الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف –المسيلة–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحـــقوق

ميدان الحقــوق

تخصص قانون أعمال

مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر أكاديمي

بعنوان

النظام القانوني لعقد التجارة الالكترونية

إعداد الطلبة:

بشيري شهرزاد

بن حلي عفاف

إشراف الأستاذ:

يرمش مراد

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة	الصفة
		رئيسا
يرمش مراد		مشرفاً ومقرراً
		ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021

استمارة معلومات

الصورة

المعلومات الشخصية:

الاسم: شهرزاد اللقب: بشيري

اسم الأب: عبد القادر اسم ولقب الأم: بشيري نوة

تاريخ الازدياد: 1999/02/08 مكان الازدياد: بوسعادة

رقم الهاتف: 0791.76.47.38

البريد الالكتروني: Bachirihabab011@GMAIL.COM

العنوان الشخصي: شارع النخيل المواسين رقم 331

الباكالوريا:

المعدل: 11,30 الشعبة/التخصص: آداب وفلسفة سنة الحصول على شهادة الباكالوريا: 2017

الليسانس:

تخصص الليسانس: قانون خاص الدفعة/سنة التخرج: 2020

الماستر:

تخصص الماستر: قانون أعمال الدفعة/ سنة التخرج: 2022

المعدل الترتيبي للماستر: (المعدل العام) 12,77

الوضعية المهنية:

موظف: ☐ عاطل عن العمل: ☒

في حالة موظف:

وظيف عمـــومي: قطاع خاص:

المصلحة المستخدمة: اسم المؤسسة / الشركة:

الرتبة في العمل:

الصيغة:

موظف دائم: موظف في إطار عقود: نوع العقد:

امضاء الطالب

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم : الحقوق.....

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية و مكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة): بشيري شهرزاد

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم: طالبة

الحامل (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 200339191

والصادرة بتاريخ: 2016/09/24

عن دائرة: بوسعادة

المسجل (ة) بكلية: الحقوق والعلوم السياسية قسم: الحقوق

والمكلف (ة) بإنجاز أعمال بحث(مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)، عنوانها:

مذكرة الماستر

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2022/06/20

إمضاء المعني

استمارة معلومات

الصورة

المعلومات الشخصية:

الاسم: عفاف اللقب: بن حلي

اسم الأب: أ محمد اسم ولقب الأم: يومهدي يا توال

تاريخ الازدياد: 1998/09/28 مكان الازدياد: امسيلة

رقم الهاتف: 0657.22.43.89

البريد الالكتروني: AffefbenHalli29@GMAIL.COM

العنوان الشخصي: حي 322 مسكن

الباكالوريا: علوم تجريبية

المعدل: 11.41 الشعبة/التخصص: علوم تجريبية سنة الحصول على شهادة الباكالوريا: 2017

الليسانس:

تخصص الليسانس: قانون خاص الدفعة/سنة التخرج: 2020

الماستر:

تخصص الماستر: قانون أعمال الدفعة/ سنة التخرج: 2022

المعدل الترتيبي للماستر: (المعدل العام) 12,56

الوضعية المهنية:

موظف: ☐ عاطل عن العمل: ☒

في حالة موظف:

وظيف عمـــومي: قطاع خاص:

المصلحة المستخدمة: اسم المؤسسة / الشركة:

الرتبة في العمل:

الصيغة:

موظف دائم: موظف في إطار عقود: نوع العقد:

امضاء الطالب

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم : الحقوق

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية و مكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة): بن حاكي عفاف

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم: طالبة

الحامل (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 206932953

والصادرة بتاريخ: 2021/09/05

عن دائرة: المسيلة

المسجل (ة) بكلية: الحقوق والعلوم السياسية قسم: الحقوق

والمكلف (ة) بإنجاز أعمال بحث(مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)، عنوانها:

مذكرة ماستر

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2022/06/20

إمضاء المعني

قال الله تعالى:

(وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا)(طه:14).

إهداء

الحمد لله وكفى والصلاة والسلام على سيد الخلق حبيبنا ونبينا

المصطفى وأهله ومن وفى وبعد:

إلى أعز ما أملك في الوجود أمي وأبي اللذان ساعداني في حياتي ولم يبخلا علي بدعائهما حفظهما الله وأطال في عمرهما

إلى من دعموني في مساري الدراسي وشاركوني فرحة النجاح

إخوتي وأخوتي أدامهم الله سندا لي في حياتي ودربي

إلى كل الأصدقاء والزملاء الذين رافقتهم طيلة مشواري الدراسي

إلى كل من مد لي يد العون والمساعدة ولو بالدعاء بظهر الغيب

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي

إهداء

الحمد لله وكفى والصلاة والسلام على سيد الخلق حبيبنا ونبينا المصطفى وأهله ومن وفى وبعد:

إلى أعز ما أملك في الوجود أمي وأبي اللذان ساعداني في حياتي ولم يبخلا علي بدعائهما حفظهما الله وأطال في عمرهما

إلى من دعموني في مساري الدراسي وشاركوني فرحة النجاح

إخوتي وأخوتي أدامهم الله سندا لي في حياتي ودربي

إلى كل الأصدقاء والزملاء الذين رافقتهم طيلة مشواري الدراسي

إلى كل من مد لي يد العون والمساعدة ولو بالدعاء بظهر الغيب

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي

شكر وتقدير

الحمد لله حمدا يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه أن وفقني في إتمام هذا البحث، راجيا دوام النعمة منه.

وانطلاقا من قوله تعالى: " هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ "(الرحمن:60)، وطمعا بقوله تعالى: " وَسَيَجْزِي اللَّهُ الشَّاكِرِينَ" (أل عمران:144) وامتثالاً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " من لم يشكر الله لا يشكر الناس " واعترافا مني بضرورة رد الجميل إلى أهله، فإنّي أتقدم:

بجزيل الشكر والعرفان للمشرف الدكتور يرمش مراد على تفضله بالإشراف على هذا البحث، فكانت توجيهاته وتقديم نصائحه، الفضل بعد الله في إنجاز هذا البحث وإخراجه على هذه الحالة، فالله أسأل أن يوفقها الله ويجزيها خير الجزاء، وأن يجعل ذلك في ميزان أعمالها والله سميع مجيب.

كما أتوجه بالشكر والعرفان والتقدير للجنة المناقشة على تفضلها بقراءة هذه المذكرة ونقدها نقدا بناء بغية إثراءها وإخراجها في حالة أفضل.

كما أتوجه بالشكر والتقدير لكل أساتذتي في مختلف الأطوار التعليمية وخاصة أساتذة كلية الحقوق في جامعة محمد بوضياف، وأسأل الله سبحانه وتعالى أن يتغمد برحمته الواسعة الدكتور بن حميدوش نورالدين ويغفر ذنوبه ويجعل مثواه الجنة.

كما أتوجه بالشكر للموظفين والإداريين والعمال في مقدمتهم عمال مكتبة كلية الحقوق والعلوم السياسية.

وفي الأخير أسأل الله عز وجل أن يتقبل هذا المجهود بقبول حسن ويجعله في ميزان حسناتي

قائمة المختصرات

ص	الصفحة
ج	الجزء
ط	الطبعة
د ط	دون طبعة
دت	دون سنة النشر
ج ر	جريدة رسمية
مج	المجلد
ع	العدد

مقدمة

مقدمة

يشـــهد العالم في عصـــرنا الحالي ثورة معلوماتية ضـــخمة في عالم أزالت فيه تقنيات الاتصـــــال الحدود بين الدول وســـــادت فيه ثقافة العولمة في مجالات عديدة للأنشـــــطة الاقتصـــادية، فقد شـــهدت أسـواق التبادل تطورات كبيرة فيما يتعلق بوسـائل إنجاز الصـفقات والتعاقدات، حيث أتاح للمتعاملين وســـــائل متطورة لإعلان عن الســـــلع والخدمات، ومن ثم التعاقد عبر شبكة الانترنت دون الحاجة للتواجد الفعلي في موقع الحدث.

وهذا ما يعرف بالتجارة الإلكترونية، والتي تتم عبر شـــــبكة الإنترنت حيث يتفاوض الأطراف المتعاقدون عن بعد، فيتبادلون المعلومات وســائر البيانات بســرعة فائقة في مجلس عقد افتراضي، وأمام التحديات التي تواجهها النظم القانونية، ومن أبرز هذه التحديات، التعاقد عن بعد عبر شـــبكة الإنترنت وقانونية المعاملات الإلكترونية، كالتعبير عن الرادة، وتطابقها عن طريق تبادل رسائل البيانات، وبروز جرائم يومية في بيئة التجارة الإلكترونية.

فقد تزايدت المنازعات الناجمة عن هذه المعاملات مما اســـــتدعى البحث عن القانون الواجب التطبيق، والمحكمة المختصة في النظر في النزاع ومدى ملائمة النصوص القانونية، مع ما أفرزته وسائل الاتصال الحديثة من إشكاليات وتحديات.

وبهذا الصـــدد أشـــارت الاتفاقيات الدولية إلى ضـــرورة مواجهة جميع التحديات المتعلقة بإبرام العقد الإلكتروني، ومدى إمكانية التأكد من أهلية الأطراف المتعاقدة، وفي هذا المجال نجد أن المشرع الجزائري في المادة 18 من القانون المدني الجزائري ينص على أنه: " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد.

أهمية الموضوع :

وتظهر أهمية هذا الموضـوع في حجم الانتشـار الكبير لهذه التجارة حول العالم والذي بدأ في التزايد بشـكل ملحوظ في السـنوات الأخيرة، خاصـة في ظل أزمة كورونا التي جعلت معظم دول العالم تغلق حدودها، وحتى لا تواجه مشاكل اقتصادية واجتماعية لجأت إلى التعاقد عبر الإنترنت لتسـهيل العملية التجارية والحد من انتشـار الفيروس، فلولا وجود مثل هذه الطرق في التجارة لوقف العالم عاجزا بسبب الجائحة ولانهار اقتصاده.

كذلك تبرز أهمية هذا الموضوع أكثر من خلال ضرورة وضع ضابط للتعرف على أهم الصعوبات القانونية التي تفتقد لحلول مستقرة في التشريعات الوطنية، وتتمثل هذه الصعوبات في تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، التي تعد من أهم وأبرز الإشكاليات القانونية التي أثارت جدال فقهيا كبيرا في القانون الدولي الخاص.

-أسباب اختيار الموضوع

إن اختيارنا لموضوع النظام القانوني لعقد التجارة الالكترونية يعود إلى عدة أسباب

الأسباب الذاتية:

وتتمثل أسـاسـا في الرغبة في اكتشـاف ودراسـة هذا الموضـوع بشـكل جدي ومعمق من أجل محاولة وضع حلول للإشكالات والتساؤلات القانونية التي يثيرها موضوع البحث.

الأسباب الموضوعية

وتعود أسباب اختيارنا لهذا الموضوع لعوامل موضوعية تعود أساسا إلى:

- ارتباط الموضوع بتخصص قانون الأعمال.
- حداثة الموضوع في حد ذاته.
- معرفة الحالات التي يطبق فيها قانون معين على عقد التجارة الإلكترونية سـواء بحضور طرفيه أو بغيابهم.
- -الأهمية البالغة التي يكتسبها الموضوع في مجال التجارة الالكترونية.

أهداف الموضوع :

وتلخص أهداف هذا الموضوع فيما يلي:

– الإحاطة بالجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية.

– معرفة القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية في حال حضـــور الأطراف وكذا في حال غيابهم.

الصعوبات المعترضة:

وكأي بحث علمي فقد واجهنا عدة صـــعوبات أثناء انجاز هذا العمل في مقدمتها قلة المراجع المتخصـــصـــة في هذا الموضـــوع، كذلك قلة النصـــوص القانونية التي تعالج هذا الموضوع خاصة في التشريع الجزائري.

أهمية الدراسة :

تأتي أهمية الدراســـة من الأهمية التي اكتســـبتها التجارة الإلكترونية بعد ظهورها وتناميها ، فقد نتج عن التجارة الإلكترونية الكثير من الجدل والنقاش حول العديد من المبادئ والقواعد القانونية التقليدية التي تحكم نظم التعاقد وإبرام الصفقات والنشاط التجاري.

الإشكالية:

تتمحور الإشـــكالية حول صـــعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية الدولية في حالة اتفاق أو عدم اتفاق الأطراف على قانون معين، وتتمثل الإشكالية المحورية المقترحة لمعالجة هذا الموضوع في:

عقد التجارة الالكترونية والحماية القانونية له وعلى أي أســـاس يتم تحديد القانون الواجب التطبيق عليه؟

المنهج المتبع :

وللإجابة على هذه الإشكالية وجب إتباع عدة مناهج في الدراسة تتمثل في:

المنهج الجدلي في طرح الأفكار، كذلك الوصفي وذلك من خلال التعرض لمختلف التعريفات التي تخدم صلب الموضوع كتعريف مبدأ الإرادة، الموطن المشترك، الجنسية المشتركة وغيرها.

بالإضافة إلى المنهج التحليلي لتحليل النصوص المتعلقة بموضوع الدراسة .

