويها الموقع، كما يمكن اعتبارها إرشادية لكثير من المفاهيم التي تهم المستهلك .

[www.consumerline.com](http://www.consumerline.com) يحتوي على قسم للمعلومات تهم المستهلكين وقسم يستقبل الشكاوى، ويوفر إمكانية الاطلاع على أرشيف للشكاوى السابقة

[www.consumerreview.com](http://www.consumerreview.com) وهو موقع يضم أكثر من 150 ألف تقييم لأكثر من 25 ألف منتج. يشمل مجموعة من المواقع المتخصصة (أكثر من 17 موقعا) تدور حول أصناف محددة تخص شرائح من المستهلكين لهم نفس الاهتمامات .

[www.productopia.com](http://www.productopia.com) يوفر هذا الموقع للمستهلك المساعدة في اختيار، مراجعة وشراء سلع ومنتجات في أكثر من 450 صنفا . أنظر في ذلك :جميل حلمي، الحماية الإلكترونية للمستهلك،

كما توفر هذه المواقع خدمة استقبال الشكاوى عبر البريد الإلكتروني من خلال ما يسمى مركز الشكاوى، كما تفرد بعض الصفحات التي تحتوي على المعلومات التي تساعد المستهلك على تجنب الوقوع في حالة احتيال أو غش . وربما ينتهي الأمر برفع القضايا أمام المحاكم ضد القائمين بالغش التجاري، ويتم ذلك أيضا من خلال بعض المواقع القانونية العالمية التي تهتم بمقاضاة الجهات التي قامت بغش أحد المستهلكين، مثل موقع <http://www.bigclassaction.com> /وهو عبارة عن موقع لتسجيل شكاوى المستهلكين وبياناتهم وتفاصيل البضائع التي يتضررون منها <sup>1</sup>.

كما يستطيع المستهلك رد البضائع المعيبة للمنتجين، من خلال مواقع تخصصت في أداء هذه الخدمة، ومنها <http://www.thesqueakywheel.com/> وهناك مواقع أخرى تلعب دور الوسيط بين المنتجين والمستهلكين وتسعى لحل مشاكل المستهلكين نيابة عنهم بشكل مجاني، حيث تقوم باستقبال الشكاوى الخاصة بالمنتجات والخدمات، ثم تتولى مراسلة المنتجين والمساعدة في حل المشاكل، ومن هذه المواقع <http://www.ugetheard.com/>. الخدمات البنكية والمصرفية على الإنترنت نالت هي الأخرى نصيبا مهما من الحماية الإلكترونية للمستهلك، حيث تقوم بعض المواقع بحل المشاكل الخاصة بالدفع والتسديد لتقليل خطر احتيالات بطاقات الائتمان أثناء الشراء أو سرقة البيانات الشخصية، ومن أبرز المواقع التي تقدم هذه الخدمات موقع [www.angelfire.com/journal2/atlor4/index.html](http://www.angelfire.com/journal2/atlor4/index.html). كما أتاح الإنترنت تطوير قضية مقاطعة البضائع لتصبح آلية من آليات الضغط لحماية المستهلك، على مستوى قيمه أو من الاحتكار <sup>2</sup>.

(1) ويقدم هذا الموقع خدمة قانونية من خلال إمكانية رفع دعاوى قضائية ضد الجهات التي قامت بالاحتيال أو الغش على المستهلكين .

(2) بصدد المقاطعة كآلية للضغط ، هدد نشطاء مصريون بمقاطعة منتج مصري "إيزي موزو" بعدما اعتبروا أن طريقة الإعلان عن هذا المنتج بالتلفزيون المصري تخدش الحياء، وأرسل نشطاء الإنترنت رسالة للشركة المنتجة تطالبها بوقف الإعلان، وإلا سيتم شن حملة مقاطعة لمنتجات الشركة، وقرر رئيس شركة "فرج الله" للعصائر المسؤولة عن إعلان "إيزي موزو" وقف الإعلان فوراً والاعتذار لنشطاء الإنترنت الذين راسلوه على بريده الإلكتروني، والتأكيد على أن شركته مصرية 100% وتحترم مشاعر المشاهدين ، أنظر في ذلك: جميل حلمي، مرجع سابق.

## ثانيا: في قواعد المنافسة

يقصد بقانون المنافسة مجموعة الأحكام القانونية و التنظيمية المطبقة على المؤسسات والشركات والأفراد في إطار نشاطاتها داخل السوق، و التي يكون الغرض منها ضبط التنافس فيما بينها . و السوق بمفهوم قانون المنافسة ليس هو السوق بالمفهوم المكاني الذي يعني الأمكنة المعدة لممارسة التجارة، و إنما هو ذاته السوق بالمفهوم الاقتصادي، والذي يعني حسب المادة الثالثة/ب من الأمر 03/03 المعدل والمتمم<sup>1</sup> "كل سوق للسلع أو الخدمات المعنية بممارسات مقيدة للمنافسة، و كذا تلك التي يعتبرها المستهلك متماثلة أو تعويضية، لاسيما بسبب مميزاتها و أسعارها، و الاستعمال الذي خصصت له، و المنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيها السلع أو الخدمات المعنية" . يلاحظ على هذا التعريف أنه: - لم يقدم تعريفا جامعاً للسوق بل أعطى أمثلة عنه.

-أنه يعتمد على البعد الجغرافي لمكان عرض السلع والخدمات. وهذا ما لا يتماشى والواقع الافتراضي مما يدل على قصور مجال تطبيق قانون المنافسة عن احتواء السوق الالكتروني. و يتحدد مجال تطبيق قانون المنافسة بالاستناد إلى معيارين :أولهما النشاط الاقتصادي، و ثانيهما مرتبط بطبيعة الممارسات في حد ذاتها .

## أ -مجال تطبيق قانون المنافسة من حيث النشاط الاقتصادي :

إن فكرة النشاط الاقتصادي التي أقرتها المادة 2 من قانون المنافسة لا تعني بالضرورة أن يكون ثمة مقابل مالي للنشاط، و تكون العبرة في مدى تأثير النشاط على سوق السلعة و الخدمة، من ذلك ما ذهب إليه القضاء في فرنسا من أن "إعارة الشركات المنتجة للوقود لموزعي منتجاتها المعتمدين خزانات الوقود بدون مقابل مالي يخضع لأحكام الأمر المتضمن قانون المنافسة." بل أن مجال قانون المنافسة قد يمدد إلى تجمعات غير ربحية مثل النقابات و التعاونيات<sup>2</sup>، متى كان لنشاطها تأثير على سوق الخدمة أو السلعة، و عليه يكون معيار إعمال قانون المنافسة هو مدى تأثير النشاط الاقتصادي على السوق .

إن القول بمعيار تأثير النشاط الاقتصادي على السوق كأساس لإعمال قواعد حماية

(1) أمر 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالمنافسة، ج ر ج ج عدد 2003/43، معدل ومتمم بقانون

رقم 05-10 المؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر ج ج عدد 2010/46.

(2) أنظر المادة 02 من قانون 05-10 السالف الذكر.

المنافسة كفيل بإخراج بعض الأنشطة الاقتصادية من مجال الخضوع لقانون المنافسة متى لم تؤثر على السوق محل الحماية وهو السوق الوطني ، و يدخل في هذا الإطار اتفاقات التصدير إذا كان محل الاتفاق موجها لغير السوق الوطنية، حتى وإن تم الاتفاق بين أعوان اقتصاديين وطنيين . بينما يعد السوق الالكتروني سوقا دوليا لا يعتد بالحدود الجغرافية للدول بالتالي فإن الأعوان الاقتصاديين يستطيعون التملص من تطبيق قانون المنافسة عليهم من خلال التوجه للسوق الالكتروني على اعتبار انه ليس سوقا وطنيا بالرغم من انه يشمل ، ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يؤخذ بهذا المفهوم الجديد على عكس نظيره الفرنسي الذي أتاح التحفظ على مبادئ في المنافسة لصالح التجارة الالكترونية من خلال السماح مبدئيا بالتسويق على الخط<sup>1</sup> .

#### ب - مجال تطبيق قانون المنافسة من حيث طبيعة الممارسات

أورد المشرع الجزائري من خلال المادة الثانية من قانون 03/03 بيان النشاطات المشمولة بمقتضيات القانون، حيث "يطبق هذا الأمر على نشاطات الإنتاج و التوزيع و الخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميون، إذا كانت لا تندرج ضمن إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة أو أداء مهام المرفق العام".<sup>2</sup> و عليه يكون النشاط الاقتصادي ، سواء الإنتاجي أو التوزيعي أو الخدمي هو العبرة عند تحديد مجال أعمال قانون المنافسة، بغض النظر عن طبيعة العون الاقتصادي الممارس لهذا النشاط، من حيث كونه شخصا خاصا أو عاما، فيما عدا الحالات التي يتدخل فيها هذا الأخير باعتباره سلطة عامة حسبما يتضح في قانون الصفقات العمومية في الكثير من الأحكام، كالامتيازات الممنوحة للمنتج الجزائري على حساب المنتجات الأجنبية، أو الشركات الجزائرية على حساب الشركات الأجنبية، و كذلك الأمر بالنسبة للاستثناءات المقررة قانونا لمصلحة دعم أسعار السلع للمنتجات واسعة الاستهلاك، أو التدابير المتضمنة تحديد هوامش الربح للسلع

(1) فمبدئ كل موزع يجب أن يسمح له باستعمال الإنترنت لبيع منتجاته ، أنظر في ذلك:

CHANGNY Muriel, Les nouveaux défis du droit de la concurrence : préserver la concurrence du commerce électronique sans excès de compétition, Les nouveaux défis du commerce électronique sous la direction de ROCHFELD Judith, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2010 ,p115.

(2) المعدلة بموجب المادة 02 من القانون 10-05.

التي تعرف ارتفاعا مفرطا و غير مبرر لأسعارها مثلما ورد بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 5 من قانون 03/03 المعدلة بمقتضى المادة 4 من قانون 05/10 حيث: "... يمكن أن تحدد هوامش الربح و أسعار السلع و الخدمات أو الأصناف المتجانسة من السلع و الخدمات أو تسقيفها أو التصديق عليها عن طريق التنظيم..." بما من شأنه أن يشكل استثناء عن مبدأ حرية الأسعار و المنافسة الحرة . وقد حدد المشرع حالتين للتدخل لتحديد الأسعار وهي :

- تثبيت استقرار مستويات أسعار السلع والخدمات الضرورية أو ذات الاستهلاك الواسع في حالة اضطراب محسوس في السوق.

- مكافحة المضاربة بجميع أشكالها والمحافظة على القدرة الشرائية للمستهلك.

نلاحظ أن المشرع لم يأخذ في الحسبان السوق الالكتروني الذي يمكن أن يؤثر على المستهلك من خلال عرضه لأسعار مغرية يمكن أن تحدث اضطراب محسوس في السوق الداخلي . فهل يجوز للمستهلك أن يلجأ لهذه السلع . هذا ما سكت عنه المشرع الجزائري<sup>1</sup> بالمقارنة مع مجلس المنافسة الفرنسي الذي قضى في قرار n°08-D-25, في 29 octobre 2008 بخصوص امتيازات التسويق على الخط انه "من الضروري الاحتفاظ للمستهلك بإمكانية شراء من الخارج بسعر أكثر امتياز والانترنت يسهل ذلك"<sup>2</sup>.

إن اصطلاح المؤسسة بمفهوم قانون المنافسة لا يمكن قصره على الأشخاص الطبيعية أو المعنوية الخاصة، بل يمتد إلى كل شخص يمارس نشاطات الإنتاج و التوزيع و الخدمات<sup>3</sup>، حسب المفهوم الوارد في المادة 3 من قانون 03/03 متى ثبت قيامه بنشاط اقتصادي متمثل في منح سلعة أو تقديم خدمة داخل نطاق سوق معين، ما لم يتقرر ارتباط النشاط بمصلحة عامة، أو كان ضروريا لتحقيقها . والقول بانطباق قانون المنافسة عند منح سلعة أو تقديم خدمة في نطاق سوق معين يخرج التوزيع على الخط عبر الشبكة لهذه السلع والخدمات من نطاق تطبيق قانون المنافسة.

(1) بالرغم أن من أهداف قانون المنافسة طبقا للمادة الأولى منه هو تحسين ظروف معيشة المستهلكين

(2) CHANGNY Muriel, op, cit, p111.

(3) د/إرزيل الكاهنة، "الموازنة بين النشاط التنافسي وحقوق المستهلك"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ،

كلية الحقوق، تيزي وزو، العدد 02، 2011، ص 127



**الباب الثاني**  
**الحماية القانونية للتجارة الالكترونية في**  
**القانون الجزائري**

أدت التطورات التي أحدثتها التجارة الإلكترونية إلى إحداث تأثيرات في هيكل السوق ، فهذا الأخير وفق مفهوم التجارة الإلكترونية هو سوق واحد يدعى السوق العالمي، وقد خلق هذا التطور في برامج التسويق الإلكترونية تحديات جديدة تتمثل في ظهور منافسين جدد لا ينتمون إلى القطاع التجاري أو الصناعي ، وظهور وسطاء غير معروفين على شكل مواقع تجارية على الإنترنت لبيع المستهلكين سلعاً ، وظهور تحالفات إستراتيجية بين الشركات لتوسيع منافستها في الأسواق العالمية ، والتغير في تكاليف الصفقات التجارية وهي السمة الجاذبة للتجارة الإلكترونية التي تتسم بالانخفاض الكبير في تكاليف الصفقات وهو من الأسباب التي عجلت بتطور التجارة الإلكترونية .

وجد مشرعي دول العالم، في خضم هذه التغيرات، أنفسهم مجبرون على تغيير وتعديل النصوص القانونية التقليدية بشكل يتماشى والطابع الإلكتروني ، بحيث سنوا قواعد تقبل هذا النظام الإلكتروني للتعاملات التجارية خاصة، تقابلها قواعد أخرى تضمن الأمان والحماية اللازمة لهذا التكريس القانوني للتعاملات الإلكترونية. فهذه الأخيرة تمتاز بعدم اليقين القانوني وعدم الأمان في معاملاتها -خاصة التجارية- وذلك لحداثة هذا النوع من التجارة، ولطابعها الدولي الذي يفقر إلى تنظيم موحد يضمن سلامة التعاملات التجارية الإلكترونية، كما تظهر هذه الخاصية نتيجة حتمية لكون عالم التجارة الإلكترونية عالم افتراضي، وهي أهم عيب يأخذ عليها.

نقصد بعدم اليقين القانوني عدم يقين المتعامل بحقيقة مركزه القانوني وكذا مراكز الأطراف الأخرى في العلاقة الناشئة عبر تبادل رسائل البيانات الكترونياً<sup>1</sup>. فالأصل أن يتم التعاقد بين حاضرين وعندئذ تتم المفاوضات ومناقشة البنود، ويتم طرح كل الأمور التي يريد الأطراف معرفتها، والحضور المادي للأطراف يسمح لهم بالتحقق من هويتهم، أهليتهم، صفتهم في التعاقد، سلامة المستندات والإعداد المسبق لأدلة الإثبات. أما المعاملات التي تتم بين الأفراد باستخدام الوسيلة الإلكترونية ، فإنها معرضة لكثير من الصعوبات، التي قد تحول بين أطرافها والوصول إلى مرحلة التثبيت واليقين لمراكزهم

(1) د/حسين عبده الماحي، مرجع سابق، ص293



القانونية، يأتي في مقدمتها أن المستهلك لن يكون بوسعه الحكم الدقيق على المنتج الذي يتعاقد عليه، أضف لذلك مشكلة تحديد وقت ومكان انعقاد العقد، بالإضافة إلى صعوبات ترجع إلى طبيعة شبكة الانترنت، فمن خصوصيات هذه الأخيرة أن المستخدم لا يعرف دائما مع أي بلد يتصل على عكس التعامل بالهاتف أو الفاكس مثلا، فإن الرقم يحدد البلد، ومن ثمة يعلم قانون الدولة الذي سيحكم العلاقة، ويمكن أن يتحصل على معلومات حول مركزه القانوني.

نجد أيضا ميزة عدم الأمان في استخدام الشبكات العالمية للاتصال منها الانترنت، التي ترجع للاستغلال الغير مشروع لمواطن الضعف التي تعتري آلية العمل بهذه الأنظمة، بحيث يصبح بإمكان أي مجرم ممن ينتمون إلى الفئة الذكية من المجرمين اختراق هذه الشبكة، باستخدام طرق وأساليب متعددة .

وعليه، تنظيم التجارة الالكترونية يستتبعه بالضرورة توفير حماية مناسبة، لها سواء كانت مدنية أو جنائية(فصل أول)، ثم أن خاصية العالمية للتجارة الالكترونية تثير إشكالية تسوية نزاعاتها التي لن تكون مطابقة لنظيرتها التقليدية، فهي تستبعد في العادة التسوية عن طريق القضاء، وحتى إن سلمنا بهذه الطريقة الأخيرة في حل النزاعات فإنها تخلق العديد من المشاكل(فصل ثان) .

## الفصل الأول

### الحماية المدنية والجزائية للتجارة الالكترونية

تشكل التجارة الالكترونية قمة التطور في التبادلات بين الأفراد والشركات، فهي تقوم بنقل وحفظ معلومات بسرعة. هذه الأخيرة كانت محدودة إلى حد كبير ولم يمثل حجمها أي مشكلة أمام جمعها وتخزينها، ولكن مع تقدم البشرية، تزايد كم المعلومات وأصبحت الطرق التقليدية لجمعها عاجزة عن تلبية الاحتياجات بكفاءة وفعالية، وأصبح من الضروري وجود وسائل أكثر تطوراً لحماية وجمع هذه المعلومات.

فظهر ما يعرف بالآلات الحاسبة في القرن 17 ابتكرها كل من "بليز باسكال" و "ويلهم ليبينيز"، لكنها لم تكن مبرمجة. وفي الثلاثينات تصور "شارل باباج" في 1822<sup>1</sup> (وهو عالم رياضيات انجليزي) آلة للقيام بالعمليات الحسابية بصورة آلية، فهذه الآلة دلت على البنية الهندسية للحاسب الحديث، وبعدها رسمت عالمة الرياضيات "ادالو فلاس" طرائق حساب لهذه الآلة، وفي عام 1937 صمم عالم المنطق البريطاني "آلان تورينغ" آلة تتكون من شريط يتحرك عليه قلم يمكنه من كتابة إشارات مخت لفة أو محوها. بعدها اخترع عالم الرياضيات "جون فون فيومان" الكمبيوتر في عام 1944، وهو جهاز قادر على استيعاب كم هائل من المعلومات ويمكنه استرجاعها بسرعة فائقة ودقة متناهية.

أصبحت هذه المعلومات مصدر قوة اقتصادية وسياسية لمن يحسن استعمالها، خاصة بعد ظهور الانترنت الذي ساهم بشكل كبير في تطور التجارة الالكترونية وانتشارها. ورغم ما تقدمه هذه التقنيات من خدمات مفيدة في جميع القطاعات إلا أنها تعتبر سلاح ذو حدين فهي من جهة تسهل رفع كفاءات وقدرات الإنسان والحفاظ على أمنه وراحته واستقراره، ومن جهة أخرى فهي تحتاج إلى تأمينها وحمايتها مدنيا (مبحث أول)، وجزائيا فقد أدى تطوير وتسهيل استغلالها إلى ارتكاب جرائم لم يكن يعرفها الإنسان من قبل (مبحث ثاني).

(1) عفاف شمدين، الأبعاد القانونية لاستخدامات تكنولوجيا المعلومات، الطبعة 1، دمشق، 2003، ص 68.

## المبحث الأول

### الحماية المدنية للتجارة الالكترونية في القانون الجزائري

أصبحت المعلومات سلعة لها قيمة مالية يجري التعامل فيها بالبيع والشراء والإيجار وغير ذلك من صور التعامل القانوني<sup>1</sup>، فقد أصبحت محلا للتعامل التجاري بشتى الأوجه من بينها الأعمار الصناعية فهذه الأخيرة تدور حول الأرض بهدف نقل المعلومات عن بعد بسرعة وسهولة مما يترتب عنه من سهولة انسياب المعلومات وتدفقها عبر الحدود الدولية عن طريق المحطات الأرضية وباستخدام أجهزة الكمبيوتر، ولا شك أن هذه الأعمار الصناعية أوجدت مجالا جديدا للتعامل في المعلومات وبصفة خاصة في مجال التجارة الدولية.<sup>2</sup>

كما أصبحت الحاجة ملحة إلى توافق الأنماط التجارية مع سمات هذا العصر، من هنا تمكنت التجارة الالكترونية من خلق أنماط مستحدثة من وسائل إدارة النشاط التجاري كالبيع عبر الوسائل الالكترونية والتجارة الالكترونية بين قطاعات الأعمال وفي كل الميادين أمكن إحداث تغيير شامل في طريقة أداء الخدمة وعرض المنتج .

من هنا، ظهرت ضرورة حماية كل ما يتم انسيابه عبر الوسائط الالكترونية، هذه الحماية الأصل فيها أنها مدنية وفي حالة كون الاعتداء جريمة ستقوم المسؤولية الجنائية .

(1) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 30. وقد ظهرت بنوك المعلومات وهي عبارة عن مؤسسات ضخمة تخصصت في التعامل في مجال المعلومات المتعلقة بقطاع معين و تقدم مشورة إلى العملاء الراغبين في ذلك ، بحيث تقوم هذه البنوك بجمع المعلومات وترتيبها وتنظيمها وتخزينها في صورة قواعد بيانات ثم تقوم ببيعها بناء على طلب العملاء وقد بدأ هذا النشاط في أمريكا عام 1962، للمزيد أنظر في ذلك :حسام الدين كمال الأهواني، "الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الآلي"، أبحاث مؤتمر الكويت الأول للقانون والحاسب الآلي، الكويت، 1994، ص99.

(2) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، المرجع نفسه، ص32.

بالنسبة للحماية المدنية للتجارة الالكترونية تتم بوسائل تقنية تعمل على حد اكبر عدد ممكن من الاعتداءات، ثم انه وطالما لا يوجد نصوص خاصة بهذه الحماية في القانون المدني نضطر لإعمال القواعد الكلاسيكية في كل من المسؤولية العقدية والتقصيرية (مطلب أول)، إلى جانب إخضاع البرامج و المواقع الالكترونية للحماية وفقا لقانون الملكية الفكرية (مطلب ثان).

### المطلب الأول

#### إعمال قواعد المسؤولية المدنية الكلاسيكية في حماية التجارة الالكترونية

لم يكن في الماضي - مع البدايات الأولى للحواسيب - طرح لمسألة الحماية، بل كان التركيز والعمل المضني حول تطوير هذه الأجهزة لتقوم بمساعدة الإنسان في معالجة البيانات وحفظها وتداولها، وبعد التطور التكنولوجي أصبحت العديد من المؤسسات والشركات تعتمد على هذه الأجهزة والنقل الإلكتروني اعتمادا كليا في إبرام وانجاز جميع أعمالها. كما وجد المستهلك البسيط فيها ملاذا سهلا لإشباع حاجياته، وبدأ مع هذا الاعتماد الشعور بالخوف أولا من مخاطر الفيروسات وقرصنة البرمجيات والمعلومات ، وقد حاولت الشركات المنشئة لهذه الحواسيب إيجاد تقنيات تضمن حماية كافية لتبادل البيانات الكترونيا(فرع أول)، والتخوف الأكبر في هذه البيئة هو أن ما ينشر فيها يتحرر من كل القوانين ولا يعرف قانونا موحد لا بشأن مسؤولية المتعاقدين عبره ولا المبحرين فيه(فرع ثان)، ثم لابد أن تكون هناك مسؤولية على عاتق موفر هذا الفضاء الالكتروني (فرع ثالث).

### الفرع الأول

#### الحماية التقنية للتجارة الالكترونية وتأمين الدفع الالكتروني.

تتعدد المخاطر الناتجة عن استخدام الانترنت ، منها ما يتعلق بانتحال الشخصيات أو اختراق المواقع والعبث بمحتواها والاستخدام الغير المرخص به وغيرها من المخاطر، وللحماية من تلك المخاطر يتعين استخدام مجموعة من التقنيات اثبتت الواقع العملي

ضرورة الاعتماد عليها للحفاظ على استقرار المعاملات الالكترونية، فهي تعمل على تحديد شخصية المتعاقدين والتحقق منها، وضمان سلامة المراسلات (أولا)، ولما كان الدفع الالكتروني أهم وأخطر ما يستدعي هذه الحماية في التجارة الالكترونية، أوجدت بعض التشريعات أساليب مختلفة لتأمينه (ثانيا).

### أولاً: تقنيات أمن العمليات الالكترونية

تعتمد هذه التقنيات على تحديد هوية المتعامل من جهة، وسلامة تبادل البيانات بين المتعاملين من جهة ثانية.

#### أ - تقنيات تحديد الشخصية و الوثوق في هوية المتعاقدين.

يقصد بالوثوق في هوية المتعاقدين<sup>1</sup>، تلك العملية التي يمكن خلالها التحقق من هوية الشخص الذي يمارس نشاطه عبر الشبكة مع شخص آخر، فالطبيعي أن تكون التجارة محاطة بالثقة عند إبرام العمل التجاري، لتسهيل التحقق من هوية الأطراف، إلا أن هذه الثقة قد تكون محدودة أو مهددة بعدم الصحة في الوسائل الإلكترونية، الأمر الذي قد يتشكك منه المستهلك، فيلجأ إلى البحث عن كل حماية للطمأنينة بشأن مدى إمكانية تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه القانوني، ومدى قدرة أمن الاتصالات الإلكترونية في تحقيق المصادقية<sup>2</sup>.

من ناحية أخرى، إن معرفة هوية المتعاقد الآخر عنصر هام في الروابط العقدية، وذلك لتعين القانون الواجب التطبيق عندما يكون هذا الأخير هو القانون الشخصي للأطراف، وإذا كانت هناك وسائل لتحديد هوية المتصل معه، مثل برامج مقتفي الأثر إلا أنها من الناحية العملية معقدة بالنسبة لغالبية المستخدمين<sup>3</sup>.

(1) يلاحظ ان المشرع الجزائري نص على ضرورة التأكد من هوية المتعاملين في قانون البنك فقط بالتحديد في النظام رقم 11-08 المؤرخ في 28 نوفمبر 2011 يتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية الصادر في ج ر ج ج عدد 47/2012. الذي ينص في مادة 29 على: ".....(ج) السهر على التحديد الدقيق لهوية الأمر بالعملية والمستفيد من التحويلات الالكترونية، بالإضافة إلى عنوانيهما مهما كانت الوسيلة المستعملة.....".

(2) د/حسين عبده الماحي، مرجع سابق، ص 294.

(3) فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 50.

يلجأ المتعاملين الالكترونيين خاصة البنوك في سبيل تحقيق هذا الأمان إلى تقنيات يسعى من خلالها إلى التأكد من مشروعية الاستفادة من خدماتها وان المستفيد فعلا هو العميل صاحب الحساب، نجد من بين هذه الأنظمة :

1 - نظام هوية المستخدم وكلمة السر: عند دخول العميل إلى الموقع قصد الاستفادة من الخدمات الالكترونية ، أول ما يصادفه هو إدخال هوية المستخدم وكلمة السر، عليه لن يتمكن من الدخول مرة أخرى وإتمام أي عملية إلا باستخدام هذه الهوية وكلمة السر، إلا انه رغم الاحتياطات التي يتخذها المتعامل من أجل عدم كشف كلمة السر الخاصة به فان ابتكارات بعض الأشخاص الذين يحترفون الإجرام عبر الانترنت تجعلهم قادرين على التوصل لمعرفتها وهذا أمر خطير خاصة بالنسبة للحسابات البنكية بحيث يتمكن المجرم من تحويل أموال إلى حسابات أخرى دون أن يترك أي اثر عن هويته<sup>1</sup>.

2 - نظام كلمة السر التي لا تتكرر: وقد سميت هذه الطريقة بكلمة السر التي لا تتكرر لان كلمة السر لا تكون صالحة إلا مرة واحدة، تستخدمه خاصة البنوك عند إجراء العمليات التي تتضمن أوامر الدفع، يستخدم هذا النظام كوسيلة إضافية للنظام السابق حيث يعتمد هذا النظام على اشتراك كل من العميل والبنك للتوصل لكلمة السر التي لا تتكرر ، حيث يتم تزويد كل منها في البداية بنفس جملة المرور وعدد مرات إدخال البيانات لخوارزمية القيمة الاختيارية<sup>2</sup> ، فيبدأ العميل بإرسال رسالة البداية فيرد

(1) وذلك باستخدام أساليب تقنية للاقتحام والسطو ولعل أكثر أساليب السطو على كلمات السر هو أسلوب الاقتحام العشوائي أو التخمين العشوائي بحيث يقوم المقتحم بتجربة كل القيم الممكنة وقد ظهرت على الانترنت مجموعة من البرامج تقوم بهذه المهمة بسرعة فائقة مثل برنامج lophet crack وهو برنامج للتخمين العشوائي سريع جدا، أنظر في ذلك:محمود محمد أبو فروة، الخدمات البنكية الالكترونية عبر الانترنت، دار الثقافة، الأردن، 2009، ص87.

(2) هي عبارة عن مجموعة من العمليات الحسابية يتم من خلالها توليد مجموعة من الحروف ذات طول معين مستنتجة رياضيا من مجموعة أخرى من الحروف أطول بكثير والتي تمثل الرسالة المراد تشفيرها ، كما تستخدم

البنك برقم عشوائي يتم استخدامه في إخراج كلمة السر التي لا تتكرر، ويمر كل ذلك بثلاث خطوات

-الخطوة التمهيديّة، يدخل العميل جملة المرور ويتم إضافتها إلى الرقم العشوائي ثم ترسل إلى البنك.

-خطوة التوليد، يتم تنفيذ خوارزمية القيمة الاختيارية عدة مرات على هذه الجملة لإنتاج كلمة سر ذات 64 خانة أو أكثر، هذا العدد من المرات هو المخزن في جهاز العميل والبنك.

-خطوة العرض، حيث تأخذ كلمة السر المنتجة في المرحلة السابقة وتعرض بصورة مقروءة وفي المرحلة النهائية يستخدم العميل هذه الكلمة مرة واحدة فقط بإرسالها للبنك الذي يتأكد من صحتها بعد ان تتم العملية المراد انجازها تصبح هذه الكلمة غير صالحة للاستعمال.

#### ب- تقنيات امن المراسلات والمواقع الالكترونية:

تهدف هذه التقنيات إلى تأمين وصول البيانات المطلوبة دون زيادة أو نقصان في صورة سليمة وصحيحة إلى المرسل إليه المعني دون غيره في الوقت المحدد لها دون تأخير<sup>1</sup>، فخاصية انفتاح شبكة المعلومات أمام جميع مستخدميها سواء الكاشفين عن هويتهم أو مخفيها يهدد سرية البيانات المتبادلة بين الأطراف إذ من المحتمل الكشف لمنافسين أو لأناس آخرين عن معلومات خاصة بالتسوي ق أو بالممتلكات مثل حقوق الملكية الفكرية أو بالأسعار المنافسة والتي تكون حاسمة في نجاح الأعمال<sup>2</sup>. تتعلق هذه الصعوبات بالنواحي الفنية الخاصة بتكنولوجيا المعلومات والاتصالات والبرمجيات وأنظمة التشغيل، هذا ما أدى بالعاملين في الميدان الالكتروني إلى ابتكار

هذه العملية كذلك لاكتشاف تزوير البيانات حيث أن أي تغيير ولو كان بسيطاً في الرسالة الأصلية يؤدي إلى

تغيير كبير في القيمة الاختيارية أنظر في ذلك: محمود محمد أبو فروة، مرجع سابق، ص88.

(1) حسن طاهر داود، الحاسب وامن المعلومات، معهد الإدارة العامة، السعودية، 2000، ص216.

(2) د/حسين عبده الماحي، مرجع سابق، ص295.

وسائل حديثة لحماية امن وسرية المراسلات والمعلومات عن طريق تشفيرها، وحماية المواقع الالكترونية من خلال جدران الحماية.

### 1- التشفير:

يمكن تعريف التشفير انه تغيير مظهر المعلومات بحيث يخفي معناها الحقيقي، ويتم إخفاءها عن كل من ليست له صفة للاطلاع عليها وحفاظها من العبث بمحتوياتها وذلك بتغيير شكلها إلى صورة لا يمكن أن فهمها إلا بعد إرجاعها إلى صورتها الأصلية<sup>1</sup>، وذلك لا يتم إلا باستخدام مفتاح معين لا يملكه إلا صاحب الحق في الاطلاع عليها<sup>2</sup>. يتخذ التشفير عدة أشكال منها أسلوب التشفير المتماثل أو أسلوب الرقم السري أو المفتاح الخاص، والتشفير غير المتماثل أو المفتاح العام<sup>3</sup>.

يقوم التشفير المتماثل على تشفير الرسالة بالاعتماد على مفتاح واحد يستخدم كذلك في فك الشفرة، وكلما ازداد طول المفتاح أي عدد الخانات كلما أصبح أكثر مناعة، تقوم هذه العملية على وجود نفس المفتاح لدى كل من المرسل والمرسل إليه، مهمته تحويل البيانات إلى رموز، ثم تحويل هذه الرموز إلى البيانات الأصلية عند وصولها للمرسل إليه الذي يمتلك نفس المفتاح، فتعتمد هذه الطريقة على مفتاح واحد بين كل متعاملين. بالنسبة للتشفير غير متماثل أو التشفير العام فيقوم على وجود مفتاحين لدى المتعامل الواحد احدهما خاص يستعمل لفك الشفرة والثاني عام يستعمل للتشفير، بحيث يرسل المرسل رسالته ويسبقها بالمفتاح العام الذي يكون قد تسلمه من المرسل إليه مما يعني تحول الرسالة إلى رموز إلى أن تصل إلى حاسب المرسل إليه ويحولها إلى بيانات أصلية باستخدام مفتاحه الخاص<sup>4</sup>.

(1) CAPRIOLI Eric, sécurité technique et cryptologie dans le commerce électronique en droit français, disponible sur le site :<http://www.lex-electronica.org/articles/v3-1/caprio.htm>

(2) محمود محمد أبو فروة، مرجع سابق، ص 91. تعرفه د/حامد قشقوش هدى انه تغيير في شكل البيانات عن طريق تحويلها إلى رموز أو إشارات لحماية هذه البيانات من اطلاق الغير عليها أو من تعديلها أو تغييرها، انظر في ذلك د/حامد قشقوش هدى، الحماية القانونية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 60.

(3) حسن طاهر داود، مرجع سابق، ص 193.

(4) د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية، مرجع سابق، ص 197.



ميزة هذه الطريقة انه لو عرف احد المفتاحين فمن الصعب معرفة الثاني فكل المفتاحين له علامة رياضية معقدة لا يمكن معرفتها إلا من جانب صاحبها والمفتاح الخاص يظل سرا على الآخرين أما المفتاح العام يمكن معرفته لبعض الجهات المختصة ولا يقصد منه بقاءه سرا<sup>1</sup> لذلك فهو المفتاح الأكثر استعمالا مع انه بطيء بعض الشيء .

التشفير علم قديم لكنه تطور بشكل كبير بعد استخدام الحاسب الآلي ، فنجد مثلا في فرنسا سمح القانون عام 1990 للمشروعات الصغيرة باستخدام التشفير بعد أن كان قاصرا على المجالات العسكرية والدبلوماسية والحكومية ، ثم جاء القرار رقم 98-101 الصادر في 23 فيفري 1998 ليضع الضوابط المتعلقة باستخدام التشفير<sup>2</sup>.

نحتاج إلى طرف ثالث محايد لضمان الأمان في عملية التشفير، مثلا في تونس<sup>3</sup> يمكن لأي شخص طبيعي أو معنوي أن يمارس عملية التشفير في نطاق التجارة والمبادلات الالكترونية ، بشرط أن يتحصل على تصريح مسبق من الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية<sup>4</sup>، كذلك في مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري بحيث نص في فصله الخامس على إنشاء مكتب للتشفير يكون جهة لإيداع مفاتيح الشفرات.

نجد نص في القانون الجزائري تضمن مصطلح "الترميز" هو نص المادة 14 من المرسوم التنفيذي 98-257 المتعلق باستغلال خدمات الانترنت المعدل والمتمم : "يلتزم مقدم خدمات انترنت خلال ممارسة نشاطه بما يلي.....-عرض أي مشروع خاص باستعمال الترميز على اللجنة...".

يفهم من هذا النص أن مقدم خدمات الانترنت يقترح على الوزارة مشروعات خاصة بالترميز أو التشفير . كذلك نجد نص آخر تضمن مصطلح الترميز في القانون الجزائري

(1) د/ مدحت رمضان، مرجع سابق، ص32.

(2) CAPRIOLI Eric, op cit.

(3) يستفيد التشفير في التشريع التونسي من حماية جنائية بحيث يعاقب كل من استعمل بصفة غير مشروعة عناصر تشفير شخصية متعلقة بإمضاء غيره بالسجن لمدة تتراوح بين 6 أشهر وعامين وغرامة تتراوح بين 1000 و10000 دينار، أنظر: د/حامد قشقوش هدى، الحماية القانونية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص63.

(4) انظر المادة 11 من قانون التجارة والمبادلات الالكترونية التونسي.

وهو نص المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 09 - 410 مؤرخ في 23 ذي الحجة عام 1430 الموافق 10 ديسمبر سنة 2009 يحدد قواعد الأمن المطبقة على النشاطات ا لم نصبه على التجهيزات الحساسة.<sup>1</sup> ومحتوى هذا النص يقضي وجوب الحصول على اعتماد مسبق من المصالح المكلفة بوزارة الداخلية بعد استشارة السلطة المؤهلة المكلفة بالمصادقة على تجهيزات و برامج الترميز قصد ممارسة نشاط الترميز.<sup>2</sup>

## 2- جدران الحماية :

تدعى كذلك بالجدران النارية والتي تتمثل في أدوات الكترونية أمنية تمنع الوصول الغير مسموح به إلى الحاسب الشخصي، وذلك عن طريق إقامة حاجز يفصل بين الشبكة والحواسب الشخصية تجبر به جميع عمليات الدخول والخروج للمرور عبر هذا الجدار الذي يتصدى لجميع محاولات الدخول بدون صفة<sup>3</sup>.

هذه الوسائل لا تكفي وحدها لحماية امن المعلومات بشكل كامل ، بل لابد من استخدام تقنيات الأمن الشامل التي تضم العديد من الأجهزة والنظم مثل وسائل أمن الملفات ووسائل كشف الاقتحام وأجهزة الرقابة.

## ثانيا: تأمين الدفع الالكتروني

يلزم تأمين الوفاء الالكتروني، على عكس الوفاء التقليدي، نظرا لظهور البيانات والمعلومات التي تتم تبادلها فيما بين الأطراف في شكل رقمي، ومن ثمة فمن السهل

(1) ج ر ج ج عدد 2009/73.

(2) بعد أن صنف ت جهيزات الترميز ضمن التجهيزات الحساسة حسب الملحق الأول للمرسوم التنفيذي 09-410 السالف الذكر ضمن القسم الفرعي الثالث: بنصه: " التجهيزات والبرامج ا لم علماتية للترميز"، و تخضع ممارسة نشاطات الاتجار وتقديم الخدمات المتعلقة بالتجهيزات الحساسة للحصول على اعتماد مسبق تسلمه مصالح الوزارة المكلفة بالداخلية. يغطي نشاط الاتجار التجهيزات الحساسة واستيرادها وتصديرها وصنعها وبيعها. ويغطي نشاط تقديم الخدمات تركيب التجهيزات الحساسة وصيانتها وتصليحها.

(3) محمود محمد أبو فروة، مرجع سابق، ص 93.

العبث بها أو نسخها ، إلى جانب المخاطر المختلفة التي تعترض الدفع الالكتروني <sup>1</sup> ، مع ذلك فالمشرع الجزائري لم يكرس هذا التأمين (أ) لكن هذا لا يمنعنا من سرد بعض وسائل تأمين الدفع الالكتروني(ب).

#### أ - غياب تنظيم قانوني لنظم الدفع الإلكتروني في القانون الجزائري:

صدر عن بنك الجزائر نظام تحت رقم 05-07 مؤرخ في 28 ديسمبر 2005<sup>2</sup> متعلق بأمن أنظمة الدفع ، حيث نظم امن عمليات التسوية المالية دون أن يشير لطرق الدفع الالكترونية، وقد سمح المشرع في قانون المالية لسنة 2006 بالتعامل مع الإدارة الجبائية بالطرق الالكترونية في السداد <sup>3</sup> ، لكن يبقى الإطار القانوني للنقود الالكترونية وبالخصوص تأمينها في التشريع الجزائري منعدما.

#### ب - وسائل تأمين الدفع الالكتروني:

منها وسائل فنية (1) وأخرى قانونية(2).

#### 1 - التأمين الفني لعملية الدفع الإلكتروني:

يتحقق هذا التأمين من خلال الوظائف والشروط الفنية التي يجب أن تتوفر في عملية الدفع كي تكون آمنة ، وتتمثل هذه الشروط في إضفاء الصفة الرسمية على الأمر

(1) تتعدد هذه المخاطر فمنها المالية التقليدية والمتمثلة في المخاطر المتعلقة بالقروض كعدم تسديدها، مخاطر تغير

أسعار السوق ، مخاطر تغير سعر الصرف بالنسبة للعملة ، مخاطر السيولة ، نجد أيضا أوجه جديدة

للمخاطر بالنظر للطابع الالكتروني للعمليات المصرفية منها:

-ظهور مشاكل مالية تتعلق بكيفية تحصيل الرسوم والضرائب لكل خدمة الكترونية مقدمة من البنوك.

-قصور النظام المستخدم من البنك والمعرض من مورد الخدمة مما يستتبعه فشل في الخدمات التي يقدمها البنك

-التغيرات التكنولوجية السريعة وعدم معرفة الموظفين لمهامهم سيؤدي لانحطاط سمعة البنك.

-خطر القرصنة .

- مخاطر خاصة ببطاقة الدفع كعدم القدرة على توفير السيولة الكافية لتغطية احتياجات السحب النقدي ضياع

البطاقة أو سرقتها أو الاحتيال أو تزويرها ، أنظر في ذلك جلال عايد الشورة، مرجع سابق، ص ص 89-103.

(2) ج ر ج ج عدد 2006/37.

(3) حمودي ناصر ، "التنظيم القانوني لظاهرة العولمة في الجزائر، الانجازات والتحديات "، المجلة النقدية للقانون

والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد2، 2012، ص196.

بالدفع، إلى جانب تقنية التشفير أو الترميز<sup>1</sup> و حفظ المعلومات الخاصة بعملية الدفع وكذا تحديد التاريخ الالكتروني لواقعة الدفع.

### 1-1 إضفاء الصفة الرسمية على الأمر بالدفع

يتم إفراغ التصرفات القانونية في التجارة التقليدية أو اليدوية في مستندات مكتوبة يتم تذييلها بتوقيع من صاحب الشأن هذا على خلاف الحال في التجارة الالكترونية حيث يتم إبرام صفقات على دعامات الكترونية غير مكتوبة تقليديا ويتم التوقيع عليها من قبل أطراف الصفقة الالكترونية وإذا كان من السهل الرجوع إلى المستندات الورقية والتحقق من صحة ونسبة صدور التصرف إلى موقعه فان الأمر ليس بنفس السهولة بالنسبة للسندات الالكترونية بما تحمله من توقيعات الكترونية والتي هي بحاجة إلى من يوثقها ويصادق عليها<sup>2</sup>.

### 1-2 حفظ المعلومات الخاصة بعملية الدفع الالكتروني:

يشكل الحفظ وسيلة هامة لتأمين الوفاء الالكتروني، وهو يعني حفظ المستندات أو المعلومات المتعلقة بعملية الوفاء بطريقة لا يمكن محوها ولأكبر فترة ممكنة لإمكانية الرجوع إليها كلما دعت الضرورة لذلك.

على غرار التصديق، يتطلب الحفظ تدخل شخص ثالث محل ثقة يتولى المحافظة على المستندات التي يعهد بها الأطراف إليه .

### 1-3 تحديد التاريخ الالكتروني:

تظهر ضرورة تأريخ المستند الالكتروني في عدة نقاط منها:  
-تحديد فيما إذا كان هناك تأخير في تنفيذ العقد ومن ثم تطبيق الجزاءات المفروضة على التأخير في التنفيذ وما يترتب على هذا التأخير من مصاريف جمركية إضافة نتيجة للتأخير في تلخيص البضاعة جمركيا<sup>3</sup>.

(1) وهي تقنية سبقت دراستها، أنظر ص279 وما بعدها.

(2) د/ سامي عبد الباقي ابو صالح، مرجع سابق، ص111.

(3) CAPRIOLI Eric, sécurité technique et cryptologie dans le commerce électronique en droit français, disponible sur le site : <http://www.lex-electronica.org/articles/v3-1/caprio.html>.

-يعد تاريخ العقد هو الفاصل بين التفاوض والتعاقد النهائي.  
-تظهر أهمية تحديد التاريخ في حسم مسألة تنازع القوانين من حيث الزمان وتحديد متى يبدأ سريان تقادم الحقوق<sup>1</sup>.  
بالنسبة لعملية الدفع فتحديد التاريخ الالكتروني مهم بالنظر لتاريخ الاستحقاق للدفع ولعدم ترتيب فوائد التأخير...الخ، ولإسناد تاريخ محدد لسند الكتروني ممكن إتباع إحدى الطريقتين:

-وضع التاريخ في صلب رسالة البيانات.  
-عن طريق تدخل شخص ثالث يتولى توثيق التاريخ والساعة التي يتم فيها التصرف الالكتروني .

## 2 - التأمين القانوني لعملية الدفع الالكتروني:

يلزم تأمين عملية الدفع تأميناً قانونياً لمصلحة التاجر والعميل أو المشتري تجنبهم أية مخاطر في عملية التسوية الالكترونية.

### 2 1 التأمين القانوني لعملية الدفع من جهة التاجر البائع :

يجب أن تكون عملية الدفع الالكتروني مؤمنة لمصلحة التاجر الذي يأخذ وضع القابض في عملية الوفاء ولبلوغ هذا الهدف يجب أن تتوافر في وسيلة الدفع ثلاث خصائص:

-عدم إمكانية الرجوع في الأمر بالدفع<sup>2</sup>، المشكلة لا تطرح بالنسبة للوفاء بالنقد الالكتروني<sup>3</sup> إنما تكون في الوفاء بطريق التحويل المصرفي أو سحب ورقة تجارية الكترونية نظراً لوجود فاصل زمني بين صدور الأمر بالدفع وتنفيذه .

(1) LAURENT Jacques, la date électronique et le contrat, les deux journées internationales du droit du commerce électronique, actes du colloque de Nice, le 06 et 07 novembre 2003, Litec, paris, p168.

(2) د/عدنان إبراهيم سرحان، "الوفاء الالكتروني"، مجلة الحقوق، العدد الأول المجلد الثالث، جامعة الكويت، 2005، ص255.

(3) فمثلاً الالتزام بالدفع المعطى بموجب بطاقة الدفع في القانون التجاري الجزائري لا رجوع فيه ولا يمكن الاعتراض عليه إلا في حالة ضياع أو سرقة البطاقة المصرح بهما قانوناً أو في حالة التسوية القضائية أو إفلاس المستفيد

- يجب أن تكون الوسيلة مشمولة بضمانات تضمن للتاجر حصوله على الثمن كاملاً دون أن يتحمل مخاطر عدم ملاءة المشتري وذلك عن طريق خطابات الضمان أو الكفالة المصرفية مثلاً.

- ضمان عدم اعتراض مصدر الأمر بالوفاء على عدم وجوده أو بطلانه وهو ما يتطلب إقامة نظام فعال للابثات.

## 2 2 التأمين القانوني لعملية الدفع من جهة المشتري:

تأخذ عملية تأمين الدفع بالنسبة للمشتري بعدين :

- يتمثل الأول في البحث عن وسيلة تضمن له عدم السحب من رصيده المتاح بموجب وسيلة الدفع المستخدمة إلا المبالغ المتفق عليها وذلك يستدعي تفعيل مسؤولية البنك عن الأخطاء التقصيرية أو التعاقدية التي من شأنها الإضرار بالعميل، عدم تحميل العميل مخاطر تشغيل النظام المعلوماتي ، التأكد من صحة أمر الدفع.

- يتمثل الثاني في إقامة نظام يربط بين لحظة الدفع ولحظة التسليم ، إذ أن كل طرفي العملية لا يرضى البدء في تنفيذ التزامه إلا إذا قام الطرف الآخر بذلك، و يقوم الاعتماد المستندي بدور فعال في القضاء على عدم الثقة القائم بين الطرفين<sup>1</sup>.

## الفصل الثاني

### تكييف قواعد المسؤولية الالكترونية مع قواعد

### المسؤولية الكلاسيكية-العقدية والتقصيرية-

تضافرت الجهود لإيجاد القواعد التي تحكم النشاط الالكتروني خاصة بصدد المسؤولية، فظهر التكنولوجيا الحديثة وبالأخص الانترنت الذي يعرف بعدم خضوعه لأي قانون لا

(1) بحيث تقوم فكرة الاعتماد المستندي على الاستعانة بالمستندات فيشترط البائع الالكتروني على المشتري الالكتروني أن يفتح له اعتماداً من قبل بنك يتعهد هذا الأخير بالوفاء بقيمة الاعتماد بمجرد تقديم البائع للمستندات التي تمثل البضاعة وتتطابق مع شروط الاعتماد، د/سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص131.

يمكن أن يكون سببا لإستبعاد تطبيق القانون على العلاقات والسلوكات التي تتم عبره، بل بالعكس تنشأ عنها مسؤوليات لابد من ضبطها، هذه الأخيرة قد تكون عقدية بسبب عقود التجارة التي تتم من خلال الشبكة(أولا)، وقد تكون تقصيرية بسبب أي فعل ضار الكتروني تم عبر الشبكة(ثانيا).

### أولا:المسؤولية العقدية

تقضي القواعد العامة بوجوب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، وانطلاقا من تلك القواعد نبع الالتزام بالأمان والسلامة لأطراف العقد، حيث يلتزم المتعاقد بعدم الإضرار بسلامة الطرف الآخر خاصة المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في المعاملات الإلكترونية<sup>1</sup>.  
تنتج المسؤولية العقدية عن إخلال بالالتزامات تعاقدية وبالتالي فلا يمكن الحديث عنها بدون توافر عقد صحيح مبرم بشكل الكتروني ،أما أركان المسؤولية العقدية تبقى هي ذاتها ، وهي كل من خطأ وضرر وعلاقة السببية. إلا أن ما يميز المسؤولية العقدية في التجارة الإلكترونية هي طبيعة الخطأ العقدي الإلكتروني.

### أ - الخطأ العقدي الإلكتروني:

يعتبر كل طرف من أطراف العلاقة التعاقدية مرتكبا لخطأ عقدي إذا لم يقم بتنفيذ التزامه

(1) وتتبعي الإشارة إلى أن الاتجاه الأوروبي والمشرع الفرنسي لم يكتفيا بالقواعد العامة بل حرصا على حماية المستهلك من مخاطر السلع والمنتجات وأقاما نوعا من المسؤولية الموضوعية على عاتق المنتج، يترتب عليه التزام بضمان الضرر الذي يصيب أي إنسان أو مال ماديا أو معنويا، ويستفيد من أحكام تلك المسؤولية كل متضرر سواء أكان متعاقدا أو غير متعاقد مع المنتج، ويكفي إثبات علاقة السببية بين العيب في السلعة و الضرر، ويمكن للبائع أو المورد التخلص من المسؤولية بإثبات أن موضوع العقد غير مخصص للتداول أو أن ما أصابه من عيب تم أثناء الشحن أو التفريغ أو التخزين أو بإثبات أن المعرفة العلمية القائمة وقت الإنتاج للسلعة موضوع العقد لم تمكن البائع باكتشاف العيب، ويمكن الإعفاء من ذلك طبقا للقواعد العامة بإثبات السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ المضرور ولا يجدي التذرع بخطأ الغير في هذا الشأن، وتجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من هذه المسؤولية.أنظر في ذلك:

(2)Taylor(s), L'harmonisation communautaire de la responsabilité du fait des produits défectueux, 1999,p 120.

العقدي أو تأخر في تنفيذه أو نف ذه بشكل معيب باعتبار أن هذا الخطأ يمثل انحرافا في سلوك المدين يؤدي إلى مسائلته.

يتمثل الخطأ العقدي في إخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه الناشئ عن العقد، و يتمثل في عدة صور : عدم تنفيذ الكلي، التنفيذ الجزئي أو الناقص، التنفيذ المعيب، التنفيذ المتأخر، مؤدي ذلك أن الخطأ يتوافر إذا لم يقد المدين بتنفيذ التزامه ك له أو بعضه، أو قام بالتنفيذ على نحو يخالف الوجه المتفق عليه أو الذي يوجب القانون ك عدم تسليم بضاعة معينة أو صنف أقل جودة ، أو أن يتأخر في التنفيذ عن الموعد المحدد لذلك.

تختلف صور عدم التنفيذ بحسب نوع الالتزام، فهناك نوعان من الالتزام : التزام بتحقيق غاية أو نتيجة ، و التزام ببذل عناية. و بالنظر إلى طبيعة الالتزامات في المعاملات الالكترونية نجد أن أغلبها يتسم بتحقيق نتيجة ، حيث يتعين على المدين الوصول إلى غاية معينة هي محل الالتزام<sup>1</sup>. ويتمثل عدم التنفيذ في مجرد عدم تحقق النتيجة ، و لو بذل

(1) أما إذا كان محل العقد هو تقديم خدمة، فإن الأمر يختلف بحسب نوع الخدمة. فهناك خدمات يلتزم مقدمها بتحقيق نتيجة مثل خدمات القنوات الفضائية و التليفون النقال و شبكة الانترنت ما لم يتحفظ مقدم الخدمة سلفا بأنه سيبذل العناية لتحقيق أفضل خدمة ممكنة لعملائه و هذا ما يحدث غالبا. فللمدين لا يأخذ على عاتقه تحقيق نتيجة محددة ببتغيتها الدائن، و إنما يتعهد بمجرد بذل جهد معين للوصول إلى هذه النتيجة، سواء تحققت بالفعل أو لم تتحقق. فإذا بذل المدين هذا القدر من العناية فحسبه ذلك، و لا عليه إذا لم يتحقق الغرض المقصود. يمكن تحديد ما إذا كان موضوع الالتزام هو تحقيق نتيجة أو بذل عناية بالنظر إلى ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين ويتضح ذلك بالنظر للنتيجة المرجوة من وراء محل الالتزام وعما إذا كانت هذه النتيجة مؤكدة أم احتمالية . فالصفة المؤكدة أو المحتملة للنتيجة المستهدفة في الظروف التي نشأ فيها الالتزام يمكن أن تكشف عن طبيعته ، فإذا كانت العناية المعتادة تؤدي حسب المجرى العادي للأمر إلى نجاح مؤكد رثون بصدد التزام بتحقيق نتيجة ، أما إذا كانت العناية واليقظة لا تكفل بالضرورة الوصول إلى النتيجة المرجوة التي يعتمد تحقيقها على عوامل أخرى مستقلة عن المدين كنا بصدد التزام ببذل عناية. بتطبيق هذه القواعد على عقود الخدمات الالكترونية نجد أن الالتزام فيما ينبغي ان يكون بتحقيق نتيجة بحسب ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين من جهة وبذل العناية المعتادة على ضوء التقنيات الحديثة يجعل النتيجة فيها مؤكدة من جهة أخرى . أما تقاعس الشركات عن زيادة النفقات اللازمة لتحديث وتعميق معداتها رغم حرصها على قبول كل المشتركين لا يعفيها من الالتزام بتحقيق نتيجة حتى لو تحفظت، حيث يبطل هذا التحفظ كشرط للإعفاء من المسؤولية لأنه يتسم بالتعسف في مواجهة المستهلك في هذا العقد.



المتعاقد كل جهده في العمل على تحقيقها. هنا يكفي الدائن بالالتزام أن يثبت مصدر الالتزام، و على المدين أن يثبت أنه قام بالتنفيذ أي تحقيق النتيجة المرجوة ، فإذا لم يفلح في ذلك قامت مسؤوليته العقدية ، و لا يستطيع التخلص من المسؤولية بإثبات أنه بذل كل ما في وسعه ، و السبيل الوحيد هو إثبات أن عدم التنفيذ راجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، كقوة قاهرة أو خطأ الدائن نفسه أو خطأ الغير.

و باستعراض المعاملات الالكترونية نجد أن محلها يتسم، كقاعدة، إما بتسليم شيء أو تقديم خدمة. و لا شك أن الالتزام بتسليم شيء منتج أو سلعة هو التزام بتحقيق نتيجة، حيث يلتزم المدين بالتسليم في الميعاد و المكان و طبقا للمواصفات المحددة<sup>1</sup>. إلى جانب التزامه بضمان العيوب، بالمقابل يلتزم الطرف الآخر بدفع الثمن.

### 1- المسؤولية عن التسليم:

يتفرع الالتزام بالتسليم عن الالتزام بنقل الحق العيني لذا فهو مرتبط بالعقد الناقلة لحق عيني أصلي كالبيع، الهبة و المقايضة، كما يترتب عن بعض العقود الم نشئة لحق شخصي كالإيجار والمقاوله. يوجد هذا الالتزام في المعاملات الالكترونية التي يكون محلها تسليم منتج أو سلعة أو انجاز مشروع، ويوجب هذا الالتزام على البائع أيضا المحافظة على المبيع إلى أن يسلمه للمشتري، وهو التزام بتحقيق نتيجة وليس مجرد بذل عناية. وقد نصت عليه المادة 351 ت م ج على أن ينقل للمشتري ملكية شيء و حقا ماليا آخر مقابل ثمن نقدي.

العقود التي يقبل القول بان الالتزام فيها هو بذل عناية هي عقود تصميم برامج الحاسب الآلي حيث يتمثل الالتزام بقيام بعمل ذهني لمواجهة مشكلة معينة ، وهناك من يرى أن هذا الالتزام هو تحقيق نتيجة فمصمم البرنامج أن لم يكن واثقا من النتيجة عليه أن لا يقبل على التعاقد وهو ما قضت به محكمة استئناف باريس عقب قضية أحييت عليها تدور حول عدم تمكن مهندس معلوماتي من تصميم برنامج للحاسوب حيث اعتبرت أن الالتزام في هذه الحالة يبقى التزاما بتحقيق نتيجة لأن مصمم البرنامج إذا لم يكن واثقا من نتيجة عمله فعليه ألا يلتزم بالقيام به. كذلك الحال للعقود الالكترونية التي ترد على تقديم خدمة ذهنية كاستشارة فنية او عقود المعلومات هو التزام بتحقيق نتيجة العناية المطلوب بذلها ينبغي تقديرها على ضوء المعطيات العلمية القائمة والظروف المحيطة بالالتزام والمستوى العلمي ومكانة المدين مقدم الخدمة.

(1) و تبدو المشكلة في حالة ما إذا كان المدين بالتسليم هو مجرد بائع أو موزع و يتحفظ في التزام التسليم بعبارة أخرى أنه يسلم السلعة بحالتها كما وردت له من المنتج. و يتنزع بأن كل ما عليه هو بذل العناية في التحقق منها و عرضها بصفاتها كما هي.أنظر في ذلك محمد حسنين، المسؤولية الالكترونية، مرجع سابق، ص72.

تكمن أهمية التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري في أن حصول التسليم يعد وفاء للالتزام وانقضائه، كما يتوقف على هذا الالتزام انتقال تبعة هلاك المبيع إلى المشتري. وطبقا لنص المادة 367 ت م ج فإن التسليم يتم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه ماديا ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسلمه بذلك ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع<sup>1</sup>.

يتحقق التزام التسليم في العديد من العقود منها عقد البيع الإيجار، المقولة... الخ. فيقوم البائع أو المؤجر بتسليم الشيء إلى المشتري أو المستأجر حتى يتمكن من حيازته أو الانتفاع به، أي تسلمه وممارسة السلطات التي تخولها له حقوقه العقدية عليه، ووفقا لطبيعته والغرض المقصود منه، وفي عقد المقولة يقوم المقاول بإنجاز العمل وتسليم الشيء المتفق على تصنيعه أو إنتاجه أو المشروع المنجز إلى صاحب العمل.

تنصف التزامات أطراف العقد المبرم عبر الإنترنت بصفات خاصة، فالمعاملات التي يكون محلها تسليم منتج أو سلعة مثل البيع أو الإيجار الإلكتروني أو إنجاز مشروع معين مثل تصميم أو إقامة برامج ومنشآت المعلومات فيتم التسليم طبقا لطبيعة المنتج، فتسليم المنقول أو العقار المبيع يتم بوضعه تحت تصرف المشتري دون عائق، وبرامج الحاسب الآلي أو المعلومات يتم تسليمها من خلال تجسيدها على وسيط أو دعامة كالاسطوانة، وقد يتم التسليم على مراحل متوالية بتمكين العميل من الحصول أولا بأول على كل ما يستجد من معلومات من خلال بتوفير أو تحميل البرامج أو النسخ من الموقع المتاح إلى الجزء الصلب بجهاز المستخدم أو بأي شكل تقني آخر يتيح للمستخدم الانتفاع به كمنحه الصلاحية للدخول إلى موقع معين واستعراض المادة المحملة أو المخزنة محل التعاقد<sup>2</sup>.

(1) إعمالا لنص المادة 367 ق م ج فإن المبيع إن كان منقولا ماديا فإن تسليمه يكون بالمناولة وبحيازة المشتري له حيازة فعلية من خلال وضعه تحت تصرفه. وهو ما جاء ت به اتفاقية الأمم المتحدة لعقود البيع الدولي والمعرفة باتفاقية فيينا 1980 أن الأصل في التسليم هو وضع المبيع تحت تصرف المشتري حيث جاء بالمادة/ 31 ب من الاتفاقية التزام البائع بوضع البضائع تحت تصرف المشتري في المكان الذي كان يوجد فيه مكان عمل البائع وقت إبرام العقد.

(2) مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص133

يتم التسليم بالطريق العادي إذا تعلق موضوع العقد بسلعة أو منتج له واقع مادي ملموس ، حيث يقوم التاجر بإرسال السلعة على العنوان الخاص بالمشتري سواء داخل الدولة أو خارجها، ويلتزم التاجر بتسليم شئ المبيع المعروض عبر الإنترنت والمطابقة تكون في النوع والصفات والمقدار المتفق عليها. ويشتمل التسليم ملحقات المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله، وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وقصد المتعاقدين، ولعل من أهم الملحقات في المجال الإلكتروني هي تزويد العميل بالمستندات الشارحة التي توضح كيفية عمل الأجهزة والمعدات وأساليب الصيانة والتطوير، وتتمثل هذه المستندات في صورة كتيبات أو أسطوانات أو معلومات تنقل عبر الشبكة .

يتم التسليم في الموعد المحدد في العقد وإلا أعتبر البائع قد ارتكب خطأ يوجب مسؤوليته العقدية، فإذا لم يحدد العقد وقتاً لذلك يلزم إتمامه فور إنشاء العقد، هذا مع مراعاة المواعيد التي تستلزمها طبيعة محل العقد أو يقتضيها العرف، ويلاحظ أنه إذا وجب تصدير موضوع العقد للعميل فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك وذلك حسب المادة 368 ق م ج .

ورد في نص المادة 33 من اتفاقية فيينا أنه يجب على البائع أن يسلم البضاعة في التاريخ المحدد أو القابل للتحديد طبقاً للعقد أو خلال مدة معقولة من تاريخ إبرام العقد . وبذلك نجد أن اتفاقية فيينا قد حددت المدد القانونية للتسليم بما يلي:

-وقت انعقاد العقد

-في الوقت المتفق عليه بين الطرفين

-في الوقت الذي يقرره عرف التعامل أو خلال مدة معقولة في حالة عدم

الاتفاق صراحة على تحديد زمن معين في العقد.

ورد في نص المادة 1160 من القانون المدني الفرنسي أن التسليم يجب أن يتم في الوقت المتفق عليه بين الأطراف، فإذا لم يوجد اتفاق على ميعاد معين للتسليم فإن واجب الوفاء بالالتزام بالتسليم يكون وقت انعقاد العقد مع مراعاة المواعيد المقررة بحسب العرف<sup>1</sup>.

(1) ما ينبغي ذكره أن السرعة في إبرام العقد عبر الإنترنت يجب أن تقابل بالسرعة في تسليم موضوع العقد، فلا يمكن أن يتم إبرام العقد في دقائق بسيطة بين أطراف تفصل بينهما حدود دولية مترامية الأطراف، ولكن يتم تنفيذ العقد

تثور مسؤولية المدين بالتسليم عن التأخير في تنفيذ التزامه، ويصعب القول بإمكان طلب التنفيذ العيني الجبري لعدم ملائمة للمعاملة الإلكترونية، ومن ثم لعل السبيل الأمثل هو الدفع بعدم التنفيذ أو الفسخ مع التعويض أو طلب التعويض عن التأخير، وقد جاء في العقد النموذجي الفرنسي بأنه يتم التسليم خلال ثلاثين يوما، وإلا جاز إنهاء العقد ورد المبالغ التي تم الوفاء بها.

يتضح أهمية تحديد ميعاد التسليم لحماية مصالح طرفي العقد، ولتحديد المسؤولية عن الأضرار الناجمة من عدم التسليم في الزمان المحدد والمتفق عليه، حيث يعتبر البائع مخلا بالتزامه بتسليم المبيع إذا لم ينفذ التزامه بالتسليم أي لم يسلم الناقل أو يتأخر في التنفيذ أو ينفذ تنفيذا معيبا بأن يسلم للمشتري مبيعا غير مطابق لما تم الاتفاق عليه، ويمكن للمشتري في هذه الحالة المطالبة بالتنفيذ إن كان ذلك ممكنا أو المطالبة باسترداد قيمة الوفاء بالثمن والتعويض عما أصابه من أضرار من جراء عدم تنفيذ الالتزام بالتسليم في الزمان المحدد والمتفق عليه بين طرفي العقد.

## 2- المسؤولية عن الالتزام بمطابقة المحل للمواصفات المتفق عليها

يشترط في تنفيذ العقد توافر جميع المواصفات والخصائص المتفق عليها في المنتج أو الخدمة وهو شرط في التسليم لا يقوم من غيره، وفي هذا قضت المحكمة الابتدائية بباريس أن الشرط المتعلق بالالتزام بالمطابقة لا حرية للبائع فيه وهو حق للمستهلك في الحصول على منتج مطابق، وقد نصت عليه اتفاقية فيينا 1980 في المادة 35 .

والمطابقة نوعان هما المطابقة الكمية والمطابقة الوصفية، ويقصد بالمطابقة الكمية هي تسليم الكمية المحددة للشئ المبيع في الاتفاق، والأصل أن يتم تسليم البضاعة مطابقة للكمية المتفق عليها، إلا أن العرف التجاري الدولي جرى على وجود تفاوت في النسبة المسلمة وهو عادة تفاوت يسير .

---

وتسليم موضوعه في أسابيع طويلة في ظل التقدم الذي يشهده العالم في كافة المجالات ويوفر من خلاله إمكانيات المراسلات السريعة، لذلك يجب ألا تتجاوز مدة التسليم عشرة أيام من تاريخ إبرام العقد بين طرفين من دول مختلفة ولا تتجاوز ثلاثة أيام بين طرفي العقد من دولة واحدة مع مراعاة مواعيد الشحن وإجراءاته والظروف القهرية، أنظر في ذلك: عمر خالد الزريقات، مرجع سابق، ص274

يقصد بالمطابقة الوصفية أن يشتمل المبيع عند تسليمه على المواصفات والخصائص المتفق عليها عند إبرام العقد.

وقد يتم تحديد المواصفات والمطابقة من خلال اشتراط تقديم شهادة الجودة، حيث أصبح هناك حد أدنى من الصفات العالمية التي يتعين توافرها في المنتج المعد للتصدير بالخارج، وهناك منظمات عالمية تتولى إصدار شهادات الجودة لكل من يطلبها، وتعتبر المنظمة مسؤولة تعاقدية في مواجهة المتعاقد معها عن إصدار هذه الشهادة، وللغير أن يرجع عليها بدعوى المسؤولية التقصيرية متى أثبت إصابته بضرر نتيجة إصدار هذه الشهادة.

### 3- المسؤولية عن الالتزام بالصيانة

يرتبط الالتزام بالصيانة غالبا بالالتزام بالتسليم، والصيانة نوعان: فهناك الصيانة الوقائية للمحافظة على الأجهزة والاحتفاظ بكفاءة تشغيلها وحمايتها، وهناك الصيانة الإصلاحية التي ترمي إلى إصلاح كل عطل طارئ، بحيث تقع تبعة الصيانة على المنتج طوال مدة كفالة المنتج و بالشكل المتفق عليه، فغالبية الإعلانات الإلكترونية عن العروض في وقتنا الحالي تتضمن النص على كفالتها لمدة معينة، الأمر الذي يجعل تبعة الصيانة طوال تلك المدة على المنتج إذا كان الضرر المتحقق مما هو مشمول بالكفالة من عيوب، فلذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل في مدة معلومة ثم ظهر خلل في المبيع، فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل خلال مدة شهر من ظهوره، وأن يرفع الدعوى خلال مدة ستة شهور من هذا الإخطار، وإلا سقط حقه في الضمان، كل هذا ما لم يتفق على غيره<sup>1</sup>.

نظم القانون هذا الضمان، حيث احتل مكانة هامة في عمليات بيع الأجهزة والآلات الحديثة وتوزيعها والتي غالبا ما يجد المشتري لها نفسه عاجزا عن تفهم مكوناتها، خاصة إذا كان المشتري مستهلكا عاديا . وإن الطابع الاتفاقي للضمان يجعله قابلا للوجود في أي عقد من العقود بيع، إيجار، مقاوله، وبصدد أي منتج أو سلعة أو خدمة كبرامج الحاسب الآلي وطبقا للشروط المتفق عليها، ويغلب اللجوء إليه في المعاملات الحديثة لجذب المستهلك، حيث يتعهد المنتج أو الموزع بإصلاح الخلل أو استبدال المنتج. مع ملاحظة أن هذا الالتزام وبموجب قانون حماية المستهلك أصبح التزاما قانونيا.

(1) انظر المادة 386 ق م ج .

## ب- الضرر العقدي

إن الضرر العقدي المباشر الذي يطال طرف العلاقة التعاقدية المبرمة بشكل الكتروني ينقسم إلى قسمين ضرر متوقع وضرر غير متوقع، فالمدين لا يسأل إلا أن الضرر المباشر المتوقع أما الضرر غير المتوقع فلا يثير مسؤولية. ونظراً لارتباط الضرر بالتعويض عن المسؤولية العقدية وكون الضرر يختلف حسب طبيعة المعاملة الإلكترونية، فإن هذا الأخير يكون مفترضا بمجرد تحقق الخطأ إلا في حالة الغش المعلوماتي.

## ج- علاقة السببية:

إن علاقة السببية في المجال الإلكتروني لا تختلف عن علاقة السببية المقررة في القواعد العامة وهي ذلك الرابط بين الخطأ والضرر أي بصفة أخرى أن يكون الضرر هو نتيجة لخطأ مرتكب وبالتالي فإذا ما ألحق ضرر بأحد أطراف العلاقة التعاقدية بطريقة الكترونية دون أن يخل الطرف الآخر بأي التزام من التزاماته فلا وجود لمسؤولية عقدية كأن يقوم مقدم الخدمة بإرسال البرنامج الإلكتروني محل البيع للمستفيد غير أن حاسوب هذا الأخير قام بمحوها بطريقة أوتوماتيكية عن طريق مضاد الفيروسات أو بأي طريقة تقنية أخرى ففي هذه الحالة لا وجود لمسؤولية مقدم الخدمة متى أثبت توصل المستفيد بمحل البيع أو الخدمة. في الأخير، نشير إلى أن الإخلال بالالتزام العقدي الإلكتروني يخضع لأحكام القواعد العامة، ولا تثار صعوبة في حالة عدم التنفيذ الكلي أو التنفيذ المتأخر، حيث يبدو الإخلال واضحا ما لم يتمسك المدين بوجود سبب أجنبي أو خطأ الدائن. و لكن المشكلة تبدو غالبا بصدد التنفيذ المعيب، و ذلك بسبب الطبيعة الخاصة للمحل في العقود حيث يتسم غالبا بالطابع الفني سواء تمثل في منتج أو خدمة<sup>1</sup>، صف إلى ذلك المركز القانوني للمستهلك كطرف ضعيف في العقد.

(1) و الأمثلة على ذلك كثيرة، مثل إمداد العميل ببرامج حاسب الي أو أجهزة لا تتفق و احتياجاته أو ليست هي الأحدث. و بالنسبة لعقود المعلومات كثيرا ما يتضح عدم عمق أو شمول أو دقة أو مناسبة ما يتم تزويد المشترك به منها. و سوء الخدمة بالنسبة لعقود الاشتراك في شبكة الانترنت و الفضائيات و المحمول.

بالمقابل فإن المشرع الفرنسي في شأن المسؤولية العقدية يعرف مبدأ جديد هو المسؤولية العقدية بقوة القانون في العقد الالكتروني<sup>1</sup> ، و ينطوي هذا المبدأ على نقطتين:

- مقتضى هذا المبدأ أن المستهلك يستفيد علاوة على حق الرجوع المخول له وفقا لأحكام البيع عن بعد فانه يستفيد أيضا من حماية خاصة بشأن تنفيذ العقد بحيث جعل التشريع البائع عبر الشبكة مسؤول بقوة القانون عن عدم التنفيذ أو التنفيذ المعيب لما التزم بأدائه حتى ولو كان ذلك راجعا الى احد وسطاء في تسلسل العقد ، بمعنى آخر ، اذا لم تسلم السلعة للمستهلك بسبب فقد الناقل لها مثلا ، فان البائع يجب ان يسلمها مرة أخرى للمستهلك أو أن يعوضه عما لحقه من ضرر من جراء ذلك<sup>2</sup> ، على أن يرجع هو لاحقا على الناقل<sup>3</sup> .

بهذا المبدأ فان البائع مسؤول تجاه المشتري عن حسن تنفيذ العقد الالكتروني سواء نفذه بنفسه أو بواسطة غيره ليس على أساس العقد شريعة المتعاقدين فحسب بل بقوة القانون.

- في تقريره لهذا المبدأ في نص آخر هو نص المادة 3-20-121L من تقنين الاستهلاك يميز المشرع الفرنسي بين المهني والغير المهني بحيث تنص المادة السابقة على أن المهني مسؤول بقوة القانون تجاه المستهلك عن حسن تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد المبرم عن بعد.

نستنتج أن المشرع الفرنسي من جهة يحمي المشتري الالكتروني سواء كان مهنيا أو مستهلكا تجاه بائع مهني كان أو لا ، من جهة أخرى يحمي المستهلك عند الشراء عن بعد من بائع مهني أيا كانت الأداة التي انعقد عن طريقها العقد عن بعد.

(1) BACACHE Mireille, Les nouveaux défis du droit de la responsabilité : l'article 15 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique consacre-t-il un nouveau cas de responsabilité contractuelle autonome du fait d'autrui ?, Les nouveaux défis du commerce électronique sous la direction de ROCHFELD Judith, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2010. P40

(2) لكن تضمن نفس النص أسبابا لنفي المسؤولية تتمثل في خطأ المشتري أو لفعل لا يمكن توقعه ولا تجنبه من الغير الأجنبي عن العقد ، أو قوة قاهرة .

(3) د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الالكترونية، مرجع سابق، ص 316.

### ثانيا: المسؤولية التقصيرية

تقضي المسؤولية التقصيرية حسب المادة 124 ت م ج بأن كل من سبب بخطئه ضررا للغير وجب جبر هذا الضرر، وعليه فإن المسؤولية التقصيرية الالكترونية<sup>1</sup> كنظيرتها التقليدية تقومان كلما سبب شخص بخطئه ضررا للغير عبر الشبكة، ولعل ما يميز كلاهما أن الأولى تتحقق رغم انعدام الاتصال المادي لطرفيها بينما الثانية تتحقق في الغالب بتلاقي طرفيها، هذا ما يثير إشكال بخصوص القانون الواجب التطبيق طالما أن مجال تطبيق المسؤولية التقصيرية هو شبكة الاتصالات الدولية وتطبيقا للمادة 22 ت م ج التي تقضي بأنه يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل، فكيف يمكن تحديد هذا مكان وقوع الفعل طالما أنه تم داخل شبكة دولية؟

إلا أن ما يهمنا في هذا الصدد هو أركان المسؤولية التقصيرية الالكترونية والمتمثلة في الخطأ الالكتروني(أ)، الضرر الالكتروني(ب)، وأخيرا علاقة السببية(ج).

#### أ - الخطأ الالكتروني:

يلزم كل إضرار بالغير فاعله بالتعويض، هذا الإضرار يكون نتيجة لخطأ الشخص ويشترط في هذا الخطأ كي يكون الكترونيا أن يتم عبر الشبكة أي الكترونيا أما الفعل الخطأ المادي الذي يقع على أجهزة الحاسوب يرتب مسؤولية تقصيرية عادية. الخطأ الالكتروني هو سلوك غير مشروع أو إنحراف عن السلوك العادي للفاعل في تعامله على الشبكة، وهذا الانحراف يأخذ دائما صورة الفعل الإيجابي فلا يتصور وقوعه بصورة سلبية أو بالإمتناع، ويقوم هذا الخطأ على عنصري التعدي والإدراك. بمعنى قيام مسؤولية كل شخص مميز سبب بخطئه ضررا للغير<sup>2</sup> متعديا بذلك على حقه.

(1) يمكن تعريف المسؤولية التقصيرية الالكترونية بأنها التزام مرتكب الفعل الضار الالكتروني بجبر الضرر اللاحق بالبرامج المستخدمة أو البيانات أو المعطيات الالكترونية المخزنة على الشبكة او في ذاكرة الحاسب الآلي للمستخدم، هذا ما يعرقل إذن أمن المعاملات التجارية الالكترونية، أنظر في ذلك: نائل على المساعدة، "أركان الفعل الضار الالكتروني في القانون الأردني"، مجلة دراسات، جامعة علوم الشريعة والقانون، المجلد 32، العدد 01، السعودية، 2005، ص 57

(2) هناك من التشريعات ترتب المسؤولية التقصيرية بتوافر عنصر التعدي فقط سواء كان مرتكب الفعل مميزا أو غير مميز، كالتشريع الأردني مثلا، أنظر في ذلك: نائل على المساعدة، المرجع نفسه، ص 59.



التعدي هو ارتكاب فعل خطأ أو عمدا منحرفا بذلك عن سلوك الشخص العادي، والشخص العادي في هذه المسألة لا يمكن ضبطه على اعتبار أن مجال التكنولوجيا مجال تقني فهل نأخذ به كتكنولوجي بين تكنولوجيين أو كشخص عادي بين تكنولوجيين أو كتكنولوجي بين أشخاص عاديين؟<sup>1</sup>

أما المضرور في هذا النوع من المسؤولية قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، المهم في الأمر أن يكون مستخدما لحاسب الكتروني أو أنشأ صفحات أو مواقع على الشبكة أو لمجرد أنه مرتبط بشبكة دولية للاتصال .

يأخذ الخطأ الالكتروني أشكالا مختلفة وصورا متعددة ، وهي تزداد كلما ازداد التطور التكنولوجي وازداد عدد الناشطين من ذوي القدرات الخاصة الالكترونية<sup>2</sup> .

لعل أهم أشكال الخطأ المعروفة اليوم هي:

- القرصنة الالكترونية، وتعني تمكن الفاعل من الحصول على بيانات الكترونية دون إرادة مالكها، يتميز هذا الفعل بأن الفاعل رغم حصوله على البيانات إلا أنه لا يخرجها من حيازة مالكها ، ويكون في العادة الهدف من القرصنة هو الاستعمال الشخصي أو إعادة النسخ لبيعها.
- التجسس على البيانات الالكترونية، يقتصر هنا فعل الفاعل على الدخول للبيانات والإطلاع عليها دون أحداث تغيير فيها ولا إتلافها ولا حتى نسخها أو نقلها .
- الإتلاف الالكتروني، وهو فعل يهدف إلى تدمير البيانات والبرامج كلياً أو جزئياً مما يجعلها غير صالحة للاستعمال وذلك باستعمال فيروسات أو برامج الدودة أو القنابل الزمنية.

(1) تحديد مسؤولية الطبيب مثلا تكون باعتباره طبيبا بين الأطباء الآخرين -الرجل العادي هو طبيب آخر - نفس الشيء إذا ما كان مهندسا أو طيارا...الخ. في حين في التعامل التكنولوجي والذي يجب أن يأخذ في تحديد المسؤولية بعنصر مدى دراية المخطئ بمجال الحواسيب فالشخص البارع والخبير في تكنولوجيا الحواسيب يكون أكثر براعة في ارتكاب أشكال مختلفة من الأفعال الضارة في الوقت الذي يصعب فيه التعرف عليه والوصول إليه.

(2) الطريف في الأمر أن بعض صغار السن يتفوقون على من أكبر منهم في مجال استخدام الحواسيب الالكترونية والتعامل في برامجها المختلفة.

## ب - الضرر الالكتروني

لا تتحقق المسؤولية بمجرد ارتكاب الفاعل لخطأ يشكل انحرافا في السلوك ،إنما لابد أن يترتب ضرر يصيب الغير بسبب ذلك الفعل والضرر أذى يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له.

يتسع الضرر في المسؤولية التقصيرية العادية ليشمل كل ما ينجم عن الاعتداء على أي حق يحميه القانون كالحق في الحياة والحق في السلامة الجسمية والحق في الحرية وحق الملكية أو الحقوق المالية ، وعليه يكون الضرر ماديا أو معنويا ، أما الضرر في المسؤولية التقصيرية الالكترونية فهو من طبيعة أخرى فهو معنوي ومالي. ولا نعني بكون الضرر الالكتروني معنويا ،انه ضرر أدبي وفقا للمفهوم التقليدي لهذا المصطلح وإنما نعني انه ليس له مظهر مادي فالأموال المعنوية هي تلك القيم الاقتصادية التي تتكون من عناصر مادية ولا يمكن حيازتها ولكنها مخصصة لمخاطبة الفكر.

البرامج في الحاسب الالكتروني عبارة عن نبضات الكترونية فهي من ناحية تيسر لها وجود مادي محسوس لكنها في الوقت ذاته تشكل لمستخدمها حقا ماليا يحرص عليه من تعرض الغير، ويكون له حق المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق به بسبب هذا التعرض.

يختلف الضرر الالكتروني عن الضرر الناجم عن فعل ضار الكتروني فالأول تتحقق به المسؤولية التقصيرية الالكترونية وهو معيار تمييزها عن المسؤولية التقصيرية العادية التي تقع بفعل ضار الكتروني، ولتوضيح ذلك نبين الفرق بين الضرر العادي الناجم عن فعل ضار الكتروني والضرر الالكتروني الذي يقع بفعل ضار الكتروني.

## 1 الضرر العادي الناجم عن فعل ضار الكتروني:

يتحقق هذا الضرر عندما يكون الحاسب الالكتروني مجرد وسيلة ارتكاب الفعل الضار أي أن محل الضرر لا يكون الحاسب الالكتروني أو برامجه وإنما يكون محل الضرر حقا ماليا كمن يتسبب في تحويل الكتروني لأموال الشخص أو أدبيا كمن يقوم بالسب والشتم أو غيرها من الأفعال الضارة عبر الحاسب الالكتروني.

## 2 الضرر الالكتروني :

هو ذلك الضرر اللاحق بالمكونات المنطقية للحاسب أو في أي برامجه أو في أي من الواقع الالكترونية على الشبكة.

لعل أهم ما يميز الأضرار الالكترونية أنها تكون فادحة في كثير من الأحيان<sup>1</sup>، وأن الخسائر التي توقعها مثل هذه الاعتداءات تكون نتيجة لما يسببه من أعطال مختلفة قد تصل في بعض الأحيان إلى توقفه عن العمل أو إحداث تشويش على البرنامج مما يسبب في وقف العمل بها و إدخال بيانات غير صحيحة... الخ. بشكل عام يمكن إجمال الأضرار الالكترونية بما يلي:

1 تعديل البيانات الالكترونية أو تحريفها بالإضافة أو الحذف.

2 التدخل أو الاعتراض عند استعمال المستخدم للحاسب.

3 تعطيل أجزاء من مكونات الحاسب أو جعلها بلا معنى.

4 تغيير وظائف البرامج الالكترونية

إن الأضرار التي تترتب في المسؤولية التقصيرية الالكترونية ليست ذات طبيعة واحدة فمنها أضرار مباشرة تحدث لمكونات الحاسب أو الشبكة ومنها الغير مباشرة وهي الأضرار المترتبة عن تعطيل الحاسب أو التشويش على الشبكة وتعطيلها ومثاله ما يصيب تاجر عن تفويت فرصة عن عقد أرسل قبوله في اجله القانوني ولم يصل بسبب عطل في الشبكة أو خسائر بسبب صفقة أبرمها لينفذها عبر الشبكة فاعطل في هذه الأخيرة يحول دون تنفيذها.

إذا كان النوع الأول من الأضرار لا جدال في انه موجب للتعويض فهل النوع الثاني الذي يشكل الخسائر الحقيقية للمستخدم موجب للتعويض أيضا؟

للإجابة عن هذا التساؤل لا بد أن نفرق بين ثلاث أنواع من الضرر:

1 ضرر الكتروني لاحق ببيانات أو برامج حاسب المستخدم مستقل عن الشبكة.

(1) يمكن أن نشير في هذا الصدد لإحصائيات نشرتها صحيفة تايمز الأمريكية وهي انه بلغت حجم الخسائر بسبب الأفعال الضارة الالكترونية عام 2000 إلى ما يقارب 1500 مليار دولار امريكي.

2 ضرر الكتروني لاحق ببرامج حاسبات عدة مرتبطة بالشبكة.

3 ضرر الكتروني لاحق بمواقع الكترونية على الشبكة.

القاعدة العامة أن الضرر الموجب للتعويض هو ما كان نتيجة طبيعية للفعل الضار ولا يكون كذلك ما لم يكن هذا الفعل قادرا بطبيعته أو منطويا على إمكانية إحداثه. عليه، فإن الضرر الموجب للتعويض في الفرض الأول هو الضرر الذي أصاب البرنامج كما لو تعطل احد مستخدمي الحاسب عن عمله في إنتاج تصميم هندسي معين فإذا أمكنه استخدام برامج أو بيانات حاسب آخر لهذه الغاية فلا يكون الضرر الموجب للتعويض سوى ما أصاب الحاسب من أضرار مباشرة ، أما الضرر الموجب للتعويض في الفرض الثاني أوسع نطاقا يشمل ما أصاب الحواسيب المختلفة والأضرار اللاحقة بالشبكة التي تربط الحاسبات إلى جانب أضرار أخرى ترتبت كأثر طبيعي لإصابة الشبكة أو برامج الحاسوب كشركة تسدد ديونها عبر الشبكة وقد قامت بذلك في التواريخ المناسبة إلا أن العطل في الشبكة رتب عنه عدم وصول المال في حينه فترتب عنه فوائد تأخير، وهذه في مجموعها تشكل أضرارا مباشرة ترتبت عن الفعل الضار عبر الشبكة تشمل أضرار مادية وما لحق الشركة من خسارة.

وما قيل في الضرر الموجب للتعويض في الفرض الثاني يقال في الضرر الموجب للتعويض في الفرض الثالث فهو ضرر أصاب موقع على الشبكة مما يسبب أضرار لصاحبه .

من المعروف أن الضرر الموجب للتعويض لا بد أن يكون شخصا ومحققا ، فالضرر الذي يصيب موقعا الكترونيا ويؤدي إلى تشويبه يعتبر ضررا أصاب صاحب ذلك الموقع وكل شخص يستخدم هذا الموقع لتحقيق منفعة مادية أو معنوية من ناحية ومن ناحية أخرى فإن الضرر لا يعتبر محققا ما لم يؤدي إلى تغيير في المركز القانوني للمستخدم سواء كان هذا الأخير صاحب حق أو صاحب مصلحة يحميها القانون. تطبيقا لذلك فإن الضرر لا يعتبر محققا بمجرد زراعة قنبلة الكترونية موقوتة مثلا<sup>1</sup> ، وإنما يتحقق الضرر

(1) القنبلة الموقوتة عبارة عن برنامج ينفذ في لحظة محددة أو كل فترة زمنية منتظمة ويتم وضعه في الشبكة بهدف تحديد ظروف نظام ما بغرض تسهيل تنفيذ عمل غير مشروع فهي تظل ساكنة إلى أن يحل موعدها فهي تحتوي

بانفجار تلك القنبلة وانتشار آثارها .

### ج- علاقة السببية:

علاقة السببية بين الخطأ والضرر الالكترونيين ركن ضروري في هذه المسؤولية ، ومرتكب الخطأ لا يسأل إلا عما سببه من أضرار الكترونية كنتيجة طبيعية عن عمله، وإذا ثبت أن الضرر قد وقع لسبب أجنبي أو حادث مفاجئ أو بفعل الزمن أو فعل المضرور أو فعل الغير انتفت علاقة السببية بين خطأ المدعي عليه والضرر وكان غير مسؤول عن جبر ذلك الضرر .

إذا كان من المتصور في المسؤولية التقصيرية التقليدية أن يشترك فعل المضرور مع فعل الفاعل في إحداث الضرر فتتوزع المسؤولية ولا يتحمل المدعي عليه سوى جزء منها فهل يتصور ذلك في المسؤولية التقصيرية الالكترونية ، وهل يكون خطأ المضرور من الخطورة ليستغرق خطأ المدعى عليه ويكون بالتالي مسؤولاً وحده عن الضرر كما هو الحال في المسؤولية التقصيرية التقليدية؟

للإجابة عن هذا السؤال لا بد من استعراض صور حدوث الضرر الالكتروني:

- 1 الضرر الذي يصيب البرامج بفعل الفيروسات القادمة عبر الشبكة ، في هذه الحالة ولن كان من الممكن أن يساهم فعل المضرور في وقوع الضرر أو زيادة حجمه إلا أن ذلك لا يعني انه شريك مع فعل المتعدي ، لأن فل المضرور غير مقصود في حين أن خطأ الفاعل مقصود ويكون وحده المسؤول، ومثال هذه الحالة كأن يفتح المضرور رسالة قادمة إلى بريده الالكتروني مشكوك فيها <sup>1</sup> .

---

على مؤشر يتحكم في توقيت العملية ، والأمثلة كثيرة عنها ففي فرنسا مثلاً قام احد المبرمجين بوضع قنبلة في شبكة المعلومات الخاصة بالجهة التي كان يعمل بها تتضمن أمراً بتفجيرها بعد ستة أشهر من فصله عن عمله مما ترتب عنه تدمير كافة بياناتها. أنظر في ذلك: عفيفي كامل عفيفي، جرائم الكمبيوتر، منشأة المعارف، مصر، د س ن ، ص198.

(1) نائل علي المساعدة، مرجع سابق، ص62.

- 2- الضرر الذي يصيب برامج الحاسوب بفعل الفيروسات القادمة عبر شبكة محلية أي تربط بين بين مجموعة من الحواسيب الالكترونية ، وما قيل في الصورة الأولى يصدق قوله في هذه الصورة أيضا لاتحادهما في العلة.
- 3- الضرر الذي يصيب برامج الحاسوب بفعل فيروسات تأتيه من الأقراص المدمجة المصابة أو غيرها من الدعامات الالكترونية، هنا نفرق بين حالتين:

- أ-حالة حصول المستخدم على الدعامة بطريقة مشروعة كما لو اشتراها مصابة بالفيروس ولم يتفحصها ، هنا خطأه لا يمكن اعتباره مشتركا مع خطأ المدعى عليه بل يكون هذا الأخير مسؤولا بخطئه عن ما وقع للمضروب من ضرر الكتروني.
- ب-حالة حصول المستخدم على تلك الدعامة بطريقة غير مشروعة كان يحصل على نسخة غير أصلية تمت قرصنتها ويستعملها في جهازه ، فما مدى مسؤوليته في هذه الحالة؟
- نفرق بين فرضين:

- عندما لا يكون من سلمه الدعامة على علم بإصابتها بالفيروس مع علمه أنها غير أصلية، ومكن المستخدم من استعمالها على هذا الأساس، فعل هذا الأخير هنا يشكل انحرافا في السلوك- طالما يعلم بعدم مشروعيتها- ، عليه يتحمل قسطا من المسؤولية مع فعل المدعى عليه ، فكلاهما أخطأ وتصرفهما يشكل انحرافا في السلوك وكلا الخطأين مستقلان عن بعضها ولا يستغرق أحدهما الآخر .

- عندما يكون من سلمه الدعامة على علم بإصابتها أو هو من أصابها بالفيروس ومكن المستخدم من العمل بها ، هنا خطأ المستخدم يستغرقه خطأ مسلم الدعامة أو المدعى عليه ويكون هذا الأخير مسؤولا وحده عما أصاب الحاسب الالكتروني من أضرار .

نشير في الأخير أن الأضرار الالكترونية تختلف عن الأضرار العادية في قابلية الوقاية منها ، ذلك أن المضروب في المسؤولية التقصيرية العادية لا يكون بمقدوره تجنب الإصابة أو حتى توقعها في الكثير من الأحيان، في حين أن نظيره في المسؤولية الالكترونية يستطيع

تجنب الإصابة بالأضرار الالكترونية باتخاذ مجموعة من الإجراءات الوقائية التي تتطور تبعا لتطور الأفعال الضارة الالكترونية وتحتاج بالتالي إلى متابعة في علوم الحاسوب واستخداماته<sup>1</sup>، نذكر من هذه الإجراءات على سبيل المثال:

- 1 أن يتم التعامل مع البرامج في المواقع الالكترونية الموثوق بها فقط .
  - 2 عدم استخدام أي دعامة الكترونية إلا بعد فحصها والتأكد من خلوها من الفيروسات.
  - 3 استخدام برامج متخصصة في الحاسوب تعمل بشكل تلقائي للحماية من الفيروسات .
  - 4 احتراض وإيقاف كافة الرسائل الالكترونية التي تحتوي نصوصا خاصة بالبرمجة على مستوى الجهاز الرئيسي وعدم فتح أية رسالة قادمة إلى البريد الالكتروني عند الشك بماهيته أو مصدرها.
- إذا كان مسبب الضرر في المسؤولية التقصيرية التقليدية معروف في الغالب فإنه في المسؤولية التقصيرية الالكترونية في الغالب لا يمكن تحديد هوية مسبب الضرر ولا بلده.

### الفرع الثالث

#### مسؤولية الوسطاء في تقديم خدمات الانترنت

توجد مراحل عدة ما بين إنتاج المعلومة ووصولها إلى مستخدم الانترنت ، فتشغيل الشبكة يقتضي تضافر جهود العديد من الأشخاص تتنوع أدوارهم من منشئ للمعلومة وموردها متعهد الإيواء والتوصيل والخدمة، عليه، فإن عقود التجارة الالكترونية التي تتم عبر الشبكة يتوقف إتمامها على أشخاص آخرين غير المتعاقدين، مهمتهم النقل الآمن للمعلومة المتضمنة فحوى العقد، عليه تظهر مسؤولية مقدمي الخدمة الوسيطة في الانترنت عن

(1)PENNEAU Anne, Les nouveaux défis de la preuve : contentieux contractuel et preuve de faits électroniques, Les nouveaux défis du commerce électronique sous la direction de ROCHFELD Judith, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2010.p.81

ضياح المعلومة أو الاعتداء عليها أو عدم وصولها في الوقت المحدد... الخ ، فأوجه المسؤولية مختلفة منها الجنائية والمدنية بحسب نوع الخطأ المقترف<sup>1</sup> . بالنسبة للمشرع الجزائري حدد التزامات مقدم خدمة الانترنت<sup>2</sup> ، فالشخص الوحيد الذي خصه المشرع الجزائري بالتنظيم في حلقة الوصل بين مستخدمي الانترنت والمعلومة هو مقدم خدمة الانترنت<sup>3</sup> ، فوضح من جهة كيفية حصوله على ترخيص لمزاولة الخدمة ثم حدد التزاماته تجاه الوزارة المصدرة للترخيص وتجاه المستخدمين<sup>4</sup> . في حين أنه يدخل في سلسلة تقديم خدمة الانترنت أطراف مختلفة يتعين إقامة مسؤولية كل شخص على ضوء الدور القائم به ودرجة تدخله في تقديم الخدمة.

(1) ظهرت مسؤولية الوسطاء في البداية من خلال البعد الجنائي الذي سيطر على القضايا المثارة في هذا الصدد بحيث كُتبت في الغالب على أنها متعلقة بحرمة الحياة الخاصة ف قد صدر في فرنسا القانون رقم 719 لسنة 2000 المعدل للقانون رقم 1067 لسنة 1986 بشأن حرية الاتصال ، إذ أضاف القانون الجديد المادة (8/43) لقانون حرية الاتصال التي قررت عدم قيام المسؤولية الجنائية والمدنية للأشخاص المعنوية والطبيعية التي تقوم بمقابل أو بدون مقابل بالتخزين المباشر والدائم لتضع تحت تصرف الجمهور إشارات أو كتابات أو صور أو صوت أو رسائل أيا كانت طبيعتها ، لا تسأل عن محتوى هذه الخدمات إلا في حالتين:- الأولى : إذا تم إخطارها من قبل سلطة قضائية ولم تقم باتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع وصول المحتوى إلى الجمهور .

الثانية : إذا أخطره الغير بأن المادة التي يقوم بتخزينها غير مشروعة وتسبب له أضرارا لم يقم باتخاذ الإجراءات اللازمة لمنعها .

وقد قرر المجلس الدستوري عدم دستورية الحالة الثانية كونها تتعارض مع مبدأ " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص " ، إذ إن النص أعطى للأفراد سلطة تقدير شرعية العمل واستخدمت عبارات غير محددة حيث تنثر المسؤولية إذا لم يتخذ الإجراءات اللازمة ثم تطور الأمر وبدأت المحاكم تفصل بين المسؤولية الجنائية والمدنية لمقدمي الخدمة الوسيطة ، أنظر في ذلك: د/ محمد حسين منصور ، المسؤولية الالكترونية، مرجع سابق، ص159.

(2) وهو شخص معنوي خاضع للقانون الجزائري يمارس هذا النشاط بعد استصدار ترخيص من سلطة ضبط البريد والمواصلات وترخيص من وزارة المواصلات السلوكية واللاسلكية. يوفر إدخال الخدمة للجزائر وتقديمها للمستخدمين.

(3) وإن كان يفهم من خلال التزاماته انه يمكن أن يؤدي خدمة إيواء المعلومات.

(4) نعني بالمستخدم الشخص الذي يستفيد من خدمات الشبكة عن طريق الدخول على أحد المواقع مثلا باستخدام الوسائل الفنية اللازمة لذلك من خط هاتفي ومودم وكمبيوتر .. الخ بغض النظر عن طبيعته-شخص طبيعي أو معنوي- أو الغرض من هذا الاستخدام- شخصي أو تجاري-، أنظر في ذلك الرومي محمد أمين، جرائم الكمبيوتر والانترنت، مرجع سابق، ص125.



السؤال الذي يطرح نفسه هو كيفية تحديد الأدوار بين وسطاء تقديم خدمة الانترنت ومدى مسؤولية كل منهم ، فإذا كان هناك إجماع على قيام مسؤولية مؤلف المعلومة إلا أن الأمر يثير جدال بصدد مسؤولية مقدمي الخدمات الوسيطة القائمين على نقل أو إيواء المعلومات ، وترجع صعوبة ذلك لسببين:- الطابع الفني المعقد للشبكة .