الخطة الدراسة:

لكي نتمكن من تحقيق أهداف هذا البحث فقد ارتأينا إلى تقسيمه لفصلين أساسيين نتعرف من خلالهما المقصود بالتجارة الإلكترونية وأطرافها ووسائل إثباتها وذلك من خلال فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول: تناولنا عقد التجارة الالكترونية والحماية القانونية له ، والذي تم تقسيمه إلى مبحثين: خصص المبحث الأول عقد التجارة الالكتروني ، أما المبحث الثاني خاص بالحماية القانونية.

والفصل الثاني: خصصناه لدراسة القانون الواجب التطبيق على المعاملات التجارة الالكترونية، والذي تم تقسيمه إلى مبحثين: الأول سنتطرق فيه إلى تطبيق قواعد الإسناد التقليدية، والمبحث الثاني تطرقنا فيه إلى مدى الحاجة للقواعد المادية للتجارة الالكترونية.

وأنهينا البحث بخاتمة تصورا شاملا مستخلصا من البحث.

الفصل الأول:
عقد التجارة الالكترونية
والحماية القانونية له

الفصل الأول: عقد التجارة الالكترونية والحماية القانونية له

إن النمو السريع للتكنولوجيا في العقود الماضية أثرت في شكل التجارة التقليدية حتى وصلت إلى النمط الجديد من التجارة التي أصبحت تُعرف بالتجارة لإلكترونية.

وفي الاقتصـاد العالمي الناشـئ احتلت التجارة والأعمال الإلكترونية مركزاً متقدماً في الدول الصـناعية الكبرى، وباتت تنمو على نحو متزايد نتيجة لدمج تكنولوجيا المعلومات والاتصـالات التي أحدثت ثورة في مجال المعاملات التجارية التي تتم بين الشـركات والعملاء أو المسـتهلكين أو فيما بينهم باسـتخدام شـبكة الإنترنت وغيرها من وسـائل الاتصال الحديثة.

وعلى الصـعيد العالمي فإن الصـفقات التجارية الإلكترونية ذات الطبيعة غير المادية أزالت كل القيود والحدود التي كانت مفروضـة عليها منذ وقتٍ قريب. ومن وجهة النظر القانونية فإن التجارة الإلكترونية استحدثت أساليب ونظم جديدة لتكوين العقود إذ إنها تتميز بالعديد من الخصـائص والمزايا التي تميزها من التجارة التقليدية، ومن جهة أخرى واجهت هذه التجارة الجديدة في نموها وتطورها الكثير من التحديات القانونية التي لم تقف حجر عثرة في طريق تقدمها وازدياد التعامل بها وإيجاد الحلول القانونية المناسـبة لتذليل هذه الصعوبات بما يسهل إبرام العقود الإلكترونية بسرعة أكبر وكفاءة أعلى بصرف النظر عن مكان تواجد أطراف العلاقة التعاقدية.

المبحث الأول: عقد التجارة الالكتروني:

نتيجة اسـتخدام الانترنت وتطورها ظهرت العديد من العقود والمعاملات الإلكترونية، مما أحدث قلقا تشريعيا على المستوى الدولي وعلى المستوى الداخلي على حد سـواء، ما دفع هذه التشـريعات إلى إعادة النظر في أنظمتها التقليدية وهذا الأمر يعتبر ضـرورة ملحة أمام الثورة المعلوماتية التي غزت جميع المجالات، والتي أتت بأساليب حديثة التعامل لمن تكن معلومة ومتعارف عليها في المجال التعاقدي من قبل[1]

[1] – شحاتة غريب محمد شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية (دراسة مقارنة)، دار الجامعية الجديدة، مصر،2008، ص7.

وبناءا على ذلك سنتطرق في هذا المبحث إلى المقصود بالعقد الإلكتروني المطلب الأول ومن ثم مراحل تكوين عقد التجارة الالكترونية وطرق إثباتها المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم عقد التجارة الالكتروني:

العقد هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما[1]، وهو تعريف يمكن أن ينطبق على العقد الإلكتروني إذ أنه لا يختلف عن العقد العادي، إلا من حيث أنه يبرم بوسيلة إلكترونية تربط بين أطراف العقد.

وعليه نتطرق إلى تعريف العقد الإلكتروني الفرع الأول، وخصائصه الفرع الثاني ثم ذكر ما يميزه عن باقي العقود الفرع الثالث.وفي الفرع الرابع طبيعته القانونية.

الفرع الأول: تعريف عقد التجارة الالكتروني:

ليس هناك تعريف موحد للعقد الإلكتروني، سيما لو أخذنا بعين الاعتبار تعدد الجهات والمحافل التي أوردت هذه التعاريف من جهة، ونوع التقنية التي تستعمل في إبرامه من جهة أخرى، وعليه سيتم عرض أهم التعاريف الواردة بشأنه في المواثيق الدولية أولا، ثم تلك التي جاءت بها القوانين المقارنة ثانيا، وأخيرا نشير إلى بعض التعاريف التي جاء بها الفقه.

أولا :التعريف الوارد في المواثيق الدولية.

نقتصر في هذه النقطة على التطرق إلى التعريف الذي جاء به القانون النموذجي للأمم المحتدة حول التجارة الإلكترونية، كونه أهم وثيقة دولية في هذا المجال، ثم التعريف الذي جاءت به المواثيق الأوربية.

1 :التعريف الوارد في القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية.

اكتفى القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية (**UNCITRAL** أو **CNUDCI** [2])، في المادة:2 بتعريف " بتبادل البيانات الإلكترونية

[1] –ورد هذا التعريف للعقد في المادة 54 من أمر رقم75–58 المؤرخ 1975/09/26 يتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر، العدد78 الصادر1975/06/30. معدل ومتمم بموجب القانون رقم05–10 المؤرخ في 2005/07/20، ج ر، العدد 44 الصادر في 2005/06/26.

[2] – صدر هذا القانون في 12 جوان 1996 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وتم إقراره بناء على 162 في 16 ديسمبر1996، يتكون هذا القانون من – التوصية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم51 مادة

"L'échange de données informatisées"، حيث نصت بأنه ": يراد بمصطلح تبادل البيانات الإلكترونية نقل المعلومات من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات"، ورأت اللجنة المعدة لهذا القانون[1] بأن هذا التعريف ينصرف إلى كل استعمالات المعلومات الإلكترونية، ويشمل بذلك إبرام العقود والأعمال التجارية المختلفة، وعليه فإن العقد الإلكتروني حسب هذا القانون هو العقد الذي يتم التعبير عن الإرادة فيه بين المتعاقدين باستخدام الوسائل المحددة في المادة:2أو2ب وهي:

-نقل المعطيات من كمبيوتر إلى كمبيوتر آخر وفقا لنظام عرض موحد.

-نقل الرسائل الإلكترونية باستعمال قواعد عامة أو قواعد قياسية.

-النقل بالطريق الإلكتروني للنصوص باستخدام الانترنيت، أو عن طريق استعمال تقنيات أخرى كالتلكس والفاكس.

وواضح مما سبق أن الانترنيت حسب هذا القانون، ليست الوسيلة الوحيدة لتمام عملية التعاقد والتجارة الإلكترونية، بل تشاركها وسائل أخرى مثل جهازي التيلكس والفاكس.

ويرى أغلب الفقه أن القانون الموحد للتجارة الإلكترونية الصادر عن لجنة القانون التجاري الدولي للأمم المتحدة، لم يعرف العقد الالكتروني، لكنه عرف الوسائل المستخدمة في إبرامه، كما أن هذا القانون توسع في سرد وسائل إبرام هذه العقود، فبالإضافة على شبكة الانترنيت هناك وسيلة الفاكس والتيلكس.

17قابلة للزيادة في المستقبل، وهذه المواد مقسمة إلى بابين، الباب الأول يعالج موضوع التجارة الإلكترونية بصفة عامة في المواد من 1 إل 10، أما الباب الثاني فمكون من فصل وحيد متعلق بعقود نقل البضائع والمستندات في المادتين 16 و17 منه، ويلحق بهذا القانون ملحق داخلي يوجه خطابا للدول الأعضاء بكيفية إدماجه ضمن تشريعاتها الداخلية. ويتضمن هذا القانون نوعين من القواعد، قواعد آمرة تتعلق بالتطبيق العام للقانون، وأخرى تكميلية لا تطبق على المستخدمين إلا في حالة عدم وجود اتفاق يخالفها، وتكمن مزاياه في توحيد القواعد القانونية المعمول بها في مجال التجارة الإلكترونية، كما يساعد الدول والأشخاص المتعاملين في هذه التجارة الأخذ بأحكامه، كما أن يسري أن التجارة الإلكترونية والدولية على حد السواء .ويلاحظ على هذا القانون أخذه بمفهوم واسع للتجارة الإلكترونية، ولم يهتم بالتفاصيل الفنية المستخدمة فيها، ويعد بذلك عملا تشريعيا صادرا عن الجمعية العامة للأمم المتحدة من أجل الإطلاع على القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية وملاحقه المفسرة له، راجعwww.uncitral.org.

[1] – يقصد باللجنة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

2 :التعريف الوارد في الوثائق الأوربية.

نصت المادة 2 من التوجيه رقم 97-07 الصادر في **20 ماي 1997** الصادر عن البرلمان الأوربي والمتعلق بالتعاقد عن بعد وحماية المستهلكين في هذا مجال[1]، بأنه يقصد بالتعاقد عن بعد " :كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام بيع أو تقديم الخدمات عن بعد نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد أو تنفيذه"، وعرفت تقنية الاتصال عن بعد في نفس النص بأنه:" كل وسيلة بدون وجود مادي ولحظي للمورد وللمستهلك يمكن أن تستخدم لإبرام العقد بين طرفيه"، فهذا التوجيه قد عرف العقود عن بعد التي تشمل في مفهومها العقود الإلكترونية.

ثانيا: تعريف القوانين المقارنة للعقد الإلكتروني.

في غياب تعريف للعقد الإلكتروني في القانون الجزائري، ينبغي العودة إلى تلك التي جاءت بها القوانين المقارنة في هذا المجال، فقد عرفت المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية **الأردني**[2] العقد الإلكتروني على أنه: " الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائط إلكترونية، كليا أو جزئيا" .

وأضافت نفس المادة إلى ذلك تعريفا خاصا للوسائل الإلكترونية التي يبرم بواسطتها العقد على أنها: "أية تقنية لاستخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو أية وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها".

فالمشرع الأردني لم يكتف بتعريف العقد الإلكتروني، وإنما عرف إلى جانب ذلك الوسيلة التي يبرم بها، معتبرا أنه يكفي أن تتم مرحلة واحدة من مراحل إبرام العقد بالطريق الإلكتروني، ليعتبر العقد برمته إلكترونيا، كما جاء تعريفه للوسيلة الإلكترونية مفتوحا على ما ستسفر عليه تطورات التقنية مستقبلا.

---

[1] Directive n°97-07 CE du 20 Mai 1997, JO CE 04/06/1997 N°144, P19.

[2] قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2000 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001 .

وعرف قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي المبادلات الالكترونية في مادته 2 على أنها: " المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية"، وعرف التجارة الإلكترونية بأنها: "العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية".

من خلال هذين التعريفين يتضح أن المبادلات الإلكترونية التي تعني مبادلة سلع بمال أو خدمة بمال، لابد وأن تتم عن طريق وسيط إلكتروني، أو وثيقة إلكترونية، وبالتالي يخرج من نطاقها الوثائق المكتوبة، كالعقود وإقرارات الاستلام والفواتير وغيرها، فكل هذه الأمور تتم بطريقة إلكترونية، حيث يتفاوض المتعاقدان، ويصدر القبول والإيجاب اللازمين لإبرام العقد ويتم الاتفاق على الشروط التفصيلية لتنفيذه، وذلك بوسيلة إلكترونية أيا كانت هذه الوسيلة.

أما في **فرنسا**، فقد شكلت لجنة خاصة برئاسة وزير الاقتصاد من أجل تنظيم المسألة أين عرفت التجارة الإلكترونية بأنها: "مجموعة المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية بين المشروعات ببعضها البعض وبين المشروعات والأفراد وبين المشروعات والإدارة"، فهذا التعريف يشمل العقود التي تبرم بين المشروعات فيما بينها، كعلاقة شركة بأخرى وعلاقة المشروعات بالأفراد، وكذا العقود التجارية التي تكون الإدارة طرفا فيها، موسعا من دائرة الوسيلة التي تبرم بها، وجعلتها تشمل كل الوسائل الرقمية.

ثالثا :التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني.

لقد أورد الفقه عدة تعريفات للعقد الإلكتروني، فمنهم من عرفه بالاعتماد على إحدى وسائل إبرامه معتبرا أن "العقد الإلكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه عبر الانترنيت[1]".

والملاحظ على هذا التعريف أنه حصر وسيلة إبرام العقد الإلكتروني في شبكة الانترنيت متجاهلا الوسائل الأخرى لإبرامه مثل التيلكس والفاكس والمينيتل في فرنسا.

ومن هذه التعاريف أيضا القائل بأن العقد الإلكتروني هو: " كل اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وذلك بفضل التفاعل بين الموجب والقابل[2]"، يلاحظ أن هذا التعريف اشترط وسيلة مسموعة مرئية لكي يعتبر العقد إلكترونيا، غير أنه يمكن إبرام العقود الإلكترونية بدون

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، 2002، ص47 .

[2] بوخليفي قويدر، النظام القانوني للعقود الالكترونية، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، إشراف الأستاذ صابر أحمد حوحو، المدرسة العليا لقضاء، الدفعة2003 / 2006 ، ص11 .

استعمال الوسائل المسموعة أو المرئية مثل التعاقد عبر البريد الإلكتروني، الذي يكون فيه التعبير عن الإرادة بواسطة الكتابة، ومع ذلك يعتبر عقدا إلكترونيا.

ومن التعاريف ما يكتفي بأن يكون العقد مبرما ولو جزئيا بوسيلة إلكترونية لاعتباره عقدا إلكترونيا، ومنه القائل" :بأن العقد الإلكتروني هو الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية كليا أو جزئيا أصالة أو نيابة[1]"، وهذا ما سلكه المشرع الأردني.

ومن التعاريف ما شمل جميع الوسائل الإلكترونية لكنه اشترط لكي يعتبر العقد إلكترونيا أن تكتمل كافة عناصره عبر الوسيلة الإلكترونية حتى إتمامه، معتبرا أنه: " كل عقد يتم عن بعد باستعمال وسيلة إلكترونية وذلك حتى إتمام العقد[2]".

وهو نفس الاتجاه الذي سارت عليه اللجنة التي شكلت في مصر لتنظيم التجارة الإلكترونية، إذ عرفت عقود التجارة الإلكترونية بأنها" :تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر أو بين مشروع ومستهلك، وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصال[3]".

الفرع الثاني: خصائص العقد التجارة الالكتروني:

إن للعقد الالكتروني خصائص تميزه عن العقود الكلاسيكية (التقليدية) وهي كونه يبرم عن بعد وذو طابع تجاري، كما أنو ذو طابع استهلاكي ويتم إثباته ووفاءه بطريقة خاصة والموضحة كالآتي:

1-العقد الإلكتروني عقد تجاري:

لهذا يسمى بالعقد التجاري الإلكتروني لأن الطابع التجاري هو الغالب لأن تنفيذ المعاملات التجارية في السمع والخدمات التي تتم بين مؤسسة تجارية وأخرى أو بين تاجر فرد أو مستهلك بوسيلة إلكترونية على سبيل الاعتياد الاستعمال الأمثل لكافة أنواع تكنولوجيات الاتصال[4].

---

[1] أحمد خالد العجولي، التعاقد عن طريق الانترنيت، دراسة مقارنة، المكتبة القانونية، عمان، الأردن، طبعة 2002، ص123 .

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص49.

[3] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص46.

[4] محمد بافكر، المعاملات التجارية الإلكترونية في ظل القانون رقم. 18 – 05 مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أعمال، كمية الحقوق جامعة أحمد دراية ، أدرار، 2018 / 2019 ص10

نستنتج أن إعمال هذه الخاصية لا يمكن إطلاقه على كافة المعاملات الالكترونية لأنه توجد معاملات إلكترونية ذات طابع مدني[1].

وهذا راجع لكون العقد الالكتروني يكون تجاريا أو مدنيا حسب الشخص الذي أبرمه التاجر أو مدني وحسب الغاية المبتغاة من إبرام العقد[2].

2-العقد الالكتروني ذو طابع استهلاكي:

وهذا لكون أن أحد المتعاقدين مستهلك لذا وجبت حمايته كونه الطرف الضعيف من خلال القانون لحمايته من الوقوع ضحية استغلال المنتجين لو وهذا راجع لوجود العديد من السلع المتنوعة وخدمات بصور معقدة بالإضافة إلى أساليب الترويج والإعلان المبالغ فيها لهذا يخضع العقد الإلكتروني لأحكام قانون حماية المستهلك كالالتزام بالإعلام[3].

3-العقد الالكتروني يبرم عن بعد:

كونه يبرم دون التواجد المادي لطرفيه أي لا يجمع المتعاقدين مجلس عقد حقيقي حيث يتم التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، ويتم تبادل الإيجاب والقبول إلكترونيا عبر الانترنت وهو عقد حكمي افتراضي[4].

4-العقد الالكتروني يتم إثباته ووفاءه بطرية خاصة:

العقود الإلكترونية المبرمة عن طريق الانترنت تكون غالبا غير مثبتة على دعامة ورقية على خلاف العقود التقليدية.

أما الوفاء في العقود الإلكترونية خاصة البيع الالكتروني فإنه يتم بالنقود الالكترونية التي تتخذ عدة صور منها:

---

[1] المادة 02 من الأمر رقم 57 – 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 الذي يتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم.

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي ، النظام القانوني للتجارة الالكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، مصر ، ط 2003 ،ص273 .

[3] – عجالي بخالد، النظام القانوني لمعقد الالكتروني، في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر،2014 ، ص53.

[4] محمد بافكر المعاملات التجارية الإلكترونية في ظل القانون رقم. 05 – 18 مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أعمال، كمية الحقوق جامعة أحمد دراية أدرار، 2019 / 2018 ، ص09

- البطاقات البلاستيكية الممغنطة
- الشيكات الالكترونية
- النقود الالكترونية المبرمجة.

إن المعاملات والخدمات المتاحة على الشبكة والتوقيع عليها يتم بأسلوب الكتروني[1].

الفرع الثالث: تمييز العقد الالكتروني عن بعض العقود المشابهة له:

يعد العقد الالكتروني من العقود التي تبرم عن بعد وهو ما يميزه عن غيره من العقود الحديثة والتي يصعب حصريا بالإضافة إلى أنو ليس الوحيد الذي يبرم في المحيط الالكتروني وإنما هناك عقود أخرى متلازمة معه ولأنه من الممكن أن تكون هي الأساس الذي يرتكز عليه العقد الالكتروني ولولاه لما تمت المعاملات الالكترونية .

من هنا سنعرض الاختلاف للعقد الإلكتروني عن غيره بحسب طريقة التعاقد من جهة وعن العقود المرتبطة به من جهة أخرى[2].

أولا: تمييز العقد الالكتروني عن العقد المبرم بواسطة التلفزيون:

مما هو معروف عن التلفزيون أنو لا يمنح إمكانية التفاعل بين المتعاقدين لأن البث من جانب واحد والإيجاب فيه يوجد لعامة الجمهور ويعبر القابل عن إرادته في التعاقد بواسطة اتصال هاتفي أو إرسال رسالة إلى عنوان يحدده الموجب بينما في لعقد الالكتروني يكون التفاعل متبادل بين أطرافه في البيئة الافتراضية[3].

ويتشابه العقد الالكتروني مع العقد المبرم عن طريق التلفزيون أن الرسائل المنقولة هي نفسيا لجميع العملاء.

---

[1] – سمير برهان، العقود ولاتفاقيات في التجارة الالكترونية، إبرام العقد في التجارة الالكترونية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربة، 2007 ص51.

[2] بلقاسم حامدي، إبرام العقود الإلكترونية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية تخصص قانون أعمال، كمية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة،2015 / 2014 ، ص38

[3] – معزوز دليلة، الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي كوسيلة بديلة لضمان رضا المستهلك في البيع الالكتروني، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 2 ، 2012 ، ص 14 .

ثانيا: تمييز العقد الالكتروني عن العقد المبرم بواسطة التلكس والفاكس

التلكس هو استعمال آليتين كتابيتين متصلتين عبر جهاز اتصال عام يقوم بإرسال رسالة عبر تلك الأجهزة المرتبطة ببعضها[1] .

في حين يعرف الفاكس أو الفاكسيل بأنه جهاز استنساخ بالهاتف حيث يتم بواسطته استنساخ نقل الرسائل والمخطوطات المكتوبة بكامل محتوياتها كأصلها ويتم تسليمها عن طريق شبكة الهاتف المركزية أو الأقمار الصناعية .

العقد المبرم بواسطة الفاكس أو التلكس مشابها للعقد الالكتروني من حيث الطبيعة القانونية. والفرق بينهما هو عدم ضرورة طباعة رسالة البيانات المرسلة عبر الانترنت أو البريد الالكتروني حتى تتم قراءتها[2].

ثالثا :تمييز العقد الإلكتروني عن العقد المبرم بواسطة الهاتف:

يعتبر كلاهما من العقود التي تبرم بين غائبين ويتميز العقد الالكتروني عن التعاقد بالهاتف من عدة جوانب، ففي التعاقد الإلكتروني يمكن رؤية الرسالة الإلكترونية المرسلة على الحاسوب كما يمكن طباعتها والحصول عمى نسخة منها[3] .

كما أن التعاقد بالهاتف هو تعاقد شفوي قد يتطلب صدور تأكيد كتابي من البائع في عقد البيع[4] .

الفرع الرابع: الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني:

يبرم هذا النوع من العقود عبر شبكة الانترنت وبأعداد هائلة من طرف مستخدمي هذه الوسيلة من بيع واستئجار لمختلف السلع والخدمات[5] .

وهذا ما يدعي بالضرورة إلى النظر في تكييف هذه العقود وتحديد طبيعتها أن كانت من عقود الإذعان أو من العقود الرضائية.

---

[1] – فاروق الاباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الالكترونية،دراسة تطبيقية لعقود الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 44 .

[2] –معزوز دليلة، مرجع سابق، ص 13.

[3] – بلقاسم حامدي،" إبرام العقد الإلكتروني"، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه العلوم في العلوم القانونية، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2015، ص 36 .

[4] محمد بافكر، مرجع سابق, ص13 .

[5] –عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، شرح القانون المدني، الجزء 2، دار الفكر، بيروت، 1998، ص281 .

1-العقود الالكترونية من عقود الإذعان:

اعتبرت طائفة من الفقه أن العقد الالكتروني نوع من أنواع عقد الإذعان الذي يقوم على خرق مبدأ سلطان الارادة لأنه لا يقبل المناقشة ويقوم أساسا على فرض جملة من الشروط مما يأخذ بها جملة أو تترك جملة[1] .

2-العقود الالكترونية من عقود الرضائية (عقد المساومة) :

على خلاف الرأي الأول اعتبر فريق من الفقه أن العقد الالكتروني عقد من عقود المساومة الذي يقوم على مبدأ سلطان الإرادة والتراضي بين الأطراف[2] ويدعم هذا الجانب رأيه بأن المتعاقد في العقد الالكتروني لا يملك إلا أن يوافق على الشروط المعروضة عليه عبر وسيلة الاتصال المستعملة لإبرام عقد دون مناقشة أو مشاركة للطرف الآخر .

ويرى البعض أنو للتمييز بين الرضائية والإذعان في العقد الالكتروني علينا التمييز بين الوسيلة المستخدمة لإثباته ،فإذا تم التعاقد عبر البريد الإلكتروني أو من خلال برامج المحادثة أو باستخدام الوسائل السمعية المرئية، كنا بصدد عقد رضائي حيث تمكن بهذه الوسائل الأطراف المتعاقدة من تبادل وجهات النظر ومن التفاوض حول شروط العقد والاختيار بين العروض المقدمة لو ،أما التعاقد عبر مواقع الويب والتي تستخدم غالبا عقود نموذجية تكون شروطها معدة سابقا من قبل الموجب وبالتالي الزبون لا يملك حق التفاوض، مما يجعل منه طرفا ضعيفا في العقد [3].

المطلب الثاني : مراحل تكوين عقد التجارة الالكترونية وطرق إثباتها

تمر العقود في إبرامها بعدة مراحل, فمن مرحلة التفاوض إلى تبادل التراضي بين عاقدين، ثم إلى توثيق الإرادة في العقود التي يشترط القانون الشكلية لصحتها، وهذه

[1] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق عمى عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص25 .

[2] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011،ص60 .

[3] – رواقي سميحة ومتاني خمود، النظام القانوني لمعقد الالكتروني ، مرجع سابق ،ص15 .

المراحل تتم من خلال إتباع إجراءات، قد يكون القانون هو الذي ينص عليها أو جرت العادة على إتباعها، لكن هذه العقود لا تكون ملزمة إلا إذا كانت موقع عليها من قبل أطرافها، وهذا الشـــرط قد يكون القانون هو الذي يشـــترطه أو يكون باتفاق من الأطراف لإضـــفاء نوع من الجدية لتعاقداتهم، لذلك نتناول مراحل إبرام عقود التجارة الإلكترونية (الفرع الأول)، ثم نتناول طرق إثباتها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مراحل التعاقد الإلكتروني

ونتناول هذا الفرع في جزئين بحيث نخصـص الجزء الأول لمرحلة تكوين العقد الإلكتروني وفي الجزء الثاني تنفيذ العقد الإلكتروني تنفيذ العقد الإلكتروني

أولا: مرحلة تكوين العقد الإلكتروني:

لا شـــك أن العقد الإلكتروني مثله مثل باقي العقود العادية الأخرى في أركان انعقاده وشروط صحته والآثار المترتبة عليه، من حيث المسؤولية، لكن يختلف مع ما يشابهه من العقود من حيث الوســيلة التي يتم بها إبرام هذا العقد، إذ يكتســب الطابع الإلكتروني من الطريقة التي ينعقد بها.