-عالمية الشبكة فهي لا تخضع لهيمنة أي منظمة أو حكومة معينة ولا توجد لها إدارة مركزية بخلاف الحال بالنسبة للإعلام المرئي أو المسموع أو المكتوب حيث يتسم بالطابع المركزي ويسهل تحديد الأدوار وتوزيع المسؤوليات فيه. عليه فالتساؤل حول مدى ملائمة إصدار تشريع لتقنين هذه المسألة أم تركها للقواعد العامة يبقى دائما قائم على الأقل إلى حين استقرار الأوضاع ووضوح الرؤية وتبين أبعاد المشكلة التي تتسم بسرعة التطور وتعذر تحديد الأدوار فيها. تتخلل السلسلة الرابطة بين المعلومة والمستخدم، خدمات مختلفة يقدمها أشخاص مختلفين يتمثلون في صاحب وناقل ومورد المعلومات (أولا)، متعهد الإيواء (ثانيا)، متعهد الوصول (ثالثا). كما تعرف التشريعات خدمة جديدة للوثوق في الوثائق الالكترونية وهي خدمة التصديق الالكتروني (رابعا).

### أولا: مسؤولية صاحب وناقل ومورد المعلومات

نعرض على التوالي مسؤولية كل من صاحب المعلومة ، ناقلها ثم موردها.

#### أ -مسؤولية صاحب المعلومة :

لا شك في مسؤولية مصدر المعلومة التي تثبت عبر الشبكة عن كل ما تتضمنه من أمور غير مشروعة أو مخالفة للقانون أو قد تسبب ضررا للغير<sup>1</sup>. المسؤولية هنا قد تكون جنائية إذا احتوى المضمون على ما يدخله في نطاق التجريم كإرسال فيروسات<sup>2</sup> عمدا لتخريب مواقع الكترونية، وقد تكون المسؤولية مدنية إذا شكل

(1) فمثلا تمت مساعلة طالب من إحدى كليات الخليج تلقى رسالة محتوية لفيروس لم يكن علم به حولها إلى رسالة أخرى للتهنئة بحلول شهر رمضان ولم يعلم انه يرسل فيروسا شديد الفتك سمي فيما بعد ب" فيروس رمضان" مما رتب عليه مسؤولية تخريب عدة أجهزة .

(2) نعني بالفيروس مجموعة من التعليمات التي تتكاثر بسرعة وتصيب النظام المعلوماتي بالشلل العام، أنظر في ذلك: العريان محمد علي، الجرائم المعلوماتية، دار الجامعة الجديدة، مصر ، 2004، ص84. أما عن

المضمون مساسا بحق مدني كمساس بحقوق المؤلف أو الملكية الفكرية<sup>1</sup>.

### ب - مسؤولية ناقل المعلومة:

ناقل المعلومة يتولى نقلها ماديا بوسائله الفنية، فيقوم بالربط بين الشبكات تنفيذًا لعقد نقل المعلومات بين الحواسيب المرتبطة بمواقع الانترنت، تتولى هذه المهمة عادة هيئة الاتصالات<sup>2</sup> حيث تتعاقد مع موردي خدمة الدخول على الانترنت .

ينحصر دور الناقل في تأمين نقل المعلومة والربط بين الوحدات المختلفة ، فالمفروض انه لا يراقب المعلومات التي تمر عبر الشبكة بواسطته، ومن ثمة لا تثور مسؤوليته عما يشوبها من أوجه عدم المشروعية أو حتى الاعتداء عليها ، كل ما يلتزم به هو الحفاظ على سرية المراسلات التي تتم عبر الشبكة بواسطته و وصول المعلومة في وقتها. وهذا ما استقر عليه القضاء بحيث تثور مسؤوليته في حالتين:

- 1 إخلاله بالتزامه كناقل وتطبيق في هذه الحالة قواعد المسؤولية العقدية طبقا لأحكام العقد الذي يلتزم بمقتضاه في مواجهة العميل.
  - 2 إذا ثبت علمه بالطابع الغير مشروع للمعلومات التي تعبر من خلال خطوطه فقد قضى بأن هيئة الاتصالات الفرنسية ملزمة بضمان احترام نصوص النظام العام وذلك في حدود ممارسة حرية الاتصال والتعبير.
- وتثور بالنسبة للناقل مشكلة تتعلق بالنسخ المؤقت للمضمون كخطوة أولية ولازمة لنقله الالكتروني ، وهو ما يطلق عليه التصوير الفني الالكتروني فقد ثار جدال حول مدى جواز

---

تاريخ ظهور أول فيروس فالرواية الرائجة هي التي تقول أن أحد أصحاب محل بيع البرامج في باكستان والذي لم يكن يتقيد بحقوق النشر ، كان يشتري نسخا أصلية لأي برنامج ثم يعيد نسخها ويبيعهها بسعر منخفض ، واكتشف هذا الشخص أن هناك من يشتري منه النسخ المقلدة ويعيد تقليدها ويبيعهها بأسعار منافسة ، لذلك فكر في إضافة كود لهذه الأقراص -كان هذا الكود أول فيروس- التي يبيعهها لمنافسيه مما يجعلها لا تعمل عند محاولة تشغيلها بعد إعادة نسخها بذلك يفقد العملاء ثقتهم في منافسيه ويقبلون على بضاعته. أنظر في ذلك حسن طاهر داود، الحاسب وأمن المعلومات ، معهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية، 2000، 75.

(1) د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، مرجع سابق، ص165. والخطأ هنا واجب الإثبات.

(2) فالالاتصال بالإنترنت يتوقف على وجود خطوط اتصال هاتفية ، ويمكن أن يكون هذا الخط مباشر أو خط خاص بجهاز الهاتف تستأجرها الشركات المقدمة لخدمة الانترنت .

ذلك تلقائيا أو يقتضي الأمر الحصول على تصريح مسبق، والرأي الراجح في الأمر هو السماح بذلك كاستثناء على حق المؤلف حيث يعد ذلك ضروريا و لا مفر منه فهو جزء من عمله لكن ينبغي أن ينحصر النسخ في حدود ذلك ولا يجوز استخدام ذلك بطريقة تؤثر على حق صاحب المعلومة، فيجوز تخزين ونسخ المعلومات بشرط عدم تعديلها والالتزام بشروط استخدامها<sup>1</sup>.

### ج- مسؤولية مورد المعلومات:

مورد المعلومة هو شخص طبيعي أو معنوي يتوسط بين مؤلف مضمون الموقع ومستخدم الأنترنت الذي يرغب في الاطلاع على هذه الموقع ، فهو يقوم بتحميل النظام بالمعلومات التي قام بتأليفها صاحب المعلومة يتولى تجميعها و توريدها الى الجمهور عبر الشبكة ، هذا الدور كان الدافع وراء مشابهة هذه الخدمة بخدمة النشر والصحافة ، هذه الأخيرة تخضع لمبدأ المسؤولية المتوالية مقتضاها قيام مسؤولية مرتكب الخطأ ومسؤولية من هو مسؤول عنه وهي مسؤولية عن فعل الغير تقوم على قرينة المراقبة ، حيث يلتزم بمقتضاها مدير النشر بمراقبة المادة المحررة .

بالنظر إلى طبيعة العلاقات بين المتعاملين على الشبكة فان ذلك بعيد كل البعد عن مبدأ المسؤولية المتوالية ، حيث لا يوجد نظام مركزي أو تسلسل رئاسي ، لذلك فضل القضاء الاستناد إلى القواعد العامة في المسؤولية ، عليه تمت مساءلة موردي المعلومات على أساس مدى علمهم بمشروعية المضمون .

### ثانيا: مسؤولية متعهد الإيواء

متعهد الإيواء هو كل شخص طبيعي أو معنوي يتولى تخزين التطبيقات والسجلات المعلوماتية لعملائه بالوسائل التقنية والمعلوماتية التي تمكنهم من الوصول إلى ذلك المخزون عبر الأنترنت<sup>2</sup> ، ويبدو متعهد الإيواء بمثابة مؤجر لمكان على الشبكة حيث يعرض إيواء صفحات على حاسباته الخادمة مقابل أجر .

(1) د/ محمد حسين منصور ، المسؤولية الالكترونية، مرجع سابق، ص167.

(2) LARRIEU Jacques, les contrats spéciaux des réseaux numériques, Travaux de l'association Henri Capitan, édition panthéon Assas, Toulouse, 2002.p89

وقد شهدت مسؤولية متعهد الإيواء جدلا كبيرا في الفقه وأحكام القضاء مما استدعى تدخل تشريعي لتقنينها في كثير من الدول، فالنظام الأمريكي مثلا استبعد مسؤولية متعهد الإيواء عن المضمون الغير مشروع طالما انه يجهلها ، كما جاءت التوجيهات الأوروبية بشأن التجارة الالكترونية بنفس الموقف حيث توجب على الدول الأعضاء مراعاة عدم مسؤولية مقدم خدمة الإيواء إلا بشروط هي:

- ثبوت علمه الفعلي بالمضمون الغير مشروع بالنسبة للمسؤولية الجنائية، أما التعويض فيكفي أن يكون النشاط غير مشروع ظاهرا.
- أن تكون لديه الوسائل التي تمكنه من غلق الموقع الذي يتولى إيوائه أو منع الوصول إليه أو سحب المعلومة الغير مشروعة.
- اتخاذ موقف سلبي رغم علمه وإمكانيته اتخاذ ما يلزم .
- يعني ذلك أن مسؤولية متعهد الإيواء لا تقوم على أساس تحمل المخاطر بل على أساس خطأ ثابت واجب الإثبات .

كما أن القانون الفرنسي 2000-719 الصادر في 1 أوت 2000 المتعلق بتعديل قانون 30 سبتمبر 1986 المتعلق بحرية الاتصالات تبنى المبادئ التالية<sup>1</sup>:

- متعهدو الإيواء ملزمون بإعلام زبائنهم بوجود وسائل تقنية تقيد الدخول لبعض الصفحات وعرض عليهم بعض هذه الوسائل.
- المسؤولية المدنية والجزائية لمتعهد الإيواء لا تقوم إلا إذا اخطروا من طرف جهة قضائية ولم يمتثلوا عاجلا لمنح الدخول لصفحات يؤوونها.
- ملزمون بالتأكد من هوية منشئي المواقع.

بينما فضل القضاء الفرنسي عدم مسايرة هذا التساهل وإبداء قدر من التشدد وذلك بفرض قدر من الالتزام باليقظة نحو مضمون المواقع التي يتم إيوائها وليس مجرد بذل عناية لمنع تداول مضمون المعلومات المخالفة للقانون، أو تمسكهم بدفع الجهالة أي عدم معرفة صاحب أو منشئ المضمون<sup>2</sup> .

(1) LARRIEU Jacques, op.cit.p94

(2) فقد قرر القضاء أن من يعرض خدمة الإيواء يتجاوز دوره الفني كناقل للمعلومة فلا يقبل منه وقف الفصل في

### ثالثا: مسؤولية متعهد الوصول.

متعهد الوصول هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقدم لمستخدمين خدمة الوصول إلى خدمة الاتصالات على الخط أو الانترنت<sup>1</sup>، حيث يقوم بتزويد العميل بالوسائل الفنية التي تمكنه من الالتحاق بالشبكة، فدوره فني بحت تتمثل في تسليم محل وهو عبارة عن عمليات متسلسلة ومتلاحقة تتمثل في تسليم البرنامج المناسب، تسليم الأجهزة الضرورية للوصل والتأكد من تمام الوصل. وهو الشخص الوحيد الذي تناوله المشرع الجزائري وابرز التزاماته تجاه المستخدمين<sup>2</sup>، وان كان المشرع الجزائري في التزاماته اعتبره متعهد إيواء أيضا بدليل نصه في المادة 14 من المرسوم 98-257 المعدل والمتمم على: "... المعطيات التي يستخرجها ويأويها..."، وعلى كل تتمثل الالتزامات في :

#### أ - الالتزام بالمحافظة على أسرار المستخدمين وحسن السيرة:

يلتزم المقدم بحسن السلوك وذلك بالامتناع عن استعمال أي طريقة من شأنها أن تعرقل نشاط المستخدمين، إلى جانب التزامه بسرية المعلومات المتعلقة بالحياة الخاصة للمتعاملين معه إلا إذا تطلب القانون ذلك<sup>3</sup>.

#### ب - الالتزام بتسهيل النفاذ وتقديم المعلومات :

العلاقة بين المستخدم ومقدمي خدمات الانترنت هي علاقة عقدية يلتزم فيها مقدم

دعوى المسؤولية لحين تحديد هوية الموقع وشخص صاحب المضمون محل النزاع لأنه هو من تسبب بإهماله في المشكلة وأن لديه الوقت والإمكانيات التي تتيح له من خلال التعاون مع متعهد الوصول الحصول على المعلومات اللازمة للتعرف على صاحب المعلومة وتضيف المحكمة ان مثول صاحب المعلومة الغير مشروعة في الدعوى ليس شرطا لتقدير مسؤولية مقدم خدمة الإيواء التي تقوم بصفة مستقلة واستنادا لخطئه الشخصي. أنظر في ذلك: د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، مرجع سابق، ص173.

(1) LARRIEU Jacques, op.cit.p86

(2) إلا انه دائما شخص معنوي، أنظر المادة 14 من المرسوم التنفيذي 98/257 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 2000-307 السالف الذكر.

(3) حفظ الأسرار محمي جزائيا في القواعد العامة طبقا للمادة 301 من ت ع ج التي تنص على: "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 إلى 5000 دج الأطباء والجراحون والصيدال والقبالات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك."

الخدمة تسهيل النفاذ الى خدمات الانترنت وتقديم المعلومات الضرورية لتنفيذ العقد على أحسن وجه، وقد نص المشرع الجزائري على هذه الالتزامات في المادة 14 من المرسوم التنفيذي 98-257 المعدل والمتمم، وتتمثل في:

### 1 تسهيل النفاذ إلى خدمات الانترنت حسب الإمكانيات المتوفرة إلى كل الراغبين في ذلك باستعمال أنجع الوسائل:

يعني ذلك تسخير كل الإمكانيات والوسائل التقنية قصد تسهيل الدخول على الشبكة وإعطاء كل المعلومات الخاصة بهذه التجهيزات، وهذا الالتزام يقتضي معرفة مدى كفاءة المستفيد ودرايته بالمعلوماتية.

### 2 إعطاء مشتركيه معلومات واضحة ودقيقة حول موضوع النفاذ إلى خدمات الانترنت

يرجع أساس مثل هذا الالتزام إلى المبدأ القاضي بأنه إذا كان احد المتعاقدين في مركز لا يؤهله للاطلاع على المعلومات الضرورية المتعلقة بموضوع العقد كان على المتعاقد الآخر إخباره بذلك، كما أن هذا الالتزام يلزم المقدم بتزويد المستفيد بالمعلومات الضرورية المتعلقة بنوعية المعدات والخدمات وكفاءتها وامتناعه عن ذلك يفضي إلى مسؤولية عقدية لأنها معلومات جوهرية وأساسية في العقد<sup>1</sup>.

### 3 واجب الإعلام والمساعدة:

يقع على عاتق المقدم واجب الالتزام بالنصيحة والإرشاد، وإذا اخل بهذا الالتزام تقوم مسؤوليته التعاقدية طبقا للقواعد العامة كما لو حدث خلل أو عيب في الإدلاء الفني الذي يسبب ضرر للمستخدمين تفرض المشرع واجب الإعلام والمساعدة كلما طلب المستخدم ذلك يحتم على مقدم هذه الخدمة واجب التعاون مع المستخدم بقصد الحصول على أفضل خدمة ممكنة.

### 4 واجب التبصير والتحذير:

يجب على مقدم خدمة الانترنت أن يعلم مشتركيه بالمسؤولية المترتبة عليهم فيما يتعلق بمحتوى الصفحات التي يستخرجونها .

(1) يذهب القضاء الفرنسي في تعريف المعلومات الضرورية إلى أنها تلك التي تفيد في تنفيذ العقد وبدونها يستحيل على المستفيد الانتفاع من العقد الذي تعاقد من اجله، وهي المعلومات المتعلقة بالخصائص الفنية لمحل العقد.

### ج - الالتزام باتخاذ إجراءات لمنع النفاذ للمعلومات المتعارضة مع النظام العام والأخلاق.

بموجب المادة 14 من المرسوم التنفيذي 98-257 المعدل والمتمم فإنه يقع على عاتق مقدم خدمات الانترنت أن يتخذ كل الإجراءات اللازمة لتأمين حراسة دائمة لمضمون الموزعات المفتوحة لمشاركيه قصد منع النفاذ إلى الموزعات التي تتعارض مع النظام العام والأخلاق<sup>1</sup>.

المشرع الجزائري رتب مسؤولية متعهد الوصول عن تهاونه في منع المستخدمين من الوصول إلى الصفحات التي تحتوي معلومات تتعارض والنظام العام والأخلاق ، كذلك رتب مسؤولية على عاتقه بالنسبة لكل الصفحات وموزعات المعطيات التي يستخرجها ويؤويها<sup>2</sup> ، فهل يفهم من ذلك أن مقدم خدمات الانترنت أو متعهد الوصول الانترنت مسؤول عن كل ما يمر عبر شبكته؟

إذا اعتمدنا على التزامه بتحمل مسؤولية المعطيات التي يستخرجها ويؤويها ، فإنه يكون مسؤولا باعتباره متعهد الإيواء، أما كمتعهد الوصول فهو ملزم بأخذ الاحتياطات اللازمة لعدم النفاذ لكل ما ينافي الآداب والنظام العام فقط ولا يوجد ما يلزمه بتحمل مسؤولية كل ما يمر عبره، وأضاف المشرع الجزائري التزامات جديدة بموجب المادة 12 من قانون 09-04

(1) فليس كل ما يعرض على الانترنت معلومات بريئة بل هناك مواد إباحية أو حتى سياسية غير مرغوب فيها، و حتى المعلومات العادية يضمن أن يساء استعمالها ، فمثلا الشائين الذين ارتكبا جريمة تفجير مبنى حكومي في أوكلاهوما بالولايات المتحدة الامر يكي عن طريق استخدام قبلة محلية الصنع تحسلا على المعلومات اللازمة لصنعها عن طريق شبكة الانترنت، أنظر في ذلك: حسن طاهر داود، مرجع سابق، ص358.

(2) تنص المادة 14 من المرسوم التنفيذي 98-257: " يلتزم مقدم خدمات أنترنت خلال ممارسة نشاطه بمايلي:

.....-

.....-

6 - تحمل مسؤولية محتوى الصفحات وموزعات المعطيات التي يستخرجها ويأويها طبقا للأحكام التشريعية المعمول بها.

.....-7

8- إتخاذ كل الإجراءات اللازمة لتأمين حراسة دائمة لمضمون الموزعات المفتوحة لمشاركيه قصد منع النفاذ إلى الموزعات التي تحتوي على معلومات تتعارض مع النظام العام والأخلاق."

المؤرخ في 05 غشت 2009 يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها<sup>1</sup>، تتمثل في :

- التدخل الفوري لسحب المحتويات التي يتيحون الاطلاع عليها بمجرد العلم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بمخالفتها للقانون وتخزينها أو جعل الدخول إليها غير ممكن. من خلال هذا الالتزام يظهر انه ليس مجبرا أن يعلم بما يمر عبر شبكته وإنما إذا كان هو متعهد الإيواء وعلم بوجود صفحات مخالفة للقانون وجب عليه سحبها الفوري أو منع الدخول إليها إذا كان ليس هو من يؤولها.
- وضع ترتيبات تقنية تسمح بحصر إمكانية الدخول إلى الموزعات التي تحوي معلومات مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة وإخبار المشتركين لديهم بوجوده-أ. على عكس المشرع الأمريكي والفرنسي اللذان أعطيا لمتعهد الوصول دورا حياديا فليس له منع المتعاملين من الدخول على الصفحات المنافية للآداب العامة والنظام العام إلا إذا تم إخطاره من سلطة قضائية، ولا الاطلاع أو التعرف على مضمون الرسائل التي تمر من خلاله، عليه لا يمكن مساءلته عن مضمون هذه الرسائل أو طبيعة المادة المعلوماتية المقدمة<sup>2</sup>.

نشير في الأخير أن المشرع الجزائري رغم أنه وضع التزامات على عاتق مقدمي خدمات الانترنت إلا أنه لم يصحبها بجزاء باستثناء الالتزام بحفظ المعطيات المتعلقة بحركة السير إذا ما أدى ذلك إلى عرقلة التحريات القضائية<sup>3</sup> على عكس نظيره الكويتي مثلا فبعد أن وضح التزامات مقدم الانترنت وضع جزاءات عن إخلاله بها<sup>4</sup>.

(1) ج ر ج ج عدد 47 / 2009 .

(2) د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، مرجع سابق، ص 176.

(3) فتنص الفقرة الأخيرة من المادة 11 من قانون 04-09 على: "دون الإخلال بالعقوبات الإدارية المترتبة على عدم احترام الالتزامات المنصوص عليها في هذه المادة ، تقوم المسؤولية الجزائية للأشخاص الطبيعيين و المعنويين عندما يؤدي ذلك إلى عرقلة حسن سير التحريات القضائية ويعاقب الشخص الطبيعي بالحبس من ستة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج. يعاقب الشخص المعنوي بالغرامة وفقا للقواعد المقررة في قانون العقوبات "

(4) وتتمثل الالتزامات طبقا للقرار الوزاري الكويتي رقم 70 لعام 2002 بشأن أسس وضوابط الترخيص لمقدمي خدمة الانترنت والمذكورة في المادة الثانية:



#### د - مساعدة السلطة القضائية وتسجيل وحفظ المعطيات المتعلقة بحركة السير لمدة

سنة:

أضاف المشرع الجزائري بموجب المادة 11 من قانون 04-09 التزاما جديدا يتمثل في مساعدة السلطة القضائية وكذا تسجيل كل المعلومات الخاصة بالمتراسلين وهي:

- أ - المعطيات التي تسمح بالتعرف على مستعملي الخدمة.
- ب - المعطيات المتعلقة بالتجهيزات الطرفية المستعملة للاتصال.

يلتزم مزودي خدمة الانترنت بما يلي :

- 1 - الالتزام بتركيب وتشغيل أنظمة الرقابة الكفيلة بمنع المواد والمواقع الإباحية أو المخالفة للدين والعادات والأمن وبالوسائل المختلفة مثل صفحات الانترنت أو برامج المحادثة أو البريد الالكتروني أو سواها. مع التحديث المستمر لمواكبة التغيير في المواقع والعناوين الجديدة. وعلى أن يتم اعتماد كفاءة النظام من قبل وزارة المواصلات.
- 2 - تقديم خدمة الانترنت بأي وسيلة كانت لأي من مقدمي خدمة الانترنت دون حصول الأخير على ترخيص صالح من قبل وزارة المواصلات.
- 3 - تقديم كشف شهري بجميع مقدمي خدمة الانترنت المرتبطة مع المزود. شاملا الاشتراكات القائمة والجديدة والممنهية.

أما المادة 7 فقد تضمنت الجزاءات وهي

- 1 - تطبق الجزاءات المبينة في البند 3 أدناه على مقدمي خدمة الانترنت في حال مخالفة أي من مواد هذا القرار والقرارات الوزارية الأخرى ذات العلاقة. وتخصم قيمة الغرامة المالية من قيمة خطاب الضمان على أن يقوم صاحب الترخيص بزيادة قيمة خطاب الضمان لتكون عشرة آلاف دينار كويتي خلال مدة لا تتجاوز الأسبوع من تاريخ تطبيق الغرامة.
- 2 - تطبق الجزاءات المبينة في البند 4 أدناه على مزودي خدمة الانترنت في حال مخالفة أي من مواد هذا القرار والقرارات الوزارية الأخرى ذات العلاقة. وتخصم قيمة الغرامة المالية من قيمة خطاب الضمان على أن يقوم صاحب الترخيص أو العقد بزيادة قيمة خطاب الضمان لتكون خمسون ألف دينار كويتي خلال مدة لا تتجاوز الأسبوع من تاريخ تطبيق الغرامة.

3 - الجزاءات على مقدمي خدمة الانترنت :

- المخالفة الأولى - غرامة مالية 2000 دينار كويتي وقطع الخدمات لمدة أسبوعين.
- المخالفة الثانية - غرامة مالية 5000 دينار كويتي وقطع الخدمات لمدة شهر.
- المخالفة الثالثة - غرامة مالية 10000 دينار كويتي وإلغاء الترخيص أو العقد.

4 - الجزاءات على مزودي خدمة الانترنت :

- المخالفة الأولى - غرامة مالية 10000 دينار كويتي وقطع الخدمات لمدة أسبوعين.
- المخالفة الثانية - 20000 دينار كويتي وقطع الخدمات لمدة شهر.
- المخالفة الثالثة - 50000 دينار كويتي وإلغاء الترخيص أو العقد.

- ج - الخصائص التقنية وكذا تاريخ ووقت ومدة كل اتصال .
- د - المعطيات المتعلقة بالخدمات التكميلية المطلوبة أو المستعملة ومقدميها.
- هـ - المعطيات التي تسمح بالتعرف على المرسل إليه أو المرسل إليهم الاتصال وكذا عناوين المواقع المطلع عليها. و حفظها لمدة سنة من يوم التسجيل وذلك تحت طائلة الجزاء
- ليمكن الرجوع إليها كلما استدعى الأمر ذلك.

#### رابعا : مسؤولية مقدمي خدمة المصادقة الالكترونية

استحدث المشرع الجزائري خدمة المصادقة الالكترونية بموجب المرسوم التنفيذي 07-162 والذي مفاده إنشاء أشخاص تتكفل بمهمة التوثيق أو التصديق الإلكتروني أو ما يسمى بمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني<sup>1</sup> و هو كل شخص يسلم شهادات الكترونية أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الإلكتروني. لكن المشرع الجزائري لم يحدد أي مسؤولية لهذا الشخص.

يتمثل دور مزود خدمات التصديق الإلكتروني في إصدار شهادات التصديق الإلكتروني و أية أنشطة أخرى لها علاقة بتقنية التوقيع الإلكتروني<sup>2</sup>، كإصدار المفاتيح الإلكترونية للموقع والتأكد من صحة البيانات التي يوردها المزود في شهادة التصديق الإلكتروني .

ويثور التساؤل عن مدى اعتبار تنظيم خدمات التصديق الإلكتروني مرفقا عاما<sup>3</sup> ، لأن الإجابة على هذا التساؤل ستحدد ما إذا كان العقد الذي سيبرم مع مزود خدمات التصديق الإلكتروني هو عقد عمل أم مقاوله أم التزام مرفق عام .

(1) ويعرف مزود خدمات التصديق الإلكتروني انه : « أي شخص طبيعي أو معنوي يستخرج الشهادات الإلكترونية ويقدم الخدمات الأخرى المرتبطة بالتوقيعات الإلكترونية ويضمن تحديد هوية الأطراف المتعاقدة والاحتفاظ بهذه البيانات لمدة معينة ويلتزم باحترام القواعد المنظمة لعمله والتي يتم تحديدها بمعرفة السلطة المختصة »، أنظر في ذلك: نفن بدر الدين سطاس، "المسؤولية المدنية لمزودي خدمات التصديق الإلكتروني في التشريع السوري"، مجلة المحامون العدد 03، 2012، ص1.

(2) أنظر المادة 03 من المرسوم التنفيذي 07-162 السالف الذكر.

(3) فالمشرع الجزائري عرف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أنه كل شخص في مفهوم المادة 08/08 من قانون 03-2000 المتعلق بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية.

### أ - الطبيعة القانونية لعقد تنظيم خدمات التصديق الإلكتروني :

يبدو جلياً أنّ المشرع اعتبر تقديم الخدمات الإلكترونية للجمهور نوعاً من أنوال الأنشطة الخاصة التي تحتاج إلى ترخيص مسبق من سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية مع تقديم دفتر شروط يحدد حقوق وواجبات مؤدي الخدمات والمستعمل<sup>1</sup>، فالمشرع عندما أنشأ خدمة التصديق الإلكتروني وضعها تحت رقابة والعمل طبقاً لشروط مسبقة تضعها هيئة عامة هي سلطة ضبط البريد والمواصلات.

لم يبين المشرع الجزائري الالتزامات التي تقع على عاتق مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني ، إلا أنه يمكن استخلاصها من خلال متطلبات هذه الخدمة<sup>2</sup> وهي:

- التزامات تتعلق بتوفير البنية الأساسية للعمل (المباني ومستلزمات التشغيل) .
- الالتزام بتشغيل وإدارة البنية الأساسية حيث يتفرع عن هذا الالتزام عدة التزامات هامة
  - \* التزام مزود الخدمة بمواجهة أي اختراق لبرنامج الأمان .
  - \* التزام مزود الخدمة باستعادة البيانات في حال فقدانها .
  - \* الالتزام بالاستمرار في تقديم الخدمة .
  - \* الالتزام بوضع نسخ احتياطية لدى الهيئة مانحة الترخيص .
- الالتزام باعتماد الأنظمة ومنظومة العمل المحددة من قبل الهيئة مانحة الترخيص
- تضيف بعض التشريعات الأخرى كالتشريع السوري مثلاً الالتزامات التالية:
- إعداد خطة للتطوير في بداية كل سنة بما يتلاءم مع احتياجات سوق العمل الإلكترونية

(1) تنص المادة 02 من المرسوم التنفيذي 07-162 على: "يخضع لترخيص تمنحه سلطة ضبط البريد

والمواصلات السلكية واللاسلكية إنشاء واستغلال ما يلي:

....-

....-

.....-

### 6- خدمات التصديق الإلكتروني.

- غير أن ترخيص مصالح التصديق الإلكتروني يكون مرفقاً بدفتر شروط يحدد حقوق وواجبات مؤدي الخدمات والمستعمل....."

(2) ANTOINE.M., GOBERT. D, Piste de réflexion pour une législation relative à la signature électronique et au régime des autorités de certification ,R.G.D.C, n°04,1998,p38.

- الالتزام بالترباط مع مزود الخدمة الآخرين .
- الالتزام بعدم التمييز : على مزود الخدمة أن يلتزم بإتاحة الخدمة لجمهور المستخدمين على أن تتم الإتاحة في جميع الأحوال دون تمييز لأي سبب من الأسباب ولا يحق له الامتناع عن تقديم الخدمة لهم بدون إبداء أسباب يخضع تقديرها لرقابة الهيئة .
- الالتزام بالترقيم : على مزود الخدمة الالتزام بخطة الترقيم القومي لشهادات التصديق الإلكتروني الصادرة من الهيئة.
- الالتزام بالحفاظ على السرية : حيث تعدّ بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني والمعلومات التي تُقدم إلى مزود خدمات التصديق الإلكتروني المرخص له بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني سرية ، ولا يجوز لمن قُدِّمت إليه أو اتصل بها بحكم عمله إفشاؤها للغير أو استخدامها في غير الغرض الذي قُدِّمت من أجله
- إنشاء البصمة الزمنية : يلتزم مزود الخدمة بالقيام بالتسجيل الدقيق لوقت وتاريخ قيام مستخدم خدمة التوقيع الإلكتروني بإنشاء توقيعه ، كما عليه التزام بإنشاء نظام يكفل إمكانية الفحص والتحقق من بيانات إنشاء توقيع إلكتروني خلال وقت وتاريخ محددين ويسمى هذا النظام بالبصمة الزمنية .
- بالنسبة للقانون الجزائري فحدد مهمة مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني في تسليم شهادات الكترونية وتقديم خدمات في مجال التوقيع الإلكتروني، وتبقى هذه الخدمات غامضة أمام وجود الموقع<sup>1</sup> الذي يعد شخصا يقدم خدمة التوقيع الإلكتروني المؤمن.
- نلاحظ أيضا أن التوقيع الإلكتروني الذي يخضع لصدور شهادة الكترونية بصده هو التوقيع الإلكتروني المؤمن وليس العادي، على اعتبار أن الشهادة الكترونية هي وثيقة في شكل الكتروني تثبت الصلة بين معطيات فحص التوقيع الإلكتروني والموقع ، والموقع يختص بوضع التوقيع الإلكتروني المؤمن<sup>2</sup>.

(1) فيعرف الموقع حسب المرسوم التنفيذي 07-162 انه شخص طبيعي يتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثلته ويضع موضع التنفيذ جهاز إنشاء التوقيع الإلكتروني. ولم ينص المشرع على ان الموقع هو ذاته جهاز المصادقة و لا على العلاقة بينهما.

(2) التوقيع الإلكتروني المؤمن في القانون الجزائري هو ذلك التوقيع الذي يفى بالمتطلبات التالية:  
- يكون خاصا بالموقع.

أخيراً تجدر الإشارة إلى الطبيعة القانونية للالتزامات مزود الخدمة والتي تكيف على أنها التزام بتحقيق نتيجة وليس مجرد التزام ببذل عناية .

أما التزامات الهيئة مانحة الترخيص تجاه مؤدي خدمات التصديق الالكتروني ، تنمّثل في منح الترخيص للمرخص له والقيام بمتابعة تنفيذه لأحكام الترخيص عن طريق اتخاذ الإجراءات المناسبة لإلزامه بالاستجابة وتنفيذ ما ورد في الترخيص كما تقوم بتسليمه دفتر شروط يحدد فيه واجباته وحقوقه تجاه المستعملين لهيئة هيمنة تامة فيما يتعلق بتقديم خدمات التوقيع الإلكتروني ولكن هذه السلطات ليست بحقوق مطلقة مقررة للإدارة إن شاءت استعملتها أو تركتها ولكنها حقوق مقررة لمستخدمي التوقيع الإلكتروني الذين يحق لهم أن يطلبوا من الإدارة أن تتدخل لإجبار مزود الخدمة على احترام شروط الترخيص وعلى أن ينفذ قاعدة المساواة في المعاملة بين كل مستخدمي الخدمة بحيث لا يتمتع بغير حق عن تقديم خدمات التوقيع الإلكتروني لمن استوفى شروط الحصول على هذه الخدمة . وامتداداً لهذه السلطة ف هل يجوز للهيئة إلغاء الترخيص دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو أعذار أو اتخاذ أية إجراءات قضائية أخرى إذا أخل مزود الخدمة بأي شرط أو التزام من شروط والالتزامات منح الترخيص والتي تضمنها دفتر الشروط الذي وضعته الهيئة؟

المشرع لم يضع حلاً لهذه المسألة إلا انه يمكن للهيئة ذلك على أساس مخالفة المؤدي لشروط منح على أساسها الترخيص.

#### ب- الطبيعة القانونية لمسؤولية مزود خدمة التصديق الالكتروني :

فيما يتعلق بتكليف عقد تقديم خدمة للتصديق الإلكتروني فيعتبر هذا العقد عقد مقابولة وذلك وفق المادة 549 من القانون المدني الجزائري: « المقابولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر ». حيث يلتزم مزود الخدمة بالقيام بعمل لصالح المستفيد ، ويتمثل هذا العمل في إما تصميم وابتكار توقيع إلكتروني متميز لصالح المستخدم ، أو مباشرة أعمال التحقق من مدى صحة التوقيع والرسائل الإلكترونية المرسلة ،

- يتم إنشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية.
- يضمن مع الفعل المرتبط به صلة بحيث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلاً للكشف عنه.

وإصدار شهادات التصديق الإلكتروني لتحقيق هذا العمل ، وذلك نظير قيام المستخدم بدفع المقابل المحدد للحصول على هذه الخدمة .

الأصل أن مزود الخدمة مسؤول عن تعويض جميع الأضرار الناشئة عن أخطائه الشخصية وأخطاء تابعيه ، ولكنه لا يتحمل مسؤولية الأضرار الناشئة عن أخطاء مستخدمي الخدمة أو عن عدم التزامهم بالالتزامات التي يفرضها عليها شهادة التصديق الإلكتروني .

### 1 المسؤولية العقدية لمزود الخدمة تجاه المستخدم :

يرتبط الموقع مع مزود خدمة التصديق الإلكتروني بعقد يتم بموجبه منحه شهادة التصديق الإلكتروني، وبالتالي يحق لصاحب الشهادة الرجوع على مزود الخدمة طالبا منه التعويض نتيجة عدم تنفيذه لالتزاماته المبينة في العقد أو تأخره في تنفيذها حيث إن مزود الخدمة مسؤول عن صحة البيانات والمعلومات المتضمنة في شهادة التصديق الصادرة عنه فهو يضمن صحة المفتاح العام الذي يتم الاعتماد عليه لإتمام الإجراءات والمعاملات الإلكترونية ومنها تأتي مسؤولية مزود خدمة التصديق ويمكن لمزود الخدمة التخلص من هذه المسؤولية بإثبات وجود السبب الأجنبي مثل وجود القوة القاهرة كحرب أو زلزال أو حدوث الضرر بسبب خطأ المضرور نفسه أو خطأ الغير بحيث يمكن أن يصيب الضرر صاحب الشهادة نتيجة خطئه .

كما يجوز الاتفاق على تخفيف هذه المسؤولية أو حتى إسقاطها وذلك بأن ينص في العقد على تخفيف مسؤولية مزود الخدمة بحيث يسأل فقط عن أخطائه الجسيمة دون اليسيرة. مع ملاحظة أن التزام مزود خدمات التصديق بشأن شهادات التصديق هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاماً ببذل عناية ، فهو ملزم بإصدار شهادة رقمية مضمونها صحة البيانات الواردة فيها ، وبالتالي يحق للطرف الذي ارتبط مع المزود بعلاقة تعاقدية مساءلته عن الأضرار التي سببها له .

### 2- المسؤولية التقصيرية لمزود الخدمة تجاه الغير :

يعتمد الغير (وهو الشخص الذي يتصرف بالاعتماد على شهادة أو توقيع إلكتروني) على البيانات المدرجة في شهادة التصديق الصادرة عن مزود الخدمة لكي يتأكد من هوية وشخصية صاحب التوقيع الإلكتروني ، ولكن قد يقع هذا الغير ضحية لمعلومات غير صحيحة تم نقلها

عن طريق قاعدة بيانات نشرها مزود الخدمة ولا يكون على علاقة تعاقدية مع من أحدث الخطأ ، لذا يعود على متسبب الضرر وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية .

## المطلب الثاني

### إخضاع البرامج الالكترونية للحماية المدنية وفقاً لقانون الملكية الفكرية

لا شك أن كل ما يتم تبادله الكترونياً هو عبارة عن برامج تستوجب حماية وقد اخضع المشرع الجزائري صراحة هذه الأخيرة للحماية بموجب قانون حق التأليف وبالتحديد في الفصل الأول من الباب الأول الذي جاء تحت عنوان حماية المصنفات وحقوق المؤلف في المادة الرابعة<sup>1</sup> من الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة<sup>2</sup>، بالمقابل استبعدتها من الحماية بموجب تشريع براءة الاختراع وهو ما جاء في المادة السابعة من الأمر رقم 03-07 مؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق ببراءات الاختراع<sup>3</sup>. وإلى جانب الاتفاقية العالمية لحقوق المؤلف المؤرخة في 6 سبتمبر 1956 وهي اتفاقية "برن" التي شهدت تعديلات عديدة آخرها تعديل باريس 1971 الشهير بصيغة باريس، والتي صادقت عليها الجزائر ، بالإضافة إلى مصادقته على معاهدة المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بشأن حقوق المؤلف المعتمدة بجونيف في 20 ديسمبر 1996<sup>4</sup> (فرع

(1) التي تنص على: "تعتبر على الخصوص كمصنفات أدبية وفنية محمية مايلي:

ب - المصنفات الأدبية المكتوبة مثل المحاولات الأدبية والبحوث العلمية والتقنية والروايات ، القصص، القصائد، الشعرية، برامج الحاسوب والمصنفات الشفوية مثل المحاضرات والخطب والمواظ وباقى المصنفات التي تماثلها.  
ت - ....."

(2) ج ر ج ج عدد 2003/44.

(3) ج ر ج ج عدد 2003/44. وتنص المادة السابعة منه على: "لا تعد من قبيل الاختراعات في مفهوم هذا الأمر ما يلي:

1 - .....

6-برامج الحاسوب..."

(4) تمت المصادقة على هذه المعاهدة بموجب مرسوم رئاسي رقم 13-123 المؤرخ في 22 جمادى الأولى

1434 الموافق ل 3 افريل 2013، ج ر ج ج عدد 2013/27.

أول). بالمقابل إن ظهور الانترنت أدى إلى ظهور المواقع الالكترونية التي يبقى تصنيفها غامضا وتنظيمها شبه معدوم في القانون الجزائري (فرع ثان).

### الفرع الأول

#### حماية برامج الحاسوب بتشريع حقوق المؤلف

إن حق المؤلف هو ذلك الحق الناتج عن إبداع فكري يعود أصلا وأساسا إلى شخصية المؤلف المراد حمايته عن طريق ذلك العمل، وهي تتضمن المواد المكتوبة كالكتب، والمواد الشفهية كالمحاضرات، و المصنفات الفنية الأدائية كالمسرحيات والموسيقى والتمثيل الإيمائي والمصنفات الموسيقية، و المصنفات المرئية والسمعية كالشرطة السينمائية والمواد الإذاعية السمعية، والفنون التطبيقية كالرسم والنحت، والصور التوضيحية والخرائط والتصميمات والمخططات والأعمال المجسمة المتعلقة بالجغرافيا والخرائط السطحية للأرض، وبرامج الحاسوب وقواعد البيانات، نتساءل بالنسبة لهذه الأخيرة عن محل الحماية والحقوق المحمية ضمنها (فرع أول) ثم شروط تطبيق الحماية المدنية بصدها (فرع ثان).

#### أولا : محل الحماية

في ظل التطورات المتلاحقة وثورة الاتصالات، تزايد الاهتمام بتطوير وحماية صناعة البرمجيات واستخدامات الحاسوب التي أصبحت من أسرع القطاعات نموا، ويرتبط بها تطوير استخدامات الإنترنت والتجارة الإلكترونية، ومن هنا اتجه التركيز نحو دور الحكومات كمصدر للتشريع لإيجاد تشريعات وقوانين قوية لحماية حقوق الملكية الفكرية ومراعاة التطبيق الفعال والصارم لها للمحافظة على دوافع الإبداع الفكري وتأكيد تشجيع استخدام البرمجيات الأصلية كي تعم الآثار الإيجابية كافة نواحي الاقتصاد الرقمي.

والمقصود بالحماية هي البرامج أو المصنفات، وقد جاء في معاهدة الويبو بشأن حقوق المؤلف في مادتها الرابعة ما يلي: "تتمتع برامج الحاسوب بالحماية باعتبارها مصنفات أدبية . بمعنى المادة 2 من اتفاقية برن . وتطبق تلك الحماية على برامج الحاسوب أيا كانت طريقة التعبير عنها أو شكلها "

و قد جاءت البرامج وليدة علوم الحاسوب مستقلة عن علوم الاتصال وتبادل المعطيات وشبكات المعلومات، ومع ظهور هذه الأخيرة كمعبر لها وعن التفاعل والدمج بين وسائل



الحوسبة والاتصال، ظهرت أنماط جديدة من المصنفات أو عناصر مصنفات تثير مسألة الحاجة إلى الحماية القانونية وهي :- أسماء النطاقات أو الميادين أو المواقع على الشبكة ، وعناوين البريد الإلكتروني، وقواعد البيانات على الخط التي تضمها مواقع الانترنت، تحديدا ما يتعلق بالدخول إليها واسترجاع البيانات منها والتبادل المتعلق بمحتواها الحاصل على الخط، وهو تطور لمفهوم قواعد البيانات السائدة قبل انتشار الشبكات التي كان مفهوما أنها مخزنة داخل النظام أو تنقل على واسطة مادية تحتويها. ومادة أو محتوى موقع الانترنت من نصوص ورسوم وأصوات ومؤثرات حركية (يطلق على المؤثرات الصوتية والحركية الوسائط المتعددة) .

إن المصنف الرقمي يشمل كافة المصنفات المتقدمة، فبرنامج الكمبيوتر من حيث البناء والأداء مصنف رقمي، وقاعدة البيانات من حيث آلية ترتيبها وتبويبها والأوامر التي تتحكم بذلك تنتمي إلى البيئة الرقمية، وذات القول يرد بالنسبة لكافة العناصر المتقدمة ، وبالتالي نرى أن أي مصنف إبداعي عقلي ينتمي إلى بيئة تقنية المعلومات يعد مصنفا رقميا.

#### أ- مفهوم برامج الحاسوب

تعد برامج الحاسوب أول وأهم مصنفات المعلوماتية التي حظيت باهتمام كبير من حيث وجوب الاعتراف بها وتوفير الحماية القانونية لها، ولم يضع المشرع الجزائري تعريفا لها رغم انه اعترف لها بالكيان الفكري المشمول بالحماية القانونية.

عرفت المنظمة العالمية للملكية الفكرية البرنامج أنه تعليمات يمكنها إذا ما نقلت على ركيزة تستوعبها الآلة أن تساعد في الوصول إلى هدف أو نتيجة معينة ، ويمكنها القيام بالتعامل مع المعلومة محل المعالجة<sup>1</sup>، يلاحظ على هذا التعريف انه واسع بحيث يمتد إلى أي آلة وليس فقط الحاسب الآلي ، ثم انه غائي يعتمد على الهدف من البرامج وهو الحصول على نتيجة .

وللبرنامج مدلول ضيق وآخر واسع، يتمثل الأول في كونه مجموعة التعليمات التي يوجهها الإنسان إلى الآلة والتي تسمح لها بتنفيذ مهمة معينة<sup>2</sup>.

(1) محمد محمد شتا، فكرة الحماية الجزائرية لبرامج الحاسب الآلي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2001، ص36.

(2) مشري راضية، "الحماية الجنائية لبرامج الحاسوب في ظل قانون حق المؤلف"، المجلة النقدية للقانون والعلوم

أما المدلول الواسع فهو أن البرنامج يتألف من شقين:

- التعليمات الموجهة من الإنسان إلى الآلة بغرض قيام هذه الآلة بوظيفة ما.
- التعليمات الموجهة من الإنسان إلى العميل فهي تعليمات تؤدي إلى تسهيل إدراك وتطبيق البرنامج<sup>1</sup>.

البرامج هي الكيان المعنوي لنظام الكمبيوتر ، دونها لا يكون ثمة أي فائدة للمكونات المادية من الأجهزة والوسائط ، وهي تنقسم من الزاوية التقنية إلى برمجيات التشغيل المناط بها إتاحة عمل مكونات النظام و البرمجيات التطبيقية وهي التي تقوم بمهام محددة كبرمجيات معالجة النصوص أو الجداول الحسابية أو الرسم أو غيرها، وقد تطور هذا التقسيم للبرمجيات باتجاه إيجاد برمجيات تطبيقية ثابتة وأنواع مخصصة من البرمجيات تتزوج في مهامها بين التشغيل والتطبيق، أما من ناحية الدراسات والتشريعات القانونية فقد أثر فيها عدد من المفاهيم المتصلة بأنواع البرمجيات أبرزها برمجيات المصدر وبرمجيات الآلة والخوارزميات ولغات البرمجة وبرامج الترجمة، ونعرض فيما يلي بإيجاز لهذه المفاهيم.

### 1 - برنامج المصدر

هي الأوامر التي يضعها المبرمج أو مؤلف البرنامج ، وتكون مدركة له لكنها غير مدركة للآلة التي هي الكمبيوتر كجهاز مادي ، ويستخدم في تأليفها أو وضعها لغات البرمجة التي شهدت تطورا مذهلا عبر السنوات الخمسين المنصرمة، هذه اللغات التي تختلف من حيث سهولتها وتعقيدها ومن حيث فعاليتها في انجاز البرنامج للغرض المخصص له.

### 2 - برنامج الآلة:

وهو عكس مفهوم برنامج المصدر، إذ تدركه الآلة وتستطيع التعامل معه وتشغيله، وبين برنامجي المصدر والآلة توجد برامج ذات غرض تحويلي أو برامج ترجمة بموجبها تتحول برامج المصدر إلى برامج آلة.

### 3- الخوارزميات:

وهي العناصر والرموز الرياضية التي يتكون منها بناء البرنامج وهي كالأفكار والحقائق

السياسية، كلية الحقوق لجامعة مولود معمري، عدد02، تيزي وزو، 2010، ص266.

(1) د/ محمد حسام محمود لطفى، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الالكتروني، دار الثقافة، مصر، 1987، ص7.

العلمية ليست محل حماية لأنها ليست موضوعا للاستثناء ( مادة 2/9 من اتفاقية ترس ) لكنها متى ما نظمت على شكل أوامر ابتكارية لتحقيق غرض معين أصبحنا أمام برنامج، وهو بهذا الوصف إن توفرت له عناصر الجدة والابتكار والأصالة محل للحماية شأنه شأن أي من مصنفات الملكية الفكرية الأدبية الأخرى .

### ب- أنواع الحقوق المحمية في البرامج الإلكترونية

المستفيد من الحماية هو الشخص الذي ابتكر البرنامج ، وإذا تعدد المؤلفون يمكن أن يستفيد الجميع من حق ملكيته وإن كان قابلا للتجزئة فلكل مشترك الاستثناء بالجزء الذي ألفه ، وبالتالي التمتع بكل الحقوق التي خوله القانون إياها سواء كانت أدبية ( 1 ) أو مالية (2). فقد أقر القانون جملة من الحقوق المادية والمعنوية للمؤلف على مؤلفاته، ووضع حدود واستثناءات لهذه الحقوق ، وحدد عقوبات وجزاء الإخلال بهذه الحقوق بجواز رفع دعوى مدنية وكذا متابعة جزائية ، وحسب المادة 05 من الأمر 03-05 فإن القانون يحمي المصنفات سواء كانت في صيغتها الأصلية أو المشتقة.

البرامج الأصلية هي تلك التي يوجد فيها المصنف أول مرة بما يجعله يتمتع بالطابع الأصلي، أما البرامج المشتقة فتتم عن طريق الترجمة أو التحويل أو الاقتباس لبرنامج معلوماتي موجود من قبل <sup>1</sup> . و تتمثل الحقوق التي يتمتع بها المؤلف حيال برنامجه في حقوق أدبية وأخرى مادية أو مالية .

### 1 الحقوق الأدبية:

خصص المشرع الفصل الأول من الباب الثاني من الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة لحقوق وسلطات المؤلف التي تمكنه من حماية منتوجه الفكري ، والتي عبر عنها المشرع بالحقوق الأدبية هذه الأخيرة تتمتع بخصائص من أهمها أنها غير قابلة للحجز ولا التقادم ولا التصرف فيها، وللمؤلف حيال ذلك أن يمارس الحقوق التالية:

#### 1-1 الحق في انتساب البرنامج لمؤلفه:

يعرف هذا الحق بالحق في الأبوة و يقصد به الحق في أن يذكر أسم المؤلف على كل

(1) مشري راضية، مرجع سابق، ص267، مع أن التوجيه الأوروبي بشأن الحماية القانونية لبرامج المعلوماتية الصادر في 14 ماي 1991 استبعد الترجمة من مجال الحماية.

نسخة عند وضعه للتداول وقد نصت عليه صراحة اتفاقية برن في المادة السادسة منها وتحت عنوان: "الحقوق المعنوية" بنصها على ما يلي:

1- بغض النظر عن الحقوق المالية للمؤلف، بل وحتى بعد انتقال هذه الحقوق فإن المؤلف يحتفظ بالحقوق في المطالبة بنسبة المصنف إليه، وبالاعتراض على كل تحريف أو تشويه أو أي تعديل آخر لهذا المصنف أو كل مساس آخر بذات المصنف يكون ضارا بشرفه أو بسمعته.

2- الحقوق الممنوحة للمؤلف بمقتضى الفقرة السابقة تظل محفوظة بعد وفاته وذلك على الأقل إلى حين انقضاء الحقوق المالية...."، كما أشارت إلى ذلك المادة 12 من معاهدة الويبو حيث أنها تدعو الدول المتعاقدة لمعاقبة أي شخص يغير في المعلومات المتعلقة بالمؤلف ومؤلفه أو كما تدعوها الاتفاقية بـ "المعلومات الضرورية لإدارة الحقوق"، فتتص على: "(1) على الأطراف لمتعاقدة أن تنص في قوانينها على جزاءات مناسبة وفعالة توقع على أي شخص يباشر عن علم أيا من الأعمال التالية أو لديه أسباب كافية ليعلم - بالنسبة إلى الجزاءات المدنية - أن تلك الأعمال تحمل على ارتكاب تعد على أي حق من الحقوق التي تشملها هذه المعاهدة أو اتفاقية برن أو تمكن من ذلك أو تسهل ذلك أو تخفيه :

1 - أن يحذف أو يغير دون إذن أي معلومات واردة في شكل إلكتروني تكون ضرورية لإدارة الحقوق .

2- وأن يوزع أو يستورد لأغراض التوزيع أو يذيع أو ينقل إلى الجمهور دون إذن مصنفات أو نسخا عن مصنفات مع علمه بأنه قد حذفت منها أو غيرت فيها دون إذن معلومات واردة في شكل إلكتروني تكون ضرورية لإدارة الحقوق.

(2) يقصد بعبارة " لمعلومات الضرورية لإدارة الحقوق " كما وردت في هذه المادة المعلومات التي تسمح بتعريف المصنف ومؤلف المصنف ومالك أي حق في المصنف أو المعلومات المتعلقة بشروط الانتفاع بالمصنف وأي أرقام أو شفرات ترمز إلى تلك المعلومات متى كان أي عنصر من تلك المعلومات مقترنا بنسخة عن الصنف أو ظاهرا لدى نقل المصنف إلى الجمهور".

لهذا الحق وجهان، احدهما ايجابي والثاني سلبي، يتمثل الأول في حق يتمتع به المؤلف بان يكون المصنف منسوباً إلى اسم مؤلفه، أما الوجه السلبي هو حرمان أي شخص آخر من نسبة هذا المصنف له أو أن يقوم بالاقتباس أو الترجمة دون إذن من صاحب المؤلف.

### 1-2 الحق في سحب البرنامج:

نص المشرع على إمكانية سحب المصنف لكن وتقاديا لما قد يسببه هذا السحب رتب المشرع على عاتق المؤلف التزام بدفع تعويض عن الأضرار التي قد يسببها هذا السحب للمستفيدين من الحقوق المتنازل عنها<sup>1</sup>.

### 1-3 الحق في الحفاظ على البرنامج:

وهو الحق في احترام سلامة المصنف وحمايته من أي تشويه أو تعديل أو تغيير ونصت المادة 25 من أمر 03-05 بحيث يحق للمؤلف أن يفرض احترام سلامة المصنف والاعتراض على أي تعديل أو تشويه يمس بمصلحته.

كما أوكل المشرع الجزائري للورثة حق الحفاظ على مؤلف مورثهم كما منحهم حق نشره إلا إذا أوصى المؤلف بخلاف ذلك.

### 2 الحقوق المالية:

وفقا للمادة 27 من أمر 03-05 فإنه يتمتع مؤلفو المصنفات المبتكرة ببعض الوسائل التي تمكنهم من استغلال مصنفاتهم بقصد الحصول على عائد مالي من هذه الوسائل نجد:

### 1-2 حق التوزيع:

يعني ذلك أن للمؤلف وحده حق تحديد لحظة خروج مؤلفه أو برنامجه إلى الجمهور ببيعها أو نقل ملكيتها بأي طريقة أخرى . وقد نصت عليه المادة السادسة من معاهدة الويبو بنصها على مايلي: "يتمتع مؤلفو المصنفات الأدبية والفنية بالحق الاستثنائي في التصريح بإتاحة النسخة الأصلية أو غيرها من نسخ مصنفاتهم للجمهور ببيعها أو نقل ملكيتها بطريقة أخرى..."

(1) على عكس المشرع الفرنسي فقد استثنى البرامج من الحق في السحب على اعتبار ان العمل في مجال تسويق البرامج قد اثبت ضخامة التعويضات عن حرمان المستفيدين من الاستمرار في استخدام البرنامج

## 2-2 حق النسخ:

يجوز لمؤلف البرنامج استنساخ مصنفه بأية وسيلة لوضعه رهن التداول، ولا يجوز نسخ البرنامج من الغير باستثناء النسخ من أجل الاستغلال الشخصي طالما لا يهدف إلى تحقيق ربح أو تجارة.

## 2-3 حق الاستعمال:

باعتباره أكثر وسائل الاعتداء شيوعا فقد جرمت بعض صور الاستعمال وهي:

- \* تغيير اللغة المستخدمة في كتابة البرنامج دون المساس بمضمونه.
- \* استعمال البرنامج نفسه ليتلاءم مع احتياجات المعتدي .
- \* استعمال البيانات الوصفية للبرنامج قصد عمل برنامج آخر مطابق له .

إلى جانب صور أخرى لا يمكن حصرها فكل استعمال غير مشروع يسعى من خلاله الشخص لتحقيق ربح يعد مساسا بحق المؤلف.

بالمقابل يجوز للمؤلف أن يقوم بترجمة مؤلفه أو الاقتباس منه وإعادة توزيعه ويكون بمثابة مصنف مشتق يخضع للحماية وفقا لقانون حق المؤلف.

## 2-4 حق نقل المصنف إلى الجمهور:

يتمتع مؤلفو المصنفات الأدبية والفنية بالحق الاستثنائي في التصريح بنقل مصنفاتهم إلى الجمهور<sup>1</sup> بأي طريقة سلكية أو لاسلكية .

وتتميز الحقوق المالية مقارنة بالأدبية بإمكانية وجواز التصرف فيها إذ يجوز للغير مباشرتها إذا كان مصرحا له من المؤلف أو ورثته .

## 2-5 حق التأجير:

نص عليه المشرع الجزائري في المادة 22 من أمر 03-05 وكذلك معاهدة الويبو في مادتها السابعة التي تنص " 1- يتمتع مؤلفو المصنفات التالية :

- برامج الحاسوب

- المصنفات السينمائية

(1) فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الحقوق الفكرية، ابن خلدون للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006 ، ص497.

- والمصنفات المجسدة في تسجيلات صوتية كما ورد تحديدها في القانون الوطني للأطراف المتعاقدة بالحق الاستثنائي في التصريح بتأجير النسخة الأصلية أو غيرها من نسخ مصنفاتهم للجمهور لأغراض تجارية.

لا تطبق الفقرة (1) في الحالتين التاليتين:

- إذا تعلق الموضوع ببرنامج حاسوب ولم يكن البرنامج في حد ذاته هو موضوع التأجير الأساسي..."، نلاحظ انه لا تطبق حقوق التأجير على تأجير برنامج الحاسوب إلا إذا كان البرنامج هو الموضوع الأساسي للتأجير.

ثانيا: شروط الاستفادة من الحماية بموجب تشريع حق المؤلف

معيار الحماية لحقوق المؤلف هو عنصر الابتكار هذا الأخير هو الطابع الشخصي الناتج عن الجهد الفكري المتميز للمؤلف<sup>1</sup> (1) وتسري الحماية خلال حياة مالك البرنامج وحتى بعد وفاته بحيث تنتقل إلى ورثته<sup>2</sup>. ولكي يتمسك المؤلف بحقه في حماية برنامجه لا بد له أن يقوم بإيداعه أو تسجيله (2)

### 1- عنصر الابتكار:

بالنسبة للمشرع الجزائري أدرج البرامج ضمن المصنفات الأدبية وهو نفس موقف المشرع الفرنسي، رغم أنها لا تقبل التلاوة العلنية كبقية المصنفات الأدبية<sup>3</sup>، المشرع لم ينص صراحة على لفظ الابتكار إلا أنه استعمل كلمة أصلي في أكثر من مرة<sup>4</sup>. يقصد بالابتكار أن يتميز المصنف أو البرنامج بطابع أصيل، أي أن يتسم الإنتاج الذهني بطابع معين يبرز شخصية صاحبه سواء في مضمون وجوهر الفكرة أو مجرد الطريقة التي إتبعها لعرض الفكرة<sup>1</sup>.

(1) د/ محمد حسام محمود لطفي، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الالكتروني، مرجع سابق، ص168.

(2) حددت بعض القوانين مدة تقادم هذه الحقوق، إلا انه نجد القانون النموذجي لحماية برامج الحاسب الالكتروني لعام 1978 الذي أعدته المنظمة العالمية للملكية الفكرية قدرته بعشرين عاما التالية لواقعة الاستعمال الأول وخمس وعشرين عاما لواقعة الابتكار كحد أقصى.

(3) مشري راضية، مرجع سابق، ص 274. و ان كان العبرة من الحماية ليست تلاوتها للجمهور بل اتصالها

بالجمهور وهذا ممكن بالنسبة للبرامج

(4) المادة 02/05 والمادة 06 من أمر 03-05 المذكور سابقا.

بسبب تعدد مراحل إعداد البرنامج يصعب تحديد موطن الابتكار، فيرى جانب من الفقه<sup>2</sup> أن مرحلة الابتكار هي خريطة تدفق المعلومات لأن هذه المرحلة تتجلى فيها القدرة الإبداعية للمبرمج في إبراز تصوره لأسلوب معالجة المشكلة المطروحة عليه فهي بمثابة سيناريو في فيلم ، وعليه الخريطة تشكل محتوى البرنامج بحد ذاته، وقد وجه لهذا الرأي عدة انتقادات من بينها:

- إذا تطابقت خرائط التدفق فلا يؤدي دائما إلى تطابق البرنامج ، فهناك إمكانية استعمال نفس الخرائط والحصول على برامج مختلفة.
- إن الابتكار يكون في عملية التنفيذ وأخذا بالمثال السابق والمشبّه لخريطة التدفق بسيناريو فيلم فهذا الأخير ليس العنصر الوحيد الجدير بالحماية بل هناك عناصر أخرى لا تقل عنه أهمية كالموسيقى والإخراج.
- على ذلك ظهر جانب آخر يعتبر أن الابتكار يمكن أن يكون في أي مرحلة من مراحل البرمجة<sup>3</sup>، وإذا تحقق عنصر الابتكار خلالها فان تشريع التأليف تحمي البرنامج من كل صور الاستغلال<sup>4</sup> أو الاعتداء.

لكن هل تنصب الحماية على الصياغة النهائية المبتكرة أو على جميع المراحل والخطوات المتبعة للوصول إلى الصياغة النهائية للبرنامج؟  
الجدير بالحماية هو الصيغة النهائية للبرنامج على أساس أن مراحل إعدادها هي مجرد أفكار مجردة لا يمكن أن تخضع للحماية. لكن الأخذ بمثل هذا الرأي يتيح لكل من يتمتع بخبرة في مجال البرمجة أن يدخل تعديلات ولو بسيطة على أي برنامج ويتقدم بطلب حماية

(1) بن زيطة عبد الهادي ، حماية برامج الحاسوب في التشريع الجزائري وفقا لأحكام قانون المؤلف، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص44. لا يشترط في الابتكار أن يكون شيئا رائعا بل شيء جديد ابتدعه فكر الإنسان.

(2) من بينهم colombet و Ulmer

(3) وهو الرأي الذي اتجهت إليه المنظمة العالمية للملكية الفكرية ، وهو وجوب البحث عن خاصية الابتكار في سائر عناصر البرنامج وفي كل حالة على حدة، انظر في ذلك: د/ محمد حسام محمود لطفي، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الالكتروني، مرجع سابق، ص160

(4) لكن اذا تخلف عنصر الابتكار هذا لا يعني تجرد البرنامج من الحماية ، بل يمكن حمايته عن طريق القواعد العامة كدعوى المنافسة الغير مشروعة مثلا.



برنامج به اعتبارها الألب الشرعي له ويترتب كذلك على هذا الأمر السماح بالاقتراس دون ترخيص و الاعتداء على البنية الأساسية للبرنامج الأصلي وان البرنامج لا يكون جديرا بالحماية إلا في حالات النسخ الكامل له .  
على ذلك، هناك رأي آخر يرى أن الحماية التشريعية تمتد إلى التسلسل الفكري للبرنامج وان جميع التشريعات تعتبر حالات نسخ البرنامج بكل دراجاته <sup>1</sup> اعتداء على حقوق المؤلف طالما تمت دون ترخيص منه.

### 3-الإيداع القانوني للبرنامج

وهو شرط شكلي للاستفادة من الحماية القانونية للبرنامج ، ذلك أن إتمام الإيداع يؤدي إلى استحداث مركز قانوني جديد يتمثل في انضمام برنامج لنطاق المصنفات المحمية بموجب قانون المؤلف .والإيداع حسب المادة 02 من الأمر 16/96 <sup>2</sup> هو إجراء ملزم لكل شخص طبيعي أو معنوي له إنتاج فكري أو فني يوجه للجمهور .  
نص المشرع في المادة 7 من الأمر رقم 03-05 على منح الحماية لكل مصنف مهما كان نوعه أو درجة استحقاقه بمجرد إيداعه.  
يتم الإيداع القانوني للمصنفات وفق إجراءات قانونية حددها الأمر رقم 16/96 بحيث يقوم المؤلف بالإيداع مباشرة أو عن طريق شخص آخر كالموزع أو المنتج...الخ بتسليم لمركز الإيداع النسخ المطلوب إيداعها مرفقا بإقرار مؤرخ وموقع يتضمن هوية القائم بالإيداع أو مسماه التجاري ، عنوانه، صفته، هوية المؤلف ،عنوان البرنامج اسم المنتج ،طبعة أو إعادة الطبعة وتاريخ انجازها، عدد النسخ. ثم يقوم مركز الإيداع بتسليم نسخة من المصنف عليها ختم المركز بعد تسجيل المصنف ويوم مودع المؤلف بتضمين المؤلف رقم الإيداع القانوني وتاريخه على المؤلف .

(1) لتحديد درجة النسخ يمكن اللجوء إلى خبراء في مجال البرمجة وقد سبق لمحكمة فرنسية ان حكمت بعد تقرير خبرة أن وصول نسبة التشابه بين برنامج ي إلى القدر المتراوح بين 76 % و 97 % يجعل صاحب البرنامج اللاحق مقلدا ، وتحديد نسبة التشابه يكون بمراجعة التسلسل المتبع لإعداد مضمون البرنامج ، أنظر في ذلك :د/

محمد حسام محمود لطفي ، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الالكتروني، مرجع سابق، ص91.

(2) أمر رقم 96-16 المتعلق بالإيداع القانوني، ج ر ج ج عدد 14/1996.

باستكمال إجراءات الإيداع، يجوز للمؤلف ممارسة الدعوى المدنية لطلب تعويض الضرر الناتج عن المساس بالمصنف وقد يكون هذا الفعل أو الخطأ عقدياً أو غير تعاقدية، وبالنسبة للخطأ العقدي كان يعرض البرنامج للجمهور مشوهاً بسبب تغيير أو تعديل هنا يجوز طلب التعويض يقدر بحسب الضرر الذي يلحق سمعة المؤلف<sup>1</sup>، كما يمكن أن يكون المساس غير تعاقدية كالادعاء من الغير بملكية المؤلف أو الاعتداء عليه باستغلاله دون ترخيص مثلاً أو تقليده أو تزيفه وهي عناصر مادية لجرائم يعاقب عليها القانون، وعليه يصدد هذه الأفعال تقوم كل من الدعوى المدنية والجنائية.

### ثالثاً: تقييم حماية البرامج عن طريق تشريع المؤلف الجزائري

رغم اعتراف المشرع الجزائري لبرنامج الحاسب الآلي بصفة المصنف المحمي إلا أنه أغفل نقاطاً هامة نظراً لوجود بعض المفاهيم التقليدية لحقوق المؤلف لا تتماشى مع طبيعة برنامج الحاسب الآلي نجلها فيما يلي:

- 1- استوجب المشرع الحماية المقررة لحق المؤلف ضرورة الإيداع، بحيث لا يضيف هذا القانون حماية على البرنامج الذي لم يتم إيداعه، وإن كان من الأفضل أن يربط المشرع هذه الحماية بتاريخ الانتهاء من الابتكار أو تاريخ النشر والتوزيع لأول مرة أسوة بما سار عليه المشرع الفرنسي و تماشياً مع نصوص اتفاقية برن كما أنه من الأجدر وضع نظام خاص بإيداع برامج الحاسب الآلي<sup>2</sup>.
- 2- مدة حماية المصنفات هي 50 سنة بعد الوفاة طبقاً لتوصيات معاهدة برن، هذه المدة طويلة نسبياً وليس من مصلحة المجتمع وتقديمه احتكار أفراد لتلك المعرفة التكنولوجية الحديثة مدداً طويلة فالاحتكار في تطبيقات الإعلام الآلي يجب أن يكون قصير المدة كما هو الحال في جميع الوسائل التطبيقية.
- 3- ضرورة وضع معيار حصول الاعتداء على حقوق المؤلف البرنامج أو أي صاحب حق فيه، يجب أن يكون هذا المعيار مختلفاً عن معايير حقوق الملكية الفكرية التقليدية لتحديد

(1) فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 515.

(2) أمال قارة، الحماية الجزائرية للمعلوماتية في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر 2006،

الاعتداء لان خضوع البرامج لنفس المعايير التقليدية يعني أننا لا نحمي البرامج إلا بصورة الاعتداء المباشر الذي يتمثل بالنسخ المجرد فيجري التحقق من الاعتداء في مدى التشابه الظاهر بين العمل الأصلي والعمل المنسوخ ، لكن برامج الحاسب قد تكون بصورة تظهر متطابقة تمام التطابق ولكنها تؤدي إلى نتائج تختلف عن بعضها كما أن هناك برامج تكتب بصورة قد تظهر أنها مختلفة تماما ولكنها تأتي بنفس النتائج ، وتطببق معيار قانون حق التأليف السابق يؤدي في مثل هذه الأحوال إلى تقرير الاعتداء في الأول حيث لا يوجد اعتداء وتقرير عدم الاعتداء في الثانية حيث أن هناك اعتداء بالفعل<sup>1</sup>.

4- تسري الحماية على مصنفات الجزائريين سواء نشرت هذه المصنفات في الجزائر أو في الخارج أخذاً بالمعيار الشخصي. أما بالنسبة لمؤلفات الأجانب فنفرق بين المؤلفات التي لم يسبق لها أن نشرت والتي تنشر للمرة الأولى في الجزائر ، وهي تتمتع بنفس الحماية التي تتمتع مؤلفات الجزائريين وهذا معيار إقليمي أما مؤلفات الأجانب التي نشرت في الخارج من قبل فإنها لا تتمتع بالحماية إلا على أساس المعاملة بالمثل . وعليه ضرورة تنسيق الجزائر مع باقي الدول فيما يتعلق بالمصنفات المعلوماتية نظراً لكثرة تداولها ، واعتماداً على المذكرة الإيضاحية للنصوص النموذجية التي وضعتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية التي لم تقصر الحماية على واقعة النقل المادي للبرامج بل نصت صراحة على صلاحية النقل المعنوي لها عن طريق شبكات الحاسب التي تربط العديد من الدول.

5- عادة ما تكون المصنفات المعلوماتية عبارة عن مصنفات يتعدد مؤلفوها المساهمون في إبداعها وهي عبارة عن مصنفات مشتركة أو جماعية خاصة تلك المبرمجة من قبل مؤسسات ضخمة بمساهمة عدة اختصاصيين محللين ومبرمجين . وبالنسبة للمشرع الجزائري نص على المصنف المشترك للأشخاص الطبيعية المشاركة في انجازه لكن نظراً لكون عملية الاستثمار الاقتصادي الذي يتطلب انجاز المصنفات المعلوماتية مرتفع جداً في بعض الحالات ولضمان الاستقلال الكافي لهذا المصنف كان من الأجدر أن يأخذ المشرع الجزائري

(1) د/عكاشة محي الدين، مرجع سابق، ص 51.

بما سارت عليه الدول الانجلوسكسونية التي تمنح للمنتج صفة المؤلف ولا تمنحها لغيره من المشاركين تجنباً لمشكلة اعتراض المؤلفين لاستغلال المصنف .  
كان من الأجدر في هذا الإطار أن يضع المشرع نصاً خاصاً بالمصنفات المشتركة في مجال الإعلام الآلي كما هو الحال بالنسبة للمصنفات السمعية البصرية .

## الفرع الثاني

### حماية المواقع الالكترونية

شهدت السبعينات بحق ، الإدراك العميق لأهمية برامج الكمبيوتر وباتت تشير إلى أنها ستكون القيمة الأكثر أهمية من بين عناصر تقنية المعلومات وستفوق عتاد الكمبيوتر المادي في أهميتها، أما أواخر التسعينيات عرفت شكلاً جديداً لفئة من البرامج التي تكتسي طابعاً دولياً لاتصالها بالشبكة الدولية لتتخذ اسماً جديداً وهو اسم النطاق أو الموقع الالكتروني ، بالنسبة للقانون الجزائري لا نجد أي نص عني بدراسة هذه المواقع الالكترونية، لذلك تبقى طبيعتها القانونية بالنسبة للتشريع الجزائري يكتسبها الغموض أمام غياب عمل القضاء بالمقارنة مع القضاء الأجنبي خاصة الفرنسي، حيث يعد قانون الانترنت قانون ذو منشأ قضائي نشأ لأول مرة في فرنسا في 1996.

الموقع الالكتروني بالرغم من كونه برنامجاً إلى أنه لم يتم إخضاعه لتشريع المؤلف، نظراً لاختلاف الجهة التي تمنح هذه المواقع (أولاً) من جهة ، وعدم تحديد الطبيعة القانونية لهذه المواقع من جهة أخرى (ثانياً)، مما استدعى وجود جهود دولية لحماية هذه المواقع الالكترونية (ثالثاً).

### أولاً: الجهة التي تمنح العناوين الالكترونية

يأخذ العنوان الالكتروني إحدى الصورتين، فهو إما عنوان الكتروني عام أو دولي (أ) أو عنوان الكتروني وطني أو محلي (ب) ويختلف كلا النوعين في شروط الحصول عليهما والجهة المختصة بتسجيلهما.

### أ- المواقع الالكترونية الدولية:

وهي تلك العناوين التي تشير إلى أنشطة دولية عامة لا تنتمي إلى دولة بعينها وإنما

توجه إلى المستهلكين في كل دول العالم<sup>1</sup>. ويتم منح العنوان الالكتروني العام عن طريق عقدا لتسجلي يتم بين الشخص الراغب في التسجيل والجهة المختصة بمنحه.

حدث تطور بالنسبة للجهة التي تمنح هذه العناوين، ففي البداية كان نظام تسجيل العناوين حكرا على شركة IANA<sup>2</sup>، وهي شركة أمريكية نشأت وتدار عن طريق معهد العلوم المعلوماتية في ولاية كاليفورنيا الجنوبية عام 1998<sup>3</sup>. ثم انتقلت هذه السلطة إلى الشركة الأمريكية ICANN<sup>4</sup> والتي تكونت عام 1998.

تقوم ICANN بتسجيل وإدارة المواقع الالكترونية، وقد وضعت هذه الشركة الكثير من القواعد والمبادئ الواجب إتباعها في كل دول العالم، وفي عام 1999 فوضت هذه الشركة اختصاصها إلى كثير من الشركات في كل أنحاء العالم بحسب موقعها الجغرافي، فبالنسبة لدول أوروبا أصبحت الشركة المسؤولة عن تسجيل العناوين هي شركة RIPE NCC<sup>5</sup> أما في آسيا ودول المحيط الأطلنطي أسندت هذه المهمة لشركة APNIC<sup>6</sup> أما الولايات المتحدة الأمريكية أسندت المهمة لشركة INTER NIC<sup>7</sup>.

يبدأ تسجيل العنوان الالكتروني بتقديم طلب من الشخص أو المؤسسة التي ترغب بالتسجيل، يتم تقديم الطلب عن طريق ملء استمارة تسجيل المتاح على العنوان الالكتروني وهذا التسجيل لا يكلف كثيرا<sup>8</sup>.

(1) من بين المواقع الدولية نجد التي تنتهي ب (.com) وهي تشير إلى كل ما يتعلق بالأنشطة التجارية.

(.org) وهي تشير إلى كل ما يتعلق بالمنظمات المختلفة التي لا تسعى إلى تحقيق الربح.

(.net) وهي تشير إلى الهيئات التي تعمل في مجال الأنترنت... الخ

(2) Internet Assigned Number Authority.

(3) VAN OSTVEEN.D , le choix d'un nom : les noms de domaines droit de marque et noms commerciaux, RADAI 1998, p279.

(4) Internet Corporation for Assigned names and numbers.

(5) Réseaux IP Européens Network coordination Center

(6) Asia Pacific Nnetwork Information Center.

(7) Internet National Information Center

(8) JEAN BAPTISTE .M, créer et exploiter un commerce électronique, LITIC, France, 2000, p70.

## ب- المواقع أو العناوين الالكترونية الوطنية:

يقصد بها تلك العناوين التي تنتهي بحرفين يشيران إلى اسم الدولة التي ينتمي إليها العنوان ، يخضع تسجيل هذه العناوين للقواعد التي تضعها شركة ICANN في تسجيل وإدارة العناوين ، وتختلف إجراءات تسجيل العناوين باختلاف البلدان فعلى سبيل المثال في فرنسا تمنح العناوين من قبل شركة AFNIC<sup>1</sup> ، عن طريق طلب يقدم الى احد الموردين المعتمدين ، وهم موردون اعتمدتهم الشركة المانحة للعناوين وحددت قائمة أسمائهم في الموقع الخاص بها واسند تاليهم مهمة تلقي الطلبات بالتسجيل وفحصها والتأكد من أن العنوان المطلوب تسجيله يطابق القواعد الخاصة بالتسجيل، فالتسجيل في فرنسا يتم عن طريق وسيط وهم احد الموردين ، على عكس العناوين الدولية التي تسجل مباشرة ، ودور المورد هو تلقي البيانات وفحصها بعدها يحيل الطلب على شركة AFNIC وإذا وافقت هذه الأخيرة تمنح الطالب العنوان المطلوب مباشرة ولا تعيده إلى المورد<sup>2</sup>.

قسمت أنواع العناوين في فرنسا إلى ثلاث أنواع ، تلك الخاصة بالمجالات العامة وهذه الأخيرة مقسمة بدورها إلى عناوين منظمة وأخرى عامة ، بالنسبة للعناوين المنظمة هي تلك المتعلقة بمجال معين وتتطلب إرفاق وثائق وهي قطاعات الشركات والمشروعات asso.fr ، الألقاب والأسماء nom.fr ، برامج وبحوث التنمية prd.fr ، هيئات الصحافة presse.fr ، العلامات التجارية المسجلة tm.fr ، أما العناوين الحرة فهي التي لا تتطلب من طالب التسجيل أي وثيقة وإذا تأكدت الشركة من عدم وجود العنوان سابقا تمنحه لطالبه. وهناك عناوين خاصة بنشاطات معينة كالطيران apéroport.fr ، المحاماة avocat.fr ، الطب medecin.fr ، الموثقين notaires.fr ... الخ . هناك عناوين متعلقة بأنشطة غير منظمة وهي أنشطة لم تنظمها مشاركة التسمية .

## ثانيا: الاختلاف الفقهي والقضائي بشأن الطبيعة القانونية للعنوان الالكتروني:

تكمن أهمية تحديد الطبيعة القانونية للعنوان الالكتروني في معرفة النظام القانوني الواجب تطبيقه لكي يتمكن من الاستفادة من حماية قانونية، وتختلف الآراء التي قيلت في

(1) L'association française pour le nommage internet en coopération.

(2) د/ شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص30.

هذه الطبيعة القانونية ، فهناك من الآراء التي تجتمع حول فكرة أن العنوان لا ينتمي إلى عناصر الملكية الصناعية (أ) ، أما المجموعة الثانية تعتبره واحدا من عناصر الملكية الصناعية(ب).

#### أ-العنوان الالكتروني لا ينتمي إلى عناصر الملكية الصناعية

تتقسم آراء الفقه والقضاء في هذا الاتجاه إلى ثلاث آراء:

##### 1-العنوان الالكتروني موطن افتراضي:

يذهب هذا الرأي إلى اعتبار العنوان الالكتروني موطنا افتراضيا للأشخاص يتشابه بالموطن أو محل الإقامة الحقيقي ، فقد وصفت بعض أحكام القضاء الفرنسي بأنه موطن افتراضي للأشخاص على الانترنت ، والشخص عندما يقوم بتسجيل عنوان الكتروني يكون قد اختار لنفسه مقرا قانونيا تربط به مصالحه وبياسر من خلاله نشاطا معيناً، وقد أثبتت هذه الفكرة أمام القضاء الفرنسي في قضية المدرسة العليا للاتصالات في 1996 .

تتلخص وقائع هذه القضية في أن احد طلبة هذه المدرسة قام بإنشاء موقع الكتروني باسمه عن طريق شبكة المدرسة وسجل على هذا الموقع أغنيات حديثة للمغني MICHAL SARDOU ، تقدم الوكيل الفني المحتر لاغاني هذا المغني بدعوى تقليد ضد الطالب والمدرسة على أساس أنهم اعتدوا على مصنف محمي بقانون حق المؤلف، ومن بين الحجج التي دفع بها الطالب والجامعة بفكرة الموطن الافتراضي بمعنى أن الموقع الذي يملكه الطالب يعد موقعا خاصا به لا موطنا عاما للجمهور ومن ثمة تجب حمايته<sup>1</sup>.

إلى أن المحكمة رفضت هذه الفكرة على اعتبار أن تصميم الموقع على الانترنت لا يقتصر استعماله على مصممه فقط بل يمكن أن يصل إليه كل مستخدم الانترنت ، وبالتالي اطلاع وكيل المغني على الموقع لا يعد اعتداء عليه، وان الموطن هو المكان الذي يتوافر فيه الإقامة الرئيسية للشخص وهذا الشرط لا يتوافر في العنوان الالكتروني ، فهو مجرد تسجيل بيانات على الخادم ، ولا يجب أن نتوسع في فكرة الموطن الافتراضي لكي يشمل العناوين الالكترونية فلا يمكن تصور أن الشخص يتواجد فيه، وان الموقع لا يتمتع

(1) د/ شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص34.

بالخصوصية طالما أن الجمهور يمكنه الدخول إليه ، وإن أراد أن يكون خاصا لوضع له كلمة سر لا يمر إليه سواء، في هذه الحالة يعد الاعتداء عليه اعتداء على الحياة الخاصة.

## 2- العنوان الالكتروني هو رقم الدخول لخدمة:

هذا الاتجاه يشبه العنوان الالكتروني برقم الدخول code d'accès ن فمن الناحية الفنية يتشكلان من مجموعة حروف وأرقام يكتبها المستخدم ليتمكن من الوصول إلى بيانات ومعلومات أما من ناحية الوظيفة ، يؤدي العنوان الالكتروني نفس الدور الذي يؤديه رقم الدخول ، وقد سبق لمحكمة استئناف باريس ان بينت الطبيعة القانونية لرقم الدخول في حكم لها سنة 1991 بأنه مجرد وسيلة لاستغلال الأنشطة التجارية ولا ينتمي إلى عناصر الملكية الصناعية ومن ثمة لا يخضع للنظام القانوني الذي تخضع له هذه العناصر . وفي حكم آخر لمحكمة باريس الابتدائية سنة 1994 اعتبرت أن رقم الدخول إلى شبكة المينيتال الذي لم يسجل كعلامة تجارية لا يدخل ضمن الحالات المنصوص عليها في المادة 4/711 من قانون الملكية الفكرية وخاصة أن الشركة المدعية لم تثبت أن رقم الدخول في خدمتها قد تم تسجيله كعلامة مميزة لها<sup>1</sup> .

ويؤكد أنصار هذه الفكرة ضرورة نقل هذا المعنى للمواقع الالكترونية ، وعليه فان هذه الأخيرة لا تعتبر علامة أو إشارة مميزة تدخل في نطاق الملكية الفكرية ، وهو ما ذهبت إليه محكمة مرسيليا في حكم لها عام 1998 حيث اعتبرت ان الموقع الالكتروني على الانترنت يطبق عليه نفس الأحكام التي تطبق على رقم الدخول لخدمة.

## 3- العنوان الالكتروني فكرة قانونية مستقلة:

يرى هذا الاتجاه أن العنوان الالكتروني فكرة قانونية قائمة بذاتها ويؤسسون رأيهم على اختلاف القضاء حول الطبيعة القانونية للمواقع الالكترونية من جهة ، ومن جهة أخرى تم الاستناد إلى أحكام قضائية جاءت بهذه الفكرة، منها حكم محكمة NANTERRE في مارس 2000 ، في هذا الحكم أكدت المحكمة أن العنوان الالكتروني لا يخضع لأي تنظيم قانوني خاص ولا يتمتع إلا بالحماية التي تقرها المبادئ العامة في القانون. نفس الأمر

(1) د/ شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص39.



سارت عليه محكمة MANS الابتدائية فقد وصفت هذه المحكمة العنوان الالكتروني بأنه فكرة قانونية جديدة لا تخضع لأي تنظيم قانوني خاص ، وإنما تطبق عليه القواعد العامة . حسب هذا الاتجاه العنوان الالكتروني فكرة قانونية جديدة تستمد النظام القانوني المطبق عليه من مجموعة من المصادر أهمها، مشاركة التسجيل، وثائق الهيئات المكلفة بالتسجيل ، العادات، أحكام القضاء، حكم الواقع.

### ب- العنوان الالكتروني ينتمي إلى عناصر الملكية الصناعية:

يقوم هذا الاتجاه على فكرة انتماء العنوان الالكتروني إلى عناصر الملكية الصناعية ، وقد بنى أنصار هذه الفكرة آراءهم على التشابه القائم بين العنوان التجاري الالكتروني والعلامة التجارية ، وإذا كان أنصار هذا الاتجاه اتفقوا على انتماء العنوان الالكتروني إلى عناصر الملكية الصناعية (1) إلا أنهم اختلفوا في تحديد مكانته بين هذه العناصر (2).

#### 1 مدى التشابه بين العنوان الالكتروني وعناصر الملكية الصناعية:

يتشابه العنوان الالكتروني حسب هذا الاتجاه مع العلامة التجارية والاسم والعنوان التجاري من حيث الوظيفة التي يؤديها وطبيعة الحق الذي يمنحه لكلا منهما.

#### 1-1 من حيث الوظيفة:

يقوم العنوان الالكتروني بدور المميز للمشروع الذي يختاره عنوانا له ، والمشروعات والشركات تعرف من خلال عنوانها الالكتروني الذي تضعه على الشبكة ولا يتشابه هذا الأخير مع أي موقع آخر ، فالعنوان يعتبر وسيلة ربط عميل لمشروع أو شركة معينة لتمييز موقعها بما تعرضه عليه من سلع وخدمات ن وهذا وجه التشابه مع الاسم والعنوان التجاري ، عليه فان العنوان الالكتروني لا يخرج عن هذا المفهوم سوى انه يتم باستخدام إشارات مميزة على الانترنت<sup>1</sup>.

#### 1-2 من حيث طبيعة الحق الناتج عنهما:

من حيث طبيعة الحق ، فالحق على العنوان الالكتروني ليس حق ملكية على أساس

(1) DE GALARD .T ET COSTES .L , Noms de domaines internet :présentation et commentaire des recommandation du rapport final OMPI relatif aux noms de domaines internet et des premières résolutions de l'ICANN , cahier Lamy droit de l'informatique, 1999,p28.

أن العنوان الالكتروني لا يمنح صاحبه كامل الحقوق المترتبة عن حق الملكية، فإذا كان حق الاستعمال والاستغلال للعنوان الالكتروني ليس محل خلاف ، فان حق التصرف يبدو اقل وضوحا في حالة العنوان الالكتروني فمسجل العنوان الالكتروني لا يستطيع حوالته وهو ما نصت عليه مشاركة التسمية للعناوين الفرنسية التي دخلت حيز التنفيذ في جانفي 2001 والتي تنص على : "العنوان الالكتروني غير قابل للحالة"، وإذا أراد صاحبه أن يتنازل عنه فعليه تركه كلية ولا يختار من يخلفه فيه بل يعود العنوان حرا متاحا للجميع. كما انه على مسجل العنوان دفع مبالغ سنوية إلى الهيئة المكلفة بالتسجيل وإلا سقط حقه في استخدامه وأصبح متاحا للجميع وهذا يتعارض مع طبيعة حق الملكية.

كذلك فيما يخص أصل الملكية، فإذا كان العنوان الالكتروني يتم بمقتضى عقد بين المستخدم والشركة المؤهلة لمنه هذه العناوين فلا يمكن القول بان هذه الجهة كانت تملك العنوان من قبل تسجيله بل انه من اقتراح طالب تسجيله ، وان ما يدفعه لا يعد ثمنا بل رسوما للتسجيل فقط . وكذلك ينكر القضاء بدوره تكييف الحق الذي يمنحه العنوان الالكتروني لصاحبه على انه حق ملكية ، وهناك العديد من التطبيقات القضائية التي قضت بذلك منها: قضية LOCKEED عام 1999 انتهت فيها المحكمة إلى أن الشركة الأمريكية المختصة بتسجيل العناوين NSI التي تنتهي بالمقطع . US عندما تقوم بتسجيل عنوان الكتروني فإنها تقدم خدمة روتينية ولا تخول مسجل العنوان الالكتروني حق ملكية<sup>1</sup> .

أكدت محكمة استئناف فرجينيا الأمريكية في قضية أخرى عام 2000 الموقف السابق في قضية Umbro ، تتمثل وقائع القضية في طلب شركة أمريكية من محكمة كارلوني الحجز على العناوين الالكترونية لشركة كندية مدينة ، معتبرة العناوين من عناصر الذمة المالية، أجابت المحكمة الطلب وأمرت بالحجز على المواقع وبيعها في المزاد العلني ، لكن محكمة استئناف ولاية فيرجيني رفضت هذا الحكم واعتبرت أن تسجيل العنوان الالكتروني نتيجة عقد بين أي مشروع وشركة NSI يمنح المشروع حق استخدام لهذا العنوان خلال فترة

(1) LOISEAU .G , Nom de domaine et internet :turbulences autour d'un nouveau signe distinctifs, recueil Dalloz, France, 1999,p247.

معينة ، هذا الحق في الاستخدام بعيد عن حق الملكية <sup>1</sup>.

## 2 اختلاف الفقه في تحديد مكانة العنوان الالكتروني بين عناصر الملكية

### الصناعية:

اتفق الفقه على أن العنوان الالكتروني عنصر من عناصر الملكية الصناعية ، إلا أنهم اختلفوا في تصنيفه وتحديد مكانته ضمن احد عناصرها، من هنا انقسم الفقه إلى اتجاهين ، الأول يرى أن هناك تقارب بين العنوان الالكتروني والعنوان المحل التجاري ، بينما يرى اتجاه آخر أن العنوان الالكتروني لا يتشابه مع أي عنصر من عناصر الملكية الصناعية الموجودة بل يعد عنصرا جديدا يضاف إلى عناصر الملكية الصناعية.

### 2-1 العنوان الالكتروني واحد من عناصر الملكية الصناعية:

يستبعد أصحاب هذا الرأي تشابه العنوان الالكتروني بالعلامة التجارية، ويرى انه يتشابه والاسم والعنوان التجاري.

### 2-1-1 استبعاد التشابه بين العنوان الالكتروني والعلامة التجارية

تتمثل أوجه الشبه بين العنوان الالكتروني والعلامة التجارية في أنهما يمنحان دون فحص مسبق لوجود علامة أو عنوان يمتلكها شخص آخر فالجهة الإدارية المختصة بالتسجيل تعفي نفسها من إجراء البحث <sup>2</sup> ، وان الحماية في كلتا الحالتين حماية مؤقتة وليست مطلقة. أما أوجه الاختلاف فهي عديدة مما يجعل استبعاد تشابه العنوان الالكتروني بالعلامة التجارية أمر أكيد، من هذه الاختلافات:

- إذا كان كل من العلامة التجارية والعنوان الالكتروني يقومان بدور المميز والمحدد ، فإن مجال تمييز كل منهما يختلف عن الآخر ، فالعلامة التجارية تميز المنتجات والخدمات التي تقدمها الشركة أو التاجر عن غيرها من المنتجات أو الخدمات ، بينما العنوان الالكتروني يقوم بتمييز الشركة أو التاجر ذاته وليس منتجاته أو خدماته بحيث يحدد موقعه الخاص على الشبكة أين يعرض من خلاله سلعه وخدماته <sup>3</sup>.

(1) LOISEAU .G , op.cit,p248

(2) د/ محمد شريف غنام، مرجع سابق، ص 54

(3) LOISEAU .G, op.cit,p246.

- في حالة تسجيل العلامات التجارية ، يجب تحديد فئة المنتجات التي تتمتع بهذه العلامة وستستفيد هذه الفئة دون غيرها من الحماية وهو ما يطلق عليه بمبدأ التخصص في العلامات التجارية، بينما في تسجيل العنوان الالكتروني لا يلزم مسجل العنوان الالكتروني أن يحدد الفئة التي ينطبق عليها العنوان .

- ترتبط ملكية العلامة التجارية بواقعة استعمالها وليس بواقعة تسجيلها فالاستعمال هو السبب المنشئ لملكية العلامة و التسجيل فيعتبر مقرا للحق وليس منشئا له، على عكس العنوان التجاري فحق استخدام هذا العنوان لا يثبت سوى بواقعة التسجيل لدى شركة متخصصة، و لا يمثل استخدام هذا العنوان أية أهمية في اكتساب هذا الحق .

- يختلف نطاق الحماية المقررة للعلامات التجارية عن نطاق الحماية المقررة للعنوان الالكتروني ، فإذا تم تسجيل علامة تجارية معينة فإنه لا يجوز تسجيل علامة أخرى داخل الإقليم الذي تم تسجيل العلامة فيه إلا إذا استخدمت لتمييز منتجات وخدمات أخرى بخلاف تلك المحددة في طلب التسجيل، ويجوز على العكس من ذلك استخدامها في إقليم دولة أخرى حيث يكون تسجيل العلامة التجارية متاحا داخل هذا الإقليم حتى ولو استخدمت لتمييز نفس المنتجات والخدمات، أما بالنسبة للعنوان الالكتروني فالأمر على خلاف ذلك فإذا تم تسجيل هذا العنوان في مجال معين سواء كان دوليا أو وطنيا فإنه يصبح غير متاح في كل أنحاء العالم دون تفرقة بين دولة أو أخرى.

## 2-2-2 تشابه العنوان الالكتروني بالاسم أو العنوان التجاري:

ينفق الفقه في انه من المناسب تقريب العنوان الإلكتروني ي من الاسم أو العنوان التجاري<sup>1</sup> فكل تاجر أو شركة تجارية لها اسم ينفرد به عن غيره مما يسهل التعرف عليه من جانب المستهلكين، كذلك يؤدي العنوان الالكتروني هذا الدور ، فهو وسيلة يحدد من خلالها التاجر موقعه على الشبكة بما يحقق له شهرة لدى المستهلكين، فهناك من يرى أن العنوان الالكتروني نوع من الاسم التجاري ولكن عبر شبكة الانترنت<sup>2</sup> .

(1) يعرف الاسم التجاري بأنه اسم يتخذه التاجر لتمييز متجره عن غيره من المتاجر .

(2) انظر في ذلك د/ شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 59.

يذهب غالبية آراء الفقه الفرنسي إلى اعتبار العنوان التجاري الالكتروني لافتة إعلانية يضعها التاجر على واجهة محله لتحديد موقعه وتمييزه عن غيره من المحلات المشابهة ، وقد أشارت بعض أحكام القضاء إلى هذا المفهوم منها الحكم الصادر عن محكمة MILANAIS في 1997 عرفت فيه العنوان الالكتروني على انه شارة مميزة من نفس نوع اللافتة الإعلانية، وهو نفس اتجاه محكمة NANTERRE الابتدائية الصادر في 2000 بحيث ذهبت هذه المحكمة إلى أن العنوان الالكتروني يقوم بدور اللافتة الإعلانية للشركات على شبكة الانترنت<sup>1</sup>.

## 2-2 العنوان الالكتروني عنصر جديد من عناصر الملكية الصناعية :

اعتبرت بعض أحكام القضاء وأيدها في ذلك جانب من الفقه أن العنوان التجاري الالكتروني عنصر جديد يضاف إلى عناصر الملكية الصناعية الموجودة وان الاعتراف بذلك ليس سوى مسألة وقت<sup>2</sup>، على اعتبار أن الأهمية الاقتصادية التي يمثلها العنوان الالكتروني للتاجر الراغب في الاستفادة من عالم التجارة الالكترونية وكذا دوره المميز له يجعله عنصرا من عناصر الملكية الصناعية<sup>3</sup> لكن هي شارة مميزة جديدة تضاف إلى باقي الشارات المميزة لأي تاجر أو شركة تجارية مثلها مثل العنوان التجاري أو العلامة التجارية...الخ.

تتمثل نقطة البدء عند أنصار هذا الرأي في أن تطور التجارة الالكترونية عبر شبكة الانترنت واتخاذ الشركات مواقع تمثلها عبر الشبكة خلق محلات تجارية الكترونية ويعتبر العنوان الالكتروني هو وسيلة التعرف عليها حيث يستطيع العميل الوصول عن طريقه إليها ومن ثم يعتبر احد العناصر الهامة في هذه المحلات الالكترونية فهو وسيلة الإعلان عن وجودها ووسيلة التعرف عليها وهي شارة مميزة جديدة جاءت نتيجة وجود هذه المحلات الالكترونية.

(1) KAUFMAN.G, Nom de domaine sur internet, aspects juridiques, Vuibert, 2001,p27.

(2) LOISEAU .G, op.cit,p246

(3) HASS.G, l'internet et les éléments d'identification d'un site web, Gazette du palais, France, 1999,p116.

تطرقت بعض الأحكام القضائية إلى تحديد الطبيعة القانونية للعنوان الالكتروني بحيث أولت أولوية وأسبقية للعنوان الالكتروني في تسجيله عن الشارات المميزة الأخرى اللاحقة له كالعلامة التجارية والعنوان التجاري، منها حكم محكمة HAMBOURG في 1996 حمت هذه المحكمة مسجل العنوان الالكتروني من الاعتداء عليه من جانب مالك علامة تجارية لاحقة له على أساس دعوى المنافسة الغير مشروعة<sup>1</sup>.

كذلك امتدت حماية العنوان الالكتروني إلى حمايته من اعتداء أصحاب العناوين الالكترونية اللاحقة له وحماية العنوان الالكتروني ضد عنوان الكتروني آخر عن طريق القواعد التي تطبق على عناصر الملكية الصناعية ابلغ دليل على الاعتراف بوجود خصوصية وميزة لهذا العنوان.

### ثالثا: الجهود الدولية لحماية المواقع الالكترونية

تتضمن الجهود الدولية لحماية المواقع الالكترونية مجموعة من المبادئ العامة التي تساهم في حماية المواقع الالكترونية من القرصنة أو الاعتداء عليها كما تقدم حلولاً في حالة النزاعات القائمة بين مالكي هذه المواقع بشأن ادعاءاتهم. إلا أنها تبقى مجرد توجيهات وتوصيات غير ملزمة، وسوف نستعرض البروتوكول المشترك للعناوين الالكترونية الدولية وأعمال المنظمة العالمية للملكية الفكرية.

#### أ - البروتوكول المشترك للعناوين الالكترونية الدولية :

قام اتحاد المسجلين بعد التقرير الذي أعدته لجنة AD HOC<sup>2</sup> بدعوة مختلف مكاتب التسجيل المختصة بتسجيل العناوين الالكترونية للاجتماع في سويسرا لمناقشة سياسة

(1) د/ محمد شريف غنام ، مرجع سابق، ص 63.