وبالتالي، فانعقاد العقد الإلكتروني ســـواء في التجارة الدولية أو لأي غرض كان ينعقد بتلاقي الإيجاب والقبول بفضل التواصل بين المتعاقدين بوسيلة مرئية مسموعة عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد[1].

ولذلك يلزم بحث الطبيعة الخاصة للعقد الإلكتروني على الشكل التالي:

1-توافر الرضا

2-المحل في العقد الإلكتروني

3-السبب في العقد الإلكتروني

1-توافر الرضـا: التراضـي هو أحد الأركان الأسـاسـية لانعقاد العقد قصـد إحداث أثر قانوني، ويعتبر التراضـــي موجود إذا تطابقت إرادة المتعاقدين، وتوافرت شـــروط صـــحة

[1] – خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر،2011، ص 131.

التراضـــي، إذ بهذا ينعقد العقد، ولكي يوجد التراضـــي لابد من وجود إرادة لدى كل طرفي العقد، ولابد أن تتطابق الإرادتان، والقانون يعتد بالإرادة إذا كانت صـــادرة ممن له القدرة على معرفة ما يترتب على الإدارة من آثار، ولكي يعتد بها يجب أن تتخذ مظهر خارجي يدل عليها، فلكي ينعقد العقد بصـفة عامة لابد من أن يصـدر إيجاب من أحد المتعاقدين يعقبـه قبول من الطرف الأخر ولابـد أن يقترن الإيجـاب بـالقبول وأن يتطـابق كـل من الإيجاب والقبول[1]

وسنكتفي بدراسة توافر الرضي من بعض الشروط نظرا لأهميتها وعلاقتها بموضوع الدراسة.

وسنقوم بدراسة كل من:

أ- مجلس التعاقد

ب-النيابة في التعاقد الإلكتروني

وإرجاء الحديث عن كل من: الإيجاب والقبول والأهلية ثم عيوب الإرادة، باعتبارهم من القواعد الأسـاسـية والتي لا تتغير مهما تغير العقد وكذلك نظرا لاعتبارهم من المبادئ الأساسية والعامة في كل العقود.

أ-مجلس التعاقد:

ويتنوع مجلس العقد إلى نوعين حقيقي وحكمي، بالنسـبة للأولى يقصـد به المجلس الذي يجمع المتعاقدين في مكان واحد يســمع كل منهما الآخر بحيث يبدأ بتقديم الإيجاب وينتهي إما بقبول الإيجاب أو برفضه.

أما بالنسبة لمجلس العقد الحكمي فهو المجلس الذي يكون فيه أحد المتعاقدين غير حاضرا.

ويتم تحديد الفترة الزمنية لمجلس العقد الإلكتروني على حسب الطريقة التي يتم بها[2]

[1] – محمد أمين الرومي التعاقد الإلكتروني عبر الانترنيت، الطبعة الأولى دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2014

[2] – إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، مجلس النشر العلمي، الكويت 2003 ص

1: التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني

حالة وجود فاصـــل زمني بين الإيجاب والقبول وفي هذه الحالة لا شـــك بأن التعاقد يكون بين غائبين زمانا ومكانا.

حـالـة الإيجـاب والقبول في نفس الوقـت وهـذه الحـالـة التي تقترب من الهـاتف وذلـك أن الإيجاب والقبول يكونان في نفس الزمن فلابد من تطبيق التعاقد بين حاضرين زمانا.

2: التعاقد عبر شبكة المواقع

في حالة دخول الشخص إلى موقع على الشبكة فإنه يمكن له أن يضع إجابة وينتظر فترة من الزمن لتلقي الإجابة وقد يضـع إجابة تجاه هذا الموقع ويقوم بتلقي القبول فورا ففي الحالة الأولى نكون أمام تعاقد بين غائبين وفي الحالة الثانية نكون أمام تعاقدين حاضرين زمانا.

اختلف الفقه حول طبيعة التعاقد الإلكتروني هل هو عقد بين حاضـــرين أم عقد بين غائبين[1] بالنسبة للرأي الأول، برى جانب من الفقه أن التعاقد عبر الانترنيت بعد تعاقدا بين حاضـــرين حيث ينطبق مفهوم مجلس العقد على كلا العاقدين، إلا أنهما قد انصـــرفا إلى موضـوع التعاقد دون أن يشـغلهما عنه شـاغل آخر، وكان بينهما اتصـال مباشـر عبر الإنترنيت بحيث يسـمع أو يرى أحدهما الآخر مباشـرة حيث لا يكون هناك فاصـل زمني بين صدور التعبير عن الإرادة إيجابا أو قبولا، ووصله إلى علم الموجه إليه.

أما الرأي الثاني فيرى أن التعاقد عبر الانترنيت يعتبر تعاقدا بين حاضـــرين من حيث الزمان وتعاقدا بين غائبين من حيث المكان، فهو يعتبر تعاقدا بين حاضـــرين لانعدام الفاصـل الزمني بين صـدور القبول وعلم الموجب به، ويعتبر تعاقدا بين غائبين من حيث المكان شأنه في ذلك التعاقد بالمراسلة.

ب-النيابة في التعاقد الإلكتروني

النيابة في التعاقد الإلكتروني تتم بواســـطة وســـيط يتعلق برســـالة بيانات معينة والوسيط هو الشخص الذي يقوم نيابة عن شخص آخر بإرسال أو استلام أو تخزين رسالة

[1] – سمير خالد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية 2016 ص106

بيانات أو بتقديم خدمات أخرى فيما يتعلق برسالة البيانات هذه[1]، ويفهم من ذلك جواز أن يقوم شخص مما نيابة عن أخر بإرسال أو استلام أو تخزين أو تسجيل رسالة البيانات الإلكترونية وهذا يعني مشروعية النيابة في التعاقد الإلكتروني، حيث أن النيابة في التعاقد الإلكتروني ممكنة بجميع أنواعها، حيث يمكن أن تنشأ من خلال رسائل إلكترونية محددة مسبقا بالطرق التي تتفق والتطور التقني وما يمكن قوله، أن النيابة في العقود التقليدية لا تختلف عن العقود الإلكترونية، حيث أن النيابة في العقود الإلكترونية تكون اتفاقية، والأسباب الداعية للتعاقد بوجه عام هي الأسباب الداعية للتعاقد الإلكترونية مثل تعذر وجود الأصيل لإبرام العقد أو عدم امتلاك الخبرات موضوع العقد .

2-المحل في العقد الإلكتروني

محل الالتزام هو ما تعهد به المدين، والمدين يلتزم إما بإعطاء شيء كالالتزام بنقل ملكية البضاعة، وإما بعمل كالتزام مورد بتوفير سلعة معينة، وإما بالامتناع عن عمل كالالتزام بعدم المنافسة، ويشترط في محل الالتزام أن يكون[2]:

- أن يكون محل الالتزام موجودا وممكنا، ويقصد بذلك أنه إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني على شيء فيجب أن يكون هذا الشيء موجودا وقت نشوء الالتزام أو أن يكون محتل الوجود بعد ذلك وفقا لقصد المتعاقدين، وإذا كان محل الالتزام عملا أو امتناع عن عمل فيجب أن يكون ممكنا، فإذا قصد المتعاقدان أن يكون التعامل على شيء موجود معين وقت التعاقد تم تبين أنه غير موجود فإن الالتزام لا يقوم حتى ولو كان من الممكن وجود الشيء في المستقبل ويستوي أن يكون الشيء لم يوجد أصلا أو كان موجودا وهلك قبل نشوء الالتزام، أما إذا كان المتعاقدان قد قصد أن يرد التعاقد على شيء موجود فعلا وقت التعاقد في هذه الحالة يشترط أن يكون الشيء موجود في المستقبل.
- أن يكون معينا أو قابل للتعيين.

[1]– السامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر 2005 س 2016

[2] – عبد الرسول عبد الرمضان، الودية في النظرية العامة للالتزامات، ص44

- أن يكون قابلا للتعامل فيه: أي لا يكون المحل مخالفا للنظام العام والآداب أو مخالفا للقانون أو خارجا عن دائرة التعامل سواء بحكم القانون أو بطبيعته.

وكما هو الشأن في العقد التقليدي يجب أن يكون هناك محل للعقد الإلكتروني وأن يكون هذا المحل معين أو قابل للتعيين ويكون العمل في العقد الإلكتروني المعين عن طريق وصف المنتج أو الخدمة وصفا مانعا للجهالة على شاشة الحاسب الآلي عبر شبكة الانترنيت، سواء من خلال صفحات الويب كالتالوج الإلكتروني.

والمقصـــود بالمعاينة هو الاطلاع على المبيع اطلاعا يمكن من معرفة حقيقته وطبيعته، وذلك بالطرق التي يتحقق بها العلم الكافي لدى المشــهد بحقيقة المبيع والمعاينة التي يتحقق بها لدى المشــتري بحقيقة المبيع هي التي تحصــل عند إبرام العقد بحيث يرد العقد على المبيع وهو معلوم للمشتري علما كافيا، ووصف السلعة المعروضة على موقع الويب أو من خلال الكتالوج الإلكتروني أو عبر رسائل البريد الإلكتروني، أو بأي وسيلة إلكترونية أخرى.

ويعتبر وصفا كافيا إذا تم بطريقة تمكن المستهلك من إدراك حقيقتها والوقوف على مدى ملاءمتها للغرض من التعاقد فيصدر رضاؤه بناء عن بيئة من أمره، ويحق للمشتري طلب إبطال العقد عند عدم تحقق العلم الكافي للسلعة أو الخدمة فيجب أن يكون وصف السلعة أو الخدمة عند إبرام التعاقد الإلكتروني وصفا دقيقا ومفصلا مما يحقق معه العلم الكافي والجدي والموضوعي عن المنتجات والخدمات.

3-السـبب في العقد الإلكتروني: يقصـــد به الغرض الذي يرمي إليه الملتزم من وراء التزامه، فالسبب يقوم على توافر شروط ثلاثة هي:

- أ: **وجود السبب:** يجب أن يكون السبب موجودا فإن لم يوجد كان العقد باطلا

فإذا أكره شــخص على التوقيع على ســند مديونية وهو غير مدين أو أكره على تبرع وهو ليست لديه نية التبرع كان العقد باطلا لانعدام السبب، وهذا يعني أنه في عقود المعاوضة يكون ســـبب التزام أحد الطرفين هو في ذاته محل التزام الطرف الآخر، فإذا كان هذا المحل قد هلك من قبل انعقاد العقد فلا يكون هناك ســـبب للالتزام وكذلك إذا كان محل

الالتزام الأحد الطرفين عملا أو امتناع عن عمل وكان هذا العمل مستحيل استحالة مطلقة فلا ينعقد العقد ولا يوجد هنا سبب للالتزام.

- **ب: صحة السبب:** يشترط كذلك أن يكون السبب صحيحا، ويكون السبب غير صحيح إذا كان موهوما أو صوريا ومثال السبب الموهوم أن يتخارج وارث مع شخص يعتقد أنه وراث ثم يتبين أن غير وارث.

- **ج: مشروعية السبب:** يجب أن يكون السبب مشروعا، ويكون السبب مشروعا إذا كان لا يخالف النظام العام أو الآداب العامة.

ولا يختلف السبب في العقد التقليدي عن السبب في العقود الإلكترونية المبرمة عبر تقنيات الاتصال الحديثة والتي قد تتضمن على سبيل المثال أفعالا خادشة للحياء فإنها تكون باطلة لأن السبب غير مشروع، إلا أن مفهوم الآداب العامة يتطور بصورة تدريجية مع الوقت ويختلف من دولة إلى أخرى بمقدار تحرر المجتمع ولذا فإن ما يعتبر مناقضا للآداب العامة في دولة ما قد لا يكون كذلك في دولة أخرى، وهو ما يتطلب بطبيعة الحال ضرورة التنسيق بين الدول على المستوى الإقليمي والدولي.

ثانيا: تنفيذ العقد الإلكتروني:

إذا استجمع العقد الإلكتروني شروطه القانونية، فإنه يرتب مجموعة من الآثار في ذمة طرفيه، وهذه الآثار تختلف من متعاقد إلى آخر، وسنسعى إلى تبيان هذه الالتزامات.

وتجدر الإشارة أولا، أن العقود الإلكترونية من حيث تنفيذها، تنقسم إلى نوعين، منها ما يبرم عبر الانترنيت وينفذ خارجها، حيث يشمل هذا النوع العقود التي يكون محلها الأشياء العادية التي يقتضي تسليمها في بيئة مادية

وبما أن هذا النوع من العقود يقتضي التسليم المادي، فلابد من مراعاة المقتضيات والأحكام الواردة، في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع.

حيث نصت المادة 30 من هذه الاتفاقية أنه: " يجب على البائع أن يسلم البضائع، والمستندات المتعلقة بها وأن ينقل ملكية البضائع على النحو الذي يقتضيه العقد وهذه الاتفاقية".

أما النوع الثاني من العقود الإلكترونية، فينفذ عبر شبكات الاتصال ذاتها ويشمل العقود التي يكون محلها الأشياء غير المادية وتقديم الخدمات، مثل برامج الكومبيوتر وغيرها، فيمكن في هذه الحالة من أن يكون التعليم بالوسائل الإلكترونية، بحيث يمكن

نقل البيانات أو المعلومات إلكترونيا إلى المتعاقد بدون اللجوء إلى الطرق التقليدية في التسليم[1].