(2) تكونت لجنة دولية خاصة بهدف الوصول إلى أفضل اقتراحات بشأن محاربة الاعتداء على العناوين الالكترونية وهي لجنة AD HOC وهي اجتماع بين شركتين ضخمتين تعمل في مجال العناوين الالكترونية وهما شركتي Internet Society و Internet Assigned Authority ووضعت هذه اللجنة تقريراً فيه مجموعة من التوجيهات لتفادي نشوب نزاعات بشأن العناوين الالكترونية من بين ماتضمنته ضرورة النص في عقد تسجيل العنوان الالكتروني على انتظار مدة معينة بين التسجيل والاستخدام وذلك للسماح للغير بالاعتراض على التسجيل كما يحدث في حالات تسجيل العلامات التجارية ويلاحظ على هذا التقرير الذي أعدته هذه اللجنة يحابي مالكي العلامات التجارية على حساب حقوق مسجلي العناوين الالكترونية وهذا ما أدى لانتقاده وعدم

التسجيل وكيفية تفادي نشوب نزاعات مستقبلية بشأن العناوين الالكترونية وكذا اقتراح الحلول لبعض النزاعات القائمة ، لينتهي هذا الاجتماع بصور بروتوكول وهو البروتوكول المشترك للعناوين الالكترونية الدولية، هذا الأخير تضمن بعض الاقتراحات من بينها:

-تكوين لجنة إشراف تراقب الشركات المختصة بالتسجيل وتساهم في تحسين نظام التسجيل بتقديم الاقتراحات اللازمة كما تقوم باقتراح عناوين في حالة تماثل لتفادي حدوث نزاعات بشأن هذه العناوين.

-وضع نظام جديد لتسوية النزاعات بشكل ودي ويعهد لمركز التحكيم والوساطة للمنظمة الدولية للملكية الفكرية بتسوية هذه المنازعات.

-يقترح على الشركات المعنية بتسجيل العناوين الالكترونية رفض تسجيل عناوين فرعية تحمل أسماء قريبة من علامات تجارية معروفة وذلك للأشخاص الذين ليست لهم حقوق مشروعة على هذه الأسماء

- يهدف إلى منع أي خلط أو لبس في أذهان الجمهور نتيجة استخدام التسميات المتقاربة.

### ب-جهود المنظمة العالمية للملكية الفكرية:

قدمت هذه المنظمات تقارير متضمنة توصيات تتعلق بالعناوين الالكترونية الدولية وأخرى متعلقة بالعناوين الالكترونية الوطنية .

### 1 التقارير بشأن العناوين الالكترونية الدولية:

أعدت المنظمة العالمية للملكية الفكرية تقريرين دوليين بشأن العناوين الدولية الالكترونية، تضمن الأول منهما توصيات يجب مراعاتها عند تسجيل العناوين الالكترونية لتفادي النزاعات مع العلامات التجارية <sup>1</sup> بحيث أشار التقرير وبالاتماد على إحصائيات سابقة إلى وجود العديد من التسجيلات التي تمت بشكل متعسف ومعتدى على مالكي

دخوله حيز التنفيذ ، هذا التقرير يمكن الرجوع له على الموقع <http://www.iahc.org/docs/draft-iahc-recommend-fr.htm>

(1) على اعتبار أن غالبية النزاعات التي تعرض على المنظمة والقضاء هي بشأن تشابه أسماء العناوين الالكترونية بالعلامات التجارية

العلامات التجارية، بذلك أوصى بضرورة إنشاء عناوين جديدة وبشكل تدريجي بحيث يسهل التحكم في هذه العناوين والسيطرة على ما تنثيره من منازعات<sup>1</sup>.

كما أوصى بالمقابل ذات التقرير بضرورة وضع نظام استثنائي للعلامات التجارية المشهورة عند تمثيلها على الانترنت ويتمثل هذه الأخير في منع تسجيل هذه العلامات في صورة عنوان الكتروني إلا من جانب مالك العلامة<sup>2</sup>.

وفي الأخير أوصت شركة ICANN المختصة بتسجيل وإدارة نظام العناوين الالكترونية ان تتبنى وسيلة جديدة لتسوية نزاعات بين العناوين الالكترونية والعلامات التجارية وهي تنظيم إجراءات إدارية لتسوية النزاعات المتعلقة بالعناوين الالكترونية كما أوصت أن يكون هذا الإجراء الإداري سريعاً، فعالاً وقليل التكلفة ويتم بشكل كلي على شبكة الانترنت وتقتصر القرارات الصادرة وفقاً لهذا الإجراء على إلغاء العنوان إذا كان تعسفياً أو نقله لصاحب العلامة التجارية .

أما التقرير الثاني اهتم باستخدام الشارات على شبكة الانترنت في صورة عناوين الكترونية كالأسماء التجارية والمؤشرات الجغرافية وأسماء المدن والأسماء الشخصية والألقاب... الخ بحيث خصصت هذا التقرير لباقي الشارات المكونة للملكية الفكرية بخلاف العلامات التجارية.

## 2 التقارير بشأن العناوين الالكترونية الوطنية:

قامت المنظمة بإعداد برنامج للتعاون يتعلق بإدارة العناوين الالكترونية الوطنية<sup>3</sup> وهو بمثابة إسداء مشورة إلى المشرفين والمسجلين لهذه العناوين لتقاضي نزاعات مستقبلية بشأن العناوين الالكترونية، وشمل هذا التقرير عدة عناصر بهدف تحسين إدارة العناوين الالكترونية الوطنية منها:

-وضع الإجراءات المناسبة لتسجيل العناوين الالكترونية الوطنية بما يتقاضي نشوب نزاعات بصدها مستقبلاً.

(1) و (2) د/ محمد شريف غنام ، مرجع سابق، ص 201 .

(3) عقب مؤتمر جوريخ في 2001 وبناء على طلب الدول الأعضاء في منظمة الملكية الفكرية العالمية.



- وضع الإجراءات الملائمة لاستكمال الإجراءات القضائية التقليدية الرامية الى تسوية النزاعات التي قد تثور بصدد هذه العناوين بحيث تجعل هذه الإجراءات سريعة وقليلة التكلفة.
- توفير الخدمات اللازمة لتسوية النزاعات عن طريق مركز التحكيم والوساطة التابع لهذه المنظمة كحل بديل للطرق القضائية التقليدية.
- أوصت المنظمة بان يتضمن عقد تسجيل العناوين الالكترونية الوطنية بيانا بالحقوق والواجبات الناشئة عن التسجيل ومن بين هذه البيانات:
  - بيان من مسجل العنوان الالكتروني يفيد انه لا ينتهك بتسجيله بحسب علمه أية حقوق مشروعة.
  - بيان يفيد أن المعلومات التي أدلى بها صحيحة وفي حالة ثبوت غير ذلك يجوز للهيئة أن تفسخ العقد وتلغي التسجيل.
  - بيان يفيد موافقة مسجل العنوان بنشر كل البيانات الخاصة به<sup>1</sup> والعنوان المسجل في قاعدة بيانات<sup>2</sup>.
  - بيان يفيد موافقة صاحب العنوان على طرق تسوية النزاع التي تحددها الهيئة المختصة بالتسجيل في دولته<sup>3</sup>.

(1) تتمثل هذه البيانات في:

- الاسم الكامل.
- العنوان البريدي بما في ذلك اسم الشارع والمدينة والبلد.
- البريد الالكتروني.
- رقم الهاتف والفاكس إن وجد.
- عنوان المحل المختار للمراسلة القانونية والإدارية لمسجل العنوان.
- تاريخ تسجيل العنوان في قاعدة بيانات.

(2) أوصت المنظمة العالمية للملكية الفكرية بضرورة نشر البيانات الخاصة بالعناوين الالكترونية على قاعدة بيانات لأنه لا يمكن متابعة الشخص إذا كانت هذه البيانات ناقصة أو خاطئة وقد لوحظ أن في العديد من القضايا رفضت بسبب عدم معرفة بيانات كافية عن مسجل العنوان او عدم دقة البيانات.

(3) نظرا لاختلاف التشريعات الوطنية بشأن تسوية النزاعات حاولت المنظمة وضع حد أدنى من الشروط التي يجب

توافرها في الوسيلة المعتمدة لتسوية نزاعات العناوين الالكترونية منها:

- الطابع الإلزامي للوسيلة بحيث تفرض على مسجل العنوان من خلال شرط يدرج في العقد.

## المبحث الثاني

### الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية في ظل القانون الجزائي

تؤدي جرائم المعلوماتية إلى التأثير سلبا على حجم التجارة الالكترونية ومبادلاتها نظرا لضياع الحقوق وانتهاكها. فقد استحدثت صور وطرق جديدة من الجرائم الفنية والتي تعتمد على الحاسوب كأداة لارتكابها وهي ما يسمى بـ "جرائم الانترنت و الكمبيوتر". لذلك كانت حماية التجارة الالكترونية ضرورة من ضرورات التطور التقني في العصر الحديث .

أدركت الكثير من التشريعات خاصة الأمريكية والكندية والفرنسية أن القواعد التقليدية غير متلائمة في تطبيقها على الجرائم الالكترونية<sup>1</sup>، وكان لهذا الفراغ القانوني أثره في نمو الإجرام المعلوماتي سواء كانت هذه الأنشطة الإجرامية المتصلة بتكنولوجيا المعلومات وسيلة أم محلا لهذه السلوكيات<sup>2</sup>. وعلى الرغم من الجهود الكبيرة التي يبذلها متخصصو المعلوماتية في ابتكار كل ما هو مفيد لتأمين المعاملات التي تتم باستخدام تكنولوجيا المعلومات فإن

- استناد القرارات التي تصدر في نهاية الإجراء إلى كل الظروف والوقائع المحيطة بالنزاع.
- وقف نقل أو تحويل العنوان الالكتروني محل النزاع أثناء نظر النزاع.
- التنفيذ المباشر للقرارات الصادرة.
- سرعة إصدار القرارات ويسر تكلفتها.
- جواز اللجوء إلى المحاكم العادية في حالة عدم قبول القرار الصادر.

(1) CHILSTEIN David, Les nouveaux défis du droit pénal : incriminations générales et spéciales à l'épreuve de l'économie numérique, Les nouveaux défis du commerce électronique sous la direction de ROCHFELD Judith, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2010.p158.

(2) يمكن أن تتخذ الجرائم المعلوماتية الوسائل الالكترونية كأداة تساعدهم على جرائمهم كغسل الأموال عن طريق الانترنت أو الإستغلال الجنسي للأطفال خاصة عبر الانترنت...الخ، كما يمكن أن تقع الجريمة على هذه الوسيلة الالكترونية كاختراق المواقع ، إتلافها و تدميرها ، القلاعب بأرقام بطاقات الائتمان ، الاحتيال والنقص ، فيستطيع أي محتال بناء مواقع غير شرعية تنقص واجهة مواقع شركات حقيقية مشهورة من أجل خداع الزوار لإعطائهم معلومات شخصية وأرقام بطاقات ائتمان خاصة بهم. و لقد أظهرت بحوث في الغش قام بها أحد موفري خدمات التعاملات الإلكترونية cyber source أن من 4.6% إلى 7.8% من التعاملات التجارية الخاصة بالمنتجات المادية كالكتب والملابس مخادعة، في حين بلغت نسبة الغش في التعاملات التجارية بالمنتجات الرقمية كبرامج الكمبيوتر ما بين 14.4% و 23.5% ،أنظر في ذلك:علي محمد أحمد أبو العز، مرجع سابق، ص80.

المجرم المعلوماتي هو الآخر قطع شوطا كبيرا في الاستفادة من احدث التكنولوجيات في تأمين أنشطته التجارية الغير مشروعة أو سلوكاته الإجرامية<sup>1</sup>. خاصة بالنظر للعوائق التي تصادف الحماية الجنائية للفضاء الالكتروني والمتمثلة في تحديد المسؤولين لتعدد المتدخلين من القائم بالفعل ومؤسس الموقع وموفر الإيواء... الخ، والطابع الدولي للجريمة الذي يتطلب صرامة في إجراءات المتابعة<sup>2</sup>.

عليه، يجب أن لا يخلو التنظيم التشريعي للتجارة الالكترونية من تحديد السياسة القانونية في مواجهة الإجرام المعلوماتي لأن الثقة في التجارة الالكترونية تعتمد على مدى فاعلية هذه المواجهة، فالمجرم الالكتروني وجد في الفضاء الإلكتروني ملاذا آمنا لحماية نفسه نظرا لذكائه من جهة و الفراغات التشريعية في هذا الشأن من جهة أخرى .

(1) وهناك العديد من القضايا التي تجسد الصراع الشديد بين أجهزة الدولة والمجرمين المستخدمين للمعلوماتية ولنأخذ مثلا على ذلك لتوضيح التسهيلات الكثيرة التي يجدها المجرمون عن طريق التكنولوجيا الحديثة في وقائع القضية الآتية والتي جرت أحداثها في روسيا سنة 1995، حيث اتصل رجل أعمال أكراني برقم هاتف في روما ، ويدور الحوار التالي بينهما:-برونتو .  
-سلام ، أنا سيرجي، الجو جميل عندك؟  
-الشمس ساطعة والجو حار فعلا.  
-أنت محظوظ لأن الجو لدينا بارد جدا.  
-وبنتك يا سيرجي كيف حالها؟  
-رائعة، سأرسل لك صورتها فهي تبدو كالنجمة.  
-أترجنيها؟

-ضحكة من سيرجي ثم قال أنت عجوز خالص يا صديقي.  
-أوكي، سأكتفي بالصورة أرسلها عبر الانترنت ، أنت تعرف صندوق البريد الخاص بي.  
هذه المحادثة التي قام بتسجيلها قسم المخدرات بمركز التنصت تبدو عادية جدا، لكنها كانت بين أحد زعماء المافيا الأوكرانية ومحدثه مدير شبكة للاتجار بالمخدرات الواردة من دول البلقان ودول أوروبا الشرقية. ورجال إدارة مكافحة المخدرات يعلمون تماما أن الأمر يتعلق بتسليم شحنة من الهيروين، وأن تاريخ ومكان التسليم محدد في الصورة التي سيتم إرسالها. وفي هذه الصورة قام مهندسو المعلوماتية العاملون مع المافيا بتغيير بعض النقاط في الصورة ليخفوا فيها نصا مشفرا لا يستطيع فك رموزه سوى الحاسب الآلي الخاص بمتسل الرسالة، أنظر في ذلك : د/ حاتم عبد الرحمان منصور الشحات، "الحماية الجزائية للثقة في المستند الالكتروني"، مجلة الحقوق، البحرين، العدد ،ص142.

(2)MASCALA Corinne, criminalité et contrat électronique, Travaux de l'association Henri capitan, édition panthéon Assas, Toulouse, 2002.p116

بناء على ما سبق عمدت مختلف التشريعات -من بينها التشريع الجزائري- إلى إدخال قواعد جديدة تتناسب وحماية الاتصالات الالكترونية ، هذه الحماية يكفلها القانون الجنائي عن طريق قواعد إجرائية (مطلب أول) وأخرى موضوعية<sup>1</sup> ( مطلب ثان).

### المطلب الأول

#### الطابع الخصوصي للإجراءات الجزائية في شأن الجرائم الالكترونية

تتسم الجرائم ذات الصلة بالحاسب الآلي<sup>2</sup> بحدثة أساليب ارتكابها ، وسرعة تنفيذها ، وسهولة إخفائها ، وسرعة محو آثارها. هذه الخصائص العامة تقتضي أن تكون جهات التحري والتحقيق بل والمحاكمة على درجة كبيرة من المعرفة بأنظمة الحاسب الآلي ، وكيفية تشغيلها ، وأساليب ارتكاب الجرائم عليها أو بواسطتها ، مع القدرة على كشف غموض هذه الجرائم وسرعة التصرف بشأنها من حيث كشفها و ضبط الأدوات التي استخدمت في ارتكابها والتحفظ على البيانات أو الأجهزة التي استخدمت في ارتكابها أو تلك التي تكون محلا للجريمة ، مع مراعاة الحياة الخاصة في ذات الوقت<sup>3</sup>.

(1) يقصد بالقواعد الإجرائية للجرائم المعلوماتية تلك التي تنظم جميع الاستدلالات والتحقيق والمحاكمة في مجال هذا النوع من الجرائم ، أما القواعد الموضوعية نعني بها ما توفره النصوص التقليدية في قانون العقوبات من تجريم كالسرقة والنصب و خيانة الأمانة ، والنصوص المستحدثة في شأنها ، وكذا في النصوص الخاصة ، أنظر : د/ شيماء عبد الغني محمد عطاء الله ، مرجع سابق ، ص 06.

(2) فقد وجدت أجهزة الشرطة والتحقيق صعوبات جمة منذ ظهور هذا النوع المستحدث من الجرائم ، سواء في كشف غموضها أو إجراء التفتيش والضبط اللازمين ، أو التحقيق فيها على نحو استدعى إعداد برامج تدريب وتأهيل لهذه الكوادر من الناحية الفنية على نحو يمكنها من تحقيق المهمة المطلوبة منها وبالكفاءة المطلوبة ففي الفترة الأولى لظهور هذا النوع من الجرائم ، وقعت الشرطة في أخطاء جسيمة أدت إلى الإضرار بالأجهزة أو الملفات ، أو الأدلة الخاصة بإثبات الجريمة ، ونعطي مثالا لهذا الخطأ من عمل الشرطة بالولايات المتحدة الأمريكية . فقد حدث أن طلبت ، إحدى دوائر الشرطة بالولايات المتحدة الأمريكية من شركة تعرضت للقرصنة أن تتوقف عن تشغيل جهازها الآلي للتمكن من وضعه تحت المراقبة بهدف كشف مرتكب الجريمة ، وقد حدث نتيجة لذلك أن تسببت دائرة البوليس بدون قصد في إتلاف ما كان قد سلم من الملفات والبرامج .

(3) تستفيد حرمة الحياة الخاصة من حماية مدنية وجنائية ففي قضية مشهورة هي قضية Gubler أدان القضاء الفرنسي العدوان على الحياة الخاصة لعائلة الرئيس الفرنسي السابق فرنسوا ميتران لقيام طبيبه الخاص Gubler مع الصحفي Gonod بنشر مذكراته كشف فيها عن أسرار مرض الرئيس السابق وقد تمت مصادرة الكتاب الا

نشير إلى أن المشرع الجزائري لم يستعمل مصطلح الجرائم الإلكترونية بل استعمل مصطلحا آخر هو الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات. ونعني بنظام المعالجة الآلية للمعطيات " كل مركب يتكون من وحدة أو مجموعة وحدات معالجة ، والتي تتكون كل منها من الذاكرة والبرامج والمعطيات وأجهزة الإدخال والإخراج وأجهزة الربط التي تربط بينها مجموعة من العلاقات والتي عن طريقها تتحقق نتيجة معينة وهي معالجة المعطيات، على أن يكون هذا المركب خاضع لنظام الحماية الفنية"<sup>1</sup>.

وفي 2009 استعمل المشرع مصطلحا آخر<sup>2</sup> هو الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال تشمل الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات وجرائم أخرى وقد عرفها في المادة 02 من قانون 04-09 كالتالي: "ا - الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال : جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات المحددة في قانون العقوبات وأي جريمة أخرى ترتكب أو يسهل ارتكابها عن طريق منظومة معلوماتية أو نظام للاتصالات الإلكترونية"<sup>3</sup>.

انه قام Besancon بنشر هذه المذكرات على الانترنت فلحقته الادانة القضائية وتم إغلاق منشأته ومصادرة موقع الانترنت الخاص به، انظر في ذلك: د/عمر محمد أبو بكر يونس، مرجع سابق، ص134 وعن تداول المعلومات الخاصة أنظر:

**MARINO Laure et PERRY Romain**, Les nouveaux défis du droit des personnes : La marchandisation des données personnelles, Les nouveaux défis du commerce électronique sous la direction de ROCHFELD Judith, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2010. pp55-70.

- (1) هذا التعريف إقترحه مجلس الشيوخ الفرنسي، أنظر في ذلك: خثير مسعود ، الحماية الجنائية لبرامج الكمبيوتر، أساليب وثغرات، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص108.
- (2) وذلك بمناسبة صدور قانون 04-09 مؤرخ في 05 غشت 2009 يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج ر ج ج عدد 2009/47.
- (3) ونعني بالمنظومة المعلوماتية : أي نظام منفصل أو مجموعة من الأنظمة المتصلة ببعضها البعض أو المرتبطة ،يقوم واحد منها أو أكثر بمعالجة آلية للمعطيات تنفيذاً لبرنامج معين. أما المعطيات المعلوماتية : نعني بها أي عملية عرض للوقائع أو المعلومات أو المفاهيم في شكل جاهز للمعالجة داخل منظومة معلوماتية بما في ذلك البرامج المناسبة التي من شأنها جعل منظومة معلوماتية تؤدي وظيفتها.

فبالإضافة إلى الجرائم التي تمارس على الحاسب الآلي -بالمعنى السابق- نجد أيضا ضمن الجرائم الإلكترونية جرائم أخرى يكون الكمبيوتر وسيلة فيها هذه المرة وليس ضحية وهي جرائم مختلفة تتم عن طريق الكمبيوتر .

تتسم قواعد الحماية الجنائية الإجرائية للتجارة الإلكترونية المتبعة في ملاحقة مرتكبيها وكيفية إثباتها بطابع من الخصوصية يتماشى والطبيعة الخاصة لها، وتنعكس هذه القواعد فيما يتخذ من إجراءات قبل المحاكمة (فرع أول) وأثنائها (فرع ثان).

### الفرع الأول

#### خصوصيات الإجراءات الجنائية السابقة عن المحاكمة

نقصد بها الإجراءات الجنائية التي جاء بها المشرع الجزائري والتي تتم في مرحلة جمع الاستدلالات والتحقيق من تفتيش وضبط للأدلة قبل تقديم المتهم للمحاكمة.

تتلخص أبعاد وخصوصيات الإجراءات الجزائية المتعلقة بالجرائم الماسة بالمعالجة الآلية لأنظمة المعطيات في:

أولاً: امتداد الاختصاص المحلي لكل من ضابط الشرطة القضائية وقاضي

التحقيق ووكيل الجمهورية في هذا النوع من الجرائم.

الأصل أن المشرع رسم لكل من ضابط الشرطة القضائية<sup>1</sup> ووكيل الجمهورية وقاضي

التحقيق حدوده الجغرافية التي يمارس فيها نشاطه والتي تتعلق بالجريمة حيث يختص كل منهم بالنظر في الجريمة -كل بحسب مهامه - في : \* مكان وقوع الجريمة.

\* محل إقامة الشخص المشتبه فيه.

\* مكان إلقاء القبض عليه.

لكن ما يمكن قوله بصدد الجرائم الإلكترونية أنها جرائم تتصف بالدولية بالتالي فإن هذه

الضوابط يصعب تطبيقها، فمن جهة لا يمكن تحديد مكان وقوع الجريمة على اعتبار أن

(1) لم يضع قانون الإجراءات الجزائية صراحة قواعد تبين الاختصاص الإقليمي لضابط الشرطة القضائية ، لكن يمكن أن نستنتجها ضمناً وبالمقارنة مع القواعد المنصوص عليها في المادة 37 و المادة 40 ق إ ج ج والتي تعقد الاختصاص لكل من وكيل الجمهورية وقاضي التحقيق على التوالي.

الوسيلة المستعملة في ارتكابها دولية لا تعود ملكيتها لأي دولة، ثم انه قد لا يمكن تحديد محل إقامة المشتبه فيه، كما أنه يمكن إلقاء القبض عليه في دولة أخرى غير دولة المتضرر<sup>1</sup> فكيف يمكن إذن تحديد الاختصاص ؟ لذلك هناك من يدعو إلى استعمال ضابط آخر هو موطن المتضرر.

بالعودة للقانون الجزائري، وبمناسبة جريمة المساس بنظام المعالجة الآلية للمعطيات يمتد الإختصاص الإقليمي كما يلي:

أ- إمتداد الإختصاص الإقليمي لرجال الضبط القضائي إلى كامل التراب الوطني.

يتمتع عناصر الضبطية القضائية بصلاحيات تخولهم البحث والتحري عن الجرائم ومركبيها في نطاق إقليمي محدد يسمى بدائرة الإختصاص الإقليمية ، ويتحدد هذا الأخير بمعالم الجريمة أو بصفة عضو الضبطية والجهة التي ينتمي إليها<sup>2</sup> ، وقد يمتد هذا الإختصاص إلى كافة دائرة المجلس القضائي<sup>3</sup> ، كما يمكن أن يمتد إلى كامل التراب الوطني<sup>4</sup>.

من بين حالات التي يثبت الإختصاص الوطني لضباط الشرطة القضائية هي في جرائم معينة منها الجرائم الماسة بالأنظمة المعلوماتية<sup>5</sup> ، بحيث منح المشرع لضباط الشرطة القضائية على إختلاف الجهات التي ينتمون إليها إختصاصا وطنيا لمباشرة صلاحياتهم في

(1) وهنا نعود لاتفاقات تسليم المجرمين

(2) قد حدد القانون نطاق الإختصاص المكاني فجعله وطنيا بصفة أساسية لفئة الأمن العسكري وإقليميا لباقي العناصر.

(3) وذلك في حالة الاستعجال مع اخبار وكيل الجمهورية حسب المادة 2/16 ق إ ج ج.

(4) الإمتداد لكافة التراب الوطني يشترط:

- حالة إستعجال.

- تمديد بناء على طلب جهة قضائية مختصة.

- تبليغ أحد ضباط الشرطة القضائية المختص محليا والذي يساعده.

- إبلاغ وكيل الجمهورية المختص إقليميا.

(5) طبقا لنص المادة 7/16 والتي تنص: " غير أنه فيما يتعلق ببحث ومعاينة جرائم المخدرات والجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال والإرهاب والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف يمتد إختصاص ضباط الشرطة القضائية إلى كامل الإقليم الوطني".

البحث والتحري، ويشترط لتمديد هذا الاختصاص :

- كون الجريمة من بين الجرائم المنصوص عليها في المادة 7/16 ق إ ج ج.
  - العمل تحت إشراف النائب العام لدى المجلس القضائي المختص.
  - إعلام وكيل الجمهورية المختص إقليميا.
- كذلك يمتد إختصاصهم إلى كامل التراب الوطني إذا كانوا بصدد مراقبة أشخاص توافرت ضدهم مبررات مقبولة في الجرائم المذكورة في المادة 7/16 ق إ ج ج ، ومن بينهم المجرمين المعلوماتيين، بإعتبار أن الشكل الجديد للجرائم خاصة المنظمة تجد مجال المعلوماتية فضاء خصبا للممارسة أنشطتهم الإجرامية، فمثلا لا يستفيد تجار المخدرات من التسهيلات المعلوماتية في تأمين تجارتهم فحسب بل أيضا في غسل أموالهم التي يحصلون عليها<sup>1</sup>.

ب-إمتداد الإختصاص الإقليمي لقضاة التحقيق ووكلاء الجمهورية إلى دائرة إختصاص محاكم أخرى.

الأصل ينعقد الإختصاص محليا لوكيل الجمهورية حسب المادة 37 ق إ ج ج، ولقاضي التحقيق حسب المادة 40 ق إ ج ج بمكان وقوع الجريمة أو محل إقامة أحد الأشخاص المشتبه فيهم أو بمحل القبض على احد هؤلاء الأشخاص ص حتى ولو كان القبض لسبب غير الجريمة المعنية.

غير أنه يمكن تمديد هذا الإختصاص المحلي إلى دائرة إختصاص محاكم أخرى في الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات إلى جانب جرائم المخدرات والعابرة للحدود الوطنية وجرائم تبييض الأموال وجرائم الإرهاب والمتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف. عليه، يمتد الإختصاص الإقليمي لوكيل الجمهورية و لقاضي التحقيق إلى محاكم أخرى- عن طريق التنظيم- قد تكون تابعة لنفس المجلس أو مجلس آخر ، المشرع لم ينص على ذلك صراحة لكن يفهم من خلال نصوص المواد 40 مكرر إلى 40 مكرر 5 أنه يمتد الإختصاص حتى إلى محاكم أخرى خارج دائرة المجلس الذي تنتمي إليه محكمة وكيل

(1)د/حاتم عبد الرحمان منصور الشحات، مرجع سابق، ص141.



الجمهورية أو قاضي التحقيق<sup>1</sup>.

إذا اعتبر النائب العام للمجلس القضائي المختص في الأصل أن الجريمة تدخل ضمن إختصاص المحكمة التي تم توسيع إختصاصها المحلي، يطالب فوراً بالإجراءات اللازمة ويضع تحت تصرف وكيل الجمهورية لهذه المحكمة ضباط الشرطة القضائية لتنفيذ تعليماتهم .

وإذا فتح تحقيق قضائي لدى محكمة مختصة، يجب أن يصدر قاضي التحقيق لديها أمراً بالتخلي عن الإجراءات لصالح قاضي التحقيق لدى المحكمة التي تم توسيع إختصاصها المحلي، وفي هذه الحالة يتلقى ضباط الشرطة القضائية العاملون بدائرة إختصاص هذه المحكمة -محكمة القاضي المتخلي- التعليمات مباشرة من قاض التحقيق المتخلي له عن هذه القضية.

#### ثانيا : تمديد آجال التوقيف

المشتبه فيه يمكن أن يوقف من قبل ضباط الشرطة القضائية في الجرائم المتلبس بها عن طريق إجراء التوقيف تحت النظر، كما يمكن أن يوقف من طرف وكيل الجمهورية وقاضي التحقيق عن طريق إجراء الحبس المؤقت، وفي كلتا الحالتين يمكن تمديد آجال هذا التوقيف.

أ-تمديد ميعاد التوقيف تحت النظر لمرة واحدة في جرائم الاعتداء على أنظمة

#### المعالجة الآلية للمعطيات:

يمكن لضباط الشرطة القضائية الأمر بعدم مبارحة مسرح الجريمة و التوقيف تحت النظر في الجرائم التي توصف بالجنايات والجنایات المتلبس بها إذا رأى ذلك ملائماً لمقتضيات التحقيق شريطة أن يطلع فوراً وكيل الجمهورية بذلك ويقدم له تقريراً عن دواعي التوقيف. الأصل لا يجوز توقيف أي شخص، لكن إذا قامت دلائل قوية عليه من شأنها أن تتخذ دليلاً على إتهامه يوقف 48 ساعة بعد إخطار وكيل الجمهورية، ويجدد التوقيف بإذن مكتوب من وكيل الجمهورية المختص مرة واحدة عندما يتعلق الأمر بجرائم الاعتداء على

(1) فمثلاً المادة 40مكرر 1 تلزم وكيل الجمهورية أن يرسل فوراً نسخة عن إجراءات التحقيق إلى النائب العام لدى المجلس القضائي التابع له المحكمة المختصة.

أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات.

ب- تمديد الحبس المؤقت لجرائم الاعتداء على أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات:

الحبس المؤقت إجراء استثنائي لا يمكن أن يؤمر به إلا إذا كانت التزامات الرقابة القضائية غير كافية<sup>1</sup>، وهو من إختصاص قاضي التحقيق، ووكيل الجمهورية إستثناء في حالات التلبس على أن لا تتجاوز في كل الأحوال 08 أيام ويعرض في أول جلسة. والمشرع الجزائري لم يخص الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات بمواعيد محددة للحبس، بل تأخذ حكم المواعيد الخاصة بالجنايات والجنح بحسب تكييفها. هذه المواعيد حسب المواد 124 و 125 و 125-1 تقدر ب:

20- يوم للجنح المعاقب عليها بسنتين أو أقل.

4- أشهر في: - مواد الجنح التي تزيد عقوبتها عن سنتين

- مواد الجنح المعاقب عليها بسنتين أو أقل إذا كان غير مقيما في

الجزائر أو قد حكم عليه من اجل جناية أو عقوبة حبس مدة أكثر من

ثلاثة أشهر بغير إيقاف للتنفيذ لارتكابه جنحة من جنح القانون العام.

و تمدد مدة 4 أشهر الخاصة بالحبس للجنح التي تزيد عقوبتها عن 3 سنوات مرة واحدة

بعد استطلاع رأي وكيل الجمهورية لمدة 4 أشهر أخرى.

4- أشهر في مواد الجنايات ، تجدد مرتين بعد إستطلاع رأي وكيل الجمهورية، لمدة 4

أشهر في كل مرة.

إذا تعلق الأمر بجنايات معاقب عليها بالسجن المؤقت لمدة 20 سنة أو بالسجن المؤبد

أو الإعدام يمدد الحبس المؤقت ثلاث مرات ، 4 أشهر لكل مرة. كما يستفيد قاضي التحقيق

في مواد الجنايات من تمديد للحبس المؤقت من طرف غرفة الإتهام، على أن يقدم طلبا بذلك

(1) حسب المادة 123 ق ا ج ج يكون إجراء الرقابة القضائية غير كاف في الحالات التالية:

- إذا لم يكن للمتهم موطن مستقر أو كان لا يقدم ضمانات كافية للمثول أمام العدالة أو كانت الأفعال جد خطيرة.

- إذا كان الحبس المؤقت هو الوسيلة الوحيدة للحفاظ على الحجج أو الأدلة المادية أو وسيلة لمنع الضغوط على الشهود

أو الضحايا أو لتقادي تواطؤ المتهمين و الشركاء الذي قد يؤدي إلى عرقلة الكشف عن الحقيقة.

-إذا كان الحبس ضروريا لحماية المتهم أو وضع حد للجريمة أو الوقاية من حدوثها من جديد.

- إذا خالف المتهم من تلقاء نفسه واجبات الرقابة القضائية.

قبل شهر من انتهاء المدد القصوى التي يحق له أن يأمر بها .  
والمعلوم أن الجرائم الإلكترونية يمكن أن تقع على مادة المعلومات كما يمكن أن تتخذ المعلوماتية وسيلة في تنفيذها، وعليه يمكن تمديد أجال الحبس المؤقت في مواد الجنايات الموصوفة بأفعال إرهابية يمكن أن تتم الكترونيا إلى 5 مرات، أما الجنايات العابرة للحدود الوطنية والتي تجد في الفضاء الإلكتروني مرتعا لها يمكن أن يمدد الحبس المؤقت بشأنها إلى 11 مرة من قاض التحقيق وكل تمديد لا يمكن أن يتجاوز 4 أشهر .

### ثالثا: تسخير الأعوان المؤهلين لدى المصالح العمومية أو الخاصة :

يمكن خلال إجراءات التحقيق وجمع الأدلة تسخير الأعوان المؤهلين للمساعدة في سير الإجراءات ونجد من بين الأعوان :

#### أ - الموظفون في قطاع المواصلات السلكية واللاسلكية :

يمكن لوكيل الجمهورية ولقاضي التحقيق و لضابط الشرطة القضائية الذي أذن له من وكيل الجمهورية أو أنيب إليه من طرف قاضي التحقيق أن يسخر كل عون مؤهل في هيئة عمومية أو لدى الخواص في قطاع المواصلات السلكية واللاسلكية للتكفل بالجوانب التقنية لعمليات إعتراض المراسلات التي تتم بوسائل الاتصالات السلكية واللاسلكية ، وكذا وضع الترتيبات اللازمة لإلتقاط الصور والصوت<sup>1</sup>.

لا بد من أن تقوم الجهات الإدارية أو الخاصة التي تشتغل في مجال الاتصالات بالتعاون مع أجهزة الدولة المكلفة بالقضاء الجنائي بتسهيل عمليات اعتراض مراسلات والنقاط الصور والصوت بعد تثبيت أجهزة خاصة بذلك في أماكن عمومية أو خاصة دون إذن من مالك المحلات ، كل ذلك في صدد جرائم التلبس أو جرائم معينة من بينها الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات.

#### ب - مقدمي الخدمات بالأخص خدمات الانترنت

تنص المادة 10 من قانون 09-04 المؤرخ في 05 غشت 2009 يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها على : " في إطار تطبيق أحكام هذا القانون ، يتعين على مقدمي الخدمات تقديم

(1) حسب المادة 65 مكرر 8 ق ا ج ج

المساعدة للسلطات لمكلفة بالتحريات القضائية لجمع وتسجيل المعطيات المتعلقة  
بمحتوى الاتصالات في حينها وبوضع المعطيات التي يتعين عليهم حفظها وفقا  
للمادة 11 أدناه تحت تصرف السلطات المذكورة.

ويتعين على مقدمي الخدمات كتمان سرية العمليات التي ينجزونها بطلب من  
المحققين وكذا المعلومات المتصلة بها وذلك تحت طائلة العقوبات المقررة  
لإفشاء أسرار التحري والتحقيق ". هذه المادة تضع على عاتق مقدمي الخدمات<sup>1</sup>  
واجب مساعدة السلطة القضائية في تحقيقاتها بإمدادها بمعلومات خاصة بمحتوى  
الاتصالات وقد نص المشرع على أن يتم حفظ هذه الاتصالات، أطرافها في كل الأحوال<sup>2</sup>  
ومحتواها عندما تطلب السلطة القضائية المختصة ذلك<sup>3</sup>، لمدة سنة<sup>4</sup> أما المشرع الفرنسي،  
فقد فرض بموجب القانون المتعلق بالأمن الداخلي الصادر في 13 فيفري 2003 في  
مادته 1/8 إفشاء أسرار الاتصالات عبر شبكة الانترنت لرجال الضبط القضائي اذا كانت  
المعلومات تفيد في الكشف عن الحقيقة بخصوص تحقيق جنائي قائم، وقد كان القانون

(1) يعرف القانون 09-04 مقدمو الخدمات انهم :

1- أي كيان عام أو خاص يقدم لمستعملي خدماته، القدرة على الاتصال بواسطة منظومة معلوماتية  
و/ أو نظام للاتصالات،

2- وأي كيان آخر يقوم بمعالجة أو تخزين معطيات معلوماتية لفائدة خدمة الاتصال المذكورة أو  
لمستعملها.

(2) يعتبر هذا الالتزام عام حتى دون مطالبة السلطة القضائية بذلك أما محتوى الاتصالات لا يتم تسجيله إلا بعد  
مطالبة القضاء بذلك .

(3) يلتزم مقدمو الخدمات بحفظ :

أ- المعطيات التي تسمح بالتعرف على مستعملي الخدمة.

ب المعطيات المتعلقة بالتجهيزات الطرفية المستعملة للاتصال.

ج - الخصائص التقنية وكذا تاريخ ووقت ومدة كل اتصال .

د - المعطيات المتعلقة بالخدمات التكميلية المطلوبة أو المستعملة ومقدمها.

هـ- المعطيات التي تسمح بالتعرف على المرسل إليه أو المرسل إليهم الاتصال وكذا عناوين المواقع المطلع عليها  
بالنسبة لنشاطات الهاتف، يقوم المتعامل بحفظ المعطيات المذكورة في الفقرة " أ " من هذه المادة وكذا تلك  
التي تسمح بالتعرف على مصدر الاتصال وتحديد مكانه

(4) تنص المادة 3/11 من قانون 09-04 على : "تحدد مدة حفظ المعطيات المذكورة في هذه المادة بسنة  
واحدة ابتداء من تاريخ التسجيل " .

الفرنسي قبل ذلك وبموجب قانون الأمن القومي الصادر في 15 نوفمبر 2001 ينص على التزام الحفاظ على البيانات المتعلقة بشخصية المتراسلين والمتمثلة في عنوان الانترنت وعناوين الرسائل الالكترونية المرسله والمستقبلة، وعناوين المواقع التي تمت زيارتها لمدة سنة دون الاحتفاظ بمحتواها، لكن عادت وتراجعت عن هذا الموقف في 2003 بمناسبة إصدارها لقانون الأمن الداخلي وامتد الالتزام ليشمل الإحتفاظ بمحتوى المراسلات نفسها والتي كان القانون السابق يحظر الاحتفاظ بها<sup>1</sup>.

نلاحظ أن الواجبات التي جاءت بها المادة 11 من قانون 04-09 تحت طائلة المساءلة الجزائية لكل من يعيق سير التحريات القضائية فتتص المادة 4/11 على: "دون الإخلال بالعقوبات الإدارية المترتبة على عدم احترام الالتزامات المنصوص عليها في هذه المادة، تقوم المسؤولية الجزائية للأشخاص الطبيعيين والمعنويين عندما يؤدي ذلك إلى عرقلة حسن سير التحريات القضائية، ويعاقب الشخص الطبيعي بالحبس من ستة (6) أشهر إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج.

يعاقب الشخص المعنوي بالغرامة وفقا للقواعد المقررة في قانون العقوبات " يمكن أن نضيف في هذا الصدد أن بعض التشريعات أعطت لسلطة ضبط المواصلات السلوكية واللاسلكية صفة ضابط الشرطة القضائية في حدود مهنتهم<sup>2</sup>.

ج- الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحته:

تم بموجب قانون 04-09 إنشاء هيئة وطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحته. ومن مهامها مساعدة السلطات القضائية ومصالح الشرطة القضائية في التحريات التي تجريها بشأن الجرائم ذات الصلة

(1) بذلك يتوافق القانون الفرنسي مع القانون الأمريكي الخاص بمكافحة الإرهاب بعد الاعتداء على مركز التجارة العالمي، أنظر في ذلك د/ شيماء عبد الغني محمد عطا الله، مرجع سابق، ص 212. على عكس المشرع الجزائري لم ينص على واجب الاحتفاظ بالمحتوى إلا بإذن من القضاء.

بتكنولوجيات الإعلام والاتصال بما في ذلك تجميع المعلومات وإنجاز الخبرات القضائية.

#### رابعاً : اللجوء للمساعدة القضائية الدولية المتبادلة

في إطار التحريات أو التحقيقات القضائية الجارية لمعاينة الجرائم وكشف مرتكبيها يمكن السلطات المختصة تبادل المساعدة القضائية الدولية لجمع الأدلة الخاصة بالجريمة في الشكل الإلكتروني وذلك على أساس الاتفاقات الدولية والثنائية ومبدأ المعاملة بالمثل ، وفي كل الأحوال لا يجوز قبول المساعدة القضائية إذا كان ذلك يمس بالنظام العام والسيادة الوطنية<sup>1</sup>.

#### خامساً: ضرورة الاستعانة بأهل الخبرة في الجرائم الإلكترونية

طبيعة الجرائم ذات الصلة بالحاسب الآلي تقتضي معرفة متميزة بنظم الحاسبات، وكيفية تشغيلها، ووسائل إساءة إستعمالها من قبل مستخدميها، ولن تتحقق هذه المعرفة التقنية إلا بتدريب القائمين على أعمال التحري، والمباشرين للتحقيق في مجال الجرائم الإلكترونية، إلى الحد الذي دعا البعض إلى القول بضرورة وجود شرطة متخصصة، ونيابة متخصصة في هذا المجال.

يجب أن يشتمل التدريب على كيفية تشغيل الحاسبات، بعد التعرف على أنواعها ونظمها المختلفة، لإكتساب مهارات ومعارف تتعلق ببرمجة الحاسبات، والمعالجة الإلكترونية للبيانات والجرائم التي تقع على الحاسبات، أو تستخدم الحاسبات وسيلة لإرتكابها، وأساليب إرتكاب هذا النوع من الجرائم، فضلاً عن أمن الحاسبات، ووسائل اختراقها، مع دراسة حالات تطبيقه لجرائم وقعت سلفاً، وكيف تم مواجهتها.

وفي كثير من بلدان العالم تعقد دورات تدريبية متخصصة لرجال الشرطة وأعضاء النيابة العامة، سواء في مراكز تابعة لوزارة الداخلية أو في المراكز المتخصصة التابعة لوزارة العدل، كما هو الحال في أمريكا وإنجلترا، وكندا<sup>2</sup>.

(1) تنص المادة 1/18 من قانون 04-09: "يرفض تنفيذ طلبات المساعدة إذا كان من شأنها المساس

بالسيادة الوطنية أو النظام العام"

(2) د/ شيماء عبد الغني محمد عطا الله، مرجع سابق، ص214

إلا أنه في الجزائر وفي غياب مثل هذا الأمر تضطر الجهات المعنية سواء الشرطة أو النيابة العامة أو قاضي التحقيق للاستعانة بالخبرة الفنية، وهو مضمون المادة 143 ق ج والمعدلة سنة 2006 إذ تنص على: " لجهات التحقيق أو الحكم عندما تعرض لها مسألة ذات طابع فني أن تأمر بنوب خبير إما بناء على طلب النيابة العامة و إما من تلقاء نفسها أو من الخصوم...."، كذلك نصت المادة 04/05 من قانون 04-09 المذكور أنفاً انه بصدد التفتيش: " يمكن السلطات المكلفة بالتفتيش تسخير كل شخص له دراية بعمل المنظومة المعلوماتية محل البحث أو بالتدابير المتخذة لحماية المعطيات المعلوماتية التي تتضمنها قصد مساعدتها وتزويدها بكل المعلومات الضرورية لإنجاز مهمتها".

فمنذ بدء ظهور الجرائم ذات الصلة بالحاسب الآلي، تستعين الشرطة وسلطات التحقيق أو المحاكمة بأصحاب الخبرة الفنية المتميزة في مجال الحاسب الآلي، وذلك بغرض كشف غموض الجريمة، أو تجميع أدلتها والتحفظ عليها، أو مساعدة المحقق في إجلاء جوانب الغموض في العمليات الإلكترونية الدقيقة ذات الصلة بالجريمة محل التحقيق.

وإذا كانت الإستعانة بخبير فني أمر جوازي للمحقق أو لجهة التحقيق والحكم، إلا أنه في المسائل الفنية البحتة التي لا يمكن للقاضي أن يقطع فيها برأى دون استطلاع رأي أهل الخبرة، في هذه الحالة يجب عليه أن يستعين بالخبير، فإذا تصدى للمسألة الفنية وفصل فيها دون تحقيقها بواسطة خبير كان حكمه معيباً مستوجباً نقضه، وهذا المبدأ إستقر عليه

القضاء، وبناء عليه فإذا كانت الإستعانة بخبير فني في المسائل الفنية البحتة أمر واجب على جهة التحقيق والقاضي، فهي أوجب في مجال الجرائم الإلكترونية، حيث تتعلق بمسائل فنية آية في التعقيد ومحل الجريمة فيها غير مادي، والتطور في أساليب إرتكابها سريع ومتلاحق، ولا يكشف غموضها إلا متخصص وعلى درجة كبيرة من التميز في مجال تخصصه، فإجرام الذكاء والفن، لا يكشفه ولا يفله إلا ذكاء وفن مماثلين.

وأهمية الإستعانة بالخبرة في مجال الجرائم الإلكترونية، تظهر عند غيابه، فقد تعجز الشرطة عن كشف غموض الجريمة، وقد تعجز هي أو جهة التحقق عن جميع الأدلة حول الجريمة وقد تدمر الدليل أو تمحوه بسبب الجهل أو الإهمال عند التعامل معه والخبير لا يشترط فيه فحسب كفاءة علمية عالية في مجال التخصص بل يجب أن يضاف

إليها سنوات من أعمال الخبرة في المجال الذي تميز فيه، وعلى وجه الخصوص الجرائم ذات الصلة بالحاسب الحالي، فقد يتعلق الأمر بتزوير المستندات، أو بالتلاعب في البيانات أو الغش أثناء نقل أو بث البيانات أو جريمة من جرائم الأموال أو الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة، أو عرض صور أو أفلام مخلة بالآداب العامة.

ومن التشريعات الحديثة التي نظمت أعمال الخبرة في مجال الجرائم الإلكترونية، القانون البلجيكي الصادر في 23 نوفمبر سنة 2000<sup>1</sup>.

والتزام الخبير هو إلتزام ببذل عناية، فلا يسأل إذا لم يصل إلى النتيجة المطلوبة نتيجة ضعف خبرته، أو بسبب العقبات التي واجهته أثناء مباشرته لمهمته، ويمكن ان تثار مسؤوليته الجنائية إذا رفض القيام بالمهمة المكلف بها، أو أتلف عمدا البيانات المطلوب منه التعامل معها، أو حفظها .

فضلاً عن التزام الخبير بأداء مهمته التي حددتها له جهة التحقيق، يلتزم كذلك بالمحافظة على سر المهنة، وفي حالة إفشائه السر، يعاقب بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة. سادسا: إجراء اعتراض المراسلات و مراقبة الاتصالات الالكترونية والتسرب في الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات

هذا الإجراء مستحدث جاء به المشرع الجزائري في 2006، وهو من اختصاص ضباط الشرطة القضائية، بناء على إذن من وكيل الجمهورية حسب المادة 65 مكرر 1/5 ق ا ج ج، أو من قاضي التحقيق في حالة فتح تحقيق قضائي حسب المادة 65 مكرر 6/5 ق ا ج ج.

(1) فقد نصت المادة 88 من القانون المذكور على انه يجوز لقاضي التحقيق، وللشرطة القضائية أن يستعينا بخبير ليقدم وبطريقة مفهومة المعلومات اللازمة عن كيفية تشغيل النظام، وكيفية الدخول فيه، أو الدخول للبيانات المخزونة أو المعالجة أو المنقولة بواسطته، ويعطي القانون كذلك لسلطة للتحقيق ان تطلب من الخبير تشغيل النظام، أو البحث فيه، أو عمل نسخة من البيانات المطلوبة للتحقيق، أو سحب البيانات المخزنة أو المحولة أو المنقولة، على أن يتم ذلك بالطريقة التي تريدها جهة التحقيق .

ووفقا للقانون المشار اليه فإن الإلتزام بتشغيل النظام واستخراج البيانات المطلوبة منه، يرجع إلى قاضي التحقيق بصفة أصلية، ويجوز ذلك للنيابة العامة على سبيل الاستثناء في حالة التلبس بالجريمة، أو عند الرضاء بعملية التفتيش هذه. فمهمة الخبير وفقا للنص السابق تتمثل من ناحية في تشغيل النظام، ومن ناحية أخرى في تقديم البيانات المطلوبة، حسب الطريقة التي تريدها جهة التحقيق، فقد تريد البيانات مسجلة على دسك disqu أو على سيدي روم C-DROM ، أو على الأقراص الممغنطة، أو على ورق.



هذا الإجراء ليس خاصا بجميع الجرائم بل في حالات التلبس أو التحقيق في جرائم<sup>1</sup> من بينها الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات .

أ - سلطات ضباط الشرطة القضائية في حالة اعتراض المراسلات، تسجيل الأصوات و التقاط الصور:

نظم المشرع الجزائري اعتراض المراسلات، وتسجيل الأصوات و التقاطها بموجب القانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية في الباب الثاني من الفصل الرابع في المواد من 65 مكرر 5 إلى غاية مكرر 10، التي تجيز لضباط الشرطة القضائية و أعوانهم القيام بهذه الأعمال، إذا اقتضت ضرورات التحري في الجرائم المتلبس بها، أو بعض الجرائم وذلك بموجب إذن من وكيل الجمهورية المختص أو بموجب إذن من قاضي التحقيق في مرحلة التحقيق الابتدائي تتمثل هذه الأعمال فيما يلي:

- اعتراض المراسلات التي تتم عن طريق وسائل الاتصال السلكية و اللاسلكية<sup>2</sup>.
- إجراء ترتيبات تقنية من أجل التقاط، تثبيت، بث و تسجيل الكلام المتقوه به من طرف الأشخاص في أماكن عامة أو خاصة و التقاط الصور لشخص أو

(1) هذه الجرائم تتمثل حسب المادة 65 مكرر 5 في جرائم المخدرات، العابرة للحدود الوطنية، تبييض الأموال، الإرهاب، المتعلقة بتشريع الصرف، وجرائم الفساد.

(2) اعتراض المراسلات السلكية واللاسلكية دون إذن تعتبر جريمة في أغلبية التشريعات، بإعتبار أن ذلك يتضمن انتهاكا لحرمة الحياة الخاصة فتتص المادة 309 مكرر من قانون العقوبات المصري أنه يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن وذلك بأن ارتكب أحد الأفعال الآتية في غير الأحوال المصرح بها قانونا أو بغير رضا المجني عليه:

- أسترقت السمع او سجل عن طريق جهاز من الأجهزة أيا كان نوعه محادثات جرت في مكان خاص أو عن طريق التليفون.

- التقط أو نقل بجهاز من الأجهزة أيا كان نوعه صورة شخص في مكان خاص.

يلاحظ أن هذا النص يخص المحادثات الشفوية التي تجري في مكان خاص، كما يخص المحادثات الشفوية التي تتم عن طريق الهاتف، بالتالي وتطبيقا لمبدأ الشرعية لا يمتد هذا النص للمحادثات التي تتم عن طريق الكمبيوتر، كما أنه لا تعتبر شبكة الانترنت مكانا خاصا. غير أنه هناك من قال بسرمان النص السابق على المحادثات التي تتم عبر الكمبيوتر الموصول بالانترنت استنادا إلى أنها تتم عن طريق خط تليفوني، أنظر في ذلك: د/ عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، مصر، 2003، ص 89، أنظر كذلك محمد أمين الرومي، جرائم الكمبيوتر والانترنت، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2003، ص 138.

أشخاص دون موافقة المعنيين بالأمر.

المشرع الجزائري لم يعرف مصطلح الاعتراض، وقد عرفه القانون الأمريكي بأن الإعتراض هو الحصول على محتوى الاتصال السلبي أو الإلكتروني أو الشفوي وذلك باستعمال أي وسيلة إلكترونية أو ميكانيكية أو أي وسيلة أخرى<sup>1</sup>.

الملاحظ أن الاتجاه الجديد للسياسة الجنائية التي جاء بها المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 06-22 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات الجنائية لم يوازن فيها بين حماية الصالح العام و حق الأفراد في احترام حياتهم الخاصة و هذا ما جسده السلطات الواسعة الممنوحة لضباط الشرطة القضائية تحت غطاء مقتضيات التحري و التحقيق التي تتضمن مساسا صارخا لحقوق الأفراد يقدم له من الجريمة. وحياتهم الشخصية، المكفولة حمايتها دستوريا<sup>2</sup>.

تجيز التشريعات والقضاء<sup>3</sup> التحريات التي لا تتعلق بحرمة الحياة الخاصة، والمشكل يطرح في المعيار الفاصل بين ما يعد حياة خاصة وبين ما لا يعد كذلك.

عادة ما تورد التشريعات الجنائية الصور المختلفة لتجريم الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة والتي يستلزم أن يكون السلوك المعاقب عليه كالتصوير أو تسجيل محادثات قد تم في مكان خاص<sup>4</sup>، أما إذا كان المكان عاما لا يحول دون سلطة رجال الضبط القضائي في تتبع الشخص وتصويره إذا كان ذلك يفيد في الكشف عن الجريمة، أكثر من ذلك صدر قانون في فرنسا وهو قانون 2001-538 الصادر في جويلية 2001 سمح فيه لوزير الداخلية أن يتبنى تطبيق نظام المعلومات المعالجة آليا الخاصة بالمشتبّه فيهم والمجني عليهم بهدف البحث عن الجاني ، فالمعالجة الإلكترونية أصبحت مقبولة في المراحل

(1) د/ شيماء عبد الغني محمد عطا الله، مرجع سابق، ص251.

(2) نصر الدين هنوني، دارين يقدح، الضبطية القضائية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2009، ص77.

(3) مثلا قضت محكمة كندية بأن ما قام به رجال الضبط القضائي من الرجوع إلى أجهزة شركة الكهرباء لمعرفة مدى إستهلاك أحد المشتركين المشتبه فيه بأنه يقوم بزراعة نباتات مخدرة في منزله، لا يتعلق بحرمة الحياة الخاصة ولا تحتاج لإذن بالتفتيش انظر في ذلك: د/ شيماء عبد الغني محمد عطا الله، مرجع سابق، ص193.

(4) فالبنوك التي تقوم بوضع كاميرات فيها لتصوير المترددين عليها سلوك سليم كونها أماكن عامة وان هذه الصور ستستند إليها المحكمة في حكمها بالإدانة في جرائم السطو.

المختلفة للإجراءات ومن ثمة لا تعتبر مساسا بالحياة الخاصة بالنسبة لاطلاع رجال الضبط القضائي عليها<sup>1</sup>.

بالعودة لإجراء الاعتراض، نجد أن المشرع الجزائري أجاز طبقا للمادة 65 مكرر 05 لضباط الشرطة القضائية القيام باعتراض المراسلات، تسجيل الأصوات و التقاط الصور، لكنه قيدهم بجملة من الشروط لتكون إجراءاتهم صحيحة و منتجة لآثارها وهي:

- أن يصدر الإذن من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق المختصين.
- أن يوجه هذا الإذن لضابط الشرطة القضائية، فلا يجوز أن يوجه لأحد الأعوان لأن مهمتهم تنحصر في مساعدة الضباط.
- أن يقوم الضابط بهذه الأعمال سعيا للكشف عن جرائم حددها المشرع في المادة 65 مكرر 5 و هي جرائم مذكورة على سبيل الحصر، و قد يرجع ذلك للخطورة الإجرامية لهذه الأفعال و أثرها على السياسة العامة في الدولة و اقتصادها، أما إذا كانت هذه الأعمال في غير هذه الجرائم فإجراؤه باطل.
- أن يكون هذا الإذن مكتوبا و محدد المدة، و إلا كان تحت طائلة البطلان: - يجب أن يكون هذا الإذن مكتوبا بعبارات واضحة تتضمن كافة الأعمال التي يقوم بها ضابط الشرطة القضائية و التي تساعد على إتمام المهام الموكلة له من الاتصالات المطلوبة التقاطها والأماكن المقصودة والجريمة التي تبرر اللجوء إلى هذه التدابير و مدتها، عليه، لا يجوز أن يكون هذا الإذن مبهما أو فيه لبس أو غموض كما لا يجوز أن يكون شفويا. و قد أجاز المشرع الجزائري لهذا الضابط الاستعانة بالأعوان أهل الخبرة و الاختصاص لضمان تنفيذ المهمة على أحسن وجه. إلا أن هذا الضابط مقيد أثناء قيامه بهذه الأعمال بالحفاظ على السر المهني، حرصا على نجاحها من جهة، و خوفا من فشلها من جهة أخرى و هذا راجع لخطورة هذه الأفعال الإجرامية التي تنفذ على مستوى عال من الاحتراف و السرية.
- يجب أن يكون الإذن محدد المدة، فلا يجوز أن تتجاوز مدته 4 أشهر،

(1) د/ عبد الرؤوف مهدي، مرجع سابق، ص 256.

إلا أنه و نظرا للخطورة الإجرامية لهذه الأفعال منح المشرع الجزائري رخصة للضابط القائم بالمهمة تمديد هذه المدة بنفس الشروط الشكلية والزمنية السابقة.

الملاحظ أن المشرع الجزائري أثناء القيام بهذه الأعمال لم يفيد الضباط بالمواعيد المحددة في المادة 47 من قانون الإجراءات الجزائية، و قد يرجع هذا لما تتطلبه هذه العمليات من سرعة لإتمامها.

• يتعين على الضابط القائم بهذه المهمة تحرير محضر يتضمن كافة الأعمال و الإجراءات التي قام بها، كما يتضمن وصفا دقيقا للوقائع المثبتة لصحة ما قام به، كما يتعين عليه تحديد ساعة انطلاقه في مباشرة الأعمال ووقت انتهائها.

إن تفيد ضباط الشرطة القضائية بجميع الشروط و القيود التي تطلبها قانون الإجراءات الجزائية أثناء قيامهم بهذه الأعمال -اعتراض المراسلات، تسجيل الأصوات و التقاط الصور- لا يعني أن الجهات المعنية -النيابة، قضاة، التحقيق أو الحكم- مجبرة على الأخذ بها، فهي كغيرها من الأعمال تحرر في محضر و تودع في ملف، و لهذه الجهات سلطة تقدير إمكانية الأخذ بها أو استبعادها.

### ب-سلطات الضبطية في مراقبة الاتصالات الإلكترونية

جاء في قانون 09-04 زيادة لإجراء اعتراض المراسلات إمكانية مراقبة الاتصالات الإلكترونية<sup>1</sup>، هذا الإجراء مسموح به بشروط هي:

1 أن تكون من ضمن الحالات التالية:

أ - الوقاية من الأفعال والموصوفة بجرائم الإرهاب أو التخريب أو الجرائم الماسة بأمن الدولة.

ب - في حالة توفر معلومات عن احتمال اعتداء على منظومة معلوماتية على نحو يهدد النظام العام أو الدفاع الوطني أو مؤسسات الدولة أو الاقتصاد الوطني

(1) حيث تنص المادة 03 منه على: "مع مراعاة الأحكام القانونية التي تضمن سرية المراسلات والاتصالات يمكن لمقتضيات حماية النظام العام أو لمستلزمات التحريات أو التحقيقات القضائية الجاري، وفقا للقواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية وفي هذا القانون، وضع ترتيبات تقنية لمراقبة الاتصالات الإلكترونية وتجميع وتسجيل محتواها في حينها والقيام بإجراءات التفتيش والحجز داخل منظومة معلوماتية"

ج - لمقتضيات التحريات والتحقيقات القضائية، عندما يكون من الصعب الوصول إلى نتيجة تهم الأبحاث الجارية دون اللجوء إلى المراقبة الإلكترونية.

د - في إطار تنفيذ طلبات المساعدة القضائية الدولية المتبادلة.

2 - بإذن مكتوب من السلطة القضائية المختصة وعندما يتعلق الأمر بالوقاية من الأفعال الموصوفة بالجرائم الإرهاب والتخريب والماسة بأمن الدولة يختص النائب العام لدى مجلس قضاء الجزائر .

3 - الضباط المختصين بهذا الإجراء في شأن جرائم الإرهاب والتخريب والماسة بأمن الدولة هم المنتمين للهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها و يسلم الإذن ، مدته 6 أشهر قابلة للتجديد وذلك على أساس تقرير يبين طبيعة الترتيبات التقنية المستعملة والأغراض الموجهة لها، أما الجرائم الأخرى تخضع للإحكام المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية.

### ج- سلطات ضباط الشرطة القضائية في حالة التسرب

نظم المشرع الجزائري التسرب بموجب القانون رقم 06-22 في المواد 65 مكرر 11 إلى غاية مكرر 18 التي أجاز بمقتضاها لضباط الشرطة القضائية و أعوانهم القيام بعملية التسرب إذا دعت مقتضيات التحقق لذلك.

عرف المشرع الجزائري التسرب في المادة 65 مكرر 1/12 من قانون الإجراءات الجزائية<sup>1</sup>، والتسرب هو إجراء يقوم به ضابط الشرطة القضائية أو أحد أعوانه تحت مسؤولية الضابط يوهم الأشخاص المشتبه في ارتكابهم لجريمة من الجرائم التي تعتبر جنائية أو جنحة بأنه واحد منهم ليتمكن من مراقبتهم قصد الكشف عن ملبسات هذه الجريمة و الإحاطة بمرتكبيها.

أجاز قانون الإجراءات الجزائية لضباط الشرطة القضائية القيام بهذه العملية لكنه قيدهم بجملة من الشروط لابد من توافرها كي يكون هذا الإجراء صحيحا، منتجا لآثاره و هي:

(1) بنصه على : "يقصد بالتسرب قيام ضابط أو عون الشرطة القضائية، تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية، مراقبة الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جنائية أو جنحة بإيهاهم أنه فاعل معهم أو شريك لهم أو خاف".

- أن يصدر الإذن من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق بعد إخطار وكيل الجمهورية المختص.
  - أن يوجه هذا الإذن لضابط الشرطة القضائية أو أحد أعوانه تحت مسؤولية الضابط.
- يجوز للمتسرب أن يستعمل هوية مستعارة تمكنه من الإحتكاك بالأشخاص مرتكبي الجريمة من أجل القيام بالمهمة المكلف بها، و يحضر عليه إظهار الهوية الحقيقية لأحد الضباط أو أعوان الشرطة القضائية المباشرين لعملية التسرب في أي مرحلة من مراحل الإجراءات مهما كانت الأسباب إلا لرؤوسها السلميين، لأن هذا سيؤدي إلى إفشال الخطة المتبعة في القبض على المشتبه فيهم و تعريض العضو المكشوف عن هويته للخطر، و قد أكدت على ذلك المادة 65 مكرر 16 من قانون الإجراءات الجزائية<sup>1</sup>.
- ما يمكن ملاحظته من خلال هذه المادة أن المشرع قد عاقب كل شخص يقوم بالكشف عن المتسرب أو معاونيه، إلا أنه تناقض مع مبادئ التجريم و العقاب فلم يعتد بالخطورة الإجرامية و المتمثلة في الكشف عن المتسرب إنما اعتد بالنتائج المترتبة عن ذلك<sup>2</sup>.
- كما اعتبر القانون العضو المتسرب غير مسؤول جزائيا عن الأعمال التي يقوم بها أثناء مهمته كحيازة، نقل أو تسليم مخدرات أو مساعدتهم في تخزينها. لكن لا يجوز للمتسرب أن يحرص المشتبه فيهم على ارتكاب الجرائم من أجل القبض عليهم فيشترط أن يكون منفذا

(1) بنصها على أنه : "لا يجوز إظهار الهوية الحقيقية لضباط أو أعوان الشرطة القضائية الذين باشروا عملية التسرب تحت هوية مستعارة في أي مرحلة من مراحل الإجراءات.

يعاقب كل من يكشف هوية ضباط أو أعوان الشرطة القضائية بالحبس من سنتين ( 2 ) إلى خمس سنوات (5) و بغرامة من 50000 دج إلى 200000 دج.

و إذا تسبب الكشف عن الهوية في أعمال عنف أو ضرب أو جرح على أحد هؤلاء الأشخاص أو أزواجهم أو أبنائهم أو أصولهم المباشرين فتكون العقوبة الحبس من خمس ( 5 ) إلى عشر ( 10 ) سنوات و الغرامة من 200000 دج إلى 500000 دج.

و إذا تسبب هذا الكشف في وفاة أحد هؤلاء الأشخاص فتكون العقوبة الحبس من عشر ( 10 ) سنوات إلى عشرين (20) سنة و الغرامة من 500000 دج إلى 1000000 دج دون الإخلال، عند الاقتضاء، بتطبيق أحكام الفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب الثالث من قانون العقوبات."

(2) نصر الدين هنوني، دارين يقدح، مرجع سابق، ص82.

لأوامرهم لا رئيسا عليهم و إلا كان إجراؤه باطلا وفقا للمادة 65 مكرر 2/12 من قانون الإجراءات الجزائية.

- أن تكون الجريمة المتسرب فيها تشكل أحد الجرائم المنصوص عليها في المادة 65 مكرر 5 من قانون الإجراءات الجزائية.

نلاحظ أن المشرع قد حدد الجرائم التي يجوز التسرب فيها، فإذا كانت الجريمة المتسرب فيها خارجة عن الجرائم المشار إليها سلفا فلا تجوز عملية التسرب.

- أن يكون الإذن مكتوبا، مسببا، محدد المدة و إلا كان تحت طائلة البطلان وفقا لما ورد في المادة 65 مكرر 15 من قانون الإجراءات الجزائية لهذا يجب:
- أن يكون الإذن مكتوبا بعبارات واضحة يحدد فيه هوية ضابط الشرطة القضائية التي جرت العملية تحت مسؤوليته و تحدد فيه مهامه فلا يجوز أن يكون الإذن شفويا أو مبهما.

- أن يكون مسببا فيجب أن تحدد فيه الأسباب التي أدت لاتخاذ هذا الإجراء، فعدم تسببه يؤدي إلى بطلانه.

- أن يكون الإذن محدد المدة، فلا يجوز أن تتجاوز مدته أربعة ( 4 ) أشهر، لكن المشرع منح إمكانية تجديده إذا دعت مقتضيات التحري أو التحقيق لذلك، فقد لا يتمكن المتسرب من إنهاء مهامه خلال هذه المدة فيحتاج لتمديد، و هذا التمديد يخضع لنفس الشروط الواجب توافرها في الإذن الأول.

و قد منح قانون الإجراءات الجزائية للقاضي الذي رخص عملية التسرب أن يوقفها حتى قبل انقضاء المدة المحددة، إلا أنه في حالة الوقف أو عند انقضاء المدة المحددة في الرخصة دون تمديد، يمكن للمتسرب مواصلة عمله إلى غاية ترتيب أموره، بحيث يتمكن من الانسحاب بطريقة لا تثير الشكوك حوله أو تعرضه للخطر، شرط أن لا تتجاوز هذه المدة أربعة أشهر، نشير بأن الأعمال التي قام بها في هذه الفترة هو غير مسؤول عنها جزائيا، فيقع عليه إخطار القاضي الذي منحه رخصة القيام بالعملية، و يجوز للقاضي في حالة عدم تمكنه من توقيف نشاطه معهم أن يرخص بتمديد الإذن لمدة لا تتجاوز أربعة أشهر على الأكثر، تودع هذه الرخصة في ملف الإجراءات بعد الانتهاء من العملية.

• يتعين على العضو المتسرب إعداد تقرير يتضمن جميع ما قام به من إجراءات لمعاينة الجريمة شرط أن لا يتعرض هذا العضو و المسخرين لهذه المهنة للخطر. نشير في الأخير أنه إذا تطلب الأمر القيام بعملية تسرب ، و توافرت جميع شروطه يباشر عضو الضبطية القضائية مهامه من أجل الكشف عن ملبسات الجريمة ، و يترتب عن ذلك جواز سماع ضابط الشرطة القضائية دون غيره من العملية التي أجراها بنفسه أو بالتنسيق مع أحد معاونيه بوصفه شاهدا فقط ، و بالتالي فالمسألة جوازية يرجع تقديرها للقاضي المطروح عليه النزاع فله أن يطلب سماعه إن رأى ضرورة لذلك، كما يمكن أن يتغنى عن ذلك.

#### سابعاً: خصوصيات المعاينة والتفتيش والضبط في الجرائم الإلكترونية.

لأي متابعة جزائية لا بد أن يتم معاينة الجريمة و إثبات اكتمال أركانها خاصة المادي منها اثر تفتيش وضبط لوسائل تنفيذ الجريمة .

##### أ-المعاينة:

يقصد بالمعاينة إثبات مباشر ومادي لآثار المادية التي خلفها ارتكاب الجريمة، عن طريق رايته أو فحصها فحصاً حسياً مباشراً بهدف المحافظة عليها خوفاً من إتلافها أو محوها أو تعديله<sup>1</sup>. وهي من إجراءات التحقيق الابتدائي، ويجوز للمحقق اللجوء إليها متى رأى لذلك ضرورة تتعلق بالتحقيق، والأصل أن يحضر أطراف الدعوى المعاينة، وقد يقرر المحقق أن يجربها في غيبتهم، ولا يلتزم المحقق بدعوة محامي المتهم للحضور ومجرد غياب المتهم عند إجراء المعاينة ليس من شأنه أن يبطلها وإذ تظهر أهمية المعاينة عقب وقوع جريمة من الجرائم التقليدية، حيث يوجب مسرح فعلي للجريمة يحتوي على آثار مادية فعلية، يهدف القائم بالمعاينة إلى التحفظ عليها تمهيداً لفحصها لبيان مدى صحتها في الإثبات، فليس الحال كذلك بالنسبة للجرائم الإلكترونية، حيث ينذر أن يتخلف عن ارتكابها آثار مادية، وقد تطول الفترة الزمنية بين وقوع الجريمة واكتشافها،

(1) صغير يوسف، الجريمة المرتكبة عبر الانترنت، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع القانون الدولي

للأعمال، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013، ص83.



- مما يعرض الآثار الناجمة عنها إلى المحو أو التلف أو العبث بها وإذا تمت المعاينة بعد وقوع الجريمة في المجال الإلكتروني، فيجب مراعاة ما يلي :
- تصوير الحاسب والأجهزة الطرفية المتصلة به، على أن يتم تسجيل وقت وتاريخ ومكان التقاط كل صورة.
- العناية بملاحظة الطريقة التي تم بها إعداد النظام.
- ملاحظة وإثبات حالة التوصيلات والكابلات المتصلة بكل مكونات النظام حتى يمكن إجراء عمليات المقارنة والتحليل حين عرض الأمر فيما بعد على المحكمة.
- عدم نقل أي مادة معلوماتية من مسرح الجريمة قبل إجراء اختبارات للتأكد من خلو المحيط الخارجي لموقع الحاسب من أي مجال لقوى مغناطيسية يمكن أن يتسبب في محو البيانات المسجلة.
- التحفظ على معلومات سلة المهملات من الأوراق الملقاة أو الممزقة وأوراق الكربون المستعملة والشرائط والأقراص الممغنطة غير السليمة، وفحصها، ويرفع من عليها البصمات ذات الصلة بالجريمة.
- التحفظ على مستندات الإدخال والمخرجات الورقية للحاسب ذات الصلة بالجريمة، لرفع ومضاهاة ما قد يوجد عليها من بصمات.
- قصر مباشرة المعاينة على الباحثين والمحققين الذين تتوافر لهم الكفاءة العلمية والخبرة الفنية في مجال الحاسبات.

#### ب- التفتيش:

- أما التفتيش فهو إجراء من إجراءات التحقيق، يهدف إلى البحث عن أشياء تتعلق بالجريمة، يقوم به موظف مختص طبقاً لإجراءات مقررة قانوناً في مكان يتمتع بحرمة من أجل الوصول إلى أدلة مادية لجناية أو جنحة تحقق وقوعها لإثباتها أو نسبها لفاعلها<sup>1</sup> للفتيش شروط موضوعية تتعلق :

(1) صغير يوسف، مرجع سابق، ص76.

1- بسببه : وقوع جريمة بالفعل تعد جنائية أو جنحة، وان يوجه اتهام إلى الشخص المراد تفتيشه أو تفتيش مسكنه.

2- الغاية منه : ضبط أشياء تفيد في كشف الحقيقة.

والشروط الشكلية تتحدد بـ:

أ- أن يكون الأمر بالتفتيش مسببا.

ب- حضور المتهم أو من ينبيه أو الغير أو من ينبيه التفتيش.

ج- احترام المواعيد المقررة قانونا له.

د- تحرير محضر بالتفتيش .

ويثور السؤال عن إمكانية التفتيش وفقا للضوابط السابقة والغاية منه في مجال الجرائم الإلكترونية ؟ والغرض من هذا السؤال يتضح من أن التفتيش بالمعنى التقليدي يهدف إلى حفظ أشياء مادية تتعلق بالجريمة وتفيد في كشف الحقيقة، بينما البيانات الإلكترونية ليس لها بحسب جوهرها مظهر مادي ملموس في العالم الخارجي. ومع ذلك فيمكن أن يرد التفتيش على هذه البيانات غير المحسوسة عن طريق الوسائط الإلكترونية لحفظها وتخزينها كالأسطوانات والأقراص الممغنطة، ومخرجات الحاسب. لهذا فقد أجاز الفقه والتشريعات التي صدرت في هذا المجال إمكانية أن يكون محل لتفتيش البيانات المعالجة آليا، والمخزنة بالحاسب الآلي، ثم ضبطها والتحفز عليها، أو ضبط الوسائط الإلكترونية التي سجلت عليها هذه البيانات. والتفتيش في هذه الحالة يخضع لما يخضع له التفتيش بمعناه التقليدي من ضوابط وأحكام.

بالنسبة للمشرع الجزائري نظم التفتيش في الجرائم التي تشكل جنایات وجنح متلبس بها، بحيث لا يجوز لضباط الشرطة القضائية الانتقال إلى مساكن الأشخاص الذين يظهر أنهم ساهموا في الجنایة أو الجنحة المتلبس بهما أو أنهم يحزرون أشياء لها علاقة بالأفعال المرتكبة لإجراء تفتيش إلا بإذن مكتوب صادر عن وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق<sup>1</sup>، وإذا كانت مواعيد التفتيش في هذه الجرائم المتلبس بها تكون حسب المادة 47 محددة من الخامسة صباحا إلى الثامنة مساء فان هذه المواعيد لا تنقيد بها جرائم الماسة بأنظمة

(1) أنظر المادة 44 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

المعالجة الآلية للمعطيات<sup>1</sup> فيجوز إجراءه في كل محل سكني أو غير سكني وفي كل ساعة من ساعات النهار أو الليل على امتداد التراب الوطني.

أما في الجرائم العادية الغير متلبس بها فطبقاً للنص المادة 81 ق ا ج انه يجوز إجراء التفتيش في جميع الأماكن التي يمكن العثور فيها على أشياء يكون كشفها مفيداً لإظهار الحقيقة<sup>2</sup> مع احترام المواعيد المنصوص عليها في المواد 45 إلى 47 إلا إذا كانت الجريمة موصوفة على أنها جناية في هذه الحالة يجوز لقاضي التحقيق حسب المادة 82 ق ا ج ج أن يفتش مسكن المتهم خارج الساعات المحددة قانوناً<sup>3</sup>. عليه فإذا شكلت الجريمة الإلكترونية جناية تطبق عليها نص هذه المادة.

وقد عرف المجلس الأوروبي هذا النوع من التفتيش بأنه إجراء يسمح بجمع الأدلة المخزنة أو المسجلة بشكل الإلكتروني.

فالتفتيش أو البحث في الشبكات الإلكترونية يسمح باستخدام الوسائل الإلكترونية للبحث في أي مكان عن البيانات أو الأدلة المطلوبة، ومحل التفتيش وما يتبعه من ضبط يشمل : البرامج أو الكيانات المنطقية Les logiciels ، البيانات المسجلة في ذاكرة الحاسب أو في مخرجاته - السجلات المثبتة لإستخدام نظام المعالجة الآلية للبيانات - دفتر يومية التشغيل وسجل المعاملات - السجلات الخاصة بعمليات الدخول إلى نظام المعالجة الآلية للبيانات، ويتعلق بها من سجلات كلمات السر، ومفاتيح الدخول، ومفاتيح فك الشفرة. ونظراً لكون التفتيش يتضمن تقييداً للحرية الفردية ويمثل إعتداء على حرمة الحياة الخاصة فيجب أن تتوفر فيه الضمانات القانونية اللازمة لصحته ومنها أن يتم صدور أمر قضائي مسبب

(1) انظر الفقرة 3 و 4 من المادة 47 ق ا ج

(2) والتفتيش متعلق بمكونات الحاسوب يسهل إجراءه على مكوناته المادية إما الغير مادية فمبدئياً كلمة أشياء في المادة 81 ق ا ج ج تستوعب هذه المكونات اللامادية لكن التفتيش في هذه الأخيرة من الأمور الصعبة لان الجاني فيها يتمكن من التخلص من البيانات التي يستهدفها التفتيش أو يضع لها كلمة سر للمرور أو يدخل تعليمات خفية أو تشفير تعوق الوصول للبيانات المخزنة كما انه يمكن ان يبعثها وينقلها من دولة إلى أخرى مما يحول دون الاطلاع عليها، أنظر في ذلك: خالد عياد الحلبي، إجراءات التحري والتحقيق في جرائم الحاسوب والانترنت، دار الثقافة، الأردن، 2011، ص152.

(3) شريطة أن يباشر ذلك بنفسه مع حضور وكيل الجمهورية .

بشأنه وأن يباشره الشخص أو الجهة المختصة ( النيابة العامة، أو قاض التحقيق أو مأمور الضبط القضائي في حالة ندبه، في غير حالات التلبس بالجريمة.

وبحسب الأصل يجب أن يصدر إذن التفتيش مكتوباً إلا أن هذا الشرط يحمل بعض المخاطر أحيانا وذلك في حالة ما إذا كان البحث عن أدلة الجريمة يستدعي أن يتم التفتيش في مكان آخر في نظام معلوماتي آخر غير الذي صدر بشأنه الإذن المكتوب. والمخاطر تتمثل في إمكانية قيام الجاني بتدمير، أو محو البيانات، أو نقلها، أو تعديلها، خلال الفترة التي يراد الحصول على إذن مكتوب بشأنها. ولمواجهة هذه المخاطر، يرى البعض أن الإذن الأول بالتفتيش في مكان ما يجب أن يتضمن الإذن بتفتيش أي نظام معلوماتي آخر يوجد في أي مكان غير مكان البحث.

ويثير امتداد الإذن بالتفتيش إلى أماكن أو أنظمة أخرى، غير الواردة في الإذن الأول بعض المشكلات، يتعلق أولها برفض صاحب المكان أو النظام الآخر مباشرة التفتيش لديه، يرى البعض في هذه الحالة عدم استمرار أو امتداد البحث لديه إلا في حالتي التلبس، أو رضائه بالتفتيش<sup>1</sup>.

وفي حالة امتداد الاختصاص، فيمكن أن يصدر الأمر بالامتداد شفويا من قاضي التحقيق، تحقيقا للسرعة المطلوبة، ثم يصدر فيما بعد الإذن المكتوب، وفي جميع الأحوال يجب أن

(1) فنجد المادة 2/23 و 62 مكررا/2 مثلا من قانون تحقيق الجنايات البلجيكي ان الإذن يتجاوز حدود الاختصاص المحلي، من اجل البحث عن أدلة الجريمة، يشترط لصحته فضلا عن صدوره من الجهة المختصة أن يتم إبلاغ ممثل النيابة الداخل في نطاق إختصاصه الجغرافي الموضع الجديد محل التفتيش. وقد أدى هذا إلى إدخال المادة رقم 88 في قانون تحقيق الجنايات بمقتضى القانون الصادر في 23 نوفمبر سنة 2000، التي تنص على أنه "إذا أمر قاضي التحقيق بالتفتيش في نظام معلوماتي، أو في جزء منه، فإن هذا البحث يمكن أن يمتد إلى نظام معلوماتي آخر يوجد في مكان آخر غير مكان البحث الأصلي، ويتم هذا الامتداد وفقا لضابطين:

أ. إذا كان ضروريا لكشف الحقيقة بشأن الجريمة محل البحث.

ب. إذا وجدت مخاطر تتعلق بضياح بعض الأدلة، نظرا لسهولة عملية محو أو إتلاف، أو نقل البيانات محل البحث

يكون الإذن مسببا، لتتمكن الجهة القضائية من مراقبة مدى مشروعيته<sup>1</sup> والمشكلة الثانية التي تثار في حالة إمتداد الإذن بالتفتيش إلى خارج الإقليم الجغرافي للدولة التي صدر من جهاتها المختصة الإذن، ودخوله في المجال الجغرافي لدولة أخرى، حيث ينتهك الإمتداد سيادة الدولة الأخرى.

بالنسبة للتشريع الجزائري وبعد 2009 يمكن اللجوء للتفتيش في الأنظمة المعلوماتية بأذن ويمكن تمديد التفتيش لأنظمة لم يشملها الإذن إذا كان ذلك ضروريا فتنص المادة 05 من قانون 04-09 على يجوز للسلطات القضائية المختصة وكذا ضباط الشرطة القضائية، في إطار قانون الإجراءات الجزائية وفي الحالات المنصوص عليها في المادة الرابعة من قانون 04-09 الدخول، بغرض التفتيش، ولو عن بعد إلى :  
أ - منظومة معلوماتية أو جزء منها وكذا المعلوماتية المخزنة فيها.  
ب - منظومة تخزين معلوماتية.

في الحالة المنصوص عليها في الفقرة " أ " ، إذا كانت هناك أسباب تدعو للاعتقاد بأن المعلومات المبحوث عنها مخزنة في منظومة معلوماتية أخرى وأن هذه المعلومات يمكن الدخول إليها، انطلاقا من المنظومة الأولى، يجوز تمديد التفتيش بسرعة إلى هذه المنظومة أو جزء منها بعد إعلام السلطة القضائية المختصة مسبقا بذلك.

إذا توجب مسبقا بأن المعلومات المبحوث عنها والتي يمكن الدخول إليها انطلاقا من المنظومة الأولى، مخزنة في منظومة معلوماتية تقع خارج الإقليم الوطني، فإن الحصول عليها يكون بمساعدة السلطات الأجنبية المختصة طبقا للاتفاقيات الدولية ذات الصلة ووفقا لمبدأ المعاملة بالمثل.

عندما تكتشف السلطة التي تبشر التفتيش في منظومة معلوماتية معلومات مخزنة تكون مفيدة في الكشف عن الجرائم أو مرتكبيها وأنه ليس من الضروري

(1) Meunier (C.): La loi du 28 Nov. 2000 relative a la criminalité informatique. Rev. Dr. pen. Crim. 2002, p. 611

حجز كل المنظومة، يتم نسخ المعطيات محل البحث وكذا المعطيات اللازمة لفهمها على دعامة تخزين إلكترونية تكون قابلة للحجز والوضع في أحرار وفقا للقواعد لمقررة في قانون الإجراءات الجزائية.

يجب في كل الأحوال على السلطة التي تقوم بالتفتيش والحجز السهر على سلامة المعطيات في المنظومة المعلوماتية التي تجري بها العملية. غير أنه يجوز لها استعمال الوسائل التقنية الضرورية لتشكيل أو إعادة تشكيل هذه المعطيات، قصد جعلها قابلة للاستغلال لأغراض التحقيق، شرط أن لا يؤدي ذلك إلى المساس لمحتوى المعطيات.

يرى جانب من الفقه أن هذا التفتيش الإلكتروني العابر للحدود لا يجوز في غياب اتفاقية دولية بين الدولتين تجيز هذا الإمتداد، أو على الأقل الحصول على إذن الدولة الأخرى وهذا يؤكد أهمية التعاون الدولي في مجال مكافحة الجرائم التي تقع في المجال الإلكتروني<sup>1</sup>. ومع ذلك فقد أجازت المادة 32 من الإتفاقية الأوروبية التي أعدها المجلس الأوروبي في صيغتها النهائية في 25 مايو سنة 2001 إمكانية الدخول بغرض التفتيش والضبط في أجهزة أو شبكات تابعة لدولة أخرى بدون إذنها، وذلك في حالتين:

أ- إذا تعلق بمعلومات أو بيانات مباحة للجمهور.  
ب- إذا رضي صاحب أو حائز هذه البيانات بهذا التفتيش.

لكن تطبيق هذا النص يمكن أن يثير مشكلات جمة، ولا مناص من التعاون الدولي في هذا المجال بمقتضى إتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف، أو على الأقل الحصول على إذن الدولة التي يتم التفتيش في مجالها الإقليمي.

### ج- الضبط:

أما بخصوص الضبط فالغاية من التفتيش ضبط شيء يتعلق بالجريمة ويفيد في التحقيق الجاري بشأنها، سواء أكان هذا الشيء أدوات استعملت في ارتكاب الجريمة أو شيئاً نتج

(1) Podovo (Y.) : un aperçu de la lutte contre la cybercriminalité en France. R.S.C. 2002, p. 765.- p.777

عنها أو غير ذلك مما يفيد في كشف الحقيقة<sup>1</sup>.

ونظرا لكون الضبط محله في مجال الجرائم الإلكترونية، البيانات المعالجة إلكترونيا، فقد ثار التساؤل : هل يصلح هذا النوع من البيانات لأن يكون محلا للضبط، الذي يعني كما رأينا وضع اليد على شيء مادي ملموس ؟

إنقسم الفقه إلى اتجاهين عند الإجابة عن هذا التساؤل : فيرى البعض أن بيانات الحاسب لا تصلح لأن تكون محلا للضبط، لانتفاء الكيان المادي عنها، ولا سبيل لضبطها إلا بعد نقلها على كيان مادي ملموس، عن طريق التصوير الفوتوغرافي، أو بنقلها على دعامة أو غيرها من الوسائل المادية. ويستند هذا الرأي إلى أن النصوص التشريعية المتعلقة بالضبط محل تطبيقها الأشياء المادية الملموسة.

يرى الاتجاه الثاني أن البيانات المعالجة إلكترونيا أن هي إلا ذبذبات إلكترونية، أو موجات كهرومغناطيسية، تقبل التسجيل والحفظ والتخزين على وسائط مادية، وبالإمكان نقلها وبثها واستقبالها وإعادة إنتاجها، فوجودها المادي لا يمكن إنكاره. ويستند هذا الاتجاه إلى بعض النصوص التشريعية، كالمادة 7/29 من قانون الإثبات في كندا التي تنص على أن تفتيش وضبط الدفاتر والسجلات الخاصة بمؤسسة مالية، يقتصر على تفتيش المكان بغرض تفقده واخذ نسخة من المواد المكتوبة، يستوي في ذلك أن تكون السجلات مكتوبة أم في شكل إلكتروني<sup>2</sup>.

وهذا الخلاف دعا المشرعين<sup>3</sup> في بعض الدول إلى تطوير النصوص التشريعية المتعلقة بمحل التفتيش والضبط ليشمل فضلا عن الأشياء المادية المحسوسة، البيانات المعالجة إلكترونيا، وهو ما فعله المشرع الجزائري في قانون 04-09 حيث سمح بحجز المعطيات

(1) د/ عوض محمد ، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، مصر، 1999، ص 381.

(2) د/ شيماء عبد الغني محمد عطاء الله ، مرجع سابق، ص 275.

(3) مثلا ما نصت عليه المادة 39 من قانون تحقيق الجنايات البلجيكي، بعد تعديله الصادر في 23 نوفمبر سنة 2000، حيث يشمل الحجز وفقا لهذا النص على الأشياء المادية، وعلى البيانات المعالجة إلكترونيا فحشية من محو أو إتلاف أو نقل أو ضياع الأدلة التي يتم الحصول عليها بطريق التفتيش، فقد أعطت المادة 88 من قانون تحقيق الجنايات البلجيكي ، لقاضي التحقيق سلطة الأمر بالتحفظ عليها، إن وجدت على الأرض البلجيكية، أو أن يطلب من السلطات الأجنبية نسخة من هذه البيانات محل الجريمة، إن وجدت لدى دولة أجنبية.

وله حيال ذلك نسخها إذا كان لا داعي لحجز كل المنظومة المعلوماتية وله كذلك لغرض التحقيق استعمال الوسائل التقنية الضرورية لتشكيل أو إعادة تشكيل هذه المعطيات ثم حجزها ووضع الأختام عليها طبقا لقانون الإجراءات الجزائية وإذا كان مستحيلا حجزها لأسباب تقنية يتعين على السلطة التي تقوم بالتفتيش استعمال التقنيات المناسبة لمنع الوصول إلى المعطيات التي تحتويها المنظومة المعلوماتية أو إلى نسخها ومنع الاطلاع عليها لما يكون جريمة وذلك بتكليف أشخاص مؤهلين لذلك<sup>1</sup>.

ويتم التحفظ على البيانات محل الجريمة، وكذلك الأدوات التي استخدمت في إرتكابها، أو الآثار المتخلفة عنها وتفيد في كشف الحقيقة، ويتم إستخراج نسخة من المعلومات المضبوطة على الوسائط الخاصة بجهة التحقيق، وتبقى تحت تصرفها إلى حين إنتهاء المحاكمة، ويرى البعض ضرورة حفظ نسخة أخرى لدى المحضرين بالمحكمة، خشية تلف أو ضياع النسخة الوحيدة المرجوة تحت تصرف جهة التحقيق أو المحكمة.

وبواجه عملية الضبط للبيانات المعالجة إلكترونيا صعوبات منها:

- أ- حجم الشبكة التي تحتوي على المعلومات المعالجة إلكترونيا والمطلوب ضبطها. من ذلك البحث في نظام إلكتروني لشركة متعددة الجنسيات.
- ب- وجود هذه البيانات في شبكات أو أجهزة تابعة لدولة أجنبية، مما يستدعي تعاونها مع جهات الشرطة والتحقيق في عملية التفتيش والضبط والتحفظ.
- ج- يمثل التفتيش والضبط أحيانا اعتداء على حقوق الغير، أو على حرمة حياته الخاصة، فيجب اتخاذ الضمانات اللازمة لحماية هذه الحقوق والحريات.

مما تقدم يتضح لنا أن التحري والبحث والتحقيق وجميع الأدلة في مجال الجرائم الإلكترونية يكتنف الغموض، وتحيط به العديد من الصعاب، إلا انه لا مناص من مواصلة البحث والتحقيق وجمع الأدلة مع التطوير المستمر لوسائل البحث، ولأجهزة الشرطة وسلطات التحقيق، وتدعيم التعاون الدولي في هذا المجال.

(1) انظر المواد 07 و08 من قانون 09-04.



## الفرع الثاني

### المحاكمة في الجرائم الالكترونية

ما يهمننا في هذه المرحلة هو الإثبات الجنائي بواسطة الدليل الالكتروني المتحصل عليه خلال إجراءات التحقيق، والإثبات الجنائي نشاط إجرائي موجه مباشرة للوصول إلى اليقين القضائي طبقاً لمعيار الحقيقة الواقعية، وذلك بشأن الاتهام أو أي تأكيد أو نفي آخر يتوقف عليه إجراء قضائي<sup>1</sup>، وبمعنى آخر هو إقامة الدليل على وقوع الجريمة ونسبتها إلى فاعل معين.

الهدف من الإثبات هو بيان مدى التطابق بين النموذج القانوني للجريمة وبين الواقعة المعروضة، فإنه في سبيل ذلك يستخدم وسائل معينة هي وسائل الإثبات نذكر أمثلة منها:- كالتخزين الإلكتروني للمعطيات الذي يجعلها غير مرئية وغير مفهومة بالعين المجردة، ويشكل انعدام الدليل المرئي -المفهوم- عقبة كبيرة أمام كشف الجرائم، وقد يشكل تشفير البيانات المخزنة إلكترونياً أو المنقولة عبر شبكات الاتصال عن بُعد عقبة كبيرة أمام إثبات الجريمة المعلوماتية والبحث عن الأدلة، كما أن سهولة محو الدليل في زمن قصير تُعد من أهم الصعوبات التي تعترض العملية الإثباتية في مجال جرائم الحاسوب والإنترنت<sup>2</sup>. ولما كانت أدلة الإثبات المتحصلة من التفتيش على نظم الحاسوب والإنترنت تحتاج إلى خبرة فنية ودراية فائقة في هذا المجال<sup>3</sup>، فإن نقص خبرة سلطات جمع الاستدلالات

(1) د/آمال عبد الرحيم عثمان، الإثبات الجنائي ووسائل التحقيق العلمية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 4.

(2) د/هشام محمد فريد رستم، الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية - دراسة مقارنة - مكتبة الآلات الحديثة، مصر، 1994، ص 35 وما بعدها، وانظر: د. عبد الفتاح بيومي حجازي، الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والإنترنت - دراسة متعمقة في جرائم الحاسب الآلي والإنترنت - دار الكتب القانونية، القاهرة، 2002، ص 46.

(3) يتردد الضحايا في الجرائم المعلوماتية عن كشف المعلومات حول ما يقع عليهم أو مؤسساتهم خوفاً من فقدان الثقة بهم أو الإساءة لسمعة مؤسساتهم والتبعات الاقتصادية المترتبة على ذلك، انظر: الرائد كمال الكركي، "جرائم الحاسوب ودور مديرية الأمن في مكافحتها"، ورقة عمل مقدمة إلى ندوة قانون حماية حق المؤلف - نظرة إلى المستقبل - المنعقدة في عمان بتاريخ 1999/7/5، ص 10 وما بعدها.

والتحقيق والمحاكمة قد يؤدي إلى ضياع الدليل بل تدميره أحياناً<sup>1</sup>، ويضاف إلى ذلك أن كل المعطيات ليس لها تجسيد دائم على أية دعامة، بمعنى أنها لا توجد مسجلة على أسطوانة صلبة أو مرنة ولا على أية دعامة مادية منقولة أيًا كانت فقد توجد هذه المعطيات في الذاكرة الحية للحاسوب، ويتم محوها في حالة عدم حفظها أو تسجيلها على أية أسطوانة، وحتى لو كانت المعطيات قد تم تخزينها على دعامة مادية إلا أنه قد يكون من الصعب الدخول إليها بسبب وجود نظام معلوماتي للحماية، وعلاوة على ذلك قد يتقاعس المجني عليه عن التبليغ عن الجرائم المعلوماتية إلى السلطات المختصة<sup>2</sup>، مع كل هذه الصعوبات والمشكلات<sup>3</sup>، سنتطرق لشروط الدليل الإلكتروني (أولاً)، ثم حجية الدليل الإلكتروني في الإثبات (ثانياً).

### أولاً: شروط الدليل الإلكتروني للإثبات في المواد الجنائية

الأدلة الإلكترونية، إما أن تكون مخرجات ورقية يتم إنتاجها عن طريق الطابعات، وإما أن تكون مخرجات غير ورقية أي إلكترونية : كالأشرطة والأقراص الممغنطة وأسطوانات الفيديو وغيرها من الأشكال الإلكترونية غير التقليدية، أو تتمثل في عرض مخرجات المعالجة بواسطة الحاسوب على الشاشة الخاصة به، أو الإنترنت بواسطة الشاشات أو وحدة العرض المرئي<sup>4</sup>، ويكون الدليل باطلاً إذا تم الحصول عليه عن طريق مخالفة القانون، ولهذا الموضوع أهمية بالغة لما يترتب على بطلان الدليل من آثار، فإذا كان الدليل الباطل هو الدليل الوحيد فلا يصح الاستناد عليه في إدانة المتهم، فإذا ما شاب التفتيش الواقع على نظم الحاسوب عيب فإنه يبطله، والتفتيش الذي يقوم به المحقق بغير الشروط التي نص عليها

(1) انظر: أسامة أحمد المناعسة وجلال محمد الزعبي وصايل الهواوشة ، جرائم الحاسب الآلي والإنترنت - دراسة تحليلية مقارنة - ط1 ، دار وائل ، عمان ، 2001، ص 289-297.

(2) لقد كشفت إحصائيات شركات التأمين في فرنسا عن أن نسبة الإبلاغ عن جرائم الحاسوب والإنترنت تتراوح بين (5-10%) من مجموع الجرائم التي ارتكبت في هذا المجال، انظر د.جميل عبد الباقي الصغير ، أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة - (أجهزة الرادار - الحاسبات الآلية - البصمة الوراثية) - دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية، القاهرة 2001، ص 116.

(3) تعتبر الجريمة المعلوماتية جريمة بيضاء تعتمد على ذكاء عالٍ في ارتكابها ، انظر: محمد محمد شتا ، فكرة الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001، ص 103.

(4) انظر: د/هلال عبد اللاه أحمد ، حجية المخرجات الكمبيوترية في الإثبات الجنائي ، ط2، دار النهضة العربية ، القاهرة 2007، ص 14-22.

القانون يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا يجوز التمسك بما ورد في محضر التفتيش كما لا يجوز للمحكمة أن تعتمد عليه في حكمها. ويقع عبء إثبات الجرائم المعلوماتية على عاتق النيابة العامة أو قاض التحقيق ، كما أن المدعي بالحق الشخصي يشارك هما هذا العبء، والدليل المتحصل من تفتيش نظم الحاسوب والإنترنت لا يكون مشروعاً، ويعتبر باطلاً إذا تم الحصول عليه بغير الشروط التالية:-

#### أ - يجب الحصول على الدليل بطريقة مشروعة ونزيهة<sup>1</sup> :

تكفل الدستور بصيانة كرامة الإنسان وحماية حقوقه بحيث تضمن قواعد أساسية يتقيد المشرع بها عند وضع قانون الإجراءات الجزائية ، لذلك فإن إجراءات الحصول على الأدلة الجنائية يجب أن تكون ضمن الإطار العام الذي حدده الدستور وإلا فإن الدليل المستمد بطريق مخالف لتلك الأحكام يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام، ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك به كما أن للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ونرى ضرورة أن يقوم المشرع الجزائري بتشريع نصوص إجرائية تتكفل بحماية الحياة الخاصة المخزونة في الحاسوب والإنترنت ، بحيث تمنع اقتحام الملفات الشخصية بدون سند قانوني، حماية للحقوق والحريات الفردية التي كفلها الدستور، بالإضافة إلى المواثيق الدولية.

وفي جميع الحالات يترتب العمل المخالف للقانون لمن وقع عليه الحق في التعويض فضلاً عن استحقاق القائم به للعقوبة الجنائية مع وجوب بطلان هذا العمل كونه وليد جريمة، وبالتالي بطلان الدليل الذي استمد منه هذا العمل، لأن ما يبنى على الباطل يكون باطلاً .

وفي إطار مشروعية الأدلة الإلكترونية، نجد أن قانون الإجراءات الجنائية ال جزائري لم يتضمن أي نصوص تتعلق بمبدأ الأمانة أو النزاهة في البحث عن الحقيقة ، إلا أنه وبالعودة للفقه والقضاء الفرنسي كانا بجانب هذا المبدأ سواء في مجال التتقيب عن الجرائم التقليدية ، أم في مجال التتقيب في جرائم الحاسوب والإنترنت، كأن يستخدم أعضاء الضبط القضائي طرقاً معلوماتية في أعمال التنصت على المحادثات الهاتفية ، ويشير رأي فقهي فرنسي إلى

(1) وفي مشروعية الدليل المستمد من التفتيش ، انظر: د/ رمزي رياض عوض ، مشروعية الدليل الجنائي في مرحلة المحاكمة وما قبلها، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1997، ص 85 وما بعدها.

أن القضاء قد قبل استخدام الوسائل العلمية الحديثة في البحث والتتقيب عن الجرائم تحت تحفظ أن يتم الحصول على الأدلة الجنائية ، ومن بينها الأدلة المتحصلة من الحاسوب والإنترنت ، بطريقة شرعية ونزيهة ، ونفس الشيء نجده في سويسرا وبلجيكا<sup>1</sup>.

ففي بريطانيا مثلا ، قامت الشرطة بتركيب جهاز تنصت على خط هاتف إحدى الشاكيات بناءً على موافقتها ، وقد أجرت الشاكية عدة مكالمات هاتفية مع الشخص الذي كانت الشرطة تشك في ارتكابه الجريمة، وقد تم تسجيل هذه المكالمات التي تضمنت موضوعات تدين المتهم، لكن القاضي استبعد هذه التسجيلات على أساس أنها تمت من خلال شرك خداعي<sup>2</sup> ، أما في هولندا، فإذا كانت بيانات الحاسوب المسجلة في ملفات الشرطة غير قانونية، فذلك يؤدي إلى نتيجة مؤداها ضرورة محو هذه البيانات، وعدم إمكانية استخدامها كدليل جنائي بسبب مبدأ استبعاد الأدلة غير القانونية<sup>3</sup>.

ومن أمثلة الطرق غير المشروعة التي يمكن أن تستخدم في الحصول على الأدلة الناتجة عن الجرائم المعلوماتية ، نجد كذلك الإكراه المادي والمعنوي في مواجهة المتهم المعلوماتي من أجل فك شفرة نظام من النظم المعلوماتية أو الوصول إلى دائرة حل التشفير أو الوصول إلى ملفات البيانات المخزنة، أو التحريض على ارتكاب الجريمة المعلوماتية من قبل أعضاء الضبطية، كالتحريض على الغش أو التزوير المعلوماتي أو التجسس المعلوماتي، والاستخدام غير المصرح به للحاسوب ، والتتصت ، والمراقبة الإلكترونية عن بُعد<sup>4</sup>.

وتُعد من الطرق غير المشروعة أيضا استخدام التدليس أو الغش أو الخداع في الحصول على الأدلة الإلكترونية<sup>5</sup>، ولقد صادقت لجنة الوزراء التابعة للمجلس الأوروبي في

(1) انظر: د/ هلاي عبد الاله أحمد، حجية المخرجات الكمبيوترية ، مرجع سابق، ص 121-122.

(2) د/ هلاي عبدالله أحمد، حجية المخرجات الكمبيوترية ، المرجع السابق، ص 132.

(3) إن البيانات التي تجمعها الشرطة عن الأشخاص من أجل حماية الأمن العام يجب أن تبقى تحت سلطة هؤلاء الموظفين بسبب وظيفتهم في حماية الأمن العام ، وهي أساس عملهم بهذه البيانات ، ومن ثم يجب منع غيرهم من الوصول إليها ممن ليس لهم نفس الاختصاص في إطار الحفاظ على سرية هذه البيانات وحقوق الخصوصية ، انظر: د/ أسامة عبدالله قايد ، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات - دراسة مقارنة - ط2، دار

النهضة العربية ، القاهرة ، 1989 ، ص 93-94.

(4) انظر: د/ جميل عبد الباقي الصغير، مرجع سابق ، ص 111.

(5) د/ جميل عبد الباقي الصغير، المرجع نفسه، ص 112.

1981/1/28 على اتفاقية خاصة بحماية الأشخاص في مواجهة مخاطر المعالجة الآلية للبيانات ذات الطبيعة الشخصية، ومن المحاور المهمة التي تناولتها الاتفاقية ضرورة أن تكون البيانات المضبوطة صحيحة وكاملة ودقيقة، ومستمدة بطرق مشروعة، ومدة حفظها محددة زمنياً، وعدم إفشائها أو استعمالها في غير الأغراض المخصصة لها، وحق الشخص المعني في التعرف والإطلاع على البيانات المسجلة المتعلقة به وتصحيحها وتعديلها ومناقضتها ومحوها إذا كانت باطلة<sup>1</sup>.

ولقد تضمن قانون الشرطة والإثبات الجنائي الإنكليزي لعام 1984، تحديد الشروط الواجب توافرها في مخرجات الحاسوب لكي تقبل أمام القضاء، وتضمن كذلك توجيهات في كيفية تقدير قيم أو وزن البيان المستخرج عن طريق الحاسوب، فأوصت المادة (11) منه، بمراعاة كل الظروف عند تقييم البيانات الصادرة عن الحاسوب المقبولة في الإثبات طبقاً للمادة (69) من القانون نفسه، وبوجه خاص مراعاة (المعاصرة) أي ما إذا كانت المعلومات المتعلقة بأمر قد تم تزويد الحاسوب بها في وقت معاصر لهذا الأمر أم لا، وكذلك مسألة ما إذا كان أي شخص من المتصلين على أي نحو بإخراج البيانات من الحاسوب لديه دافع لإخفاء الوقائع أو تشويهها، وقد نصت المادة (69) على ثلاثة شروط أساسية هي:-

- يجب ألا يوجد أساس معقول للاعتقاد أن البيان الخاطئ أو غير دقيق، بسبب الاستعمال الخاطئ (الاستعمال غير الملائم للظروف أو للغرض الذي يستخدم من أجله الحاسوب).
- يجب أن تكون جميع المكونات المادية للحاسوب كانت تعمل بدقة وعلى نحو متوافق كما ينبغي.

-إن أيًا من الشروط المحددة (التي تدخل في متطلبات القبول) المتعلقة بالموضوع يجب أن تخضع لتقدير المحكمة، ولقد قضت محكمة الاستئناف الجنائي في إنكلترا بذلك، حيث بينت في حكمها كيفية التعامل مع الأدلة المستخرجة من الحاسوب، ويتلخص الحكم بما يلي: (أنه يبدو لهذه المحكمة - أنه من الخاطئ رفض أو إنكار أية مزايا أو صلاحيات مقرررة وفقاً لقانون الإثبات، يمكن بمقتضاها التوصل عن طريق التقنيات الجديدة والوسائل الحديثة التأكد من صحة وصدق التسجيل، حيث يمكن التثبت من ذلك، وكذلك يمكن

(1) محمد محمد شتا، مرجع سابق، ص 104-105.

التعرف بوضوح على الأصوات المسجلة ، والمستخلص أيضاً هو أن الدليل وثيق الصلة بالموضوع ، من جهة أخرى ، يمكن قبوله ، ومن ثم تؤيد المحكمة قبول هذه الأشرطة ويجب أن ينظر دائماً بعين الاعتبار إلى مثل هذا الدليل ، وتقدير قيمته في ضوء جميع الظروف بالنسبة لكل قضية<sup>1</sup>.

### ب- يجب أن تكون الأدلة الإلكترونية غير قابلة للشك أي يقينية:

يُشترط في الأدلة المستخرجة من الحاسوب والإنترنت أن تكون غير قابلة للشك حتى يمكن الحكم على أساسها، ذلك أنه لا مجال لدحض قرينة البراءة وافترض عكسها إلا عندما يصل اقتناع القاضي إلى حد الجزم واليقين، ويمكن التوصل إلى ذلك من خلال ما يعرض من الأدلة الإلكترونية، والمصغرات الفيلمية ، وغيرها من الأشكال الإلكترونية التي تتوافر عن طريق الوصول المباشر، أم كانت مجرد عرض لهذه المخرجات المعالجة بواسطة الحاسوب على الشاشة الخاصة به أو على الطرفيات، وهكذا يستطيع القاضي من خلال ما يعرض عليه من مخرجات إلكترونية ، وما ينطبع في ذهنه من تصورات واحتمالات بالنسبة لها، أن يحدد قوتها الاستدلالية على صدق نسبة الجريمة المعلوماتية إلى شخص معين من عدمه<sup>2</sup>.

ونصت بعض القوانين كقانون الولايات المتحدة الأمريكية ، على أن النسخ المستخرجة من البيانات التي يحتويها الحاسوب تُعد من أفضل الأدلة المتاحة لإثبات هذه البيانات ، وبالتالي يتحقق مبدأ اليقين لهذه الأدلة، و تنص القواعد الفيدرالية على أن: (الشرط الأساسي للتوثيق أو التحقق من صحة أو صدق الدليل ، كشرط مسبق لقبوله ، هو أن يفي بأمانة أو بيئة كافية لأن تدعم اكتشاف (أو الوصول) إلى الأمور التي تتصل بالموضوع بما يؤيد الادعاءات أو المطالبة المدعي بها)<sup>3</sup>.

(1) انظر: د/ سعيد عبد اللطيف حسن، مرجع سابق ، ص 199-200.

(2) فيشترط قانون البوليس والإثبات في بريطانيا مثلاً حتى تتحقق يقينية الأدلة الإلكترونية أن تكون البيانات دقيقة ونتاجة عن الحاسوب بصورة سليمة، أما في كندا ، فإن الرأي السائد في الفقه هو اعتبار مخرجات الحاسوب من أفضل الأدلة ، لذا فإنها تحقق اليقين المنشود في الأحكام الجنائية.

(3) د/ سعيد عبد اللطيف حسن ، المرجع السابق، ص 159.

أما المشرع الأردني اعتبر نظام المعالجة الإلكترونية مؤهلاً لإثبات تحويل الحق مما يسهل على المحقق ضبط الدليل الإلكتروني وذلك من خلال نص المادة (21) من قانون المعاملات الإلكترونية رقم (85) لسنة 2001<sup>1</sup>.

### ج- إمكانية مناقشة الأدلة الإلكترونية المستخرجة من الحاسوب والإنترنت:

يعني مبدأ وجوب مناقشة الدليل الجنائي بصفة عامة أن القاضي لا يمكن أن يؤسس اقتناعه إلا على العناصر الإثباتية التي طرحت في جلسات المحاكمة وخضعت لحرية مناقشة أطراف الدعوى، وهذا يعني أن الأدلة المتحصلة من جرائم الحاسوب والإنترنت سواء كانت مطبوعة أم بيانات معروضة على شاشة الحاسوب، أم كانت بيانات مدرجة في حاملات البيانات، أم اتخذت شكل أشرطة وأقراص ممغنطة أو ضوئية أو مصغرات فيلمية، كل هذه ستكون محلاً للمناقشة عند الأخذ بها كأدلة إثبات أمام المحكمة، وعلى ذلك فإن كل دليل يتم الحصول عليه من خلال بيئة تكنولوجيا المعلومات، يجب أن يعرض في الجلسة ليس من خلال ملف الدعوى في التحقيق الابتدائي، لكن بصفة مباشرة أمام القاضي، وأيضاً بالنسبة لشهود الجرائم المعلوماتية الذين يكون قد سبق أن سمعت أقوالهم في التحقيق

(1) والتي جاء فيها بأن: "أ- يعتبر نظام المعالجة الإلكترونية مؤهلاً لإثبات تحويل الحق في السند تطبيقاً لأحكام المادة (20) من هذا القانون إذا كان ذلك النظام يسمح بإنشاء السند الإلكتروني وحفظه وتحويله وذلك بتوافر الشرطين التاليين مجتمعين:

- 1- إذا كانت النسخة المعتمدة من السند القابل للتحويل محددة بصورة غير قابلة للتغيير وذلك مع مراعاة أحكام الفقرة (ج) من هذه المادة.
- 2- إذا كانت النسخة المعتمدة من السند تدل على اسم الشخص الذي تم سحب السند لمصلحته وأن السند قابل للتحويل وتضمنت اسم المستفيد.
- ب- ترسل النسخة المعتمدة وتحفظ من قبل الشخص الذي يملك الحق فيها أو الشخص المودعة لديه لمصلحة صاحب الحق في السند.
- ج- 1- تعتمد النسخة المأخوذة عن النسخة المعتمدة التي حدث عليها تغيير أو إضافة بموافقة من الشخص الذي يملك حق التصرف في السند.
- 2- يؤشر على كل نسخة مأخوذة من السند بأنها معتمدة أو غير معتمدة.
- 3- تعرف كل نسخة مأخوذة من النسخة المعتمدة بأنها نسخة مطابقة للنسخة المعتمدة." يتضح من هذا النص إمكانية إثبات الحق مما يمكن المحقق من استخدام هذه الوسائل أيضاً بالإضافة للوسائل السابق الإشارة إليها في تفتيش نظم الحاسوب والإنترنت.



الابتدائي ، فإنه يجب أن يعيدوا أقوالهم مرة أخرى من جديد أمام المحكمة<sup>1</sup> ، كذلك فإن خبراء الأنظمة المعلوماتية على اختلاف تخصصاتهم، ينبغي أن يمثلوا أمام المحاكم لمناقشتهم ، أو مناقشة تقاريرهم التي خلصوا إليها لإظهار الحقيقة وكشفاً للحق. لقد تضمنت القواعد الفيدرالية الأمريكية نصاً يعتبر السجلات والبيانات المنظمة بدقة بيئة مقبولة أمام المحاكم الجنائية، وبناءً على تلك القواعد تعد التقارير والمعلومات والبيانات المحفوظة في أي شكل، وكذلك الوقائع والأحداث والآراء ونتائج التحليل المنقولة بواسطة أصحاب المعرفة والخبرة في نطاق الأنشطة والممارسات المنظمة بيئة مقبولة أمام المحاكم الجنائية لكونها بيانات أكثر دقة ومحفوظة بأسلوب علمي يختلف عن غيرها من الأدلة، والأدلة الجنائية الإلكترونية من هذا القبيل لكونها معدة بعمليات حسابية دقيقة لا ي شوبها الشك ويتم حفظها آلياً بأسلوب علمي.

### ثانياً: حجية الدليل الإلكتروني

إن حجية المخرجات المتحصلة من الحاسوب، هي قوتها الاستدلالية على صدق نسبة الفعل إلى شخص معين أو كذبه، أو هي قيمة ما يتمتع به المخرج المتحصل من الكمبيوتر، بأنواعه المختلفة الورقية والإلكترونية والمصغرات الفيلمية، من قوة استدلالية في كشف الحقيقة<sup>2</sup>.

لقد اختلفت أنظمة الإثبات في تقديرها لحجية المخرجات في القوانين ذات الصياغة اللاتينية، ومنها القانون الأردني والفرنسي والمصري والسوري واللبناني، فإن حجية الأدلة الإلكترونية لا تثير صعوبات لمدى حرية تقديم هذه الأدلة لإثبات جرائم الحاسوب والإنترنت ، ولا لمدى حرية القاضي الجنائي في تقدير هذه الأدلة ذات الطبيعة الخاصة باعتبارها أدلة إثبات في المواد الجنائية، وفي فرنسا مشكلة حجية المخرجات المتحصلة من الحاسوب على مستوى القانون الجنائي ليست ملحة أو عاجلة في نظر الفقهاء، فالأساس هو حرية القاضي

(1) والشاهد المعلوماتي : هو الفني صاحب الخبرة والمتخصص في تقنية وعلوم الحاسوب والذي تكون لديه معلومات

جوهرية لازمة لولوج لنظام المعالجة الآلية للبيانات إذا كانت مصلحة التحقيق تقتضي التنقيب عن أدلة الجريمة

داخله ، انظر: د/ هلاي عبد الاله أحمد ، التزام الشاهد ، مرجع سابق ، ص 23 وما بعدها.

(2) د/ هلاي عبد الاله أحمد ، مرجع سابق، ص22.



في تقدير هذه الأدلة<sup>1</sup>، ويدرس الفقه الفرنسي هذه الحجية تحت نطاق قبول الأدلة الناشئة عن الآلة أو الأدلة العلمية مثل أجهزة التصوير وأشرطة التسجيل وأجهزة التنصت، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية: ( إن أشرطة التسجيل الممغنطة التي تكون لها قيمة دلائل الإثبات يمكن أن تكون صالحة للتقديم أمام القضاء الجنائي ) ، وكذلك الحال بالنسبة لكل من ألمانيا وتركيا ولوكسمبورج واليونان والبرازيل<sup>2</sup>، وكل هذه الدول تخضع الأدلة الإلكترونية لحرية القاضي في الاقتناع الذاتي، بحيث يكون بمقدوره أن يرفض مثل هذه الأدلة-رغم قطعيتها من الناحية العلمية- ذلك عندما يجد أن الدليل الإلكتروني لا يتفق منطقياً مع ظروف الواقعة وملابساتها.

أما في النظم الإنجلو سكسونية التي يحدد المشرع فيها أدلة الإثبات ويقدر قيمتها الإقناعية، في طليعة هذه الدول التي تتبنى هذا النظام، بريطانيا، التي أصدرت قانون إساءة استخدام الحاسوب في عام 1990، الذي لم يتناول الأدلة الناتجة عن الحاسوب، وربما كان السبب هو وجود قانون البوليس والإثبات الجنائي لسنة 1984، الذي حوى تنظيمًا محددًا لمسألة قبول مخرجات الحاسوب والإنترنت، كأدلة إثبات في المواد الجنائية<sup>3</sup>، وفي الولايات المتحدة الأمريكية تناولت بعض القوانين حجية الأدلة الإلكترونية، ومن ذلك على سبيل المثال ما نص عليه قانون الحاسوب لسنة 1984، الصادر في ولاية (أيووا)، من أن مخرجات الحاسوب تكون مقبولة بوصفها أدلة إثبات بالنسبة للبرامج والبيانات المخزنة فيه ( المادة 16/أ/716)، كما يتضح من قانون الإثبات الصادر في عام 1983 في ولاية كاليفورنيا، من أن النسخ المستخرجة من البيانات التي يحتويها الحاسوب تكون مقبولة بوصفها أفضل الأدلة المتاحة لإثبات هذه البيانات.

وفي كندا، يمكن قبول السجلات الناجمة عن الحاسوب، إذا توافرت شروط معينة، وتتص المادة (29) من قانون الإثبات الكندي على عدد من الشروط التي يجب توافرها قبل

(1) د/هلاي عبد الاله أحمد، مرجع سابق، ص 42-43.

(2) للمزيد من المعلومات عن هذه الدول أنظر: د/هلاي عبد الاله أحمد، المرجع نفسه، ص 44-46.

(3) لقد صدر تشريع الإثبات بالحاسوب في إنكلترا عام 1983، وقد ركز بصفة أساسية على قبول مخرجات الحاسوب كدليل لإثبات أية حقيقة مسجلة فيه والتي تزود بشهادة شفوية تكون مقبولة والتي يتم تقديرها من قبل المحكمة المختصة- انظر د/ سعيد عبد اللطيف حسن، مرجع سابق، ص 194.

عمل صورة (Copy)، من السجل الذي يضاف إلى الأدلة، ومن هذه الشروط أن تكون الصورة حقيقية من المدخل الأصلي، وقد قضت محكمة استئناف اونتايريو الكندية في قضية مك ميلان (MC Mullen)، بأنه يشترط لكي تكون سجلات الحاسوب مقبولة بوصفها نسخاً حقيقية من السجلات الإلكترونية، وأن تكون محتوية على وصف كامل لنظام حفظ السجلات السائد في المؤسسات المالية، كما يمكن أن يتضمن ذلك وصفاً للإجراءات والعمليات المتعلقة بإدخال البيانات وتخزينها واسترجاعها، حتى يتبين أن المخرج المتحصل من الحاسوب موثق به بشكل كافٍ<sup>1</sup>.

وتنص قواعد الإثبات الفيدرالية الأمريكية، على أن النسخة المطابقة للأصل لها ذات حجية الأصل، أيًا كانت الطريقة أو الوسيلة المستخدمة في النسخ، كالطباعة، والتصوير، والتسجيل الميكانيكي، والتسجيل الإلكتروني، بما يسمح بقبول مخرجات الحاسوب في الإثبات، والغالب الأعم في القضاء الأمريكي أنه يُعول على قبول دليل السجلات المحتفظ بها على الحاسوب<sup>2</sup>.

أما في القوانين ذات الاتجاه المختلط، وهي التي تجمع ما بين النظامين اللاتيني والانجلوسكسوني، فيعتمد النظام المختلط على أن يحدد القانون أدلة معينة لإثبات بعض الوقائع دون بعضها الآخر، أو يشترط في الدليل شروطاً في بعض الأحوال، أو يعطي القاضي الحرية في تقدير الأدلة القانونية، مثل القانون الإجرائي الياباني، وقد حصر المشرع الياباني طرق الإثبات المقبولة بما يأتي: ( أقوال المتهم، وأقوال الشهود، والقرائن، والخبرة)، أما بالنسبة لأدلة الحاسوب والإنترنت، فيقرر الفقه الياباني، أن السجلات الإلكترونية مغناطيسية تكون غير مرئية في حد ذاتها، ولذلك لا يمكن أن تستخدم كدليل في المحكمة، إلا إذا تم تحويلها إلى صورة مرئية ومقروءة عن طريق مخرجات الطباعة لمثل هذه السجلات، وفي مثل هذه الحالة يتم قبول هذه الأدلة الناتجة عن الحاسوب والإنترنت، سواء كانت هي الأصل أم كانت نسخة من هذا الأصل<sup>3</sup>.

(1) د/ هلاي عبد الاله احمد، مرجع سابق، ص 55-57.

(2) انظر: د/ سعيد عبد اللطيف حسن، مرجع سابق، ص 165.

(3) نقلاً عن د/ هلاي عبد الاله أحمد، حجية المخرجات الكمبيوترية، مرجع سابق، ص 62.

## المطلب الثاني

### في الجانب الجزائي الموضوعي

أدى ظهور المعلوماتية وتطبيقاتها المتعددة إلى بروز مشاكل قانونية جديدة، أي ظهور ما يسمى بأزمة القانون الجنائي في مواجهة واقع المعلوماتية فرض حلها البحث في الأوضاع القانونية القائمة ومدى ملائمتها لمواجهة هذه المشاكل، ولما كان القاضي الجزائي مقيدا عند نظره في الدعوى الجنائية بمبدأ شرعية الجرائم، فإنه لن يستطيع أن يجرم أفعالا لم ينص عليها المشرع حتى ولو كانت أفعالا مستهجنة وعلى مستوى عال من الخطورة الإجرامية، فمن الناحية العملية فإن إساءة استخدام المعلوماتية بارتكاب جرائم عن بعد، تكون محلا لإثارة الإشكال في تكييف الاعتداء إن كان جريمة أم لا.

تثير مسألة الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية عدة مشكلات تتمحور حولها في مدى كفاية القواعد المقررة في الجرائم التقليدية لحماية معاملاتها من الجرائم التي تعترضها، ثم ما الجديد الذي تضمنته النصوص الحديثة؟ سواء في قانون العقوبات (فرع أول) أو في قانون الملكية الفكرية (فرع ثان)

### الفرع الأول

مواجهة الجريمة المعلوماتية من خلال جرائم الأموال المقررة في قانون العقوبات الجزائي هل يستطيع القاضي الجزائي تحقيق حماية جزائية معلوماتية دون الإطاحة بالمبادئ الراسخة التي يرتكز عليها القانون الجنائي التقليدي؟

ونجد نصوص تقليدية (أولا)، وأخرى جديدة حاول المشرع من خلالها إعطاء حماية للمعلوماتية (ثانيا).

#### أولا: في النصوص التقليدية - القواعد العامة -

لتحديد مدى إمكانية إخضاع الاعتداءات الواردة على أموال الإعلام الآلي للنصوص التقليدية لجرائم الأموال وجب دراسة النقاط التالية:

#### أ- مدى انطباق وصف المال على المعلوماتية :

يقصد بالمال المعلوماتي الحاسوب بكل مكوناته وهو عبارة عن مجموعة من الكيانات التي تسمح بدخول المعلومات ومعالجتها وتخزينها واسترجاعها عند الطلب وهو يتكون من

كيانين: مادي ومعنوي<sup>1</sup>.

فإذا كانت الأجهزة المادية للحاسبات لا تحتاج إلى نصوص خاصة لحمايتها جزائيا إذ تشملها نصوص الجرائم التقليدية ، فالأمر يختلف بصدد الكيان المعنوي لتلك الحاسبات لان جرائم الاعتداء على الأموال يشترط بشأنها عادة أن يكون موضوعها شيئا ماديا ، وطبيعة الكيان المعنوي ليس كذلك وعليه فالسؤال يطرح حول مدى اعتبار الكيان المعنوي للحاسوب مالا.<sup>2</sup>

المال هو "كل شيء مادي يصلح لان يكون محلا حق من الحقوق المالية"<sup>3</sup>، ولكن مع التطور ازدادت الأشياء المعنوية عددا وتفق بعضا من حيث قيمتها على الأشياء المادية مما استدعى البحث عن معيار آخر غير طبيعة الشيء الذي يرد عليه الحق المالي حتى يمكن إسباغ صفة المال على الشيء المعنوي.

ومن هذه الأشياء المعنوية ذات القيمة الاقتصادية العالية برامج الحاسب الآلي - هذه البرامج تكون عادة مثبتة على دعامة أو حامل SUPPORT - مثل الأقراص أو الشرائط الممغنطة من البلاستيك أو الورق المقوى أو أي مادة أخرى .

البرنامج المستقل عن دعامته لا جدال في انه شيء معنوي وبالتالي لا يصدق عليه وصف المال طبقا للتحديد التقليدي للأموال ، أما إذا سجل البرنامج أو نقش على دعامته فان تلك الدعامة بما عليها من برامج تصلح لان تكون محلا لجرائم الأموال على الرغم من أن الدعامة منفصلة عن البرنامج تعتبر ضئيلة القيمة إذا ما قيست بقيمة البرنامج وعلى الرغم أيضا من أن الباعث للاعتداء هو البرنامج نفسه لا دعامته<sup>4</sup>.

(1) ويضم الكيان المادي الأجهزة المادية المختلفة وهي جهاز الإدخال، جهاز الإخراج ووحدات التشغيل المركزية التي يتم من خلالها معالجة المعلومات وتخزينها وإخراجها. أما الكيان المعنوي فيشمل البرامج المختلفة التي تتحقق من خلالها قيام الحاسب بوظائفها المختلفة بالإضافة إلى المعلومات المطلوب معالجتها بالفعل، أنظر في ذلك: د/محمد فتحي عبد الهادي، مقدمة في علم المعلومات، مكتبة غريب، القاهرة 1984، ص 217.

(2) أمال قارة ، مرجع سابق، ص15.

(3) د/ احمد عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، حق الملكية ، الجزء الثاني ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت 1952، ص 09 .

(4) د/علي عبد الله القهوجي، الحماية الجنائية لبرامج الكمبيوتر، دار الجامعية الجديدة ، مصر، 1999، ص7.

يعتبر الاعتداء على الدعامة في هذه الحالة قد وقع على شيء مادي مما يصلح تكييفه حسب النشاط الإجرامي بإحدى جرائم الأموال التي يتطابق نموذجها مع هذا النشاط ، أما إذا وقع الاعتداء على البرنامج مستقلا عن دعامته ، فإن الأمر يختلف حيث يكون قد وقع على شيء معنوي ، هذا الشيء المعنوي لابد وان تثبت له صفة المال أولا حتى يمكن البحث بعد ذلك في مدى إمكانية وقوع جرائم الأموال عليه .

وقد انقسم الفقه في هذا الصدد إلى اتجاهين:

### 1 الاتجاه الأول: الفقه المؤيد لإضفاء وصف المال على البرنامج

حسب هذا الاتجاه، تعد المعلومات صالحة لان تكون محلا للاعتداء عليها طالما كانت هذه المعلومات تعكس الرأي الشخصي لصاحبها ولا تتوقف عند نطاق المعلومات العامة ، وهذا يعني أنها من الحقوق اللصيقة بشخصية صاحبها ، وهذه المعلومات ذاتها هي موضوع هذا الحق ومن خصائصها القابلية للانتقال<sup>1</sup> . والمعلومات مال ليس فقط لوجود علاقة حق استثنائي خاص لصاحبها عليها، وإنما أيضا لأنها تعتبر قيمة اقتصادية، فهي تطرح في السوق للتداول مثلها في ذلك مثل أي سلعة .

وإذا كان الفقه التقليدي قد استبعد المعلومات من طائفة الأموال على أساس أنها غير مادية فإن الفقه الحديث يرى على العكس أن المعيار في اعتبار الشيء مالا ، ليس على أساس ماله من كيان مادي وإنما على أساس قيمته الاقتصادية، وأن القانون الذي يرفض إصباغ صفة المال على شيء له قيمة اقتصادية هو بلا جدال قانون ينفصل تماما عن الواقع<sup>2</sup> .

ومادامت البرامج في جوهرها معلومات معالجة بطريقة ما ولها قيمة اقتصادية فإنه يجب معاملتها على أنها مال<sup>3</sup> .

(1) المعلومات باعتبارها نتاجا ذهنيا لمن يعطيها شكل المعلومة فهي تعد محور العلاقات مثل تلك التي تنشأ بين المالك وبين ما يملك فيكون له نقلها وإيداعها وحفظها وتأجيرها وبيعها . ومن أمثلة هذه المعلومات برامج الحاسب الآلي ، إذ أن هذه البرامج ترتب حقوقا لصاحبها وتخول له إبرام عقود متعلقة بها مثل الإيجار والبيع والحفظ وأي صورة أخرى من صور الاستغلال، لان من خصائصها القابلية للانتقال .

(2) أمال قارة، مرجع سابق، ص 18.

(3) أمال قارة، المرجع نفسه، ص 18

## 2 الاتجاه الثاني: الفقه المعارض لإضفاء وصف المال على البرنامج

عدم صلاحية المعلومات لأن تكون محلاً للاعتداء عليها ، حيث ذهب جانب من الفقه في فرنسا إلى أن المعلومة في حالتها المجردة والفكرة في حد ذاتها لا تقبل التملك والاستئثار وان تداولها والانتفاع بها من حق كافة دون تمييز ومن ثم لا يمكن أن تكون محلاً للملكية الفكرية<sup>1</sup>.

هناك اتجاه آخر يفرق بين المعلومات والبيانات التي تمت معالجتها إلكترونياً فيرون أن الأولى باعتبار أن عنصرها الأساسي هو الدلالة لا الدعامة التي تجسدها ، لها طبيعة غير مادية ولا سبيل من ثم إلى اختلاسها أما البيانات التي تمت معالجتها إلكترونياً، فتتحدد في كيان مادي يتمثل في نبضات أو إشارات ممغنطة يمكن تخزينها على وسائط معينة ونقلها واستغلالها وإعادة إنتاجها فضلاً عن إمكانية تقديرها كمياً وقياسها فهي إذن شئ مادي<sup>2</sup> .

إن اعتبار المعلومات مالا قابلاً للتملك أو الاستغلال كما سبق أن وضعنا يزيل أمامنا عقبة كبيرة تسم التملك. هذا النوع من الأموال إلى مجموعة الأموال التي يحميها القانون الجنائي والتي تتمثل في ضرورة أن يكون المال موضوع جرائم الاعتداء على الأموال شيئاً منقولاً مملوكاً للغير ، فانه يمكن إسباغ حماية النصوص التقليدية عليه وذلك على أساس أن هذه النصوص جاءت عامة ولم يشترط أن تقع جرائم الأموال على منقول مادي .وعليه يكون من المتصور أن تقع هذه الجرائم على مجال غير مادي طالما اعترف لها بصفة المال وقابلية التملك .وقد ساءرت هذا الاتجاه محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها<sup>3</sup>.

(1) د/هشام فريد رستم ، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات ، مكتبة الآلات الكاتبة ، أسبوط ، 1995 ، ص 256- 257 .

(2) وفقاً لهذا الرأي فإن المعلومات إذا لم تعالج ألياً عن طريق الحاسب لا تعتبر من قبيل الأموال الخاضعة للحماية الجنائية باعتبار أن هذه المعالجة تتم في صورة نبضات إلكترونية ، مما يمكن القول معه بأنه لعملية المعالجة تلك تتحول من أموال معنوية إلى أموال مادية، الأمر الذي يخضعها للنصوص التقليدية لجرائم الأموال ،ويأخذ نفس حكمها البيانات المخزنة سواء في برامج الحاسب أو في ذاكرته وبالتالي تأخذ برامج وبيانات الحاسب وحكم الأموال عليه وبالتالي تتمتع بالحماية الجنائية المقررة لها.أنظر في ذلك :خثير مسعود ، مرجع سابق، 36

(3) د/ علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص 23.

### ب-تطبيق نصوص جرائم الأموال على المعلوماتية :

إن برامج الحاسب وفقا للفقہ الراجح ينطبق عليها وصف المال فإذا كانت المعلومات شيئا منقولاً إلا أنها شيء غير مادي فهل تدخل البرامج استناداً إلى هذه الصفة تحت مفهوم الشيء الذي يصلح محلاً لجرائم الأموال ؟

#### 1 بصد جريمة السرقة :

طبقاً للمادة 350 ت ع ج فان "كل من اختلس شيئاً غير مملوك له يعد سارقاً " نص المادة 350 لم يشترط صراحة ضرورة أن يكون المال موضوع الجريمة مادياً مما يجعل وقوع جريمة السرقة على مال معنوي أمراً لا يصطدم بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات كأصل. لكن الجاني وإن كان يدخل في ذمته ما استولى عليه من برامج إلا أنه في نفس الوقت لم يخرج هذه البرامج من ذمة صاحبها الشرعي إذ تظل رغم مباشرة أفعال الاختلاس عليها تحت سيطرة هذا الأخير دون انتقاص من محتواها.

ثم أن المعلومات التي تحويها البرامج من طبيعة غير مادية أي أنها شيء معنوي فكيف يتصور أن يرد فعل الاختلاس الذي هو من طبيعة مادية على شيء معنوي ،وعليه فليس من السهل بسط أحكام السرقة على برامج الحاسب الآلي وخاصة في الحالات التالية :

#### 1-1 سرقة المعلومات عن طريق النسخ غير المشروع للبيانات المخزنة إلكترونياً:

أي عن طريق إعادة إنتاج الوثيقة و قد أقر الاجتهاد القضائي الفرنسي في هذا الصدد باختلاس المعلومات عن طريق إعادة إنتاج المستند الذي يحويها فهو يحمل في طياته ثروة مستترة ولكنها عميقة لأنها تسمح بالعقاب على إعادة الإنتاج الذي لا يمكن أن يقع تحت طائلة جريمة التقليد . ولا يجب الخلط بين جريمة سرقة المعلومات عن طريق النسخ غير المشروع وبين جريمة التقليد لان السرقة تحوي البيانات في ذاتها، بينما تنصب الحماية التي يكفلها المشرع للمصنفات بتجريم تقليدها على طريقة التعبير عن أفكار المؤلف<sup>1</sup>.

#### 1-2 سرقة وقت الآلة : كيفها فقهاء القانون الجنائي على أنها سرقة استعمال ، وفي

هذه الحالة ليس من السهل بسط أحكام جريمة السرقة على وقت الآلة لان المشرع الجزائري لا يأخذ بما يسمى سرقة الخدمة وعليه تتطلب تدخلاً تشريعياً على غرار ما فعل المشرع

(1) أمال قارة، مرجع سابق، ص 26.



الفرنسي بتجريمه البقاء غير المشروع في نظام المعالجة الآلية للمعطيات ، فإذا كانت هذه الجريمة تهدف أساسا إلى حماية نظام المعالجة الآلية للمعطيات بصورة مباشرة إلا أنها تحقق أيضا وبصورة غير مباشرة حماية للمعلومات ذاتها .

**1-3 الالتقاط الذهني للبيانات :** كأن يقوم شخص بالنقاط معلومات ظهرت على شاشة الحاسب وقام بحفظها و اختزانها في ذاكرته ، هذا المسلك يمكن أن يكون اختلاسا رغم انه لم يرد على ذات مادة المستند وإنما اقتصر الشيء المختلس على مضمون المستند مع بقاءه في حيازة صاحبه لان هذا المضمون شيء منقول مملوك للغير منحصر في منفعة المستند كجزء من حق صاحبه في ملكيته

#### **1-4 تكيف الالتقاط الهوائي للبيانات المعالجة أو المنقولة الكترونيا :**

من المعلوم أن الطاقة والقوى الطبيعية أو الصناعية تعد من الأموال المنقولة وتصلح لان تكون محلا للسرقة إلا انه لا يمكننا أن نطبق أحكام سرقة الطاقة على الإشعاعات والموجات والنبضات المنبعثة من الحاسب الآلي أثناء تشغيله رغم أنها كهربائيا قابلة للقياس والتقدير الكمي وذات قيمة<sup>1</sup>.

ولهذا نخلص لعدم وقوع السرقة في الحالات السابقة لان طبيعة البرامج والمعلومات تأبى تحقيق الأخذ أو الاختلاس بمعناه الدقيق المسلم به في جريمة السرقة والذي يعني الاستيلاء على الحيازة الكاملة للشيء بدون رضا مالكة.

#### **2 بصدد جريمة النصب :**

طبقا للمادة 372 ت ع ج<sup>2</sup> عدد الأشياء التي تصلح أن تكون محلا لجريمة النصب على سبيل الحصر ، كما انه نص على المنقول دون تحديد لطبيعته ودون أن يقيدده المشرع بان يكون ماديا مما يسمح بتفسير هذا النص على نحو يسمح بدخول برامج الحاسب ضمن

(1) د/هشام رستم ، مرجع سابق ، ص 456 .

(2) "كل من توصل إلى استلام أو تلقي أموال أو منقولات أو سندات أو تصرفات أو أوراق مالية وعود أو مخالفات أو إبراء من التزامات أو إلى الحصول على أي منها أو شرع في ذلك وكان ذلك بالاحتيال لسلب كل ثروة الغير أو بعضها أو الشروع فيه إما باستعمال أسماء أو صفات كاذبة أو سلطة خيالية أو اعتماد مالي خيالي أو بإحداث الأمل بالفوز بأي شيء أو في وقوع حاد أو أية واقعة أخرى وهمية أو الخشية من وقوع شيء منها يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر وبغرامة من 500 إلى 20000 دج"



الأشياء التي تقع عليها جريمة النصب إلا انه حتى وان أخذنا بهذا التفسير ، نصطدم بعدم وجود نشاط مادي ملموس يحصل به التسليم والاستلام وحتى على فرض أن التسليم قد تم ، فان المجني عليه لا يحرم من حيازة البرنامج والبيانات التي تبقى تحت سيطرته التامة .

### 3 بصدد جريمة خيانة الأمانة :

طبقا للمادة 376 ت ع ج <sup>1</sup> الاختلاس يقع على مال منقول سلم إلى الجاني بمقتضى عقد من عقود الأمانة، وعليه لا تقع جريمة خيانة الأمانة على غير المنقولات المادية. وقد حددت المادة 376 الأشياء التي تصلح محلا لهذه الجريمة وهي على سبيل الحصر وعليه فان إخضاع الاعتداءات الواردة على المال المعلوماتي إلى نصوص خيانة الأمانة يثير بعض المشاكل القانونية نظرا للطبيعة غير المادية للقيم في حقل الجريمة المعلوماتية . الحل هو الاقتداء بما اخذ به القضاء الفرنسي باعتباره بعض القيم في المجال المعلوماتي من قبيل ( البضائع) أي التوسع في مفهوم البضاعة، وعليه فان تطبيق نصوص خيانة الأمانة في مجال المعلوماتية يكون في نطاق محدود.

### 4 بصدد جريمة الإلتاف :

طبقا للمادة 407 ت ع ج "كل من خرب أو اتلف عمدا أموال الغير المنصوص عليها في المادة 396 بأية وسيلة أخرى كليا أو جزئيا بعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 5000 دج".

كما تنص المادة 412 ت ع ج "كل من اتلف عمدا بضائع أو مواد أو محركات أو أجهزة أيا كانت مستعملة في الصناعة وذلك بواسطة مواد من شأنها الإلتاف أو بأية وسيلة أخرى يعاقب بالحبس من 3 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة من 500 دج إلى 5000 دج" هذه المادة الاخيرة حددت الأشياء الخاضعة للإلتاف وبالتالي فإنها تشمل المكونات المادية للحاسوب سواء بوصفها أجهزة أو بضائع .كما أن الكيان المنطقي يمكن أن يخضع

(1) " كل من اختلس أو بدد بسوء نية أوراقا تجارية أو نقودا أو بضائع أو أوراقا مالية أو مخالفات أو أية محررات أخرى تتضمن أو تثبت التزاما أو ابراءا لم تكن قد سلمت إليه إلا على سبيل الإجازة أو الوديعة أو الوكالة أو الرهن أو عارية الاستعمال أو لأداء عمل بأجر أو بغير اجر بشرط ردها أو تقديمها أو لاستعمالها أو لاستخدامها في عمل معين وذلك إضرارا بمالكها أو واضعي اليد عليها أو حائزيها يعد مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة ...."

لهذا النص التجريمي باعتباره مالا بالنظر لما له من قيمة اقتصادية .

### ثانيا: من خلال النصوص القانونية المستحدثة (قانون 15/04)

تدارك المشرع الجزائري مؤخرا - ولو نسبيا - الفراغ القانوني في مجال الإجرام المعلوماتي و ذلك باستحداث نصوص تجرimeية لقمع الاعتداءات الواردة على المعلوماتية بموجب القانون رقم 15/04 المتضمن تعديل قانون العقوبات ، وقد ركز على الاعتداءات الماسة بالأنظمة المعلوماتية (أ)، و أغفل الاعتداءات الماسة بمنتجات الإعلام الآلي و المتمثلة في التزوير المعلوماتي(ب).

#### أ-الاعتداءات الماسة بالأنظمة المعلوماتية

مع ضعف الحماية الفنية للبرمجيات ، استدعى تدخلا تشريعيا صريحا سواء على المستوى الدولي او الداخلي فدوليا وضعت أول اتفاقية حول الإجرام المعلوماتي بتاريخ 2001/11/08 تضمنت مختلف أشكال الإجرام المعلوماتي<sup>1</sup> أما على المستوى الوطني، فقد استدرك المشرع الجزائري الفراغ القانوني من خلال التعديل الأخير لقانون العقوبات الذي تم الفصل الثالث من الباب الثاني من الكتاب الثالث من الأمر رقم 156/66 بقسم سابع مكرر عنوانه "المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات " ويشمل المواد من 394 مكرر إلى 394 مكرر 7.

الجرائم الماسة بالأنظمة المعلوماتية وان كانت تختلف في أركانها و عقوباتها إلا أن ما يجمعها أنهما تحقق حماية جزائية تنظم المعالجة الآلية للمعطيات ،أي أن القاسم المشترك بينهما هو نظام المعالجة الآلية ، وقد سبق أن بينا المقصود بنظام المعالجة الآلية للمعطيات وعليه سنتناول أركان هذه الجريمة(1) والعقوبة المقررة لها(2).

#### 1- الأركان الأساسية

و تتمثل هذه الأركان فيما يلي :

##### 1 ± الركن المادي :

يتمثل الركن المادي في أشكال الاعتداء على نظم المعالجة الآلية للمعطيات و التي هي:

(1) الاتفاقية الدولية حول الإجرام المعلوماتي التي أبرمت بتاريخ: 2001/11/08 من طرف المجلس الأوروبي و تم وضعها للتوقيع منذ تاريخ: 2001/11/23.

## 1 + 1 + 1 الدخول و البقاء غير المشروع في نظام المعالجة الآلية للمعطيات:

نصت عليه المادة 394 مكرر ت ع ج<sup>1</sup>، الصورة البسيطة للجريمة تتمثل في مجرد الدخول أو البقاء غير المشروع، بينما الصورة المشددة تتحقق بتوافر الظرف المشدد لها، و يكون في الحالة التي ينتج فيها عن الدخول أو البقاء غير المشروع إما محو أو تغيير في المعطيات الموجودة في النظام أو تخريب لنظام اشتغال المنظومة.

## 1-1-1-1- الصورة البسيطة:

أ- **فعل الدخول** : أي الدخول إلى العمليات التي يقوم بها نظام المعالجة الآلية للمعطيات. و لم يحدد المشرع وسيلة الدخول أو الطريقة التي يتم الدخول بها إلى النظام، و لذلك تقع الجريمة بأية وسيلة أو طريقة و يستوي أن يتم الدخول مباشرة أو عن طريق غير مباشر<sup>2</sup>.  
 ب- **فعل البقاء** : يقصد بفعل البقاء التواجد داخل نظام المعالجة الآلية للمعطيات ضد إرادة من له الحق في السيطرة على هذا النظام و قد يتحقق البقاء المعاقب عليه داخل النظام مستقلا عن الدخول على النظام، وقد يجتمعان. و يكون البقاء معاقبا عليه استقلا حين يكون الدخول إلى النظام مشروعا<sup>3</sup>. و قد يجتمع الدخول غير المشروع و البقاء غير المشروع معا و ذلك في الفرض الذي لا يكون فيه الجاني الحق في الدخول إلى النظام، و يدخل إليه فعلا ضد إرادة من له حق السيطرة عليه، ثم يبقى داخل النظام بعد ذلك، و

(1) بنصها على ما يلي : "يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة و بغرامة من 50000 إلى 100000 دج كل

من يدخل أو يبقى عن طرق الغش في كل أو جزء من منظومة للمعالجة الآلية للمعطيات أو يحاول ذلك "

تضاعف العقوبة إذا ترتب عن ذلك حذف أو تغيير لمعطيات المنظومة و إذا ترتب عن الأفعال المذكورة أعلاه

تخريب نظام اشتغال المنظومة. كما نصت عليه المادة 02 من الاتفاقية الدولية للإجرام المعلوماتي.

(2) د/علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص 121.

(3) و من أمثلة ذلك: إذا تحقق الدخول إلى النظام بالصدفة أو عن طريق الخطأ أو السهو، إذ كان يجب في هذه

الحالة على المتدخل أن يقطع وجوده و ينسحب فوراً، فإذا بقي رغم ذلك فإنه يعاقب على جريمة البقاء غير

المشروع إذا توافر لها الركن المعنوي. و يكون البقاء جريمة إذا تجاوز المتدخل المدة المسموح بها للبقاء بداخل

النظام، أو في الحالة التي يطبع فيها نسخة من المعلومات في الوقت الذي كان مسموحاً له فيه الرؤية و

الإطلاع فقط و يتحقق ذلك أيضاً بالنسبة للخدمات المفتوحة للجمهور مثل الخدمات التلفونية، و التي يستطيع

فيها الجاني الحصول على الخدمة التلفونية دون أن يدفع المقابل الواجب دفعه أو يحصل على الخدمة مدة

أطول من المدة التي دفع مقابلها عن طريق استخدام وسائل أو عمليات غير مشروعة، أنظر في ذلك: د/علي

عبد القادر القهوجي، المرجع نفسه، ص 133.

يتحقق في هذا الفرض الاجتماع المادي للجرائم و إذا كانت تلك الجريمة على هذه الصورة تهدف أساسا إلى حماية نظام المعالجة الآلية للمعطيات بصورة مباشرة، إلا أنها تحقق أيضا و بصورة غير مباشرة حماية المعطيات أو المعلومات ذاتها .

#### 1-1-1-2- الصورة المشددة:

نصت عليها المادة 394 مكرر 3/2 ت ع ج<sup>1</sup> ، وهما طرفين تشدد بهما عقوبة جريمة الدخول و البقاء داخل النظام:

-عندما ينتج عن الدخول أو البقاء إما محو أو تعديل المعطيات التي يحتويها النظام .  
- يتسبب الدخول او البقاء في عدم صلاحية النظام لأداء وظائفه ، و يكفي لتوفر هذا الظرف وجود علاقة سببية بين الدخول غير المشروع أو البقاء غير المشروع و تلك النتيجة الضارة.

و لا يشترط أن تكون تلك النتيجة الضارة مقصودة، لأن تطلب مثل هذا الشرط يكون غير معقول ، حيث أن المشرع نص على تجريم الاعتداء المقصود على النظام عن طريق محو أو تعديل المعطيات التي يحتويها باعتباره جريمة مستقلة<sup>2</sup>.

#### 1-1-2 الاعتداءات العمدية على المعطيات:

نص المشرع الجزائري عليها في المادة 394 مكرر 2 ت ع ج<sup>3</sup> ، ولها صورتين:

#### 1-1-2-1- الصورة الأولى: وهي التي تقع داخل النظام، وتتخذ أحد الصور التالية<sup>4</sup>:

(1) بنصها على مايلي : " تضاعف العقوبة إذا ترتب على ذلك حذف أو تغيير لمعطيات المنظمة و إذا ترتب عن الأفعال المذكورة أعلاه تخريب نظام اشتغال المنظومة تكون العقوبة الحبس من ستة أشهر إلى سنتين و الغرامة من 50000 دج إلى 150000 دج".

(2) كما لا يشترط أن تكون تلك النتيجة غير مقصودة ، فالظرف المشدد هنا ظرف مادي يكفي أن توجد بينه و بين الجريمة العمدية الأساسية و هي جريمة الدخول أو البقاء غير المشروع علاقة سببية للقول بتوافره إلا إذا أثبت الجاني انتفاء تلك العلاقة، كأن يثبت أن تعديل أو محو المعطيات أو أن عدم صلاحية النظام للقيام بوظائفه يرجع إلى القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ.

(3) بنصها على ما يلي: «يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 500000 دج إلى 2000000 دج كل من أدخل بطريقة الغش معطيات في نظام المعالجة الآلية أو أزال أو عدّل بطريقة الغش المعطيات التي تتضمنها».

(4) لا يشترط القانون اجتماع هذه الصور، بل يكفي أن يصدر عن الجاني إحداها فقط لكي يتوافر الركن المادي.

أ- الإدخال: يقصد بفعل الإدخال إضافة معطيات جديدة على الدعامات الخاصة بها سواء كانت خالية، أم كان يوجد عليها معطيات من قبل، ، كما يتحقق فعل الإدخال في كل حالة يتم فيها إدخال برنامج غريب- فيروس مثلا- يضيف معطيات جديدة .

ب- المحو: يقصد بفعل المحو إزالة جزء من المعطيات المسجلة على دعامات و الموجودة داخل النظام أو تحطيم تلك الدعامات، أو نقل و تخزين جزء من المعطيات إلى المنطقة الخاصة بالذاكرة.

ج- التعديل: يقصد بفعل التعديل تغيير المعطيات الموجودة داخل نظام و استبدالها بمعطيات أخرى، و يتحقق فعل المحو و التعديل سواء بمحوها كلياً أو جزئياً أو بتعديلها و ذلك باستخدام برامج مختلفة لكافة المعلومات الخاصة بالمعطيات و برنامج المحو أو برنامج الفيروسات بصفة عامة<sup>1</sup>.

هذه الأفعال المتمثلة في الإدخال و المحو و التعديل وردت على سبيل الحصر فلا يقع تحت طائلة التجريم أي فعل آخر غيرها حتى و لو تضمن الاعتداء على المعطيات الموجودة داخل نظام المعالجة الآلية للمعطيات فلا يخضع لتلك الجريمة فعل نسخ المعطيات أو فعل نقلها أو فعل التنسيق أو التقريب فيما بينهما، لأن كل تلك الأفعال لا تنطوي لا على إدخال و لا على تعديل بالمعنى السابق.

1-1-2-2- الصورة الثانية: وهي التي تتم خارج النظام، بحيث وفر المشرع الجزائري الحماية الجزائية للمعطيات في حد ذاتها من خلال تجريمه السلوكات التالية:

1 - نص المادة 394 مكرر 2 يستهدف حماية المعطيات في حد ذاتها لأنه لم يشترط أن تكون داخل نظام المعالجة الآلية للمعطيات أو أن يكون قد تم معالجتها آلياً، فمحل الجريمة هو المعطيات سواء كانت مخزنة كأن تكون مخزنة على أشرطة أو أقراص أو تلك المعالجة آلياً أو تلك المرسلات عن طريق منظومة معلوماتية، ما دامت قد تستعمل كوسيلة لارتكاب الجرائم المنصوص عليها في القسم السابع مكرر من قانون العقوبات.

2 - نص المادة 394 مكرر 2/2 يجرم أفعال الحيازة، الإفشاء، النشر، الاستعمال، أي كان الغرض من هذه الأفعال التي ترد على المعطيات المتحصل عليها من إحدى الجرائم الواردة

(1) آمال قارة، مرجع سابق، ص 122.

في القسم السابع مكرر من قانون العقوبات بأهداف المنافسة غير المشروعة، الجوسسة، الإرهاب، التحريض على الفسق... الخ.

## 1-2 الركن المعنوي

إن الركن المعنوي في مختلف الاعتداءات الماسة بالأنظمة المعلوماتية تتخذ صورة القصد الجنائي إضافة إلى نية الغش.

### 1 2 1 في جريمة الدخول و البقاء غير المشروع داخل نظام المعالجة الآلية للمعطيات:

الدخول و البقاء داخل نظام المعالجة الآلية للمعطيات لا يجرمان إلا إذا تما عدا. يتخذ الركن المعنوي فيها صورة القصد الجنائي بعنصره العلم و الإرادة.

فيلزم لتوافر الركن المعنوي أن تتجه إرادة الجاني إلى فعل الدخول أو إلى فعل البقاء و أن يعلم الجاني بأنه ليس له الحق في الدخول إلى النظام و البقاء فيه، و عليه لا يتوافر الركن المعنوي إذا كان دخول الجاني أو بقاءه داخل النظام مسموح به أي مشروع، كما لا يتوافر هذا الركن إذا وقع الجاني في خطأ في الواقع سواء كان يتعلق بمبدأ الحق في الدخول أو في البقاء أو في نطاق هذا الحق، ويظل القصد قائما حتى و لو كان الباعث هو الفضول أو إثبات القدرة على المهارة و الانتصار على النظام<sup>1</sup>.

بالنسبة لنية الغش تبدو من خلال الغش الذي يتم به الدخول من خرق الجهاز الرقابي الذي يحمي النظام، بالنسبة للبقاء فيستنتج من العمليات التي تمت داخل النظام.

### 1 2 2 في جريمة الاعتداءات العمدية على المعطيات:

يتخذ في هذه الجريمة الركن المعنوي صورة القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة، فيجب أن تتجه إرادة الجاني إلى فعل الإدخال أو المحو أو التعديل كما يجب أن يعلم الجاني بان نشاطه الجرمي يترتب عليه التلاعب في المعطيات، ويعلم أيضا أن ليس له الحق في القيام بذلك وانه يعتدي على صاحب الحق في السيطرة على تلك المعطيات بدون موافقته<sup>2</sup>.

(1) و(2) و(3) د / علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص ص 136-145.

كما يشترط لتوافر الركن المعنوي بالإضافة إلى القصد الجنائي العام نية الغش ، لكن هذا لا يعني ضرورة توافر قصد الإضرار بالغير .

## 2- الجزاءات المقررة

تتمثل في عقوبات أصلية وعقوبات تكميلية تطبق على الشخص الطبيعي ، كما توجد عقوبات تطبق على الشخص المعنوي .

### 2-1 العقوبات المطبقة على الشخص الطبيعي :

#### 2-1-1 العقوبات الأصلية :

من خلال استقراء النصوص المتعلقة بالجرائم الماسة بالأنظمة المعلوماتية يتبين لنا وجود تدرج داخل النظام العقابي. هذا التدرج في العقوبات يحدد الخطورة الإجرامية التي قدرها المشرع لهذه التصرفات ، إذ نجد سلم خطورة يتضمن ثلاث درجات ، جريمة الدخول أو البقاء بالغش في الدرجة الأولى وبعدها في الدرجة الثانية جريمة الدخول والبقاء المشددة، أما الدرجة الثالثة فتحتلها الجريمة الخاصة بالمساس بالعمدي بالمعطيات.

أ/ الدخول والبقاء بالغش (الجريمة البسيطة): العقوبة المقررة هي 3 أشهر إلى سنة حبس و 50000 دج إلى 100000 دج غرامة (المادة 394 مكرر) .

ب/ الدخول والبقاء بالغش (الجريمة المشددة): تضاعف العقوبة إذا ترتب عن هذه الأفعال حذف أو تغيير لمعطيات المنظومة ، وتكون العقوبة الحبس من ستة أشهر إلى سنتين وغرامة من 50000 دج إلى 150000 دج إذا ترتب عن الدخول أو البقاء غير المشروع تخريب لنظام اشتغال المنظومة (المادة 394 مكرر/02-03) .

ج/ الاعتداء العمدي على المعطيات : طبقا لنص المادة 394 مكرر 2 فالعقوبة المقررة للاعتداء العمدي على المعطيات الموجودة داخل النظام هي الحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من 500000 دج إلى 2000000 دج أما العقوبة المقررة لاستخدام المعطيات في ارتكاب الجرائم الماسة بالأنظمة المعلوماتية وكذا حيازة أو إفشاء أو نشر أو استعمال المعطيات المتحصل عليها من إحدى الجرائم الماسة بالأنظمة المعلوماتية، العقوبة المقررة هي الحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وغرامة من 1000000 دج إلى 5000000 دج .

نجد بعد تعديل قانون العقوبات في 2009 عقوبة جديدة وهي عقوبة العمل للنفع العام ووضعت لها المشرع شروطا ، بحيث يستطيع القاضي طبقا للمادة 05 مكرر أن يستبدل عقوبة الحبس بعقوبة العمل للنفع العام بدون أجر لمدة تتراوح بين 40 ساعة و 600 ساعة في أجل أقصاه 18 شهر وفقا للشروط التالية:

- إذا كان المتهم غير مسبوق قضائيا.
- إذا كان المتهم بلغ 16 سنة على الأقل وقت الجريمة.
- إذا كانت العقوبة المنطوق بها لا تتجاوز سنة حبسا.

### 2-1-2 العقوبات التكميلية:

نصت المادة 394 مكرر 3 ت ع ج على العقوبات التكميلية إلى جانب العقوبات الأصلية و المتمثلة في:

- أ/ المصادرة: وهي عقوبة تكميلية تشمل الأجهزة والبرامج و الوسائل المستخدمة في ارتكاب جريمة من الجرائم الماسة بالأنظمة المعلوماتية، مع مراعاة حقوق الغير حسن النية.
- ب/ إغلاق المواقع: والأمر يتعلق بالمواقع (les sites) التي تكون محلا لجريمة من الجرائم الماسة بالأنظمة المعلوماتية.
- ج/ إغلاق المحل أو مكان الاستغلال: إذا كانت الجريمة قد ارتكبت بعلم مالكيها ومثال ذلك إغلاق المقهى الالكتروني الذي ترتكب منه مثل هذه الجرائم شرط توافر عناصر العلم لدى مالكيها.

### 2-1-3 الظروف المشددة:

نصت المادة 394 مكرر 3-2 على ظرف تشدد به عقوبة جريمة الدخول والبقاء غير المشروع داخل النظام، ويتحقق هذا الظرف عندما ينتج عن الدخول و البقاء إما حذف أو تغيير المعطيات التي يحتويها النظام وإما تخريب نظام اشتغال المنظومة.

في الحالة الأولى تضاعف العقوبات المقررة في الفقرة الأولى من المادة 394 مكرر ، و في الحالة الثانية تكون العقوبة الحبس من ستة أشهر إلى سنتين والغرامة من 50000 دج إلى 150000 دج .



هذه الظرف المشدد هو ظرف مادي يكفي أن تقوم بينه وبين الجريمة الأساسية وهي جريمة الدخول والبقاء غير المشروع علاقة سببية للقول بتوافره.

نصت المادة 394 مكرر 3 على أن تضاعف العقوبات المقررة للجرائم الماسة بالأنظمة المعلوماتية وذلك إذا استهدفت الجريمة الدفاع الوطني والهيئات والمؤسسات الخاضعة للقانون العام

## 2-2 العقوبات المطبقة على الشخص المعنوي :

و المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تستبعد المسؤولية الجزائية للأشخاص الطبيعيين بصفتهم فاعلين أو شركاء أو متدخلين في نفس الجريمة .

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد اقر في التعديل الأخير لقانون العقوبات المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي وذلك في نص المادة 18 مكرر من القانون 15/04 المتضمن قانون العقوبات الذي ينص على أن: " العقوبات المطبقة على الشخص المعنوي في مواد الجنايات و الجنح هي :

- الغرامة التي تساوي من مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقدرة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة.  
- واحدة أو أكثر من العقوبات الآتية:

\* حل الشخص المعنوي

\* غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز 5 سنوات

\* الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز 5 سنوات

\* المنع من مزاوله نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر نهائيا أو لمدة لا تتجاوز 5 سنوات.

\* مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها.

\* نشر أو تعليق حكم الإدانة.

\* الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز 5 سنوات ،وتتصب الحراسة على

ممارسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبته .

بالنسبة لعقوبات الغرامة المطبقة على الشخص المعنوي عند ارتكابه أحد الجرائم الماسة بالأنظمة المعلوماتية فهي تعادل طبقا للمادة 394 مكرر 4 قانون العقوبات 5 مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي.

## 2-3 عقوبة الاتفاق الجنائي:

قد تبني المشرع الجزائري مبدأ معاقبة الاتفاق الجنائي بنص المادة 394 مكرر 15 ، بغرض التحضير للجرائم الماسة بالأنظمة المعلوماتية ولم يخضعها لأحكام المادة 176 من قانون العقوبات المتعلقة بجمعية الأشرار ، إن الحكمة التي ارتآها المشرع من تجريم الاشتراك في مجموعة أو في اتفاق بغرض الإعداد لجريمة من الجرائم الماسة بالأنظمة المعلوماتية هو أن مثل هذه الجرائم تتم عادة في إطار مجموعات، كما أن المشرع ورغبته في توسيع نطاق العقوبة أخضع الأعمال التحضيرية التي تسبق البدء في التنفيذ للعقوبة إذا تمت في إطار اتفاق جنائي، بمعنى أن الأعمال التحضيرية المرتكبة من طرف شخص منفرد غير مشمولة بالنص.

ويعاقب المشرع الجزائري على الاشتراك في الاتفاق الجنائي بعقوبة الجريمة التي تم التحضير لها فإذا تعددت الجرائم التي يتم التحضير لها تكون العقوبة هي عقوبة الجريمة الأشد.

## 2-4 عقوبة الشروع في الجريمة :

نص عليها المشرع الجزائري في المادة 394 مكرر 7 من قانون العقوبات، فالجرائم الماسة بالأنظمة المعلوماتية لها وصف جنحي ولا عقاب على الشروع في الجنح إلا بنص. نصت المادة 394 مكرر 7 قانون العقوبات : " يعاقب على الشروع في ارتكاب جنح المنصوص عليها في هذا القسم بالعقوبات المقررة للجنحة ذاتها " .

(1) حيث تنص المادة 394 مكرر 5 من قانون العقوبات : " كل من شارك في مجموعة أو في اتفاق تألف بغرض الإعداد لجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم وكان هذا التحضير مجسدا بفعل أو بعدة أفعال مادية ، يعاقب بالعقوبات المقررة بالجريمة ذاتها " .

## ب-الاعتداءات على منتجات الإعلام الآلي - التزوير المعلوماتي-

قانون العقوبات الجزائري لم يستحدث نصا خاصا بالتزوير المعلوماتي، على عكس الاتفاقية الدولية للإجرام المعلوماتي في مادتها السابعة إذ أن التلاعب في المعطيات الذي ينتج عنه معطيات غير أصلية يعد تزويرا<sup>1</sup>.

هل يمكن تطبيق نصوص التزوير الواردة في قانون العقوبات الجزائري على الاعتداءات الماسة بمنتجات الإعلام الآلي ؟

## 1-مدى انطباق وصف المحرر على منتجات الإعلام الآلي:

موضوع جريمة التزوير هو المحرر والمحرر في مضمونه كتابة مركبة من حروف أو علامات تدل على معنى أو فكرة معينة، وإمكانية القراءة البصرية لمحتواه، وهو ما تفرضه نصوص التزوير التقليدية، وعليه يمكن إجمال خصائص المحرر في ثلاث نقاط:

- أن يتخذ المحرر شكلا كتابيا ويجب إدراك مضمون المحرر بالنظر إليه أو لمسه وإذا استحالت قراءته فلا يصلح وسيلة للإثبات و لا عقاب على ما احتواه من تغيير.
- أن تكون الكتابة منسوبة لشخص معين .
- أن يحدث المحرر أثارا قانونية.

فهل يعتبر البيان المعالج آليا من قبيل المحررات التقليدية التي يسري عليها النص الجنائي الخاص بالتزوير ؟

بالرغم من اعتراف التشريعات المدنية بالكتابة الالكترونية بشروط معينة إلا انه لا يمكن نقل ذلك للقانون الجنائي الذي يشترط في أي جريمة ان يكون هناك ركن شرعي لها . وان الكتابة مطلب تقليدي في جرائم التزوير ، وهناك إمكانية تغليب روح النصوص واعتبار ما يظهر على شاشة الحاسب شكلا مستحدثا للمحرر<sup>2</sup>.

(1) لذلك الأمر بالنسبة للمشرع الفرنسي و المصري ، إلى أن المشرع الفرنسي أدرج نص تجريم تزوير السند

الالكتروني في قانون العقوبات بينما المشرع المصري أدرج هذا النص في قانون خاص هو قانون التوقيع

الالكتروني، انظر في ذلك : د/ اشرف توفيق شمس الدين، مرجع سابق، ص105.

(2) لا يقبل قانون العقوبات توسيع في تفسير النصوص ولا القياس.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فيعد من التشريعات التقليدية ، حيث أدرج النصوص الخاصة بتزوير المحررات في الأقسام الثالث والرابع و الخامس من الفصل السابع من الباب الأول من الكتاب الثالث من قانون العقوبات في المواد 124 إلى 229 التي تشترط المحرر لتطبيق جريمة التزوير ، ولم يتخذ أي موقف لتوسيع مفهوم المحرر من أجل إدماج المستندات المعلوماتية ضمن المحررات محل جريمة التزوير مثلما فعله نظيره الفرنسي في المادة 5/462 بنصها: " يعاقب بالحبس لمدة تتراوح بين سنة وخمس سنوات وبالغرامة التي تتراوح ما بين ألف فرنك الى 200000 فرنك كل من زور أية مستندات معالجة أليا أيا كان شكلها إذا سبب ذلك ضررا للغير "

## 2- مدى خضوع منتوجات الإعلام الآلي للنشاط الإجرامي لجريمة التزوير:

النشاط الإجرامي لجريمة التزوير يتمثل في فعل تغيير الحقيقة و يعني استبدالها بما يخالفها وإذا انتفى هذا التغيير انتفى التزوير .

و تجدر الإشارة إلى أن تحويل البرامج أو قواعد البيانات لا يعد تزوير و إنما يقع تحت طائلة نصوص التقليد الواردة في قانون حق المؤلف و الحقوق المجاورة.

لا يتصور وقوع فعل تغيير الحقيقة من خلال طرق التزوير المعنوية - و التي كما هو معروف- لا تتحقق إلا أثناء تكوين المستند بالنسبة إلى للجريمة محل البحث.

بينما من المتصور وقوع فعل تغيير الحقيقة بالنسبة لهذه الجريمة من خلال طرق التزوير المادية ، ولكن بشرط أن يكون التزوير لاحقا على نشأة المستند الأصلي و الحقيقي المعالج أليا فلا تتحقق تلك الجريمة من خلال فعل تغيير الحقيقة باستخدام طريقة التزوير المادية أثناء نشأة المستند على خلاف جريمة التزوير العادية<sup>1</sup>.

نخلص إلى أن المشرع الجزائري رغم تداركه من خلال القانون 15/04 و المتضمن قانون العقوبات الفراغ القانوني في مجال الإجرام المعلوماتي وذلك بتجريم الاعتداءات الواردة على الأنظمة المعلوماتية باستحداث نصوص خاصة، إلا أنه أغفل تجريم الاعتداءات الواردة على منتوجات الإعلام الآلي، فلم يستحدث نصا خاصا بالتزوير المعلوماتي ، و لم يتبنى الاتجاه

(1) د/ علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص155.

الذي تبنته التشريعات الحديثة التي عمدت إلى توسيع مفهوم المحرر ليشمل كافة صور التزوير الحديث.

## الفرع الثاني

### مواجهة الجريمة المعلوماتية من خلال قانون الملكية الفكرية الجزائري

نظرا لنسبية الحماية المقررة من خلال النصوص التقليدية في قانون العقوبات الجزائري ارتأينا البحث في مدى إمكانية الحماية من خلال نصوص قانون الملكية الفكرية ،وسن فصل في ذلك من خلال نقطتين أساسيتين الحماية في إطار قانون الملكية الصناعية والحماية في إطار قانون الملكية الأدبية والفنية .

**أولا : مواجهة الجريمة المعلوماتية من خلال قانون الملكية الصناعية -من خلال أحكام العلامات التجارية- :**

ينظمها الأمر 06/03 المؤرخ في : 2003/07/19 المتعلق بالعلامات المعدل والمتمم للأمر 57/66 المؤرخ في 1966/03/19 المتعلق بعلامات المصنع والعلامات التجارية والمعدل للأمر رقم 223/67 المؤرخ في 1967/10/19 المتضمن أحكام العلامات التجارية و العلامات التجارية هي كل ما يتخذ من تسميات أو رموز أو أشكال توضع على البضائع التي يبيعها التاجر أو يصنعها المنتج أو يقوم بإصلاحها أو تجهيزها أو ختمها لتمييزها عن بقية المبيعات أو المصنوعات أو الخدمات ،ويشترط في العلامة أن تكون مميزة وجديدة وغير مخالفة للنظام والآداب .

السؤال المطروح: هل تستفيد برامج الحاسب الآلي من الحماية الجنائية للعلامات التجارية ؟ نعلم أن كل برنامج يحمل اسما خاصا به، لذلك فقد عمد أصحاب البرامج إلى تسجيل هذا الاسم كعلامة تجارية للبرنامج، ولما كانت هذه الحماية قاصرة على الاسم دون المحتوى فقد لجأ أصحاب البرامج إلى وضع الاسم مقترنا به.

الحماية بإحكام العلامات التجارية قد تكون فعالة بالنسبة للنسخ البسيط، لكن ليس الأمر كذلك بالنسبة للنسخ المعقد.

## ثانيا: مواجهة الجريمة المعلوماتية من خلال قانون حق المؤلف الجزائري

مادام المشرع الجزائري قد ادمج برامج الحاسب الآلي ضمن قائمة المصنفات المحمية عن طريق القانون المتعلق بحق المؤلف ، فان أي اعتداء على الحق المالي أو الأدبي لمؤلف البرنامج يشكل فعلا من أفعال التقليد ، وهذه الأخيرة كيفها المشرع على أنها جنحة(أ) أما فيما يخص العقوبة المقررة إزاءها كانت في السابق تتناولها المواد 390 إلى 394 من قانون العقوبات غير أن أحكام هذه المواد ألغيت بمقتضى المادة 165 من الأمر 10/97 المعدل والمتمم بالأمر 05/03 إذ أخرجت من تحت مظلة قانون العقوبات وأصبح لها تجريم خاص في إطار قوانين حقوق المؤلف(ب).

### أ -الأفعال المكونة لجنحة تقليد البرامج:

نصت المادتين 151 و152 من الأمر 05/03 على الأفعال التي تشكل الركن المادي لجريمة التقليد، هذه الاعتداءات قد تقع على حق أدبي أو حق مالي.

#### 1- الاعتداء على الحق الأدبي :

تتمثل صور الاعتداء على هذا الحق في:

1-1 الاعتداء على حق مؤلف البرنامج في الكشف عن برنامجه ، بحيث نصت على هذا الحق المادة 22 من أمر 05-03 وهو حق مخول للمؤلف أو ورثته في الكشف عن المصنف وقت ما يريد ، و الإبلاغ الغير شرعي للمصنف يعد جنحة التقليد فكل من يقوم بإبلاغ المصنف الأدبي أو الفني للجمهور عن طريق التمثيل أو الأداء العلني أو البث السمعي البصري أو بواسطة التوزيع أو أية وسيلة أخرى لبث الإشارات الحاملة للأصوات أو الصور و الأصوات معا أو بأي نظام من نظم المعالجة المعلوماتية<sup>1</sup>.

وان صور الاعتداء على هذا الحق المجرم بموجب المادة 151 من امر 05-03 مختلفة ككسر حماية البرامج عن طريق الحصول على الشفرة السرية التي تسمح له بالدخول للبرامج واستغلالها<sup>2</sup>.

(1) د/ عكاشة محي الدين، مرجع سابق، ص 45.

(2) مشري راضية، مرجع سابق، ص 279.

1-2 الاعتداء على الحق في سلامة المصنف إذ يحمي المشرع جنائيا حق المؤلف في تعديل وتحوير أو تغيير أو حذف أو إضافة ترد على البرنامج من شخص آخر دون إذن من المؤلف، فمن يرتكب احد الأفعال السابقة يتوافر في حقه النشاط الإجرامي لجريمة التقليد.

## 2- الاعتداء على الحق المالي :

تتمثل صور هذا الاعتداء في:

2 ± الاعتداء على حق النسخ (المواد 41-46-53-54 الأمر 05/03)، إن استنساخ المصنف<sup>1</sup> هو إمكانية استغلال المصنف في شكله الأصلي أو المعدل دون إذن. والنسخ يمكن ان يكون جزئي او كلي ، والنسخ الجزئي كافي للقول بالتقليد اذا كان هذا النسخ ماسا بالاجزاء الرئيسية للبرنامج، وللقاضي السلطة التقديرية في تقرير مدى توافر التقليد بين البرنامجين- بالاستعانة بالخبرة طبعا- .

نص المشرع الجزائري في المادتين 52 و 53 من الأمر 03-05 على استثناءات هذا الحق، بحيث يجوز النسخ بدون إذن في الحالتين التاليتين:

-الاستنساخ بغرض استعمال البرنامج للغرض الذي اكتسب من أجله، وهو متعلق بالنسخ الشخصي.

-أن يكون النسخ تعويضا لنسخة مشروعة الحيازة من البرنامج، مخافة من ضياعها أو إتلافها وهذا الأمر أيضا متعلق بالنسخ الشخصي.

## 2 2 الجناح المشابهة لجناح التقليد والمتمثلة في:

- استيراد النسخ المقلدة وتصديرها

- بيع نسخ مزورة من المصنف ( برنامج)

-تأجير مصنف ( برنامج) مقلد أو عرضه للتداول

أما الركن المعنوي فيقتضي وجود قصد جنائي متمثل في عنصري العلم والإرادة .

(1) يعرف النسخ على انه محاكاة برنامج بصنع أو إنتاج نسخ على مثاله بحيث تبدو عند تسويقها كالأصل ، هذا التعريف ينطبق على النسخ الكلي ، أما الجزئي فإن النتيجة من النسخ ليس بالضرورة الحصول على نفس البرنامج بل هو ظهور البرنامج المقلد بشكل يطغى عليه شكل البرنامج الأصلي وهنا يظهر دور القاضي في تقرير نسبة الشبه بين البرنامجين.

ب - الجزاءات المقررة لجرائم التقليد :

- العقوبات المقررة للاعتداءات على حقوق الملكية الأدبية والفنية محددة في المواد 153-156-157-158-159 من الأمر 05/03 . تجدر الإشارة إلى انه تم التشديد في العقوبات المقررة بموجب هذه المواد مقارنة بما جاء في قانون العقوبات وهي كالتالي:
- للقاضي أن يطبق كعقوبة أصلية الحبس من 06 أشهر إلى 03 سنوات وغرامة قدرها 500 ألف دج إلى 01 مليون دج سواء تمت عملية النشر في الجزائر أو في الخارج .
  - للقاضي سلطة تقرير عقوبات تكميلية تتمثل في مصادرة المبالغ المساوية لإقساط الإيرادات المحصلة من الاستغلال غير المشروع للمصنف (البرنامج) وكل النسخ المقلدة.
  - تأمر الجهة القضائية بتسليم العتاد أو النسخ المقلدة أو قيمة ذلك وكذلك الإيرادات موضوع المصادرة للمؤلف أو أي مالك حقوق آخر لتكون عند الحاجة بمثابة تعويض .
  - للقاضي ان يضاعف العقوبات المقررة وذلك في حالة العود مع إمكانية غلق المؤسسة التي يستغلها المقلد أو شريكه مدة لا تتعدى 06 أشهر، وإذا اقتضى الحال تقرير الغلق النهائي.

تجدر الإشارة إلى إجراء هام يتم أثره اكتشاف جريمة التقليد وهو ما يسمى بالحجز الناتج عن التقليد يمكن بواسطته لمؤلف البرنامج المحمي أو ذوي حقوقه المطالبة بحجز الوثائق والنسخ الناتجة عن الاستتساخ غير المشروع أو التقليد ، وذلك حتى في غياب ترخيص قضائي أو انه إيقاف لأية عملة جارية ترمي إلى الاستتساخ غير المشروع للبرنامج أو حجز الدعائم المقلدة والإيرادات المتولدة عن الاستغلال غير المشروع للمصنفات .

- نصت المادتان 145، 146 على أن من اختصاص ضباط الشرطة القضائية معاينة انتهاك حقوق المؤلف وهم مؤهلون بصفة تحفظية بحجز النسخ المقلدة من المصنف أو من دعائم المصنفات ولكن بشروط:

- 1 - النسخ المقلدة يجب أن تكون موضوعة تحت الحراسة ليس من طرف ضباط الشرطة القضائية ولكن من الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.



2- المحضر الذي يثبت بان النسخ المقلدة المحجوزة يجب أن تقدم لرئيس الجهة القضائية المختصة إقليميا<sup>1</sup>.

- كما يختص بعملية حجز الأعوان المحلفون التابعون للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة لكن بشروط :

1- يشترط من الأعوان المحلفين وضع النسخ المقلدة تحت حراسة الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة .

2- الإخطار الفوري لرئيس الجهة القضائية المختصة إقليميا بمحضر مؤرخ وموقع قانونيا يثبت النسخ المقلدة المحجوزة<sup>2</sup>.

نخلص في الأخير إلى أنه في مسألة الحماية المخولة للتجارة الالكترونية المشرع الجزائري لم يخصصها بنصوص خاصة ، فمدنيا تكاد تكون منعدمة باستثناء حماية البرامج الالكترونية في قانون حقوق المؤلف ، أما في مسألة تحديد المسؤوليات الالكترونية نعود للقواعد التقليدية ، أما جزائيا نجد بعض النصوص كالتعديلات التي قام بها المشرع بشأن قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية إلى جانب استحداثه لقانون 04-09 المؤرخ في 05 غشت 2009 يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها.

(1) د/عكاشة محي الدين، مرجع سابق، ص 48.

(2) د/عكاشة محي الدين، المرجع نفسه، ص 49.

## الفصل الثاني

### تسوية نزاعات التجارة الالكترونية

تعني كلمة نزاع وجود خلاف بين طرفين على الأقل، يدعي كل منهما أحقيته في الشيء موضوع الخلاف، وإذا تعلق هذا الأخير بالتجارة الالكترونية كانت هذه المنازعة من منازعات التجارة الالكترونية<sup>1</sup>، هذه الأخيرة تتحقق بإجماع ثلاث شروط:

- أن تتعلق المنازعة بالتجارة الدولية.

- أن تتعلق المنازعة بالعقود الالكترونية.

- أن تتعلق المنازعة بإشكال قانوني.

تتعقد ولاية الفصل في النزاعات كأصل للسلطة القضائية، التي هي إحدى السلطات الرئيسية في الدولة، تضطلع بها و تسهر على أدائها عبر المحاكم المختصة وفقا لآليات التقاضي المختلفة، التي يستخدمها المتقاضون نفاذا إلى رحابها بغية الحصول على الترضية القضائية، بما مؤداه أن اللجوء إلى هذه السلطة للحصول على تلك الترضية حق للمواطن لا يجوز تكبيله بقيود تعسر الحصول عليها وإلا كان ذلك إخلالا بالحماية التي كفلها الدستور لهذا الحق وإنكارا لوجه العدالة.

(1) تتعدد أنواع هذه المنازعات باختلاف موضوعاتها فمنها:

- منازعات عقود بيع البضائع والسلع، كالنزاع بسبب الجودة أو السعر أو الوفاء أو النقل أو شروط التسليم...الخ
- منازعات عقود التوزيع والوكالة والوساطة.
- منازعات عقود الإنشاءات الهندسية والبنية الأساسية، كعدم مطابقة الأعمال الإنشائية أو الهندسية لشروط العقد، عدم استكمال الأعمال خلال المدة المتعاقد عليها، إخفاق المقاول في تقديم ضمان حسن التنفيذ، رفض المالك تقديم ضمان الوفاء أو رفض سداد مقابل الأعمال المنفذة...الخ.
- منازعات الملكية الفكرية بما فيها تسجيل أسماء الدومين.
- منازعات المعاملات مع وكالة الفحص قبل الشحن.
- منازعات متعلقة بالشروط التعسفية الواردة في العقود الالكترونية النموذجية.
- المنازعات المتعلقة باتصال تنفيذ العقد بمسائل ذات بعد تقني.
- المنازعات القائمة على الضرر الذي يلحق أحد أطراف العقد الالكتروني نتيجة مخالفة القوانين والأنظمة والمعايير وقواعد السلوك على الشبكة...الخ، أنظر في أنواع المنازعات الالكترونية: د/ ايناس الخالدي، مرجع سابق، ص 110 وما يليها.

تتطلب مقتضيات التجارة الالكترونية البحث عن آليات أخرى تكون قادرة على تسوية النزاعات الناشئة عنها بطريقة أسرع وأكثر فاعلية، خاصة وأن هذه النزاعات تحتاج إلى وسائل لفضها تختلف عن الوسائل التقليدية بالنظر للخصوصية التي تتسم بها عقود التجارة الالكترونية ، فهي تتم في بيئة الكترونية لا تسمح باجتماع الأطراف كما تقوم على تبادل المستندات الكترونيا، وعليه غالبا ما تعتمد التجارة الالكترونية في تسوية نزاعاتها على الحل البديل عن القضاء (مبحث أول)، وباعتبار عقود التجارة الالكترونية عقودا دولية يستلزم حل منازعاتها اللجوء إلى مناهج القانون الدولي الخاص لتحديد المحكمة المختصة وكذا القانون الواجب التطبيق إذا ما أختار أطراف النزاع اللجوء إلى القضاء (مبحث ثان).

## المبحث الأول التسوية بالطرق البديلة

تكمن مشكلة نزاعات التجارة الالكترونية في أنها تتم في الغالب بين أطراف تختلف جنسياتهم وأماكن إقامتهم ، كما تتعلق أيضا بالمواقع الالكترونية التي قد لا يعلم مكانها ولا مكان الجهة التي تديرها ولا موقع الخادم الخاص بها <sup>1</sup> ، بمعنى احتواء المنازعة على أطراف خارج الإقليم الواحد ، وهذه الأطراف ترفض الخضوع لقانون قاض دولة ما، وعليه فإن أمر اللجوء إلى تسوية غير قضائية يفرض نفسه لحل النزاع ، طبعاً بعد اتفاق الأطراف على الوسيلة المعتمدة لحل الخلاف القائم بينهما.

هناك آليات تقليدية لتسوية النزاعات وديا وهي الوساطة والتفاوض والتوفيق والتحكيم وهي آليات يفضل الكثيرون اللجوء إليها بدلا من اللجوء للمحاكم لمرونة إجراءاتها وسرعة الحل فيها، إلا أن الأفضلية الآن أصبحت لحسم النزاعات مباشرة على الانترنت. بالعودة للقانون الجزائري، نجد أن المشرع ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>2</sup> كتابا

(1) فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز ، مرجع سابق 656.

(2) قانون رقم 09-08 مؤرخ في 25 فيفري 2008 متضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج

خامسا عنوانه ب "في الطرق البديلة لحل النزاعات"، تضمن هذا الكتاب بدوره بابين، الأول متعلق بالصلح والوساطة، وسنرى مدى إمكانية تقبلهما للوسيلة الالكترونية في إتمامهما (مطلب أول) ، أما الثاني تضمن التحكيم بما فيه الداخلي والتجاري الدولي وسندرس أيضا إمكانية إتمامه الكترونيا في القانون الجزائري(مطلب ثان).

### المطلب الأول

#### استحداث الصلح والوساطة ومدى تقبلهما لأن يكونا الكترونيين

أصبحت للتكنولوجيا دورا رئيسيا لا غنى عنه في توفير خدمات حل النزاعات مباشرة على الشبكة ، هذا ما أدى إلى القول أن التكنولوجيا هي الطرف الرابع في أي عملية حل نزاع<sup>1</sup>. نشير فقط أن آليات حل نزاعات التجارة الالكترونية عبر الانترنت تنقسم إلى مجموعتين رئيسيتين، إحداها ذات طابع وقائي والثانية بعد حدوث النزاع<sup>2</sup>.

(1) خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص212.  
(2) المجموعة الأولى يقصد بها ضمانات منع حدوث نزاع فهي نظام واقى وفعال لإدارة النزاعات المحتملة ومن أشهر هذه الأنظمة نجد "ضمانات تأجيل الدفع " أو ما يدعى ب"ايسكو" بحيث يسمح للمشتريين بتأجيل دفع قيمة مشترياتهم حتى معاينتها والموافقة عليها وقبولها ووظيفة "ايسكو" تشبه الى حد بعيد وظيفة خطاب الائتمان المستندي ، تتمثل إذن في حماية مصلحة كل من البائع والمشتري ضد الاحتيال ومخاطر عدم الإدلاء للطرفين ، فمثلا الموقع الالكتروني eBay يعرض هذه الخدمة ويوصي باستخدام هذا النظام للمستهلكين الذين تصل قيمة مشترياتهم 500 دولار أو أكثر. نظام آخر من خلاله يمكن للمستهلك الراغب في الشراء عن الطريق الالكتروني من كشف سمعة البائع من خلال تقديرات يتم الحصول عليها من صفحة إعلانات تعلن عن أي شيء يبيعه هذا البائع فهو نظام ضد الغش يتبناه التجار في مواقعهم و يقوم هذا النظام على تعليقات وأراء مستخدمي هذه المواقع.

أما المجموعة الثانية فهي آليات لتسوية النزاعات على الشبكة مباشرة بعد حدوث النزاع وتنقسم إلى طائفتين :  
- آليات التسوية بمساعدة تكنولوجيا تستخدم لحل نزاعات التجارة الالكترونية تشمل المفاوضات الالكترونية والوساطة الالكترونية الى جانب التحكيم الالكتروني.  
- آليات التسوية على أساس تكنولوجيا يستخدم لحل النزاعات تشمل برامج الحل الأمثل ذات البدائل المتغيرة، قواعد بيانات الحلول الموضوعية، ونظام القاضي الافتراضي.أنظر في كل ذلك د/ خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص214.

بالنسبة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، لا يعرف الحلول الوقائية ولا يتدخل إلا إذا حدث النزاع. وكوسائل بديلة عن القضاء اوجد إجراءي الصلح والوساطة ، وإذا كانت الوساطة وسيلة معمول بها دوليا إلا أنها تختلف عن نظيرتها الداخلية ، بينما لا يعرف الصلح وجودا دوليا (فرع أول)، ثم أنه وبالنظر للطريقة التي تناول بها المشرع هذين الإجراءين هل يمكن أن يتما الكترونيا (فرع ثان).

### الفرع الأول

#### مفهوم الصلح والوساطة.

لجأ المشرع الجزائري إلى تقنين هذه البدائل مواكبة لحركة المجتمع وتطوره وتماشيا مع ما تفرضه الإتجاهات الجديدة للتشريع الإجراءي ، حيث اعتبر حسب المادة 600 إجراءات مدنية وإدارية أن محاضر الصلح أو الاتفاق المؤشر عليها من طرف القضاة والمودعة لدى أمانة الضبط سندات تنفيذية مثلها مثل الأحكام القضائية والعقود التوثيقية وأحكام التحكيم... الخ.

#### أولا: الصلح :

نصت عليه المواد 990 إلى 993 من القانون 08/09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وهو على العموم إجراء جوازي يمكن أن يعرض من الخصوم الذين يجوز لهم التصالح تلقائيا ، كما يمكن أن يتم بسعي من القاضي وذلك في جميع مراحل الخصومة وعليه فالصلح غير مقيد بمدة معينة إذ يمكن اللجوء إليه في أي مرحلة كانت عليها الخصومة، والقاضي لما له من سلطة تقديرية هو الذي يحدد الزمان والمكان اللذين يراهما مناسبين لإجراء الصلح ما لم توجد نصوص خاصة تقرر خلاف ذلك. والصلح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية غير مقيد بمادة معينة إذ يمكن اللجوء إليه في أي مادة كانت بصريح المادة 04 من القانون 08/09<sup>1</sup>.

(1) أما في المواد الإدارية يجوز ذلك في مادة القضاء الكامل حسب نص المادة 970 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

سبق للقانون المدني أن نظم الصلح<sup>1</sup> بأن اعتبره عقد بين طرفين ينهي به نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه<sup>2</sup> ، هذه الصورة تدخل في إطار الصلح الاتفاقي قبل اللجوء للقضاء ، أما إذا تم الصلح بعد اللجوء إلى القضاء كان صلحا قضائيا.

للصلح أركان لانعقاده عند اعتباره عقد ملزم لجانبيين (أ) كما له إجراءات خاصة عند إتمامه قضائيا (ب) وفي الحالتين ينتج عنه آثار (ج).

#### أ - أركان عقد الصلح:

يعتبر الصلح عقد رضائي<sup>3</sup> يتطلب لانعقاده أركانا عامة وشروطا خاصة .

#### 1 الأركان العامة:

تتمثل الأركان العامة للصلح في **التراضي** وهو تطابق الإيجاب بالقبول حول موضوع الصلح، ولما كان الصلح عملا شخصيا فلا تجوز فيه الوكالة العامة بل يحتاج إلى وكالة خاصة ، أما طرفي الصلح فيشترط القانون أن يكونا أهلا للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها الصلح<sup>4</sup> .

(1) نظم القانون المدني الصلح في الفصل الخامس من الباب السابع منه والمتعلق بالعقود المتعلقة بالملكية وقصد بذلك أن التنازل عن الحق بالصلح ينهي النزاع القائم بين الأطراف وليس أن الصلح ناقل للملكية ، وعليه فالوضع الأنسب للصلح في القانون المدني هو مجال انعقاد الالتزام خاصة بعد أن أصبحت محاضر الصلح المودعة لدى كتابة الضبط سندات تنفيذية، أنظر في ذلك : شريفة ولد الشيخ ، "الطرق البديلة لحل النزاعات محاضر الصلح والوساطة كسندات تنفيذية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، كلية الحقوق، تيزي وزو، العدد 02، 2012، ص94.

(2) المادة 459 قانون مدني جزائري

(3) هذا بالنسبة للصلح المدني ، ويوجد صلح جزائي نص عليه قانون الإجراءات الجزائية وكذلك العديد من قوانين المهمة بالاقتصاد ، مع الإشارة أن جزائيا يصطلح على الصلح مصطلح آخر هو المصالحة ، من بين النصوص التي تضمنتها نجد:- المادة 4/6 من قانون الإجراءات الجزائية.

-المادة 09 / 2 من الامر 96-22 المؤرخ في 09 جويلية 1996 والمتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج المعدل والمتمم.

-المادة 265 من قانون الجمارك .... وغيرها من المواد

(4) المادة 460 قانون مدني جزائري.

نلاحظ أن المشرع الجزائري في مسألة عيوب الرضي استثنى عيب الغلط في القانون كوسيلة للطعن في عقد الصلح وإبطاله بموجب المادة 465 قانون مدني جزائري وهو استثناء للمادة 83 قانون مدني جزائري التي تقضي بأنه يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع، ولعل السبب في استثناء الصلح من هذه القاعدة هو إمكانية المتخاصمين الرجوع إلى القانون والتأكد من أحكامه قبل إجراء الصلح<sup>1</sup>. بالإضافة للتراضي يتطلب عقد الصلح ركن **المحل** بحيث يشترط تحديد محل الصلح تحديدا دقيقا بمعنى تحديد الحقوق المتنازل عنها من الطرفين تحديدا دقيقا دون أي لبس أو غموض في العبارات التي يحتويها ، هذه الأخيرة تفسر تفسيرا ضيقا حسب المادة 464 قانون مدني جزائري<sup>2</sup>.

بالإضافة إلى ركن **السبب** الذي يجب أن يكون مشروعا ، أما فيما يخص الكتابة لم يشترط المشرع الجزائري الرسمية ولكن بالرجوع للمادة 992 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فالصلح يثبت بالكتابة في محضر يوقع عليه الخصوم والقاضي وأمين الضبط. مما يفهم أن الكتابة شرط للإثبات وليس الصحة في عقد الصلح .

## 2 الشروط الخاصة:

يشترط الصلح وجود نزاع قائم أو محتمل الوقوع ، تنازل كل طرف عن جزء من حقه، وأخيرا توفر نية إنهاء النزاع . ويضاف في الصلح القضائي شرط عدم صدور حكم في موضوع النزاع .

(1) ولد الشيخ شريفة، مرجع سابق، ص100.

(2) قد سبق للمحكمة العليا وإن نقضت قرار صادر عن مجلس قضائي بسبب توسيعه لعبارة الصلح في قضية بين (ب ع) و(ب م) وجاء في منطوق الحكم مايلي: " من المقرر قانونا أن عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح يجب أن تفسر تفسيرا ضيقا أي كانت تلك العبارات ولا يشمل إلا على الحقوق التي كانت بصفة جلية محلا للنزاع الذي حسمه الصلح ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس الذين قرروا أن التنازل وقع من طرف الطاعن دون أن يؤكدوا ما إذا كان في حق الغلة أو فيما جاء به أثناء إبرام الاشتراك يكونوا قد وسعوا في تفسير عبارات التنازل وخالفوا القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه" وهو القرار رقم 56186 المؤرخ في 13/12/1989.

## ب - إجراءات الصلح القضائي:

حسب كل من المواد 04 و 990 و 991 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يشترط في الصلح القضائي :

- حضور الطرفين أمام القاضي والإقرار بالصلح فلا ينعقد الصلح إلا بالحضور الشخصي للأطراف أمام القاضي أو وكيل بوكالة خاصة ويقر كل طرف بمحتوى الصلح إقرارا صريحا لا غموض فيه.
- قيام القاضي شخصيا بإجراء الصلح فهذا الأخير لا يصح أن يفوض إلى أي جهة أخرى ولا إلى قاض آخر وللقاضي حرية تامة في اختيار المكان والزمان المناسبين لإجراء الصلح.

- بالنسبة لمكان الصلح لم ينص القاضي عليه وهناك من يرى انه يتم في المحكمة وهناك من يرى انه يمكن أن يتم خارج المحكمة عند الانتقال للمعاينة مثلا ، والمهم في الأمر هو أن يحرر محضر بذلك ويوقع من طرف القاضي والكاتب ويودع لدى أمانة الضبط حسب ما نصت عليه المادة 992 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

## ج- آثار الصلح

نصت المادة 992 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه ي ثبت الصلح في محضر يوقع عليه الخصوم والقاضي وأمين الضبط ويودع بأمانة ضبط الجهة القضائية. وتضيف المادة 993 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن محضر الصلح يعد سندا تنفيذيا بمجرد إيداعه لدى أمانة الضبط .

يفهم من نصوص المادتين السابقتين أن الصلح كي يعتبر سندا تنفيذيا لا بد أن يتم عن طريق القضاء، وعليه فالصلح الاتفاقي الذي تم بين طرفي الخصام خارج الجهات القضائية لا يرقى لدرجة السند التنفيذي بالرغم من انه ينهي الخصام، فإذا ثار نزاع جديد في المستقبل لا يسع للطرف المتضرر التمسك به إذا لم يكن مودعا لدى مصالح أمانة الضبط بل لا بد أن يسعى لإثبات مضمونه أمام القضاء ومدى إنهاءه للنزاع، على عكس الصلح القضائي الذي ينهي الخصام بشكل جدي فهو من جانب سند قابل للتنفيذ ومن جهة أخرى حائز لقوة الشيء المقضي فيه فأي نزاع يظهر بخصوص ما يتضمنه مستقبلا يجعل دعوى



المدعي مرفوضة. وعليه، من آثار الصلح سواء كان اتفاقيا أو قضائيا أنه منه للخصومة طبقا للمادة 220 من قانون 09/08 والمادة 462 قانون مدني جزائري<sup>1</sup>. فالصلح يؤدي إلى إسقاط حقوق وادعاءات تنازل عنها أطراف النزاع. أما الصلح القضائي يترتب عليه آثار أخرى هي:

- يأخذ محضر الصلح نفس قيمة وحجية الحكم القضائي .
- يصبح محضر الصلح سنداً تنفيذياً بمجرد التأشير عليه من طرف القاضي وإيداعه بأمانة الضبط طبقا للمواد 600 فقرة 08 و 993 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

### ثانياً: الوساطة

نصت عليها المواد من 994 إلى 1005 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإذا كان الصلح معروف في المنظومة القانونية الجزائرية كطريقة لحل النزاعات إلا أن الوساطة لم تعرف تنظيمًا وتأطيرًا قضائياً إلا بصدر قانون 09-08<sup>2</sup>. لم يعرف قانون الإجراءات المدنية والإدارية الوساطة<sup>3</sup>، إلا أنه يمكن تعريفها على أنها آلية تقوم على أساس تدخل شخص ثالث محايد في المفاوضات بين طرفين متخاصمين بحيث يعمل على تقريب وجهات النظر بين الطرفين وتسهيل التواصل بينهما وبالتالي مساعدتهما على إيجاد تسوية مناسبة للنزاع<sup>4</sup>.

(1) المادة 220 قانون إجراءات مدنية وإدارية تنص على: "تنقضي الخصومة تبعا لانقضاء الدعوى بالصلح أو بالقبول بالحكم أو بالتنازل عن الدعوى....." أما المادة 462 من قانون مدني جزائري تنص على: "ينهي الصلح النزاعات التي يتناولها.....".

(2) ظهرت الوساطة لأول مرة في القانون الجزائري في القانون 90-02 المؤرخ في 06-02-1990 المعدل والمتمم ب قانون رقم 91-97 المؤرخ في 21-12-1991 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب.

(3) على عكس قانون 90-02 في مادته 10 والتي عرفت الوساطة أنها: "إجراء يتفق بموجبه طرفا الخلاف الجماعي على العمل على إسناد مهمة اقتراح تسوية ودية للنزاع الى شخص الغير يدعى الوسيط ويشتركان في تعيينه" وبمحاولة إسقاط هذا المعنى على مفهوم الوساطة حسب قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أنه وإن كان الهدف ذاته بين القانونين وهو إسناد مهمة اقتراح التسوية للغير لكن تختلفان في جانب مهم وهو أن الوساطة في الخلافات العمالية تكون قبل اللجوء إلى العدالة أما الثانية فتكون بتدخل القاضي.