هذا من جهة التزامات البائع، أما عن التزامات المشتري، فهي اثنين هناك الالتزام بالاستلام أو التسلم، وقد بينت المادة 26 من القانون العربي الاسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية وسائل الوفاء بأثمان السلع والخدمات وهي أدوات الدفع الإلكتروني وحسب المادة 27 من القانون المذكور، تعتبر وسيلة دفع إلكتروني ما يلي:

- بطاقات الوفاء الإلكترونية.

- التحويل الإلكتروني للأموال.

- النقود الإلكترونية.

- الاعتماد المستندي الإلكتروني.

- الأوراق التجارية الإلكترونية.

- أو أي وسيلة من وسائل الدفع الإلكتروني الأخرى. ويعاقب بالحبس مع الغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من:

أ-استخدام الشبكة المعلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات في الحصول بدون وجه حق، على أرقام أو بيانات أو أي وسيلة من وسائل الدفع الإلكتروني أو وضعها تحت تصرف الغير بأي طريقة كانت.

ب -زور أو اصطنع أي أداة من أدوات الدفع الإلكتروني أو بياناتها أو استعملها أو قبل التعامل بها مع علمه بذلك

ج-استخدم أي وسيلة من وسائل الدفع الإلكتروني بدون وجه حق في الحصول على أموال الغير أو ما تتيحه من خدمات.

[1] - مجلة القانون والأعمال: www.droitentreprise.org

الفرع الثاني: الإثبات في عقود التجارة الالكترونية

ألقت التغيرات التي أحدثها التطور التكنولوجي على عناصـــر العلاقة العقدية وطريقة إبرامها قد ألقت بضـلالها على الإثبات بصـفة عامة، فلم يعد الإثبات التقليدي، باختلاف طرقه محصورا في الوسائل التقليدية المعروفة والسبب الرئيسي في ذلك يرجع إلى ظهور فئة جديدة من العقود المسماة وغير المسماة والتي تبرم عن طريق الوسائط الالكترونية، ومن بين هذه العقود المنتشرة بكثرة هي عقود التجارة الالكترونية[1]

وقد أدى التحول الذي فرضه التطور التكنولوجي وانتشار هذه العقود والتحول من الدعامة المادية (الورقية) إلى الدعامة الالكترونية إلى ظهور تحديات حقيقية في إثبات العقود الالكترونية، بمعنى آخر كيف يتم إثبات هذه الطائفة من العقود في حالة نشـوء نزاع بشأنها[2]، والحقيقة أن الطفرة التكنولوجية التي شهدتها هذه العقود قد أدت إلى ظهور وسـائل إثبات جديدة لم تكن موجودة من قبل، وهذا لإرسـاء الثقة والأمان في الوسـط التجاري، وسنحاول التطرق إلى هذه الوسائل بشيء من الإيجاز كما يلي:

أولا :المحررات الالكترونية:

أدى التطور التكنولوجي والعلمي في العقود الأخيرة إلى ظهور محررات جديدة، تتميز وتختلف اِختلافا جوهريا عن نظريتها الورقية التقليدية، ســواء من حيث الوسـائط والدعائم التي تضـم هذا النوع من المحررات، أو من حيث إنشـائها وتبادلها وتخزينها وتوقيعها، وهو ما يطلق عليها بالمحررات الالكترونية، وهو ما يدفعنا إلى البحث في ماهية هذه المحررات من خلال البحث في تعريفها، وبيان أنواعه، ومن ثم حجيتها القانونية.

1- التعريف بالمحررات الالكترونية: وضـــع الفقه القانوني عدة تعريفات للمحرر الالكتروني، تضـمنت أغلبها الاعتبارات الأسـاسـية لتعريف أي محرر آخر مع مراعاة

[1] -حامدي بلقاسم، مرجع سابق، ص175

[2]- حيث أن مبدأ الإثبات الحر مكرس بموجب المادة 333 من ق م ج، لكن ونظرا لخصوصية المحررات التي تقوم عليها التجارة الالكترونية ارتأينا البحث في مدى حجية هذه الوسائل الحديثة في الإثبات.

خصوصية كونه يتم عبر الوسائل الالكترونية المختلفة[1]، حيث يعرفها جانبا من الفقه بأنها" :البيانات المخزنة على أي وسيط أو في جهاز كمبيوتر وأي جهاز مماثل، ويمكن أن تقرأ أو تفهم من طرف أي من هذه الوسائل أو من طرف شخص، ويشار أيضا إلى التمثيل الافتراضي أو طباعة البيانات"، في حين جانب آخر من الفقه عرفها بأنها : معلومات إلكترونية ترسل أو تسلم بوسائل الكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه[2]"

هذا التعريف الأخير يتشابه مع ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر عندما عرف الإثبات بالكتابة" :ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل الحروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة[3] التي تضمنتها، وكذا طرق إرسالها"، حيث أن المشرع الجزائري في هذه المادة قد وسع من مفهوم الكتابة لتشمل الكتابة الالكترونية بمختلف الوسائل الالكترونية التي تتم عبرها.

ويتضح من التعاريف السابقة أن المحرر الالكتروني يمر بثلاث مراحل وهي[4]

-**المرحلة الأولى** : وهي مرحلة تدوين الكتابة وحفظها وبعدها يتم حفظ هذه البيانات وتخزينها بعد معالجتها وتعديلها عبر جهاز الكمبيوتر أو أي وسيلة أخرى، وهذا قد يمكن الرجوع إليها لاحقا أو استخدامها عند الحاجة.

-**المرحلة الثانية** : وهي مرحلة إظهار السند الالكتروني للإطلاع عليه ويتم ذلك إما عن طريق شاشة الكمبيوتر ورؤيته مباشرة عبر هذه الشاشة أو يشترط طباعة هذا السند الالكتروني.

-**المرحلة الثالثة** : وهي مرحلة إبلاغ المحرر حيث يتم إبلاغ المحرر الالكتروني وتبادله بوسيلتين: الأولى، يتم الإبلاغ فيها الكترونيا أي من الجهاز إلى الجهاز عبر وسائل

---

[1] -بلقاسم عبد الله، المحررات الالكترونية وسيلة لإثبات العقد الالكتروني – دراسة مقارنة–، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص08.

[2] – بلقاسم عبد الله ،مرجع سابق، ص 08.

[3] – استعمل المشرع الجزائري في تعريفه للكتابة عبارة" :أيا كانت الوسيلة التي تتضمنها"، وهي الترجمة الخاطئة للنص(والصحيح هو" :أيا كانت الدعامة التي تتضمنها"، للمزيد من التعريفات ، "quel que soient leur supports"باللغة الفرنسية سواء الفقهية أو القانونية، أنظر :بلقاسم عبد الله، المرجع السابق، ص 8 وما بعدها.

[4] -العجارمة موسى مصطفى ، المرجع السابق، ص121،122

الاتصـــال الســـلكية واللاســـلكية، والثانية يتم الإبلاغ فيها يدويا بعد تخزين المحرر الالكتروني على ربط الكتروني، والمحرر الالكتروني شـــانه شـــأن المحرر الورقي له أطراف تتصـل به مباشـرة، والطرفان الأسـاسـيان له هما المرسـل والمرسـل إليه، ولكن بالنظر إلى أن المحرر الالكتروني ينشـأ ويبلغ ويخزن في وسـط ذي تقنية متقدمة، فإن أسـباب تقنية تجعل بأهمية مكان وجود طرف ثلاث والمسـمى بالوسـيط، وعليه فإن المحرر الالكتروني له ثلاثة أطراف هم[1]:

1-المرسـل أو المنشـئ: وهو الشـخص الذي يتم على يديه إرسـال أو إنشـاء المحرر الالكتروني أي الشـخص الذي يصـدر عنه المحرر حتى لو أرسـل هذا المحرر شـخص آخر، بل وحتى لو قصد منشئ المحرر عدم إرساله، فيبقى هو صاحب ومنشئ المحرر.

2-المرسل إليه : ذلك الشخص الذي قصد المنشئ أن يتسلم رسالة البيانات، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة[2].

3-الوســيط : حســب المادة الثانية من قانون اليونســترال النموذجي بشــأن التجارة الالكترونية فإن الوسيط هو ذلك الشخص الذي يقوم نيابة عن شخص آخر بإرسال أو اسـتلام أو تخزين رسـالة البيانات أو بتقديم خدمات أخرى فيما يتعلق برسـالة البيانات (المحرر الالكتروني).

وبالعودة إلى نص المادة 323 مكرر من التقنين المدني الجزائري فإن الكتابة الالكترونية تتعدد وتتنوع وفقا لوسيلة الاتصال التقنية المستخدمة في التعاقد الالكتروني وفي حفظ المحررات الالكترونية، أي أن الدعامة التي تحفظ عليها البيانات هي وجه الاختلاف الذي يميز محرر الكتروني عن محرر الكتروني آخر، كما أن هذه الدعامة تتأثر بدورها وتتغير بحسب الوسيلة المستخدمة في التعاقد فهذه الصور لا يمكن حصرها في الوقت الراهن، غير أنه يمكن عرض أهم هذه الصـور، فالمحررات الالكترونية قد تكون محررات صـوتية إذا تم التعاقد عن طريق الهاتف وما يماثله، وقد تكون محررات ورقية متى تم التعاقد عن طريق الفاكس وما يماثله، كما قد تكون محررات ذات طبيعة

---

[1] -فوغالي بسمة، إثبات العقد الالكتروني وحجيته في ظل عالم الانترنت، مذكرة لنيل الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين ، سطيف2 ، 2015 ، ص11 .

[2] -المادة الثانية من قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الالكترونية لسنة 1996 ، الصادر في الجلسة رقم 85 للجمعية العامة لأمم المتحدة بتاريخ 16 /1996/12 .

معلوماتية مخزنة على ذاكرة الحاسب الآلي أو على دعائم الكترونية، إذا تم التعاقد عن طريق الانترنت وما يشابهه[1].

2- شروط قبول المحرر الالكتروني كدليل إثبات:

ولقيام السند(المحرر) الالكتروني كمحرر عرفي معد للإثبات لابد من توافر الشروط التالية:

الفقرة الأولى :أن يكون المحرر الالكتروني مقروءا

فيجب أن يكون المحرر مدونا بحروف أو رموز أو بأي شكل مفهوم يستطيع المراد الاحتجاج به عليه قراءته[2] ، وهو ما نجده متوفر في الكتابة أو المحررات الالكترونية، وهذا رغم أن المحرر الالكتروني لا يمكن للإنسان قراءته إلا عبر وسيط الكتروني (جهاز آلي) حيث يمكن قراءته وفهمه بسهولة[3]، وهذا الشرط نص عليه المشرع الجزائري في المادة 323مكرر من التقنين المدني بنصه على...." :ذات معنى مفهوم."....

الفقرة الثانية :أن يكون مستمرا وغير قابل للتعديل إلا بإتلافه أو ترك أثر مادي عليه

هذا الشرط مضمونه أن يتم التدوين على وسيط يسمح بثبات الكتابة عليه واستمرارها بحيث يمكن تخزينه واسترجاعه في أي وقت، والإطلاع عليه ومراجعة بنود العقد أو تقديمه للقضاء عند حدوث خلاف بين أطراف العقد المحفوظ على السند الالكتروني (المحرر الالكتروني)[4]، وقد يثير البعض مسألة المخاطر العالية التي تحيط بالمحرر الالكتروني واستمراريته وحجتهم في ذلك هي سهولة فقدان المعلومات المحملة عليه بسبب العوامل المختلفة كالكهرباء أو الرطوبة أو الكسر أو التلف، إلا أن هذه المخاوف في الحقيقة هي تعادل تلك المخاطر التي تحيط بالمحرر الورقي العادي، هذا من جهة،

---

[1] –بلقاسم عبد الله، المرجع السابق، ص 30.

[2] – عمر خالد زريقات، عقود التجارة الالكترونية، عقد البيع عبر الانترنت(دراسة تحليلية)، ط5 ، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007 ، ص 216

[3] – بسمة فوغالي ، إثبات العقد الإلكتروني وحجيته في ظل عالم الانترنت، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون أعمال، جامعة محمد لمين ، دباغين، سطيف 2015/2014/، ص18.

[4] – مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنيت، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2002 ، ص 125 .

ومن جهة أخرى فإن التقدم التكنولوجي واستخدام أجهزة الكترونية أكثر أمنا وتطورا والتي تمكن من الاحتفاظ بالمعلومات المخزنة الكترونيا بشكل أمين ودائم[1].

ومن العقبات الأخرى التي تثير المخاوف بشأن سلامة المحرر الالكتروني هي التحريف والتزييف الذي قد يطال محتوى المحرر الالكتروني، وفي سبيل التغلب على هذه المشكلة فقد ظهرت جهات التوثيق والتي تهدف إلى تعزيز ثقة الأشخاص المتعاملين بالمحررات الالكترونية[2].

هذا بالإضافة إلى ظهور ما يسمى بالسجل الالكتروني والذي يهدف إلى توثيق المعلومات بطريقة تضمن سلامتها واسترجاعها كاملة عند اللزوم لأطراف لتعاقد[3]، هذا الشرط قد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر1..."ظروف تضمن سلامتها[4].