(4) فنيش كمال، الوساطة، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص بالطرق البديلة لحل النزاعات، الصلح الوساطة والتحكيم، الجزء 02، الجزائر، 2009، ص 572.

نضيف للتعريف السابق أن الوساطة حسب قانون الإجراءات المدنية والإدارية هي وساطة قضائية على عكس الصلح الذي يمكن أن يكون تلقائيا أو اتفاقيا، وتختلف الوساطة عن الصلح في عدة نقاط (أ) ، كما أنها تتطلب شروطا معينة (ب) لترتب أثارها (ج).

### أ-المقارنة بين الصلح والوساطة :

من حيث أوجه الشبه والاختلاف

#### 1-أوجه الشبه:

- كلاهما له أثر منهي للخصومة إذا ما تم نجاحهما
- كلاهما لهما نفس حجية الحكم القضائي
- كلاهما سند تنفيذي

#### 2- أوجه الاختلاف :

- الوساطة عكس الصلح هي إجراء وجوبي ، أما الصلح فهو إجراء جوازي يمكن أن يعرضه الخصوم أو يتم بسعي من القاضي.
- الوساطة جائزة في جميع المواد باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية على اعتبار أن لها إجراءات خاصة بها . كما أنها لا تجوز في كل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام ، أما الصلح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية غير مقيد بمادة معينة، لكن سبق للقانون المدني أن قيده في المادة 461 بحيث أنه لا يجوز في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية ومسائل النظام العام.
- الوساطة يمكن ان تمتد إلى النزاع كله كما يمكن أن تنصب على جزء منه فقط <sup>1</sup> ، أما الصلح فيتناول الموضوع ككل.
- تسند الوساطة إلى شخص طبيعي أو جمعية يسمى الوسيط ، أما الصلح فيكون بين الطرفين فقط أو بسعي من القاضي.
- مدة الوساطة 03 أشهر قابلة للتجديد مرة واحدة<sup>2</sup>، أما الصلح غير مقيد بمدة معينة.

(1) المادة 995 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

(2) حدد المشرع في المادة 996 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مدة الوساطة بثلاثة أشهر قابلة للتجديد مرة واحدة بطلب من الوسيط إذا ما اقتضى عمله ذلك شرط موافقة الخصوم

- على القاضي القيام بالوساطة في الجلسة الأولى، أما الصلح يمكن اللجوء إليه في أي مرحلة كانت فيها الدعوى.

- تثبت المصالحة بعد الوساطة في محضر يوقعه الوسيط والخصوم يصادق عليه بأمر قضائي غير قابل للطعن أما الصلح يثبت في محضر يوقع عليه الخصوم والقاضي وأمين الضبط

- الوساطة سند تنفيذي بعد المصادقة عليه بالأمر القضائي، أما محضر الصلح سند تنفيذي بمجرد التأشير عليه وإيداعه.

### ب- شروط الوساطة ودور القاضي حيالها:

لإتمام الوساطة يجب أن تتحقق شروط في الوسيط (1) وفي الوساطة بحد ذاتها (2)، وان القاضي له دور مهم في إتمامها (3).

#### 1- الشروط الواجبة في الوسيط :

يمكن ان تسند الوساطة إلى شخص طبيعي كما يمكن ان تسند إلى جمعية ، وعندما تسند إلى هذا الأخيرة يقوم رئيسها بتعين أحد أعضائها بتنفيذ الإجراء باسمها ويخطر القاضي ذلك<sup>1</sup>.

نصت المادة 998 المتضمنة كيفية تعيين الوسيط وشروطه على أن كفاءات تطبيقها ستحدد لاحقا عن طريق التنظيم، وهو ما تم فعلا بحيث صدر مرسوم تنفيذي رقم 100-09 مؤرخ في 10-03-2009 المتضمن كيفية تعيين الوسطاء القضائيين<sup>2</sup>، بحيث يعد كل مجلس قضائي قائمة للوسطاء بعد دراسة الملفات المودعة أمامه من قبل لجنة الانتقاء<sup>3</sup>، على أن يصادق وزير العدل على هذه القائمة، ويؤدي الوسطاء المختارين اليمين القانونية. ويختار القاضي الوسيط من ضمن هذه القائمة.

(1) انظر المادة 997 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(2) مرسوم تنفيذي رقم 100-09 مؤرخ في 10-03-2009 المتضمن كيفية تعيين الوسطاء القضائيين،

(3) لجنة الانتقاء أسستها المادة 08 من المرسوم التنفيذي 100-09 وتتكون من رئيس المجلس القضائي رئيسا، النائب العام، رؤساء المحاكم التابعة لدائرة اختصاص المجلس المعني، ورئيس أمانة ضبط المجلس.

- يجب أن تتوفر في الشخص الطبيعي المكلف بالوساطة فضلا عن حسن السلوك الإستقامة الشروط التالية :
- أن لا يكون قد تعرض إلى عقوبة عن جريمة مخلة بالشرف<sup>1</sup> ، أما المادة 02 من المرسوم التنفيذي 09-100 السالف الذكر نصت على أن لا يكون قد حكم عليه بسبب جنائية أو جنحة باستثناء الجرائم الغير عمدية، والظاهر أن المادة 02 من المرسوم التنفيذي 09-100<sup>2</sup> أصوب من المادة 998 قانون إجراءات مدنية وإدارية، على أساس أن السلوك الحسن والاستقامة لا يتعلق فقط بالابتعاد عن جرائم الأخلاق بل عن جميع الجرائم إلا ما كان عن غير عمد<sup>3</sup>.
- أن لا يكون ممنوعا من ممارسة حقوقه المدنية، وهي نتيجة حتمية للشرط الأول.
- أن يكون مؤهلا بالنظر في المنازعة المعروضة عليه ، وهو ما تضمنته المادة 998 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث يجب أن يكون الوسيط مؤهلا وذو كفاءة في موضوع المنازعة المعروضة أمامه، وتتص المادة 03 من المرسوم التنفيذي 09-100 السالف الذكر على: " يتم اختيار الوسيط القضائي من بين الأشخاص المعترف لهم بالنزاهة والكفاءة والقدرة على حل النزاعات وتسويتها بالنظر إلى مكانتهم الاجتماعية ، كما يمكن اختياره من بين الأشخاص الحائزين على شهادة جامعية أو دبلوم أو تكوين مخصص أو أي وثيقة أخرى تؤهله لتولي الوساطة في نوع معين من النزاعات"
- أن يكون محايدا ومستقلا في ممارسة الوساطة.
- أما فيما يخص صلاحيات الوسيط والتزاماته، فعندما ينطق بالأمر القاضي بتعيين الوسيط يقوم أمين الضبط بتبليغ نسخة منه للخصوم وللوسيط وعلى هذه الأخير أن يخطر القاضي دون تأخير بقبوله مهمة الوساطة ويستدعي الخصوم إلى أول لقاء للوساطة.

(1) حسب المادة 998 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(2) بالرغم من أنها اقل قيمة قانونية من القانون

(3) وقد ذهب المرسوم التنفيذي 09-100 إلى ابعاد من ذلك حيث انه يستبعد من الوساطة أي ضابط عمومي أو

محامي شطب أو عزل بموجب إجراء تأديبي

يجوز للوسيط بعد موافقة الخصوم سماع كل شخص يقبل سماعه ويرى في سماعه فائدة لتسوية النزاع، في حالة الاتفاق يحرر الوسيط محضرا يضمنه محتوى الاتفاق ويوقعه مع الخصوم. كما يلتزم الوسيط بحفظ السر<sup>1</sup> إزاء الغير وأن يخبر القاضي بما توصل إليه الخصوم من اتفاق أو عدمه .

أما بخصوص أتعاب الوسيط فتتص المادة 12 من المرسوم التنفيذي 09-100 على: "يتقاضى الوسيط القضائي مقابل أتعاب يحدد مقداره القاضي الذي عينه .... ويتحمل الأطراف مناصفة مقابل أتعاب الوسيط القضائي..." ، وتمنع المادة 13 من نفس المرسوم الوسيط أن يتحصل أثناء تأدية مهامه على مقابل غير ذلك الذي يقرره القاضي وإلا تعرض للشطب.

## 2- شروط الوساطة:

تشتط الوساطة قبول أطرافها والحصول على أمر يتضمنها.

### 2-1 قبول الأطراف للوساطة:

تنص المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه يجب على القاضي أن يعرض الوساطة على الأطراف ، لكنهم غير ملزمين بقبولها ، مما يدل على أن الطبيعة القانونية للوساطة في حقيقتها اتفاقية تنتج عن الإرادة الصريحة للطرفين المتخاصمين ولا يجوز في كل الأحوال إجبار الأطراف على قبولها، والمشرع لم يحدد أي شكل لهذا القبول ، إلا أن بعض المحاكم تشتط أن يرد قبول الوساطة أو حتى رفضها في شكل مكتوب<sup>2</sup> .

### 2-2 صدور أمر يتضمن الوساطة:

يصدر القاضي أمرا بتعيين وسيط يختاره هو لا الأطراف من قائمة معدة مسبقا، يتضمن هذا الأمر موافقة الخصوم صراحة على الإجراء، أسم الوسيط ، عنوانه، مهامه، الآجال

(1) كتمان السر مذكور في اليمين التي يؤديها الوسيط والمنصوص عليها في المادة 10 من المرسوم التنفيذي 09-

100 بما نصه: " أقسم بالله العلي العظيم أن أقوم بمهمتي بعناية وإخلاص وان أكنم سرها وأن أسلك في كل الظروف سلوك الوسيط القضائي النزاه والوفى لمبادئ العدالة والله على ما أقول شهيد"، وإذا اخل الوسيط بهذا الالتزام تعرض لمسائلة جنائية حسب المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري ، بالإضافة إلى الشطب من قائمة الوسطاء.

(2) ولد الشيخ شريفة، مرجع سابق، ص127.

الممنوحة له لتنفيذ مهامه، وتاريخ رجوع القضية إلى الجدول.

### 3- رقابة القاضي للوساطة وأعمال الوسيط:

إصدار القاضي لأمر تعيين وسيط لا يعني تنحيته عن النزاع بل يمكن للقاضي في أي وقت إتخاذ أي إجراء أو تدبير يراه ضروريا بل يمكنه حتى إنهاء الوساطة بطلب من الوسيط أو الخصوم كما يمكن له إنهاؤها تلقائيا عندما يتبين له استحالة السير الحسن لها و يجب أن ترجع القضية إلى الجلسة ويستدعى الوسيط والخصوم عن طريق أمانة ضبط .

عندما يتوصل الوسيط إلى اتفاق يحرر محضرا بمحتوى ذلك الاتفاق يوقعه مع الخصوم مبرزا جميع النقاط المتفق عليها ، وبعد رجوع القضية للجدول في التاريخ المحدد لها مسبقا ،يقوم القاضي بالمصادقة على محضر الاتفاق بموجب أمر غير قابل لأي طريق من طرق الطعن.

أما إذا لم يتوصل الوسيط إلى حل النزاع يحرر محضرا بذلك يودعه لدى أمانة ضبط المحكمة التي عينته ويعلم القاضي بذلك وترجع القضية للجدول ليواصل القاضي فيها لغاية صدور حكم فيها.

### ج- آثار الوساطة :

لا يترتب عن الوساطة تخلي القاضي عن القضية وبالتالي يمكنه اتخاذ أي تدبير يراه ضروريا في أي وقت.

في حالة نجاح الوساطة يعد محضر الاتفاق بعد المصادقة عليه من القاضي نهائيا غير قابل للطعن وسندا تنفيذيا له نفس حجية الحكم القضائي طبقا لنص المادة 600 فقرة 08 والمدة 1004 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

## الفرع الثاني

### مدى تقبل إجرائي الصلح والوساطة للوسيلة الالكترونية .

يعد إجرائي الصلح والوساطة كطرق بديلة لحل النزاعات ضرورة أملتها عوامل مختلفة أهمها حجم القضايا على مستوى القضاء ، وحسنا فعل المشرع عند تنظيمه لهذين الإجراءين

لفك الاكتضاض الذي يعاني منه جهاز العدالة من جهة وتمكين الأطراف من حل نزاعاتهم فيما بينهم من جهة أخرى .

وبعد عرض التأطير القانوني الذي جاء به قانون الإجراءات المدنية والإدارية لكلا الإجراءات ، سنحاول دراسة مدى إمكانية إتمامهما الكترونيا .

### أولا : بالنسبة للصلح

الصلح وكما سبق الإشارة إليه يمكن أن يكون اتفاقيا أو قضائيا، وتبعا لذلك هل يجوز الصلح في مواد التجارة الالكترونية، وما مدى توافر شروط الصلح في منازعات التجارة الالكترونية ؟

الإجابة على الشطر الأول من السؤال نجدها في المادة 04 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على : " يمكن للقاضي إجراء الصلح بين الأطراف أثناء سير الخصومة في أي مادة كانت"<sup>1</sup> ، مبدئيا يمكن الصلح في نزاعات التجارة الالكترونية .

أما فيما يتعلق بالشطر الثاني ، فنميز بين الصلح الاتفاقي والقضائي، بالنسبة للأول ، حسب المادة 459 قانون مدني جزائري يشترط في الصلح ما يلي:

-وجود نزاع، وهذا أمر بدهي وإلا ما كان سيعرض على القضاء لحله.

-نية الأطراف في حل النزاع .

-تنازل الطرفين عن بعض حقوقهم.

هذه الشروط تنطبق على أي خصومة كانت ويمكن أن تنطبق على نزاعات التجارة الالكترونية .

أما الصلح القضائي فيشترط:

-أن يتم بسعي من القاضي، ويعني ذلك حضور الأطراف أمام القاضي.

-يحرر الصلح في محضر يوقع عليه الخصوم والقاضي وأمين الضبط.

-يودع لدى أمانة الضبط لدى الجهة القضائية التي قامت به.

من خلال هذه الشروط وبتطبيقها على نزاعات التجارة الالكترونية ، نجد أن الشرط الأول

(1) وإن كانت المادة 461 من القانون المدني الجزائري تستثني المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والنظام العام.

صعب التحقق، فعقود التجارة الالكترونية تمتاز بعدم الوجود الفعلي لأطرافها في نفس المكان وهذا ما يحول دون إمكانية تواجدهم الفعلي أمام القاضي. كذلك الأمر بالنسبة للشرط الثاني والمتمثل في توقيع الخصوم على محضر الصلح، فبالرغم من ان المشرع لم يحدد شكل الوثيقة ولا البيانات التي يشترط كتابتها ، غير أنه ما دام يوقع على المحضر كاتب الضبط والقاضي فان على القاضي أن يتأكد من توفر جميع البيانات التي تثبت وضوح الصلح وحمله لتاريخ ورقم وأختام تجعله يرقى إلى درجة السند التنفيذي، مما يحول دون إمكانية تطبيق الشرط الثالث وهو إيداع المحضر لدى أمانة ضبط الجهة القضائية المختصة. نستنتج إذن، أن الصلح الاتفاقي ممكن في منازعات التجارة الالكترونية ، فكما يمكن التعاقد الكترونيا يمكن أيضا الاتفاق على حل نزاع خاص بهذا العقد الكترونيا ، لكن هذا الاتفاق بالرغم من انه منه للخصام إلا انه لا يمكن اعتباره سندا تنفيذيا إلا إذا صادق عليه القاضي ، وعليه أي نزاع يقوم بعد هذا الصلح يضع على عاتق الطرف المتمسك بالصلح إثباته للقاضي<sup>1</sup> ويكون حكم القاضي فيما بعد هو السند التنفيذي وليس وثيقة الصلح الاتفاقية. أما الصلح القضائي فهو غير ممكن قضائيا.

### ثانيا: بالنسبة للوساطة

من خلال شروط الوساطة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمتمثلة في قبول أطراف النزاع لها وصدور أمر يتضمنها، نتساءل عن إمكانية إتمامها الكترونيا؟ بخصوص شرط قبول أطراف النزاع لإجراء الوساطة، وطالما أن المشرع لم يشترط تلقي القاضي للقبول بنفسه ولا حتى شكلا معيناً للقبول إذن يمكن أن يتم التعبير عن القبول الكترونيا. أما شرط صدور أمر يتضمن الوساطة فيعترض إمكانية إتمامه الكترونيا عدة عراقيل منها:

- يتم تعيين الوسيط عن طريق القضاء والقضاء لا يعمل الكترونيا .

(1) وليس للقاضي أن يرفض أي وثيقة الكترونية طالما سوى المشرع الجزائري بين الوثيقة الالكترونية والوثيقة الورقية في الإثبات بموجب المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري.



- في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا يوجد ما يدل على أن القاضي هو من يعين الوسيط لكن بالرجوع للمرسوم التنفيذي 09-100 فان القاضي يختار وسيطا من قائمة الوسطاء المحلفين. على عكس الوساطة الدولية أين يختار الخصوم الوسطاء بنفسهم. -يبقي القانون سلطة للقاضي بشأن النزاع ومراقبة الوسيط ، وهذا الأخير معرض في أي وقت لإنهاء مهمته.

أما عمل الوسيط فيمكن أن يتصل بالأطراف بأي وسيلة طالما أن القانون لا يحدد وسيلة اتصاله بهم ولا كيفية ذلك وله خلال تنفيذ مهمته ان يسمع أي شخص - بعد قبول أطراف النزاع- يرى في سماعه فائدة لتسوية النزاع، وينتهي في الأخير بتحرير محضر حول المهمة التي قام بها سواء كان ايجابيا أي اتفاق يقضي بحل النزاع أو سلبيا أي عدم الوصول إلى حل مرضي للطرفين ، هذا المحضر يكون كتابيا وموقعا من الوسيط والخصوم<sup>1</sup>. نخلص للقول انه من الصعب تطبيق الوساطة الالكترونية في القانون الجزائري طالما أنها تتم عن طريق القضاء ويتم اختيار الوسطاء من القاضي ومن قائمة معدة مسبقا على عكس الوساطة بمفهومها الدولي والتي تختلط مع مصطلحات أخرى هي المفاوضات المباشرة والتوفيق.

إبتكرت مراكز الوساطة والتحكيم المفاوضات المباشرة كوسيلة لحل النزاعات، وقد لاقت هذه المفاوضات نجاحا واسعا وإقبالا هائلا من قبل المتنازعين، وتكمن أهمية التفاوض<sup>2</sup> في تبادل الآراء بين الأطراف المتنازعة للوصول إلى حل يخدم مصالحهم، وتزداد أهمية التفاوض في مجال عقود التجارة الالكترونية حيث أن الطرق التقليدية غير قادرة على مواجهة متطلباتها.

يعرف التفاوض كما يلي: " تبادل الاقتراحات والمساومات والتقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية بين الأطراف ليكون كل منهم على بينة من أفضل الأشكال القانونية

(1) بشأن الكتابة الأصل أن الكتابة الالكترونية مقبولة ، كذلك بالنسبة للتوقيع الالكتروني فالقانون يعتد به خاصة إذا كان مؤمنا.

(2) نظرا لأهمية التفاوض اتجهت الجهود الدولية إلى بيان أهميته ، ومنها قواعد اليونيدروا في مادتها الأولى تنص على أن يتمتع أطراف العقد بحرية إبرامه ويقوم مبدأ حرية التعاقد على عنصرين أساسيين هما إختيار المتعاقد وتحديد مضمون العقد ، وحرية الأطراف في التفاوض بهدف تحقيق مصالحهم.

التي تحقق مصلحته" وهو "التحاور والمناقشة وتبادل الأفكار والآراء بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى إتفاق معين حول مصلحة أو حل مشكلة ما"<sup>1</sup>. وقد أجاز القانون الأمريكي للمعاملات الإلكترونية لسنة 1999 ضمناً إجراء المفاوضات عند تعريفه لأعمال التجارة الإلكترونية وهي: "تلك الأعمال التجارية التي تدار أو تتم بالكامل أو جزء منها بوسائل إلكترونية أو بالتسجيل الإلكتروني، هذه الأعمال تهدف إلى إبرام العقود أو الوفاء بالالتزامات الناشئة عن الصفقات التجارية"<sup>2</sup>.

للتفاوض دور وقائي إذا تم قبل إبرام العقد، لكن لأهميته خاصة في العقود التجارية والصناعية التي يمتد تنفيذها لفترة زمنية معتبرة، قد يتم في مراحل التنفيذ أيضاً وذلك لإعادة التوازن العقدي في حالة تغير الظروف على ذلك يتم إدراج عادة شرط في العقد بمقتضاه يلتزم الطرفان بالتفاوض حول مستجدات في العقد وكيفية التغلب على الصعوبات بدل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم ويطلق على هذا الشرط إسم شرط إعادة التفاوض أو شرط إعادة التوازن العقدي أو شرط الصعوبة<sup>3</sup>. والهدف منه تعديل العقد بطريقة تتماشى والظروف الجديدة وإزالة عدم العدالة بين الالتزامات التي سببتها الظروف<sup>4</sup>.

التفاوض الإلكتروني يتم بطريقة إلكترونية تسهل على الأطراف الإتصال والتحاور دون أن يلتزموا بالانتقال إلى مكان معين<sup>5</sup>.

(1) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص62.

(2) المادة 2/2 من قانون معاملات التجارة الإلكترونية الأمريكي. يستفاد من هذه المادة إمكانية إتمام المفاوضات بطريقة إلكترونية.

(3) نصت على هذا الشرط المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية التي أقرها معهد توحيد القانون الخاص عام 1994 في المادة 2/6 بنصها على مايلي: "في حالة شرط تغير الظروف يكون للطرف المتضرر طلب فتح باب التفاوض"، وعليه التفاوض هو أداة فنية لانقاذ العقد وتخفيف الأضرار عن لحقته نتيجة تغيير الظروف، كما يستعمل أيضاً إعادة التفاوض في تفسير العقد في حالة وجود نزاع بشأن تنفيذه، أنظر في ذلك: د/ خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص220.

(4) مثال ذلك ارتفاع الأسعار أو إنخفاضها، أو تغير التعريفات الجمركية أو تعديلات تشريعية كصدور قانون يمنع أو يحد من الإستيراد أو التصدير... الخ، ويلاحظ أن هذه الحالة تشابه نظرية الظروف الطارئة، من حيث المصدر كون أن الظروف هي من تأثر على العقد وتجعل تنفيذه مرهقا لأحد الأطراف، لكن بالنسبة لشرط إعادة التفاوض الأطراف هم من يتكفلون بإزالة هذا الإرهاق وليس القاضي.

(5) أيناس الخالدي، مرجع سابق، ص13.

نجد أيضا مصطلح التوفيق<sup>1</sup> وهو عملية إجرائية بموجبها يقوم أطراف النزاع بالإستعانة بشخص من الغير أو لجنة محايدة تساعدهم في توفيق أوجه الخلاف بينهم والتصالح ، بينما تهدف الوساطة لاقتراح حل لتسوية النزاع وفي الحالتين دون الوصول إلى حل ملزم للنزاع. يقوم نظام التوفيق في التجارة الالكترونية على قيام الموفق بتقريب وجهات النظر بين المتنازعين ، بحيث يجعلهم يشتركون معه في إيجاد تسوية مناسبة للنزاع أو على الأقل يحيطهم علما بالنتيجة التي توصل إليها ، وإن لم يقبلوا بها إنسحبوا، أما الوساطة هي عبارة عن عملية تطوعية يوافق طرفا النزاع من خلالها على إختيار شخص لحل النزاع بينهما مع منح كامل السلطة للمتنازعين في قبول الوساطة أو رفضها.

تتخذ الوساطة أشكالا عديدة فهناك الوساطة البسيطة وهي التي يسعى فيها الوسيط تقريب بين وجهات نظر المتنازعين مع إقتراح الحل، وهناك الوساطة تحت شكل القضاء الصوري<sup>2</sup> وهي التي يتم فيها تشكيل هيئة يرأسها الوسيط يضم وكلاء عن أطراف النزاع للوصول إلى حل مقبول من الطرفين، هناك أيضا الوساطة الإستشارية كأن يطلب الأطراف من خبير إستشارة أولا ثم يطلبون منه بعد ذلك تدخله كوسيط لحل النزاع ، وهناك وساطة التحكيم وهي التي يتفق فيها الأطراف على قيام الوسيط بمهمة التحكيم إذا فشلت مهمته في الوساطة ، نجد أيضا الوساطة القضائية وهي المعمول بها في الأنظمة الانجلوسكسونية ، كذلك في

(1) هناك من يستعمل مصطلح التوفيق كمترادف لمصطلح الوساطة مثلما جاء في قانون الاونسترال النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن التوفيق بحيث عرفه على أنه: "كل عملية إختيارية يتم تنظيمها بالإتفاق بين الأطراف وتباشر بمعرفة شخص أو لجنة من الغير يتم التوصل إلى تسوية ودية للنزاع المعروض: وهو تعريف الوساطة ، كذلك المنظمة العالمية للملكية الفكرية تستخدم المصطلحين كمترادفين.

(2) يتشابه هذا النوع من الوساطة بحل النزاع عن طريق المحاكم المصغرة وهو اتفاق الأطراف على إحالة نزاعهم إلى لجنة عادة ما تكون عدد اعضائها 3 أشخاص ، بحيث يتولى كل طرف النزاع تعيين شخص من ذي خبرة في مجال النشاط المتنازع بشأنه ويرأس هذه اللجنة شخص محايد يختاره الطرفين معا، يقدم ممثلي الأطراف اقتراحاتهم بقصد دراستها عن طريق مفاوضات وذلك للوصول إلى إتفاق على حل النزاع ، مع الملاحظة أن هذه المحكمة إجراءاتها متعارف عليها ولا تخضع لتنظيم معين وتتميز في أنها تسير بإرادة الأطراف وانها غير ملزمة وغير مكلفة وسريعة بالمقارنة مع القضاء.

النظام القضائي الجزائري<sup>1</sup>، حيث تقوم المحاكم قبل الفصل في النزاع بعرض إقتراح على الأطراف باللجوء بداية إلى الوساطة بحيث يقوم القاضي قبل الجلسة الرسمية بشرح مختصر للأطراف عن موقف كل منهما في الدعوة ويتوصل معهم إلى إصدار حكم في شكل رأي . أما عن سير الوساطة الالكترونية فقد قامت مراكز الوساطة الالكترونية بتحديد إجراءات رفع النزاع عن طريق قنواتها فبمجرد الدخول للموقع الرئيسي للمركز يجد الشخص نفسه أمام الخدمات التي يقدمها وآليات تقديم كل خدمة دون الحاجة لمهارات خاصة<sup>2</sup>.

تبدأ الوساطة الالكترونية بملاً الطلب المخصص والمعد لذلك مسبقاً على الموقع الالكتروني للمركز والمتضمن البيانات الشخصية مع ذكر ملخص عن موضوع النزاع والطرف الآخر وكيفية الاتصال به، وبعد استلام المركز للطلب يقوم هذا الأخير بإرسال قبوله النظر في النزاع إذا ما وافق الطرف الآخر، ويقوم المركز بالاتصال بالطرف الآخر وتزويده بنسخة من طلب الوساطة مع الاستفسار عن مدى قبوله للوساطة.

إذا قبل الطرف الثاني الوساطة يخطر المركز الطرف الأول بذلك كما يقوم بتزويد الطرفين بقائمة أسماء الوسطاء ومؤهلات كل منهم ليقوما الطرفين بإختيار الوسيط مع تحديد طريقة التواصل من خلال البريد الالكتروني او المخاطبة المباشرة عن طريق غرفة الاجتماعات أو المؤتمرات المصورة...الخ.

وبموافقة الأطراف على الوسيط يتم مناقشة موضوع النزاع من خلال عرض نقاط الخلاف الجوهرية من خلال جلسات الوساطة والتي يقوم الوسيط بإعدادها وتسليم كلمة المرور للطرفين للدخول للجلسة وذلك لضمان السرية، ويتم خلال ذلك البحث عن حل مرضي للطرفين ، وإذا تم ذلك يقوم الوسيط بصياغة اتفاق التسوية النهائي على أن يوقعه الأطراف. ظهرت عدة مراكز متخصصة في الوساطة نجد من أهمها:

- مركز Square trad وهو أول وأشهر مركز متخصص في مجال حل المنازعات بطريق الوساطة الالكترونية .

(1) لكن يختلفان في ان هذه الأنظمة القاضي هو من يلعب دور الوسيط في حين في القانون الجزائري لا يكون القاضي

وسيطاً بل يقترح الوساطة على الأطراف وإذا قبلها الأطراف يعين الوسيط من بين قائمة معدة مسبقاً.

(2) محمد إبراهيم أبو الهيجاء ، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة، عمان، 2009، ص34.

- مركز المنظمة العالمية لحماية الملكية الفكرية ويقوم المركز بالوساطة والتحكيم .
- مؤسسة on line ombuds office وهو مركز للوساطة أنشأ عام 1996 من قبل مركز تابع لجامعة MASSACHUSETTE الامريكية .
- تعتمد هذه المراكز على عدة أنظمة منها نظام ECODIR الذي وضع في بروكسل بتمويل من الاتحاد الأوروبي وهو يشمل مجموعة من القواعد والإجراءات موضوعة لحل المنازعات عن طريق الوساطة الالكترونية التي تنشأ عن المعاملات الالكترونية التي يكون المستهلك طرفا فيها .

## المطلب الثاني

### التحكيم ومدى تقبله للوسيلة الالكترونية

يعتبر التحكيم أحد الوسائل البديلة عن القضاء لتسوية المنازعات خاصة التجارية، وشاع اللجوء له في العقود الدولية بشكل خاص، بحيث أن ه أصبح من النادر أن نجد عقد دوليا لا يتضمن شرط التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن العقد ، بالعودة إلى القانون الجزائري نجد أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية يعرف ثلاث أنواع من إجراءات التحكيم: تحكيم في المنازعات الإدارية-مستبعد من الدراسة-<sup>1</sup> ، تحكيم داخلي بين الأفراد<sup>2</sup>(فرع أول)، وتحكيم تجاري دولي.(فرع ثان)

### الفرع الأول

مدى تقبل الوسيلة الالكترونية في التحكيم الداخلي بين الافراد في القانون الجزائري.  
يعرف التحكيم الالكتروني على انه: " اتفاق أطراف علاقة قانونية لإخضاع المنازعة التي نشأت أو ستنشأ مستقبلا من علاقات تجارية أو غيرها الكترونية كانت أو عادية إلى جهة

(1) بالنسبة للتحكيم في النزاعات الإدارية في القانون الجزائري يتم عن طريق القضاء وانه لا يجوز للمحكمة أن تجريه إلا في حالات واردة في الاتفاقات الدولية التي صادقت عليها الجزائر او في مادة الصفقات العمومية. كما لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تلجأ للتحكيم ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية، انظر المادة 975 و المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(2) بالنسبة للتحكيم الداخلي بين الأفراد في القانون الجزائري يمكن لكل شخص اللجوء له في كامل الحقوق التي له مطلق التصرف فيها فيما لا يخالف النظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم. أنظر المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أخرى غير القضاء للفصل فيها بإجراءات الكترونية وإصدار حكم ملزم لها<sup>1</sup>. ويعرفه محمد سعيد احمد إسماعيل أنه: "نظام قضائي من نوع خاص يتفق بموجبه الأطراف على إحالة النزاع وبشكل اختياري إلى طرف ثالث محايد لتسوية النزاع باستخدام وسائل اتصال حديثة وفقا لقواعد تنظيمية ملائمة لموضوع النزاع وأسلوب التسوية وذلك لإصدار حكم ملزم للأطراف"<sup>2</sup>. يعاب على هذا التعريف انطلاقه من اعتبار التحكيم نظام قضائي من نوع خاص إلا أنه نظام بديل عن القضاء<sup>3</sup>، كما أنه لم يحدد أي مرحلة تتم فيها استعمال الوسائل الالكترونية كي يعد التحكيم الكترونيا، في حين يرى الأستاذ حسين فريجة أن التحكيم الالكتروني هو الذي تستعمل في جميع مراحله وسائل الاتصال الحديثة أي إذا تم كله بوسائل الكترونية ابتداء من اتفاق التحكيم إلى إصدار الحكم<sup>4</sup>.

هناك اختلاف في الفقه حول مسألة تطلب الوسيلة الالكترونية في كامل مراحل التحكيم كي يكون الكترونيا<sup>5</sup>، إلا أنه كي يعتبر التحكيم الكترونيا يكفي أن تتم أغلبية إجراءاته أو إجراءاته الأساسية بالطريقة الالكترونية، بينما وأخذا بالمفهوم السابق لن يعتبر تحكيم قامت به مؤسسة wipo مثلا عن طريق الانترنت تحكيما الكترونيا بسبب أن اتفاق التحكيم للأطراف على اللجوء لهذه الطريقة تم عاديا.

وللتحكيم الالكتروني مميزات (أولا) سنحاول إسقاطها على النصوص المنظمة للتحكيم بين الأفراد داخليا لنستنتج مدى إمكانه لتقبل الوسيلة الالكترونية (ثانيا).

(1) آلاء يعقوب النعيمي، "الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الالكتروني"، مجلة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية،

المجلد 06، العدد 02، الإمارات العربية المتحدة، 2009، ص 205.

(2) أنظر في ذلك محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، د س ن، ص 40

(3) حتى من ناحية المحكم نفسه لم يشترط القانون فيه أي شرط لا أن يكون قاضيا سابقا مثلا ولا ذو خبرة ولا متخصص لا حتى أن يكون على دراية بالقانون، أنظر في ذلك : حسين فريجة، "التحكيم الالكتروني كوسيلة لحل المنازعات"، مجلة إدارة، المجلد 20، العدد 01 لسنة 2010، العدد 39، ص 59.

(4) حسين فريجة، المرجع نفسه، ص 50

(5) لأكثر تفصيل أنظر في ذلك بوديسة كريم، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية،

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012،

### أولاً : أبعاد التحكيم الإلكتروني

يهدف التحكيم الإلكتروني إلى تأمين بيئة العمل الإلكتروني، وما يتصل بها من خلال تسوية النزاعات الإلكترونية القائمة، وتقديم الخدمات الاستشارية، التي من شأنها منع حدوث النزاع، من أجل مجتمع رقمي معافى، وذلك من خلال:

- تقديم خدمات التحكيم عن طريق محكمين خارجيين عبر وسائط الاتصالات الإلكترونية لتسوية النزاعات الناشئة عن علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، سواء كانت علاقة عقدية أو غير عقدية، سواء كانت في القطاع العام أو الخاص، أو بينهما .
- تقديم الخبرة الاستشارية في المعاملات الإلكترونية، مثل الاستجابة لطلب جهات لتكملة عقد معين به بعض أوجه النقص، أو لمراجعة أحكام عقد معين في ظل ظروف معينة قد نشأت بعد إبرامه، فضلاً عن تقديم الخبرة الاستشارية في النظم والتقنية المعلوماتية والحوسبة التطبيقية للجهات القانونية، مثل المحاكم المختلفة (على غرار ما تقدمه مكاتب المحاسبة والمراجعة للمحاكم من خبرة محاسبية في النزاعات الم طروحة أمامها ذات الصبغة المحاسبية البحتة ) .

مميزات هذا التحكيم كثيرة ومرتبطة بالتجارة الإلكترونية والعقود الإلكترونية بطريقة تميزه عن اللجوء إلى المحاكم الوطنية وحتى عن التحكيم التجاري التقليدي ، ومن هذه المميزات :-

1- اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني (التحكيم بواسطة الإنترنت) يجنب أطراف العقد عدم مسايرة القانون والقضاء للعقود الإلكترونية سواء قانونياً أو قضائياً ، حيث أنه يجنبهم عدم الإعراف القانوني بهذه العقود أو صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق ، وتحديد المحكمة المختصة ، وهذا الأمر ليس بالأمر اليسير وفقاً للقضاء العادي عند إحالة النزاع إليه<sup>1</sup>.

2- إن أهم ميزة للتحكيم الإلكتروني هي سرعة الفصل في النزاع ، وهذه الميزة تفوق ما يجري به العمل في المحاكم الوطنية من بطء وتكدس للقضايا بسبب الاجراءات المتطلبة أمامها من حضور مادي للأطراف وما يتطلبه ذلك من وقت .

(1) حسين فريجة، مرجع سابق، ص55



- 3- عرض النزاع على أشخاص ذوي خبرة فنية خاصة ومحل ثقة ، خاصة في المجال الفني والقانوني للتجارة الإلكترونية.
  - 4- تقليل كُلف ونفقات التقاضي ، وذلك لاستخدام نظم الوسائط الإلكترونية التي تتيح عقد جلسات التحكيم على الخط المباشر للأطراف وللخبراء ، مما يقلل من نفقات السفر.
  - 5- السرية ، في جميع مراحل التحكيم ، مما يحول دون إلحاق الضرر بسمعة الأطراف المحكّمين .
  - 6- سهولة الحصول على الحكم بسبب تقديم المستندات إلكترونياً عبر الشبكة ، أو من خلال الواجهة الخاصة التي صممت من قبل المحكم أو مركز التحكيم الإلكتروني لتقديم البيانات والحصول على الأحكام موقعة من المحكمين .
  - 7- وجود إتفاقية دولية بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين ، وهي إتفاقية نيويورك الخاصة بالإعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها لعام ( 1958 ) ، وذلك على خلاف أحكام القضاء حيث لا يوجد حتى الآن إتفاقية تحكم الإعتراف والتنفيذ الدولي مثل إتفاقية نيويورك ، مع أن هناك اتفاقيات إقليمية وثنائية لتنفيذها .
- ومع هذه المميزات التي يقدمها التحكيم الإلكتروني إلا أن هـ لا يخلو من المخاطر والانتقادات ، ما قد يشكك في مدى جدواه وفعاليتة ، ومن هذه الأخطار :
- 1- عدم مواكبة النظم القانونية الحالية للتطور السريع الحاصل في مجال التجارة الإلكترونية ، إن لم تكن هذه النظم لا تشرع هذه المعاملات والتجارة الإلكترونية في قوانينها ، إضافة إلى جمود القواعد القانونية الموجودة في كثير من دول العالم المتعلقة بإجراءات التقاضي والتحكيم التقليدي من الإعتراف بإجراء التحكيم بوسائل إلكترونية ، وعدم تعديل التشريع الموجود للإعتراف بأحكام التحكيم الإلكترونية .
  - 2- تحديد مكان التحكيم ، والذي يترتب عليه آثار كثيرة ومهمة ، فما هو المكان الذي يعتبر أنه مكان التحكيم ، هل هو مكان المحكم الفرد أم مكان المورد ، أو المستخدم في عقود خدمات المعلومات الإلكترونية ، هذا إذا كان المحكم فرداً ، أم مكان إبرام العقد أو تنفيذه . هذه المسائل خطيرة وترتب آثاراً مهمة بالنسبة لاعتبارات التنفيذ والاعتراف



بالحكم التحكيمي الإلكتروني ، هذه المسائل وغيرها بحاجة إلى دراسات شاملة لكل جزئية منها ، وتتطلب تدخلاً تشريعياً من جانب الدولة إضافة إلى الاتفاقيات الدولية <sup>1</sup>.  
3- عدم ثقة أطراف النزاع في التحكيم الإلكتروني الذي يتم عبر الشبكة وذلك خوفاً من إفشاء أسرارهم أو التطفل على بياناتهم ومستنداتهم .

### ثانياً: إسقاط مفهوم التحكيم الإلكتروني على التحكيم الداخلي بين الأفراد في القانون الجزائري.

نصت المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ، وهي مادة خاصة بالتحكيم الداخلي على أنه يجوز لكل شخص أن يلجأ إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق الحرية فيها باستثناء ما يتعلق بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، هذه المادة تخاطب جميع الأشخاص الموجودين على الإقليم الجزائري سواء كانوا جزائريين أو أجانب ، وعليه أطراف النزاع الذي ينطبق عليهم التحكيم الداخلي ليس بالضرورة أن يكونا جزائريين معاً، ولأطراف إذن الحرية في اختيار التحكيم كوسيلة لحل نزاعاتهم بدل اللجوء للقضاء وسنتناول مدى إمكانية تقبل الوسيلة الإلكترونية في اتفاق التحكيم واختيار المحكمين ثم في إجراءات التحكيم.

(1) كان للجنة (اليونسترال) دور واضح ومهم في إصدارها لإتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية ، والتي نصت في المادة (1/20) على " تنطبق أحكام هذه الاتفاقية على استخدام الخطابات الإلكترونية في سياق تكوين أو تنفيذ عقد أو اتفاق تسري عليه أي من الاتفاقيات الدولية التالية ، التي تكون الدولة المتعاقدة في هذه الاتفاقية ، أو قد تصبح دولة متعاقدة فيها :-  
- إتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك ، 10 حزيران / يونيو 1958) " .  
وبذلك فإن هذه الاتفاقية أعطت - عند شمولها لإتفاقية نيويورك (1958) - الكتابة الإلكترونية ميزة الكتابة العادية ، وهذا ما هو موجود في نص المادة (2/2) من إتفاقية نيويورك ، والمادة (1/5) من إتفاقية نيويورك التي تجرى من خلالها تقدير صحة اتفاق التحكيم ، والمادة (1/5) من إتفاقية نيويورك بالنسبة لمخالفة إجراءات التحكيم لقانون هذه الدولة وبالتالي رفض الاعتراف بالحكم وتنفيذه هذا بالنسبة للدول الخاضعة لإتفاقية نيويورك أما بالنسبة للدول غير الخاضعة ، أو بالنسبة للتحكيم الإلكتروني الداخلي فإن هذا الأمر يحتاج إلى تدخل تشريعي .

### أ - فيما يخص اتفاق التحكيم واختيار المحكمين:

تنص كل من المواد 1008 و 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن اتفاقيات التحكيم يجب أن تكون مكتوبة .

يثور الجدل حول مشروعية اتفاق التحكيم المبرم إلكترونيا، فقد نص القانون على ضرورة كتابة اتفاق التحكيم، الأمر الذي يدعو إلى التساؤل حول طبيعة شكلية الكتابة المتطلبة هل هي شكلية إثبات أم شكلية انعقاد؟ فإذا كانت شكلية للإثبات فهناك إمكانية إعداد اتفاق التحكيم إلكترونيا على أساس أن المشرع الجزائري سوى من حيث الإثبات بين السند الورقي ونظيره الإلكتروني أما إذا كانت الشكلية المتطلبة للانعقاد فان ذلك لن يسمح بإعداد اتفاق الكتروني رسمي لغياب التوثيق الرسمي الإلكتروني في الجزائر.<sup>1</sup>

بخصوص هذه المسألة نلاحظ تباين في معالجتها بين المادتين 1008<sup>2</sup> و 1012<sup>3</sup> من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، حيث يتضح من الأولى أن الشكلية المطلوبة هي للإثبات فقط على أساس أنها تنص على "يثبت شرط التحكيم.....بالكتابة...."، أما المادة الثانية وهي المادة 1012 تنص على "يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا....." وهنا اختلفت الآراء، فمنها من ذهب إلى أن واضعوا هذه النص استلزم كتابة اتفاق التحكيم على اعتبار أن هذه الكتابة تعد ركنا أساسيا لقيام الاتفاق على التحكيم يلزم وجودها للحديث عن اتفاق التحكيم مما يجعلها شرط صحة يتعلق بوجود الاتفاق ذاته وليس خارجا يلزم وجوده للإثبات فقط. في حين يرى الاتجاه الثاني أن هذه الكتابة استلزمت ليس باعتبارها ركنا أو

(1) الوظيفة الشكلية للإثبات الإلكتروني والتي تقابل الشكلية للإثبات التقليدية المنصوصة عليها في المادة 333 قانون مدني جزائري تضمنها هيئة التصديق الإلكتروني أما وظيفة الموثق الرسمية لا يوجد ما يضمنها في المجال الإلكتروني.

(2) تنص المادة 1008 من قانون 08-09 على: "يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها.

يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم"

(3) تنص المادة 1012 من قانون 08-09 على: "يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا.

يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم.

إذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة اليه يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة"

شرط من شروط صحة اتفاق التحكيم بل هي وسيلة لإثبات اتفاق التحكيم ، اقتداء بالمادة 1008 السالفة الذكر.

اختلفت التشريعات بشأن شكل اتفاق التحكيم الإلكتروني<sup>1</sup>، إلا أن السؤال المطروح هو إمكانية اعتبار اتفاق التحكيم المبرم إلكترونيا اتفاقا مكتوبا؟

يري بعض الفقه أنه لا مانع يمنع من قبول اتفاق التحكيم بالوسائل الإلكترونية، حيث يمكن للأطراف الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم من خلال تبادل رسائل البيانات، لأن مشرعي الدول وواضعي الاتفاقيات الدولية الذين استلزموا الكتابة لم يشترطوا شكلا خاصا لصياغتها أو طريقة تدوينها، على اعتبار أن العديد من الاتفاقيات الدولية والأحكام القضائية أخذت الكتابة بمفهومها الواسع.

كما أن الهدف من الكتابة لا يستلزم أن تكون محررة على دعامة ورقية بالذات ومن ثم لا يوجد ما يمنع من أن تكون الكتابة محررة على دعامة إلكترونية طالما تحقق نفس الهدف، فالمهم هو أن يتم حفظ البيانات المتداولة إلكترونيا بحيث يمكن الاحتفاظ بها والرجوع إليها عند الخلاف دون أن يطرأ عليها أي تعديل أو تحريف.

كما نجد نص المادة السادسة في فقرتها الأولى من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي الصادر سنة 1996 بشأن التجارة الإلكترونية، والذي يقرر أنه عندما يشترط القانون أن تكون المعلومة مكتوبة فإن رسالة البيانات تستوفي ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا .

(1) فبالنسبة للتشريع العماني، فقد استلزم كتابة اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان عندما نص في المادة الثانية عشر من قانون التحكيم في المعاملات المدنية والتجارية رقم 97/47 حيث جاء فيه: " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمن ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من رسائل الاتصال المكتوبة ". مما يدل على شرط الكتابة هنا هو شرط انعقاد وليس إثبات. أما فيما يخص التشريع المغربي، فإن قانون رقم 05-08 المتعلق بنسخ وتعبير الباب الثامن من قانون المسطرة المدنية فعندما أوجب الكتابة في الفقرة الأولى من الفصل 313 نص في الفقرة الثانية من نفس الفصل على ما يلي: " يعتبر اتفاق التحكيم مكتوبا إذا ورد في وثيقة موقعة من الأطراف أو في رسائل متبادلة أو اتصال بالتلكس أو برقيات أو أية تثبت وجوده... " مما يترك الأمر الغالب أننا أمام شكلية إثبات لا شكلية انعقاد خاصة وأن حرية الإثبات حاضرة بقوة في المادة التجارية.

وعلى كل، يترتب عن إبرام اتفاق التحكيم أثرين هامين، أولهما أثر سلبي قوامه سلب الاختصاص من القضاء وحرمان أطراف العقد من اللجوء إلى القضاء بشأن النزاع الذي وقع الاتفاق على حله عن طريق التحكيم، وبمعنى آخر فإن اتفاق التحكيم ينتج عنه أن الأطراف قد تنازلوا عن القضاء العادي وارتضوا جهة التحكيم سواء كان الاتفاق سابقا لاتفاق التحكيم أو لاحقا له<sup>1</sup>. أما الأثر الثاني لاتفاق التحكيم فهو ما يعرف بالأثر الإيجابي، يعني هذا الأخير أنه متى تم الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، نقل النزاع إلى المحكم أو الهيئة التحكيمية ووجب فض النزاع بهذا الطريق، وكان الحكم التحكيمي ملزما للطرفين .

إن للطرفين أن يضمنا اتفاق التحكيم تعيين الهيئة التحكيمية، حيث يقوم الأطراف بتعيين المحكمين في اتفاق التحكيم مباشرة أو بالإشارة إلى كيفية تعيينهم ويتولى القضاء ذلك في حالة وجود صعوبة في التعيين. فقد جرى العمل على أن يقوم كل طرف بتعيين محكم على أن يعمل المحكمان المختاران على تعيين المحكم الثالث أو المحكم الفاصل.

إذا تم تعيين المحكمين من طرف الأطراف المتنازعة، فيمكن أن يتم التعيين الكترونيا وهذا عكس الوساطة، بحيث أن القاضي هو من يعين الوسيط و أن الوسيط يتم اختياره من قائمة موجودة لدى القضاء، أما المحكمين لا يتقيد في اختيارهم بأي قائمة ولا شروط باستثناء العدد وهو فردي<sup>2</sup>، وتمتعهم بالحقوق المدنية<sup>3</sup>، و ماعدا ذلك فلا أطراف مطلق الحرية في اختيار المحكمين وكيفية ووسيلة اختيارهم. بالتالي إمكانية الاتفاق الكترونيا واردة في التحكيم الداخلي بين الأفراد كذلك الأمر لمسألة اختيار المحكمين من طرف الأطراف.

أما في حالة اختيار المحكمين من طرف القضاء، فانه تستبعد الوسيلة الالكترونية في الاختيار على أساس أن القضاء لا يعمل بها إلى غاية اليوم على الأقل.

(1) مع الملاحظة انه يمكن أن يكون النزاع معروضا على القضاء ثم يقرر أطرافه الاتجاه للتحكيم لفض النزاع في هذه الحالة يزول اختصاص القاضي في النظر في الخصومة ، أنظر المادة 1013 قانون 08-09.

(2) المادة 1017 قانون 08-09.

(3) المادة 1/1014 قانون 08-09 .

(4) انظر المادة 1018 قانون 08-09.

### ب- فيما يخص سير إجراءات الدعوى التحكيمية :

لم يحدد القانون الجزائري إجراءات معينة يقتدي بها المحكمين إلا انه حدد مدة الدعوى التحكيمية وهي 4 أشهر تبدأ من تاريخ تعيين المحكمين أو تاريخ إخطار محكمة التحكيم إذا تم اللجوء إلى تحكيم مؤسساتي ويمكن تمديد هذه المدة باتفاق الأطراف أو وفق نظام محكمة التحكيم وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على المدة المراد تمديدتها وفي غياب نظام المحكمة التحكيمية يتولى القضاء مهمة التمديد.

بالنسبة للتحكيم الحر، للمحكمين مطلق الحرية في طريقة وإجراءات التعامل مع أطراف النزاع ومنها الطريق الالكتروني على أن يفصل المحكمون في النزاع وفقا لقواعد القانون، مع الملاحظة انه طالما أننا بصدد تحكيم داخلي فلا بد لأن يكون المحكمين وطنيين او على الأقل يطبقون القانون الوطني. أما التحكيم المؤسساتي، لا نجد في الجزائر أي مؤسسة تقدم هذه الخدمة<sup>1</sup>.

وعلى كل يتعين على المحتكم أن يكتب في طلب التحكيم ما يلي :

- أ- عرض موجز لطبيعة وظروف النزاع، وأية حلول يراها مناسبة له.
- ب- ذكر أسماء ممثليه في نظر النزاع وتحديد وسيلة الاتصال بهم (هاتف- فاكس- بريد إلكتروني).
- ت- تحديد عدد المحكمين واحد أو ثلاثة، وعند إغفال ذلك سيعد قد اختار محكما وحيدا لنظر النزاع.
- ث- إرفاق نسخة من اتفاق التحكيم .
- ج- إعداد قائمة بالأدلة والبيانات المستند إليها في الإدعاء وإرفاقها مع طلب التحكيم.

(1) على عكس النطاق الدولي أين نجد مراكز التحكيم الإلكتروني دأبت على تنظيم سير العملية بما يوافق طبيعة الإنترنت وما تتطلبه من إجراءات خاصة يجب مراعاتها . فعند نشوب نزاع بين طرفي اتفاق التحكيم ورغب أحدهما أو كلاهما عرضه على مركز من مراكز التحكيم الإلكتروني لفضه، فإنه يتعين عليه التوجه لموقع مركز التحكيم المعين على شبكة الإنترنت والنقر بعدها على مفتاح إحالة النزاع، فيظهر على الشاشة نموذج طلب التحكيم المعد سلفا من قبل مركز التحكيم.

بعد انطلاق إجراءات التحكيم فإنه يمكن أن يتم تبادل الوثائق عن طريق الرسائل الإلكترونية، باستثناء المستندات الأصلية التي يتم تسليمها بخدمة البريد العاجل . فإجراءات المحاكمة أمام هيئة التحكيم الإلكتروني تبدأ في اليوم المحدد مسبقا ، والذي أخطر به فريقا النزاع.

تعد جلسات المحاكمة سرية سريعة، و بعد انتهاء محكمة التحكيم من سماع الادعاء والدفاع وفحص وسائل الإثبات، تقوم بقفل باب الجلسات وتبدأ في إصدار الحكم الذي توصلت إليه بعد التشاور مع أعضائها<sup>1</sup>. إلا أنه تثار مسألة كتابة الحكم وتوقيعه من طرف المحكمين، بخصوص الكتابة فيوي بعض الفقه أن النصوص التي استلزمت الكتابة لم تشترط شكلا خاصا لصياغتها أو طريقة تدوينها<sup>2</sup>، فقد تكون بخط اليد أو بوسائل إلكترونية وعلى هذا الأساس فإن الحكم الصادر بالكتابة الإلكترونية يحقق شرط الشكل المطلوب في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية.

أما فيما يخص التوقيع على الحكم التحكيمي<sup>3</sup> و طالما أن القانون يعطى التوقيع الإلكتروني نفس حجية التوقيع العادي فلا مشكل<sup>4</sup>، ويتم تبليغ الحكم للأطراف بأن يتم إرسال الحكم للأطراف على الموقع الخاص بهم على شبكة الإنترنت<sup>5</sup>.

(1) يشترط القانون الجزائري أن تكون مداوات المحكمين سرية وتصدر أحكامهم بأغلبية الأصوات على أن تكون الأحكام متضمنة ادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم وان تكون مسببة ويتضمن الحكم التحكيمي بيانات معينة .

(2) يلاحظ أن المشرع الجزائري اشترط بيانات معينة في الحكم التحكيمي وهي:

- اسم ولقب المحكم والمحكمين.

-تاريخ صدور الحكم.

-مكان إصداره.

-أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي.

-أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف عند الاقتضاء.

(3) بالمقابل بالنسبة للتحكيم الحر فتوقع 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.

(4) وقد سارت في نفس الإتجاه قواعد المنظمة العالمية للملكية الفكرية التي نصت على أن "يوقع الحكم الإلكتروني من أعضاء اللجنة".

(5) وهو ما ذهب إليه أيضا المنظمة العالمية للملكية الفكرية حسب المادة 54 من نظامها . كما نصت القواعد المنظمة للمحاكمة الافتراضية على أن يوضع الحكم على موقع القضية ويخطر المحكم الأطراف بالحكم ولكن لم

وفي نهاية المطاف يتم تنفيذ الحكم التحكيمي طوعا دون اللجوء إلى محاكم الدولة لتذييله بالصيغة التنفيذية، هذا إذا كان خاسر الدعوى حسن النية أما إذا كان ليس كذلك فإن الأمر لا يخلو من إعطاء الحكم التحكيمي القوة التنفيذية عن طريق تذييله بالصيغة التنفيذية.

### الفرع الثاني

إمكانية اللجوء للتحكيم الالكتروني وفقا للأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي في

قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

تنص المادة 2/1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري: " يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة..." طبقا لهذا النص فإنه يجوز استعمال أي وسيلة اتصال لإتمام اتفاقية التحكيم المهم أن تتيح هذه الوسيلة الإثبات بالكتابة، فالمقصود بالشكل في هذه المادة هو شكلية الإثبات وليس الانعقاد، وأن هذه المادة لم تقم بتحديد نوع الكتابة ورقية أو الكترونية، وطالما أن المشرع سوى بين الكتابة الالكترونية ونظيرتها الورقية في الإثبات فإنه يجوز أن تكون وسيلة الاتصال الكترونية، بالتالي تبرم اتفاقية التحكيم الكترونيا، كذلك لا يوجد ما يمنع من مباشرة باقي الإجراءات الكترونيا وبالتالي إمكانية اللجوء إلى التحكيم الالكتروني بعد الاعتراف الضمني به في المسائل المتعلقة بالتجارة الدولية.

بالإضافة إلى أن المشرع يحيل في المواد 1041 و 1043<sup>1</sup> من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى نظام التحكيم بخصوص تعيين المحكمين وعزلهم أو استبدالهم والإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة، وقصد المشرع بنظام التحكيم نظام مؤسسات التحكيم، فالتحكيم التجاري يمكن أن يكون حرا أو مؤسساتيا، و تفضل هذه المؤسسات حاليا تقديم خدمة التحكيم الكترونيا، وعليه قبوله اللجوء لهذه المؤسسات فيه تعبير ضمني بقبول الوسيلة الالكترونية في التحكيم.

يوضح النص كيفية حدوث الإخطار، إلا أن الراجح هو أن يقوم المحكم بإرسال بريد إلكتروني مع إفادة بالتسلم .  
(1) فتنص المادة 1041 على: " يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم.... "أما المادة 1043 فتنص على: "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم...."

إعترافاً بالأهمية العملية للتحكيم الإلكتروني في فض المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية والأعمال الإلكترونية الدولية على وجه العموم، فإنه يتوجب على نظامه القانوني الجاري به العمل أن يراعي في أدق تفاصيله متطلبات المعاهدات و الإتفاقيات الدولية المبرمة في مجال التحكيم و في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية، مع مراعاة النظم القانونية الداخلية في الدول التي ينتمي إليها أطراف التحكيم. لهذا تبرز ضرورة الأخذ بعين الاعتبار و في المقام الأول متطلبات الشكل والموضوع في التحكيم الإفتراضي والمنصوص عليها في القوانين و الإتفاقيات الدولية (أولاً) ومن ثمة إجراءات تسويته أو إنهائه بصور حكم (ثانياً).

#### أولاً: إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني

نقصد بالتحكيم هنا التحكيم الاختياري الذي يتفق فيه أطراف عقد تجاري دولي على تسوية المنازعات التي ستنشأ أو نشأت بينهم بالنسبة لذلك العقد باللجوء إلى التحكيم بواسطة محكمين تم تعيينهم من قبل أطراف النزاع أو الاتجاه مباشرة إلى مؤسسات تقدم خدمة حل النزاعات عن طريق التحكيم الكترونياً.

فلو نشأ نزاع بين طرفين فعلاً، فإنه يجب إحالته للتحكيم وفق إرادتهما المبينة في اتفاق التحكيم المرفق بالعقد أو المستقل عنه، وإذا لجأ أحدهما إلى القضاء، فيجب على المحكمة المرفوع أمامها النزاع أن تقضي بعدم اختصاصها و تحيلها للتحكيم<sup>1</sup>. فالتحكيم بصفة عامة هو اتفاق إرادتين أو أكثر على العزوف عن القضاء الطبيعي و اللجوء إلى المحكم ويكون حكمه نهائياً وملزماً للأطراف .

تظهر أهمية التحكيم الإلكتروني لما يتميز به من سرعة ومرونة لا تتوافر في القضاء العادي، حيث لا يلزم في التحكيم الإلكتروني انتقال أطراف النزاع أو الحضور المادي أمام المحكمين بل يمكن سماعهم عبر وسائط الاتصال الإلكترونية . يضاف إلى ذلك سرعة

(1) وهذا ما تنص عليه المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بحيث تستبعد اختصاص القاضي بالفصل في موضوع النزاع إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة أو إذا تبين للقاضي وجود اتفاقية تحكيم بشرط أن تثار من احد الأطراف.



إصدار الأحكام نظراً لسهولة الإجراءات حيث يتم تقديم المستندات والأوراق عبر البريد الإلكتروني، كما يمكن الاتصال المباشر بالخبراء أو تبادل الحديث معهم عبر الإنترنت. التحكيم أمر استثنائي فلا يجوز لطرفي العقد التمسك به إلا باتفاق صريح بينهم سواء قبل نشوء النزاع أو بعده ، وقد يختار الطرفان اللجوء للتحكيم الحر أو المؤسساتي بحسب ما جاء في اتفاقية التحكيم، فيبدأ التحكيم الإلكتروني شأنه شأن التحكيم التقليدي باتفاق أطراف النزاع على اللجوء إليه كوسيلة لفض النزاع، وانتقائه يعني انتقاء التحكيم في ذاته، إلا أن الطبيعة الخاصة التي يتميز بها التحكيم الإلكتروني من خلال الوسط الإلكتروني الذي يمارس فيه يجعل من اتفاق التحكيم الإلكتروني لا يتم بالصيغة التقليدية لاتفاق التحكيم ، فهو واقعياً "إتفاق إلكتروني" ، و مثل هذا الوصف قد يثير إشكاليات قانونية تتعلق بإمكانية تطبيق القواعد القانونية الخاصة باتفاق التحكيم في صيغته التقليدية على اتفاق التحكيم الإلكتروني و بالتالي التشكيك في مدى صحة هذا الإتفاق و إلزاميته للأطراف .<sup>1</sup>

إن اعتبار إتفاق التحكيم العمود الفقري للعملية التحكيمية لا بد من تحديد مفهومه و تتبع صوره (أ) وكذا توضيح الشروط الشكلية و الموضوعية لإنعقاده (ب).

### أ- مفهوم و صور إتفاق التحكيم الإلكتروني

يُعرف إتفاق التحكيم عموماً بأنه إتفاق بمقتضاه يتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم والمحتمل نشوءها من خلال التحكيم(1) ويأتي في عدة أشكال(2).

#### 1 تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني:

عرفته المادة 07 فقرة الأولى من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي UNCITRAL بأنه "إتفاق بين طرفين على أن يحيل جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، و يجوز أن يكون إتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل"<sup>2</sup>

(1) آلاء يعقوب النعيمي ، مرجع سابق ،ص 987.

(2) آلاء يعقوب النعيمي ، المرجع نفسه،ص 989-990.

كما عرفته المادة 02 من اتفاقية نيويورك الخاصة بالإعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها لعام (1958) اتفاق التحكيم بأنه: " يشمل مصطلح اتفاق مكتوب أي شرط تحكيم يرد في عقد أو أي اتفاق تحكيم موقع عليه من الأطراف أو وارد في رسائل أو برقيات متبادلة"<sup>1</sup>، انطلاقا من ه تين المادتين يفهم ان اتفاق التحكيم هو جوهر العملية التحكيمية يمكن أن يتخذ شكل بند في العقد الأصلي أو أن يكون وثيقة لاحقة ومستقلة عن العقد الأصلي ، وعليه فإن اتفاقية التحكيم يمكن أن ترد على صورتين تسمى الأولى بشرط التحكيم وهو أن يتضمن العقد الأصلي شرطا يقضي بأن النزاعات المحتملة في المستقبل تعرض على التحكيم، أما الصورة الثانية فهي مشاركة التحكيم أي إبرام اتفاق مستقل عن العقد بعد وقوع النزاع مقتضاه إحالة النزاع على التحكيم.

بنقل هذا المفهوم إلى التجارة الالكترونية، يمكن تعريف اتفاق التحكيم الالكتروني على انه ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه يتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة أو المحتمل نشوؤها من خلال التحكيم الذي يتم عبر وسائل الكترونية ، ويكون اتفاق التحكيم دوليا إذا كانت المنازعات تتعلق بمصالح التجارة الدولية<sup>2</sup>.

اتفاق التحكيم التجاري هو اتفاق يدخل في إطار القانون الخاص يهدف إلى إحداث أثر قانوني معين يتمثل بإنشاء التزام على عاتق أطرافه بإحالة النزاع الذي يثار بينهما إلى التحكيم والتنازل عن حقهما باللجوء إلى القضاء .وهو بهذا المفهوم لا يخرج عن كونه عقدا . وبذلك تتحدد طبيعته القانونية بكونه تصرف قانوني يصدر عن إرادتين أو أكثر .و لا يمكن عدّه عم لا إجراءات على الرغم من أنه يعد الخطوة الأولى في طرح النزاع على التحكيم والسند في ذلك هو أن إبرام هذا الاتفاق قد يتم قبل بدء الخصومة فلا يمكن بالتالي اعتباره عنصرا من أعمال إجرائية<sup>3</sup> . ويترتب على تكييف اتفاق التحكيم على أنه تصرف قانوني وليس

(1) نقلا عن: د/ عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص66.

(2) خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الالكتروني ، مرجع سابق، ص 274، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري، فحسب المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يعد التحكيم دوليا إذا كان يخص نزاعات متعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل.

(3) د/أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة 2001، ص56.

عملا إجراءات سريان الأحكام التي تسري على التصرفات القانونية عليه وليس تلك التي تسري على الأعمال الإجرائية.

## 2- صور اتفاق التحكيم الإلكتروني:

يمكن أن يتخذ اتفاق التحكيم واحدة من الصور الآتية<sup>1</sup>:

### 2-1 شرط التحكيم:

يكون اتفاق التحكيم في هذه الصورة سابقا على قيام النزاع، فلا ينتظر أطراف العلاقة القانونية نشوب النزاع بينهما لتحديد الوسيلة التي يعتمدانها لحلها، بل يتخذان قرارا بشكل مسبق يتفقان فيه على إخضاع النزاع الذي قد يثأ بينهما مستقبلا بسبب تلك العلاقة إلى التحكيم. ولا يشترط أن يدرج اتفاق التحكيم كبند في العقد ، إذ يمكن يتفقان عليه لاحقا، فيأتي اتفاق التحكيم مستقلا عن العقد<sup>2</sup>.

### 2-2 مشاركة التحكيم:

يتخذ اتفاق التحكيم صورة مشاركة التحكيم إذا تم الاتفاق بين الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لفض نزاع نشأ بينهما فعلا، فاتفاق التحكيم في هذه الحالة يكون ثلثيا لقيام النزاع . وهذا ما يعني أن اتفاق التحكيم في هذه الصورة يكون اتفاقا لاحقا ومستقلا عن العقد الأصلي بين الطرفين. ويلحق بمشارطة التحكيم، الاتفاق على التحكيم أمام المحكمة، ففي هذا الفرض كما هو الحال في المشاركة يتم الاتفاق على التحكيم بعد قيام النزاع وعرضه على القضاء ولكن قبل الفصل فيه ومثل هذا الاتفاق يدون في محضر المحكمة وتدوينه هذا يقوم مقام وثيقة التحكيم.

(1) انظر في هذه الصور كل من :د/حمزة حداد، التحكيم في القوانين العربية، ج 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص90 وما بعدها، ود/عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1995، ص33 وما بعدها، د/أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية ، بدون سنة نشر، ص 112 .

(2) العبرة في هذه الصورة من صور اتفاق التحكيم هي أن يتم الاتفاق على التحكيم قبل قيام النزاع، وفيما عدا ذلك يستوي أن يأتي اتفاق التحكيم كبند في العقد نفسه أو يأتي مستقلا عنه.

(3) آلاء يعقوب النعيمي، مرجع سابق، ص211.

## 3-2 التحكيم بالإحالة:

بموجب هذه الصورة من اتفاق التحكيم، يشير طرفاه في العقد الأصلي إلى وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم بقصد تطبيق أحكام هذه الوثيقة على العلاقة بين الطرفين و ذلك باعتبارها جزء من العقد، وغالبا ما يكون هناك ارتباط بين العقد الذي يتضمن الإحالة والوثيقة التي تتضمن شرط التحكيم وتتم الإحالة إليها كأن تكون هذه الوثيقة عبارة عن عقد نموذجي فيشير الأطراف إلى الإحالة إليه عند إبرامهم العقد.

بالنسبة للمشرع الجزائري عند تناوله للتحكيم التجاري الدولي لم يفرق بين شرط التحكيم و مشاركته ولا التحكيم بالإحالة بل جمعهما في مصطلح واحد هو اتفاقية التحكيم<sup>1</sup>، على عكس تنظيمه للتحكيم الداخلي بين الأفراد والذي ضمنه صورتين إحداهما سماها شرط التحكيم<sup>2</sup> والثانية سماها اتفاق التحكيم<sup>3</sup>. كل ما نص عليه هو أن اتفاقية التحكيم تسري على نزاعات قائمة او مستقبلية<sup>4</sup>.

إن الصور الثلاث المتقدمة هي الصور التي يمكن أن يتخذها التحكيم التقليدي والتي ورد النص عليها في قوانين التحكيم، التي وضعت في الأصل لتنظم أحكام التحكيم التقليدي<sup>5</sup>. وإذا كان اتفاق التحكيم إلكترونيًا فإن كل الوثائق التي يستعملها الأطراف

(1) تبرز أهمية التفرقة ما بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم في ان بعض القوانين الوطنية تتطلب في مشاركة التحكيم تحديد طبيعة النزاع الذي وقع تحت طائلة بطلان الاتفاق ، بخلاف شرط التحكيم بدهامة ما دام انه يتعلق بنزاع مستقبلي، في حين أن التفرقة بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم تقتقد لأية أهمية في إطار العلاقات الدولية لذلك فان بعض القوانين الوضعية لا تقيم أي تفرقة بين شرط ومشاركة التحكيم، بل انه على الصعيد الدولي كمعاهدة واشنطن بشأن إنشاء المركز الدولي لفض النزاعات الناشئة عن الاستثمار ومعاهدة جونييف للتحكيم التجاري الدولي الموقعة في 1961 تعالج الشكلين تحت مسمى واحد هو اتفاق التحكيم ، أنظر في ذلك : خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص277.

(2) المادة 1007 قانون اجراءات مدنية وإدارية.

(3) المادة 1011 قانون اجراءات مدنية وإدارية.

(4) تنص المادة 1/1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: " تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية."، يفهم من هذا النص أن اتفاقية التحكيم يمكن ان تعد بعد قيام النزاع -النزاعات القائمة-، أو قبل قيامه-المستقبلية-.

(5) وهي في مجملها تشير إلى عقد أصلي يمثل العلاقة القانونية التي تربط بين الطرفين والتي قد تكون سابقة أو معاصرة لاتفاق التحكيم مثلما تشير إلى اتفاق التحكيم إما بكونه بند في هذا العقد أو عقدا مستقلا قائما بذاته أو

ستكون حينها وثائق إلكترونية. ولا مشكلة في الأمر لو أن الوثائق الإلكترونية كالعقد الأصلي أو اتفاق التحكيم أو الوثيقة التي تتم الإحالة إليها تظهر كاملة في صفحة إلكترونية واحدة من صفحات الإنترنت أو أنها تظهر على التعاقب، فهذا يحقق لها شرط الوضوح المطلوب، إلا أن الأمر لا يجري تنظيمه كذلك على الإنترنت، فصحة الموقع الواحدة تتضمن العديد من الملفات التي تترك حرية الدخول إليها لزائر الموقع عبر الضغط على الرابط الخاص بها. فإذا كان شرط التحكيم وارداً في أحد الملفات المستقلة المتاحة على صفحة الموقع فهل يعدُّ هذا كافياً للقول بوجود اتفاق الطرفين بحصول الموافقة عليه منهما معا ولا سيما من الطرف الذي يدخل إلى الموقع ويبرم العقد مع التاجر الذي وضع الشرط؟. إن ورود شرط التحكيم الإلكتروني في ملف مستقل يعد مقبولا قانوناً، ويمكن تأسيس ذلك على إمكانية اعتبار هذا الأمر اتفاق تحكيم بالإحالة<sup>1</sup>، فالملف المستقل لشرط التحكيم يمكن أن يعد الوثيقة التي تتم الإحالة إليها فلا يخرج اتفاق التحكيم في هذه الحالة عن الصور الثلاث لاتفاق التحكيم التقليدي التي اعتمدتها نصوص قوانين التحكيم ونصت عليها. إلا أن اعتبار شرط التحكيم في مثل هذا الفرض اتفاق تحكيم بالإحالة يتطلب توافر أمرين: - أن يتضمن العقد الأصلي إشارة إلى شرط التحكيم الموجود في ملف مستقل يضمه أحد الروابط في صفحة الموقع، ولا يشترط بعد ذلك أن يكون المتعاقد المذكور قد قرأه - أن يكون الوصول الفعلي إلى الملف الذي يتضمن شرط التحكيم ممكناً، وكما في الشرط السابق يكفي أن يكون الوصول إلى المعلومات المذكورة ممكناً دون اشتراط أن يكون المتعاقد قد قام بفتح الرابط فعلاً وقراءه<sup>2</sup>.

بندا في وثيقة تتم الإحالة إليها في العقد الأصلي. فإذا ورد اتفاق التحكيم كبند في العقد الأصلي فإنه سيظهر كذلك بشكل لا يقبل الشك. وإذا اتخذ صيغة اتفاق مستقل فإنه حينها سيكون وثيقة مستقلة عنوانها اتفاق التحكيم ولا خلاف في أنه اتفاق على حل النزاع الذي نشب أو يحتمل أن ينشب بشأن العقد المشار إليه في الاتفاق. ولا يختلف الحال بشأن اتفاق التحكيم بالإحالة. فكل من الوثيقتين اللتين تتضمنان الإحالة والمحال إليها يتصف بكونه وثائق مادية، وصلة إحداها بالأخرى لا تقبل خلافاً، ولا سيما قوانين التحكيم تشترط أن تكون الإحالة لشرط التحكيم واضحة.

(1) آلاء يعقوب النعيمي، مرجع سابق، ص 215

(2) ذلك أن المتعاقد الذي لم يقرأ بالاطلاع على المعلومات على الرغم من كونها متاحة ويسهل الوصول إليها يعدُّ مقصراً ولا يستطيع أن يحتج بجهله بها.

ولا يكفي للقول بأن المعلومات المتعلقة بشرط التحكيم متاحة أن يكون بالإمكان الاطلاع عليها مرة واحدة، بل ينبغي أن تكون قابلة لاسترجاعها و تخزينها فإذا لم تكن كذلك بأن لم يكن الاطلاع عليها ممكنا كما لو كان الشرط مكتوباً بلغة غير معرفة لكل أجهزة الحاسب الإلكتروني أو لم يكن بالإمكان تخزينها أو استرجاعها فإن مثل هذا الشرط لا يمكن الاحتجاج به على المتعاقد الآخر<sup>1</sup>.

### ب- شروط صحة اتفاقية التحكيم الإلكترونية:

لصحة اتفاقية التحكيم الإلكتروني شروط شكلية (1) وأخرى موضوعية (2).

#### 1 الشروط الشكلية في اتفاقية التحكيم الإلكتروني:

طبقا لنص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية انه لابد من إفراغ اتفاق التحكيم في قالب شكلي وذلك تحت طائلة البطلان، بمعنى أن يكون مكتوبا تم تحريره من طرف أطراف العقد مع التوقيع عليه، أو تبادل بنوده بأية وسيلة اتصال المهم أن تجيز هذه الوسيلة الإثبات بالكتابة.

يتضح أن الكتابة شرط لصحة اتفاق التحكيم ويمكن أن تكون هذه الأخيرة الكترونية أو تقليدية، وإذا كانت تقليدية لا تطرح إشكال فإن الكتابة الإلكترونية يشترط فيها بعد ان اعترف بها المشرع في المادة 323 مكرر 1 من التقنين المدني الجزائري :

إمكانية القراءة: وتكون الكتابة فيها مستبينة ، ظاهرة وواضحة يمكن فهم معناها دون لبس أو غموض، وحسب تعريف منظمة الإيزو للوثيقة بأنها مجموعة المعلومات والبيانات المدونة على دعامة مادية يسهل قراءتها مباشرة عن طريق الإنسان أو باستخدام آلة مختصة لذلك، فإن القراءة قد تكون مباشرة أو غير مباشرة ، والكتابة الإلكترونية تستجمع شروط القراءة الغير مباشرة ، حيث يستطيع الإنسان أن يطلع عليها ويعرف معناها باستخدام الأجهزة المختصة لذلك<sup>2</sup>.

(1) نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة، الأردن، 2005، ص 32

(2) حابت آمال، "حجية الوثيقة الإلكترونية في التقنين المدني الجزائري"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد2، 2012، ص157.

استمرارية الكتابة ودوامها: يقصد بذلك أن تدون على دعامة أو وسيط يسمح بثباتها وبقائها مدة من الزمن يمكن خلالها الرجوع إليها واسترجاعها بسهولة من أجل استخدامها في الإثبات أو غيره<sup>1</sup>.

عدم قابلية الكتابة للتعديل: يقصد بذلك عدم القدرة على التغيير في بيانات المحرر إلا عن طريق إتلافه و ترك اثر مادي عليه، وإذا كان هذا الأمر ممكنا في الكتابة العادية، فإنه في الكتابة الإلكترونية يتعلق بطبيعة الدعامة المثبت عليها المعلومة، فمنها ما يقبل الاستخدام المتكرر بالتالي إزالة الكتابة واستبدالها بأخرى، ومنها ما لا يقبل الاستخدام المتكرر ويتعذر محو ما كتب عليها إلا بإتلافها أو ترك اثر مادي عليها، بالإضافة إلى وجود تقنيات تحظ عدم التعديل كإمكانية تحويل ملف لكتابة إلى صورة بالتالي لا يمكن تعديلها، كما تتيح وسيلة التشفير منع التلاعب في الكتابة المحفوظة، إلى جانب التوثيق بالنسبة للدول التي تأخذ بالتوثيق الإلكتروني.

تضيف اتفاقية نيويورك 1958 وقانون الاونسترال 1985 شرط التوقيع على اتفاقية التحكيم من طرف الأطراف، وإن كان التوقيع المقصود هنا هو التوقيع التقليدي هذا لا يمنع من تقبل التوقيع الإلكتروني بعد أن أقرته مختلف التشريعات، كما أن الإمضاء يدويا كان أو إلكترونيا يلعب دورين وهما:

-التعريف بالموقع.

-التعبير عن إرادة المتعاقد في المصادقة على فحوى الوثيقة.

ويضاف إلى هذين الهدفين التقليديين هدف يختص به الإمضاء الإلكتروني وهو ضمان سلامة فحوى الوثيقة من كل تغيير<sup>2</sup>.

وعلى العموم فإن الوثيقة الإلكترونية يجب أن تتضمن أسماء أطراف النزاع و نص إتفاق التحكيم نفسه من حيث الإيجاب و القبول و الشروط الواردة فيه و ينبغي تخزين هذه المعلومات إلكترونيا بطريقة تسمح بحق الدخول إليها و مراجعتها لاحقا و إستخدامها كدليل لإثبات صحة إتفاق التحكيم، و بحيث لا يمكن تزويرها أو تعديل مضمونها.

(1) محمد ابراهيم أبو الهيجاء، التحكيم بواسطة الانترنت، مرجع سابق، ص73

(2) خالد عرفة، مرجع سابق.



## 2 -الشروط الموضوعية لانعقاد اتفاق التحكيم الإلكتروني:

يعد اتفاق التحكيم الإلكتروني تصرفاً قانونياً من جانبين، فهو لا يخرج عن كونه عقداً من العقود و إن كان يرتبط ارتباطاً واقعياً في كثير من الأحيان بعقد يسبقه أو يعاصره ، تأسرياً على أن اتفاق التحكيم يهدف إلى تحديد الوسيلة التي تقض بها النزاعات بشكل عام . لذا فإن اتفاق التحكيم لا يأتي من الناحية الواقعية مستقلاً في وجوده. وبما أن اتفاق التحكيم الإلكتروني عقد من العقود لذا فإنه يتطلب لانعقاده ما يتطلبه أي عقد آخر من الشروط . تتمثل الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاده بالأركان الثلاثة التقليدية وهي الرضا والمحل والسبب .إلا أن إبرامه عبر وسيلة إلكترونية يضيف خصوصية معينة لاسيما فيما يتعلق بكيفية التعبير عن إرادة الأطراف ومدى اعتداد القانون بهذا التعبير لا سيما توافر الأهلية اللازمة لدى الطرفين . فهل يعتبر أي نزاع يثار بشأن عقد إلكتروني من عقود التجارة الإلكترونية قابلاً للخضوع للتحكيم فيكون بذلك محلاً في اتفاق التحكيم الإلكتروني ؟ <sup>1</sup>

### 2-1 الرضا في اتفاق التحكيم الإلكتروني

يقصد بالرضا باعتباره ركناً في العقود بشكل عام توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني ، و يقصد بالرضا في اتفاق التحكيم تطبيقاً لذلك توافق إرادتي طرفي النزاع على إتخاذ التحكيم وسيلة لفض النزاع القائم أو المحتمل قيامه مستقبلاً . و لكي يعد ركن الرضا متوافراً في اتفاق التحكيم لا بد مبدئياً من وجود الرضا و صحة التعبير عن الإرادة في اتفاق التحكيم الإلكتروني .

### 2 1 1 وجود الرضا في اتفاق التحكيم الإلكتروني :

لما كان إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني يتم عبر وسيلة إلكترونية فإن معناه أن التعبير عن الإرادة يكون من خلال هذه الوسيلة الإلكترونية حيث يتم توجيه الإيجاب من خلالها وتلقي القبول عبرها، فالتاجر يُضمن موقعه الإلكتروني شروط التعاقد و من بينها شرط التحكيم ، فإذا أراد زائر الموقع أن يبرم العقد فإنه يقوم بالنقر على أيقونة عبارة "أنا أقبل" أو "أضف إلى السلة" إشارة قبول التعاقد أو قبول الشراء.

(1) آلاء يعقوب النعيمي ، مرجع سابق ،ص 996.



فإذا كانت هذه الوسيلة صالحة واقعا للتعبير عن الإرادة و نقلها إلى الطرف الآخر، فهل يمكن أن يعتد بها القانون كوسيلة للتعبير عن الإرادة بالشكل الذي تترتب معه الآثار القانونية على التعبير؟

يتفق الفقه على أنه ليس في القواعد العامة ما يحول دون تمام التعبير عن الإرادة بالوسيلة الإلكترونية، مادامت تتواءم و المبادئ العامة المتعلقة بوسائل التعبير عن الإرادة<sup>1</sup>، و لذلك فإن قيام زائر الموقع بالضغط على أيقونة معينة بما يفيد الرضا بالتعاقد و الموافقة على شروطه الواردة في صفحة الموقع يكون مسلکا لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على التراضي.

و غالبا ما تنص هذه التشريعات الخاصة بالمعاملات و التجارة الإلكترونية على هذه الحالة مثل قانون المعاملات و التجارة الإلكترونية الإتحادي للإمارات العربية المتحدة رقم 01 / 2006 الذي تقضي المادة 11 منه " .... لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب و القبول جزئيا أو كليا بواسطة المراسلة الإلكترونية . . لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه قد تم بواسطة مراسلة إلكترونية أو أكثر."

## 2-1-2 صحة التعبير عن الإرادة في إتفاق التحكيم الإلكتروني

تتحقق صحة الرضا كما تقتضي القواعد العامة بخلو رضا الطرفين من عيوب الإرادة من جهة و أن يكون صادرا عن ذي أهلية من جهة أخرى .

• **خلو رضا الطرفين من عيوب الإرادة:** ليس من المتصور غالبا أن يكون إتفاق التحكيم

الإلكتروني مشوبا بعيب من عيوب كالإكراه أو الغلط أو التغرير، ذلك أن التحكيم الإلكتروني تديره مراكز تحكيم موثوق بها كما أن هذه الخدمة تكون متاحة في إطار مواقع تحرص على سمعتها التجارية .

• **أن يكون الرضا صادرا عن ذي أهلية :** يتطلب المشرع توافر أهلية التصرف في طرفي إتفاق التحكيم و إلا إعتبر باطلا ، فإذا كان العقد قد أبرم بين تاجر أو شركة

(1) التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المعهودة عرفا ، أو بإتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على التراضي .

تدوير موقع إلكتروني تجاري على شبكة إنترنت و بين مستهلك فإنه ينبغي توافر الأهلية في كليهما .

بالنسبة للتاجر لا خلاف في وجوب أهليته أو وجودها ، إذ أن ممارسته للنشاط التجاري على وجه الإحتراف يؤكد تمتعه بالأهلية اللازمة لممارسة النشاط التجاري و هي الأهلية الكاملة. أما بالنسبة للمستهلك فالتحقق من أهليته محل صعوبة ، فرغم أن المستهلك لدى إبرامه عقدا من عقود التجارة الإلكترونية يلزم بتقديم معلومات شخصية لتحديد هويته إلا أنه من الصعب واقعا التحقق من دقة المعلومات التي يقدمها ، فكثيرا ما يقدم المستهلك معلومات غير صحيحة عن هويته حماية لخصوصيته و خشية إستعمال هذه المعلومات خلافا لإرادته ، و بهذا فإن حكم التحكيم الإلكتروني يكون معرضا للبطلان إذا تبين أنه ناقص أهلية أو ليس له أهلية التصرف في الحق محل النزاع .

و لمنع حدوث ذلك يتم التحقق من هوية أطراف الإتفاق عن طريق شخص ثالث مهمته التأكيد على أن المتعامل الإلكتروني قد قدم بيانات دقيقة عن هويته الشخصية يطلق عيه إسم "مقدم خدمة التصديق و بهذه الصورة يمكن التأكد من أن الشخص الذي يبرم إتفاق التحكيم حائز لأهلية التصرف المطلوبة و لم يتخذ إسمًا وهميًا أو مستعارًا.<sup>1</sup>

تبقى مسألة القانون الواجب التطبيق على الأهلية فنجد أن اتفاقية نيويورك بشأن الإعتراف و تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لم تقرر بشأنها بل تركت لمحاكم الدول المختلفة أن تطبق القواعد المعمول بها في كل دولة ، و يعود السبب في ذلك إلى تخوف واضعي الاتفاقية من الدخول في مسألة تنازع التكييف بالنظر إلى اختلاف قواعد الإسناد و لتعذر وضع نصوص موحدة، لذلك تركت مسألة تقدير أهلية أطراف إتفاق التحكيم للقانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع في قانون الدولة المطلوب إليه تنفيذ حكم التحكيم.<sup>2</sup>

## 2 2 المحل في اتفاق التحكيم

لا يخرج إتفاق التحكيم عن القواعد العامة التي تقضي بوجوب أن يكون لكل عقد محل ، و أن يكون هذا المحل قابلا لحكم العقد، فالمحل الذي يضاف إلى إتفاق التحكيم يتمثل بالنزاع

(1) آلاء يعقوب النعيمي، مرجع سابق، ص 1000 .

(2) خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 292.

القابل للتحكيم في طبيعته.

الأصل في التجارة الدولية أن المتعاقدين يتمتعان بحرية كبيرة في تحديد المسائل التي تخضع للتحكيم، إلا أن بعض التشريعات تفرض قيودا على حرية الأطراف في إخضاع النزاع للتحكيم فتتص على عدم قابليته للتحكيم مثل تلك التي أنت بها التشريعات الخاصة بحماية المستهلك.

مثل هذا المنع مرده رغبة المشرع في إحاطة المستهلك بالحماية ، فهو يقرر له حقوقا في قانونه الوطني تدعم ضعف مركزه وتعديل من عدم التوازن المفترض في العلاقة بينه وبين التاجر المحترف، و من البديهي أن المستهلك الذي يتسم مركزه بالضعف حاجته إلى الحماية ولذا السبب عندما يبرم تعاقد إلكتروني، والتسليم بذلك معناه عدم جواز الاتفاق على التحكيم الإلكتروني إذا كان أحد الطرفين مستهلكا.

قد حاول الفقه والقضاء اتخاذ موقف وسط من مسألة قابلية النزاع للتحكيم عندما يكون أحد طرفيه مستهلكا وذلك بالوقوف على الحكمة من عدم جواز اللجوء إلى التحكيم و إختيار قانون سوى القانون الوطني قانونا واجب التطبيق على النزاع و الذي يمكن رده إلى أن المستهلك قد يوافق على شروط العقد و من بينها شرط التحكيم دون تبصر و موازنة بين اللجوء إلى التحكيم واللجوء إلى القضاء الوطني و تطبيق القانون الوطني، و قد لا يكون له الخيار لإجراء مثل هذه الموازنة أصلا لإنفراد التاجر بإعداد العقود التي يفترض بالمستهلك الذي يرغب في التعاقد الموافقة عليها جملة و تفصيلا .

فهذا الاتفاق يحمل الخشية من قيام المستهلك بالتنازل عن حقوقه مقدما، لذلك يُمنع التحكيم الذي يأخذ صورة شرط التحكيم دون مشاركة التحكيم أين تنتفي هذه الخشية لقيام اتفاق التحكيم لاحقا على النزاع.

ولإعطاء المستهلك الخيار بين التحكيم واللجوء للقضاء، تتبع المواقع التجارية على الانترنت طريقتين:

1 - تقديم التاجر صاحب الموقع تعهد من جانب واحد للمستهلكين الذي يبرمون عقودهم عبر الموقع باللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات التي تنشأ عن التعامل معه، و تأكيدا للإلتزام

التاجر بتعهده تقوم المحكمة الافتراضية بوضع تصديقها على الموقع تأكيدا على التزام صاحبه باللجوء إلى التحكيم.

2 - إدراج بند في العقد المبرم بين المستهلك والتاجر يعطي الخيار بموجبه للمستهلك اللجوء لفض النزاع الذي قد ينشأ عن العقد أو بسببه إلى القضاء أو التحكيم.<sup>1</sup>

### ثانيا: إجراءات التحكيم الإلكتروني

يثير التحكيم الإلكتروني عددا من الإشكاليات المتعلقة أساسا بكون النظم القانونية القائمة و المنظمة لإجراءات التحكيم تقتض استخدام الدعائم الورقية و الحضور الشخصي لأطراف النزاع، لذلك تلعب القواعد الإجرائية التي تسنها مراكز التحكيم لتنظيم سير عملية التحكيم دورا جوهريا لضمان نجاح العملية، فهي سلسلة من الإجراءات منذ ما قبل عرض النزاع على التحكيم وصولا إلى حين فضه وصدور الحكم فيه.

#### أ- إجراءات عرض النزاع على التحكيم الإلكتروني

تحدد إجراءات عرض النزاع الإلكتروني على التحكيم الإلكتروني في المراحل الخمس التالية:

#### 1 - إجراءات الواجب إتباعها قبل عرض النزاع على التحكيم الإلكتروني

يتم في التحكيم الإلكتروني إتباع اجراءات التحكيم العادية مضافا إليها باتفاق الأطراف القواعد الإضافية الخاصة بالتحكيم الإلكتروني، و يجوز للأطراف تحديد إجراءات التحكيم الإلكتروني التي يريدون تطبيقها ضمن بنود إتفاق التحكيم، و من أبرز هذه الإجراءات نجد:

- كيفية التواصل بين المتخصصين والمحكمين عن بعد عبر شبكة الانترنت.
- كيفية تقديم المستندات إلكترونيا.
- أهمية الحفاظ على سرية المعلومات التجارية والصناعية موضوع النزاع التي تهم الأطراف.
- إذا كنا بصدد خلاف بين أطراف إتفاق التحكيم الإلكتروني، فإنه قبل اللجوء إلى مركز التحكيم يتعين إتخاذ مجموعة من الإجراءات لعرض النزاع على مركز التحكيم ، و التي يمكن إيجازها كالتالي:<sup>2</sup>

(1) آلاء يعقوب النعيمي، مرجع سابق، ص 1004.

(2) محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم بواسطة الأنترنت، مرجع سابق، ص 39.

- التقدم لمركز التحكيم المعين عن طريق كتابة النموذج الموضوع على موقع الانترنت و المعد سلفا من قبل المركز أو الجهة المعنية بالتحكيم، مع تبين طبيعة الخلاف الناجم عنه النزاع و ما قد يُقترح من حلول مناسبة، إذ يجب تعيين موضوع النزاع في وثيقة التحكيم حتى تتحدد ولاية المحكمين.

- تحديد كل طرف أسماء ممثليه في نظر النزاع و وسيلة الإتصال بهم و تحديد عدد المحكمين و إختيار طريقة الإجراءات التي يرغب في إتباعها خلال نظر النزاع و كذلك تحديد مدة التحكيم.

- تقديم الوثائق و المستندات و الأدلة المدعمة لحق كل طرف مع إرفاق نسخة من إتفاق التحكيم، و يقوم المركز بالإتصال بالأطراف بواسطة البريد الالكتروني لمتابعة الإجراءات وفق فترات زمنية معينة، مع أداء الرسوم الإدارية المحددة (التي تختلف من مركز تحكيم لآخر).

- بدء تاريخ نظر النزاع بإستلام المركز لطلب التحكيم، و يقوم بإخطار المحتكم ضده بالإدعاء في حالة عدم إخطاره بطلب التحكيم لكي يتمكن من إبداء دفاعاته بشأن موضوع النزاع و تقديم الأدلة و البيانات المؤيدة له و وفقا للمبدأ العام للتحكيم فإن إجراءات التحكيم تبدأ منذ يوم إستلام المحتكم ضده طلب التحكيم من المدعي ما لم يتفق طرفا التحكيم على خلاف ذلك.

- يتم تحديد موعد الجلسة من طرف مركز التحكيم كي يتقدم كل طرف بتقديم أدلته وبياناته، ومن ثم تبدأ عملية التحكيم التي تنتهي بإصدار الحكم و قيده على الموقع الإلكتروني الخاص بالقضية .

و تتم إجراءات التحكيم بطريقة إلكترونية على الموقع الإلكتروني لمركز التحكيم، و فيها تخزن البيانات والمستندات والوثائق المتعلقة بالقضية.<sup>1</sup>

## 2 بدء إجراءات التحكيم الإلكتروني

تعد إرادة الأطراف في إتفاق التحكيم هي المرجع في شأن إختيار و تشكيل هيئة التحكيم، بحيث إذا ما إتفق الأطراف على طريقة معينة لإختيار المحكمين فإنه يتعين الإلتزام بهذا الاتفاق، و يعبر عن ذلك بـ "مبدأ سمو إتفاق التحكيم"، غير أنه في إطار التحكيم الإلكتروني

(1) خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق، ص 304.

تتم تسمية المحكمين بمعرفة محكمة التحكيم حسب ما قرره المادة 08 من لائحة تحكيم المحكمة الالكترونية في أن "محكمة التحكيم يتم تشكيلها بتسمية محكم واحد أو ثلاث محكمين، وذلك بمعرفة سكرتارية المحكمة، و في حالة تعدد المحكمين يتولى هؤلاء مهمة تعيين محكم يتولى رئاسة المحكمة ، فإذا تعذر تولت السكرتارية هذا الأمر"، و يتم منح كل محكم شيفرة الدخول Access Code و كلمة المرور Password للدخول إلى موقع القضية.

يتم رد المحكم عن طريق طلب رد يرسل إلكترونيا عبر الإنترنت حسب ما قرره المواد 03 و 23 من نظام تحكيم المنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO بالنسبة لمنازعات اللجان الإدارية بشأن أسماء حقول الإنترنت، و نظمت المادة 10 من لائحة المحكمة الالكترونية إجراءات رد المحكمين.

و تمر الخصومة التحكيمية بعدة مراحل و إجراءات هي:

**2-1- تقديم طلب التحكيم** حيث يتم إفتتاح إجراءات التحكيم بتقديم طلب التحكيم الذي يوجه بموجب المادة الرابعة الفقرة الأولى من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس المعدلة سنة 1988 من المحتكم إلى الأمانة العامة للمركز، التي تتولى بدورها إخطار المحتكم ضده في النزاع بإستلام الطلب في تاريخه.

**2-2- الإخطار بطلب التحكيم** يجوز أن يتم الإخطار بطلب التحكيم عبر الانترنت on line، حسب نص المادة 3 الفقرة 2 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس " الإخطار أو الإعلان يمكن أن يتم من خلال التسليم بإيصال، أو بخطاب موصى عليه، أو فاكس أو توكس أو برقية، أو بأية وسيلة أخرى للإتصال تسمح بتقديم دليل على إرساله..." و نصت المادة 6 الفقرة 1 من لائحة المحكمة الالكترونية على وجوب قيام الأمانة العامة للمحكمة بإعلان المحتكم ضده بطلب التحكيم بعد إستيفاء الشروط القانونية و يتم الإعلان على عنوانه الوارد بطلب التحكيم.

هنا يكون على المحتكم ضده الرد على طلب التحكيم المقدم من قبل المحتكم خلال 10 أيام من تاريخ إخطاره، و يجوز له إرفاق رده بأي طلبات يريد تقديمها للمحكمة.

طبقا لقواعد التحكيم المعتمدة لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم ( AAA )، فإنه يكون على المحكم ضده إرسال رده متضمنا موقفه من طلبات المحكم و الحجج التي تدعّم هذا الموقف و الاعتراضات المحتملة على التحكيم ، و يكون للمحكم إرسال رده خلال 30 يوم من تاريخ إخطاره بطلبات المحكم ضده .

**2-3- إنشاء موقع إلكتروني خاص بكل قضية :** لتسهيل إجراءات التحكيم تُجمع أغلب الأنظمة القائمة في مجال حل المنازعات بطرق إلكترونية على ضرورة إنشاء موقع إلكتروني خاص بكل نزاع، و يتميز هذا الموقع بعدم استطاعة أحد الدخول إليه إلا أطراف إتفاق التحكيم أو وكلائهم و محكمة التحكيم بموجب أرقام سرية ، و يجتمع في داخل هذا الموقع طلب التحكيم و المستندات والإعلانات الخاصة بالنزاع محل إتفاق التحكيم.

الهدف من إنشاء هذا الموقع الإلكتروني تسهيل إجراءات التحكيم و تمكين أطراف خصومة التحكيم من إيداع و تقديم ما يريدون إيداعه من طلبات و مستندات تحت نظر هيئة التحكيم التي تتولى تحكيم النزاع و توفير إمكانية إستلام المستندات في أي وقت يوميا و من أي مكان عبر شبكة الانترنت.

**2-4- تبادل الحجج والأدلة بين أطراف التحكيم الإلكتروني،** حيث يتم تبادل الأدلة و الحجج القانونية بين أطراف النزاع بما يسمح للمحكم بحسم النزاع ، و نصت المادة 4 فقرة 2 من لائحة المحكمة الإلكترونية على أنه "يتعين على أطراف العملية التحكيمية والأمانة العامة و محكمة التحكيم إرسال كل الإبلاغات المكتوبة و الإخطارات بالبريد الإلكتروني على الموقع الخاص بالقضية"، و قررت لائحة التحكيم المستعجل الصادرة عن طرف المنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO بنص المادة 4 فقرة ألف على أن " كل إخطار أو أي إبلاغ يجب أن يكون طبقا للائحة، بحيث يجب أن يتم في الشكل الكتابي، و أن يتم إرساله بـ: البريد العاجل، الفاكس، البريد الإلكتروني أو أية وسيلة للإبلاغ تسمح بالإقامة الدليل عليه"

**2-5- إدارة جلسات التحكيم الإلكتروني،** إن الوسائل المتاحة في المجال الإلكتروني تسمح بإدارة جلسات التحكيم في الشكل الإلكتروني، من حيث إمكانية تبادل النصوص و الصور و الأصوات بشكل فوري، كما أن تقنية البريد الإلكتروني تسمح بنقل المستندات والبيانات عبر

الانترنت، بالإضافة إلى المؤتمرات المرئية التي تعتبر إجراء يتعلق بالجلسة حيث يتواجد الأطراف مع بعضهم البعض بطريقة افتراضية .

و نصت لائحة المحكمة الالكترونية في المادة 21 فقرة 02 على أنه " للمحكمة أن تستخدم كل وسيلة معقولة تسمح بتبادل الإبلاغات بشكل مناسباً بين الأطراف " ، أما لائحة المنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO الخاصة بالمنازعات الإدارية في أسماء الحقوق CCA فقد نصت المادة 48 منها على أن مصطلح الجلسة Audience يشمل المداولات التليفونية والمداولات المرئية و التبادل الفوري والمؤقت للإبلاغات الإلكترونية بأسلوب يسمح لكل الأطراف باستقبال وإرسال هذه الإبلاغات.