الفقرة الثالثة :إمكانية تحديد هوية الشخص الذي أصدر السند أو تسلمه

ومضمون هذا الشرط هو أن تبين المعلومات المحفوظة في المحرر على هوية الشخص الذي أنشأ هذه المعلومات أو تسلمها، كما وجب أن تبين هذه المعلومات تاريخ إرسال وتسلم هذا المحرر[5].

وحتى تحقق المحررات الالكترونية هذا الشرط وجب أن تتضمن توقيع من صدر منه هذا المحرر أو خاتمه أو بصمة أصبعه (وهو ما سنتطرق إليه لاحقا).

3 :حجية المحررات الالكترونية في الإثبات

لقد سارت تشريعات أغلب الدول في اتجاه المساواة بين المحررات الالكترونية والمحررات التقليدية ومنحها الحجية القانونية الشاملة في الإثبات.

فقد نصت المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي بالفقرة الثالثة على أن" الكتابة على دعامات الكترونية لها نفس القوة الثابتة للكتابة على دعامات ورقية."..... وتأكيدا

---

[1]– زريقات عمر خالد، المرجع السابق، ص 217 .

[2] – العجارمة موسى مصطفى، المرجع السابق، ص129.

[3] – بن سعيد لزهر، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، دار هومة، الجزائر، ص 134 وما بعدها، زروق يوسف، المرجع السابق، ص 214 وما بعدها.

[4] – وهو ما نصت عليه المادة 10 من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية .

[5] – العجارمة موسى مصطفى، المرجع السابق، ص131.

على ذلك نصت الفقرة 3 من نفس المادة وبشكل صريح على أن: "الكتابة على دعامات الكترونية لها نفس القيمة الثابتة للكتابة على دعامات ورقية[1]"

أما المشرع الجزائري فقد سار على نفس نهج القانون الفرنسي، حيث ساوى بين الإثبات والتي بالكتابة الورقية وبين الإثبات بالكتابة الالكترونية وذلك بموجب المادة 323مكرر1[2] تنص على: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق"، ولكنه علق هذه المساواة على مجموعة من الشروط والتي سبق التطرق إليها عند تناولنا لشروط المحرر الالكتروني، وذلك بنصه في نفس المادة على: " بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها".....

واستكمالا لهذا النهج فقد أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 15-04[3] والذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكتروني، بالإضافة إلى المرسوم التنفيذي رقم 18-112 [4]، والذي يحدد نموذج مستخرج السجل التجاري الصادر بواسطة إجراء الكتروني.

ثانيا :التوقيع الالكتروني

يؤدي التوقيع الالكتروني دورا هاما كإجراء من إجراءات تأمين المعاملات الالكترونية بصفة عامة، التي يمكن أن تطال الأجهزة والنظم الالكترونية المستخدمة في مجال التجارة الالكترونية، وهذا بفضل ما تحققه هذه التقنية من سرية وخصوصية المراسلات والبيانات والاتصالات المستخدمة في الصفقات، كل هذه المزايا والخصائص تهدف جميعا إلى تحقيق وتوفير الثقة في معاملات التجارة الالكترونية[5] .

---

[1] – L'article 1316/3 « l'écrit sur support électronique à la même probane que l'écrit sur support papier ».

[2] – وهي المادة التي أضيفت بالقانون رقم05- 10 .المؤرخ في 20 جوان 2005، ج ر، عدد44.

[3] – قانون رقم15-04 مؤرخ في 1 فيفري 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكتروني، ج ر، عدد6، الصادر بتاريخ 20 فيفري2015 .

[4] مرسوم تنفيذي رقم(18- 112 مؤرخ في 5 أفريل 2018 يحدد نموذج مستخرج السجل التجاري الصادر بواسطة إجراء الكتروني، ج ر عدد7 ، الصادر بتاريخ 11 أفريل2018.

[5]– حوالف عبد الصمد،" دور التوقيع والتصديق الالكترونيين في تأمين وسائل الدفع الالكترونية"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الخامسة، العدد3 ، الكويت ،سبتمبر 2017 ، ص335 .

إن التحول من الدعامة الورقية إلى الدعامة الالكترونية كانت المشكلة الرئيسية الحقيقية التي فرضت ضرورة إعادة النظر بالنسبة للتوقيع في شكله الكتابي، خاصة مع ظهور الحواسب الالكترونية والانترنت وانتعاش التجارة الالكترونية[1]، وعليه سيتم تناول هذه التقنية في هذا الفرع بشيء من الإيجاز وذلك وفق ما يلي:

أ :تعريف التوقيع الالكتروني

عرف البعض[2]التوقيع الالكتروني بأنه مجموعة من الأرقام التي تختلط أو تمتزج مع بعضها بعمليات حسابية معقدة ليظهر في النهاية كود سري خاص بشخص معين، بينما عرفه آخرون بأنه عبارة:" وحدة قصيرة من البيانات التي تحمل علاقة رياضية مع البيانات الموجودة في محتوى الوثيقة".

في حين عرفه البعض الآخر بأنه عبارة عن" تعبير شخص عن إرادته في الالتزام بتصرف قانوني معين وذلك عن طريق تكوينه لرموز سرية يعلمها هو وحده تسمح بتحديد هويته"، في حين يرى آخرون أن التوقيع الالكتروني هو:" كل ما يوضع على محرر الكتروني، ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخصية الموقع وتمييزه عن غيره[3]" ، هذا من الناحية الفقهية أما التعريف التشريعي للتوقيع الالكتروني فاختلف من دولة إلى أخرى ولا يتسع في هذا المقام التطرق لكل هذه التعريفات[4]، ولهذا سنكتفي بتعريف المشرع الجزائري للتوقيع الالكتروني وكذلك التعريف الوارد في القانون النموذجي للتجارة الالكترونية لليونسترال.

تعريف التوقيع الالكتروني في قانون اليونسترال النموذج :

لم يرد في قانون اليونسترال بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996 تعريف للتوقيع الالكتروني، إلا أن المادة السابعة منه حددت الشروط الواجب توافرها في التوقيع، إلا أنه بتاريخ 5 جوان 2001، صدر قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية،

---

[1] – دودين محمود بشار، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، دار الثقافة، الأردن، 2006 ، ص 206 .

[2] –الغريب سعيد فيصل، التوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة،2005، ص216.

[3] – عبير ميخائيل الصفدي الطوال، النظام القانوني لجهات توثيق التوقيع الالكتروني، دار وائل، الأردن، 2010، ص42 وما بعدها.

[4] – للمزيد أنظر :غالب سعيد فيصل، المرجع السابق، ص 217 وما بعدها، وأيضا :أمير فرج يوسف، التوقيع الالكتروني، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2008، ص 129 وما بعدها.

والذي عرف في المادة السادسة (6/أ) التوقيع الالكتروني بأنه:" بيانات في شكل الكتروني مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة لرسالة البيانات ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات" [1]

أما تعريف التوقيع الالكتروني في التشريع الجزائري :نشير هنا إلى أن المشرع الجزائري قد تبنى التوقيع الالكتروني منذ سنة 2005 وذلك بموجب تعديل القانون المدني، من خلال تعديله للمادة 327 من ت.م.ج وإضافة فقرة" يتعد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه"، والملاحظ على هذا النص أنه لم يعطي تعريفا للتوقيع الالكتروني بل اكتفى بالإشارة إلى وظيفة التوقيع هذا ما يستفاد من الفقرة الأولى من المادة 327 ق.م.ج.[2] إلا أنه استدرك الأمر وقام بتعريف التوقيع الالكتروني بموجب المادة 3 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 07/ 162الملغى[3] ، حيث نصت على أنه: " التوقيع الالكتروني هو معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط...."

إلا أن هذا التعريف بقي مبهما وقاصرا عن تعريف شامل للتوقيع الالكتروني، ليعود المشرع مرة أخرى وأفرد التوقيع الالكتروني والتصديق الالكتروني بنص خاص بها وذلك بموجب القانون رقم 15-04 السالف الذكر، والذي عرف التوقيع الالكتروني بموجب المادة الثانية منه في الفقرة الأولى بنصها على: " التوقيع الالكتروني، بيانات في شكل الكرتوني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات الكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق[4] ".

ب: صور التوقيع الالكتروني وبيان حجيته القانونية

انتشر التوقيع الالكتروني انتشارا كبيرا، وأصبحت له أشكال ووظائف متعددة كالآتي:

---

[1] -متوفر على الموقعwww.uncitral.org تاريخ الإطلاع 2018/04/28 ، 23:53.

[2] – لملوم كريم، الإثبات في معاملات التجارة الالكترونية بين التشريعات الوطنية والدولية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ، الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011 ، ص116 .

[3] – المادة 03 مرسوم تنفيذي رقم07 -162 مؤرخ في 30 ماي 2007 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم -123 المرجع السابق.

[4] – لمزيد من التعاريف أنظر في ذلك :النصيرات محمد علاء، حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات – دراسة مقارنة –، دار الثقافة، الأردن، 2005 ، ص 25 وما بعدها.

الفقرة الأولى: صور التوقيع الالكتروني

تتعدد صـــور التوقيع الالكتروني بحســـب الطريقة التي يتم بها هذا التوقيع فقد ظهرت أشكال متعددة للتوقيع الالكتروني نوجزها كالآتي:

1-**التوقيع الرقمي أو الكودي:** ويعرف بأنه بيان أو معلومة يتصـل بمنظومة معلومات أو بيانات أخرى، أو أنه عبارة عن صياغة منظومة في صورة شيفرة (كود) والذي يسمح للمرسـل إليه إثبات مصـدرها والتأكد من سـلامة مضـمونها وتأمينها ضـد أي تعديل أو تحريف[1] .

هذا ويؤمن التوقيع الرقمي درجة عالية من الموثوقية والمصـداقية فهو يقوم على أرقام سرية تعالج بطريقة رياضية تجعل رسائل البيانات مشفرة غير مقروءة بشكل يضمن سرية المعلومات[2].

هذا ويقوم الموقع المرسل بإعلان المفتاح العام ليتمكن الآخرون من فك تشفير[3] الرسائل التي يرسلها إليهم.

---

[1] – دودين محمود بشار، المرجع السابق، ص 254 .

[2] (2) Armand-F-fause, la signature électronique transaction sur internet, Dumod, paris, 2001, p 96.

[3] – ويقوم على نظامين وهما:

-التشفير المتماثل : ويتم هذا التشفير باستخدام مفتاح واحد معروف لدى الطرفين، فمصدر الرسالة والمرسل إليه يستخدمان نفس مفتاح التشفير لفك رموزها، وقبل إرسال الرسالة المشفرة يتم إرسال مفتاح التشفير إلى المرسل إليه بطريقة آمنة ليستطيع فك الشيفرة، ويتميز هذا النظام بالبساطة والسرعة في فك شيفرته، إلا أنه يعاب عليه أنه يتطلب إيجاد طريقة آمنة لإرسال المفتاح إلى المرسل إليه.

-التشفير غير المتماثل : ويعتمد هذا التشفير على زوج من المفاتيح غير المتماثلة (مفتاح عام وخاص) والمفتاح الأول يكون معروفا للجميع، أما الثاني فيخص صاحبه ويحتفظ به سرا ويقوم بتشفير رسالته بطريقة لا يمكنه رفض ما جاء بها، نقلا عن :إياد محمد عارف عطا سده، مدى حجية المحررات الالكترونية في الإثبات" دراسة مقارنة"، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2009، ص85 .

2- التوقيع البيومتري[1] باستخدام الخواص الذاتية:

يقوم هذا التوقيع على حفظ خصائص كل إنسان في ذاكرة الحاسوب وبالتالي لا يأتمر إلا بهذه الخصائص، هذه الأخيرة تسمح بتمييز صاحبها عن غيره وبشكل موثوق به إلى أقصى الحدود، وهو ما يتيح استخدامها في التوقيع على التصرفات المبرمة عن الوسائط الالكترونية وغيرها من التعاملات.

ويتم التحقق والتأكد من شخصية المستخدم أو المتعامل عن طريق أجهزة إدخال (Keyboard لوحة المفاتيح،Mouse الفأرة) اللتي تقوم بإدخال المعلومات إلى الحاسب الآلي من خلال تقنيات أو أجهزة معينة – بالتقاط صورة (أو عدة صور) دقيقة لعين المستخدم أو يده أو بصمته الشخصية، ثم تسجيله بطريقة مشفرة في ذاكرة الحاسب الآلي، ليقوم هذا الأخير بمطابقة صفات المستخدم مع هذه الصفات المخزنة، ولا يسمح له بالتعامل إلا في حالة المطابقة، إلا أن اللجوء إلى هذا النوع من التوقيع له سلبيات عديدة أبرزها صعوبة الاستخدام في شبكة مفتوحة كالانترنت[2].

3- التوقيع بالقلم الالكتروني:

يتم هذا التوقيع باستخدام القلم الالكتروني الذي يمكن مستخدمه من التوقيع على شاشة الكمبيوتر بشكل مباشر عن طريق برنامج حاسوبي حيث يحتفظ في البداية بالتوقيع الشخصي للمستخدم ويخزن بياناته الخاصة.