يجب الإشارة إلى أن إجراءات التحكيم الإلكتروني لا تخل بالمبادئ الأساسية للتحكيم و منها مبدأ احترام حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة، باعتبار أن المداولة المرئية باستخدام تقنية Video-Conference تلبي مقتضيات احترامهما بين أطراف الخصومة.<sup>1</sup>

### 3 القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني

يعتبر مبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي من المبادئ المستقرة في مجال التشريعات<sup>2</sup> والاتفاقيات الدولية ولوائح التحكيم ويترتب على ذلك أن اتفاق التحكيم ليس مجرد شرط في العقد الأصلي إنما عقد آخر مستقل عنه<sup>3</sup>، ويترتب عن ذلك:

- عدم ارتباط اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي.

- عدم خضوع اتفاق التحكيم لذات القانون الذي يحكم العقد الأصلي.

طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة فإن لأطراف اتفاق التحكيم الحرية الكاملة في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، كما يمكنهم تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم.<sup>4</sup>

(1) خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 308.

(2) مثلاً تنص المادة 3/1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على: " لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي"

(3) د/ توجان فيصل الشريدة، " ماهية وإجراءات التحكيم الإلكتروني، التحكيم عبر الانترنت كوسيلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية"، مجلة الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2005، ص 1102.

(4) خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 314.



### 3-1 القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الالكتروني

تنبدى أهمية إختيار القانون أو لائحة التحكيم الواجبة التطبيق على الإجراءات في الأثر المترتب على ذلك الاختيار، من حيث تحديد نظام أدلة الإثبات و الوسائل الفنية التي تسمح بتأكيد احترام مبادئ السرية والمواجهة بين الخصوم و كذا حقوق الدفاع .

تخضع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة فيتعين تحديده في ظل مبدأ سلطان الإرادة وللأطراف الحرية في :

-تولي وضع إجراءات التحكيم بأنفسهم وهو ما يسمى بالتحكيم العائم.

-قد يتفقان على ترك المهمة لهيئة التحكيم.

-قد يتفقان على تطبيق إجراءات قانون وطني معين.

-يتفقان على إتباع إجراءات منصوص عليها في لائحة تحكيمية لمركز دائم للتحكيم.

وفي ظل وجود لوائح تحكيم تنص على إتباع إجراءات الكترونية منها لائحة تحكيم المحكمة الالكترونية و لائحة تحكيم المنظمة العالمية للملكية الفكرية لحل المنازعات الخاصة بأسماء الدومين وكذا قرارات هيئة التحكيم الأمريكية المتضمنة لإجراءات تحكيمية لحل المنازعات التي تقع بين مشغلي الأنظمة و مستخدمي الخدمات الالكترونية.

المادة 14 من لائحة المحكمة الالكترونية قررت إخضاع إجراءات التحكيم للقواعد الإجرائية التي تنص عليها لائحة المحكمة مع مراعاة القواعد المتعلقة بالنظام العام، لكن قد تثار بعض الصعوبات في الحالة التي يخضع فيها أطراف التحكيم للائحة كلائة غرفة التجارة الدولية أو لقانون كالقانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة الخاص بالتحكيم التجاري الدولي الصادرة سنة 1885 حيث لم تحدد هذه اللائحة ولا ذلك القانون كيفية تنظيم إستخدام التقنيات الإلكترونية في العملية التحكيمية.

كما نلاحظ ان اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ترجح قانون مقر التحكيم فتتص على: "رفض الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن اتفاق التحكيم صحيحا وفقا للقانون المختار من قبل الأطراف وفي حالة عدم وجود اختيار من قبلهم وفقا لقانون الدولة التي يصدر فيها حكم التحكيم" نفس الاتجاه لمعاهدة جنيف في مادتها 09 تنص على: "إذا تعلق الأمر بوجود وصحة اتفاق التحكيم فان محاكم الدول المتعاقدة تفصل في هذه المسألة وفقا

للقانون الذي اختاره الأطراف ليسري على اتفاق التحكيم وفي حالة عدم وجود أي تعيين أو إشارة في هذا الشأن فإن اتفاق التحكيم يخضع لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم".

و إزاء هذا الوضع تعددت الحلول لتحديد مكان التحكيم ما بين :

- 1 - حل المسألة بالرجوع إلى المكان الذي يوجد فيه المحكم و هو ما يعني تطبيق قانون مكان المحكم.
- 2 - حل المسألة بتطبيق قانون مكان تقديم خدمة الإنترنت.
- 3 - تفضيل نظرية التحكيم غير التوطيني التي تستوجب الاعتراف للتحكيم الالكتروني بالطابع غير الوطني.

و الراجح هو ترك الحرية الكاملة للأطراف في تحديد مكان إفتراضي للتحكيم و هو ما يتفق مع فكرة عدم وجود مقر مادي للمحاكم الالكترونية<sup>1</sup>.

### 2-3 - القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الالكتروني

يتمتع أطراف اتفاق التحكيم بنفس الحرية فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، و لكن عند عدم إختيار الأطراف له ، يرجع الأمر إلى المحكم أو هيئة التحكيم لتحديد تلك القواعد.

ينبغي على المحكم أن يختار قواعد القانون الذي يحكم بملاءمتها مع مراعاة أحكام النظام العام و المبادئ العامة للتحكيم ومراعاة أعراف التجارة الدولية.

و في إطار التحكيم الإلكتروني نجد أن لائحة المحكمة الإلكترونية تقرر على أنه " إذا لم يتفق أطراف النزاع على تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع تقوم المحكمة بإختيار القانون الذي يرتبط به النزاع بإستثناء الحالة التي يكون أحد أطرافها مستهلكا، أين يجري تطبيق قانونه الوطني"

على أن نص المادة 1/17 من لائحة المحكمة الإلكترونية تؤكد على وجوب مراعاة شروط العقد الأصلي (اتفاق التحكيم) و كذا الأعراف السائدة في مجال الإنترنت إن وجدت.<sup>2</sup>

(1) د/ توجان فيصل الشريدة، مرجع سابق، ص1005.

(2) خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 316.

#### 4 مكان التحكيم الإلكتروني

من مزايا تحديد مكان التحكيم أنه يساعد في تحديد المحاكم المحلية المختصة بإلغاء حكم التحكيم، و كذا تحديد جنسية حكم التحكيم تماشياً مع مقتضيات إتفاقية نيويورك<sup>1</sup>، و لما كانت شبكة الإنترنت لا توجد في جزء معين من العالم المادي بمعنى أنها لا ترتبط بدولة معينة، فهناك من يقول بأنه لا وجود لـ "مكان التحكيم" في مجال التحكيم الإلكتروني ولا يمكن ربط هذا النوع من التحكيم بنظام قانوني لدولة بعينها بما يؤهله للحصول على دعم قوانينها وقبولها به، و التأكد بالتالي من قانونية إجراءات التحكيم و قابلية حكم التحكيم للتنفيذ القانوني في حين هناك من يرى وجوب خضوع التحكيم لمكان ما، و إن حل إشكالية مكان التحكيم في التحكيم الإلكتروني يكمن في إتباع أحد الطريقتين:

- 1 - البحث في الإطار التقليدي للتحكيم ومحاولة ربط اجراءات وحكم التحكيم بدولة معينة.
  - 2 - الأخذ بنظرية التدويل أو عولمة التحكيم عبر الإنترنت من حيث رفع السلطة الإشرافية للقانون الوطني والمحاكم في الدولة التي يجري فيها التحكيم الإلكتروني، بالاستناد إلى ضرورة عدم خضوع التحكيم التجاري الدولي للقوانين الوطنية التي تختلف من بلد لآخر.
- و لكن بالنظر إلى الصعوبات التي قد تصادف تطبيق هاتين الطريقتين فإن **الراجح** هو إتباع فكرة الافتراض القانوني لمكان التحكيم عبر الإنترنت بمعنى اللجوء لمركز أو مؤسسة تحكيم تقدم خدمة التحكيم الإلكتروني، لذلك في حال عدم إتفاق الأطراف على إعتبار إقليم دولة أو مدينة بعينها كمكان للتحكيم، يمكن إتخاذ مقر المؤسسة أو المركز كمكان للتحكيم، و لفكرة الافتراض القانوني لمكان التحكيم عبر الإنترنت العديد من المزايا:

- 1 - إمكانية ربط التحكيم عبر الانترنت بقانون تحكيم دولة بعينها، و بالتالي فإن قانون التحكيم هذا يمكن أن يُستخدم على أنه القانون الواجب التطبيق للاعتراف بقانونية إتفاق و إجراءات و حكم التحكيم.

(1) بينما مكان التحكيم ليس بأمر يشغل أطراف التحكيم عبر الإنترنت، على إعتبار التسهيلات التي تقدمها الشبكة والتي تُمكن من تحقيق إتصال و تواصل الأشخاص في أطراف العالم. ففي مجال التحكيم الإلكتروني لا حاجة للقاءات والمقابلات الشخصية بين أطراف النزاع و المحكمين

2 - حل إشكالية إيجاد محكمة مختصة من شأنها تقديم العون و الدعم لإجراءات التحكيم و تمكينها من ممارسة الإشراف القضائي، بالإضافة إلى فتح المجال أمام الإعراف و تنفيذ حكم التحكيم دوليا في ضوء القوانين الوطنية و الإتفاقات الدولية. على أنه في حالة عدم إتفاق أطراف النزاع على هذا المكان الافتراضي فإن بإمكان محكمة التحكيم تحديده بناءا على ظروف النزاع و حاجات أطرافه.

### 5 تسوية النزاع الإلكتروني و إنهاؤه

قررت مراكز التحكيم عن بعد حق طرفي النزاع في طلب إنهاء نظر النزاع إذا ما توصلا لتسوية ودية لحل الخلاف و لكن بشرط أن يسبق طلبهم هذا صدور قرار حكم التحكيم، و يتم تقديم طلب التسوية للمركز على النموذج المعد لذلك. و لمركز التحكيم كذلك الحق في إنهاء النزاع وذلك بدعوة طرفي النزاع و حثهما على التوصل إلى تسوية النزاع ، فإذا فشل في مساعيه في التوصل إلى تسوية ودية بين طرفي النزاع فله إلغاء إجراءات التحكيم بأكملها إذا تبين له عدم جدوى الإستمرار في التحكيم. و يعتبر بعض الفقهاء منح مراكز التحكيم لأنفسها حق إنهاء نظر النزاع قبل تسويته تعسفا من جانبها لما يتضمنه ذلك من إهدار لوقت المتنازعين ممن إختاروا هذه الوسيلة مبدئيا لفض نزاعاتهم مبتعدين عن سواها من وسائل فض النزاع و حتى إن بررت هيئة التحكيم موقفها بعدم إمكانية الوصول لحل النزاع فكيف لها أن تتعذر بذلك مع اشتراطها مسبقا بأن نظر أي نزاع يخضع لموافقة المركز أولا في كونه يدخل في اختصاصها أم لا؟ و عليه كان من الأجدى عدم منح هذا الحق لهيئات التحكيم.

و إلى جانب سلطة إلغاء التحكيم مُنحت هذه هيئات صلاحيات أخرى كرفض أي طلب يقدمه الخصوم أو إصدار قرارات تمهيدية مؤقتة تحفظية لصيانة حقوق الطرفين.<sup>1</sup>

### ب - صدور حكم التحكيم الإلكتروني و المصادقة عليه

لا بد للمحكّمين قبل إصدار الحكم من قفل باب المرافعة و إحالة القضية إلى الدراسة و التوصل بعد ذلك للحكم الفاصل للنزاع ، مبدئيا تتم إحالة النزاع للمداولة فيه إذا كانت هيئة التحكيم مؤلفة من أكثر من مُحكم واحد ولا حاجة إلى ذلك إذا كانت مكونة من مُحكم واحد.

(1) محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم بواسطة الأنترنت، مرجع سابق، ص 49.

- و يتحدد إختصاص محكمة التحكيم الإلكتروني في نظر النزاع محل التحكيم بما يلي:
- 1 - الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص أو بصحة العقد الذي يعد شرط التحكيم أحد بنوده طبقا للمادة الأولى من لائحة تحكيم المحكمة الإلكترونية لسنة 2004.
  - 2 - تنبيه الخصوم إلى عدم إغفال القواعد القانونية الواجبة التطبيق التي قد ترتب لهم حقوقا أو تفرض عليهم التزامات مع مراعاة مواعيد سقوط الدفع.
  - 3 - حق طلب معلومات و إيضاحات إضافية أو أدلة لم يسبق تقديمها و يثبت تأثيرها في الفصل في النزاع .

4 - تحديد مكان صدور حكم التحكيم بموافقة أطرافه.

و يتعين على المحكمين بعد الإنتهاء من نظر النزاع و ختام أقوال الخصوم في النزاع المنظور أمامهم إصدار حكم في موضوع النزاع<sup>1</sup>، و يتوجب على المحكمين إصدار حكمهم ضمن الآجال الزمنية المحددة لهم اتفاقا أو قانونا، و يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد ضمن المدة التي تسمح بها القوانين.

إن حكم التحكيم يعتبر حكما حقيقيا في النزاع تتوافر فيه عناصر العمل القضائي، ولا يُصدر المحكم قراره بإسم أية دولة بإعتبار عدم خضوعه لأي منها ، و على الرغم من ذلك فإن قرار التحكيم يعتبر ورقة رسمية متى تم صدورهما عن هيئة التحكيم.<sup>2</sup>

هذا و يجب أن يتوفر في حكم التحكيم الإلكتروني مجموع الشروط التالية:

- 1 - أن يكون الحكم مكتوبا حتى يعتبر صدوره .
- 2 - أن يتضمن أسماء المُحكمين الذي أصدره و تاريخ ومكان صدوره و أسماء وألقاب أطرافه ومحال إقاماتهم أو مراكز إدارتهم و عند الاقتضاء أسماء المحامين أو أسماء أي أشخاص آخرين يكونوا قد مثلوا الطرفين.

(1) و يُعرف حكم التحكيم بأنه "جميع القرارات الصادرة عن المُحكم و التي تفصل بشكل قطعي في المنازعة المعروضة عليه سواء كانت أحكاما كلية تفصل في الموضوع ككل أم أحكاما جزئية تفصل في شق منه ، و سواء تعلقت بموضوع المنازعة ذاتها، أو بالإختصاص أو بمسألة تتعلق بالإجراءات أدت بالمُحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة."

(2) خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، 316-317 .

- 3- توقيع المحكم أو المحكمين الذين أصدره .
  - 4 - وجوب أن يصدر حكم التحكيم حاسما و فاصلا للنزاع وفقا للقانون المطبق على موضوع وإجراءات التحكيم.
  - 5 - ضرورة توافر التسبيب القانوني .
  - 6 - نشر حكم التحكيم على الموقع الإلكتروني الخاص بالقضية و إعلام الأطراف بمحتواه .
- تتشرط القوانين الوطنية إيداع حكم التحكيم لدى قلم كتاب المحكمة التي يوجد بها القاضي المختص بتنفيذه لكي يحصل الحكم على صيغة الأمر بالتنفيذ<sup>1</sup> و في حال تحديد مكان التحكيم فإن الحكم الإلكتروني يكون له جنسيته الخاصة مثل أحكام التحكيم العادية .
- ما يلاحظ هو أن اتفاقية نيويورك لا تشترط صراحة أن يكون حكم التحكيم مكتوبا وموقعا من طرف المحكمين، بل تكتفي بإشترط أن يقدم الطرف الراغب في الاعتراف و تنفيذ الحكم في بلد أجنبي النسخة الأصلية للحكم أو صورة مصدقة عنه و مثل هذه الشروط تفرض أعباءا على الطرف الراغب في تنفيذ حكم التحكيم عبر الإنترنت رغم أن الهدف منها هو حماية أطراف النزاع من الغش والتدليس .
- تنفذ الأحكام الصادرة عن المحاكم التحكيمية طوعية وبتراضي الطرفين وفي الحالة العكسية فيحتاج تنفيذ الحكم إلى أمر صادر من القضاء يقر بهذا الحكم و يكون بمثابة الصيغة التنفيذية .

يتم التنفيذ الدولي لأحكام التحكيم على أساس الاتفاقيات التالية:

- اتفاقية نيويورك سنة 1958
  - الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي سنة 1961
  - اتفاقية واشنطن سنة 1965
- أما فيما يخص شروط تنفيذ الحكم فتتمثل في :
- 1 - إيداع حكم التحكيم قلم كتاب المحكمة المختصة من طرف المعني بالتعجيل.
  - 2 - إخطار أطراف النزاع بحكم التحكيم ولإخطار بالحكم أهمية كبيرة لما له من دور في

(1) أنظر المادة 1053 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

- تحديد سريان المدد القانونية و تصحيح الأخطاء المادية والحسابية و في تفسير الغموض الذي قد يقع فيه أحد الأطراف و كذا في استئناف الحكم.
- 3- انقضاء ميعاد رفع دعوى بطلان حكم التحكيم
- 4- استصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم ويكون رئيس المحكمة التي صدر فيها الحكم التحكيمي هو المختص وإذا كان الحكم التحكيمي صادر عن محكمة خارج الإقليم الوطني فان الاختصاص بشأن استصدار أمر التنفيذ يعود لمحكمة محل التنفيذ. وذلك بللتقدم بعريضة إلى القاضي المختص مع إرفاق المستندات اللازمة لعملية التنفيذ. وتتمثل وثائق التنفيذ في:
- أ - أصل إتفاق التحكيم أو صورة رسمية منه<sup>1</sup>.
- ب - حكم التحكيم مع ترجمته إلى اللغة الرسمية لدولة التنفيذ إذا كان بلغة مختلفة.
- ج - إعلان الخصم بالحكم إعلانا قانونيا.
- د - التأكد من عدم تعارض حكم التحكيم مع النظام العام لدولة التنفيذ.<sup>2</sup> بحيث يراقب القاضي الصحة الشكلية لحكم التحكيم المتعلقة بقباليته للتنفيذ و يصدره بعد ذلك مذيلا بالصيغة التنفيذية.
- هـ - تقديم ما يفيد سلامة المعلومات المتضمنة في ( الحكم و الاتفاق ) إذا كانا موقعين الكترونيا.

(1) التحكيم الالكتروني يثير صعوبة تتمثل في عدم التمييز بين الأصل والصورة في المجال الالكتروني، والتمييز بين الصورة والأصل تم الاستغناء عنه في المجال الالكتروني في القانون الفرنسي وهو نفس الأمر الذي تضمنته المادة 10 من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية للونسترال بحيث نصت على تماثل الوثيقة مع الأصل بشرط سهولة الاطلاع على المعلومات التي تتضمنها هذه الوثائق في وقت لاحق والاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشئت أو أرسلت أو تم استلامها وكذا شرط الاحتفاظ بالمعلومات التي تتعلق بمنشئ رسالة البيانات ووجهة وصولها ، تاريخ ووقت إرسالها واستلامها، أنظر: عادل ابو هشيمة محمود حوتة، مرجع سابق، ص 326.<sup>1</sup>

وهناك صعوبة أخرى تتمثل في التصديق على الوثائق الالكترونية نظرا لان الخدمة التي تقدمها جهات تصديق الغير وطنية لا يعترف بها في الجزائر إلا إذا كانت هناك اتفاقية للاعتراف المتبادل أبرمتها سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية وهو ما نصت عليه المادة 04 من المرسوم التنفيذي 07-162 المذكور سابقا.

(2) أنظر المادة 1/1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

## المبحث الثاني

### التسوية القضائية

تتجلى عقود التجارة الإلكترونية الدولية العديد من الإشكاليات في القانون الدولي الخاص، إذ من الطبيعي أن تثار نزاعات بين أطراف هذه العقود، تبتدأ بإشكال تحديد الجهة القضائية المختصة بتسوية المنازعات التي تنشأ عن هذا النوع من العقود، ومن ثم مدى قدرة القضاء عن حل هذه المنازعات (مطلب أول)، ثم إشكال تحديد القانون الواجب التطبيق عليها ومدى قدرة قواعد القانون الدولي الخاص التقليدية على الوصول إلى حل (مطلب ثان).

#### المطلب الأول

مدى ملائمة تطبيق قواعد الاختصاص القضائي التقليدية للمحاكم على عقود التجارة الإلكترونية

ينجم عن استخدام شبكة الإنترنت في إبرام العقود الدولية للتجارة الإلكترونية العديد من الإشكاليات خصوصا حول تحديد المحكمة المختصة بتسوية المنازعات الإلكترونية الدولية. تتطلب غالبية الأنظمة القانونية لاختصاص محاكمها بالنزاع المعروض عليها وجود علاقة أو صلة تربط بين هذا العقد المعروض على محاكمها وبين هذه الدولة كأن تجري إبرام العقد أو تنفيذه على إقليمها، أو أن يكون أحد أطراف العقد مقيم على إقليم هذه الدولة أو تحمل جنسيتها وغير ذلك من الروابط وكل ذلك معلق على عدم وجود شرط خاص في العقد يحدد المحكمة المختصة بنظر النزاع (فرع أول)، لكن بتطبيق هذه الروابط في عقود التجارة الإلكترونية سيخلق صعوبات لا بد لها من حل (فرع ثان)، وهذا ما أدى لظهور جهود دولية أتت بمفهوم القضاء الإلكتروني تحاول به تفادي مشاكل المحكمة المختصة لتسوية نزاعات عقود التجارة الإلكترونية (فرع ثالث).



## الفرع الأول

## ضوابط الاختصاص القضائي التقليدية

بالعودة للقانون الجزائري ، نجد المادة 21 مكرر من قانون المدني الجزائري تنص على انه يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات ، قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات . وعليه إذا ما طرح نزاع على القضاء الجزائري فان القاضي في مسألة تحديد فيما إذا كان مختصا أم لا يعود لقانون إجراءاته المدنية.

تقوم كل دولة بتحديد قواعد الاختصاص القضائي لمحاكمها ، وعموما فقواعد الاختصاص تحتمل لضوابط شخصية متعلقة بأطراف النزاع وهي اختصاص موطن المدعى عليه أو محل إقامته ، وجنسيته (أولا)، وضوابط أخرى موضوعية تتعلق بمحل النزاع وهي مكان إبرام الاتفاق أو تنفيذه و موقع المال (ثانيا) .

أولا: الضوابط الشخصية للاختصاص القضائي<sup>1</sup>

(1) القضايا التالية تعتبر أمثلة على عدم توفر الارتباط الكافي بين المدعى عليه غير المقيم ونطاق اختصاص المحكمة وهو ما ينفي الاختصاص تطبيقا للمعايير الشخصية.

1- (Cybersell , Inc. v. Cybersell, Inc., 130F.3d 414 ( 9th Cir. 1997 ). المدعي في هذه الدعوى شركة موجودة في أريزونا لخدمات الاعلان التجارية عبر الإنترنت والمدعى عليه شركة من فلوريدا والتي تعرض خدمات إنشاء صفحات الإنترنت. المدعية ادعت أن المدعى عليها قد أخلت بالتسجيل الاتحادي للعلامة التجارية ويجب أن تخضع للاختصاص الشخصي للمحكمة الاتحادية في أريزونا لان قانون الإنترنت بلا حدود والموقع على الإنترنت ، مثل موقع المدعى عليها ، يقوم بالإعلان عن المنتجات والخدمات الضرورية للاستخدام على أسس عالمية وواسعة. المدعى عليها قامت بإنشاء صفحة على الإنترنت هي <http://www.cybsell.com/cybersell/index.htm>. هذه الصفحة الرئيسية تحتوي على شعار ( شكل ) كتب في بدايته (Cybersell)) فوق تصميم على شكل الكرة الأرضية ، مع عنوان تحت " الخدمات المهنية للشبكة العنكبوتية " ورقم هاتف محلي . وقد توصلت كذلك الاتصال بالموقع عن طريق البريد الإلكتروني. وعندما قامت المدعى عليها بتغيير اسم الشركة بناء على طلب من المدعية وجدت المدعية أن المدعى عليها لا تزال تستخدم " welcome to Cybersell " على صفحتها الرئيسية ومن ثم قامت برفع دعوى ضد المدعى عليها في أريزونا. المدعى عليها تقدمت بطلب رد الدعوى لعدم الاختصاص .

طبقت المحكمة المعايير الثلاثة التالية لتحديد لفحص ما إذا كانت محكمة المنطقة ستمارس اختصاصها المحدد على المدعى عليها غير المقيمة ( شركة فلوريدا ) :

- 1- على المدعى عليها غير المقيمة أن تبرم بعض التصرفات أو أن تحقق بعض الصفقات مع النطاق المكاني أو أن تبرم بعض التصرفات التي تفيدها من امتيازات إدارة نشاطها في النطاق المكاني ، بهذا فهي تستجلب المنفعة والحماية .
- 2- الادعاءات يجب أن تكون ناتجة عن نشاطات المدعى عليها المتعلقة بهذا النطاق.

يتعلق مضمون الضوابط الشخصية بارتباط أشخاص أطراف العلاقة ذات الطابع الدولي بدولة معينة، وأطراف العلاقة هم " المدعي والمدعي عليه" وهذا الارتباط إما أن يأتي عن طريق جنسية الدولة التي يتمتعون بها أو عن طريق التوطن أو الإقامة على إقليم هذه الدولة، بالنسبة للمشرع الجزائري يحدد الاختصاص بموطن المدعي عليه أو محل إقامته بغض النظر عن جنسيته ، كما اخذ أيضا بضابط الجنسية ، وقد يتعلق هذا الضابط بالأشخاص من ناحية أخرى حينما يتم الاتفاق بينهم على عقد الاختصاص القضائي لمحكمة معينة في حالة حدوث نزاع بينهم .

3- ممارسة الاختصاص يجب أن يستند إلى اسس معقولة.

وقد استنتجت المحكمة أن المدعى عليها لم تقم بإدارة أي نشاط تجاري عبر الانترنت في اريزونا وكل ما وجد أن الشركة من فلوريدا قامت بتعيين صفحة رئيسية ضرورية على الإنترنت مستخدمة الاسم " Cybersell ". وان أي شخص في أي مكان يستطيع أن يدخل هذه الصفحة الرئيسية ومن خلالها يعلم عن الخدمات التي تعرضها المدعى عليها ، وقد توصلت المحكمة إلى أن هذه الحقيقة وحدها غير كافية لإيجاد أن المدعى عليها متعمدة في توجيه عروض تجارتها نحو الجهات المقيمة في اريزونا.

في ظل هذه الظروف ، قررت المحكمة أن نشاطات المدعى عليها على الإنترنت غير كافية لتأسيس الارتباط الكافي . وبهذا الحكم لاحظت المحكمة ، انه إذا لم يكن هنالك مطلب لفائدة هادفة مجردة وراء إنشاء الصفحة الرئيسية على الإنترنت فان كل شكوى تنشأ عن إخلال بحقوق العلامة التجارية على الإنترنت سيكون نتيجة تلقائية للاختصاص الشخصي أينما وقع المكان الرئيسي لعمل المدعي.

2- 97097 v. Goldberger, 1997 WL (S.D.N.Y. 1997) Hearst Corp

قررت المحكمة في هذه الدعوى عدم الاختصاص لنظر الادعاء ضد المدعى عليه لمجرد الزعم ان موقعه على الإنترنت مزار إلكتروني من قبل مستخدم الكمبيوتر في نيويورك . محكمة المنطقة أقرت بان Goldberger لم يمارس العمل في نيويورك لمشابهة الموقع لاعلان في مجلة محلية. وأقرت المحكمة بأنه لا موقع Goldberger ESQWIRE على الإنترنت ولا بريده الإلكتروني لنيويورك كافيين كي تمارس محكمة المنطقة اختصاصها الشخصي على Goldberger. وقد اقام Hearst هذه الدعوى بموضوع انتهاك العلامة التجارية ضد Goldberger بعد أن قام بإنشاء اسم للمجال وموقع على الإنترنت ، ESQWIRE.COM . ولقيام Goldberger باستخدام موقعه على الإنترنت ليعرض خدمات البنية التحتية للشبكات في مكاتب القانون الخاصة بالمحامين . Goldberger مقيمة في Cherry Hill , New Jersey . وقد وجدت المحكمة أن موقع ESCQWIRE على الإنترنت مشابه لاعلان منشور محليا ولهذا فهو لا يقيم علاقة كافية لانعقاد الاختصاص الشخصي . وقالت المحكمة ان البريد الإلكتروني مشابه للاتصالات الهاتفية أو رسائل الناس في نيويورك . هذا البريد الإلكتروني منفردا لا يعتبر كافيا أيضا لانعقاد اختصاص شخصي . وان الإنشاء المجرد لموقع على الإنترنت لا يدعم اختصاصا شخصيا في نطاق إقليم أجنبي .

### أ- الاختصاص القائم على محكمة موطن المدعي عليه:

يعتبر هذا المبدأ من أهم المبادئ التي يقوم عليها كل من الاختصاص القضائي الدولي والاختصاص الداخلي (الإقليمي) للمحاكم، فالمدعي هو الذي يسعى لمحكمة المدعي عليه ليقاضيه أمامها، وأساس ذلك، أن الأصل هو براءة ذمة المدعي عليه إلى أن يثبت المدعي العكس، كما أن دفاع المدعي عليه عن نفسه يكون أيسر أمام محاكم هـ الوطنية، و أعمال مبدأ قوة النفاذ للأحكام يكون أيسر في المحاكم الوطنية عند تنفيذه منه في المحاكم الأجنبية. حيث يمكن للمحكمة تنفيذ حكمها على مال المدعي عليه بسهولة ويسر، لأنه في دائرة سلطتها، كما أن مثوله أمام هيئة قضائية غير معروفة يؤدي لصعوبة اختيار محامي، ومما سبق فإن محكمة موطن المدعي عليه هي أقدر المحاكم على إلزامه بالحكم.<sup>1</sup>

تعرض التشريع لتنظيم هذا الأمر في نص المادة 37 قانون إجراءات مدنية وإدارية: "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليه، وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له<sup>2</sup> وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

يفهم من النص السابق أن المشرع يعقد الاختصاص لمحكمة موطن المدعي عليه حتى لو كان هذا الأخير أجنبياً بشرط أن يكون له موطن أو محل إقامة في دائرة اختصاص تلك المحكمة.

يكون تحديد معنى الموطن دائماً بالرجوع إلى قانون القاضي، إذا تعلق الأمر بتفسير أحد قواعد الاختصاص الوطنية. والموطن ليس له معنى محدد حيث ينقسم الموطن إلى موطن عام وموطن حكومي وموطن مختار وموطن خاص أو موطن الأعمال ومحل الإقامة ولكل واحد من هؤلاء معنى مختلف عن الآخر وله قاعدة وضابط يميزه<sup>3</sup>.

(1) د/ هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، منشأة المعارف، مصر، 1972، ص 76.

(2) أغلبية التشريعات تضيف محل الإقامة كضابط للاختصاص الإقليمي للمحكمة.

(3) شيماء جمال مجاهد، "تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية عبر شبكات الاتصال الدولية"، مقال منشور

على الموقع: <http://www.aladalacenter.com/index.php/2012-10-31>

فالموطن العام: هو المكان الذي يوجد فيه الشخص عادة بنية التوطن فيه .  
الموطن الخاص: هو المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة ويعد موطناً له بالنسبة لإدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو لحرفة.  
الموطن الحكمي أو الموطن القانوني: هو الموطن الذي حدده المشرع بالنسبة للأشخاص الذين لديهم عارض يحول دون مباشرتهم حياتهم القانونية، مثل القصر والمحجوز عليهم، المفقودين، الغائبين وهؤلاء يباشرون أعمالهم القانونية بواسطة أشخاص آخرين، وموطن هؤلاء هو الموطن الحكمي.

الموطن المختار: هو الموطن الذي يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانوني معين ويكون هذا الموطن هو موطننا تختص فيه المحكمة بكل ما يتعلق بهذا العمل .  
أما محل الإقامة هو المكان الذي يتحقق فيه العنصر المادي لمفهوم الموطن وهو تواجد الشخصية فيه دون العنصر المعنوي وهو نية البقاء والاستقرار فيه ، بعبارة أوضح تعد دولة ما محل إقامة للشخص لمجرد وجود سكن لهذا الشخص على إقليم هذه الدولة. والمشرع الجزائري لم ينص على محل الإقامة للاختصاص الإقليمي في تحديد المحكمة المختصة بل جاء بضابط آخر هو آخر موطن للمدعي عليه إن لم يكن موطنه معروفاً.  
نجد أيضاً مسألة الوجود العارض للمدعي عليه في مكان ما، فهل يمكن عقد الاختصاص لمحكمة هذا المكان ؟

هذه الحالة يتصور فيها وجود شخص بصورة عارضة أو مؤقتة على إقليم دولة معينة بغرض السياحة أو العلاج مثلاً، أو لأي سبب عارض وفي هذا الـ فرض نتجه أغلب التشريعات التي تأخذ به إلى اشتراط إعلان الدعوى للمدعي عليه.  
في حالة تعدد المدعي عليهم ينعقد الاختصاص لمحكمة موطن احدهم طبقاً لنص المادة 38 قانون إجراءات مدنية وإدارية. فلذا رفعت دعوى أمام أحد المحاكم على أساس أنها محكمة موطن المدعي عليه فإن ولاية هذه المحكمة تمتد لسائر المدعي عليهم في حالة تعددهم.

لكن لو تنازل المدعي عن دعواه قبل المدعي عليه الذي عقد لمحكمة موطنه الاختصاص، فهل يمتد الزوال إلى ولاية هذه المحكمة بالنسبة للباقيين من المدعي عليهم.

هذا الأمر سكت عنه المشرع الجزائري . فإذا كان الهدف من إعمال هذا النص هو ضمان سير العدالة بإصدار حكم واحد في منازعة تعدد أطرافها لتقادي صدور أحكام متضاربة بصدد نفس النزاع تبقى المحكمة مختصة ، أما بالنظر إلى اشتراط اختصاص محكمة المدعي عليه بصفة أصلية فإن اختصاص المحكمة في هذه الحالة يزول وهو الأرجح. أما في حالة تغير المدعي عليه موطنه، فالقاعدة أن العبرة بمحكمة موطنه وقت رفع الدعوي منعاً لتحاليل المدعي عليه من أجل الإفلات من اختصاص محكمة موطنه الأول. كذلك في حالة تعدد موطن المدعي عليه: فالمنطق وإن كان يقتضي أن يختار المدعي محكمة الموطن الملائم بالنسبة له نظراً لأنه في هذه الحالة، وطبقاً للنص نغون محاكم كل موطن من مواطن المدعي عليه صالحة للاختصاص بالفصل في الدعوى ومن حق المدعي إقامة الدعوى أمام أي منهم، لكن تأسيساً على أن عقد الاختصاص لمحكمة موطن المدعي عليه كان ذلك لتحقيق مصلحة المدعي عليه يكون الاختصاص للمحكمة التي يكون المدعي عليه متواجداً على إقليمها بالفعل وإلا لما تحققت الغاية من النص. أما عن موطن الشخص الاعتباري: فإنه نظراً لعموم النص فإنه يسري بالنسبة للشخص الاعتباري ما يسري بالنسبة للشخص الطبيعي من أحكام، ولكن تحديد موطن الشخص الاعتباري تذهب بعض التقني رأت ومنها التقنين المصري إلى تحديد موطن الشخص الاعتباري وفقاً لمركز إدارته الرئيسي، فيعد متوطناً في المكان الذي به محل إدارته الرئيسي، ولم يكتفي المشرع بذلك بل عقد الاختصاص لمحكمة موطن الفرع أو محكمة موطن الوكالة.<sup>1</sup>

#### ب - الاختصاص القائم على الجنسية :

ينعقد هذا الاختصاص حسب قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في النزاعات التعاقدية فقط التي تشمل عنصراً أجنبياً ، سواء كان هذا العنصر الأجنبي أحد الأطراف أو محل الالتزام .

(1) موطن الوكالة هو موطن الشخصية الاعتبارية الذي يعمل لحساب الأصل ويقوم بتوزيع منتجاته بتوكيل مثل توكيل لخدمات المحمول... الخ

وهذا الاختصاص هو المعقود للمحاكم ال جزائرية بناء على كون أحد أطراف النزاع جزائري الجنسية ومحل النزاع هو تنفيذ عقد ، سواء كان هذا الشخص طبيعيا أو معنويا ، مدعي او مدعى عليه.

-كونه مدعي، تنص المادة 41 قانون إجراءات مدنية وإدارية على: " يجوز ان يكلف بالحضور كل أجنبي حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر أمام الجهات القضائية الجزائرية لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري. كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائري".

كونه مدعى عليه، تنص المادة 42 قانون إجراءات مدنية وإدارية على: " يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي حتى ولو كان مع أجنبي".  
يمكن ان نعلق على هذين النصين بما يلي:

- تتطلب الضرورات العملية إقامة الشخص في التراب الوطني حتى يمكن أن ينفذ عليه الحكم الصادر في غير صالحه. ولكن نص على الأجنبي الغير مقيم يخلق صعوبات سواء من حيث مقاضاته أو تنفيذ الحكم عليه.

- يثبت الاختصاص للمحاكم الجزائرية حتى ولو كان المدعي عليه مقيما بالخارج جزائريا كان أو أجنبيا ، بالنسبة للمدعى عليه الجزائري يشترط لانعقاد الاختصاص للمحاكم الجزائرية أن يكون النزاع متعلق بالتزامات تعاقدية بغض النظر عن جنسية المدعي او مكان التعاقد، أما بالنسبة للمدعى عليه الأجنبي يشترط أن يكون المدعي جزائريا ويتعلق موضوع النزاع بالتزامات تعاقدية تمت في الجزائر او في الخارج.

- إطلاق لفظ الجزائري في النص يعني أن الأشخاص الطبيعية والاعتبارية، وقصر النص على الأشخاص الطبيعية تقيد لا محل له لأن المطلق يظل على إطلاقه حتى يأتي ما يقيد النص هنا جاء عاماً بدون تقييد.

جري العمل في القانون المقارن<sup>1</sup> على اختصاص محاكم الدولة بالنظر في الدعاوي التي ترفع على رعاياها بصفقتهم مدعى عليهم ولا تتناول المدعي بغض النظر عن موطنهم تأسيساً على ما للدولة من قدرة على كفالة آثار أحكامها في مواجهة المتمتعين بجنسيتها<sup>2</sup> يرجع أساس لهذا الاختصاص إلى أن المواطن يخضع لولاية القضاء الوطني سواء كان مقيماً في الدولة أم خارجها وهذه الولاية إقليمية بالنسبة للمواطنين والأجانب المقيمين في إقليم الدولة، وشخصية بالنسبة للمواطنين المقيمين في الخارج<sup>3</sup>

### ج - الاختصاص القضائي ل محاكم الوطنية - الجزائرية - القائم على

#### الخضوع الاختياري:

تنص المادة 45 قانون إجراءات مدنية وإدارية على: "يعتبر لاغياً وعديم الأثر كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة إلا إذا تم بين التجار" وتضيف المادة 1/46: "يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصاً إقليمياً"

يفهم من هذين النصين أنه لا يجوز اشتراط تعديل قواعد الاختصاص الإقليمي للمحاكم إلا فيما بين التجار. لكن إذا تم التعديل باتفاق من الطرفين كان ذلك جائزاً. أخذاً بالمادة 46 قانون إجراءات مدنية وإدارية فإنه، يجوز للأطراف الاتفاق صراحة وبطلب كتابي وموقع وإذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك على اختيار المحكمة المختصة وتكون هذه الأخيرة مختصة طيلة الخصومة ويمتد الاختصاص في حالة الاستئناف إلى المجلس القضائي التابعة له المحكمة.

(1) مثلاً القانون المصري يعقد الاختصاص للمحاكم المصرية بناء على كون المدعي عليه مصري الجنسية فقد نصت عليه المادة 28 مرافعات حيث نصت على أن " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوي التي ترفع على المصري ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية ".

مؤدي هذا النص أن المشرع اكتفى بمجرد تمتع الشخص بالجنسية المصرية بعقد الاختصاص لمحاكم الجمهورية سواء كان هذا الشخص طبيعياً أو معنوياً، ولم ينص على أي ضابط يتعلق بالمدعي

(2) د/ سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 1979، ص 438.

(3) انظر د / عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة السابعة، مصر، 1972، ص

وإذا كان هذا الأمر لا يطرح إشكالا إذا كان الخصوم وطنيين باعتبار أنهم يخضعون لنفس القواعد الموضوعية فإن الأمر ليس ذاته إذا كان احد الأطراف أجنبيا او كليهما ، فمن باب التيسير على المدعى حتى يتمكن من الحصول على حقوقه والمحافظة على مركزه القانوني فإنه يمكن الخروج عن تلك القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي الدولي وذلك بإسناد الأطراف الاختصاص لمحكمة من اختيارهم ، وهذا ما يسمى بشرط المحكمة المختصة . ومسألة الخضوع الاختياري أو الإرادي لاختصاص دولة معينة مستقر عليه كمبدأ في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ، ومع ذلك فمن المتفق عليه فقها وقضاء أنه يلزم لكي ينتج هذا الاتفاق حول تحديد الاختصاص أثره توافر بعض الشروط المتمثلة في:

-الشرط الأول: جدية ارتباط النزاع بإقليم المحكمة التي اتفق الأطراف على عقد

الاختصاص لها:

وذلك الشرط يتأسس على ضمان حسن اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ الأحكام الصادرة من هذه المحكمة فلم يطلق المشرع العنان لإرادة الأطراف في الاختيار بل يجب أن تكون مصالح الخصوم أو أحدهم على الأقل مرتبطة بإقليم المحكمة المختارة لضمان فاعلية تنفيذ الحكم الصادر في النزاع.

-الشرط الثاني: عدم انطواء الاتفاق على غش:

فيجب أن يكون الاتفاق صحيحاً وسليماً وهذا هو الوجه الآخر للشرط الأول وهذا الشرط يمنع ما يسمى بالغش نحو الاختصاص الذي يتمثل في اختيار الخصمين أو أحدهما للمحكمة التي يعلم أنها ستطبق قانوناً من تلقاء نفسها وتلبي رغباتهم على خلاف قانونهم.

-الشرط الثالث: يجب أن يكون النزاع ذا صفة دولية:

وهذا الشرط إن كان شرطاً بديهياً ، إلا انه نشير إلى المجال الواسع للسلطة التقديرية للقاضي في تقدير توافر الصفة الدولية للمنازعة مما يخشي معه تحكم القاضي في هذا التقدير تحكما يضر بالخصوم.

-الشرط الرابع: ألا تكون المحكمة مختصة أصلا بنظر النزاع:



وهذا الشرط من أهم شروط الخضوع الاختياري وم فاده عدم اختصاص المحكم ة أصلاً بنظر النزاع، وعلى ذلك لو اتفق الأطراف على الخضوع لولاية القضاء الجزائري وكان هذا القضاء مختص أصلاً طبقاً لأحد الضوابط العامة للاختصاص الواردة في مواد قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن هذا الاتفاق يكون عديم القيمة.

### ثانياً: الضوابط الموضوعية للاختصاص القضائي

و يتعلق مضمون هذه الضوابط باتصال عناصر المنازعة الموضوعية بإقليم المحكمة وقد تضمنت النص عليها في المواد: 39 و 40 من قانون إجراءات مدنية وإدارية<sup>1</sup>. يتضح من النصين أن الضوابط الموضوعية للاختصاص القضائي تتمثل في موقع المال أو محل إبرام الالتزام أو تنفيذه.

#### أ- اختصاص محكمة موقع المال:

نجد أن هذا الاختصاص طبقاً للمواد 39 و 40 إجراءات مدنية وإدارية يقضى بأنه إذا تعلق النزاع بمال موجود في دائرة اختصاص محكمة هي المختصة<sup>2</sup> بالنظر في هذا النزاع وهي حالة جالبة للاختصاص للمحاكم الجزائرية لو كانت الدعوى مرفوعة على أجنبي موضوعها مال منقول أو عقار .

(1) تنص المادة 39 أ م إ ج على : " ترفع الدعاوى المتعلقة بالمواد المبينة أدناه أمام الجهات القضائية الآتية: 1- في مواد الدعاوى المختلطة ، أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مقر الاموال..... 3- في مواد المنازعات المتعلقة بالتوريدات والأشغال وتأجير الخدمات الفنية أو الصناعية يؤول الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو تنفيذه حتى ولو كان احد الأطراف غير مقيم في ذلك المكان. 4- في المواد التجارية غير الافلاس والتسوية القضائية أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الوعد او تسليم البضاعة او أمام الجهة القضائية التي يجب ان يتم الوفاء في دائرة اختصاصها ..... " وتنص المادة 40: "فضلا عما ورد في المواد 37 و 38 و 46 من هذا القانون ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها: 1- في المواد العقارية أو الأشغال المتعلقة بالعقار أو دعاوي الإيجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات والدعاوي المتعلقة بالإشغال العمومية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار أو المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال.... " .

(2) نشير انه في خصوص مواد العقارات نصت المادة على أن محكمة العقار مختصة دون سواها يعني لا يمكن في أي حال من الأحوال سحب الاختصاص منها.

ويرجع إقرار الم شرع لهذه القاعدة إلى عدة اعتبارات خاصة إذا كان أحد أطراف النزاع أجنبياً<sup>1</sup> منها:

- محكمة موقع ال مال هي الأقر على اتخاذ إجراءات التحقيق والمعاينة الخاصة بالعقار.

- اعتبار قانوني يتعلق بسيادة الدولة على إقليمها حيث يقضى هذا المبدأ، بخضوع جميع المنازعات المتعلقة بالأموال كائنة بها لولاية محاكمها، كما أن قوانين تنظيم الملكية المتعلقة بصالح المجموع وليس هناك أحرص من محكمة موقع المال للتطبيق على المنازعات المتعلقة به.

- اعتبار متعلق بكفالة تنفيذ الأحكام فالدولة لن تعترف بتنفيذ أحكام على إقليمها صادرة من دولة أجنبية لأن، ذلك يتعلق بسيادتها.

يتضح من ذلك أن هذه القاعدة تقوم على ضابط موضوعي وواقعي إذ يكفي وجود مال بالفعل على إقليم الدولة لتقرير الاختصاص لمحاكمها بصرف النظر عن أطراف النزاع، كما أنه ضابط إقليمي يتحدد بالنظر لإقليم الدولة وضابط خاص لأنه يقتصر على طائفة معينة من المنازعات وهي المنازعات المتصلة بالأموال . وإذا تعددت أجزاء المال بحيث وقع كل جزء من المال في دولة فإن المحاكم الجزائرية لا تختص إلا بالمنازعات المتعلقة بجزء المال الواقع بها.

يجب التنويه إلى أنه يكفي لعقد الاختصاص لمحكمة موقع ال مال أن يكون هذا المال محلاً للالتزام ولا يشترط نشأة الالتزام في دولة المال.

أما مسألة تكييف المال فيما إذا كان عقاراً أو منقولاً نعود لقانون الدولة التي يوجد فيها هذا المال<sup>2</sup>

#### ب- اختصاص محكمة محل إبرام الالتزام أو محل تنفيذه:

يتم اللجوء إلى تحديد هذا الاختصاص بناء على ضابط محل إبرام العقد أو تنفيذه، وهذا ما أخذ به القانون الجزائري في خصوص المنازعات المتعلقة بالتوريدات والأشغال

(1) د/ بدر الدين عبد المنعم شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص ، ب د ن ، مصر، 1990 ، ص 101

(2) طبقاً لنص المادة 17 قانون مدني جزائري.

وتأجير الخدمات الفنية أو الصناعية، القانون العماني رقم 68 لسنة 2008 المتعلق بالإثبات في المعاملات المدنية والتجارية (المادة 19/ب)، والقانون المصري (المادة 2/30 من قانون المرافعات) والقانون الفرنسي (المادة 4/149) والقانون الروماني (المادة 1/3) والقانون السويسري (المادة 4) واتفاقية بروكسيل (المادة 1/5) .

نلاحظ أن المشرع الجزائري عدد التصرفات التي تخضع لهذا الضابط على عكس المشرع المصري مثلاً حيث تنص المادة 2/30 مرافعات على أن : " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة بالجمهورية..... إذا كانت الدعوى متعلقة بالالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه في الجمهورية ".

هذه المادة تعقد الاختصاص لمحاكم الجمهورية إذا كان محل نشأة الالتزام (محل انعقاد التصرف القانوني) أو محل تنفيذ الالتزام (مكان تنفيذ العقد) في الجمهورية. فضايط الاختصاص لهذه القاعدة هو محل مصدر الالتزام أو محل تنفيذه وهما ضابطان موضوعيان إقليميان، خاصان يتعلقان بطائفة معينة من المنازعات وهي تلك المتعلقة بالالتزامات العقدية. ودون التقييد بشروط خاصة في المدعي أو المدعى عليه<sup>1</sup> . وعلة ذلك أن، محكمة محل الالتزام هي غالباً الأكثر إماماً بالظروف والملابسات المحيطة به.

فرق المشرع بين ضابطين هما مكان إبرام العقد ومكان تنفيذه، وفيما يخص مكان الإبرام هناك فارق بين مكان تمام العقد في حالة التعاقد بين غائبين عنه في حالة التعاقد بين حاضرين<sup>2</sup> .

الحالة الأولى: لو كان التعاقد بين حاضرين:

هذه الحالة لا تثير أدنى مشكلة ويختص قانون البلد بتحديد متى يكون العقد قد تم، ويدخل في هذه الحالة أيضاً التعاقد مع وكيل أحد الطرفين لأنه يمثل موكله داخل مجلس العقد.

(1) بل نص المشرع على إمكانية تطبيق الضابط حتى ولو كان الأطراف غير مقيمين.

(2) د/ بدر الدين عبد المنعم شوقي، مرجع سابق، ص 105

الحالة الثانية: حالة التعاقد بين غائبين:

الأمر في هذه الحالة محل خلاف، ولكن يتفق على أن يرجع لقانون البلد الذي تم فيه التعاقد بالنسبة للمشرع الجزائري يأخذ بنظرية العلم بالقبول ولا يهم بعد ذلك إن كان العقد قد نفذ أو كان واجبا تنفيذه بالخارج.

أما عن تنفيذ الالتزام فإن تنفيذ الالتزام العقدي يتحدد معناه وفقا لقانون القاضي، حيث ينعقد الاختصاص للمحاكم إذا تعلقت الدعوى بالالتزام عقدي وكانت هذه المحاكم محل تنفيذه سواء كان قد نفذ بالفعل أو لم يتم بعد. ويرجع في تحديد معنى الالتزامات العقدية لقانون القاضي أيضا خاصة إذا تعلق الأمر بتفسير قاعدة من قواعد الاختصاص الوطنية.

عند المفاضلة بين محكمة نشأة الالتزام التعاقدية ومحكمة تنفيذه، فقد ذهب البعض إلى عقد الاختصاص لمحكمة تنفيذ العقد باعتبار التنفيذ هو العنصر الأساسي في العقد. بينما ذهب البعض الآخر<sup>1</sup> إلى ترك الأمر لصاحب الشأن لاختيار المحكمة التي تتناسب مع مصالحه.

### الفرع الثاني

#### صعوبات أعمال المعايير التقليدية للاختصاص القضائي في مجال عقود التجارة الإلكترونية ومحاولة حلها

تقوم كل دولة بسن قواعد للاختصاص والقضائي تطبق على إقليمها تتماشى مع الحفاظ على سيادتها تتمثل هذه القواعد في أعمال مبدأ قانون الإرادة في حالة إتفاق الأطراف وإن لم يوجد ذلك فقد وضع قواعد بعضها شخصي مثل ضابط الجنسية، ضابط الموطن أو محل الإقامة للمدعى عليه، والبعض الآخر موضوعي مثل محل إبرام الالتزام، موقع العقار، محل تنفيذ الالتزام. لجعل المعايير التقليدية للتجارة الدولية تتلائم مع التجارة الإلكترونية فيما يتعلق بتحديد الاختصاص القضائي فإنه لابد من التطرق لمعرفة الصعوبات التي تحول دون عمل هذا التلائم لمحاولة تفاديها في كل ضابط .

أخذا بهذه المفاهيم هل هناك صعوبات تحول دون تطبيق تلك المعايير التقليدية على المجال الافتراضي للتجارة الإلكترونية ؟

(1) د/ بدر الدين عبد المنعم شوقي، مرجع سابق، ص 107

لم يأتي أي نص في التشريع الجزائري بهذا الشأن لذلك سنستعين بالأعمال الدولية من اتفاقات وتوجيهات أوروبية.

### أولاً: فيما يتعلق بالخضوع الإرادي أو قبول ولاية القضاء:

لا يمكن أن يتقيد الإنسان إلا بإرادته، فمن الثابت قانوناً أن إرادة الإنسان حرية بطبيعتها، و هي أساس التصرف القانوني فهي التي تنشئه وهي التي تحدد آثاره وهذا ما عبر عنه الفقه بمبدأ سلطان الإرادة ويسمى في مجال الاختصاص القضائي فيما يتعلق باختيار المحكمة المختصة بالنزاعات الدولية الناشئة عن العقود بشرط الاختصاص القضائي أو الشرط المانع للاختصاص.

### أ- تحديد الصعوبات

نجد أن أعمال هذا الضابط طبقاً للقانون الجزائري في مجال المعاملات الإلكترونية يواجه عدة صعوبات:

- بالنسبة للمعاملات الغير تجارية أعمال ضابط الخضوع الاختياري لاختصاص المحكمة لا يمكن تطبيقه في المجال الإلكتروني على أساس أن المشرع لا يقبل بالاشتراط السابق بتغيير الاختصاص الإقليمي ويجعله لاغياً - قبل قيام النزاع - أما بعد قيام النزاع يشترط توجه الخصوم إلى المحكمة والإقرار كتابياً باختيار المحكمة للفصل في الموضوع والتوقيع على هذا الإقرار ، في حين أن التعاقد الإلكتروني يقوم على التواجد اللامادي للأطراف أي وجود فاصل جغرافي بينهما هذا ما يحول دون تواجدهم أمام القاضي .

- بالنسبة للمعاملات التجارية يمكن أعمال ضابط الخضوع الاختياري ، ولم يشترط المشرع أن يكونا صريحاً ولا كتابياً ولا التوجه الحقيقي للأطراف إلى المحكمة للإقرار أمامها باختيارها كمحكمة تتولى الفصل في نزاعاتها ، وظاهرياً لا يبدو أن هناك مشكلة في حالة أن يقوم الأطراف بالتعبير عن إرادتهما إيجابياً وقبولاً عبر شاشات الحواسيب الآلية طالما أن لكل منهما صلاحية إصدارها ولم يتم إنكارها من إحدهما<sup>1</sup>

(1) د/عادل أبو هشيمة محمود حوته، مرجع سابق، ص 233.

ولكن عند روية الأمر من جانب أوضح نجد أن، هناك العديد من المشكلات أهمها هو صعوبة التحقق من وجود هذه الإرادة أصلاً خاصة في الحالات التي يتم فيها التعاقد من خلال الوكلاء الإلكترونيون حيث يتم التعاقد من خلال أجهزة ووسائط إلكترونية لا تملك إرادة أصلاً، وبصفة خاصة عندما يقوم الحاسوب المبرمج ببث رسائل مشوبة بالخطأ بشكل يستحيل توقعه من الشخص الذي يعمل الحاسوب لحسابه<sup>1</sup>.

وحتى في حالة التعاقد بين الأطراف ذاتهم دون استخدام الوكلاء الإلكترونية فإن التعاقد يتم بين غائبين لا يرى كل منهما الآخر، وبالتالي قد يتم التعاقد من قبل شخص ليس له صلاحية التصرف نيابة عن المتعاقد الأصلي، أو يصدر التعبير عن الإرادة من شخص ليس له الأهلية الكاملة لإبرام التصرفات، أو يتم أصلاً التغير في محتوى الرسالة أو مضمونها خاصة إذا علمنا أن الشبكة معرضة للاختراق من جانب الغير في أي وقت<sup>2</sup>. يتم الاختيار الصريح للمحكمة المختصة بتضمين الأطراف عقدهم شرطاً يحددون فيه المحكمة التي تفصل في المنازعات التي تثار فيما بينهم ، ولكن في مجال العقود الإلكترونية قد تبرز صعوبة التحقق من جدية هذا التعاقد وإثباته، حيث يغيب في ظل هذا العالم الافتراضي الأدلة المادية والتوقيعات الخطية فيتحدد موضوع المعاملة وكيفية تنفيذها دون دعامة مادية مكتوبة وبالتالي يصعب التحقق من وجود هذا الشرط خاصة عندما يحدث عطل داخل الأجهزة الإلكترونية يؤدي لضياع البيانات المخزنة داخلها أو إنتهاء فترة الصلاحية المقررة لتخزينها أو صعوبة إسترجاعها إذا تم تحميل الأجهزة بشكل غير سليم أو غيرها من الوسائل التي قد يصعب مع وجودها التحقق من وجود هذا الشرط<sup>3</sup>.

تبرز صعوبة أعمال الاختيار الضمني في المجال الإلكتروني حيث يصعب على القاضي التحقق من وجودها لأنها قد تستنتج من خضوع المدعى عليه لهذه المحكمة عن طريق ترافعه أمامها دون إبداء أي دفع بعدم اختصاصها أو إقامة المدعى الدعوى أمام هذه

(1) د/ صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص372

(2) شيماء جمال مجاهد، مرجع سابق،

(3) د/ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص374

المحكمة التي قد يكون موقعها موجوداً على الشبكة من خلال موقع أو عنوان الإلكتروني لا ينتمي لدولة بعينها (القاضي الافتراضي).

#### ب- الحلول المقترحة لحل هذه المشكلات:

في حالة صعوبة التحقق من الإرادة في حالة التعاقد عن طريق الوكلاء الإلكترونيين قد يتم ذلك عن طريق الاتفاق بين المتعاقدين على شفرة أو رمز يوضع على الوثيقة محل التعاقد أو عن طريق وسيط يستوثق من هويتهم عن طريق كلمة مرور، بحيث يقترن استخدام هذه الكلمة بشخص المتعاقد، وبالتالي يمكن التأكد من أن الرسالة المرسلّة عن طريق الحاسوب صادرة عن صاحبها بإرادته.

أما فيما يتعلق بإسناد الإرادة فإن هناك اتجاه في الفقه اعتبر الحاسوب مجرد وسيلة للتعاقد، وبالتالي إذا قام المتعاقد بإبرام العقد عن طريقه فإن الإرادة لا تنسب للحاسوب وإنما تنسب لمستخدمه وهذا يتفق مع ما نصت عليه م 13 من قانون الأونستيرال النموذجي والذي اعتبرت نصوصه رسالة البيانات صادرة عن المرسل في حالتين:

**الحالة الأولى:** إذا كانت رسالة البيانات صادرة عن المرسل أو عن شخص له سلطة التصرف نيابة عنه (المرسل - المنشئ) وذلك عندما يكون هذا الشخص نائباً أو وكيلًا عن صاحب الإرادة، أو غير ذلك من صور النيابة في التعاقد.

**الحالة الثانية:** إذا تم إرسال الرسالة من نظام المعلومات المبرمج من المنشئ ويشترط لاعتبارها صادرة منه أن يكون هذا الجهاز يعمل بشكل تلقائي ومباشر، وأن يكون تحت سيطرة وهيمنة صاحب الإرادة.

أما عن مسألة التحقق من شخصية المتعاقد وصلاحيته لإبرام العقد، فهي مسألة وإن كانت فنية بالدرجة الأولى وتحتاج لخبراء متخصصين في هذا المجال (مجال الإنترنت) والتجارة الإلكترونية بإيجاد حلول لها إلا أن هناك تقنيات مستخدمة لتحديد هوية المتعاقد نذكر منها:

- 1- تقنية الحائط الناري أو جدران الحماية والتي عن طريقها يمكن بث رسالة تحذيرية عندما تكون الشبكة معرضة للاختراق أو التدخل الأجنبي<sup>1</sup>.
- 2- تقنية الأستيثاق من المواقع وتعقبها خوفاً من وجود أشخاص أو شركات وهمية<sup>2</sup> وكانت هذه هي الحلول الفنية، أما عن الحلول القانونية في هذا الصدد نجد نص الاتفاق النموذجي الأوروبي لتبادل البيانات إلكترونياً أشرت أن تشمل " الإجراءات الأمنية التحقق من منشئ الرسالة والتحقق من صحتها وعدم رفض منشئ الرسالة لها وتلقى البيانات إلكترونياً مع مراعاة سريتها<sup>3</sup>.
- وما يؤكد عليه الاتفاق هو أن التدابير الأمنية للتحقق من منشئ الرسالة وصحتها إلزامية في حالة تبادل البيانات إلكترونياً. وللتأكد من شخصية المتعاقد يلزم أن يوقع صراحة على إعلان يوضح فيه قبوله شرط الاختصاص القضائي ، ويمكن عمل ذلك بطباعته على صفحة بشبكة الإنترنت.

### ثانيا: فيما يتعلق بالاختصاص القائم على الجنسية :

يصلح هذا الاختصاص لحكم المعاملات الدولية التي تتم في عقود التجارة الدولية إلا أنه عند تطبيقه على المعاملات الإلكترونية التي تتم عبر شبكات الإنترنت ، نجد أنه تعترضه العديد من الصعوبات حاولت مختلف التشريعات حلها قانونيا وتقنيا.

#### أ-تحديد الصعوبات:

تنبثق مجمل المشاكل التي تعترض هذا الضابط عن طبيعة هذا العالم الافتراضي الذي يتم التعاقد فيه بين غائبين ، بالإضافة لإختلاف هوية كلاً منهما الذي يصعب التأكد منها. تتسم طبيعة عقود التجارة الإلكترونية بغياب التواجد المادي لطرفي العقد لحظة إبرامه وبالتالي التحقق من هوية وشخصية المتعاقدين قد لا تكون في مجال التعاقد عبر الإنترنت بالسهولة ذاتها في المجال التقليدي للتعاقد<sup>4</sup> حيث يصعب مراقبة العناوين الإلكترونية التي

(1) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، "الأنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق"، بحث مقدم لمؤتمر القانون

والكمبيوتر والأنترنت، كلية الشريعة والقانون - بجامعة الإمارات العربية المتحدة 12-13 مايو 2000، ص 32

(2) د/ صالح المنزلاوي، نفس مرجع سابق، ص 381، 382

(3) أحمد عبد الكريم سلامة، الأنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق ، مرجع سابق، ص 33

(4) د/ احمد شرف الدين، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها، مرجع سابق، ص 171.



يستخدمها المتعاقدون للتحقق من هوية الشخص الآخر ، فالتجار غير مسموح لهم بتخزين عناوين العملاء على قاعدة البيانات الخاصة بهم للتحقق من هويتهم<sup>1</sup>، لأن هذا العمل يعد مخالفاً للقانون الخاص بحماية المعلومات المتعلقة بالحريات الشخصية وهذا يتفق مع التوجيه الأوروبي الصادر في 24 أكتوبر 1995 المتعلق بحماية البيانات ذات الطابع الشخصي وحرية تداولها عبر الحدود وبالتالي يصعب التأكد من جنسية الأطراف المتعاقدة<sup>2</sup> وبالإضافة إلى ذلك فإن الأخذ بضابط الجنسية كأساس للاختصاص القضائي يؤدي إلى تركيز وتوطين الرابطة العقدية مكانياً، وهذا وإن كان يسهل إعماله في المجال التقليدي للعقود الدولية إلا أنه يواجه صعوبات عديدة عند إعماله على العقود الإلكترونية.

### ب -الحلول المقترحة لحل هذه المشكلات:

تصدى لذلك التوجيه الأوربي 2000-31 في مادته الخامسة ، والمادة 14 من مشروع الأمم المتحدة بشأن التعاقد بين الدول الأعضاء، حيث نصت هذه المواد على أن تجعل مؤدى الخدمة يتيح لمتلقي الخدمة بشكل دائم معرفة أسمه، وعنوانه الجغرافي، وعنوانه الإلكتروني، وأسم السجل لتجاري المقيّد به، ورقمه، وأي معلومات أخرى تفيد في تحديد هويته<sup>3</sup>. وبالتالي يمكن للطرف المتعاقد معرفة جنسية الشخص الآخر، ولما كانت هذه الأحكام ليست إجبارية ولا يوقع جزاءات على المخالف لها، وبالتالي قد يعتمد بعض المتعاقدين إخفاء جنسيتهم ولذلك ذهب بعض الشراح إلى الأخذ بالوضع الظاهر.

### ثالثاً: فيما يتعلق بالاختصاص القائم على محكمة موطن المدعى عليه:

يمكن إعمال ضابط الاختصاص القائم على محكمة موطن المدعى عليه في مجال عقود التجارة الدولية التقليدية إلا أن إعماله في مجال عقود التجارة الإلكترونية يواجه العديد من الصعوبات المنبثقة من طبيعة المعاملات الإلكترونية التي تقوم على الأرقام والبيانات في عالم غير مادي.

(1) شيماء جمال مجاهد، مرجع سابق،

(2) صالح المنزلاوي، مرجع سابق ص 354

(3) د/ احمد شرف الدين، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها، مرجع سابق، ص 172

## أ- تحديد المشكلات:

تحديد موطن المدعى عليه في المعاملات التقليدية التي تتم من خلال الوسائل الإلكترونية للاتصال كالفاكس أو التلكس أو التليفون يمكن معرفته من قبل الأطراف من خلال الرقم الكودي الذي يطلبونه، في الوقت الذي يفتقر فيه الإنترنت إلى ذلك التحديد فالعنوان الإلكتروني الذي يتم التعامل من خلاله غير مرتبط ببلد معين، مثال العناوين التي يشار إليها في المقطع الأخير منها بـ (.com) أو (.org)،... الخ وبالتالي فلا يشكل مثل هذا العنوان موطن ثابت بالمعنى المفهوم في الاتفاقيات الدولية، حتى بالنسبة للمواقع التي تشير إلى بلد معين (FR) أو (DZ) لا تعني قطعياً أنها متعلقة بها<sup>1</sup> فعلى افتراض أن التاجر سيقوم بتسجيل موقعه على عنوان إلكتروني وطني يسمح بالتوطين، فلا يوجد ما يضمن مطابقة الموطن والمؤشر الوطني الذي تم فيه تسجيل العنوان الإلكتروني، لأن سياسة منح هذه العناوين الإلكترونية تختلف من مكان لآخر ولا تعتبر توطيناً حقيقياً للأطراف<sup>2</sup>.

عليه، يصعب التأكد من شخصية المدعى عليه ومكان وجوده خاصة عند عدم التزامه بالإدلاء بالبيانات الشخصية له كالاسم والعنوان الجغرافي وخلافه، كما أن المدعى سيجد صعوبة في إثبات وتأكيد إدعائه، لأنه لا يسيطر على الأجهزة المعلوماتية وإنما السيطرة كلها تكون للمدعى عليه مما يصعب مهمته<sup>3</sup>.

مما سبق فإن هذا الضابط لا يمكن تطبيقه بصورته التقليدية كاملة دون تعديل على عقود التجارة الإلكترونية. وبصورة أعم فإن الضوابط الشخصية التقليدية للاختصاص القضائي أثبتت التجربة صعوبة تطبيقها بصورتها الأولية وبدون تعديل على عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الإنترنت التي تنفر من التركيز المكاني والجغرافي ولا تنقيد بحدود.

(1) مثاله ما نصت عليه المادة 06 من إتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في عقود

التجارة الدولية الصادرة في 09 ديسمبر 2005 في فقرتها الأخيرة: "إن مجرد استخدام الطرف إسم النطاق أو

عنوان بريد إلكتروني ذا صلة ببلد معين لا ينشئ قرينة على أن مقر عمله يوجد في ذلك البلد"

(2) د/ صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 371 .

(3) د/ عادل أبو هشيمة محمود حوته، مرجع سابق 341

## ب- الحلول المقترحة لحل هذه المشكلات:

تتلخص مشاكل استعمال ضابط اختصاص محكمة المدعى عليه في مجال التجارة الإلكترونية في:

- إجراء التعامل عبر الإنترنت من خلال العنوان الإلكتروني يجعل موطن الشخص غير مرتبط ببلد معين خاصة العناوين التي تنتهي بـ .com أو .org وبالتالي لا يشكل موطن ثابت .

- عدم التزام المتعاقد بالإدلاء ببياناته الشخصية بصورة صحيحة.  
- صعوبة التأكد من مطابقة العنوان الإلكتروني الذي يتخذه المتعامل على الشبكة بالمؤشر الوطني الحقيقي.

حاول التوجيه الأوروبي 2000-31 إيجاد حلول لهذه المشاكل، فبالنسبة لعدم ارتباط العناوين الإلكترونية ببلد معين فإن الاتحاد الأوروبي عندما قام بتمكين المتضررين من اللجوء إلى آلية سريعة لوقف الاعتداء على مصالحهم وحقوقهم حدد مفهوم الموطن في التعاملات الإلكترونية حيث نص على أنه: يعتبر موطناً (مكان التأسيس) لمورد الخدمات: المكان الذي يمارس فيه نشاطا اقتصاديا من خلال منشأة ثابتة لمدة غير محددة بصرف النظر عن الوجود المادي للتقنية المستخدمة في أداء الخدمة<sup>1</sup>.

وإذا كان الغرض من اتخاذ هذا الموطن هو التهرب من تطبيق قانون الدولة الموجه لها النشاط، ففي هذه الحالة ينعقد الاختصاص لمحاكم هذه الأخيرة في اتخاذ التدابير التحفظية بغرض وقف الاعتداءات على مصالح ذوي الشأن<sup>2</sup>.

أما عن عدم الالتزام من قبل المتعاقد بالإدلاء ببياناته صحيحة فقد عالج ذلك توصية (م 5) من التوجيه الأوروبي هذا الأمر ، كذلك (م 14) من مشروع الأمم المتحدة بشأن التعاقد الإلكتروني بين الدول الأعضاء بأن جعل مؤدى الخدمة يتيح لمتلقي الخدمة بشكل دائم أسمه، وعنوانه الجغرافي، والإلكتروني، إسم السجل التجاري المقيد به ورقمه، وأي معلومات أخرى تفيد في تحديد هويته.

(1) المادة 20 ج/ من التوجيه الأوروبي 2000-31.

(2) د/ أحمد شرف الدين، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها، مرجع سابق، ص 177

أما عن صعوبة مطابقة الموقع الإلكتروني بالموشر الوطني فإن ذلك قد عالجته الاتحاد الأوروبي عندما أتاح للمضرورين اتخاذ حقوقهم رغم ذلك، من خلال نصه على أن، تأسيس الموقع الشبكي والذي يجرى من خلاله بث الأعمال الضارة في بلد معين لا يحول دون قيام السلطات المختصة في البلد الذي يمكن للمقيمين فيه النفاذ إلى هذا الموقع باتخاذ ما يلزم من إجراءات<sup>1</sup>.

#### رابعاً: فيما يتعلق باختصاص محكمة موقع المال:

يقوم هذا الضابط على فكرة اختصاص محاكم الدولة بكافة المنازعات المتعلقة بالأموال - عقارية كانت أو منقولات مادية - الموجودة فيها .

#### أ - تحديد المشكلات:

نجد عند إعمال ضابط اختصاص محكمة موقع المال على عقود التجارة الإلكترونية التي تتم على الشبكة أنه يستبعد العقار بصور كاملة ، على اعتبار أن إجراءات التعاقد بشأنه لا تقبل أن تكون الكترونية<sup>2</sup>. أما المنقولات المادية فبالنسبة للعقود التي تحتويها والتي تتم على الشبكة قد يكون موضوعها أشياء غير مادية مثل البرامج الموسيقية أو المؤلفات الفقهية، وهي عقود تتم وتنفذ في مجال افتراضي ليس له وجود مادي، وبالتالي يصعب تحديد الدولة محل هذا المال، أما بالنسبة للعقود التي قد يكون موضوعها أشياء مادية فلا تطرح إشكال لإمكانية معرفة هذه الدولة.

#### ب- الحلول المقترحة لحل هذه المشكلة:

يصعب تحديد موقع الأموال غير المادية لأنها عندما توجد على الشبكة توجد من خلال موقع افتراضي (العنوان الإلكتروني)، وحل هذه المشكلة يكمن في اعتبار موقع المال هو المكان الذي تمارس فيه الشركة أنشطتها الاقتصادية<sup>3</sup>.

(1) د/ أحمد شرف الدين، "الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها"، مرجع سابق، ص 178

(2) تتمثل هذه الإجراءات بالحضور المادي والحقيقي للأطراف أمام الموثق لإبرام العقد، تسجيله وإشهاره لدى

مصالح إدارية مختصة لا تعمل الكترونياً - على الأقل لغاية اليوم-.

(3) د/ صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 410

#### خامساً: فيما يتعلق باختصاص محكمة مكان إبرام الالتزام أو تنفيذه:

إن محاولة توطين العقد من أجل تحديد مكان إبرامه أو تنفيذه في مجال العقود التقليدية قد آثار صعوبات عديدة، هذه الصعوبات قد ازدادت تعقيداً خاصة فيما يتعلق بمكان إبرام العقد في النطاق العالمي للتجارة الإلكترونية وأساس هذه الصعوبة والتعقيد هو أن العالم الشبكي لا يقوم على تواجد حقيقي في مكان محدد فهو عالم افتراضي.

#### أ- تحديد المشكلات:

تتمثل هذه المشاكل في:

- صعوبة تحديد زمان ومكان إبرام العقد لاختلاف المعايير التي تأخذ بها الدول في تحديد لحظة تطابق الإرادتين من جهة و صعوبة تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني نتيجة لصعوبة تحديد مكان إرسال واستقبال الرسالة لأنها تتم عبر فضاء إلكتروني من جهة أخرى.

- صعوبة تحديد مكان تنفيذ العقد خاصة الذي يكون محله أشياء غير مادية مثل عقود شراء الأوراق المالية الذي يتم عن طريق النظام الآلي الخادم للبائع، عقود خدمات المعلومات لأنه في المجال الافتراضي تحديد مكان إرسال الرسالة أو تسلمها أكثر تعقيداً، لأن أجهزة البيانات لو أوضحت لحظة تسلم الرسالة فأنها لا تبين من قريب أو من بعيد مكان الاتصال الجغرافي هذا عن إبرام العقد.

- كما يصعب تحديد مكان التنفيذ خاصة في العقود التي محلها أشياء غير مادية فيما إذا كان مكان الخادم أو المستضيف، والذي يتم بواسطته تحميل البرنامج؟ أم هو مكان الحاسوب الذي يوجد فيه المرسل إليه البرنامج الذي تم تحميله؟

#### ب- الحلول المقترحة لحل هذه المشكلة:

يحكم زمن تطابق الإيجاب بالقبول 4 نظريات وهي:

- إعلان القبول مؤداه أن، مكان القبول يتحدد باللحظة التي حرر فيها القابل قبوله. وهذا يصعب إثباته تأسيساً على أن، القبول خاص بالقابل ويصعب إثباته لأن أثره لا يتعدى نطاق حاسوب القابل.

- إرسال القبول مؤداه أن، مكان إبرام العقد هو المكان الذي يضغط فيه القابل على المفتاح المخصص للقبول من أجل إرسال قبوله للموجب، وهنا يعتبر العقد قد تم بمجرد تصدير

القبول. ولكن هذا الرأي يلقي على عاتق الموجب كل الأخطاء التي يمكن أن تشوب القبول من عيوب فنية.

- تسلم القبول مؤداه أن، إبرام العقد يتم في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب قرار القبول من المتعاقد الآخر الموجه إليه الإيجاب حتى ولو لم يطلع عليه. ولكن هذه النظرية لم تتناول كل صور القبول فأغفلت مثلا الحالة التي يتم فيها قيام القابل بالأعمال اللازمة لإبرام العقد دون إعلان إرادته في هذا الشأن.

- العلم بالقبول مؤداه أنه، يتحدد مكان وزمان العقد في اللحظة التي يصل فيها إلى علم الموجب القبول عند مطالعة بريده الإلكتروني. وهذا الاتجاه يعيبه قصور العلم بالقبول على الموجب فقط لأنه على حاسوبه الخاص وبالتالي يمكنه إنكاره.

أمام هذه الاختلافات ونظرا لعدم وجود اتفاقات دولية بهذا الشأن<sup>1</sup>، هناك من يرى أنه يمكن الاتفاق بين الأطراف على مكان محدد يكون هو مكان العقد مستندا في ذلك للطبيعة الافتراضية للعالم الإلكتروني.

يمكن للطرفين حسب هذا الرأي الأخير الاتفاق على مكان محدد يكون هو محل إبرام العقد، وتختص محكمته بنظر النزاع القائم بين المتعاقدين، سواء كان هذا هو مكان إرسال الإيجاب أو مكان تسلمه، أما في حالة عدم الاتفاق فإننا نرى أن تكون المحكمة المختصة هي محكمة موقع النشاط الاقتصادي على الشبكة الذي أبرم العقد بصده .

أما عن مكان تنفيذ العقد، هناك افتقار إلى الحلول القانونية الكافية فالنصوص الوطنية والاتفاقات الدولية الأوربية لم تقدم حولا واضحة لمشكلة تحديد المكان الحقيقي لإبرام العقود عبر شبكة الإنترنت.

لكن ذلك لم يمنع بعض الفقه من تقديم حولا مقترحة لحل هذه المشكلة منها، أن بعض الفقه حاول إيجاد حل لهذه المشكلة عن طريق قياسها على بيع البضائع، فأعتبر مكان التنفيذ هو مكان تسلم الأشياء أو الخدمات.

(1) باستثناء اتفاقية فينا التي تأخذ بتصدير القبول.

## الفرع الثالث

### الأعمال الدولية والإقليمية بشأن تسوية نزاعات التجارة الإلكترونية كبديل عن المحكمة المختصة في عقود التجارة الإلكترونية.

أتجه التفكير رغبة في الاستفادة من الإمكانيات التي تتيحها شبكة الإنترنت والوسائل الإلكترونية التي يمكن إستخدام وسائلها إلى إيجاد مبادرات خاصة تبنتها بعض التنظيمات الإقتصادية والإقليمية والإتحادات المهنية الفعالة في هذا المجال والتي تهتم بمواكبة التطور الإلكتروني السريع ومنها:

#### أولاً: جهود الاتحاد الأوروبي:

قام الإتحاد الأوروبي بتوجيه الدول الأعضاء بألا تضع في تشريعاتها الداخلية عقبات قانونية تحول دون إستخدام آليات تسوية المنازعات إلكترونياً بعيداً عن القضاء نص المادة (1) من التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 الخاص ببعض المظاهر القانونية لخدمة مجتمع المعلومات والتجارة الإلكترونية على " تسمح الدول الأعضاء لموردي خدمات المعلومات والمتعاملين معهم بتسوية منازعاتهم بعيداً عن أروقة المحاكم و بإستخدام الوسائل التكنولوجية في العالم الإلكتروني ، وفي مجتمع المعلومات في فض المنازعات " . كما أصدرت اللجنة الأوربية المختصة بتسوية المنازعات - لا سيما التي تتم بين المستهلكين - بإعتماد سلسلة من التوجيهات بخصوص حل المنازعات على الخط (الطريق الإلكتروني) منها :-

- 1- تأسيس شبكة أوربية لتسوية المنازعات مباشرة على الخط ، ولحل كافة منازعات المستهلك الأوروبي خاصة في قطاع الخدمات<sup>1</sup>.
- 2- المبادئ الواجب مراعاتها من جانب الدول الأعضاء عند تسوية منازعاتهم عبر الإنترنت ، وهدف هذه التوصية سد النقص في التوصية رقم 298/257 ، وهي تضع خطوطاً إرشادية لتوفير أفضل حماية ممكنة للمستهلك الأوروبي في معاملته عبر الإنترنت.

(1) أنظر :- موقع الإتحاد الأوروبي - مكان وجود التوصية .

### ثانيا: جهود المنظمة العالمية للملكية الفكرية " Wipo " :<sup>1</sup>

كذلك كان للدور الكبير الذي تمارسه المنظمة العالمية للملكية الفكرية " Wipo " إسهامات كبيرة في تطوير وتفعيل نظام التحكيم الخاص بالتجارة الإلكترونية، لتنظيم المنازعات الخاصة بالإنترنت لا سيما المتعلقة بالملكية الفكرية ، وأسماء الدومين ، والعلامات التجارية. ويمكن من خلال هذا النظام التغلب على العديد من الصعوبات ، حيث يسمح بحرية إختيار القانون الواجب التطبيق ، ويتضمن وحدة الجزاء رغم إختلاف الجنسيات كذلك وضعت منظمة الويبو نظاماً للتحكيم السريع (المعجل).

### ثالثا: القاضي الافتراضي :<sup>2</sup>

التجربة العملية الأولى لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية بإستخدام شبكة الإنترنت (التحكيم الإلكتروني) تتمثل في برنامج القاضي الافتراضي ، وهو فكرة أمريكية تم إرساء دعائمها في مارس 1996 من قبل أستاذة مركز القانون وأمن المعلومات (villa Nova Center For Law and Information Policy)

ودعم هذا النظام جمعية المحكمين الأمريكيين (AAA) ، ومعهد قانون الفضاء (Cyber space Law Institue)، والمركز الوطني لأبحاث المعلوماتية الأمريكي . والهدف الرئيسي لهذا المشروع إعطاء حلول سريعة للمنازعات المتعلقة بالإنترنت عن طريق وسيط معتمد من المركز تكون له خبرة قانونية في التحكيم والقوانين النازمة للتجارة الإلكترونية وعقودها وقانون الإنترنت ومنازعات العلامات التجارية والملكية الفكرية ، وغيرها من المواضيع المتصلة بهذه التجارة .

يقوم القاضي الافتراضي المتخصص بالتحاور مع أطراف النزاع الذين طلبوا الخضوع لأحكام هذا النظام عن طريق البريد الإلكتروني ، على أن يفصل في النزاع خلال ( 72 ) ساعة . وتجدر الإشارة إلى أن القرار الذي يصدره القاضي يكون مجرداً من القيمة القانونية إلا إذا قبله الأطراف ، ويقدم هذا المركز حتى الآن خدماته دون مقابل.

(1) موقع مركز تحكيم الويبو <http://www.arbiter.wipo.int>

(2) موقع المركز <http://vmag.law.vill.edu>



#### رابعاً: المحكمة الفضائية Cyber Tribunal<sup>1</sup>:

نشأت هذه المحكمة في كلية الحقوق بجامعة مونتريال بكندا في سبتمبر 1996. ووفقاً لنظام هذه المحكمة ، تتم كافة الإجراءات إلكترونياً على موقع المحكمة الإلكتروني ، بدايةً من طلب التسوية ، ومروراً بالإجراءات وإنهاء بإصدار الحكم وتسجيله على الموقع الإلكتروني للمحكمة .

تهدف هذه المحكمة الذي طورته هيئات غير حكومية إلى وضع قواعد سلوك تستجيب لطبيعة التجارة الإلكترونية وتضمن سلامة بياناتها من ناحية، ومن ناحية أخرى تسوية منازعاتها بموجب نظام يكفل مصداقية الإجراءات الإلكترونية، وينضم إليه أطراف النزاع ويحقق الارتباط بينهم بموجب إطار تعاقدية<sup>2</sup>. ولكي تؤكد هذه المحكمة ثقة المتعاملين عبر الشبكة في نظامها فإنها تقوم بإصدار شهادات مصادقة على الموقع الإلكتروني التي تتحقق فيها الشروط المطلوبة، وهذه الشهادات تجيز لأصحاب المواقع أو المسؤولين عنها تسوية منازعتهم وفقاً لإجراءات المحكمة، ولذلك يجب أن يكون هؤلاء على علم تام بالمبادئ التي يكفلها هذا النظام من أجل احترامها والالتزام بقواعد السلوك التي تتضمنها<sup>3</sup>.

وتتميز هذه المحكمة بتقديم خدمات تسوية المنازعات باللغتين الإنجليزية والفرنسية ، وذلك لوجودها في مقاطعة ذات طبيعة لغوية مختلطة من هاتين اللغتين، وكذلك فهي تجمع بين النظام اللاتيني والإنجلوسكسوني ، مما يؤدي إلى توحيد القواعد القانونية بين أنظمة ذات ثقافات قانونية متباينة فيما يتعلق بالتجارة الإلكترونية وسبل فض النزاعات المتعلقة بها<sup>4</sup>.

(1) موقع المحكمة على الإنترنت <http://www.cybertribunal.org>.

(2) د/ محمد أبو العنين، ، مقدمة في منازعات عقود التجارة الإلكترونية في الدول العربية ودور المنظمات والمؤسسات المختلفة، بحث مقدم لمؤتمر الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية والاتجاهات ووسائل حسم

المنازعات، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي. 2002.

(3) د/ صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 165

(4) هند عبد القادر سليمان، مرجع سابق،

أما عن نطاق اختصاص هذه المحكمة، فأنا نجد أن هذه المحكمة تتميز عن القاضي الافتراضي كذلك باتساع اختصاصها أو نطاق تطبيقها حيث تشمل خمسة مجالات هي: التجارة الإلكترونية، المنافسة، حق المؤلف، حرية التعبير، الحياة الخاصة. ولكن هذا لا يعنى أن اختصاصها غير محدد، بل أنه محدود بالنظام العام فهي لا تفصل في المسائل ذات الصلة بالنظام العام ولكن تعالج المسائل ذات الصلة بالقانون الجديد للتكنولوجيا<sup>1</sup>.

لم تغفل هذه المحكمة عن بذل عناية خاصة فيما يتعلق بالمنازعات التي يكون أحد أطرافها من المستهلكين، فهي تجتهد من أجل تفسير العقود محل النزاع لصالح المستهلك، والقانون الواجب التطبيق هو قانون المستهلك، ويستطيع المحكم أن يجتهد لتقديم حماية أفضل للمستهلك، وذلك من خلال معلومات تكميلية وأدلة إثبات<sup>2</sup>. وتقوم محكمة القضاء بالفصل في القضايا بطريقتين: - الوساطة أو التحكيم وهذه الخدمة التي تقدمها المحكمة مجانية، والمحكمة تضمن سرية المعلومات الخاصة بالقضايا المنظورة أمامها عن طريق التشفير، ويتم اختيار المحكمين الذين يقومون بالوساطة عن طريق سكرتير المحكمة من ضمن قائمة خبراء قانونيين وفنيين في مجال القضاء<sup>3</sup> غير أن سريان إجراءات التحكيم بموجب نظام المحكمة القضائية سيصادفه تحدى صعب رغم قبول أطراف النزاع تطبيقه، لأن النظام المذكور يعتمد تشغيله على أدوات سواء فيما يتعلق بالكتابة أو التوقيع أو نقل المستندات أو إصدار الأحكام، تختلف عن تلك التي تقوم عليها قواعد التحكيم التقليدية<sup>4</sup>.

ولذلك فهناك احتمال أن يواجه الاعتراف بأحكام هذه المحكمة وتنفيذها في الدول التي لم تطبق هذا النظام بعد بعدم إعراف هذه الدول بأحكامها حيث أن، محاكم هذه الدول لا تطبق إلا قوانينها الوطنية والاتفاقات الدولية الملزمة لدولها، وهي غير ملزمة بإنفاذ أحكام

(1) شيماء جمال مجاهد، مرجع سابق،

(2) للإطلاع على اختصاصات المحكمة راجع العنوان التالي <http://cybertribunal.org/fag/default.asp>.

(3) أنظر، د/ صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 166.

(4) أنظر، د/ أحمد شرف الدين، "الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها"، مرجع سابق

التحكيم التي تصدر بناءً على إتفاقات خاصة بين أطراف النزاع أو أنظمة انضمو إليها لم تستوف بعد الأشكال المنصوص عليها لتكون ملزمة للدول.

ومن هنا جاءت الدعوى إزاء إنتشار تقنيات المعلومات والاتصال في إنجاز المبادلات التجارية إلى توسيع نطاق النصوص الملزمة للدول في هذا المجال، لتغطي عمليات التحكيم وغيرها من أساليب تسوية المنازعات إلكترونياً عبر شبكات الاتصال الإلكترونية، ويشمل التطوير الاتفاقات الدولية والتشريعات الوطنية في مجال التحكيم في اتجاه اعتماد هذه الشبكات كمكان لتسوية المنازعات وإصدار القرارات والأحكام، لأنه رغم تعدد الحلول الفقهية السابقة، والأعمال الدولية والإقليمية في هذا المجال إلا أنها مازالت قاصرة على أن تكون نظاماً كاملاً وجامعاً يغطي منازعات عقود التجارة الإلكترونية خاصة مجال الاختصاص القضائي فيها.

## المطلب الثاني

### القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الإلكترونية

تقوم قواعد الإسناد أساساً على تركيز العقد مكانياً ضمن دائرة أحد القوانين المتنازعة، ويكون سبب هذا التنازع هو الصلة بين هذه القوانين والعقد، هنا يتدخل القاضي ليطبق القانون الأوثق والأكثر صلة بالعقد من بين هذه القوانين المتنازعة.

يخضع العقد إلى قاعدتين في التنازع، قاعدة تحكم شكله وقاعدة تحكم موضوعه، إلا أن مجملها تدور بين ضابط قانون الإرادة أو قانون محل الإبرام أو التنفيذ، أو قانون الموطن والجنسية المشتركة، وتضيف بعض التشريعات ضابط مكان تنفيذ الجانب الجوهري من العقد، أو المكان الذي يوجد موطن المدين بالالتزام الرئيسي. هذا وقد اختلفت الآراء في مفهوم أوثق الروابط بين مكان إبرام العقد الدولي والقانون الواجب التطبيق.

نلاحظ عند محاولة تطبيق قواعد الإسناد تعارضها مع الطبيعة التي تقوم عليها التجارة الإلكترونية العابرة للحدود (فرع أول)، مما دفع إلى المناداة بالاستغناء عن قواعد الإسناد التقليدية وتطبيق قواعد موضوعية جديدة مباشرة (فرع ثان).

## الفرع الأول

## البحث عن القانون الواجب التطبيق عبر قواعد المنهج التنازعي

أتاحت شبكة الإنترنت لملايين الأفراد الموجودين في مختلف دول العالم إبرام العقود والصفقات التجارية التي تتم عبر حدود الدول، الأمر الذي يعني اختراق هذه المعاملات للحوافز الإقليمية لهذه الدول مما يدفع إلى التساؤل عن المعايير التي يعتمد عليها القاضي الوطني عند بحثه عن القانون الواجب التطبيق .

بالنسبة للقانون الجزائري، تنص المادة 19 قانون مدني جزائري على: " تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية". بالنسبة للأحكام الموضوعية فتتص المادة 18 قانون مدني جزائري على: " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة ، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد. غير انه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه."

نستنتج من خلال هذه المواد انه هناك قانون يطبق على شكل العقد، ونعود في تحديده إلى مكان الإبرام أو قانون الموطن المشترك أو القانون الذي ينطبق على العقد من حيث الموضوع ، وهذا الأخير يتمثل في قانون الإرادة كأصل (أولاً)، واحتياطاً يعيدنا لقانون الموطن المشترك أو قانون مكان الإبرام وأخيراً قانون الجنسية المشتركة (ثانياً) وفي كل الأحوال بالنسبة للعقود المتعلقة بالعقار فان القانون الواجب التطبيق هو قانون موقع العقار .

أولاً : اتفاق أطراف العقد على القانون الواجب التطبيق.

استقرت القواعد القانونية الداخلية منها والدولية على إخضاع العقود الدولية لقانون إرادة أطرافها، ولما كانت عقود التجارة الالكترونية أهم هذه العقود الدولية استفادت من هذه القاعدة، بحيث يخضع النزاع المترتب عن عقد التجارة الالكترونية للقانون الذي حدده طرفاه (أ)، لكن ونظرا لطبيعة البيئة الالكترونية يصادف تطبيق قانون الإرادة عدة عراقيل (ب).

## أ - خضوع العقد لقانون إرادة طرفيه .

يحكم العلاقات التعاقدية بين الخواص قانون إرادتهم ، باعتبار أن إرادتهم المشتركة تعد مصدرا منشأ للحقوق والالتزامات فيما بينهم <sup>1</sup> ، وأصبح حق اختيار القانون الواجب التطبيق هو الأصل في العلاقات العقدية ، فالمشرع عندما نص عليه اعتبره قاعدة أساسية وفي غيابها أو استحالتها نطبق المبادئ الأخرى <sup>2</sup>.

لا تختلف عقود التجارة الالكترونية عن نظيرتها التقليدية في تفعيل هذا المبدأ، بل أن طبيعة العقود الالكترونية تتطلب أكثر من غيرها تطبيق مبدأ قانون الإرادة خاصة عند غياب نصوص قانونية تنظم عقود التجارة الالكترونية في دولتيهما.

يقصد بمبدأ سلطان الإرادة الاعتراف لطرفي العقد بحقهما في اختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية التي تجمعهما شريطة أن تكون هذه العلاقة دولية، وهذا المبدأ تم تكريسه في العديد من التشريعات والعديد من الاتفاقات الدولية أيضا <sup>3</sup>. يلاحظ انه وان لقي مبدأ سلطان الإرادة قبولا تشريعيا إلا أن أساسه يختلف بشأنه الفقه (1)، ثم انه و مقارنة بالتشريعات الأخرى <sup>4</sup> اشترط المشرع الجزائري أن تكون هناك صلة حقيقية بين القانون المختار والأطراف أو العقد ، ويعد هذا الأمر تقييدا لمبدأ سلطان الإرادة فهذا الأخير لا يعد مطلقا بل ترد عليه قيود (2).

(1) وهو ما يصطلح عليه بالعقد شريعة المتعاقدين.

(2) فقد نص في المادة 18 قانون مدني جزائري على: "..... وفي حالة عدم إمكان ذلك.....".

(3) يمكن أن نذكر على سبيل المثال بعض الاتفاقيات وهي:

اتفاقية ميكسيكو لعام 1944 بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية وقد نصت في مادتها السابعة على: "العقد يخضع لأحكام القانون الذي اختاره الأطراف وان هذا الاختيار يجب أن يكون واضحا وجليا وفي حالة عدم وضوح هذا الاتفاق يستخلص ضمنا من سلوك الأطراف ومن بنود العقد".

اتفاقية لاهاي لسنة 1955 بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية ونصت في مادتها الثانية على: "يخضع البيع لقانون البلد الذي يعينه المتعاقدان ويتم هذا التعيين اما صراحة في إحدى بنود العقد او يستنتج بصورة مؤكدة من أحكام العقد وتخضع لنفس القانون الأحكام المتعلقة برضا الطرفين فيما يخص القانون الواجب التطبيق "

(4) كالمشرع المصري مثلا الذي قرر في المادة 19 من قانونه المدني ما يلي: "يسري على الشروط الموضوعية للتصرف القانوني ما يترتب عليه من التزامات القانون الذي اتجهت اليه الارادة الصريحة او الضمنية ، فان لم توجد سرى قانون الدولة التي يتم فيها التصرف وفقا لما يقرره القانون المصري".

## 1 الأساس القانوني لمبدأ سلطان الإرادة:

يحتكم الأساس القانوني لمبدأ سلطان الإرادة في الفقه إلى نظريتين، أحدهما ترى أن إرادة الأطراف تسمو على القانون وهي النظرية الشخصية، أما الثانية فتري أن إرادة الأطراف لا تسمو على القانون لكن القانون هو الذي سمح باستعمال هذه الإرادة كضابط إسناد.

## 1 1 النظرية الشخصية:

يذهب أنصار هذه النظرية إلى تقديس إرادة الفرد في التعاقد<sup>1</sup>، بحيث لا وجود لقانون سابق يمكن إخضاع إرادة الأطراف له بل إن إرادتهم هي التي تنشئ قانونا خاصا بهم وهو العقد، بل أكثر من ذلك ذهب أنصار هذه النظرية إلى إخراج العقد من مجال تنازع القوانين، على اعتبار أن تنظيم الأطراف لعلاقتهم العقدية يفلت من سلطان القانون فالعقد طليق وتعد إرادة أطرافه هو القانون الوحيد الذي يحتكم إليه فلا مجال لتنازع القوانين<sup>2</sup>.

لا ترى هذه النظرية ضرورة وجود علاقة أو رابطة بين العقد والقانون المختار، على أساس أن الغرض من تكريس قانون الإرادة هو تحقيق الأمان القانوني للأطراف المتعاقدة، كما أنها تجيز للإطراف استبعاد نصوص القانون المختار التي تجعل عقدهم باطلا، كما تعطي لهم حق حصر القواعد التي تنطبق على عقدهم، وحتى حرية إدراج أحكام أخرى لا تخضع لهذا القانون المختار<sup>3</sup>.

كانت هذه النظرية محل انتقاد شديد لاعتبارها مبدأ سلطان الإرادة مبدأ مطلقا، ثم أن الإرادة لا يمكن أن تكون مصدرا للحقوق إلا إذا خولها القانون ذلك، وعليه لا يتسنى للأطراف إختيار القانون الواجب التطبيق إلا إذا سمح القانون بذلك.

## 1 2 النظرية الموضوعية:

يقتصر دور مبدأ سلطان الإرادة حسب هذه النظرية على كونه ضابطا للإسناد فقط،

(1) بن غرابي سمية، عقود التجارة الالكترونية ومنهج تنازع القوانين، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2009، ص 120.

(2) محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص، منشأة المعارف، مصر، 2004، ص 94.

(3) موكة عبد الكريم، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي الالكتروني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 02، الجزائر، 2010، ص 197.

يختار النظام القانوني الذي سيخضع له العقد من بين الأنظمة القانونية الموجودة، شريطة أن تكون هناك رابطة بين العقد وهذا النظام. تعطي هذه النظرية إمكانية اختيار أكثر من قانون واحد من بين القوانين ذات الصلة بالعقد، ولا تتيح تعديل أو إنقاص أو مخالفة القواعد الآمرة فيها<sup>1</sup>. كما أن القاضي يمكن له أن يستبعد تطبيق القانون المختار إذا لم تثبت الصلة بينه وبين العقد. وهو ما أخذ به المشرع الجزائري.

## 2 موانع تطبيق قانون الإرادة:

يرد على مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على تعاقدهم استثناءات يستبعد بها القاضي تطبيق هذا القانون ويختار قانونا آخر انسب و أفضل لحكم هذه العلاقة، ومن أسباب استبعاد هذا القانون نجد:

### 1-2 عدم وجود صلة بين القانون المختار والعقد أو أطرافه:

تضمنت هذا المانع المادة 18 قانون مدني جزائري ، بحيث اشترطت لتطبيق قانون المكان المختار أن يكون لهذا الأخير صلة حقيقية تربطه بالمتعاقدين أو العقد، وتطبيق هذه المادة يقتضي أن يختار المتعاقدين قانون جنسيتهما المشتركة أو قانون جنسية أحدهما ، موطنهما المشترك، موطن أحدهما، محل إقامتهما المشترك، محل إقامة أحدهما، مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه، عدا هذه القوانين تنتفي الصلة بين القانون والعقد وأطرافه<sup>2</sup>.

### 2-2 النظام العام:

نصت المادة 24 قانون مدني جزائري على: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.....".

يعتبر النظام العام دفع يستخدمه القاضي لاستبعاد القانون الأجنبي الذي اختاره الأطراف كلما تبين أن مضمونه يتعارض مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع، ويعرف

(1) محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص74.

(2) وان كان في العقود الالكترونية خاصة التي يتم تنفيذها الكترونيا يمكن أن يخضع لقانون آخر على اعتبار أن الوسط الذي ينفذ فيه العقد لا يخضع لأي دولة.

النظام العام على انه مبادئ ترمي لحماية المصلحة العامة للدولة من جميع النواحي السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية والتي تتعلق بالوضع الطبيعي لمجتمع منظم تعلق فيه مصالح العامة على مصالح الأفراد<sup>1</sup>.

يتميز النظام العام بواقعيته وتغيره بفعل الزمان والمكان، وهو دفع استثنائي يستعمله القاضي لإبعاد القانون الذي اختاره الأطراف.

## 2-3 الغش نحو القانون:

نصت على هذا المانع المادة 24 قانون مدني جزائري السالفة الذكر ، ونكون بصدد غش نحو القانون عندما يختار الأطراف قانونا بقصد التهرب من حكم القواعد القانونية الأمرة التي يخضعان لها ويدعى كذلك بالتحايل على القانون، وللقاضي ان يستنتج هذا التحايل من ملابسات القضية .

إذا تأكد القاضي من وجود نية الغش نحو القانون يستبعد القانون المختار ويطبق القانون المختص والذي سعت إرادة الأطراف المتعاقدة إلى تجنبه<sup>2</sup> ، بينما مخالفة القانون المختار للنظام العام يطبق القاضي بعد استبعاده القانون الجزائري<sup>3</sup> .

## ب-صعوبات تطبيق قانون الإرادة على عقود التجارة الالكترونية

تبرم أو تنفذ عقود التجارة الالكترونية في بيئة الكترونية مما يكسبها طابعا غير ماديا هذا الطابع يضيف على العقود الالكترونية العديد من الصعوبات عند محاولة تطبيق قانون إرادة الأطراف على النزاع الناشئ عن العقد بين طرفيه .

### 1 - صعوبة تحديد هوية الأطراف المتعاقدة:

يصعب التحقق من هوية الأشخاص المتعاملين عبر شبكة الانترنت لخصوصية إبرام عقود التجارة الإلكترونية داخل هذا الفضاء اللامادي ،ويعد القيام بعملية التأكد من هوية

(1) تكلت زوينة القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية الدولية ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011، ص24

(2) خليف سميح، حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، فرع قانون تعاون دولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010، ص31

(3) طبقا لنص المادة 2/24 قانون مدني جزائري.



المتعاقد، أمرا سهلا في العقود العادية وذلك من خلال التثبت من الأوراق الرسمية أو بطاقات الهوية وما ييسر هذه العملية هو تواجد المتعاقدين في مجلس واحد . أما بالنسبة إلى عقود التجارة الإلكترونية فإن هذه العملية تتم عن بعد مع أشخاص طبيعية أو مع ذوات معنوية بعيدة عن الطرف الآخر و بالتالي فإن هذا النوع من التأكيد والتثبت يكون عسيرا و لهذه الغاية فإن التعامل في الفضاء الإلكتروني يستوجب من المتعاقد أن يقوم ببعض البحوث في ما يخص هوية الطرف المتعاقد معه.

ليكون العقد الإلكتروني سليما مثل جميع العقود الأخرى يجب أن يصدر عن متعاقدين تتوفر فيهم أهلية التعاقد ولذا فإن التثبت من أهلية الطرف الآخر هي مسألة أساسية لتواصل العلاقة التعاقدية. ولقد تفاقمت مشكلة الأهلية على شبكة الإنترنت مع تفاقم إنشاء المواقع التجارية ويسر بعثها على الإنترنت بفضل برامج معلوماتية حديثة، أصبح ممكن امتلاك مواقع تجارية على هذا الفضاء اللامادي والتعاقد رغم غياب هذا الشرط الجوهري بالنسبة إلى عديمي الأهلية. و أمام أهمية ضمان سلامة التعاقد الإلكتروني فلقد قامت بعض التشريعات بإنشاء عملية المصادقة الإلكترونية التي تتمثل في اللجوء إلى طرف ثالث محايد موثوق فيه من كلا الطرفين وذلك للتحقق من هوية أطراف العقد الإلكتروني و بالتالي يستطيع كل طرف من خلال هذه الوسيلة التأكيد من هوية الطرف الآخر.

لكن حتى في حالة المصادقة الإلكترونية يضل إبرام العقود مع عديمي الأهلية ممكنا إذ لا يتطلع جميع المستهلكين إلى بيانات شهادة المصادقة و يعود ذلك إلى ما تتطلبه هذه التجارة الإلكترونية من سرعة لتقليص الإجراءات والشكليات التي قد تعرقل تطورات هذا النشاط.

بالرغم من أن ركن الأهلية هو ركن بالغ الأهمية لكن يبقى في ميدان المعلوماتية الركن الذي لا يشغل بال التجار خلافا إلى ذلك فإن الدفع الفوري لثمن البضائع المباعة أو الخدمات هو الذي يهم التجار. لهذه الغاية فإنه من النادر أن نجد نزاعات في خصوص مسائل الأهلية على مستوى العقود الإلكترونية.

## 2 صعوبة التحقق من وجود إرادة التعاقد

يمكن من خلال شبكات الاتصال التلاعب بالرسائل الالكترونية المرسلة عبرها . كأن يقوم شخص غير مخول بإرسال رسالة باسم شخص آخر أو يقوم بالتلاعب برسالة أرسلها شخص معين وتحريف ما ورد فيها من معلومات . فإذا كانت هذه الرسالة تتضمن تعبيراً عن الإرادة فكيف يمكن التحقق من نسبتها حقيقة إلى من يجب ان تنسب إليه ؟

وضع القانون النموذجي (الاونسيترال) قواعد معينة تنظم العلاقة بين منشئ الرسالة الالكترونية (التي تتضمن التعبير عن الإرادة) وبين متلقيها المرسل إليه . فالرسالة الالكترونية لا تعد صادرة عن المنشئ في الحالة التي يصدرها بنفسه فقط ، وإنما تعد هذه الرسالة صادرة عنه أيضا إذا أرسلت من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق بالرسالة الالكترونية وكذلك إذا كانت قد صدرت من نظام معلومات مؤتمت ومبرمج للعمل تلقائيا من قبل المنشئ أو نيابة عنه.

أما المرسل إليه فإنه من جانبه يستطيع الاعتماد على الرسالة ويتصرف على أساس أنها صدرت فعلا من المرسل إليه في حالات معينة تتمثل بالاتي:

- إذا كان هناك إجراء متفق عليه مسبقا بين الطرفين ( المنشئ والمرسل إليه ) للتأكد من أن الرسالة صدرت من المنشئ كاستخدام رموز معينة وطبق المرسل إليه هذا الإجراء تطبيقا سليما .

- إذا كان منشئ الرسالة يستخدم طريقة معينة لإثبات أن الرسالة صادرة عنه فعلا كأن يستخدم توقيعاً إلكترونياً معيناً ، فأرسلت الرسالة موثقة بهذا التوقيع من قبل شخص تمكن بحكم علاقته بالمنشئ أو بوكيل المنشئ من الوصول إلى الطريقة التي يستخدمها المنشئ لإثبات أن الرسالة الالكترونية صادرة عنه .

ويلاحظ في هذه الحالة أن القانون النموذجي يحمل المنشئ تبعة إهماله فيعد الرسالة منسوبة إليه فلا يستطيع الطعن فيها ، ذلك أنه لم يحافظ على الوسيلة التي يعتمدها لإثبات نسبة الرسائل إليه مما مكن الغير من الاستيلاء عليها.

- إلا أن هذه القاعدة التي تجيز للمرسل إليه التعويل على الرسالة كما وردت إليه ترد عليها استثناءات ثلاثة بموجبها يمكن للمرسل أن يطعن بنسبة هذه الرسالة إليه فلا يعود للمرسل إليه التمسك بها تجاهه . وتتمثل هذه الاستثناءات بالاتي:
- إذا تدارك المنشئ الأمر فأرسل للمرسل إليه إخطاراً يبين له فيه أن الرسالة لم تصدر عنه . وفي هذه الحالة يحق للمرسل الطعن بالرسالة اعتباراً من الوقت الذي يتسلم فيه المرسل إليه الإخطار ، إلا أنه ينبغي لتطبيق هذا الاستثناء أن يكون الإخطار قد أرسل في وقت ملائم أو معقول بحيث يكون للمرسل إليه وقت كاف للتصرف على أساسه. فإذا تأخر المرسل في إرسال الإخطار ، وabرم المرسل إليه تصرفات معينة اعتماداً على الرسالة التي اعتقد أنها صادرة من المرسل فلا يكون للمرسل في هذه الحالة أن يتمسك بعدم نسبتها إليه.
- 2- إذا علم المرسل إليه أو كان يفترض فيه أن يعلم أن الرسالة لم تصدر من المنشئ إذا بذل عناية معقولة أو استخدم أي إجراء متفق عليه مع المنشئ . كما لو أن المرسل الذي تنسب إليه الرسالة اعتاد أن يطلب كمية محدودة من البضاعة في كل مرة من المرسل إليه ، وتضمنت الرسالة في هذه الحالة كمية أكبر بكثير مما اعتاد طلبه.
- 3- إذا كان المرسل إليه يستطيع وفقاً للقاعدة المتقدمة أن يعد الرسالة صادرة ممن تنسب إليه فإنه يستطيع أيضاً التمسك بكل ما ورد فيها فيعد أن الرسالة التي استلمها هي الرسالة التي قصد المنشئ أن يرسلها وأن يتصرف على هذا الأساس. وإذا استلم أكثر من رسالة فيحق له أن يعتبر أن كل رسالة مستقلة عن الأخرى ويتصرف على هذا الأساس كما لو استلم رسالتين كل منهما تطلب الكمية ذاتها من البضاعة فأن بإمكانه أن يتصرف على أساس أنهما رسالتين مستقلتين إلا إذا كان يعلم أو كأن عليه أن يعلم إذا بذل عن اية معقولة أو استخدم إجراء متفقاً عليه مع المنشئ أن الرسالة كانت نسخة ث انية.
- وفي جميع الأحوال لا يستطيع المرسل إليه أن يتمسك بالرسالة إذا علم أو كأن عليه أن يعلم إذا بذل عن اية معقولة أن بث الرسالة قد أسفر عن وجود أخطاء معينة في الرسالة كما استلمها . فإذا لم يكن بإمكانه أن يعلم بذلك فإنه يستطيع الاحتجاج على المرسل بالرسالة بالحالة التي وردت إليه .

فإذا أمكن نسبة الإرادة إلى شخص معين فيمكن حينها أن نتحقق من أهليته و سلامة إرادته من العيوب . وهذا ما يتحقق بعد التثبت من هويته والتأكد من أنه فعلا من يدعي أنه أرسل الرسالة .

### 3 صعوبة اثبات العقد:

أثارت الاستعانة بوسائل الاتصال الحديثة مشكلة التعبير عن الإرادة و مدى مصداقية الإيجاب و القبول المتبادل و إثباته. إذ نجد أن أهم ميزة في هذه البيئة الغياب المادي المحسوس لأطراف التعاقد الذين يتبادلون إرادتهم عبر واقع لامادي فمن خصائص العقد الالكتروني غياب الوثيقة الورقية و الذي يستتبعه عدم إمكانية الطرف المكتسب للحق إثباته فالعقود عبر الشبكات قد تتم بالبريد الالكتروني و المحادثة و المواقع الالكترونية .

#### ثانيا: التحديد القضائي لقانون العقد في حالة تخلف الإرادة الصريحة

في حالة غياب الإرادة الصريحة للمتعاقدين حول اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم عبر الإنترنت والمتعلق بالتجارة الدولية الإلكترونية، وفي حالة تعذر الكشف عن إرادتهم الضمنية، فإنه لا يسوغ للقاضي أن يختصر الطريق ويطبق قانونه الوطني أو يرفض الفصل في النزاع وإنما يجب عليه أن يجتهد للوصول إلى هذا القانون، وذلك من خلال ربط العقد بالقانون الذي يرتبط به ارتباطا وثيقا، تتمثل هذه الروابط في:

#### أ- قانون محل إبرام العقد:

يعتمد القاضي في القانون الواجب التطبيق على العقد من حيث شكله على قانون محل الإبرام كأصل استثناء يجوز اللجوء لقوانين أخرى، أما من حيث القانون الواجب التطبيق على العقد من حيث موضوعه فهو ضابط احتياطي يلجأ إليه بعد قانون الإرادة ثم الموطن والجنسية المشترك وأخيرا محل الإبرام .

يتم اللجوء إلى قانون محل إبرام العقد على أساس أن مكان تكوين العقد هو أول مكان تتكون فيه الإرادات ، ويفترض ذلك علم الأطراف بالقانون الذي سيخضعان له <sup>1</sup>، وإذا كان بالنسبة للعقود التقليدية تحديد هذا المكان لا يطرح إشكال إلا أنه في عقود التجارة الالكترونية من الصعب تحديده على أساس انعدام الحدود السياسية والجغرافية في العالم

(1) وإن كان هذا الأساس ينطبق على التعاقد بين حاضرين فقط ولا ينطبق على التعاقد بين غائبين

الافتراضي<sup>1</sup> وان التعاقد عبر الشبكة تعاقد بين غائبين يستحيل معه تحديد لحظة تطابق الإيجاب بالقبول لاختلاف تشريعات الدول بشأن النظرية التي تأخذ بها لتحديد لحظة التعاقد بين غائبين من جهة، ومن جهة أخرى هناك عقود تبرم وتنفذ على الشبكة وهذه الأخيرة لا تخضع لأي قانون، هذا ما يستدعي ضرورة توحيد القواعد القانونية الدولية .

عليه، لم يعد مناسباً الاعتماد على قانون محل الإبرام مع تطور التجارة الإلكترونية، حيث تعددت صور التعاقد بين غائبين، نتيجة شيوع استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التعاقد كالتلكس والفاكس والإنترنت مما أصبح يشكل صعوبة عند تحديد قانون محل الإبرام، ولأنه قد يكون عرضياً عندما يتعاقد الشخص وهو في رحلة عابرة في طائرة أو قطار أو يكون في مكان غير خاضع لأي قانون كأعالي البحار مثلاً، فضلاً عن أن مكان إبرام العقد قد لا يرتبط بعلاقة جوهرية بموضوع العقد، لأن التعاقد من خلال الإنترنت يفترض اتصال العقد أثناء إبرامه بجميع الدول المرتبطة بالإنترنت هذا يعني أن قانون محل الإبرام صعب التطبيق في مجال التعاقد عن طريق الإنترنت .

تأخذ بعض التشريعات الأخرى بقانون محل التنفيذ ، وهذا ما لم ينص عليه المشرع الجزائري<sup>2</sup>، و فيما يتعلق بمكان تنفيذ عقود التجارة الدولية الإلكترونية، وخصوصاً المبرمة عبر شبكة الإنترنت، قضت محكمة استئناف باريس في حكم لها بأن مكان تنفيذ عقد خدمات المعلومات المبرم عبر الإنترنت بين المستخدم ومورد الخدمة هو مكان موطن المستخدم، أي مكان ربط المستخدم بالشبكة، إلا أن هناك من اعترض على هذا الحكم على اعتبار أن تركيز الأداء في موطن المشترك لا يكون فعالاً لأن المشترك قد يكون مرتبطاً من خلال كلمة مرور عبر حاسب يقع خارج موطنه بالإضافة إلى أنه يمكن قبول هذا الحكم بشأن العقود التي تنفذ لحظياً قبل تحميل برامج أو أسطوانة موسيقية لأنه يتم دائماً في حاسب المستخدم الموجود في موطنه، أما بالنسبة لعقود خدمات المعلومات فهي عقود مستمرة ليست وقتية وبالتالي لا يمكن قبول هذا الحكم كقاعدة عامة<sup>3</sup>.

(1) احمد عبد الكريم سلامة، الأنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق ، مرجع سابق، ص39

(2) إلا أنه يمكن أن يطبقه القاضي كقانون واجب التطبيق على العقد إذا اختاره الأطراف على اعتبار أنه له صلة بالعقد.

(3) صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 334

### ب- قانون الموطن المشترك

نصت عليه كل من المواد 18 و 19 قانون مدني جزائري ، بحيث يطبق على العقد من حيث شكله قانون مكان إبرامه ويجوز كذلك إخضاعه لقانون الموطن المشترك لأطرافه أو للقانون الذي يطبق على أحكامه الموضوعية ، وهذه الأخيرة تستند أولاً لإرادة الأطراف وفي غيابها يلجأ إلى قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة وفي آخر المطاف قانون محل الإبرام، فالقاضي من حيث القانون الواجب التطبيق على الشكل له الحرية في اختيار بين الضوابط المختلفة المقررة قانوناً، أما من حيث الموضوع فيتقيد بقانون إرادة الأطراف ما لم يكن فيه مانع ، وفي غيابه يلجأ إلى الضوابط الأخرى.

يقصد بالموطن المكان الذي يستقر فيه الشخص ويتخذ مركزاً لأعماله ومصالحه ، ويستعمل الموطن المشترك كضابط إسناد إذا كان مشتركاً ، وقد منحت مختلف التشريعات الأفضلية لهذا الضابط على أساس أن إرادة الأطراف المفترضة قد انصرفت إلى تطبيق قانون موطنهما المشترك باعتباره معلوماً ومعروفاً لدى كليهما.

بتطبيق هذا المفهوم على عقود التجارة الإلكترونية التي تتم على الشبكة والتي تقوم على الوجود اللامادي للأشخاص فإنه ليس من اليسير التأكد من هذا الموطن فقد يستعمل الأطراف عناوين عامة، وحتى عند استعمالهم للعناوين الوطنية لا يمكن اعتمادها كموطن حقيقي للأطراف مما يؤدي لإمكانية وجود تحايل من الأطراف باتخاذهم عناوين للتهرب من تطبيق قانونهم الذي لا يسمح بتعاقدهم مثلاً .

### ج- قانون الجنسية المشتركة

نص عليه المشرع الجزائري في المادة 18 قانون مدني جزائري ، وضمنياً في المادة في المادة 19 قانون مدني جزائري بإحالتها للضوابط المنصوص عليها في المادة السابقة، يتم الاعتماد على هذا الضابط على افتراض أنه إذا كان المتعاقدان من جنسية واحدة فيمكن إرجاع قصدهما إلى إخضاع العقد المبرم بينهما لقانون الدولة التي ينتميان إليها ويتمتعان بجنسيتها ، لكن هناك من الفقه من يؤكد أن الجنسية لا تعد عنصراً مؤثراً في عقود المعاملات الدولية ولا تصلح وحدها أن تكون أساساً لتطبيق قانونها على العقد<sup>1</sup> عند تطبيق

(1) هشام على صادق ، مرجع سابق، ص 557.

هذا الضابط نجد صعوبة من حيث تحديد الهوية الحقيقية للأطراف وبالتالي جنسيتهم ، ثم أن العناوين الإلكترونية لا تدل على الجنسية الحقيقية للأطراف.

#### د- معيار الأداء المميز في العقود الدولية للتجارة الإلكترونية:

دفعت الانتقادات الموجهة لضابط مكان إبرام العقد ومكان تنفيذه كمعايير للإسناد في عقود التجارة الدولية الإلكترونية إلى المناداة بالبحث عن معايير أكثر مرونة مثل معيار الأداء<sup>1</sup> المميز بالنسبة للعقود التي يتم تنفيذها عبر الشبكة .

ظهرت فكرة الأداء المميز في الفقه السويسري في العقد الثالث من القرن العشرين وكان أول من اقترح فكرة إسناد العقد لمحل إقامة المدين بالأداء الجوهري هو القاضي السويسري STAUFFER عام 1952 في قضية CHEVALLY C.GENIMPORTETEX S.A حيث تقرر في الحكم: " في حالة سكوت المتعاقدين عن القانون الذي يحكم العقد فإنه يخضع للقانون الذي يرتبط به بأوثق صلة وهو قانون محل إقامة الطرف المدين بالأداء المميز في العقد"<sup>2</sup>.

يقوم هذا الضابط على فكرة تفريد معاملة العقود و مفادها تحديد القانون الذي ينطبق على العقد وفقا للالتزام الأساسي فيه<sup>3</sup>، فعلى الرغم من تعدد الالتزامات في العقد الواحد إلا أن أحد الالتزامات هو الذي يميز العقد ويعبر عن جوهره وبالتالي يجب الاعتماد عليه لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد في جملته. ويعرف الأستاذ JEAN BPTISTE الأداء المميز للعقد أنه الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى<sup>4</sup> نالت فكرة الأداء المميز تأييدا من فقهاء التجارة الإلكترونية<sup>5</sup> وبعض التشريعات

(1) لم ينص المشرع الجزائري على هذا الضابط

(2) هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 586

(3) صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 336

(4) بناء على ذلك يعد اداء مميزا التزام البائع بالتسليم أو التزامه بنقل الملكية في عقد البيع والتزام المورد بتوريد الخدمة في عقود المقاولة والوكالة على أساس أن هذه الادعاءات تعبر عن مركز النقل الاقتصادي والاجتماعي في الرابطة العقدية.

(5) منهم MONNET.J, JERBIEST.T, CACHARD.O مشار إليهم لدى صالح المنزلاوي ، مرجع سابق،



الوطنية<sup>1</sup> وكذا الاتفاقات الدولية<sup>2</sup> وهي تلتنقي مع نظرية التوطين أو التركيز الموضوعي وفقا لظروف التعاقد وملابساته التي قال بها العميد BATIFFOL من حيث انه يلجا إليه عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق ويختلف عنها في ان تعيين القانون الواجب التطبيق وفقا لنظرية التوطين يتحدد في مرحلة متأخرة بحيث يقرره القاضي الذي ينظر في النزاع في كل حالة على حدة على عكس معيار الأداء المميز يتقرر مسبقا بحيث أن محل تنفيذ الأداء المميز هو محل إقامة المدين بهذا الأداء<sup>3</sup>.

في مجال عقود التجارة الإلكترونية الدولية، وخصوصا المبرمة والمنفذة عبر شبكة الأنترنت يعد الأداء المميز في العقد الذي يتم بين مقدم الخدمة أو المادة المراد إدخالها على الشبكة والشركة التي تتولي معالجة تلك المادة الإلكترونية وتحميلها على موقع الأنترنت، هو مقر مقدم الخدمة أو تلك الشركة، وبالتالي فالقانون الواجب التطبيق في الحالة التي لم يتفق الأطراف عليه - صراحة أو ضمنا - هو قانون دولة المورد الذي يمتنن توريد المعلومات أو قانون الدولة التي بها مقر أو مركز تلك الشركة، باعتبارها المدينة بالأداء المميز للعقد<sup>4</sup>.

ورغم اتسام هذا المعيار بسهولة العلم به ومرونته وملائمته لكل طائفة من العقود، إلا أنه في المقابل سيؤدي إلى تطبيق قانون الطرف القوي مما يؤدي إلى الإضرار بالطرف الضعيف أمام شبكات الإنتاج والخدمات العملاقة، فضلا عن ذلك يقوم على مرتكزات

(1) منها القانون الدولي الخاص الألماني حيث نص في مادته 28 على: "عند سكوت إرادة المتعاقدين عن اختيار القانون الذي يحكم العقد يسري على هذا القانون قانون البلد الأوثق صلة به. تعتبر تلك الصلة موجودة مع البلد الذي به الإقامة العادية للطرف الذي يتعين أن يقوم بالأداء المميز أو مركز إدارته الرئيسي إذا كان شخصا معنويا....."، القانون الدولي الخاص السويسري في المادة 117 والقانون المجري في مادة 25 من القانون الدولي الخاص... الخ

(2) منها اتفاقية روما لعام 1980 التي تقرر في المادة الرابعة انه: "عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد يسري على هذا الأخير قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقا وتعتبر تلك الروابط موجودة في الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف الملتمزم بتقديم الأداء المميز وقت إبرام العقد....."

(3) صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 338

(4) في حين هناك من يرى انه لا يمكن تحديد قانون الأداء المميز باعتبار أن البيئة التي ينفذ فيها العقد بيئة غير مادية وليست تابعة لأي دولة، انظر في ذلك: فاروق محمد احمد الاباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الأنترنت، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2002، ص 114.



جغرافية لا تتلائم مع طبيعة المعاملات الإلكترونية ، كما انه توجد بعض العقود المركبة التي يصعب معها تعيين الأداء المميز لوجود الالتزامات المتقابلة على نفس درجة الأهمية . ومما سبق يتبين لنا أن العقود الدولية في التجارة الإلكترونية تتأى عن الخضوع لقواعد القانون الدولي الخاص ويرجع ذلك إلى أن هذه العقود لا تتلائم مع المفاهيم التقليدية للاختصاص التشريعي والقضائي ومع قواعد الإسناد الإقليمية التي تعتمد على الحلول العادية لتنازع القوانين التي وضعت لتنظيم مجتمع مقسم إلى دول وإقليم يفصل بينهما حدود جغرافية وسياسية لا تستجيب إلى تطورات التكنولوجيا الراهنة، مما فرض البحث وضع قانون بديل يلائم هذه النوعية من العقود الإلكترونية<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني

### وضع قانون خاص دولي الكتروني

أحدثت قنوات التواصل الإلكترونية عالم افتراضي تتفاعل فيه الكيانات الإلكترونية مقسم على شبكات اتصال ومجالات دومين ومواقع ويب فضلا عن أن المتعاملين في هذا العالم الافتراضي مجهولون بسبب انعدام صفة الثبات التي يتميز بها هذا العالم، حيث أن المعاملات الرقمية ليس لها شكل مادي ومعلوم في الزمان والمكان . مما فرض وضع قانون موضوعي إلكتروني دولي يستند على ضوابط موضوعية على غرار القانون الموضوعي للتجارة الدولية *lex mercatoria*.

إن الهدف من وجود قانون خاص إلكتروني دولي هو وضع تنظيم موضوعي خاص ومستقل عن حلول القوانين الوطنية الخاصة بالعلاقات ذات الطابع الدولي، إضافة إلى ملائمة لحاجيات مجتمع قوامه السرعة في التعامل والبيانات الرقمية التي تتم بها المعاملات والصفقات عبر شاشات الحواسيب وبالتالي إلمامه بالمصطلحات التكنولوجية التي تكون قابلة

(1) نشير إلى أن المشرع الجزائري وجد لنفسه حلا في المادة 23 مكرر يطبق القانون الجزائري : "إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه".

للتطوير والنمو اللازم لملاحقة الأنترنت خصوصا فهو قانون له خصوصياته (أولا) ويستمد مصادره من أنظمة لها علاقة وطيدة بموضوعات التجارة الإلكترونية (ثانيا) ، هذا ما يمنحه فعالية كبيرة في حسم نزاعات التجارة الإلكترونية (ثالثا).

### أولا: خصوصيات القانون الخاص الدولي الإلكتروني

يعرف القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي للأنترنت بكونه مجموع القواعد القانونية غير الشكلية المطبقة في إطار التجارة الإلكترونية<sup>1</sup>. في حين عرفه البعض الآخر بأنه كيان قانوني موضوعي ذاتي خاص بالعمليات التي تتم عبر الأنترنت وهو نظير للقانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية. ويجري التعبير عنه أحيانا بالقانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية أو القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي أو القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي للأنترنت إلا أن أدق هذه التسميات وأوسعها انتشارا هي القانون الخاص الدولي الإلكتروني.

وعليه، فإن القانون الخاص الدولي الإلكتروني هو عبارة عن كيان قانوني موضوعي ذاتي خاص بالعمليات التي تتم عبر الأنترنت ويتشكل من مجموعة من العادات والممارسات المقبولة التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي للأنترنت، وطورتها المحاكم ومستخدموا الشبكة، وحكومات الدول في مجال التكنولوجيا، فهو قانون تلقائي النشأة (أ)، قانون طائفي ونوعي (ب)، وأخيرا قانون موضوعي أو مادي (ج).

### أ- قانون غير وطني تلقائي النشأة:

يوصف هذا القانون بأنه تلقائي النشأة، وجد ليتلاءم مع حاجات مجتمع قوامه السرعة في التعامل والبيانات الرقمية التي تتم بها المعاملات والصفقات عبر شاشات أجهزة الحواسيب الآلية ويتوافق مع توقعات أطراف تلك المعاملات ، يقوم أساسا على ما جرى به العمل من أعراف وعادات وممارسات المتعاملين على الشبكة، فهي لا تتأتى عن طريق شكلي أو رسمي ولا تشرف على تطبيقه سلطة عليا مما يسمح بمواكبة تطورات القضاء الافتراضي للتطورات التكنولوجية الإلكترونية<sup>2</sup>.

(1) حمودي ناصر، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت، مرجع سابق ، ص431.

(2) حمودي ناصر، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت، المرجع نفسه ، ص441.

واصطلاح " القانون التلقائي " يعني في الواقع أمرين :

الأول: أنه لا يصدر عن سلطة رسمية كما هو الحال في القوانين الوضعية بحسبان أن شبكة الإنترنت لا تتبع سلطة دولة معينة تهيمن على نشاطها أو توجهه ولا تقوم على تنظيمها جهة رسمية مركزية<sup>1</sup>. وعلى ذلك لا يوجد جهاز خاص يتمتع باختصاص وضع القواعد السلوكية للمتعاملين على الشبكة، فهو قانون عبر دولي. لذلك يمكن أن يسمى هذا القانون بأنه " قانون الفضاء الافتراضي المشترك " أو بأنه قانون الإلكترون *lex electronica* أو قانون غير وطني أو قانون عابر للحدود أو قانون عبر الدول<sup>2</sup>. ويكتسب هذا القانون الطابع الدولي من طبيعة المعاملات التي يحكمها، إذ هي تتم عبر الحدود، وتتصل بأكثر من دولة في ذات الوقت، وتتضمن انتقالا للقيم الاقتصادية بينها وتتصل بمصالح التجارة الدولية. فإذا كان القانون الدولي الخاص علم تصنيفي وتوزيع للاختصاص التشريعي بين القوانين، فإن القانون الموضوعي الدولي يقدم الحل الموضوعي أو المادي ولا يحيل على غيره لإستمداد الحل.

الثاني: أن تطبيق ذلك القانون لا يحتاج إلى تدخل لسلطة العامة. أي أنه كذلك تلقائي التطبيق، وتحقق تلك التلقائية من ناحية رضا الأطراف و التزامهم طوعا به، ومن ناحية أخرى ملائمة لطبيعة ومقتضيات المعاملات عبر الشبكة. وتفصيل ذلك أن هذا الطابع التلقائي للقانون الإلكتروني يجعله يتم اشئ مع الطبيعة الذاتية للتعامل على شبكة الإنترنت وهي طبيعة تقوم على معطيات فنية وتكنولوجية، من وسائط متعددة لنقل المعلومات والبيانات، ونصوص محورية مرجعية، وترقيم للبيانات، و تثبيتها على دعائم رقمية غير ورقية.

(1) كما أن ليس من وضع منظمة عالمية أو هيئة دولية حيث لم توجد حتى الآن مثل تلك الهيئة التي يمكن أن تسهر على وضع قواعد دولية لتحكم مشكلات التعامل مع شبكة المعلومات الدولية اللهم بعض القواعد القانونية التي أوجدتها بعض الإتفاقيات الدولية في مجال تنظيم الاتصالات عبر الأقمار الصناعية أو المتعلقة بمعالجة البيانات آليا.

(2) THIEFFRY Patrick, Commerce électronique :droit international et européen,LITIC, France, 2002,p22.

من زاوية أخرى، فإن الطبيعة التلقائية لهذا القانون تجعله يحترم توقعات المتعاملين على الشبكة، فهم الذين أرسوا دعائمه ووضعوا قواعده الأولى بممارساتهم وعاداتهم ، وهو يجنبهم الخضوع للقوانين الوطنية التي يشوبها القصور و العجز عن تقديم حلول تتفق مع أنماط معاملاتهم.

تجعل الطبيعة التلقائية هذا القانون مرنا ، تتبع قواعده من معطيات واقعية لتعكس حاجات المتعاملين عبر شبكة الدولية، وهي قواعد شديدة الحساسية والتأثر بكل ما يطرأ على الفضاء الافتراضي الذي تعمل فيه تلك الشبكة ، من مؤثرات تكنولوجية أو اقتصادية أو حتي سياسية.

### ب- قانون طائفي ونوعي:

تقتضي المعاملات الإلكترونية للمجتمع الدولي إيجاد قواعد وحلول تتوافق وذاتيته تخاطب فئة معينة وهي المتعاملين في المجتمع الافتراضي، كما أن قواعده وأحكامه لا تنظم إلا نوعا معينا من المعاملات والمسائل التي تنشأ في مجال التجارة الإلكترونية (1)، من ناحية أشخاص هذا القانون والموضوعات التي ينظمها يقرر أنصار القانون الموضوعي للإنترنت أن الطبيعة الخاصة التي يتميز بها المجتمع الافتراضي للمعاملات الإلكترونية تحدد هؤلاء الأشخاص وتلك الموضوعات<sup>1</sup>(2).

### 1 القانون الخاص الدولي الإلكتروني قانون نوعي:

يصف القانون الخاص الدولي الإلكتروني بأنه نوعي طالما أن هذا القانون لا ينظم إلا نوعا معينا من المعاملات والمسائل ، تتناظر مع تطبيق قواعد قانونية لدولة محددة لأنها تتم في هذا المجتمع الافتراضي الذي لا تحدده مرتكزات مكانية. ونطاقه الموضوعي ينحصر في المعاملات الرقمية وهي تلك التي تنشأ أو تنثر في مجال التجارة الإلكترونية ، منها الدعاية الترويج للسلع والخدمات والمعالجة الآلية للبيانات والمعلومات، ونظام التعامل مع بنوك المعلومات ، والدفع الإلكتروني ، والبريد الإلكتروني، والعقود الدولية التي تبرم إلكترونيا ...الخ

(1) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص 55

## 2- القانون الخاص الدولي الإلكتروني قانون طائفي

يتصف كذلك بأنه قانون طائفي بالنسبة إلى المخاطبين بقواعده. لأن المجتمع الدولي للمعاملات الإلكترونية له معطياته ومشكلاته الذاتية التي لا تهم سوى مجتمع المتعاملين الإلكتروني، التي تقتضي قواعد وحلولاً تتوافق مع ذاتيته، قواعد لا تخاطب إلا فئة معينة من الأشخاص وهم مستخدمو شبكة الإنترنت، ومقدمو خدمات المواقع والإشتراك في الشبكة. وكل متدخل في ممارسة التجارة الإلكترونية حل نزاعاتها.

أما نظامه المؤسسي فيتكون من قضاء وعدالة افتراضية، فالقضاء يمكنهم عقد جلساتهم عن بعد وعبر الدوائر المغلقة للاتصالات ويصدرون أحكامهم التي يتوقف تنفيذها على رضى الأطراف وهناك من ينادي بتدعيم هذا القضاء الافتراضي بمقتضى اتفاقية دولية يتم الاتفاق فيها على أن تشكل محاكمه من قضاة من مختلف الدول ويتم بحث القضية وتحقيقها وسماع المرافعات فيها بإمكانات شبكة الإنترنت ذاتها كتبادل المذكرات بالبريد الإلكتروني وعقد الجلسات، بحيث لا تكون هنالك أهمية للمكان الذي توجد فيه المحكمة. كما يجب أن تتضمن الاتفاقية الدولية تنظيم الإجراءات أمام هذا القضاء كي يؤدي عدالة سريع، ويكون لديه بالخصوص نظام فعال لتنفيذ الأحكام التي يصدرها.

### ج- قانون موضوعي أو مادي:

تحسم قواعد القانون الخاص الدولي الإلكتروني المنازعات مباشرة دون حاجة لتعيينها من قبل قواعد الإسناد لذلك يوصف بأنه قانون موضوعي. فالمستقر في فقه القانون الدولي الخاص أن هذا الفرع القانوني يقوم بتوزيع الاختصاص التشريعي بين القوانين التي تنزاح حول حكم العلاقات ذات الطابع الدولي فهو لا يقدم بذاته أي قرار مادي أو حل موضوعي ولكنه يشير وحسب إلى القانون الداخلي كي يستقي منه هذا الحل أو القرار فهو قانون " أداة"، لا يحل نزاعاً ولا يحقق بذاته حماية للحقوق والمراكز القانونية ذات الطابع الدولي إنما هو " أداة" تحدد القانون الذي يتكفل بذلك الحل وتحقيق تلك الحماية. لذلك وصفت قواعد هذا القانون بأنها قواعد غير مباشرة، أي لا تتكفل بتقديم الحل النهائي للنزاع ولكن تقتصر وظيفتها فقط على تحديد القانون الذي يقدم هذا الحل. فهي قواعد تتسم بأن ليس لها مضمون موضوعي. ولذلك أيضاً وصف قانون تنازع القوانين بأنه " قانون محيل".

وذلك على خلاف منهج القانون الموضوعي الدولي للمعاملات التي تتم عبر الإنترنت فهو قانون موضوعي للإنترنت أو قانون مادي يقدم الحل لمسألة محل النزاع مباشرة ، ولا يحيل إلى قانون آخر لتقديمه. فقواعد ذلك القانون ، من أعراف ، وعادات وممارسات عملية وعقود نموذجية وشروط عامة تتضمن حلولاً وتنظيماً للعلاقات والروابط التي تتم تحت لوائه .

### ثانيا : المصادر القانونية للقانون الخاص الدولي الإلكتروني

لا تتلاءم عقود التجارة الالكترونية مع قواعد الإسناد الإقليمية والتي تعتمد على ضوابط إقليمية وجغرافية مثل قانون موطن البائع أو المشتري لأن طبيعة معاملات هذه العقود لا تعتمد على صلات مكانية ، فالمعلومات لا يمكن أن ترتبط بإقليم معين بل يتم انتقالها بطريقة آلية إلى كل الدول الداخلة في الشبكة<sup>1</sup> ، هذا ما يتطلب إنشاء نظام قانوني مستقل عن القوانين الوطنية يتضمن حلولاً تتلاءم وخصوصيات العقود الالكترونية . وكان ذلك باستحداث القانون الخاص الدولي الإلكتروني- فقها على الأقل - ، حتى أن مصادره لم يتفق عليها الفقه ، فهناك من يرى أنها ذات منشأ تنظيمي(أ) وهناك من يرى أن منشأها تلقائي(ب).

#### أ -القواعد ذات المنشأ التنظيمي:

تحدد مصادر القانون الدولي الخاص الإلكتروني حسب هذا التيار الفقهي ب:

#### 1-الاتفاقيات الدولية:

تساهم الاتفاقيات الدولية بتوحيد القواعد الموضوعية في إطار قانون واحد للمعاملات الإلكترونية عن طريق تجميعه في نظام قانوني متماسكا ، يعد ويصاغ بواسطة مجموعة دولية ذات سلطة واهتمام بالجوانب القانونية مثل منظمة الأمم المتحدة أو جمعية الأنترنت الأمريكية ، و تعد الاتفاقات الدولية وسيلة مهمة للتقليل من ظاهرة تنازع القوانين . ولقد وضعت عدد من الاتفاقات الدولية مثل اتفاقية فينا عام 1980 الخاصة بالبيع الدولي للبضائع واتفاقية روما 1980 المتعلقة بالالتزامات التعاقدية وغيرها، لكن ومحاولة لتطبيق اتفاقية فينا على عقود التجارة الالكترونية تصادفنا العديد من الصعوبات منها أن الاتفاقية تنطبق على بيع البضائع فقط ولا تقبل السلع الغيرية مادية كما أنها استبعدت البيع

(1) د/أحمد عبد اللطيم سلامة ، قانون العقد الدولي ، مرجع سابق، ص18.

الاستهلاكية و البيوع المختلطة (بيوع البضائع والخدمات)<sup>1</sup> . في حين نجد انه من أهم أنواع التجارة الإلكترونية نجد التجارة بين الشركات والمستهلكين ما يشار إليه ب b2c . إن عدد الاتفاقات الدولية ذات الصلة بالمعاملات الالكترونية ضئيلة لدرجة العجز عن تقديم الحلول الكافية لمواجهة الكم الهائل من المشكلات المترتبة عن التجارة الالكترونية<sup>2</sup> نظرا لحدثة المجال الالكتروني ، لذلك عانيت بعض اللجان والهيئات الحكومية منها والغير حكومية على المستوى الدولي والإقليمي باقتراح توصيات بغية تنظيم القواعد المتعلقة بالتجارة الالكترونية.

## 2 التوصيات الدولية

إن عدم اتساع نطاق الاتفاقات التقليدية ذات الصلة بالتجارة الالكترونية للواقع الافتراضي الجديد أكد أهمية الاستعانة بالأعمال الدولية الصادرة عن المنظمات الدولية. فلقد بذلت مجهودات كبيرة لتنظيم التجارة الإلكترونية الدولية، فهناك العديد من الأعمال والتوصيات والتوجهات الجماعية التي يمكن أن تشكل نواة لإبرام اتفاقيات لاحقة خصوصا وأن تلك الأعمال والتوصيات ذات قيمة علمية عالية وذات توجيهه للالتزام بها. وان كان حتى على مستوى المنظمات الدولية لا ترتقي تنظيماتها أن تكون تقنيا دوليا فهي اختيارية (عبارة عن مجموعة من الأحكام الغير ملزمة تعتمد في مصدرها على العادات والأعراف التجارية) مقابلة أو مقارنة بالقوانين الملزمة التي تصدر عن المشرع الوطني أو تلك النابعة من اتفاقية ملزمة .

(1) مثال ذلك الأسطوانات بحيث يصعب الفصل بين ما يدخل في إطار الخدمات وبين الاسطوانة كشيء مادي ملموس وهو ما يندرج في إطار البضائع.

(2) إلا أنه يمكن أن نورد بعض هذه الاتفاقات وهي:

\*اتفاقية مجلس أوروبا رقم 108 الخاصة بحماية البيانات ذات الطابع الشخصي وتدفعها عب الحدود والمعتمدة عام 1981.

\*قواعد الاتحاد الأوروبي قم 2001/44 في شان الاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام في المجالين المدني والتجاري كما تم توقيع اتفاقية الملكية الأدبية والفنية في العالم الرقمي في ني عام 1996 تحت رعاية المنظمة العالمية للملكية الفكرية. أنظر في ذلك: فيصل محمد عبد العال، مرجع سابق، ص129.

نشير أن هناك بعض الأعمال سبقت ظهور الانترنت يمكن الاستفادة منها في مجال التجارة الالكترونية وأول هذه الأعمال الدولية نجد:

-بوتوكول مونتريال الموقع في 25 سبتمبر 1975 والمعدل لاتفاقية فاسوفيا الموقعة في 12 أكتوبر 1929 المتعلقة بالنقل الجوي والمتضمن الاعتراف بالأدوات والمعطيات الالكترونية<sup>1</sup>.

-توصية لجنة الأمم المتحدة عام 1979 الخاصة بالنقل البحري بحيث تؤكد هذه التوصية على ضرورة استخدام التقنية المعلوماتية في مستندات النقل البحري .

-توصيات مجلس التعاون الجمركي عام 1981 أوصى الدول لأعضاء بأن تسمح طبقا للشروط المحددة من السلطات الجمركية بأن تحال إلى الجمارك بوسائل الكترونية أو أي وسيلة أخرى آلية تصريحات البضائع ، كما صاغ المجلس قواعد تتعلق باتفاقات تبادل الوثائق الجمركية والتجارية<sup>2</sup>.

من هنا يظهر دورها في تنظيم التجارة الالكترونية بحيث تعمل الكثير من المنظمات الدولية الحكومية منها والخاصة في مجال توحيد القواعد التي تنظم التجارة الالكترونية ، فبفضل الآثار الكبيرة التي تحققتها التجارة الالكترونية على اقتصاديات الدول النامية والمتقدمة واعترافا بما يتطلبه تنظيمها القانوني من نظرات غير تقليدية ، أقامت هذه المنظمات الكثير من المشروعات البحثية ودعمها من أجل الوصول إلى تصورات لتوحيد القواعد التي تنظم التجارة الالكترونية مع وجود نوع من التنظيم والتنسيق بين المنظمات الدولية المختلفة التي تعمل في هذا المجال من أجل الحصول على نتائج أوسع وفي نفس الوقت تتجنب أي تداخل فيما بينها<sup>3</sup> .

(1) د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة عبر الانترنت، مرجع سابق، ص81.

(2) د/عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الالكترونية وحمايتها، مرجع سابق ،ص159

(3) القاضي الدكتور ايهاب السنباطي، مرجع سابق، ص421.



حاولت بعض المنظمات مثل منظمة التجارة العالمي ، بحيث أنها أصدرت العديد من القرارات المتعلقة بتطوير التجارة الالكترونية أهمها الإعلان الصادر في ديسمبر 1996 بشأن منتجات تكنولوجيا المعلومات .

-لجنة الأمم المتحدة لقوانين التجارة الدولية ، من أهم قراراتها اعتماد توصية لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي تضمنت هذه التوصية إصدار قانون نموذجي للتجارة الالكترونية في 1996.

-منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية ، قامت بعدة أعمال أهمها التي قامت بها لجناتها الضريبية بتعديل النموذج الأساسي للمنظمة والخاص بالازدواج الضريبي وتبني فكرة الإقامة الثابتة كأساس لفرض الضريبة على المعاملات الالكترونية.

-الاتحاد الأوروبي توصيات الاتحاد الأوروبي منها:التوجيه الإداري الصادر عن البرلمان الأوروبي ومجلس أوروبا EC/93/1999 بشأن إطار مجتمعي للتوقيعات الإلكترونية و التوجيه EC/31/2000 الصادر عن البرلمان الأوروبي ومجلس أوروبا في 8 يونيو 2000 بشأن بعض الجوانب القانونية لخدمات مجتمع المعلومات، وخصوصا التجارة الإلكترونية في السوق الداخلية. وفي عام 2002 أصدر الاتحاد توجيهها آخر ( 2002/38/EC ) معدلا به التوجيه ( 77/388/EC ) المتعلق بترتيبات قيمة الضرائب المضافة الواجبة التطبيق على خدمات الإذاعة المسموعة والمرئية وبعض الخدمات المعنية التي تقدم الكترونيا<sup>1</sup>.

-اللجنة الأوروبية المعنية بتسوية المنازعات قامت باعتماد سلسلة من التوصيات أهمها: التوصية رقم 98/257 بشأن تسوية منازعات المستهلكين خارج ساحات القضاء، توصية رقم 2001/310 بشأن المبادئ الواجب مراعاتها من جانب الأعضاء عند تسوية منازعاتهم عبر الانترنت .

(1) د/ مدحت عبد الحليم رمضان ، مرجع سابق، ص15.

(2) القاضي الدكتور ايهاب السنباطي، مرجع سابق، ص130.

فضلا عن المنظمة العالمية لحقوق الملكية الفكرية ، وكذا فعلت العديد من الهيئات العلمية والاستشارية حين وضعت مجموعة من التشريعات النموذجية التي تساعد حكومات الدول على التشريع للتجارة الإلكترونية والتي تدور معظمها حول التوقيع الإلكتروني والتصديق الإلكتروني<sup>3</sup> .

كما أن بعض الدول قامت بإصدار قوانين كاملة تنظم ما يتعلق بالتجارة الإلكترونية ومن الملاحظ أن معظم تلك التشريعات غير متفقة وغير متوافقة كما بين ذلك تقرير اللجنة الاستشارية الأمريكية حول تشريعات التوقيع الإلكتروني ، وتقع معظم الخلافات بسبب تلك الدرجة العالية من الثقة التي يفترضها المشرع في تأمين التوقيع الإلكتروني من الناحية التكنولوجية خاصة في تكنولوجيا التشفير باستخدام المفتاح العام ، كما يقع الخلاف أيضا بسبب اختلاف النظر إلى دواعي الأمن القومي من ناحية استخدام نظم التشفير فضلا عن التطور التكنولوجي في المقاييس البيومترية الحيوية وطرق استخدامها في التوقيع الإلكتروني ومدى دقتها في هذا المجال علاوة على تخوف المشرع من اعتماد إحدى الطرق المستخدمة وأثره على إجهاض البحوث الخاصة بتطوير باقي الطرق<sup>1</sup> .

هناك العديد من القضايا التشريعية الأخرى التي من المنتظر أن تشغل الحكومات والمنظمات الدولية مستقبلاً مثل المعاملة الجمركية والضريبة على التعاملات عبر الإنترنت وكذلك مواضيع حقوق الإنسان في الحفاظ على أموره الشخصية وعدم استخدام البيانات المتوفرة لدى الحكومات والشركات في أغراض أخرى وموقف المشرع من الحفاظ على القوانين المحلية خاصة ما يتعلق منها بالأمور الدينية والثقافية والجنسية العنصرية ، كما سيكون على المشرع تحديد مسؤولية توفير ضمانات وخدمات ما بعد البيع لمعظم السلع من خلال قوانين حماية المستهلك ، فضلاً عن أهمية تحديد موقف المشرع من اشتراط توفر شهادات المنشأ والتصديقات عليها من سفارات الدول بالخارج وأخيراً موقفه من العقوبات بالنسبة للتعامل في السلع غير المسموح بالتعامل فيها حيث لا يمر الكثير منها عبر البوابات الرسمية مثل الأفلام الإباحية والتجارة في المخدرات هذا فضلاً عن إمكانية استخدام الشبكة في التجنيد لخدمة أجهزة المخابرات المعادية ونقل الأسرار .

(1) القاضي الدكتور ايهاب السنباطي، مرجع سابق، ص 423

## 3- قواعد السلوك:

تعد من بين أهم مصادر القانون الموضوعي للعقود الإلكترونية وذلك لأنها تتضمن حد أدنى من المبادئ والأحكام المشتركة التي يجب أن يراعيها كافة المتعاقدين في هذا العالم الافتراضي، فهي تضم مجموعة من القواعد والأحكام التي ي نظمها المتعاملون التجاريون عبر الأنترنت لتطبق عليهم ويتم تدوينها من قبل الهيئات والمؤسسات المهنية من أجل وضع المبادئ في التعامل عبر تلك الشبكة، فطبيعة الأنترنت وتتنوع أنماط المتعاملين يتعارض مع تنظيم محكم لها، ومن هنا تأتي ضرورة تقنين قواعد السلوك والمستفيدين من خدمات الشبكة، وعليه فإن الاتجاه نحو تجنيد إرساء قواعد السلوك يعد تمهيدا طبيعيا لوضع قواعد تشريعية وطنية ودولية حاكمة للمعاملات التي تتم عبر شبكة الأنترنت<sup>1</sup>.

فقواعد السلوك تعد من المصادر الهامة لقواعد القانون الخاص الدولي الإلكتروني، ذلك أنها تتضمن حد أدنى من المبادئ والأحكام المشتركة التي يجب أن يراعيها كافة المتعاقدين في هذا العالم الافتراضي فهي تضم مجموعة من المبادئ والأحكام التي تعد ثورة وتراثا مشتركا لكل الجماعة الدولية، ففي فرنسا مثلا تم وضع ميثاق تقوم مبادئه على خلق كيان أو هيكل ينهض باستقبال مستعملي الأنترنت ووقف بت الإعلانات غير المشروعة. أما في إنجلترا فقد أنشئت جمعية مقدمي الأنترنت تقنينا للسلوك العملي يشمل مجموعة من القواعد التي تنظم العلاقات بين المتعاملين على الشبكة الدولية للمعلومات.

## 4- العقود النموذجية:

إن معظم التنظيمات المهنية، وكذلك تلك التي تعتمد على التجارة الإلكترونية تتجه إلى وضع عقود نموذجية الطابع تتضمن العادات التجارية والأحكام الجديدة التي تستمد قوتها من تداولها بين أعضاء المجتمع الذي نشأت فيه ، وهذا المفهوم ينطبق كثيرا على العقود التي تتم عبر الإنترنت، ففي ظل صعوبة مفهوم تركيز العقد ووضعه وفق أحد النظم القانونية، تتجلى أهمية التنظيم العقدي نفسه خلافا للعادات التي تحكم هذا المجال الجديد، وتوجد العديد من نماذج العقود التي تبرم بين الموردين والمستخدمين - سواء كانوا مستهلكين أو مهنيين - تتناول العديد من المسائل الفنية والقانونية التي يجب احترامها من الطرفين .

(1) عادل ابو هشيمة محمود حوتة، مرجع سابق، ص144.

تذهب مدرسة قانون التجارة الدولية إلى تعظيم دور الإرادة الفردية في إنشاء هذا القانون ومن هذا المنطلق جعلت لها دورا مهما في ترسيخ الأعراف السائدة في الوسط التجاري الدولي، ونتيجة لذلك اتجهت المنظمات المهنية إلى إعداد عقود نموذجية الطابع تتضمن من المسائل الفنية والقانونية التي يجب احترامها بين الطرفين، ومن أمثلتها الإتفاق النموذجي الأوروبي الإلكتروني للبيانات وقواعد السلوك الموحدة للتبادل التجاري باستخدام الإرسال الإلكتروني لسنة 1987 وهو أول من وضع مبادئ التجارة الإلكترونية<sup>1</sup>.

#### 5- قضاء التحكيم الإلكتروني:

ظهرت بعض الآراء تنادي بوجود إنشاء هيئة أو محكمة تحكيم خاصة بنزاعات العقود والمعاملات الإلكترونية وذلك على غرار محكمة العدل الدولية أو محكمة الجزاء الدولية. غير أنه تبقى صعوبة في تحقيق هذا الاقتراح بسبب عدم نشر أحكام المنازعات العقود الإلكترونية، إضافة إلى أن أنظمة التحكيم الإلكترونية المعدة من قبل الهيئات المختصة لم تصل إلى معالجة كافة المسائل القانونية مما أدى بالتوجيه الأوروبي الصادر سنة 2000 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على تشجيع الدول الأعضاء على وضع تنظيم قضائي خاص بالمنازعات الإلكترونية.

#### 6- توحيد القواعد القانونية:

توجد العديد من الاتفاقيات الدولية التي تعني بمعالجة النزاعات ذات الطابع الدولي في مجال العقود، لكنها اتفاقيات خاصة بالعقود التقليدية تواجهها صعوبات للتطبيق على النزاعات التي تنشأ بشأن العقود الإلكترونية، مما أوجد اتجاه ينادي بضرورة تعديل هذه الاتفاقيات لتتلاءم مع طبيعة شبكة الإنترنت و بواسطتها يتم اختيار القانون الواجب التطبيق على الخلافات الناشئة عن المعاملات الإلكترونية وذلك عن طريق المنظمات والهيئات الدولية المعنية وهنا يقصد توحيد اختيار القواعد القانونية وليس توحيد القوانين، حيث قام معهد القانون الأمريكي بوضع قواعد قانونية محددة عن طريقها يستطيع أطراف المعاملة الإلكترونية الدولية اختيار قواعد قانونية عامة قابلة للتطبيق لإختيار القانون الواجب التطبيق على النزاعات الناشئة بينهم، ومن ضمن هذه القواعد أن القانون الواجب التطبيق هو قانون

(1) د/ فاروق الأباصيري، مرجع سابق، ص 135.

محل إقامة المدعي أو المدعي عليه حسب الاتفاق، أو قانون محل إقامة المهني أو المحترف الذي بدأ بعملية الاتصال عبر الأنترنت، مع مراعاة القواعد الخاصة بحماية المستهلك .

وقد عبّر الأستاذ POILLOT PERUZZETO على توحيد القواعد القانونية بشأن التجارة الإلكترونية بعبارة من "القانون إلى النظام أو إلى تدويل المصادر" بحيث أن العقد الإلكتروني يحيي الجدل بين تقنيات التنازع وتقنيات القانون المادي الموحد وهو نقاش طرح بشأن البيوع الدولية للبضائع سابقا والذي أعطى ميلاد وسيلة قانونية لحل النزاعات هي اتفاقية فيينا في 11 أبريل 1980 والتي بمحاولة تطبيقها على التجارة الإلكترونية ترفض الانطباق فهي تستبعد البيوع الاستهلاك مع أن أغلبية البيوع على الخط هي بيوع استهلاكية<sup>1</sup> لذلك لا بد من تحديثها .

#### ب - القواعد ذات المنشأ التلقائي:

والتي لا يتدخل التشريع لا وطنيا ولا دوليا في إنشائها، بل تنشأ تلقائيا وهي تلك المتعلقة بالأعراف والعادات الناتجة عن الممارسات المهنية ، فلقد ساهم المتعاملون التجاريون عبر شبكة الأنترنت في إرساء قواعد القانون الخاص الدولي الإلكتروني عبر تلك الشبكة وذلك بطريقة تلقائية من خلال ما استقر عليه التعامل من عادات وأعراف وممارسات في الأوساط المهنية لهذا العالم الافتراضي<sup>2</sup> .

فالأعراف والعادات الناتجة عن الممارسات المستقرة في الأوساط المهنية تلائم التطور السريع والمتلاحق في مجال العقود الدولية للتجارة الإلكترونية على خلاف القوانين الوضعية التي غالبا ما تتسم بالبطء والحذر، علما أن العرف لا يصلح على الأقل في الوقت الحالي لأن يكون من بين مصادر القانون الموضوعي للمعاملات الإلكترونية فهذا الوليد الجديد للعقد الإلكتروني مازال في مهده ومازالت السوابق القضائية في هذا الشأن قليلة ولم تصل إلى الحد الكافي لاعتبارها قواعد عرفية يمكن الرجوع إليها.

(1) POILLOT PERUZZETO Sylvaine, la loi applicable au contrat électronique, Travaux de l'association Henri Capitan, édition panthéon Assas, Toulouse, 2002.p51

(2) صالح المنزلاوي ، مرجع سابق، ص185

ثالثا: فعالية القانون الخاص الدولي الالكتروني في حسم نزاعات عقود التجارة الالكترونية.

ليؤدي القانون الدولي الخاص الالكتروني دوره لا بد ان يتمتع بصفة النظام القانوني الذي يعول عليه وهذا ما اختلف الفقه بشأنه من جهة (أ)، من جهة أخرى لا بد من تقييم حقيقي لهذا القانون بناء على الممارسة الفعلية (ب).

أ - مدى تمتع قاعد القانون الدولي الخاص الالكتروني بصفة النظام القانوني:

اختلف الفقه بين مؤيد ومعارض لفكرة القانون الخاص الدولي الالكتروني، فهناك من ذهب لنفي صفة النظام القانوني عنه (1)، وهناك من قال بأنها تشكل نظاما قانونيا بالمعنى الدقيق (2).

1 الاتجاه المعارض لمنح صفة النظام القانوني للقانون الخاص الدولي الالكتروني

يذهب أنصار هذا الاتجاه <sup>1</sup> إلى نفي صفة النظام القانوني لقواعد القانون الخاص الدولي

الالكتروني واعتبارها مجرد قواعد مادية تدخل ضمن عموم قانون التجار فهي لا تشكل نظاما مستقلا بذاته وليس لها خصوصيات تميزها عن قواعد التجارة الدولية ومن أسباب التي أسس عليها أنصار هذا الاتجاه رأيهم ما يلي:

- صفة النظام القانوني لا تتطرق إلا حيث تكون جماعة متماسكة ومنظمة بشكل كاف ، وان الانترنت لا يعرف استقرارا فهو قد يستعمل عرضيا ويتنوع مستعمليه وأغراض استعماله<sup>2</sup>.

- عدم التجانس الناتج عن طوائف عديدة من التجار والفنيين والمهنيين وغيرهم أسفر عن وجود عادات خاصة بكل طائفة لا يمكن جمعها في إطار نظام قانوني واحد<sup>1</sup>.

(1) من بينهم الأستاذ HOBBS و الأستاذ CHRISTIQN HOEDI

(2) في حين هناك من يرفض هذا الفرض على أساس أن جماعة الانترنت تضم أشخاصا ينتمون إلى دول وأنظمة قانونية متباينة ولا يعرفون بعضهم البعض ولا تجمعهم ثقافة واحدة فهي جماعة تفتقد إلى الوحدة والتماسك اللازمين لأي نظام قانوني، أنظر في ذلك د/أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي ، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص463.

- يتوقف تكريس هذا النظام على تعاون الدول في هذا المجال ، بأن تترك المجال لرعاياها لتحتكم لهذه القواعد ، فإذا أحجمت عن ذلك سيحول دون خلق هذا النظام.
- هذه القواعد لا تنطوي على قيمة قانونية ذاتية بل تستمد سلطتها من اندماجها في العقد ، بالتالي فهي شروط عقدية وليست قواعد قانونية<sup>2</sup>.
- هي قواعد مازالت في بداياتها الاولى ولا تشكل نظاما مستقلا بذاته.
- انها قواعد غير ملزمة يتوقف تطبيقها على إرادة الأطراف فهي تفتقد لعنصر الإلزام وهي أهم ميزة في القواعد القانونية.

## 2 الاتجاه المؤيد لمنح صفة النظام القانوني للقانون الخاص الدولي الالكتروني:

- يؤكد أنصار هذا الاتجاه على أن هذه القواعد تشكل نظاما قانونيا ذو طبيعة موضوعية وتتشكل من عادات وممارسات استقرت في المجتمع الافتراضي، وطورتها الحكومات والمتعاملون في مجال الاتصالات والمعلومات. وان مجتمع الانترنت مجتمع تجمعه فكر واحد وهدف واحد وأنهم مرتبطون بعلاقات ومعاملات وثيقة على نحو يجعلهم يشكلون مجتمعا دوليا حقيقيا، يتولى أعضاؤه وضع القواعد السلوكية وله قضائته وعدالته الافتراضية<sup>3</sup> وان هذه القواعد تحقق الأمان للمتعاملين وتضمن لهم توحيد الحلول للمشكلات الفنية والقانونية التي تنشأ في المجتمع الالكتروني كما أنها تتجنب القصور التشريعي وتجنب الأطراف الدخول في اتفاقات خاصة بالنسبة للمستهلك الذي لا يكون على دراية كافية بهذا النوع من التعامل<sup>4</sup>.
- وعليه، تجتمع لقواعد القانون الخاص الدولي الالكتروني العناصر اللازمة لتكوين نظام قانوني مستقل ومتميز وهي:
- وجود مجتمع متجانس من المتعاملين في مجال التجارة الالكترونية .

(1)HOEDI. C ,Le commerce de services sur internet :publicité, protection des consommateurs et information à caractère personnel, RDAI,n°03,1998,p286.

(2) صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص204.

(3) د/أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي ، مرجع سابق، ص466

(4) د/فاروق محمد الاباصيري، مرجع سابق، ص129.

-وجود كيانات وأجهزة قانونية تتولى مهمة صياغة القواعد السلوكية والسهر على احترامها مثل غرفة التجارة الدولية ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي...الخ.

-أنها في صياغتها لا تفنقر لطابع الجزاء الذي يوقع على مخالفتها.

#### ب-تقييم قواعد القانون الخاص الدولي الالكتروني:

مع الإيجابيات التي يمكن أن يحققها وجود قانون موضوعي دولي إلا أنه برزت بعض أوجه النقص في قدرته على حل المنازعات التي قد تثور بشأن العمليات التي تتم بالاعتماد على قنوات الاتصال الإلكترونية منها:

- أنه يستند على مجرد قواعد سلوك التي تعمل على ضبط الروابط القانونية مما يجعلها لا تفي بالغرض، بل يلزم أن يوجد بجانبها تنظيم أو هيئة متماسكة لها مقوماتها وقدرتها على خلق قواعد سلوكية.

-وإذا كان كل قانون يوجه إلى مجتمع يشكل وحدة أو كائنا قائما بذاته في حين لا يمكن أن نجزم بوجود مجتمع منظم متماسك يجمع بين المتعاملين مع شبكة المعلومات الدولية.

-كما أن الادعاء بوجود مجتمع افتراضي مستقل عن كل الدول أمر يصعب قبوله نظرا لأن المتعاملين هم في جميع الأحوال أشخاص حقيقيون لهم موطن أو مقر حقيقي يؤدون التزامات حقيقية كما أن وسائل الاتصال تتركز في إقليم دولة محددة التي يمكن أن تخضع العمليات لقانونها.

-ولا يمكن إغفال أن هذه القواعد تفتقد لعنصر الإلزام والجزاء الذي يكفل احترامها خصوصا في ظل المنافسة الهجومية بين الشركات التجارية التي لا تعمل إلا على تحقيق مصلحتها الخاصة دون الأخذ بعين الاعتبار مصلحة الآخر، مما تظل معه الحاجة إلى تدخل الدولة لإقامة التوازن بين المصالح الذاتية للمتعاملين في إطار التجارة الدولية للعقود الإلكترونية وبين المصلحة العامة، ضروريا ولتوقيع الجزاء على كل مخالف للقواعد السلوكية حيث أن



هناك العديد من المسائل ستظل الحاجة فيها إلى القانون الداخلي قائمة كالقانون الواجب التطبيق على أهلية المتعاقدين وعلى التراضي والتقديم.

- كما أن تطبيق هذا القانون سيدع فرصة واسعة لتقديم المحكم أو القاضي الذي سيفصل في النزاع عن فرض انطباعاته وقناعاته الشخصية .

تظهر الحاجة إلى الاستمرار بالعمل بقواعد القانون الدولي الخاص، أمام القصور والنقص الذي يسود القانون الموضوعي الدولي الإلكتروني ، مع ضرورة تحديثها لمسايرة التطورات الهائلة التي تشهدها التجارة الدولية عموما والإلكترونية خصوصا . وذلك لن يتم إلا بالانشغال بوضع قواعد قانونية عامة ، تهدف إلى الحفاظ على خصوصيات التعامل بالإنترنت وتشجيع المنافسة المشروعة وحماية المستهلك ، على غرار القانون الأمريكي الموحد للمعاملات المعلوماتية الحاسوبية الذي قام بإخضاع العقود التي يتم تسليم المبيع فيها من خلال شبكة الأنترنت إلى قانون المكان الذي يقع فيه موطن المورد أو المزود عند إبرام العقد، أما بالنسبة لعقود الإستهلاك التي يسلم فيها المبيع خارج نطاق الشبكة فتخضع لدولة التسليم (دولة المستهلك) رغبة في حماية المستهلك. أما في غير هذه الحالات يخضع العقد لقانون الأكثر ارتباط بالعملية التجارية وذلك لإعطاء نوع من الحرية الكاملة في الاستناد إلى العناصر المختلفة الملائمة للبيئة الإلكترونية لقواعد الإسناد المادية<sup>1</sup>.

رغم هذه الانتقادات يظل القانون الخاص الدولي الإلكتروني يلعب دورا فعالا في حل منازعات العقود الدولية للتجارة الإلكترونية وذلك لمجموعة من الأسباب أولها عجز المنهج التنازعي عن إعطاء حلول عادلة وواضحة لروابط تجارية تتعامل في مجتمع افتراضي، ثانيها رغبة المتعاملين التجاريين عبر شبكة الأنترنت في الهروب من القوانين الوطنية الجامدة، والتي تتبني أساسا على حماية المصالح الوطنية المحدودة ولا تعير أي اهتمام لمصالح التجارة الدولية الإلكترونية التي لا تعترف بالحدود أو الحواجز الجمركية . وثالثها أن انتعاش أي تجارة يعود أساسا إلى العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق وهو ما لا يتأتى في قواعد المنهج التنازعي بينما يوفره القانون الخاص الدولي الإلكتروني.

(1) د/فاروق محمد الاباصيري، مرجع سابق، ص132.

يبقى للجانب التطبيقي لرجال الأعمال الصناعية ومستعملي تكنولوجيا التجارة الإلكترونية دور هام في تلمس بعض الحلول والآليات اللازمة للمنازعات عن طريق اختيار القانون الواجب التطبيق بصورة صريحة لتجاوز مشكلتي القانون الواجب التطبيق وتحديد الاختصاص القضائي .

# خاتمة

تعد المعرفة اليوم السلطان والقوة والمقدرة وبدونها يضحي المجتمع مجتمعا تابعا لا متبوعا، ينقاد ولا يقود، يقلد ولا يبتكر، يحاكي ولا يبدع. والعلم والتكنولوجيا أصبحتا في العالم الحديث هما الجوهرتان الغاليتان ومن يملكهما يملك التقدم والرخاء ومن يفقدتهما يملك التخلف والعوز .

من هنا تظهر أهمية المعاملات الإلكترونية في حياتنا اليومية ، إذ أصبحت جزءا لا يتجزأ منها نظرا لما تتيحه من مزايا سواء من الجانب العملي أو التجاري أو العلمي بل حتى من الجانب الترفيهي. لكن التعامل في ظل البيئة الإلكترونية -نظرا لحدوثها نسبيا- يخلق مشاكل في ضبط هذه المعاملات وإخضاعها للقانون، ففي كثير من النقاط يستعصي تطبيق القواعد الكلاسيكية وذلك راجع ل:

- إلى التطور المستمر الذي يطرق على المعاملات الإلكترونية يوم بعد يوم مما أدى إلى توسع وسائلها وأساليبها وأهدافها وبالتالي التوسع في مفهومها وبالتالي عدم إمكانية حصرها وإخضاعها لنظام قانوني معين.

- قصور القواعد الكلاسيكية عن إستيعاب المفاهيم الإلكترونية.

نشير إلى أن أكثر من ربع سكان العالم الافتراضي هم من المتعاملين ضمن التجارة الإلكترونية، ويمكن القول انه من خلال الفكر الاقتصادي والتجاري عبر شبكات الاتصال العالمية أمكن التوصل إلى فوائد جمة للتجارة الإلكترونية بالرغم من المشاكل التي تثار في إطارها.

يمكن أن نعدد بعض الفوائد التي نجنيناها من التجارة الإلكترونية، وهي كالتالي:

- 1- تعتبر التجارة الإلكترونية وسيلة فعالة لتوسيع نطاق الأسواق المحلية بحيث تحرر التجارة من الطابع المادي وتتيح للأفراد عالمية الاختيار.
- 2- تساعد على سرعة الإستجابة لطلبات العملاء إذا ما قورنت بالمعاملات الورقية التقليدية التي تستغرق وقتاً أطول .
- 3- تعمل على تخفيض تكاليف المراسلات البريدية والدعاية والإعلان والتوزيع والتصميم والتصنيع بنسبة لا تقل عن 80 % من التكلفة الكلية.

- 4- تقليل المخاطر المرتبطة بتراكم المخزون من خلال تخفيض الزمن الذي يستغرقه معالجة البيانات أو المعاملات المتعلقة بالطلبات .
  - 5- تخفيض تكلفة إنشاء المتاجر الإلكترونية بالمقارنة بتكلفة إنشاء المتاجر التقليدية مما ينعكس إيجاباً على تكلفة إتمام الصفقات التجارية .
  - 6- تساعد التجارة الإلكترونية على توفير نظم معلومات تدعم اتخاذ القرارات الإدارية من خلال نظام تبادل المعلومات بدقة وبطريقة علمية تحقق القدرة على الرقابة والضبط المحاسبي .
  - 7- تعتبر التجارة الإلكترونية أحد الآليات الهامة التي تعتمد عليها عولمة المشروعات التجارية والإنتاجية والبنوك والبورصات.
  - 8- سهولة أداء المدفوعات الدولية المترتبة على الصفقات التجارية بواسطة النقود الإلكترونية المقبولة الدفع عالمياً وخلال فترة زمنية قصيرة .
  - 9- القدرة على إنشاء تجارة متخصصة ، وبالتالي خلق مصدر ثروة جديد.
  - 10- تحسين المنافسة مما يؤدي إلى جودة الخدمة.
- هذه الفوائد شجعت على أن تفرض التجارة الإلكترونية نفسها كنظير منافس للتجارة التقليدية ، والتي اختارت الشركات خاصة العظمى التعامل بها، مما أدى إلى ضرورة تأطير هذا النشاط الجديد، وقد حاولنا حصر ما يمكن حصره من ترسانة التشريعات الجزائرية التي لها علاقة بمفهوم التجارة الإلكترونية وحمايتها، كما حاولنا خلال ذلك سد الفراغات التي يعاني منها النظام القانوني للتجارة الإلكترونية من خلال عرض تجارب الدول الأجنبية وآراء الفقه إلى جانب الاجتهادات القضائية في هذا الشأن.
- بخصوص النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، مبدئياً لا نستطع الجزم بطبيعة معينة لعقود التجارة الإلكترونية وذلك راجع لاتساع نطاقها إلا أن ما يميزها عن العقود التقليدية أنها تتم عن بعد ودون الحضور المادي لأطرافها ، باختصار كل العقود التي يمكن تصورها تقليدياً يمكن إبرامها إلكترونياً معاد الشكلية منها وهو أهم عيب يأخذ على التنظي م القانوني لأغلبية الدول في معالجتها لموضوع التجارة الإلكترونية بما فيها الجزائر.

عقود التجارة الالكترونية يمكن أن تكون دولية أو وطنية، مع انه هناك من يرى أنها دائما دولية بالنظر للوسيلة المستعملة في التعاقد-الانترنت- حتى وان كان طرفا التعاقد وطنيين ، كما يمكن أن تكون عقود إذعان أو عقود مساومة أو تفاوض وفقا لظروف كل عقد على حدى ، كذلك أن العقود الالكترونية -كي لا نقول عقود التجارة الالكترونية- يمكن أن تكون تجارية أو مدنية وهذا الأمر يتوقف على طبيعة المعاملة وصفة المتعاملين، وفي هذا الصدد هناك نقطة تستوقفنا وهي انه وعلى الرغم من أن العقود مدنية إلا أن الشكل الالكتروني يدخلها ضمن العقود التجارية في الدول التي سنت تشريعات خاصة بالتجارة الالكترونية في حين أن هناك دولا تفادت هذا الخلط وسمت تشريعاتها بتشريع المعاملات الالكترونية، ويعود أساس الخلط بين العمل المدني والتجاري إلى القانون النموذجي حمل تسمية التجارة الالكترونية عليه تسارعت الدول وحملت تشريعاتها نفس التسمية و نفس التنظيم بالرغم من اختلاف أنظمتها القانونية .

بالنظر للطابع الدولي لأغلبية العقود الالكترونية فان ذلك من شأنه خلق مشاكل عدة لا نكتفي في حلها بالتشريعات الداخلية بل لا بد من اتفاقات دولية تنظم إليها الدول لتحقيق توحيد الحلول من جهة، ومن جهة أخرى تعديل هذه الاتفاقات فقد ثبت قصورها عن استيعاب المفهوم الالكتروني في كثير من الحالات، فمثلا اتفاقية فينا التي تعد المرجع في البيوع الدولية عجزت عن ضبط عقد التجارة الالكترونية في عدة نقاط منها:

-قصور النطاق المادي للاتفاقية عن تغطية كافة البيوع التي تتم عبر الانترنت فهي لا تنطبق على البيوع التي تبرم وتنفذ عن طريق الشبكة فمحل هذه البيوع سلع غير مادية والاتفاقية لا تنطبق إلا على البضائع المادية .

-وأنها تستبعد من نطاقها البيوع الاستهلاكية وان كان هناك العديد من البيوع الاستهلاكية في الفضاء الالكتروني ناهيك عن صعوبة التعرف على صفة المتعاقدين في البيوع الالكترونية، كذلك الأمر بالنسبة لاستبعاد الاتفاقية ببيوع المزادات العلنية. -تستعمل الاتفاقية معيار تواجد أماكن عمل الأطراف وان كان للأطراف اليوم أماكن في دول مختلفة فمن الأفضل تبني معيار مكان تأسيس الشركة الفعلي وغيرها من الفراغات.

إلى جانب ضرورة وضع اتفاقات جديدة تهتم بتنظيم التجارة الالكترونية وليس الاكتفاء بنماذج القوانين التي تخلو من أي طابع إلزامي.

بالنسبة للمشرع الجزائري يلاحظ انه تبنى في العديد من التشريعات تقنيات متعلقة بالتجارة الالكترونية لكن دون تنظيم وتغطية كافية لها ، فهو من جهة لم ينص صراحة على إمكانية التعاقد الالكتروني بالرغم من أنه إستحدث مفهومي الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني في القانون المدني ، نفس الشيء بالنسبة للأوراق التجارية المتمثلة في السفتجة والشيك أتاح إمكانية تقديمهما الكترونيا دون أن يتطرق لإمكانية إنشائهما الكترونيا. ف مشكل المشرع الجزائري هو أن تدخلاته إضافة لكونها تكون في الغالب متأخرة إلى أنها يعوزها التنظيم الكامل لموضوع التدخل.

بالعودة للكتابة الالكترونية و نظراً لما لاستخدامات تقنيات الكتابة الالكترونية من مزايا، تبرز في توفير الوقت واقتصاد في النفقات وتقريب للمسافات، فان ذلك يساعد على تشجيع التجارة الالكترونية، والأخذ بالكتابة الالكترونية على ما هو الأمر حالياً يحول دون الاستفادة من مزاياها خاصة في الشق المتعلق بالكتابة كشرط لصحة العقد.

كذلك الوضع بالنسبة للتوقيع الالكتروني فبالرغم من انه يمكن أن يؤدي وظائف التوقيع التقليدي، إلى أن الشروط التي وضعها المشرع لم تذكر رضا الموقع بما هو وارد في الوثيقة. حتى عندما تناول المشرع التوقيع المؤمن لم يضع نصوصاً تنظم هذا التوقيع ولا ما يضمن هذا التأمين، وبالتالي هناك حاجة إلى تدخل تشريعي .

نجد كذلك مسألة المصادقة على التوقيعات الالكترونية وتسليم شهادات المصادقة النصوص بشأن هذه المسألة غامضة وناقصة تحتاج إلى تنظيم أمثل.

بالإضافة إلى ذلك ينبغي التطرق إلى المشكلة المتعلقة بتسوية المنازعات بين أنواع أدلة الكتابة، حيث يلزم أن تكون المنازعة الخاصة بالإثبات محل تقدير القاضي الذي يعتمد في كل حالة على رجحان احد الأدلة الكتابية المعروضة عليه، بحيث يختص القاضي بأن يحدد في كل حالة على حده، الدليل الكتابي الذي يغلبه على الآخر، مع مراعاة كافة الظروف الخاصة بكل دعوة.

كذلك الإقرار بإمكانية إبرام أطراف العلاقة اتفاقات بشأن الإثبات من شأنها تعديل القواعد الموضوعية، وذلك من أجل إزالة أي شك حول مشروعية هذه الاتفاقات وفعاليتها. وهذا الاقتراح هو موقف أغلب السياسات التشريعية الدولية والوطنية بالخصوص، ويستوي أن يسن المشرع تشريعاً خاصاً بالمعاملات الالكترونية شاملاً أحكام التوقيع الالكتروني، وهو ما فعلته بعض الدول العربية، كالقانون الاردني رقم 85 لسنة 2001م الخاص بالمعاملات الالكترونية، والقانون التونسي رقم 83 لسنة 2000م الخاص بالمبادلات والتجارة الالكترونية، في حين ان بعضها الآخر سنت تشريعات مستقلة خاصة بالتوقيع الالكتروني، كما هو الحال بالنسبة لمصر القانون رقم 15 لسنة 2004 بتنظيم التوقيع الالكتروني، أو يكتفي بإدخال تعديل على قواعد الإثبات الكتابي في القانون المدني، ولكن بالقدر اللازم من النصوص الذي يستوعب التطور الذي لحق بها، وهو ما سار عليه القانون الفرنسي رقم 230 لسنة 2000.

في الجزائر يقتصر القانون المقترح لمستعملي وسائل التجارة الالكترونية على المبادئ العامة التي يمكن على ضوءها إزالة وتخفيف مقتضيات الاشتراطات التقليدية التي تشكل عقبات لاستخدام المحرر الالكتروني، كعدم التمييز في المعاملة بين هذا المحرر والمحرر الخطي، ثم تركت القواعد والأحكام التفصيلية والقواعد التنظيمية لتشريعات فرعية تصدر عن السلطة التنفيذية حتى يمكن إدخال التعديلات المناسبة عليها، كلما دعت الحاجة إلى ذلك دون انتظار مواعيد انعقاد السلطة التشريعية وهو ما فعلته عند إعطاءها لمفهوم التوقيع الالكتروني والتصديق الالكتروني، وهذا هو المنهج الذي سلكه المشرع الفرنسي كذلك عند تعديله لنصوص الإثبات في القانون المدني، حيث أصدر القواعد الأساسية التي وردت بالتعديل بموجب القانون المذكور، وأحال في التفصيلات الفنية إلى المراسيم ، وتبقى المراسيم الجزائرية بدورها ناقصة كالمرسوم المنشئ لخدمة المصادقة الالكترونية أو المنشأ للدفاتر التجارية الالكترونية فالأول لم يحدد لا مسؤولية الهيئة ولا مهامها على وجه مفصل ولا طبيعتها أو طريقة عملها أما الثانية فلم تقدم ما يضمن انتظام الدفاتر التجارية الالكترونية مما يرشحها للعمل بها دون الاحتفاظ بالدليل الورقي.



وهناك مجالات أخرى شديدة الاتصال بالتجارة الالكترونية لم يتناولها المشرع الجزائري أهمها المعاملة الضريبية والجمركية للتجارة الالكترونية وحماية المستهلك في التعاقد عن بعد و التعاقد التلقائي، قانون الاستثمارات باعتباره مهد مبدأ حرية التجارة ومنها التجارة الالكترونية وقانون المنافسة وغيرها.

أما بخصوص الحماية القانونية للتجارة الالكترونية ، سواء على المستوى العقدي أو على مستوى الاعتداءات التي يمكن أن تحصل للبيانات التي تنتقل الكترونيا لم تعالج مدنيا بأي نص- باستثناء حماية البرامج الالكترونية عن طريق تشريع المؤلف، وان لم يخصصها بحماية خاصة بل طبقا للقواعد العامة والتي رأينا قصورها الشديد في ضمان الحماية في المجال الالكتروني- مع ملاحظة وجود مسؤولية أشخاص جديدة وهي مسؤولية وسطاء الانترنت.

أما جزائيا فالتغير المفاجئ في السياسة الاقتصادية للدولة، إضافة إلى غياب وسائل قانونية فعالة أدى إلى انتشار ظواهر في الجزائر، حيث استغل البعض الفراغات القانونية الموجودة في ميدان الملكية الفكرية، والقانون الجنائي، أضف إلى ذلك تدهور القدرة الشرائية للمستهلك الجزائري مع قلة الوعي والتي تجعله يقبل على استهلاك السلع المنخفضة الثمن حتى ولو كانت مزيفة، او تحصل عليها بطرق غير مشروعة كالقرصنة.

في الأعوام الأخيرة نلاحظ انتشار واسع لآفة التزييف، نظرا لتوسع استيراد المنتجات المزيفة بالإضافة إلى الصناعة المحلية للسلع المزيفة والمرتفعة. بمعدل 83 بالمائة من المنتج المزيف لسنة 2004 حيث احتلت الجزائر المرتبة التاسعة عالميا في التزييف في مختلف أنواعه لدرجة انه أصبح من الصعب التمييز بين السلع المزيفة والأصلية في السوق، ومن بين أهم القطاعات المعرضة للتزييف أجهزة الإعلام الآلي إذا بلغ حجم الانخفاض بالنسبة لحقوق المؤلف في الجزائر سنة 2003 حوالي 207 مليون دينار.

بهدف التصدي لظاهرة التزييف تم اتخاذ عدة إجراءات وتدابير، أهمها إعادة النظر في النصوص القانونية التي تنظم الملكية الفكرية وخاصة الملكية الأدبية والفنية وهذا بموجب الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة الذي خول البرامج الالكترونية

حمايته بأنه جرم فعل تقليد البرامج، بينما لم يستفد مفهوم المواقع الالكترونية من أي تنظيم تشريعي في الجزائر.

كذلك تدخل بتعديل قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية نظرا لان النصوص التقليدية لا تتلائم في الكثير من الأحيان مع متطلبات البيئة الرقمية اللامادية، وان كان من الممكن تطوير وتكييف بعضها إلى أن الأمر يحتاج للتعديل على أساس أن القانون الجنائي لا يقبل أي مصدر من غير التشريع ولا يجوز القياس أو الاجتهاد فيه.

قام المشرع الجزائري بتجريم كل صور التحايل والاعتداء على أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات والشروع في ذلك، كما قام في الجانب الإجرائي بتعديل مفاده استثناء الجرائم المعلوماتية من القواعد العامة ومواجهتها بقواعد خاصة منها تمديد الاختصاص المحلي لكل من رجال الضبطية ووكيل الجمهورية وقاضي التحقيق وتمديد مواعيد الحبس ، كما خصها بإجراءات استدلال خاصة كاعتراض المراسلات والتسرب...الخ. وأكملها بإجراءات أخرى في قانون 04-09 يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها.

بخصوص تسوية نزاعات التجارة الالكترونية، تدين الوسائل البديلة بقدر كبير في جاذبيتها إلى السمة الدولية للنزاعات ، فالتحكيم مثلا يمثل منصة واحدة أيا كان نوع الاختصاص الذي يتعلق بالنزاع في حين أن التقاضي يشمل مجموعة من الإجراءات في مختلف الاختصاصات مما يجعل العملية أكثر تعقيدا وتكتنفها مخاطر نشوء نتائج غير متسقة مع القانون.

كما يوفر التحكيم والوساطة للأطراف حرية اختيار صانعي القرار، و يوفر كذلك إمكانية الحيدة والخبرة المختصة من جانب هيئة المحكمين، أو الوساطة ، كما تبرز حيادية التحكيم أيضا من حيث اختيار العناصر الأساسية لسير الإجراءات، كالقواعد الإجرائية والقانون الواجب التطبيق واللغة وغير ذلك من الأمور الشكلية، حيث من الجائز أن يمثل القانون الواجب التطبيق ومعرفة النظم الداخلية وسائل إستراتيجية في خدمة طرف واحد في النزاع. فقواعد التحكيم تكون مختارة، حيث يكون الأطراف على علم بالقانون الواجب التطبيق مما يجعل قواعده تتسم بالمباشرة والاستقامة.

تبرز ميزة أخرى للوسائل البديلة مقارنة بالقضاء تتمثل في السرية من حيث وجودها ونتائجها مقارنة بالجانب العلني الذي تتسم به إجراءات المحاكم بوجه عام ، فسمّة الكتمان والسرية تعد نافعة جدا إذا كان مدار النزاع الأسرار التجارية والمعلومات المتعلقة ببراءة الاختراع، هذه الميزة لا تحافظ فقط على ملكية هذه الحقوق، ولكن أيضا تحول دون رفع الدعاوى القضائية من قبل الغير، وكذا إهدار حقوق ملاك هذه الحقوق. ومن قواعد السرية أيضا أنها تحول دون إلحاق الضرر بسمعة المنتج أو مصنعه، فهي تنقّض "ماء وجه التجارة" من أن يراقق" فالمستثمرون لا يسعون للحصول على تراخيص استغلال براءة اختراع أثير نزاع حولها أو علامات أثير تشويش حول المنتج الذي تمثله.

كما أن اللجوء إلى القضاء قد يقضي على أي خط للرجعة بين المدعي والمدعى عليه، في حين أن العكس يمكن أن يشكل حلا ملائما للنزاع فقد يرغب الشخص الذي استعمل علامة أو براءة اختراع شخص آخر دون إذنه، في الحصول هذه العلامة أو على ترخيص بالاستغلال من مالك هذه البراءة وبالتالي القضاء على أصل النزاع. إذا كانت الحجج السابقة لتفضيل الحل البديل لحسم نزاعات التجارة الالكترونية، كلها ترجح كفته على كفة القضاء العادي، إلا أنه بالطبع ليس الحل الأمثل دائما، فالاعتبارات القانونية والتجارية قد تجعل في بعض الأحوال - الأطراف ينشدون نار المحكمة ويفضلونها على جنة اللجوء إلى التحكيم أو الوساطة.

فقد يشعر الأطراف بأن نظام المحاكم يلبي احتياجاتهم الخاصة، لسهولة تنفيذ أحكامها مقارنة تلك الناتجة عن الوسائل البديلة ، كما أن الحل البديل لن يكون مناسبا إذا كان الطرف الآخر غير متعاون تعاونا كاملا، وقد يحدث هذا في حالة اختلال التوازن العقدي بين الأطراف . وإذا كانت مسألة اختيار الهيئة واختيار القانون تعتبر من ميزات الوسائل البديلة، فإنه في الواقع العملي لا تشغل إلا حيزا صغيرا نسبيا من عملية الإعداد والتفاوض، تماما كتلك البنود التي تظهر عادة في الجزء الأخير من العقد والتي تفرز في الغالب في المراحل النهائية من المفاوضات، وأن هذه البنود مختصرة مما يوحي أيضا بأن الوقت الذي أنفق في مناقشتها كان قصيرا مما يجعل منها في الغالب الأعم أحكام هامشية لا تغري بالتخلي عن القضاء العادي.

ثمة نقطة أخرى قد تكون مؤثرة وهي حقيقة أن الاختصاص القضائي دائم ومنظم آليا في حين أن آليات الحل البديل ترتكز بالأساس إلى اتفاق الأطراف، ومن ثم تتطلب جهدا كبيرا حتى وإن كانت النزاعات الجوهرية ستختص في الغالب بعقود الأطراف، فإن حقيقة كون الحل البديل يستمد صلاحيته من رغبة الأطراف يمكن أن يزعزع قناعتهم بجدوى هذا الحل، خاصة وأن خبرة الأطراف بالجوانب التقنية والقانونية تكون متواضعة جدا.

ومع ذلك فإن كفة الحل البديل هي التي ترجح، خاصة عندما أنشأت منظمة التجارة العالمية "مركز للتحكيم والوساطة" الذي يقدم خدمات في مجال فض النزاعات عن طريق الحل البديل. والملاحظ أن المشرع الجزائري ورغم حداثة قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يضمنه أدنى إشارة لمصطلح الإلكتروني في شأن الطرق البديلة لحل النزاعات. وإن كان قد أشار لمصطلح "وسائل الاتصال" وإمكانيتها لإجراء اتفاقية التحكيم التجاري الدولي.

إذا اختار الأطراف اللجوء للقضاء، فمن المعلوم أن قواعد الإسناد المنصوص عليها في القوانين الداخلية للدول والاتفاقيات الدولية، تحدد القانون الواجب التطبيق، إلا أن تلك القواعد تعتبر غير ملائمة لتسوية المنازعات المتعلقة بالمعاملات والعقود الدولية الإلكترونية وخصوصا التي تتم عبر شبكة الأنترنت، ويرجع ذلك إلى خصوصية البيئة التي تبرز فيها هذه العقود، مما يجعل تركيزها في منطقة جغرافية معينة مسألة خلافية الأمر الذي من شأنه أن يجعل تطبيق قواعد الإسناد التقليدية التي يقوم على أساسها تحديد القانون الواجب التطبيق مسألة صعبة ومعقدة في حين أن ازدهار التجارة الإلكترونية يتطلب خضوعها لنظام قانوني معروف سلفا لأطرافها يرتبون على أساسه مواقفهم وتتحدد على ضوءه حقوقهم والتزاماتهم.

الأسس التي يقوم عليها منهج تنازع القوانين وخاصة الحدود السياسية والسيادة، أصبحت لا تتلائم مع التجارة الإلكترونية الدولية عبر الأنترنت، فهذه الأخيرة تعمل في عالم افتراضي غير مادي لا يمكن حصره في إقليم دولة معينة ولا منطقة جغرافية معينة، حيث تتجاوز الحدود الإقليمية لتجعل من الدول قرية واحدة بفعل التزاوج الذي تم بين تكنولوجيا المعلومات وثورة الاتصالات، وعليه فوجود شبكة الأنترنت أدى إلى وجود مجتمع عالمي افتراضي له أشخاصه وأدواته وتأبى طبيعته أن تحده حدود سياسية أو جغرافية.

ونتيجة لذلك، قلبت كل المفاهيم التي يقوم عليها القانون الدولي الخاص فقد انهارت فكرة الحدود، ولم تعد الدولة قادرة على صد أو رفض ما يبيث إليها عبر تلك الحدود. وفي ظل هذه الصعوبات بين الأسس التي يقوم عليها المنهج التنازعي من ناحية ومقومات التجارة الإلكترونية من ناحية أخرى، يبقى ضرورة وضع قواعد قانونية مادية دولية موحدة لحل نزاعات التجارة الإلكترونية هو الحل الأمثل.

نخلص في الأخير إلى أن التجارة الإلكترونية تحتاج لتنظيم لها ولا فرق إن كان هذا التنظيم خاصا بها أو كنوع من المعاملات الإلكترونية المهم أنه من المستحسن جمعها في تشريع واحد وليس في نصوص متناثرة ، ويجب أن تراعى في ذلك بعض المقومات الضرورية وهي:

- لا بد في البداية حتى نواكب التطور والتقدم من القضاء على ( الأمية الحديثة) وهي أمية الكمبيوتر والإنترنت وتثقيف الشعب للتعامل بالوسائل الحديثة لعقد صفقاتهم وبيان مميزاتها وفوائدها .
- وجوب توفير البنية التحتية للاتصالات وتكنولوجيا المعلومات.
- تشجيع التنظيم الذاتي لصناعة الانترنت توصلا إلى سوق تنافسية كاملة ولا بد من العمل كذلك على نشر أخلاقيات استعمال الحاسب الآلي.
- إخضاع المعايير التكنولوجية للترقية الدائمة مما يتوافق والمعايير الدولية.
- يجب أن لا يتم وضع تشريعات ذات طابع جامد فيما يتعلق خاصة بأنظمة الدفع الإلكتروني لكون هذه الأخيرة تتطور بشكل سريع.
- التركيز على ضرورة تحديد هوية الاطراف .
- إعلان الانترنت بيئة معفاة من التعريفات والرسوم والضرائب (في إطار العقود التي تنفذ خلالها وليس التي تنفذ ماديا).
- تطوير مجموعة قوانين دولية موحدة للتجارة الإلكترونية من أهم مظاهرها الاعتراف بالعقود الإلكترونية ، إثباتها، حل نزاعاتها.

- حماية الملكية الفكرية عبر الانترنت وذلك بالمصادقة على اتفاقات الانترنت مع التوسع في دراسة قواعد البيانات وكيفية حمايتها كذلك براءات الاختراع والعلامات التجارية عبر الانترنت ونظام نطاق الأسماء .
- ضمان حماية الحق في الخصوصية عبر الانترنت.
- تحديد المسؤوليات في التعاملات الالكترونية سواء المتعاملين أو الوسطاء.
- الأمن من خلال تنظيم لإجراءات المتابعة الجزائية ومعاقبة المجرمين وضرورة وضع اتفاقات دولية في هذا المجال.
- تعزيز التعاون الدولي لمكافحة الجريمة الإلكترونية والقبض على فاعليها وإيجاد عقوبات مشددة توقع عليهم
- لا بد من إيجاد مراكز متخصصة لتقديم شكاوي الاعتداء على هذه التجارة وتدريب المحققين فيها على التحقيق من خلال دورات متخصصة وهذا ما اتجهت إليه بعض الدول كإنجلترا والولايات المتحدة واليابان ومصر حيث أصبح هناك جهاز تابع لمكتب التحقيقات الفيدرالية .
- محاولة إيجاد قضاء متخصص وخبراء يتم توزيعهم على المحاكم للنظر في هذا النوع من القضايا .

# قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية:

I الكتب:

1. د/إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2003.
2. إيهام بختي، التجارة الإلكترونية (مفاهيم واستراتيجيات التطبيق في المؤسسة )، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
3. أبو الهيجاء محمد إبراهيم ، التعاقد بالبيع بواسطة الأنترنت، الدار الدولية ودار الثقافة، الأردن، 2002 .
4. أبو الهيجاء محمد إبراهيم ، التحكيم بواسطة الأنترنت، الدار الدولية ودار الثقافة، الأردن، 2002 .
5. د/أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية ، بدون سنة نشر.
6. د/ احمد عبد العال أبو قرين ، أحكام الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والتشريع والقضاء ، الطبعة 3، دار النهضة العربية، مصر، 2006 .
7. د/أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 2001.
8. أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي (الإلكتروني، السياحي، البيئي) دار النهضة العربية، مصر، 2002.
9. د/أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
10. د / أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2000 .
11. د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2007.



12. أسامة أحمد المناعسة وجلال محمد الزعبي وصايل الهواوشة ، جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، دراسة تحليلية مقارنة ، ط1 ، دار وائل ، عمان ، 2001.
13. د/أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2005 .
14. أسامة أحمد شتات، قانون التوقيع الإلكتروني، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
15. د/ أسامة عبدالله قايد ، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات ، دراسة مقارنة ، ط2، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1989 .
16. د/اشرف توفيق شمس الدين ، الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر ، 2006.
17. الصالحين محمد العيش ، الكتابة الرقمية طريقاً للتعبير عن الإرادة ودليلاً للإثبات، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، مصر ، 2008.
18. الرومي محمد أمين ، جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2003.
19. الرومي محمد أمين ، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004.
20. الرومي محمد أمين ، المستند الإلكتروني، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2008.
21. العبودي عباس ، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، دار الثقافة، الأردن، 1997.
22. د/ العبودي عباس ، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
23. العريان محمد علي، الجرائم المعلوماتية، دار الجامعة الجديدة، مصر ، 2004.
24. العلوجي أحمد خالد، التعاقد عن طريق الأنترنت، الدار الدولية ودار الثقافة، الأردن، 2002.
25. المحامي يونس عرب، قانون الكمبيوتر، اتحاد المصارف العربية، مصر ، 2001.

26. المنصف قرطاس ، حجية الإمضاء الالكتروني أمام القضاء، التجارة الالكترونية والخدمات المصرفية والمالية عبر الانترنت، اتحاد المصارف العربية، بيروت، 2000.
27. الياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
28. د/آمال عبد الرحيم عثمان ،الإثبات الجنائي ووسائل التحقيق العلمية ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1995.
29. أمال قارة ، الحماية الجزائية للمعلوماتية في التشريع الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر ، الجزائر، 2006 .
30. آمناج رحيم أحمد ، التراضي في العقود الالكترونية عبر شبكة الانترنت، دراسة تحليلية مقارنة، دار وائل، الأردن، 2006.
31. أمير فرج يوسف، التوقيع الالكتروني، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2008.
32. د/ إيناس الخالدي ، التحكيم الالكتروني، دار النهضة العربية، مصر، 2009.
33. د/إيهاب السنباطي ، موسوعة الإطار القانوني للتجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2007.
34. د/ بدر الدين عبد المنعم شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص ، بدون دار نشر، مصر، 1990 .
35. بشار طلال المومني ، مشكلات التعاقد عبر الانترنت ، عالم الكتب الحديث، الأردن، 2001.
36. بشار محمود دودين ، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر الانترنت، طبعة 2، دار الثقافة، الأردن، 2010.
37. بلال عبد المطلب بدوي ، البنوك الالكترونية(ماهيتها، معاملاتها، المشاكل التي تنثيرها)، دار النهضة العربية، مصر، 2006.
38. بن زيطة عبد الهادي ، حماية برامج الحاسوب في التشريع الجزائري وفقا لأحكام قانون المؤلف، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.

39. د/ تامر محمد سليمان الدمياطي ، أثبات التعاقد الالكتروني عبر الانترنت، دراسة مقارنة، ط الأولى، دار النهضة العربية ، مصر، 2009.
40. ثروت عبد الحميد ،التوقيع الالكتروني، ماهيته . مخاطره . وكيفية مواجهته . مدى حجبيته في الإثبات مكتبة الجلاء، المنصورة، 2001.
41. جلال عايد الشورة ، وسائل الدفع الالكتروني، دار الثقافة، الأردن، 2008.
42. د/جمال محمود عبد العزيز ، الدفاتر التجارية التقليدية والالكترونية وحجبتها في الإثبات ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
43. جميل الشرقاوي، الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982 .
44. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول من مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، 1995 .
45. د/جميل عبد الباقي الصغير ، أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة – (أجهزة الرادار – الحاسبات الآلية – البصمة الوراثية) – دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية، القاهرة 2001.
46. حابت محمد سعيد ، الخطوات الأولى في الإعلام الآلي، طبعة 2، دار هومة، الجزائر، 2003 .
47. د/حامد قشقوش هدى ، الحماية القانونية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية ، مصر، 2000.
48. د/ حسام الدين فتحي ناصف ، التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، مصر، 2005.
49. حسن طاهر داود ، الحاسب وامن المعلومات، معهد الادارة العامة، السعودية، 2000.
50. د/حسن عبد الباسط جميعي ، أثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
51. حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الفكر العربي، مصر، 1997 .