ويتجسد التوقيع بالقلم الالكتروني بحركة يد الموقع وهو يستخدم القلم الالكتروني لتكوين التوقيع الالكتروني الذي يتم تشفيره الكترونيا ثم يتم استرجاعه للمقارنة بينه وبين التوقيع الذي يجريه المستخدم بالقلم الالكتروني عند القيام بأية معاملة الكترونية[3].

---

[1] – ويسمى أيضا بالقلم البيومتري (biometriology) والذي يقوم على أساس أن لكل شخص مميزات ينفرد من حيث بصمة اليد أو بصمة العين أو نبرة الصوت وغيرها من الحواس المميزة للشخص، هذا وقد قامت شركةlitronic بإدخال نظام توقيع بيومتري لأول مرة بتاريخ14 /2000/08.

[2] – طمين سهيلة، المرجع السابق، ص 56 ،57.

[3] – حنان مليكة، النظام القانوني للتوقيع الالكتروني في ضوء التوقيع الالكتروني السوري – دراسة مقارنة– ، مجلة جامعة .(دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية)، المجلد – 26 ، العدد 02 ، جامعة دمشق، سوريا ، 2010 ، ص 564.

الفقرة الثانية: مدى حجية التوقيع الالكتروني

مع انتشار التصرفات الالكترونية بشكل كبير أصبح للتوقيع الالكتروني دور فعال في إثبات المحررات الالكترونية عن طريق إثبات العلاقة بين المحرر وبين صـــاحب التوقيع، وهناك مجموعة من الشـروط التي يجب توافرها في التوقيع الالكتروني حتى يتم الاعتداد به:

1-ارتباط التوقيع الالكتروني بالموقع وحده :

وحسـب المادة السـادسـة من القانون رقم 15-04[1] ، فالتوقيع الالكتروني له دور هام فتحديد هوية أطراف المحرر الالكتروني من خلال التمييز بين الموقعين على المحرر عن طريق التمييز بين توقيعاتهم[2]، والتوقيع الالكتروني يجعل المحرر الموقع منسوب إلى صاحبه، وهذه الوظيفة يقوم بها التوقيع الكتابي العادي[3].

2- اتصال التوقيع بالمحرر الالكتروني :

في التوقيع العادي(لخطي) وحتى يتمكن من أداء وظيفته في إثبات إقرار الموقع بما ورد في مضـمون المحرر وجب أن يكون التوقيع متصـلا اتصـالا ماديا ومباشـر بالورقة الموقعة، أما بالنسـبة للتوقيع الالكتروني ونظرا للطبيعة اللامادية التي تتسـم بها المحررات الالكترونية، فإنه وجب البحث في توفير وسـيلة تقنية موثوق بها يتحقق بها اتصـاله بتلك البيانات، فالتوقيع الرقمي مثلا الذي يعتمد على التشـفير وخاصـة المفتاح اللامتماثل يؤدي دورا كبيرا في توفير الارتباط المنطقي بين التوقيع والمحرر على نحو لا يمكن فصل هذه الرابطة، ولا يمكن لأحد آخر غير صاحبه التدخل وتعديل المحرر[4].

3-إثبات سلامة المحرر الالكتروني:

حيث يؤدي التوقيع دورا كبيرا في الحفاظ على مضمون ومحتوى المحرر وتكامله، ذلك أن الدعائم الالكترونية تسهل كشف الغش أو الشطب أو الإضافات، أما عملية تبادل

---

[1] – وذلك بنصها على" : يستعمل التوقيع الالكتروني لتوثيق هوية الموقع(."...

[2] – كابة حليمة، حماية التوقيع الالكتروني، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف،2017، ص15 .

[3] – وهذا من خلال التعادل الوظيفي الذي أقره المشرع الجزائري بين التوقيع الالكتروني والتوقيع الكتابي وهذا بموجب المادة 2/327 من التقنين المدني الجزائري.

[4] – حابت أمال، التجارة الإلكترونية في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراء في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015 ، ص 114 .

البيانات بين أطراف المحرر فإنه يتم اللجوء عندها إلى عملية التشفير والتوقيع الالكتروني لضمان سلامة هده البيانات[1]

– وقد أنهى المشـــرع الجزائري بموجب القانون 04-15 الجدال حول حجية التوقيع الالكتروني وذلك من خلال المادة 9 منه بنصــها على أنه: " بغض النظر عن أحكام المادة 8 أعلاه، لا يمكن تجريد التوقيع الالكتروني من فعاليته القانونية أو رفضـه كدليل أمام القضاء بسبب 1- :شكله الالكتروني...."

ثالثا :التصديق[2] الالكتروني:

إن مرحلة التصديق الالكتروني تعتبر أهم مرحلة في إبرام العقد الالكتروني، وذلك لما لهذه المرحلة من دور بارز في إثبات انعقاد العقد والتأكد من صـحة ما ورد به من بيانات بعدم تعرضـها للتحريف أو التغيير، وكذلك التأكد من صـحة التوقيع الوارد عليه وانتسابه لموقعه.

ويتولى هذه العملية وسيط محايد ومستقل محدد من قبل الدولة، ولهذا سنعرض لهذا الفرع بشيء من الإيجاز كالآتي:

1-جهة التصديق الالكتروني:

يعتبر التصـــديق الالكتروني بمثابة عملية تأكد من صـــحة الكتابة والتوقيع الالكتروني يقوم بها في الغالب شـخص أجنبي عن العلاقة التعاقدية، يضـمن الحماية الفنية الواجب تفعيلها للتوقيع الالكتروني:

الفقرة الأولى: تعريف مؤدي خدمات التصديق الالكتروني

يعرف مقدم خدمة التصديق بأنه جهة أو منظمة عامة أو خاصة مستقلة ومحايدة تقوم بدور الوســيط بين المتعاملين لتوثيق تعاملاتهم الالكترونية بإصـــدار شـــهادات الكترونية، ويطلق على الغير الذي يتولى عملية التصـــديق مقدم خدمات التصـــديق service de certification prestataire de ويرمز له إليهم بالمختصـر، "**PSC**"

[1] –طيموش عزولة ، علاوات فريدة، التوقيع الالكتروني في ظل القانون رقم 15-04، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016 ، ص24 .

[2] – وفقا لقاموس المعاني يقصد بكلمة التصديق :توثيق، إقرار، إثبات، إبرام، أما كلمة التوثيق فتعني :إشهاد أو تزوير أو دعم بالوثائق، تصديق على حكم أو حساب أو تحويل أو توقيع أو عقد أو أمر https://www.almaany.com/qdict.ph?language=arabic.

ويتم تدخل الموثق الالكتروني بناء على طلب شخصين أو أ كثر بهدف إنشاء وحفظ وإثبات الرسائل الالكترونية[1]

هذا وقد عرفها المشرع الجزائري في المادة12/2 كالآتي: مؤدي خدمات التصديق الالكتروني: شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق الكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الالكتروني."

الفقرة الثانية : مهام جهات التصديق الالكتروني

إن جهات التصديق الالكتروني لها مهام عديدة في إطار السياسة العامة المنتهجة في التصديق الالكتروني(politique de certification)[2] وهي كالآتي:

1-التحقق من هوية الشخص الموقع :

وذلك بعد أن تتحقق جهة التصديق الالكتروني في كل ما يتعلق بالوثاق المثبتة لهوية وأهلية والصفات المميزة للطرف الراغب في إحداث توقيع الكتروني موصوف، تقوم هذه الجهة بإتاحته لأدوات مؤقتة لإنشاء التوقيع الالكتروني وفحصه[3].

2-إثبات مضمون التبادل الرقمي :

وتتولى جهات التصديق كذلك التحقق من مضمون التبادل الالكتروني بين الأطراف وسلامته وجديته وبعده عن الغض والاحتيال، فضلا عن إثبات وجود ومضمونه[4] .

بالإضافة إلى التحري إلى المواقع التجارية فإن ثبت لها عدم جدية هذه المواقع وزيفها فإنها تقوم بإعلام المتعاملين وتحذيرهم.

3-تحديد لحظة إبرام العقد الالكتروني :

تقوم جهات التصديق الالكتروني بتحديد تاريخ وساعة إبرام العقد الالكتروني عن طريق خدمة ختم الوقت والتاريخ service d'horodatage بطريقة آلية في منظومة إحداث

---

[1] – إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته (الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية) ، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر (الإسكندرية)، د.ط، 200.8، ص 309 .

[2] – وقد عرف المشرع الجزائري سياسة التصديق الالكتروني بموجب المادة15/2 من القانون رقم15-04 بأنها مجموع القواعد والإجراءات التنظيمية والتقنية المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكتروني."

[3] – دحماني سمير، التوثيق في المعاملات الالكترونية – دراسة مقارنة– ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2015 ، ص93 .

[4] -إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 315 .

التوقيعات الالكترونية على النحو الذي يسمح بالتحديد الدقيق لزمن ومكان إبرام العقد[1].

4-إصدار المفاتيح الإلكترونية :

ومن المهام الأخرى لجهات التصـــديق الالكتروني كذلك هي مهمة إصـــدار المفاتيح الالكترونية، سـواء المفتاح الخاص الذي من خلاله يتم تشـفيري المعاملة الالكترونية، أو المفتاح العام الذي يتم بواسـطته فك هذا التشـفير[2]، وبالتالي تضـمن هذه الجهات أن المفتاح عالم هو المناظر حيث تتحقق من تطابقه وصلاحيته.

5-تزويد المتعاقدين بشهادات تصديق الكتروني موصوفة (qualifiés):

وتعتبر هذه الخدمة من أبرز الخدمات التي تقدمها جهات التصـديق الالكتروني المعتمدة، إذ تقوم بتزويد المتعاقدين بشـــهادات الكترونية معتمدة بهدف التحويل عليها سواء من طرف الموقع لتعزيز مصداقية توقيعه الالكتروني وتأكيد مضمون رسالة العقد الالكتروني من جهة، ومن جهة أخرى يعول عليها مستقبل الرسالة الالكترونية من أجل التعرف على هوية مرسل لرسالة والتحقق من توقيعه، وكل ما يتعلق بالمعاملة التجارية[3].

2 شهادة التصديق الالكتروني:

الفقرة الأولى : تعريف شـهادة التصـديق الالكتروني: لقد عرفها المشـرع الجزائري في المادة7/2 من القانون رقم15- 04 بأنها: " وثيقة في شـكل الكتروني تثبت الصـلة بين بيانات التحقق من التوقيع الالكتروني والموقع"، من التعريف الســابق يمكن القول أن شهادة التصديق الالكترونية هي صك أمان صادر عن جهة مختصة يفيد صحة وضمان المعاملة الالكترونية، وذلك من حيث صحة البيانات ومضمون المعاملة وأطرافها[4].

---

[1] – ورغم ذلك فإن تحديد لحظة إبرام العقد ليست شرطا لصحة هذا التصرف، ولكن تكمن أهميتها في أن لحظة البداية هي لحظة بدء سريان الآثار القانونية لهذا التصرف.

[2] –وقد عرف المشرع الجزائري في القانون15-04 كل من مفتاح التشفير الخاص وكذلك مفتاح التشفير العام وذلك بموجب المادة 8/2 و 9 كالتالي:- مفتاح التشفير الخاص :هو عبارة عن سلسلة من الأعداد يحوزها حصريا الموقع فقط، وتستخدم لإنشاء التوقيع« الالكتروني ويرتبط هذا المفتاح بمفتاح تشفير عمومي.

-مفتاح التشفير العمومي :هو عبارة عن سلسلة من الأعداد تكون موضوعة في متناول الجمهور بهدف تمكينهم من . التحقق من الإمضاء الالكتروني، وتدرج في شهادة التصديق الالكتروني...»

[3] – دحماني سمير، التوثيق في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون، فرع القانون الدولي -للأعمال، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، 2015، ص 99 .

[4] عبير ميخائيل الصفدي .التوقيع الإلكتروني .ط .1 دار وائل للنشر والتوزيع ، الأردن ،2010 ، ص 95 .

الفقرة الثانية : بيانات شهادة التصديق الالكتروني : لقد نص المشرع الجزائري على هذه البيانات في المادة3/15 من القانون رقم 15-4 السالف الذكر، حيث أن المشرع استخدم لفظ..." تتضمن على الخصوص "الذي يفيد أن هذه البيانات المحددة في المادة ليست على سبيل الحصر وإنما المثال فقط، ومن أهم هذه البيانات التي أوردها المشرع في المادة3/15 [1] نجد:

1-الإشارة إلى أن منح الشهادة كان على أساس أنها شهادة تصديق الكتروني موصوفة.

2-تحديد هوية مصدرها (أي الشهادة) المرخص له بإصدار هذا النوع من الشهادات.

3-اسم الموقع أو الاسم المستعار الذي يسمح بتحديد هويته.

4-تحديد مدة صلاحية هذه الشهادة.

5-التوقيع الالكتروني الموصوف لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني الذي يمنح شهادة التصديق الالكتروني....الخ.