52. د/حمزة حداد، التحكيم في القوانين العربية، ج 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
53. د/خالد عبد الفتاح محمد، التنظيم القانوني للتوقيع الالكتروني(دراسة مقارنة)، المركز القومي للإصدارات القانونية ، مصر، 2009.
54. خالد عياد الحلبي ، إجراءات التحري والتحقيق في جرائم الحاسوب والانترنت، دار الثقافة، الأردن، 2011.
55. د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006.
56. د/ خالد ممدوح إبراهيم ، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.
57. د/خالد ممدوح إبراهيم ، امن مراسلات البريد الالكتروني، الدار الجامعية، مصر، 2008.
58. د/خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009.
59. خثير مسعود ، الحماية الجنائية لبرامج الكمبيوتر ،أساليب وثغرات، دار الهدى، الجزائر، 2010.
60. د/ رمزي رياض عوض ، مشروعية الدليل الجنائي في مرحلة المحاكمة وما قبلها،دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة ، دار النهضة العربية ،القاهرة ، 1997 .
61. د/ سامي عبد الباقي أبو صالح ، الوفاء الالكتروني بالديون الناشئة عن المعاملات التجارية ،دار النهضة العربية، القاهرة، 2004 .
62. د/ سامية راشد ، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 1979.
63. د/ سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني، أصول الاثبات وإجراءاته في المواد المدنية، المجلد الأول، ، ط الخامسة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة 1991.
64. د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، ط الأولى ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2006.

65. سمير عبد السميع الاودن، العقد الالكتروني، منشأة المعارف، مصر، 2005.
66. شافع بلعيد عاشور ، العولمة التجارية والقانونية للتجارة الالكترونية، دار ر هومة ، الجزائر، 2006.
67. سلطان عبد الله محمود الجواري ، عقود التجارة الإلكترونية والقانون والواجب التطبيق، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
68. شاهين بهاء، الإنترنت والعولمة، عالم الكتب، مصر، 1999.
69. د/شريف محمد غنام ، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006.
70. د/شريف محمد غنام ، حماية العلامات التجارية عبر الأنترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني ، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
71. د/ شيماء عبد الغني عطا الله ، الحماية الجنائية للتعاملات الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
72. د/ صابر عبد العزيز سلامة، العقد الالكتروني، مصر، 2005.
73. صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2005.
74. طارق عبد العال حماد، التجارة الإلكترونية، الدار الجامعية ،مصر، 2003.
75. د/ظاهر شوقي مؤمن، عقد البيع الالكتروني، دار النهضة العربية، مصر، 2007.
76. د/عابد فايد عبد الفتاح فايد ، الكتابة الإلكترونية في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
77. عابد فايد عبد الفتاح فايد ، الكتابة الإلكترونية في القانون المدني بين التطور القانوني والأمن التقني، الطبعة الأولى ، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014.
78. د/ عادل أبو هشيمة حوتة ، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، مصر، 2004 .
79. د/ عاطف عبد الحميد حسن ، مبدأ الثبوت بالكتابة في ضوء التطور التكنولوجي الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

80. عامر محمود الكسواني، التجارة عبر الحاسوب، دار الثقافة، الاردن، 2008.
81. عبد الحكم محمد عثمان ، فكرة المحل التجاري، تأثير تطور الأفكار والاساليب التجارية الحديثة، دار النهضة العربية، مصر، 1994.
82. د/عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.
83. د/ عبد الرؤوف مهدي ، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، مصر، 2003.
84. عبد الراضي كيلاني ، النظام القانوني لبطاقة الضمان والوفاء، دار النهضة العربية، مصر، 1988.
85. د/عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مجلد 2، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1988.
86. د/عبد الفتاح بيومي حجازي ، الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والإنترنت - دراسة متعمقة في جرائم الحاسب الآلي والإنترنت - دار الكتب القانونية ، القاهرة، 2001.
87. د/ عبد الفتاح بيومي حجازي ، مقدمة في التجارة الالكترونية العربية، شرح قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي، دار الفكر الجامعي، مصر، 2004.
88. د/ عبد الفتاح بيومي حجازي ، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الفكر الجامعي ، مصر، 2006.
89. د/ عبد الفتاح بيومي حجازي ، التجارة عبر الانترنت، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.
90. د/ عبد الفتاح بيومي حجازي ، جريمة غسل الأموال عبر شبكة الأنترنت ، دار النهضة العربية، مصر، 2009.
91. د/ عبد الفتاح بيومي حجازي ، إثبات المعاملات الالكترونية عبر الانترنت، بدون دار النشر، مصر، 2009.

92. عبد الناصر نزال العبادي ، منظمة التجارة العالمية واقتصاديات الدول النامية، الطبعة الأولى، دار الصفاء ، عمان، 1999.
93. د/عبد الهادي فوزي العوضي ، الجوانب القانونية للبريد الالكتروني، دار النهضة العربية، مصر، 2005.
94. د / عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة السابعة، مصر، 1972.
95. د/ عصام عبد الفتاح مطر ، التحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر 2009.
96. د/عطا عبد العاطي السنباطي ، الاثبات في العقود الالكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2008.
97. عفاف شمدين ، الأبعاد القانونية لاستخدامات تكنولوجيا المعلومات ، الطبعة 1 ، دمشق ، 2003.
98. عفيفي كامل عفيفي، جرائم الكمبيوتر، منشأة المعارف، مصر، د س ن
99. عكاشة محي الدين ، محاضرات في الملكية الادبية والفنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
100. علاء محمد نصيرات ، حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات (دراسة مقارنة)، دار الثقافة، الأردن، 2005.
101. د/علي البارودي ، القانون التجاري "الأعمال التجارية، التجار، الشركات التجارية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.
102. د/علي حسن الطوالبه ، التفتيش الجنائي على نظم الحاسوب والانترنت، دراسة مقارنة، ط1، عالم الكتب الحديث، اريد، 2004.
103. د/علي عبد الله القهوجي ، الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1999 .
104. علي فيلاي، الإلتزامات (النظرية العامة للعقد) ، موفم للنشر، الجزائر، 2008.

105. علي محمد أحمد أبو العز ، التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، 2008.
106. عماد علي الخليل، الحماية الجزائية لبطاقات الوفاء، دار وائل، الأردن، 2000.
107. د/عمر حسن المومني ، التوقيع الالكتروني وقانون التجارة الالكترونية ، دار وائل للنشر، طبعة أولى، عمان، 2003.
108. د/عمر محمد أبو بكر يونس، الجرائم الناشئة عن استخدام الانترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2004.
109. د/عوض محمد ، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، مصر، 1999.
110. فاروق محمد احمد الاباصيري ، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2002.
111. فرحة زراوي صالح ، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الحقوق الفكرية، ابن خلدون للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
112. د/قديري عبد الفتاح الشهاوي ، قانون التوقيع الالكتروني ولائحته التنفيذية والتجارة الالكترونية في التشريع المصري والعربي والأجنبي ، دار النهضة العربية، مصر، 2005.
113. محمد أحمد أبو القاسم، التسويق عبر الانترنت، دار الأمين، القاهرة، 2000.
114. محمد احمد عباينة ، جرائم الحاسوب وأبعادها، دار الثقافة، الأردن، 2005 .
115. محمد أمين احمد الشوابكة، جرائم الحاسوب والانترنت، دار الثقافة، الأردن، 2004.
116. د/محمد المرسى زهره ، الحماية المدنية للتجارة الالكترونية ( العقد الالكتروني - الإثبات الالكتروني - المستهلك الالكتروني، ط الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
117. د/ محمد المرسى زهره ، الحاسب الالكتروني والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.



118. د/محمد حسام محمود لطفي ، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الإلكتروني، دار الثقافة، مصر، 1987.
119. د/محمد حسام محمود لطفي ، الإطار القانوني للمعاملات الالكترونية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2002.
120. د/ محمد حسين منصور ، الاتبات التقليدي والالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2006.
121. د/محمد حسين منصور ، المسؤولية الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
122. محمد خالد جمال رستم ، التنظيم القانوني للتجارة والاتبات الالكتروني في العالم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، 2006.
123. محمد سعد خليفة ، مشكلات البيع عبر الانترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2004.
124. محمد شتا أبو سعد، عقد البيع، دار الفكر العربي، مصر، 2000 .
125. د/محمد شكري سرور ، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية ، 1988 .
126. د/ محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية)، الطبعة 4، دار الهدى، الجزائر، 2009.
127. محمد صديق محمد عبد الله ، مجلس العقد دراسة مقارنة، الطبعة الأولى ، دار الكتب القانونية، مصر، 2011.
128. د/محمد فتحي عبد الهادي ، مقدمة في علم المعلومات، مكتبة غريب، القاهرة 1984.
129. د/محمد فريد العريني، د.جلال وفاء البدري محمددين ، قانون الأعمال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000.

130. د/ محمد فواز المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية ، الطبعة 3 ، دار الثقافة ، الأردن ، 2011.
131. د/ محمد مدحت عزمي ، المعاملات التجارية الالكترونية ، الأسس القانونية والتطبيقات ، مركز الإسكندرية للكتاب ، مصر ، 2008.
132. محمد محمد شتا ، فكرة الحماية الجزائية لبرامج الحاسب الآلي ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2001.
133. محمود محمد أبو فروة ، الخدمات البنكية الالكترونية عبر الانترنت ، دار الثقافة ، الأردن ، 2009.
134. محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص ، منشأة المعارف ، مصر ، 2004.
135. د/ مدحت عبد الحليم رمضان ، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2001.
136. مصطفى موسى العجارمة ، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الأنترنت ، الطبعة الأولى ، دار الكتاب القانونية ، مصر ، 2010.
137. مناني فراح ، العقد الالكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري ، دار الهدى ، الجزائر ، 2009.
138. نصر الدين هنوني ، دارين يقدر ، الضبطية القضائية في القانون الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، 2009.
139. نضال إسماعيل برهم ، أحكام عقود التجارة الإلكترونية ، دار الثقافة ، الأردن ، 2005.
140. نورتن بوب وكاشي سميث ، التجارة على الأنترنت ، ترجمة مركز التعريب والبرمجة للدار العربية للعلوم ، لبنان 1997.
141. د/نوري حمد خاطر ، عقود المعلوماتية ، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة ، الأردن ، 2001.

142. د/هشام محمد فريد رستم، الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية - دراسة مقارنة - مكتبة الآلات الحديثة ، مصر، 1994.
143. د/هشام فريد رستم ، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات ، مكتبة الآلات الكاتبة ، أسبوط ، 1995.
144. د/ هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، منشأة المعارف ، مصر، 1972.
145. د/هلاي عبد اللاه أحمد ،حجية المخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية،دراسة مقارنة، ط2، دار النهضة العربية ،القاهرة ،2008.

## II الرسائل والمذكرات:

### أ-رسائل الدكتوراه

1. إيمان مأمون احمد ، الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية ،رسالة دكتوراه في القانون التجاري، كلية الحقوق المنصورة، مصر ، 2006.
2. حمودي ناصر، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، 2009
3. رجب كريم عبد الله ، التفاوض على العقد، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، مصر ، 2000.
4. عايض راشد عايض المري ، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة، 1998.
5. فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز ، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون التجاري، جامعة القاهرة، 2008.
6. محمد احمد محمد نور جستينية، مدى حجية التوقيع الالكتروني في عقود التجارة الالكترونية، رسالة للحصول على درجة دكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2005.

7. محمد جمال عطية ، الشكلية القانونية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، 1993.
  8. مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الالكترونية عبر الانترنت، أطروحة لنيل درجة دكتوراه العلوم في الحقوق ، تخصص قانون الأعمال، جامعة باتنة، 2012.
  9. محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، مصر ، 2005.
- ب- مذكرات الماجستير:**
1. بن غرابي سميرة ، عقود التجارة الالكترونية ومنهج تنازع القوانين، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009.
  2. بوديسة كريم، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
  3. تكلت زوينة، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية الدولية ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011.
  4. جدي صبرينة ، الحماية الجنائية لحقوق مؤلفي البرمجيات، مذكرة للحصول على شهادة ماجستير فرع قانون جنائي، جامعة باجي مختار، عنابة، 2004.
  5. جديد رابح ، خصوصيات تسوية المنازعات بالمنظمة العالمية للتجارة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
  6. حابت آمال، استغلال خدمات الانترنت، مذكرة لنيل درجة ماجستير في الحقوق ، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004.

7. حدادن طاهر ، دور القاضي الوطني في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون التنمية الوطنية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012.
8. خليف سمي ، حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، فرع قانون تعاون دولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010.
9. رحمانى حسيبة ، البحث عن الجرائم الجمركية واثباتها في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010.
10. صغير يوسف ، الجريمة المرتكبة عبر الانترنت، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع القانون الدولي للأعمال، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2013.
11. طمين سهيلة، الشكالية في عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون، فرع القانون الدولي للأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، 2011.
12. غدوشي نعيمة ، حماية المستهلك الالكتروني، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، 2012.
13. فادي محمد عماد الدين أبو السعود توكل، عقد التجارة الالكترونية، رسالة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، جامعة القاهرة، 2008.
14. لحراري (شالح) ويزة ، حماية المستهلك في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش وقانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012 .
15. واقد يوسف ، النظام القانوني للدفع الالكتروني، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام ، تخصص قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، 2011.
16. مرزوق نور الهدى ، التراضي في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، 2012.

17. يحيى يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، أطروحة لاستكمال نيل درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2007.

### III المقالات:

1. د/إبراهيم الدسوقي أبو اليل ، "التوقيع الالكتروني ومدى حجته في الإثبات ، دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق لدولة الكويت، العدد 03، 2006. ص ص 98-132.
2. أحمد جمال الدين موسى ، "النقود الالكترونية وتأثيرها على دور المصارف المركزية في إدارة السياسة النقدية" ، عن أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق لجامعة بيروت بعنوان الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002. ص ص 19-34
3. د/أحمد شرف الدين ، "التوقيع الالكتروني: قواعد الإثبات ومقتضيات الأمان في التجارة الالكترونية"، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التجارة الالكترونية ، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2000. ص ص 78-88.
4. د/أحمد شرف الدين ، "الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية وآليات تسوية منازعاتها"، ورقة عمل مقدمة للمنظمة العربية للتنمية الادارية الخاصة بالعقود والاتفاقات في التجارة الالكترونية، القاهرة، 2007، ص ص 153-191.
5. د/ أحمد عبد الكريم سلامة ، "الأنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق"، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والأنترنت، كلية الشريعة والقانون – بجامعة الإمارات العربية المتحدة 12-13 مايو 2000. ص ص 22-29.
6. د/إرزيل الكاهنة ، "الموازنة بين النشاط التنافسي وحقوق المستهلك"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، كلية الحقوق، تيزي وزو، العدد 02، 2011، ص ص 123-149.
7. آلاء يعقوب النعيمي ، "الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الالكتروني"، مجلة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 06، العدد 02، الإمارات العربية المتحدة، 2009. ص ص 205-249.

8. **الرائد كمال الكركي** ، "جرائم الحاسوب ودور مديرية الأمن في مكافحتها " ، ورقة عمل مقدمة إلى ندوة قانون حماية حق المؤلف - نظرة إلى المستقبل - المنعقدة في عمان بتاريخ 1999/7/5، ص ص 435-440.
9. **د/الصالحين محمد أبو بكر العيش** ، "إرتباط الأنترنت والتجارة الإلكترونية بالعقد الالكتروني"، مجلة القانون لجامعة قار يونس، ليبيا، مقال منشور على الموقع: <http://www.ladis.com>
10. **الفاخوري إدريس** ، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية " ، مجلة طنجيس، كلية العلوم القانونية ، جامعة عبد المالك السعدي، العدد 03، المغرب، 2003. ص ص 12-54.
11. **د/ القليوبي سميحة** ، "وسائل الدفع الحديثة "، بحث مقدم إلى مؤتمر الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية المنعقد في كلية الحقوق في جامعة بيروت، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية 2002. ص ص 35-59.
12. **المحامي يونس عرب** ، "قانون تقنية المعلومات والتجارة الالكترونية " ، مقال منشور على الموقع [www.arablawn.org](http://www.arablawn.org)
13. **المحامي يونس عرب**، "الحكومة الإلكترونية، الإطار العام"، : [www.arablawn.org](http://www.arablawn.org)
14. **باشي أحمد**، "واقع وآفاق التجارة الإلكترونية"، مجلة إدارة، العدد 26، الجزائر، 2001. ص ص 65-83.
15. **باطلي غنية** ، "حجية المستند الالكتروني " ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، عدد 02، سبتمبر 2011، ص ص 169-193.
16. **د/ بلمامي عمر** ، "نظرة تأملية حول مستقبل قواعد الإسناد في ظل عولمة القانون " ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية ، الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 04، 2007، ص ص 145-165.

17. بن رجدال جوهري ، "الأعمال الإلكترونية كدعامة للحكومة الإلكترونية في العالم العربي"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 04، 2010، ص 377-390.
18. بن ساسي إلياس ، " التعاقد الإلكتروني والمسائل القانونية والمتعلقة به "، مجلة الباحث، العدد 02، الجزائر، 2003، ص 69-98.
19. بودالي محمد ، "التوقيع الإلكتروني"، مجلة إدارة ، العدد 26، الجزائر، 2001. ص 33-46.
20. د/ توجان فيصل الشريدة ، "ماهية وإجراءات التحكيم الإلكتروني، التحكيم عبر الانترنت كوسيلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية"، مجلة الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2005، ص 1089-1111.
21. حابت أمال، "حجية الوثيقة الإلكترونية في التقنين المدني الجزائري"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، كلية الحقوق، تيزي وزو، العدد 02، الجزائر، 2012، ص 135-161.
22. د/ حاتم عبد الرحمان منصور الشحات ، "الحماية الجزائية للثقة في المستند الإلكتروني"، مجلة الحقوق، الكويت، العدد 01، 2006، ص 140-178.
23. حسام الدين كمال الأهواني ، "الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الآلي"، أبحاث مؤتمر الكويت الأول للقانون والحاسب الآلي، الكويت، 1994. ص 134-160.
24. حسين فريجة، "التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل المنازعات"، مجلة إدارة، المجلد 20، العدد 01، الجزائر، 2010، ص 47-73.
25. د/حسين عبده الماحي ، "نظرات قانونية في التجارة الإلكترونية"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة المنصورة ، العدد 31، مصر، أبريل 2002، ص 268-341.



26. حمودي ناصر ، "التنظيم القانوني لظاهرة المعلوماتية في الجزائر" ، الانجازات والتحديات ، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، كلية الحقوق، تيزي وزو، العدد02، الجزائر، 2012، 179-242.
27. د/خالد سعد زغلول ، " العولمة والتحديات الاقتصادية وموقف الدول النامية " ، مجلة الحقوق، العدد1، جامعة الكويت، الكويت، مارس2002.ص ص 30-32.
28. خالد عرفة، " حجية الوثيقة الالكترونية "، مقال منشور في مجلة أفكار الإلكترونية على لموقع [WWW.afkaronlin.org](http://WWW.afkaronlin.org)
29. خليف مريم ، "الالتزام بالإعلام الالكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الالكترونية"، دفا تر السياسة والقانون، العدد 04، الجزائر، 2011.ص ص 204-253.
30. خمري أعمر ، "أحكام الشيك من الورق إلى الإلكترونيك"، مجلة المعارف ، المركز الجامعي بالبويرة، العدد07 ، الجزائر، 2009، ص ص53-98.
31. د/ داود الباز ، "المناقصة الالكترونية وسيلة لاختيار المتعاقد مع الإدارة " ، مجلة الحقوق لجامعة البحرين، المجلد الثالث، العدد الأول، البحرين، جانفي2006، ص ص182-208.
32. دحابة بشار ، "أسواق وتقنيات الخلي في البلاد العربية " ، مجلة الإقتصاد والأعمال، العدد255، لبنان، مارس2001، ص ص58-64.
33. راشدي صابر ، "المركز القانوني للكمبيوتر في التعاقد الالكتروني " ، مجلة معارف الصادرة عن المركز الجامعي العقيد أكلي محند اولحاج ،العدد 09، البويرة، الجزائر،ديسمبر 2010، ص ص09-28 .
34. رامي محمود علوان، "التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني"، مجلة الحقوق، العدد الرابع، مصر، 2002.ص ص 18-46.
35. د/رايس محمد ، "تنفيذ الحكم الأجنبي في ظل الإجراءات المدنية والإدارية الجديد: الضوابط والإجراءات"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، كلية الحقوق، تيزي وزو، العدد02، 2011 الجزائر، ص ص07-50.

36. د/ رضا السيد عبد الحميد ، " الدفاتر التجارية الإلكترونية في القانون المصري والسعودي والإماراتي "، أعمال ندوة المنظمة العربية للتنمية الإدارية الخاصة بالعقود والاتفاقات في التجارة الإلكترونية، القاهرة ، 2007. ص ص 127- 151.
37. د/سمير برهان ، "حجية الإثبات في عقود التجارة الإلكترونية "، أعمال ندوة المنظمة العربية للتنمية الإدارية الخاصة بالعقود والاتفاقات في التجارة الإلكترونية، القاهرة ، 2007. ص ص 87- 126.
38. د/ سي يوسف زاهية حورية ، "حماية المستهلك مدنيا من الإعلان التجاري الكاذب والمظلل"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 04، الجزائر، 2010، ص ص 183- 206.
39. شيماء جمال مجاهد ، " تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية عبر شبكات الاتصال الدولية " ، مقال منشور على الموقع:  
<http://www.aladalacenter.com/index.php/2012-10-31>
40. د/ عايض راشد المري، "تأملات في مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي"، مجلة الحقوق، العدد 03، الكويت، 2006، ص ص 128-173.
41. د/ عبد العزيز المرسي حمود ، "مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية في ضوء قواعد الإثبات النافذة "، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد الواحد والعشرون السنة الحادية عشر، مصر، إبريل 2002، ص ص 22-53.
42. عبد اللطيف جابر ، "العولمة والاقتصاد والتنمية العربية "، مجلة فكر ونقد ، العدد السابع، مصر، 2007. ص ص 07-15.
43. د/عبد الله بن إبراهيم الناصر ، "العقود الإلكترونية "، دراسة فقهية تطبيقية مقارنة ، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون والمقام بدولة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من 10 \_ 12 مايو 2003.

44. عجالي بخالد ، "التنظيم التشريعي للتعاقد الالكتروني"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، كلية الحقوق، تيزي وزو، العدد 02، الجزائر، 2012، ص ص 356-373.
45. د/عدنان إبراهيم سرحان ، "الوفاء الالكتروني"، مجلة الحقوق، العدد الأول المجلد الثالث، جامعة الكويت، الكويت، 2005، ص ص 231-265..
46. عمر خالد محمد الزريقات، "عقد البيع عبر الانترنت"، دراسة تحليلية ، مجلة الحقوق، جامعة عين شمس ، مصر ، 1999، ص ص 189-204.
47. عمرو عبد الكريم ، "العولمة عالم ثالث على أبواب قرن جديد " ، المنار الجديد ، العدد الثالث، لبنان، 2008. ص ص 23-37.
48. فاتح كمال ، "الحماية الجنائية للمستهلك في إطار القانون المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع" ، مقال منشور على الموقع <http://www.ampoc.net/kamal.htm>
49. فيش كمال ، "الوساطة"، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص بالطرق البديلة لحل النزاعات، الصلح الوساطة والتحكيم، الجزء 02، الجزائر، 2009. ص ص 560-582.
50. قادري عبد المجيد ، "الوفاء الالكتروني"، مجلة العلوم القانونية كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، العدد 12 ، عنابة ، الجزائر، جوان 2008، ص ص 155-170.
51. د/ محمد أبو الغنين ، "مقدمة في منازعات عقود التجارة الالكترونية في الدول العربية ودور المنظمات والمؤسسات المختلفة"، بحث مقدم لمؤتمر الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية والاتجاهات ووسائل حسم المنازعات، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، مصر. 2000. ص ص 96-135.
52. د/محمد السيد عرفة ، "التجارة الدولية الإلكترونية عبر الانترنت"، مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون ، مجلد 1، جامعة الإمارات، الامارات العربية المتحدة، 2000، ص ص 02-25.

53. محمد سعدو الجرف ، "النقود الالكترونية وآثارها على المصارف المركزية " ، مؤتمر القانون والحاسوب، المنعقد في 12 الى 14 تموز 2004، جامعة اليرموك، المملكة الأردنية الهاشمية، ص ص 22-67.
54. د/ محمود أحمد إبراهيم الشرقاوي ، "مفهوم الأعمال المصرفية الالكترونية وأهم تطبيقاتها"، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون جامعة دبي، من 10 إلى 12 ماي 2003.
55. مشري راضية ، "الحماية الجنائية لبرامج الحاسوب في ظل قانون حق المؤلف، " المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق لجامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد02، الجزائر، 2010، ص ص 261-294.
56. مصطفى سعيد احمد ، "التجارة الالكترونية في الق رن القادم "، المؤتمر السابع للاقتصاديين الزراعيين، التكنولوجيا والزراعة المص رية في الق رن 21، منعقد في القاهرة، الفترة بين 27 و29 يوليو 1999. ص ص 03-16.
57. معزوز دليلة، "الالتزام بالاعلام قبل التعاقد كوسيلة بديلة لضمان رضا المستهلك في البيع الالكتروني"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، كلية الحقوق، تيزي وزو، العدد02، الجزائر، 2012، ص ص 328-355.
58. موسي سهام، "تحليل تنافسية المتاجر الالكترونية،دراسة حالة موقع أمازون amazon.com " ، مجلة الباحث- عدد 07،الجزائر، 2009-2010. ص ص 89-102.
59. موكة عبد الكريم ، "القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي الالكتروني "، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد02، الجزائر، 2010، ص ص 190-204.
60. نائل على المساعدة ، "أركان الفعل الضار الالكتروني في القانون الأردني "، مجلة دراسات، جامعة علوم الشريعة والقانون، المجلد 32، العدد01، السعودية، 2005، ص ص 55-78.

61. ناجي الزهراء ، "التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الإلكترونية المدنية والتجارية"، بحث مقدم للمؤتمر العلمي المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون المنعقد في الفترة من 28 إلى 29 أكتوبر 2009، ليبيا، 2009. ص ص 01-22.
62. د/ نبيل صلاح العربي ، "الشيك الإلكتروني والنقود الإلكترونية ، دراسة مقارنة "، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون، المنعقد بدبي بين 10 و12 ماي 2003 ، كلية الشريعة والقانون، دبي، 2003. ص ص 208-234.
63. نهيل محمد صبيح ، " حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية " ، مجلة الحقوق جامعة الكويت، عدد 04، الكويت، 2008، ص ص 134-172.
64. نفن بدر الدين سطاس ، " المسؤولية المدنية لمزوّدي خدمات التصديق الإلكتروني في التشريع السوري " ، مجلة المحامون ، العدد 03 ، 2012. على الموقع [www.syrianbar.org/vb/](http://www.syrianbar.org/vb/)
65. نوري حمد خاطر ، " وظائف التوقيع الإلكتروني في القانون الخاص في القانون الأردني والفرنسي "، مجلة المنارة، المجلد 3، العدد 2، الأردن، 1998. ص ص 11-51.
66. هشام القطان ، "التجارة الإلكترونية: استثمار، مضمون، اقتصاديات "، مجلة الرياض، العدد 37، السعودية، آذار 2000. ص ص 17-25.
67. هند عبد القادر سليمان ، " دور التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الإلكترونية" ورقة عمل مقدمة للمؤتمر المغاربي الأول حول :المعلوماتية والقانون تحت شعار: نحو قانون مغاربي نموذجي للمعلومات، ليبيا، 2009. ص ص 23-54.
68. ولد الشيخ شريفة ، "الطرق البديلة لحل النزاعات محاضر الصلح والوساطة كسندات تنفيذية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري "، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، كلية الحقوق، تيزي وزو، العدد 02، 2012، ص ص 90-134.

## III القوانين:

## أ. الدستور

1. مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996 المتضمن تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 ، ج ر ج ج عدد 76/1996 ، معدل ومتمم بقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر ج ج عدد 25/2002، معدل ومتمم بقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 يتضمن تعديل الدستور، ج ر ج ج عدد 63/2008.

## ب. الاتفاقات الدولية:

1. اتفاقية تيسير وتنمية التبادل التجاري بين الدول العربية المنعقدة في تونس سنة 1981 والتي تم المصادقة عليها بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 04 - 223 المؤرخ في 16 جمادى الثانية عام 1425 الموافق 3 غشت سنة 2004 وامتضمن التصديق على اتفاقية تيسير وتنمية التبادل التجاري بالدول العربية المحررة بتونس يوم 22 ربيع الثاني عام 1401 الموافق 27 فبراير سنة 1981
2. اتفاقية الشراكة المبرمة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمجموعة الأوروبية بفالونسيا يوم 22 افريل 2002 المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي 05-159 المؤرخ في 27 افريل 2005، ج ر ج ج عدد 31/2005.
3. معاهدة المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بشأن حقوق المؤلف المعتمدة بجونيف في 20 ديسمبر 1996 المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 13-123 المؤرخ في 22 جمادى الأولى 1434 الموافق ل 3 افريل 2013، ج ر ج ج عدد 27/2013.
4. الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات المحررة في القاهرة بتاريخ 21 ديسمبر 2010 المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 14-252 المؤرخ في 8 سبتمبر 2014 ، ج ر ج ج عدد 57/2014.

## ج . النصوص التشريعية:

1. أمر رقم 66-155 مؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج ر ج ج عدد 49/1966، المعدل والمتمم بقانون 06-22 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006 ، ج ر ج ج ج عدد 84/2006.
2. أمر رقم 66-156 مؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات ، ج ر ج ج عدد 49 / 1966، المعدل والمتمم بقانون رقم 06-23 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006 ، ج ر ج ج ج عدد 84/2006.
3. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج ر ج ج عدد 78/1976، المعدل والمتمم بلأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، ج ر ج ج عدد 44/2005.
4. أمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، ج ر ج ج عدد 78/1976، المعدل والمتمم بقانون رقم 05-02 مؤرخ في 06 فيفري 2005 ، ج ر ج ج ج عدد 11/2005.
5. أمر رقم 76-101 مؤرخ في 09 ديسمبر 1976 يتضمن قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، ج ر ج ج عدد 103/1976، المعدل والمتمم.
6. أمر رقم 76-102 مؤرخ في 09 ديسمبر 1976 يتضمن الرسوم على رقم الأعمال، ج ر ج ج ج عدد 103/1976، المعدل والمتمم.
7. أمر رقم 76-104 مؤرخ في 09 ديسمبر يتعلق بقانون الضرائب الغير مباشرة، ج ر ج ج عدد 104/1976، المعدل والمتمم.
8. أمر رقم 79-07 المؤرخ في 21 جويلية 1979 يتضمن قانون الجمارك، ج ر ج ج عدد 30/1979، المعدل والمتمم.
9. قانون رقم 89-02 مؤرخ في 07 فبراير 1989 يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج ر ج ج ج عدد 06/1989(ملغى).
10. قانون رقم 90-10 المؤرخ في 14 افريل 1990 المتعلق بالنقد القرض ، ج ر ج ج عدد 16/1990 (ملغى).

11. مرسوم تشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 5 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار، ج ر ج ج عدد 1993/64 (ملغى) .
12. أمر رقم 95-06 مؤرخ في 25 جانفي 1995 المتضمن قانون المنافسة، ج ر ج ج عدد 1995/09 (ملغى).
13. أمر رقم 97-10 مؤرخ في 06 مارس 1997 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج ر ج ج عدد 1997/13 (ملغى).
14. قانون رقم 98-10 مؤرخ في 22 أوت 1998 يتضمن تعديل قانون الجمارك، ج ر ج ج عدد 1998 /61 .
15. قانون رقم 2000-03 المؤرخ في 05 أوت 2000 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر ج ج عدد 2000/48.
16. أمر رقم 01-03 مؤرخ في 20 أوت 2001 يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر ج ج عدد 2001/47، المعدل والمتمم.
17. أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالمنافسة، ج ر ج ج عدد 2003/43 معدل ومتمم.
18. أمر رقم 03-05 مؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج ر ج ج عدد 2003/44.
19. أمر رقم 03-07 مؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق ببراءات الاختراع، ج ر ج ج عدد 2003/44.
20. قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر ج ج عدد 2004/41 ، المعدل والمتمم.
21. قانون رقم 04-08 مؤرخ في 14 أوت 2004 يتعلق بشروط ممارسة النشاطات التجارية، ج ر ج ج عدد 2004/52، المعدل والمتمم.
22. قانون رقم 05-02 مؤرخ في 06 فيفري 2005 المتضمن تعديل القانون التجاري، ج ر ج ج عدد 2005/11.



23. قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المتضمن تعديل القانون المدني، ج ر ج عدد 2005/44.
24. قانون رقم 06-22 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية، ج ر ج ج عدد 2006/84.
25. قانون رقم 06-23 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المتضمن تعديل قانون العقوبات، ج ر ج ج عدد 2006/84.
26. قانون رقم 07-11 مؤرخ في 15 ذي القعدة 1428 الموافق 25 نوفمبر 2007 يتضمن النظام المحاسبي المالي، ج ر ج ج عدد 2007/74.
27. قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008 متضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج عدد 2008/21.
28. قانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 يونيو 2008، يعدل ويتم الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة ج ر ج ج عدد 2008/36.
29. قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فبراير 2009 يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج ر ج ج عدد 2009/15.
30. قانون رقم 09-01 مؤرخ في 25 فيفري 2009 يتضمن تعديل قانون العقوبات.
31. قانون 09-04 مؤرخ في 05 غشت 2009 يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج ر ج ج عدد 2009/47.
32. قانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 أوت 2010 يعدل ويتم الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، ج ر ج ج عدد 2010/46.
33. قانون رقم 10-06 مؤرخ 15 أوت 2010 يعدل قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر ج ج عدد 2010/46.

د- النصوص التنظيمية:

1. مرسوم رئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 7 أكتوبر سنة 2010 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 24 صفر عام 1433 الموافق 18 يناير 2012، ج ر ج ج عدد 2012/04.
2. مرسوم تنفيذي رقم 97-40 مؤرخ في 18 يناير سنة 1997 المتعلق بمعايير تحديد النشاطات والمهن المقننة الخاضعة للقيود في السجل التجاري، وتأطيرها، ج ر ج ج عدد 1997/05، المعدل والمتمم .
3. مرسوم تنفيذي رقم 98-257 مؤرخ في 25 أوت 1998 يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الأنترنت، وإستغلالها، ج ر ج ج عدد 1998/63 المعدل والمتمم.
4. مرسوم تنفيذي رقم 2000-307 مؤرخ في 14 أكتوبر 2000. يعدل المرسوم 98-257 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات انترنت واستغلالها، ج ر ج ج عدد 2000/60.
5. مرسوم تنفيذي رقم 01-123 مؤرخ في 9 ماي 2001 والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية ، ج ر ج ج عدد 2001/27.
6. مرسوم تنفيذي رقم 03-453 مؤرخ في 01 ديسمبر 2003 المتضمن تعديل المرسوم التنفيذي 97-40 المتعلق بمعايير تحديد النشاطات والمهن المقننة الخاضعة للقيود في السجل التجاري، وتأطيرها ، ج ر ج ج عدد 2003/75.
7. مرسوم تنفيذي رقم 05-648 المؤرخ في 8 ذي القعدة 1426 الموافق ل 10 ديسمبر 2005 والذي يحدد شرط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم وكيفيات ذلك ، ج ر ج ج عدد
8. مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 10 سبتمبر 2006 يحدد العناصر الأساسية في العقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية. ج ر ج ج عدد 2006/56 المعدل والمتمم.

9. مرسوم تنفيذي رقم 162-07 المعدل والمتمم للمرسوم تنفيذي 123-01 المؤرخ في 9 ماي 2001 والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية ، ج ر ج ج عدد 2007/37.
10. مرسوم تنفيذي رقم 44-08 المعدل والمتمم لمرسوم تنفيذي رقم 306-06 مؤرخ في 10 سبتمبر 2006 يحدد العناصر الأساسية في العقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية. ج ر ج ج عدد 2008/07.
11. مرسوم تنفيذي رقم 65-09 المؤرخ في 11 صفر 1430 الموافق ل 07 فيفري 2009 ، يحدد الكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع والخدمات المعينة، ج ر ج ج عدد 2009/10.
12. مرسوم تنفيذي رقم 100-09 مؤرخ في 10-03-2009 المتضمن كيفية تعيين الوسطاء القضائيين، ج ر ج ج عدد 2000/16.
13. مرسوم تنفيذي رقم 110-09 مؤرخ في 11 ربيع الثاني 1430 الموافق 08 افريل 2009 الذي يحدد شروط و كيفيات مسك المحاسبة بواسطة الإعلام الآلي، ج ر ج ج عدد 2009/21.
14. مرسوم تنفيذي رقم 09 - 410 مؤرخ في 23 ذي الحجة عام 1430 الموافق 10 ديسمبر سنة 2009 يحدد قواعد الأمن المطبقة على النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة ، ج ر ج ج عدد 2009/73.
15. مرسوم تنفيذي رقم 13 - 84 مؤرخ في 6 فبراير سنة 2013 يحدد كيفيات تنظيم وتسيير البطاقة الوطنية لمرتكبي أعمال الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريعات والتنظيمات الجبائية والتجارية والجمركية والبنكية والمالية وكذا عدم القيام بالإيداع القانوني لحسابات الشركة ، ج ر ج ج عدد 09/2013.
16. مرسوم تنفيذي رقم 13 - 85 مؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1434 الموافق 6 فبراير سنة 2013 يعدّل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 10-89

- المؤرخ في 24 ربيع الأول عام 1431 الموافق 10 مارس سنة 2010 الذي يحدد كفاءات متابعة الواردات المعفاة من الحقوق الجمركية في إطار اتفاقيات التبادل الحر، ج ر ج ج عدد 2013/09.
17. قرار صادر عن وزارة المالية مؤرخ في 17 نوفمبر 2013 يحدد محتوى البوابة الالكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكفاءات تبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية، ج ر ج ج عدد 2014/21.
18. نظام رقم 91-07 مؤرخ في 14 أوت 1991 متعلق بقواعد الصرف وشروطه، ج ر ج ج عدد 1992/24.
19. نظام رقم 05-04 مؤرخ في 13 أكتوبر 2005 المتعلق بنظام التسوية الإجمالية الفورية للمبالغ الكبيرة والدفع المستعجل، ج ر ج ج عدد 2006/02.
20. نظام رقم 05-05 مؤرخ في 15 ديسمبر 2005، يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال و تمويل الارهاب ومكافحتهما، ج ر ج ج عدد 2006/26 (ملغى).
21. نظام رقم 05-06 مؤرخ في 15 ديسمبر 2005 يتعلق بمقاصة الصكوك وأدوات الدفع الأخرى الخاصة بالجمهور العريض، ج ر ج ج عدد 2006/26.
22. نظام رقم 11-08 مؤرخ في 28 نوفمبر 2011 يتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية، ج ر ج ج عدد 2012/47.
23. نظام رقم 12 - 03 مؤرخ في 14 محرم عام 1434 الموافق 28 نوفمبر سنة 2012 يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهم، ج ر ج ج عدد 2013/12.

## ثانيا: باللغة الفرنسية

**I Ouvrages:**

1. **BEAURE D'Augeres, BREESE Thuilier**, paiement numérique sur internet, état et l'art, aspects juridiques et impact sur les métiers, Thomson .France,1997.
2. **BENSOUSSAN.Alain**, le commerce électronique, aspects juridique, LITIC, France, 2003.
3. **BRESSE Pierre, KAUFMAN Gautier**, guide juridique de l'internet et du commerce électronique, librairie Vuibert, France, 2000.
4. **DE GALARD .T ET COSTES .L** , Noms de domaines internet :présentation et commentaire des recommandation du rapport final OMPI relatif aux noms de domaines internet et des premières résolutions de l'ICANN , cahier Lamy droit de l'informatique, 1999.
5. **DE LAMBERT rie Isabelle, VIVANT Michel**, L'internet et le droit, Collection le gi presse, paris, 2001,
6. **FAUCHOUX Vincent, DEPREZ Pierre**, Le droit de l'internet, lois, contrats et usages, LITEC, Paris,2009
7. **FENOLL TROUSSEAU – Marie–Pierre et HAAS Gérard**, Internet et protection des données personnelles, édition dites, France.2003.
8. **Huel J'erôme**, droit du multimédia, de la télématique a' internet, rapport

réalisé sous la direction de Pierre Huel, AFTEL, France, 1996 .

9. **ITEAU Olivier**, internet et le droit, aspects juridique du commerce électronique, Egolles, France, 1996,
10. **JEAN BAPTISTE.M** , créer et exploiter un commerce électronique, LITIC, France,2000.
11. **KAUFMAN.G**, Nom de domaine sur internet, aspects juridiques, Vuibert, France, 2001,.
12. **LAURENT Jacques**, la date électronique et le contrat, les deux journées internationales du droit du commerce électronique, actes du colloque de Nice, le06 et 07 novembre2003, LITIC, paris,2004.
13. **LEMAY Laura et MURPHY Brian** ,commerce sur le web, Simon et Schuster Macmillan, France ,1997.
14. **MEUNIER .C** , La loi du 28 Nov. 2000 relative a la criminalité informatique, France.2002,
15. **PANDIER. F.J**, Initiation à l'Internet juridique, Rapport de l'O.C.D.E, Paris, Litec, France ,1998
16. **PODOVO.Y**, un aperçu de la lutte contre la cybercriminalité en France, R.S.C. France,2002,
17. **TAYLOR.s**, L'harmonisation communautaire de la responsabilité du fait des produits défectueux, 1999.

## **II Thèses et Mémoires :**

### **a-thèses de doctorat**

1. **Farouk Weshahi Ahmed**, le droit face à l'objectif de sécurité du paiement dans le commerce électronique, étude comparative franco-égyptienne, thèse de doctorat, Marseille 2004,
2. **VERGUCHT Pascal**, la répression des délits informatiques dans une perspective international, thèse de doctorat, université MONTPELLIER, France,1996.

### **b- mémoires**

1. **BERGUIG Matthieu**, L'usurpation d'identité sur Internet, Mémoire de DESS, Université Paris II (Panthéon – Assas). 2000 – 2001.,
2. **MOREAU Nathalie** , La formation du contrat électronique dispositif de protection du cyberconsommateur et modes alternatifs de règlement des conflits , Mémoire DEA , Droit des contrats, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales ,Université de Lille 2, 2003 ,

### III Articles:

1. **AMEGE.M** , La signature électronique fragilise-t-elle le contrat, Disponible sur:[www.lexana.com](http://www.lexana.com).
2. **ANTOINE.M.,GOBERT. D**, Piste de réflexion pour une législation relative à la signature électronique et au régime des autorités de certification ,R.G.D.C, n°04,1998,.
3. **ANTOINE.M.,GOBERT. D**, La directive européenne sur la signature électronique : Vers la sécurisation des transactions sur l'Internet ?,2000.,[www.consultandtraining.com](http://www.consultandtraining.com).
4. **BACACHE Mireille**, Les nouveaux défis du droit de la responsabilité : l'article 15 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique consacre-t-il un nouveau cas de responsabilité contractuelle autonome du fait d'autrui ?, Les nouveaux défis du commerce électronique sous la direction de ROCHFELD Judith, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2010. pp31-54.
5. **BOYDAN Michael, HOBBER Kaj**, chronique du jurisprudence suédoise(1996-2004),journal du droit international ,n°02,2006,pp719-752.
6. **CANLORBE Jérôme** ,Contrat type de commerce électronique: Vente des biens ou prestation de services commerçants – consommateurs", Rapport de la Commission de Commerce et des Echanges, Chambre de Commerce et

d'Industrie de Paris, Décembre 2005

7. **CAPRIOLI Eric A**, Arbitrage et médiation dans le commerce électronique, revue de l'arbitrage, n°02,1999, pp226-248.
8. **CAPRIOLI Eric**, sécurité technique et cryptologie dans le commerce électronique en droit français, disponible sur le site :<http://www.lex-electronica.org/articles/v3-1/caprio.html>.
9. **CHANGNY Muriel**, Les nouveaux défis du droit de la concurrence : préserver la concurrence du commerce électronique sans excès de compétition, Les nouveaux défis du commerce électronique sous la direction de ROCHFELD Judith, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2010.pp111-125.
10. **CHILSTEIN David**, Les nouveaux défis du droit pénal : incriminations générales et spéciales à l'épreuve de l'économie numérique, Les nouveaux défis du commerce électronique sous la direction de ROCHFELD Judith, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2010.pp156-174.
11. **COMTE Erwan**, Les nouveaux défis de la sécurité des réseaux : la confidentialité des informations, Les nouveaux défis du commerce électronique sous la direction de ROCHFELD Judith, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2010.pp189-202.
12. **DEBOIS Henri**, commerce électronique et propriétés intellectuelles, librairies technique, paris,2001.
13. **DE SOUZA Lionel et LATREILLE Antoine**, Les nouveaux défis du droit de la propriété intellectuelle : l'usage des signes distinctifs et les communications électroniques, Les nouveaux défis du commerce électronique sous la direction de ROCHFELD Judith, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2010 .pp126-155.



14. **DEVEZE Jean**, la forme du contrat électronique, Travaux de l'association Henri capitan, édition panthéon Assas, Toulouse, 2002.pp59–68.
15. **DIDIER Philipe**, la fiscalité du contrat électronique, Travaux de l'association Henri capitan, édition panthéon Assas, Toulouse, 2002.pp109–114.
16. **FAGES Bertrand**, les contrats spéciaux conclus électroniquement, Travaux de l'association Henri capitan, édition panthéon Assas, Toulouse, 2002.pp71–84.
17. **GAUTRAIS Vincent**, Les contrats en ligne dans la théorie générale, in Commerce électronique, Cahier de C.R.I.D, n°17.
18. **GOBERT.D et MONTERO. E**, L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique, J.T., 6000ième, 17 février 2001, PP. 114 –128.
19. **GOBERT Didier**, Cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification : analyse de la loi du 9 juillet 2001, Disponible sur : [www.consultandtraining.com](http://www.consultandtraining.com)
20. **GOBERT Didier**, Vers une discrimination de traitement entre la facture papier et la facture électronique ?, Cahier du Juriste, n° 4–5/2001; Disponible sur: [www.consultandtraining.com](http://www.consultandtraining.com).
21. **GRYNBAUM Luc**, Après la loi économie numérique : pour un code européen des obligation maisonnée, recueil DALLOZ,n°30,2004,pp 2213–2220.
22. **HALLOUN Jean Claude et CAUSSE Hervé**, le contrat électronique an cœur du commerce électronique, le droit de la distribution (droit commun ou droit spécial ) ? Collection de la faculté de droit et des sciences sociales, France, decembre2005.
23. **HASS.G**, l'internet et les éléments d'identification d'un site web, Gazette du palais, France, 1999,.

24. **HOEDI. C** ,Le commerce de services sur internet :publicité, protection des consommateurs et information à caractère personnel, RDAI,n°03,1998
25. **HUET Jérôme** , La problématique Juridique du commerce électronique , revue de jurisprudence commerciale ,le droit des affaires du 21 siècle, paris, N°01-2001 ,p p12-45.
26. **HUET jérôme**, le code civil et les contrats électronique, article publié sur le site :<http://www.acroba.com>.
27. **KRUGER Hervé**, Les nouveaux défis du droit fiscal : la fiscalité du téléchargement, Les nouveaux défis du commerce électronique sous la direction de ROCHFELD Judith, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2010.pp175-188.
28. **LARRIEU Jacques**, les contrats spéciaux des réseaux numériques, Travaux de l'association Henri capitan, édition panthéon Assas, Toulouse, 2002.pp85-102.
29. **LOISEAU .G** , Nom de domaine et internet :turbulences autour d'une nouveau signe distinctifs, recueil Dalloz, France, 1999.
30. **MARINO Laure et PERRAY Romain**, Les nouveaux défis du droit des personnes : La marchandisation des données personnelles, Les nouveaux défis du commerce électronique sous la direction de ROCHFELD Judith, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2010. pp55-70.
31. **MASCALA Corinne**, criminalité et contrat électronique, Travaux de l'association Henri capitan, édition panthéon Assas, Toulouse, 2002.pp115-119.
32. **PENNEAU Anne**, Les nouveaux défis de la preuve : contentieux contractuel et preuve de faits électroniques, Les nouveaux défis du commerce électronique sous la direction de ROCHFELD Judith, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2010.pp71-91
33. **PIRONON Valérie**, Les nouveaux défis du droit international privé : site actif,

- site passif, activité dirigée ?, Les nouveaux défis du commerce électronique sous la direction de ROCHFELD Judith, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2010.pp92-110
34. **POILLOT PERUZZETO Sylvaine**, la loi applicable au contrat électronique, Travaux de l'association Henri capitan, édition panthéon Assas, Toulouse, 2002.pp35-58.
35. **PRUM André**, les paiements en ligne , colloque international du droit du commerce électronique , a Nice le 06et07 novembre 2003 , litec,paris.
36. **RAPP Lucien**, les pouvoirs publics et le contrat électronique, Travaux de l'association Henri capitan, édition panthéon Assas, Toulouse, 2002.pp105-108.
37. **RAYNAUARD Arnaud**, la formation du contrat électronique, Travaux de l'association Henri capitan, édition panthéon Assas, Toulouse, 2002.pp15-33.
38. **REYNIS Bernard**, professionnel du droit et contrat électronique, Travaux de l'association Henri capitan, édition panthéon Assas, Toulouse, 2002.pp121-128.
39. **ROCHFELD Judith**, Les nouveaux défis du droit des contrats : l'efficacité de la lutte contre les pratiques commerciales déloyales de l'internet, Les nouveaux défis du commerce électronique sous la direction de ROCHFELD Judith, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2010. pp5-30.
40. **SEDAILLAN Valérie**, L'utilisation d'Internet à l'entreprise, Disponible sur: <http://62.161.196163/lij/euroforum.html>.
41. **SEDAILLAN Valérie**, Preuve et signature électronique, Disponible sur: [www. Juriscom.net](http://www.Juriscom.net).
42. **TAGLAMONTE Jean-Luc**, "Confusion et suspicion autour des documents d'origine électronique", <http://www.droit-technologie.org> , 26 Février 2001
43. **THIEFFRY Patrick**, Commerce électronique :droit international et européen

,LITIC, France, 2002.

44. **VIERLING Jean Pierre**, La sécurisation des ventes aux enchères sur Internet:  
l'encadrement légal doit être stabilisé par des  
solutions techniques, Rapport, Chambre de  
Commerce et d'industrie de Paris, 06 Juillet 2000
45. **ZOUAIMIA Rachid**, le régime des investissements étrangers en Algérie ,  
journal du droit international, n°3, 1993.

## فهرس:

|    |                                                                                     |
|----|-------------------------------------------------------------------------------------|
| 5  | .....مقدمة                                                                          |
|    | الباب الأول:مدى تقبل القانون الوضعي الجزائي ري لاستقبال                             |
| 14 | ..... نشاط التجارة الالكترونية                                                      |
| 18 | ..... الفصل الأول: التلويس القانوني لفئة التجارة الالكترونية في القانون الجزائي ... |
| 19 | ..... المبحث الأول:التكريس الضمني لإمكانية ممارسة التجارة الالكترونية.....          |
| 20 | ..... المطلب الأول: تهيئة أرضية ملائمة لمزاولة نشاط التجارة الالكترونية ....        |
| 20 | ..... الفرع الأول: البيئة الاقتصادية والتكنولوجية لممارسة التجارة الالكترونية       |
| 20 | ..... أولا: التوجه نحو الاقتصاد الحر و تبني العولمة .....                           |
| 26 | ..... ثانيا : وسائل الاتصال الحديثة لتنفيذ التجارة الالكترونية .....                |
| 27 | ..... أ-الهاتف.....                                                                 |
| 29 | ..... ب- التلكس أو التبادل البرقي:.....                                             |
| 30 | ..... ج-جهاز النسخ و نقل المستندات : (الفاكس ) .....                                |
| 32 | ..... د-الحاسب الآلي:.....                                                          |
|    | الفرع الثاني:استغلال الانترنت-كأهم وسيلة لمزاولة نشاط التجارة الالكترونية-          |
| 32 | ..... في الجزائر.....                                                               |
| 33 | ..... أولا: مفهوم الانترنت .....                                                    |
| 33 | ..... أ-نشأة وتطور الانترنت:.....                                                   |
| 36 | ..... ب-استغلال الانترنت في التجارة الالكترونية.....                                |
| 37 | ..... 1-عبر البريد الالكتروني:.....                                                 |
| 38 | ..... 2-عبر المواقع الالكترونية:.....                                               |
| 39 | ..... 3-عبر المحادثة الالكترونية و المشاهدة .....                                   |
| 39 | ..... ثانيا : تنظيم استغلال الانترنت في الجزائر.....                                |
| 40 | ..... أ- الشروط الشكلية.....                                                        |

- ب- الشروط الموضوعية..... 42
- المطلب الثاني: السماح باللجوء لبعض تقنيات التجارة الإلكترونية..... 43
- الفرع الأول: إمكانية التعاقد إلكترونيا..... 43
- أولا: مفهوم العقد الإلكتروني..... 44
- أ- تعريف العقد الإلكتروني وخصائصه..... 45
- 1- تعريف العقد الإلكتروني:..... 45
- 2- خصائص العقد الإلكتروني:..... 48
- 1-2 الطابع الدولي لغالبية العقود :..... 49
- 2-2 تتم عبر وسيط إلكتروني: ..... 49
- 3-2 اختيارية اللجوء للعقود الإلكترونية..... 50
- 4-2 عدم وجود علاقة مباشرة بين الأطراف المتعاقدة : ..... 50
- 5-2 عدم الاعتماد على الوثائق الورقية: ..... 50
- ب- تحقق صفة الإلكتروني في العقد:..... 51
- ثانيا- عقد التجارة الإلكترونية وتمييزه عن عقود الفضاء الإلكتروني..... 52
- أ- الطبيعة القانونية لعقد التجارة الإلكترونية:..... 53
- 1 -العقود الإلكترونية من طبيعة عقود الإذعان..... 53
- 2-العقود الإلكترونية عقود رضائية..... 54
- 1-2 العقد الإلكتروني عقد بيع خدمة: ..... 55
- 2-2 العقد الإلكتروني عقد بيع سلعة: ..... 55
- 3-2 عقد البيع الإلكتروني من طبيعة خاصة: ..... 55
- ب- تمييز عقد التجارة الإلكترونية عن العقود المحيطة به في البيئة الإلكترونية و اللازمة لتحقيقه:..... 56
- 1-عقد الدخول إلى الشبكة: ..... 56
- 2 -عقد الإيجار المعلوماتي : ..... 57
- 3-عقد إنشاء المتجر الافتراضي: ..... 58

- الفرع الثاني: السماح بالعمل بالدفاتر و السندات التجارية الالكترونية..... 59
- أولاً :امكانية استخدام الدفاتر التجارية الالكترونية ..... 59
- أ-السماح بمسك الدفاتر التجارية الكتروني:..... 61
- ب-هيمنة الدفاتر التجارية التقليدية الورقية:..... 65
- ج-نقص في معالجة انتظام الدفاتر التجارية الالكترونية:..... 66
- ثانياً :الاعتراف الضمني بالسفتجة والشيك الالكترونيين..... 70
- أ-السفتجة الالكترونية..... 73
- 1- السفتجة الالكترونية الورقية:..... 73
- 2- السفتجة الالكترونية الممغنطة:..... 74
- ب- الشيك الالكتروني..... 74
- المبحث الثاني:الإعتراف الصريح بإمكانية ممارسة نشاط التجارة الالكترونية..... 77
- المطلب الأول:الإعتراف الصريح بالسندات و التوقيع الإلكترونيين..... 78
- الفرع الأول:إلحاق السندات الالكترونية بنظيراتها العادية في مسألة الحجية
- في الإثبات..... 79
- أولاً: ماهية الكتابة (التقليدية والالكترونية)..... 80
- أ-مفهوم الكتابة:..... 80
- 1-تعريف الكتابة..... 81
- 2-شروط تقبل الكتابة كدليل في الاثبات:..... 83
- 1-2 أن تكون الكتابة مقروءة :..... 83
- 2-2 أن تكون ثابتة : ..... 84
- 3-2 عدم قابلية الكتابة للتحريف : ..... 84
- ب-تحديات و معايير الاعتراف بالكتابة الالكترونية ..... 85
- 1-صعوبات استخدام الكتابة الالكترونية ..... 85
- 1-1عدم وجود دعامة مادية..... 85
- 2-1 إمكانية تعديل وتغيير الكتابة الالكترونية دون ترك اثر:..... 86

- 86 3-1 قابلية الكتابة لتلف بسرعة : .....
- 87 2 - معايير الاعتراف بالكتابة الإلكترونية.....
- 87 1-2 مبدأ النظر الوظيفي: .....
- 88 2-2 مبدأ الحياد التقني: .....
- 88 **ثانيا: حجية السند الإلكتروني.....**
- أ-موقف المشرع القاضي بإقصاء الوثيقة الإلكترونية من دائرة الحجج الرسمية.....
- 89 .....الرسومية
- 90 ب-استحداث المشرع لخدمة المصادقة الإلكترونية:.....
- 92 ج-شروط حجية الوثيقة الإلكترونية:.....
- 92 1-التأكد من مصدر الوثيقة الإلكترونية .....
- 93 2-إنشاء الكتابة وحفظها بطرق تضمن سلامتها : .....
- 93 **الفرع الثاني: الاعتراف الصريح للمشرع الجزائري بفكرة التوقيع الإلكتروني.....**
- 94 **أولاً: تعريف التوقيع الإلكتروني وأنواعه:.....**
- 94 أ- تعريف التوقيع الإلكتروني : .....
- 94 1 - تعريف التوقيع الإلكتروني في الفقه:.....
- 96 2 -تعريف التوقيع الإلكتروني من قبل المنظمات.....
- 2- 1 تعريف التوقيع الإلكتروني في قواعد الاونسيتال بشأن التوقيعات الإلكترونية.....
- 96 2-2 تعريف التوقيع الإلكتروني في توجيهات الاتحاد الأوروبي:.....
- 97 3-تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الداخلية:.....
- 98 1-3 التوقيع الإلكتروني في القانون الجزائري:.....
- 99 2-3 التوقيع الإلكتروني في القانون الأمريكي:.....
- 100 3-3 التوقيع الإلكتروني في القانون الفرنسي:.....
- 102 4-3 التوقيع الإلكتروني في القانون المصري:.....



|                                                                                    |     |
|------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| ب- صور التوقيع الالكتروني:.....                                                    | 103 |
| 1- التوقيع بالخواص الذاتية أو التوقيع البيوميترى.....                              | 103 |
| 2- التوقيع الالكتروني اليدوي أو الإمضاء الآلي:.....                                | 104 |
| 3- التوقيع بالقلم الالكتروني:.....                                                 | 104 |
| 4- التوقيع بالرقم السري في البطاقات البلاستيكية أو الممغنط....                     | 104 |
| 5- التوقيع الرقمي:.....                                                            | 104 |
| ثانيا: في مدى التطابق بين التوقيع الالكتروني و التوقيع التقليدي.....               | 105 |
| أ-مدى اعتبار التوقيع الالكتروني شكلا من أشكال التوقيع:.....                        | 106 |
| 1-مدى اعتبار التوقيع الالكتروني إمضاء.....                                         | 106 |
| 2- مدى اعتبار التوقيع الالكتروني بصمة أصبع.....                                    | 107 |
| 3- مدى اعتبار التوقيع الالكتروني ختما.....                                         | 108 |
| ب-مدى تحقيق التوقيع الإلكتروني لشروط التوقيع:.....                                 | 108 |
| 1- أن يكون التوقيع علامة مميزة للشخص: .....                                        | 109 |
| 2- أن يكون التوقيع واضحا و مستمرا .....                                            | 110 |
| 3- اتصال التوقيع بالسند:.....                                                      | 110 |
| ج-مدى تحقيق التوقيع الإلكتروني لوظائف التوقيع.....                                 | 111 |
| 1-فعالية التوقيع الالكتروني في تحديد هوية صاحبه : .....                            | 111 |
| 2-اتصال التوقيع بالمحرر الالكتروني:.....                                           | 113 |
| 3-التحقق من سلامة مضمون المحرر: .....                                              | 114 |
| <b>المطلب الثاني: الاعتراف الصريح ببعض وسائل وأنظمة الدفع الالكترونية واستحداث</b> |     |
| مفهوم البوابة الالكترونية .....                                                    | 115 |
| <b>الفرع الأول: الوفاء الإلكتروني.....</b>                                         | 116 |
| <b>أولا- وسائل الوفاء الالكتروني.....</b>                                          | 117 |
| أ-بطاقات الدفع:.....                                                               | 118 |
| 1-بطاقة الوفاء:.....                                                               | 119 |

|     |                                                                        |
|-----|------------------------------------------------------------------------|
| 121 | 2-بطاقة ضمان الشيكات :                                                 |
| 122 | 3-بطاقة السحب الآلي :                                                  |
| 124 | 4-بطاقة الائتمان:                                                      |
| 126 | 5- البطاقة الذكية:                                                     |
| 127 | ب- النقود الالكترونية :                                                |
| 130 | ثانيا:أنظمة الدفع الالكتروني.....                                      |
| 132 | أ-نظام التسوية الإجمالية الفورية ARTS.....                             |
| 134 | ب-نظام المقاصة عن بعد.....                                             |
| 135 | ج-بعض الانظمة الدولية.....                                             |
| 135 | 1- نظام first virtual .....                                            |
| 136 | 2-نظام kleline .....                                                   |
| 137 | 3-نظام Swift : .....                                                   |
| 138 | الفرع الثاني: استحداث مفهوم البوابة الالكترونية في الصفقات العمومية.   |
| 141 | أولا: مفهوم البوابة الالكترونية.....                                   |
|     | ثانيا: تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية بين المصالح المتعاقدة      |
| 144 | والمعامل الاقتصادي.....                                                |
|     | <b>الفصل الثاني:عدم كفاية النصوص الوضعية الحالية لضبط ممارسة</b>       |
| 147 | <b>نشاط التجارة الالكترونية.....</b>                                   |
|     | <b>المبحث الأول:عدم قدرة القواعد الكلاسيكية على استيعاب المفهوم</b>    |
| 147 | <b>الالكتروني... ..</b>                                                |
|     | <b>المطلب الأول:تخلف النظرية العقدية الكلاسيكية عن استيعاب متطلبات</b> |
| 148 | <b>إبرام العقد الالكتروني.....</b>                                     |
| 148 | <b>الفرع الأول:فيما يتعلق بالإيجاب الالكتروني.....</b>                 |
| 149 | <b>أولا:خصوصيات الإيجاب الالكتروني .....</b>                           |
|     | <b>أ-تطلب الايجاب الالكتروني لأكثر من العناصر الجوهرية للعقد</b>       |

- المتطلبة في الايجاب التقليدي:..... 150
- ب- ورود إمكانية التحفظ في الإيجاب الالكتروني:..... 153
- ج- توجيه الإيجاب الإلكتروني لشخص أو عدة أشخاص معينين أو غير معينين:..... 154
- ثانيا - القيمة القانونية للإيجاب الإلكتروني:..... 156
- أ- إلزامية الإيجاب:..... 156
- 1- الإيجاب المقترن بأجل:..... 156
- 2- الإيجاب الصادر في مجلس العقد:..... 157
- ب- سقوط الإيجاب الإلكتروني:..... 158
- 1- بالنسبة للإيجاب الإلكتروني الملزم..... 158
- 2- بالنسبة للإيجاب الغير ملزم:..... 158
- ثالثا: تحديد النطاق المكاني للإيجاب الإلكتروني:..... 158
- الفرع الثاني: فيما يتعلق بالقبول الإلكتروني وتطابقه مع الايجاب الالكتروني..... 160
- أولا: القبول الالكتروني..... 160
- أ- الطرق الحديثة للتعبير عن القبول:..... 161
- ب- مدى صلاحية السكوت كتعبير عن الإرادة في التعاقد الالكتروني:..... 162
- 1- بخصوص الأعراف التجارية..... 164
- 2- بخصوص التعامل السابق بين المتعاقدين:..... 164
- 3- بخصوص الإيجاب لمصلحة من وجه إليه:..... 164
- ج- الرجوع عن القبول الإلكتروني..... 165
- ثانيا: في تطابق الايجاب بالقبول الكترونيا..... 167
- أ- وحدوية زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني..... 168
- 1- نظرية إعلان القبول:..... 168

- 2- نظرية تصدير القبول: ..... 169
- 3- نظرية وصول القبول: ..... 170
- 4- نظرية العلم بالقبول: ..... 170
- ب- ازدواجية زمان ومكان إبرام العقد الالكتروني: ..... 171
- 1- فيما يتعلق بزمان الانعقاد ..... 173
- 2- فيما يتعلق بمكان الانعقاد ..... 175
- الفرع الثالث: فيما يتعلق بمحل وسبب العقد الالكتروني ..... 177
- أولاً: المحل في العقد الإلكتروني ..... 177
- أ- شرط الوجود أو القابلية للوجود ..... 178
- ب- أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتحديد ..... 179
- ج- أن يكون المحل مشروعاً ..... 180
- ثانياً: السبب في العقد الإلكتروني ..... 183
- الفرع الرابع: الحاجة إلى الاعتراف التشريعي بالكتابة الالكترونية كدليل كامل في الإثبات ..... 185
- أولاً: حجية المحررات الالكترونية في الإثبات ..... 185
- أ- حجية المحررات الالكترونية في الإثبات من خلال مبدأ حرية الإثبات ..... 185
- 1- مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية ..... 186
- 1-1 التصرفات التجارية : ..... 187
- 1-2 الأعمال المختلطة: ..... 188
- 2- التصرفات القانونية المدنية التي لا تجاوز نصاب الإثبات بالكتابة ..... 188
- ب- الاعتداد بالمحرر الالكتروني من خلال الاستثناءات على قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة ..... 189
- ثانياً: اثر الاعتراف التشريعي على سلطة القاضي في الترجيح بين أنواع

|                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------|-----|
| أدلة الكتابة.....                                                     | 193 |
| أ-سلطة القاضي ازاء المحررات الالكترونية.....                          | 193 |
| ب-ضرورة الإقرار باتفاقات الإثبات.....                                 | 196 |
| المطلب الثاني: قصور النصوص التجارية عن تنظيم التجارة الالكترونية..... | 197 |
| الفرع الأول:التاجر والأعمال التجارية الالكترونيين.....                | 197 |
| أولاً: التاجر التقليدي و التاجر الالكتروني.....                       | 197 |
| ثانياً: الأعمال التجارية الإلكترونية.....                             | 199 |
| أ-بحسب الموضوع.....                                                   | 200 |
| 1-الأعمال المنفردة: .....                                             | 200 |
| 2-الأعمال في شكل مقولة.....                                           | 203 |
| ب-الأعمال التجارية بحسب الشكل:.....                                   | 204 |
| ج- الأعمال التجارية بالتبعية: .....                                   | 206 |
| الفرع الثاني:المحل التجاري وفكرة المتجر الالكتروني.....               | 208 |
| أولاً: عناصر المحل التجاري التقليدي:.....                             | 208 |
| ثانياً-تطبيق مفهوم المحل التجاري التقليدي على المتجر الالكتروني       |     |
| وتحديد العنصر الجوهرى في المحليين:.....                               | 209 |
| أ-عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية : .....                      | 210 |
| ب-عنصر الإسم التجاري والسمعة التجارية:.....                           | 211 |
| ج-عنصر الحق في الإيجار:.....                                          | 211 |
| د-عنصر السلع والخدمات:.....                                           | 212 |
| هـ-عنصر العقار:.....                                                  | 212 |
| ثالثاً:اسم النطاق الخاص بالمتجر الالكتروني                            |     |
| -المتجر الافتراضي:-.....                                              | 212 |
| المبحث الثاني:عدم تناول القواعد الكلاسيكية للموضوع أصلاً.....         | 215 |
| المطلب الأول:في مسألة التعاقد.....                                    | 216 |
| الفرع الأول:التفاوض حول العقد والشكلية الالكترونية.....               | 216 |

|                                                                        |        |
|------------------------------------------------------------------------|--------|
| أولاً: التفاوض حول العقد.....                                          | 217    |
| أ-الفرق بين الدعوة للتعاقد الكترونيا والإيجاب الالكتروني كعنصر         |        |
| في تكوين العقد.....                                                    | 217 .. |
| 1-معيار وظيفي: .....                                                   | 217    |
| 2-معيار النية الجازمة في التعاقد: .....                                | 218    |
| ب- مراحل التفاوض الالكتروني:.....                                      | 219    |
| 1-دراسة الجدوى.....                                                    | 219    |
| 2-قائمة الشروط.....                                                    | 220    |
| 3-اختيار مقدم الخدمة .....                                             | 220    |
| ج- مبررات تقرير الالتزام بالإعلام قبل التعاقد عند التفاوض: ....        | 220    |
| ثانيا : الشكالية الالكترونية.....                                      | 223    |
| أ-العقد الالكتروني عندما يشترط القانون شكلا معيناً.....                | 223    |
| ب- استبعاد بعض التصرفات من نطاق الشكالية وإبدال الموثق الرسمي          |        |
| بموثق الكتروني كحل لتكريس الشكالية في العقود الالكترونية.....          | 226    |
| الفرع الثاني:فكرة العقد التلقائي.....                                  | 232    |
| أولاً: مدى صلاحية الكمبيوتر للتعبير عن الإرادة في بعض التشريعات وتكييف |        |
| التعاقد التلقائي:.....                                                 | 234    |
| أ-صلاحية الكمبيوتر للتعبير عن الإرادة: .....                           | 234    |
| ب-تكييف التعاقد التلقائي:.....                                         | 235    |
| ثانيا:الخلاف الفقهي حول المركز القانوني للكمبيوتر في التعاقد: .....    | 236    |
| أ -إسناد الشخصية القانونية للكمبيوتر:.....                             | 237    |
| ب-الكمبيوتر مجرد وسيلة: .....                                          | 237    |
| المطلب الثاني:في قوانين الاقتصاد.....                                  | 239    |
| الفرع الأول:المعاملة الضريبية والجمركية للتجارة الالكترونية.....       | 239    |
| أولاً: الضرائب على التجارة الالكترونية.....                            | 240    |

- أ -موقف الفقه بشأن فرض الضرائب على التجارة الالكترونية.....241
- 1-إمكانية فرض الضريبة على التجارة الالكترونية:.....241
- 1 1 استخدام الضريبة لدعم البطالة الناتجة عن التجارة  
الالكترونية: ..... 242
- 1 2 الحد من النمو المتوقع للاقتصاد الخفي:..... 242
- 1 3 لا تعتبر الضريبة على التجارة الالكترونية أمرا مستحدثا أو  
مستحيلا: ..... 242
- 2-عدم ملائمة فرض الضريبة على التجارة الالكترونية:.....242
- 1-2الاعتبارات الاقتصادية:.....243
- 2-2الاعتبارات الفنية:..... 243
- ب-موقف التشريعات في تحديد مصدر الدخل الناتج عن التجارة  
الالكترونية:..... 244
- ثانيا: المعاملة الجمركية للتجارة الالكترونية:..... 246
- الفرع الثاني:المستهلك الالكتروني وقواعد المنافسة:..... 250
- أولا :المستهلك الالكتروني:..... 251
- أ-الالتزام قبل التعاقد بالإعلام محل تطبيق حتمي في نطاق التجارة  
الإلكترونية:..... 252
- ب - حماية المستهلك الالكتروني من خلال حظر بعض  
التصرفات: ..... 260
- ثانيا: في قواعد المنافسة:..... 265
- أ-مجال تطبيق قانون المنافسة من حيث النشاط الاقتصادي:..... 265
- ب-مجال تطبيق قانون المنافسة من حيث طبيعة الممارسات ..... 266

## الباب الثاني: الحماية القانونية للتجارة الالكترونية في القانون

## الجزائري ..... 268

## الفصل الأول: الحماية المدنية والجنائية للتجارة الالكترونية..... 271

المبحث الأول: الحماية المدنية للتجارة الالكترونية في القانون الجزائري..... 272

المطلب الأول: إعمال قواعد المسؤولية المدنية لحماية التجارة الالكترونية..... 273

الفرع الأول: الحماية التقنية للتجارة الالكترونية وتأمين الدفع الالكتروني..... 273

أولاً: تقنيات أمن العمليات الالكترونية..... 274

أ- تقنيات تحديد الشخصية و الوثوق في هوية المتعاقدين..... 274

1- نظام هوية المستخدم وكلمة السر: ..... 275

2- نظام كلمة السر التي لا تتكرر..... 275

ب- تقنيات امن المراسلات والمواقع الالكترونية:..... 276

1- التشفير:..... 277

2- جدران الحماية:..... 280

ثانياً: تأمين الدفع الالكتروني..... 280

أ- غياب تنظيم قانوني لنظم الدفع الالكتروني في القانون الجزائري... 280

ب- وسائل تأمين الدفع الالكتروني..... 280

1- التأمين الفني لعملية الدفع الالكتروني:..... 280

1-1 إضفاء الصفة الرسمية على الأمر بالدفع ..... 281

1-2 حفظ المعلومات الخاصة بعملية الدفع الالكتروني:..... 281

1-3 تحديد التاريخ الالكتروني:..... 281

2- التأمين القانوني لعملية الدفع الالكتروني:..... 282

1-2 التأمين القانوني لعملية الدفع من جهة التاجر البائع:..... 282

2-2 التأمين القانوني لعملية الدفع من جهة المشتري:..... 283

الفروع الثاني: تكيف قواعد المسؤولية الالكترونية مع قواعد المسؤولية

الكلاسيكية -العقدية والتقصيرية-..... 283



|                                                                                                               |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| أولا: المسؤولية العقدية .....                                                                                 | 284 |
| أ- الخطأ العقدي الالكتروني.....                                                                               | 284 |
| 1- المسؤولية عن التسليم.....                                                                                  | 286 |
| 2- المسؤولية عن الالتزام بمطابقة المحل للمواصفات المتفق عليها.....                                            | 289 |
| 3- المسؤولية عن الالتزام بالصيانة.....                                                                        | 290 |
| ب- الضرر العقدي.....                                                                                          | 291 |
| ج- علاقة السببية.....                                                                                         | 291 |
| ثانيا: المسؤولية التقصيرية.....                                                                               | 293 |
| أ- الخطأ الالكتروني.....                                                                                      | 293 |
| ب- الضرر الالكتروني.....                                                                                      | 295 |
| ج- علاقة السببية.....                                                                                         | 298 |
| الفرع الثالث: مسؤولية الوطاء في تقديم خدمات الانترنت.....                                                     | 300 |
| أولا: مسؤولية صاحب وناقل ومورد المعلومات .....                                                                | 302 |
| أ- مسؤولية صاحب المعلومة:.....                                                                                | 302 |
| ب- مسؤولية ناقل المعلومة:.....                                                                                | 303 |
| ج- مسؤولية مورد المعلومات:.....                                                                               | 304 |
| ثانيا: مسؤولية متعهد الإيواء .....                                                                            | 304 |
| ثالثا: مسؤولية متعهد الوصول.....                                                                              | 306 |
| أ- الالتزام بالمحافظة على أسرار المستخدمين وحسن السيرة:.....                                                  | 306 |
| ب- الالتزام بتسهيل النفاذ وتقديم المعلومات:.....                                                              | 306 |
| 1- تسهيل النفاذ إلى خدمات الانترنت حسب الإمكانيات المتوفرة إلى كل الراغبين في ذلك باستعمال أنجع الوسائل:..... | 307 |
| 2- إعطاء مشتركيه معلومات واضحة ودقيقة حول موضوع النفاذ إلى خدمات الانترنت.....                                | 307 |

- 3- واجب الاعلام والمساعدة..... 307
- 4- واجب التبصير والتحذير:..... 307
- ج- الالتزام بإتخاذ إجراءات لمنع النفاذ للمعلومات المتعارضة مع النظام العام والأخلاق ..... 308
- د- مساعدة السلطة القضائية وتسجيل وحفظ المعطيات المتعلقة بحركة السير لمدة سنة..... 310
- رابعا: مسؤولية مقدمي خدمة المصادقة الالكترونية..... 311
- أ- الطبيعة القانونية لعقد تنظيم خدمات التصديق الإلكتروني:..... 312
- ب- الطبيعة القانونية لمسؤولية مزودي خدمة التصديق الإلكتروني..... 314
- 1- المسؤولية العقدية لمزود الخدمة تجاه المستخدم..... 315
- 2- المسؤولية التقصيرية لمزود الخدمة تجاه الغير:..... 315
- المطلب الثاني: إخضاع البرامج الالكترونية للحماية المدنية وفقا لقانون الملكية الفكرية..... 316**
- الفرع الأول: حماية برامج حاسوب بتشريع حقوق المؤلف..... 317**
- أولا : محل الحماية..... 317**
- أ- مفهوم برامج الحاسوب..... 318
- 1 - برنامج المصدر..... 319
- 2 - برنامج الآلة:..... 319
- 3- الخوارزميات..... 319
- ب- أنواع الحقوق المحمية في البرامج الالكترونية..... 320
- 1- الحقوق الأدبية..... 320
- 1-1 الحق في انتساب البرنامج له:..... 320
- 1-2 الحق في سحب البرنامج:..... 322
- 1-3 الحق في الحفاظ على البرنامج:..... 322
- 2- الحقوق المالية..... 322

- 322 ..... 1-2 حق التوزيع
- 323 ..... 2-2 حق النسخ
- 323 ..... 3-2 حق الاستعمال
- 323 ..... 4-2 حق التأجير:
- 323 ..... 5-2 حق نقل المصنف إلى الجمهور:
- 324 ..... ثانيا: شروط الاستفادة من الحماية بموجب تشريع حق المؤلف:....
- 324 ..... 1-عنصر الابتكار:
- 326 ..... 2-الإيداع القانوني للبرنامج
- 327 ..... ثالثا: تقييم حماية البرامج عن طريق تشريع المؤلف الجزائري.....
- 329 ..... الفرع الثاني: حماية المواقع الالكترونية.....
- 329 ..... اولا :الجهة التي تمنح العناوين الالكترونية.....
- 329 ..... أ-المواقع الدولية.....
- 331 ..... ب-المواقع الوطنية.....
- ..... ثانيا: الاختلاف الفقهي والقضائي بشأن الطبيعة القانونية للموقع
- 331 ..... الالكتروني.....
- 332 ..... أ-العنوان الالكتروني لا ينتمي لعناصر الملكية الصناعية.....
- 332 ..... 1-العنوان الالكتروني موطن افتراضي.....
- 333 ..... 2-العنوان الالكتروني هو رقم الدخول.....
- 333 ..... 3-العنوان الالكتروني فكرة قانونية مستقلة.....
- 334 ..... ب-العنوان الالكتروني ينتمي إلى عناصر الملكية الصناعية.....
- 1 ..... هدى التشابه بين العنوان الالكتروني وعناصر الملكية
- 334 ..... الصناعية:
- 334 ..... 1-1 من حيث الوظيفة:
- 334 ..... 2-1 من حيث طبيعة الحق الناتج عنهما:
- 2-اختلاف الفقه في تحديد مكانة العنوان الالكتروني بين عناصر

- الملكية الصناعية:..... 336
- 1-2 العنوان الالكتروني واحد من عناصر الملكية الصناعية:... 336
- 1-1-2 استبعاد التشابه بين العنوان الالكتروني والعلامة التجارية:..... 336
- 2-2-2 تشابه العنوان الالكتروني بالاسم أو العنوان التجاري:..... 337
- 2-2 العنوان الالكتروني عنصر جديد من عناصر الملكية الصناعية:..... 338
- ثالثا: الجهود الدولية لحماية المواقع الالكترونية:..... 339
- أ- البروتوكول المشترك للعناوين الالكترونية الدولية :..... 339
- ب- جهود المنظمة العالمية للملكية الفكرية: ..... 340
- 1-التقارير بشأن العناوين الالكترونية الدولية:..... 340
- 2-التقارير بشأن العناوين الالكترونية الوطنية:..... 341
- المبحث الثاني:الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية في ظل القانون الجزائري... 343
- المطلب الأول:الطابع الخصوصي للإجراءات الجزائية في شأن الجرائم الالكترونية:..... 345
- الفرع الأول:خصوصيات الإجراءات الجنائية السابقة عن المحاكمة..... 347
- أولاً: امتداد الاختصاص المحلي لكل من ضابط الشرطة القضائية وقاضي التحقيق ووكيل الجمهورية في هذا النوع من الجرائم..... 347
- أ-إمتداد الإختصاص الإقليمي لرجال الضبط القضائي إلى كامل التراب الوطني:..... 348
- ب-إمتداد الإختصاص الإقليمي لقضاة التحقيق ووكلاء الجمهورية إلى دائرة إختصاص محاكم أخرى ..... 349
- ثانيا : تمديد آجال التوقيف..... 350
- أ-تمديد ميعاد التوقيف تحت النظر لمرة واحدة في جرائم الاعتداء

- 350 ..... على أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات:
- 351 ..... ب- تمديد الحبس المؤقت للجرائم الإلكترونية:
- 352..... ثالثا: تسخير الأعوان المؤهلين لدى المصالح العمومية أو الخاصة:
- 352..... أ-الموظفون في قطاع المواصلات السلكية واللاسلكية:
- 352..... ب-مقدمي الخدمات بالأخص خدمات الانترنت:
- ج- الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المنصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحته:..... 354
- 355..... رابعا : اللجوء للمساعدة القضائية الدولية المتبادلة:
- 355..... خامسا:ضرورة الاستعانة بأهل الخبرة في الجرائم الالكترونية:
- سادسا: إجراء اعتراض المراسلات و مراقبة الاتصالات الالكترونية والتسرب في الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات..... 357
- أ - سلطات ضبط الشرطة القضائية في حالة اعتراض المراسلات، تسجيل الأصوات و التقاط الصور: ..... 358
- ب-سلطات الضبطية في مراقبة الاتصالات الالكترونية ..... 361
- ج- سلطات ضبط الشرطة القضائية في حالة التسرب..... 362
- سابعا:خصوصيات المعاينة والتفتيش والضبط في الجرائم الالكترونية. 365.
- أ-المعاينة..... 365 ..
- ب- التفتيش:..... 366
- ج-الضبط:..... 371 .
- الفرع الثاني:المحاكمة في الجرائم الالكترونية..... 374 ..
- أولا:شروط الدليل الإلكتروني للاثبات في المواد الجنائية..... 375 ..
- أ-يجب الحصول على الدليل بصورة مشروعة ونزيهة..... 376. .
- ب- يجب أن تكون الأدلة الإلكترونية غير قابلة للشك أي يقينية ..... 379.....
- ج-إمكانية مناقشة الأدلة الإلكترونية المستخرجة من الحاسوب والانترنت:380
- ثانيا:حجية الدليل الإلكتروني جنائيا..... 381

- المطلب الثاني: في الجانب الجزائي الموضوعي..... 384
- الفرع الأول: مواجهة الجريمة المعلوماتية من خلال جرائم الأموال المقررة في
- قانون العقوبات الجزائري..... 384
- أولاً: في النصوص التقليدية- القواعد العامة- ..... 384
- أ-مدى انطباق وصف المال على المعلوماتية :..... 384
- 1 الاتجاه الأول: الفقه المؤيد لإضفاء وصف المال على
- البرنامج..... 386
- 2 الاتجاه الثاني: الفقه المعارض لإضفاء وصف المال على
- البرنامج..... 387
- ب-تطبيق نصوص جرائم الاموال على المعلوماتية : ..... 388
- 1-بصد جريمة السرقة :..... 388
- 1-1سرقة المعلومات عن طريق النسخ غير المشروع للبيانات
- المخزنة الكترونياً:..... 388
- 1-2 سرقة وقت الآلة ..... 388
- 1-3 الالتقاط الذهني للبيانات ..... 389
- 1 4 تكيف الالتقاط الهوائي للبيانات المعالجة أو المنقولة
- الالكترونيا : ..... 389
- 2-بصد جريمة النصب : ..... 389
- 3-بصد جريمة خيانة الأمانة :..... 390
- 4-بصد جريمة الإلتلاف : ..... 390
- ثانياً: من خلال النصوص القانونية المستحدثة (قانون 15/04)..... 391
- أ-الاعتداءات الماسة بالأنظمة المعلوماتية..... 391
- 1- الأركان الأساسية..... 391
- 1-1الركن المادي..... 391
- 1-1-1الدخول و البقاء غير المشروع في نظام المعالجة الآلية

- 392 ..... للمعطيات:
- 393.. ..... 2-1-1 الاعتداءات العمدية على المعطيات:
- 395 ..... 2-2-الركن المعنوي
- 395 ..... 2-2-1 في جريمة الدخول و البقاء غير المشروع داخل نظام المعالجة
- 395 ..... الآلية للمعطيات:
- 395..... 2-2-2 في جريمة الاعتداءات العمدية على المعطيات:
- 396 ..... 2-الجزاءات المقررة.
- 396..... 2-1-العقوبات المطبقة على الشخص الطبيعي :
- 396 ..... 2-1-1-العقوبات الأصلية :
- 397 ..... 2-1-2-العقوبات التكميلية:
- 397 ..... 2-1-3-الظروف المشددة:
- 398..... 2-2-العقوبات المطبقة على الشخص المعنوي :
- 399 ..... 2-3- عقوبة الاتفاق الجنائي:
- 399 ..... 2-4-عقوبة الشروع في الجريمة :
- 400..... ب-الاعتداءات على منتجات الإعلام الآلي - التزوير المعلوماتي-
400. .... 1-مدى انطباق وصف المحرر على منتجات الإعلام الآلي :
- 401 ..... 2-مدى خضوع منتجات الإعلام الآلي للنشاط الإجرامي لجريمة
- 401 ..... التزوير:
- 402 ..... الفرع الثاني:مواجهة الجريمة المعلوماتية من خلال قانون الملكية الفكرية
- 402 ..... الجزائري
- 402 ..... أولا : مواجهة الجريمة المعلوماتية من خلال قانون الملكية الصناعية
- 402 ..... -من خلال أحكام العلامات التجارية- :
- 403 ..... ثانيا: مواجهة الجريمة المعلوماتية من خلال قانون الملكية الأدبية والفنية
- 403 ..... الجزائري
- 403 ..... أ-الأفعال المكونة لجنحة تقليد البرامج:

- 403 ..... 1- الاعتداء على الحق الأدبي :
- 404 ..... 2- الاعتداء على الحق المالي :
- 405 ..... ب-الجزاءات المقررة لجرائم التقليد :

## 407. الفصل الثاني:تسوية نزاعات التجارة الالكترونية.....

### 408 . .....المبحث الأول:التسوية بالطرق البديلة.

المطلب الأول:استحداث الصلح والوساطة ومدى تقبلهما لأن يكونا

- 409 ..... الكترونيين.
- 410 . ..... الفرع الأول:مفهوم الصلح والوساطة.
- 410 ..... أولا: الصلح :
- 411 ..... أ-أركان عقد الصلح.....
- 411 ..... 1-الأركان العامة:
- 412 ..... 2-الشروط الخاصة:
- 413 ..... ب-إجراءات الصلح القضائي:.....
- 413 ..... ج- آثار الصلح.....
- 414 ..... ثانيا: الوساطة.....
- 415 ..... أ-المقارنة بين الصلح والوساطة :
- 415 ..... 1-أوجه الشبه.....
- 415 ..... 2- أوجه الاختلاف :.....
- 416 ..... ب- شروط الوساطة ودور القاضي حيالها:.....
- 416 ..... 1- الشروط الواجبة في الوسيط :.....
- 418 ..... 2-شروط الوساطة:.....
- 418 ..... 1-2 قبول الأطراف للوساطة:.....
- 418 ..... 2-2 صدور أمر يتضمن الوساطة:.....
- 419 ..... 3- رقابة القاضي للوساطة وأعمال الوسيط:.....



- ج- آثار الوساطة : ..... 419
- الفرع الثاني:مدى تقبل اجراءى الصلح والوساطة للوسيلة الالكترونية ..... 419
- أولا : بالنسبة للصلح..... 420
- ثانيا: بالنسبة للوساطة..... 421
- المطلب الثاني:التحكيم ومدى تقبله للوسيلة الالكترونية..... 426
- الفرع الأول:مدى تقبل الوسيلة الالكترونية في التحكيم الداخلي بين الافراد في القانون الجزائري..... 426
- أولا : أبعاد التحكيم الإلكتروني..... 428
- ثانيا: اسقاط مفهوم التحكيم الالكتروني على التحكيم الداخلي بين الافراد في القانون الجزائري..... 430
- أ-فيما يخص اتفاق التحكيم واختيار المحكمين:..... 431
- ب- فيما يخص سير إجراءات الدعوى التحكيمية :..... 434
- الفرع الثاني:إمكانية اللجوء للتحكيم الالكتروني وفقا للأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية..... 436
- أولاً: إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني..... 437
- أ- مفهوم و صور إتفاق التحكيم الإلكتروني..... 438
- 1-تعريف اتفاق التحكيم الالكتروني: ..... 438
- 2-صور اتفاق التحكيم الإلكتروني:..... 440
- 2-1 شرط التحكيم:..... 440
- 2-2 مشاركة التحكيم:..... 440
- 3-2 التحكيم بالإحالة:..... 441
- ب-شروط صحة اتفاقية التحكيم الالكترونية:..... 443
- 1-الشروط الشكلية في اتفاقية التحكيم الالكتروني:..... 443
- 2-الشروط الموضوعية لانعقاد اتفاق التحكيم الإلكتروني:..... 445
- 2-1الرضا في إتفاق التحكيم الإلكتروني ..... 445

- 445.....1-2-1 وجود الرضا في اتفاق التحكيم الإلكتروني:
- 446.....2-2-2 صحة التعبير عن الإرادة في إتفاق التحكيم الإلكتروني.
- 447.....2-2 المحل في اتفاق التحكيم
- 449.....ثانيا: إجراءات التحكيم الإلكتروني
- 449.....أ- إجراءات عرض النزاع على التحكيم الإلكتروني
- 449.....1-الإجراءات الواجب إتباعها قبل عرض النزاع على التحكيم الإلكتروني.
- 450.....2-بدء إجراءات التحكيم الإلكتروني
- 451.....2-1 تقديم طلب التحكيم
- 451.....2-2 الإخطار بطلب التحكيم
- 452.....2-3 إنشاء موقع إلكتروني
- 452.....2-4 تبادل الحجج والأدلة بين أطراف التحكيم الإلكتروني.
- 452.....2-5 إدارة جلسات التحكيم الإلكتروني.
- 453.....3-القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني.
- 454.....1-3 القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني
- 455.....2-3 القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني
- 456.....4-مكان التحكيم الإلكتروني.
- 457.....5-تسوية النزاع الإلكتروني و إنهاؤه
- 457.....ب- صدور حكم التحكيم الإلكتروني والمصادقة عليه.
- 461.....المبحث الثاني: التسوية القضائية.
- المطلب الأول: مدى ملائمة تطبيق قواعد الاختصاص القضائي التقليدية للمحاكم
- 461.....على عقود التجارة الإلكترونية.
- 462.....الفرع الأول: ضوابط الاختصاص القضائي التقليدية.
- 462.....أولا: الضوابط الشخصية للاختصاص القضائي

- أ- الاختصاص القائم على محكمة موطن المدعي عليه: 464.....
- ب-الاختصاص القائم على الجنسية : 466 .....
- ج- الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية- الجزائرية- القائم على
- الخضوع الاختياري: 468. ....
- ثانيا: الضوابط الموضوعية للاختصاص القضائي 470. ....
- أ- اختصاص محكمة موقع المال: 470 .....
- ب- اختصاص محكمة محل إبرام الالتزام أو محل تنفيذه: 471.....
- الفرع الثاني: صعوبات أعمال المعايير التقليدية للاختصاص القضائي في مجال**
- عقود التجارة الإلكترونية ومحاولة حلها. 473.....
- أولا: فيما يتعلق بالخضوع الإرادي أو قبول ولاية القضاء: 474.....
- أ-تحديد الصعوبات: 474 .....
- ب-الحلول المقترحة لحل هذه المشكلات: 476 .....
- ثانيا: فيما يتعلق بالاختصاص القائم على الجنسية : 477. ....
- أ-تحديد الصعوبات: 477 .....
- ب-الحلول المقترحة لحل هذه المشكلات: 478 .....
- ثالثا: فيما يتعلق بالاختصاص القائم على محكمة موطن المدعي
- عليه: 478.....
- أ-تحديد المشكلات: 479 .....
- ب- الحلول المقترحة لحل هذه المشكلات: 480 .....
- رابعا: فيما يتعلق باختصاص محكمة موقع المال: 481 .....
- أ-تحديد المشكلات: 481 .....
- ب-الحلول المقترحة لحل هذه المشكلة: 481 .....
- خامسا: فيما يتعلق باختصاص محكمة مكان إبرام الالتزام أو تنفيذه: 482.....**
- أ-تحديد المشكلات: 482 .....
- ب -الحلول المقترحة لحل هذه المشكلة: 482 .....

## الفرع الثالث: الأعمال الدولية والإقليمية بشأن تسوية نزاعات التجارة الإلكترونية

كبدل عن المحكمة المختصة في عقود التجارة الإلكترونية.....484

أولا: جهود الاتحاد الأوروبي:.....484

ثانيا: جهود المنظمة العالمية للملكية الفكرية:.....485

ثالثا: القاضي الافتراضي :.....485

رابعا: المحكمة الفضائية.....486

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الإلكترونية.....488

## الفرع الأول: البحث عن القانون الواجب التطبيق عبر قواعد المنهج

التنازعي.....489

أولا : اتفاق أطراف العقد على القانون الواجب التطبيق.....489

أ-خضوع العقد لقانون إرادة طرفيه.....490

1-الأساس القانوني لمبدأ سلطان الإرادة.....491

1-1 النظرية الشخصية.....491

1-2 النظرية الموضوعية:.....491

2-موانع تطبيق قانون الإرادة.....492

1-2 عدم وجود صلة بين القانون المختار والعقد أو أطرافه:.....492

2-2 النظام العام.....492

2-3 الغش نحو القانون:.....493

ب-صعوبات تطبيق قانون الإرادة على عقود التجارة الإلكترونية.....493

1-صعوبة تحديد هوية الأطراف المتعاقدة.....493

2-صعوبة التحقق من وجود إرادة التعاقد.....495

3-صعوبة اثبات العقد.....497

ثانيا: التحديد القضائي لقانون العقد في حالة تخلف الإرادة الصريحة.....497

أ- قانون محل إبرام العقد:.....497

ب-قانون الموطن المشترك.....499

- ج- قانون الجنسية المشتركة..... 499
- د- معيار الأداء المميز في العقود الدولية للتجارة الإلكترونية: ..... 500
- الفرع الثاني: وضع قانون خاص دولي الكتروني..... 502
- أولاً: خصوصيات القانون الخاص الدولي الإلكتروني ..... 503
- أ- قانون غير وطني تلقائي النشأة: ..... 503
- ب- قانون طائفي ونوعي: ..... 505
- 1- القانون الخاص الدولي الإلكتروني قانون نوعي: ..... 505
- 2- القانون الخاص الدولي الإلكتروني قانون طائفي: ..... 506
- ج- قانون موضوعي أو مادي: ..... 506
- ثانياً : المصادر القانونية للقانون الخاص الدولي الإلكتروني..... 507
- أ- القواعد ذات المنشأ التنظيمي: ..... 507
- 1- الاتفاقيات الدولية: ..... 507
- 2- التوصيات الدولية..... 508
- 3- قواعد السلوك: ..... 512
- 4- العقود النموذجية: ..... 512
- 5- قضاء التحكيم الإلكتروني: ..... 513
- 6- توحيد القواعد القانونية: ..... 513
- ب- القواعد ذات المنشأ التلقائي: ..... 514
- ثالثاً: فعالية القانون الخاص الدولي الإلكتروني في حسم نزاعات عقود
- التجارة الإلكترونية..... 515
- أ- مدى تمتع قاعد القانون الدولي الخاص الإلكتروني بصفة النظام
- القانوني ..... 515
- 1- الاتجاه المعارض لمنح صفة النظام القانوني للقانون الخاص الدولي
- الإلكتروني..... 515
- 2- الاتجاه المؤيد لمنح صفة النظام القانوني للقانون الخاص الدولي

|     |                                                |
|-----|------------------------------------------------|
| 516 | الالكتروني:                                    |
| 517 | ب-تقييم قواعد القانون الخاص الدولي الالكتروني: |
| 520 | خاتمة                                          |
| 532 | قائمة المراجع                                  |
| 570 | الفهرس                                         |

## ملخص:

إن الأمم تقاس بدرجة تطورها ومسايرتها لما هو موجود على الساحة الدولية، ولما كانت التجارة الالكترونية ابرز هذه التطورات والمعطيات، كان لزاما على سائر دول العالم أن تكرسها وتنظمها بشكل تتقبلها فيه تشريعاتها وتتماشى معها. والجزائر من بين الدول التي أدخلت تعديلات على قوانينها الداخلية بهدف مسايرة هذا التطور، وجاءت هذه الدراسة بغرض معرفة مدى كفاية النصوص الوضعية بما فيها التقليدية والتعديلات الحديثة بشأن التعامل الالكتروني لتنظيم نشاط التجارة الالكترونية وحمايتها. ويعتبر القانون المدني من أول القوانين التي تضمن في تعديله مصطلح الالكتروني من خلال قبوله للسندات الالكترونية في الإثبات إلى جانب القانون التجاري تلتها قوانين أخرى أهمها القانون البنكي، مع إهمال جوانب عديدة تعتبر أساسية في تشجيع نمو التجارة الالكترونية. أما بخصوص حماية هذا النشاط فقد حظي باهتمام جنائي دون المدني .

## Résumé :

Les nations se distinguent par le degré de leur développement et leur adoption de ce qui existe et se développe sur la scène internationale, et comme le e-commerce est la plus importante de ces innovations, il incombe aux différents états de le consacrer et de l'organiser de sorte qu'il soit adopté par la législation. L'Algérie fait partie des états qui ont introduits des modifications à sa législation nationale afin de suivre le rythme de cette évolution, et le but de cette étude est de déterminer l'adéquation des textes législatifs, y compris les textes traditionnels, et les amendements récents en ce qui concerne les traitements et transactions électroniques pour réglementer et protéger l'activité du commerce électronique. Le droit civil est l'une des premières lois incorporant dans son amendement le terme électronique en acceptant les supports électroniques dans la preuve en plus du droit commercial et d'autres lois dont la plus importante est la loi bancaire, tout en négligeant de nombreux aspects qui sont essentiels pour encourager le développement du commerce électronique. S'agissant de la protection de cette activité, elle a fait l'objet d'un intérêt pénal sans le civil.