المطلب الثالث: آثار العقد الإلكتروني:

إن تنفيذ العقود التجارة الإلكترونية المبرمة على شـــبكة الانترنت تختلف عن تنفيذ العقود المبرمة بالطرق التقليدية، كون أن هذه العقود التي تبرم على الشـــبكة تثير بعض الصـــعوبات الناتجة عن الخصـــوصـــية التي تتميز بها هذه العقود، كونها تتم عن بعد باستعمال وسائل حديثة للاتصال[2] العقد الذي يتم إبرامه على شبكة الانترنت هو عقد ملزم يرتب التزامات على ذمة كلا الطرفين أي كل من البائع والمشـــتري، فأداء البائع التزامه بالتسليم يستوجب على المشتري (العميل) بدوره دفع ثمن للبائع مقابل السلعة أو الخدمة التي تلقاها منه)[3] .

[1] المادة3/15من القانون رقم15-04 المرجع السابق.

[2] بهلولي فاتح، تنفيذ عقود التجارة الالكترونية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد11 ،العدد 1 ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015 ،ص301.

[3] بشار طلالي المومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت،« دراسة مقارنة » ،علم الكتب الحديثة، اربد-الأردن-2004 ص140.

الفرع الأول: التزامات البائع بتسليم المبيع:

العقد الإلكتروني كغيره من العقود متى تم التراضـــي انعقد العقد وانتقل طرفاه إلى مرحلة تنفيذه فأثر العقد هو إنشـــاء التزام وأثر الالتزام هو تنفيذه طبقا لما اشـــتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبهّ حسن النية .ومتى انعقد عقد البيع الإلكتروني، فإنه يرتب آثار تتمثل في تلك الالتزامات الملقاة على كلا طرفيه سواء على البائع أو المشتري، إذ أنه يقع في ذمة البائع التزام بالتسليم المبيع والتزام بالضمان. فالالتزام بالتسليم هو موضوع من أهم الالتزامات يستوجب تحليليه فهو الوسيلة الحقيقية التي تتجسد فيها الملكية، وبالتسليم تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري.

أولا : مفهوم التسليم وكيفيته عبر الانترنت :

يعد التزام البائع بتسـليم المبيع إلى المشـتري من أهم الآثار أو الالتزامات التي يلتزم بها البائع في العقد، وهو يثبت عند تسليم الثمن الحال أو الاتفاق على تأجيله أو تقسيطه، ولا يتحقق تسليم المبيع إلا إذا سلمه البائع للمشتري خالية من أي شاغل[1]، أي كانت العين قابلة لكمال الانتفاع بها، فإذا كان المبيع مشغولا لم يصح التسليم وأجبر البائع على تفريغ المبيع وتسليمه خالية من الشواغل[2].

من الجدير بالذكر: إن التزام البائع بتســـليم المبيع توجبه طبيعة عقد البيع، دون الحاجة إلى إدراجه في بنود العقد، أو اتفاق خاص، وقد نصـت المادة (535) من القانون المدني العراقي على أنه: (يلتزم البائع بما هو ضـــروري النقل ملكية المبيع إلى المشـــتري وأن يكف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الملكية مستحي أو عسيرة)، ويوجب على البائع كذلك المحافظة على المبيع إلى أن يسلمه للمشتري[3].

[1] –من صور شغل البيع: إذا كان محلا لعقد إجارة ابرمه البائع، فان رضي المشتري بالانتظار قبلها، بل يحق له حبس الثمن إلى انتهاء الإجارة، وإمكان المبيع قابلا للتسليم. وكما يجب تسليم المبيع، يجب تسليم توابعه، أي تسليم المبيع كاملا مع توابعه التي عدها الفقهاء بناء على العرف. انظر المادتين: (47، 48) من مجلة الأحكام العدلية.

[2] – ابن عابدين، حاشية، 564/4، المواد (262، 269، 276) من مجلة الأحكام العدلية.

[3] المادة (547) من القانون المدني العراقي، والمادة (206) من القانون المدني المصري.

1: تعريف التسليم

أ- : التسليم لغة:

التسـليم لغة: مأخوذة من الفعل الثلاثي (سـلم يسـلم تسـليما)، ومعناه الإعطاء، ويقال: سـلمته إليه تسـليما فتسـلمه: أعطيته فتناوله، وأخذه، ويقال: سـلم فلان لفلان، أي خلص له[1]، قال تعالى: ورجل سلما لرجل[2]، أي سـالما خالصـا لا يشـركه فيه أحد، فتسليم المبيع سالمة للمشتري، أي خالصة بحيث لا ينازعه فيه غيره[3].

ب: التسـليم اصـطلاحا: (هو أن يخلي[4] البائع بين المبيع والمشـتري، برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه، فيجعل البائع مسلمة للمبيع والمشتري قابضا له، وكذا تسلم الثمن من المشتري إلى البائع)[5].

جـ: التسليم في القانون.

يعرف التسـليم بأنه: (وضـع المبيع تحت تصـرف المشـتري بحيث يتمكن من حيازته أو الانتفاع به دون عائق أو مانع)، أو أنه: (تخلي البائع عن حيازة المبيع لصـالح المشـتري بما يتفق مع نص العقد أو نص القانون)[6].

ويظهر من تعريف القانونيين أن التسـليم يحصـل إن لم يسـتول عليه المشـتري اسـتيلاء مادية[7] ما دام البائع قد اعلمه بذلك، على النحو الذي يتفق مع طبيعة الأشياء أو مع نص العقد أو نص القانون..

---

[1] -الفيروز آبادي، القاموس المحيط، 1/ 1448، الرازي، مختار الصحاح، ص 131.

[2] -سورة الزمر، الآية: 29.

[3] -الكاساني، بدائع الصنائع،116/13.

[4] -التخلية: أن يتمكن المشتري من المبيع بلا مانع ولا حائل مع الإذن له بالقبض، انظر: د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 181/4

[5] -الكاساني، بدائع الصنائع، 244/5

[6] - د. مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنت، ص347.

[7] -التسليم المادي: يتم حين يقوم البائع بتسليم المبيع للمشتري يدا بيد، أو أن يقوم بتنزيل البضائع في مخازن المشتري، أو ربط الحيوانات في فناء منزله وهذا ما يسمى تسليمه فعلية، أو أن يقوم بتسجيل السيارة باسم المشتري ومنحه مفاتيحها، أو عن طريق إخلاء العقار وتمكين المشتري من دخوله والانتفاع به، أو أن يمكن البائع المشتري من استلام

2: كيفية التسليم عبر الانترنت:

التسليم المعقود عليه (المحل الذي هو سلعة أو خدمة) وتسلمه في العقود المبرمة عبر الانترنت صورتان[1].

الأولى: إذا كان المحل سلعة رقمية فيكون عن طريق شبكة الانترنت نفسها، فيكون تسلمه بإنزالها وتحميلها مباشرة على جهاز حاسب المشتري أو طالب الخدمة، أو تمكينه من الدخول إليها والإفادة منها حسب العقد، وإما بإرسالها على البريد الالكتروني، كبرامج الحاسب الآلي، أو الكتب الالكترونية، أو المعلومات الرقمية، أو الاشتراك في المواقع الالكترونية، ومواقع المجلات والصحف الالكترونية، ونحو ذلك، وقد تكون خدمة كاستشارات طبية أو هندسية أو علمية أو تقنية أو قانونية، وتنفذ عبر الانترنت مباشرة أو بالبريد الالكتروني.

الثانية: إذا كان المحل سلعة غير رقمية، كما إذا كان من السلع التي لابد من تسليمها بالطرائق التقليدية، فإن التسليم والتسلم يكون حسب الاتفاق بين طرفي التعاقد، ووفقا للعرف والشروط المذكورة في العقد، وعليه فإن قبض المنقولات يكون عن طريق تسليمها باليد أو بالبريد العادي أو الشحن حسب طبيعتها، مثل السيارات والأدوات والكتب الورقية، الأثاث، والأجهزة، ونحو ذلك، ويكون تسليمها حسب الاتفاق في بلد المشتري في العقود الالكترونية.

وينطبق عليها قول ابن قدامة: (قبض كل شيء بحسبه)[2].

أما قبض وتسليم المعقود عليه. المحل الثاني للعقد وهو الثمن. فإنه يتم بالخصم من حساب المشتري بوساطة إحدى وسائل الدفع الالكتروني، أو يقوم المشتري بتحويل الثمن من حسابه إلى حساب البائع، وهذا القبض صحيح كما أن عملية التحويل لم تتضمن مخالفات شرعية، كالربا مثلا.

المبيع من المخازن، وهذا ما يسمى تسليما حكمية أما التسليم القانوني: هو الذي يتوقف تنفيذه على القيام بأعمال قانونية وليس أفعالا مادية من جانب البائع، ويكون هذا التسليم أما حكمية أو اتفاقية . انظر: نضال برهم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، ص 99.

[1] – د. عبد الكريم السقا، المعاملات المالية عبر الانترنت، ص 280، 281.

[2] – ابن قدامة، المغني، 90/4.

ثانيا: مكان التسليم

يعد مكان التسليم أو المنطقة أو الموقع الذي يتحدد لتسليم المبيع إلى المشتري في العقد من الأمور النفيسة المتعلقة بالتسلم والتسليم، وقد حددت المادة (541) من القانون المدني العراقي هذا المكان الذي يوجد فيه المبيع لحظة التعاقد حيث نصت: (مطلق العقد يقتضي بتسليم المبيع في المحل، الذي هو موجود فيه، وقت التعاقد، وإذا كان المبيع منقولا ولم يعين محل وجوده، اعتبر مكانه محل إقامة البائع، أما إذا اشترط في العقد على البائع تسليم المبيع في محل معين، لزمه تسليمه في المحل المذكور).

وبناء على ذلك: إذا لم يكن المبيع في مكان العقد لحظة التعاقد، والمشتري لا يعلم بذلك، ففي هذه الحالة له الخيار بين إمضاء العقد أو فسخه، وهذا ما ورد في مجلة الأحكام العدلية: (إذا كان المشتري لا يعلم أن المبيع في أي محل وقت العقد، وعلم به بعد ذلك، كان مخير إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أمضاه، وقبض المبيع حيث كان موجودا)[1]، وهذا بالنسبة للشريعة الإسلامية، أما بالنسبة للقانون فقد نصت المادة (225) من القانون المدني الأردني على أنه: (إذا لم يكن المبيع في مكان العقد عند التعاقد، وكان المشتري يجهله آنئذ ثم علم به بعد ذلك، فله الخيار إن شاء فسخ البيع أو أمضاه، وتسلم المبيع في مكان وجوده)[2].

وفي التعاقدات التي تتم عبر الانترنت إما أن يكون تسليم السلعة على الشبكة نفسها كبيع برامج الحاسوب مثلا، أو عن طريق البريد الالكتروني، أو بواسطة وسيلة نقل أو على الخط، وأما السلع المادية، يتم غالبا إرسالها إلى العنوان الذي يحدده المشتري عند إبرام العقد ويرغب باستلام المبيع فيه، حسب الاتفاق عليه.

[1] –المادة (286) من مجلة الأحكام العدلية.

[2] –القانون المدني العراقي لم يتطرق إلى أن للمشتري الخيار إن لم يلتزم البائع بتسليم المبيع في المكان الذي اتفقا عليه.

ثالثا: زمان التسليم

زمان التسـليم هو الوقت المحدد لقيام البائع بالتزامه بتسـليم المبيع إلى المشـتري، ويتوقف زمان التسليم حسب نوع البدلين على النحو التالي[1].

أولا: إذا كان البيع بيع عين بعين أو ثمن بثمن.

إذا كان البدلان عين بعين . كما في عقد المقايضـــة[2]، أو ثمنا بثمن. كما في عقد الصـــرف[3]، يجب تســـليم البدلين معا، يدا بيد إذ ليس أحدهما بالتقديم أولى من الآخر، فيجعل بينهما عدل يقبض من كل منهما ويسلم الأخر[4].

كما أن البيع يوجب تسليم المبيع عقبه بلا فصل، لأنه عقد معاوضة تمليك، وتسليم بتسلم، والقول بتأخير التسليم يغير مقتضى العقد[5]

ثانيا: إذا كان البيع عينا بدين.

وذلك بأن يكون المبيع معينة والثمن دينا في الذمة، للفقهاء أقوال حول زمان التسليم. من يسلم أولا: يرى الحنفية[6] والمالكية[7] أن المشتري يطالب بالتسليم أولا، وذلك لأن حق المشـــتري يتعين في المبيع فيدفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض تحقيقا للمســاواة[8]، بينما ترى الشــافعية في الأظهر عندهم[9] والحنابلة[10] إلى أنه يجبر البائع على

---

[1] د. عبد الكريم السقا، المعاملات المالية عبر الانترنت، ص283.282.

[2] –المقايضة: المبادلة بعوض، أو بيع عين بعين. ابن منظور، لسان العرب، 7/213–216 مادة (قبض).

[3] –الصرف: هو بيع الثمن بالثمن جنس الجنس أو بغير جنس، ابن عابدين، رد المحتار :257/5.

[4] الموسوعة الفقهية الكويتية،318/11.

[5] الكاساني، بدائع الصنائع،166/5.

[6] الشيخ نضام، الفتاوى الهندية،15/3 ، و 242/6.

[7] الدسوقي، حاشية الدسوقي،147/3.

[8] الموسوعة الفقهية الكويتية،38/9.

[9] الشافعي، الأم،98/5.

[10] المرداوي، الإنصاف،52/5 .

التسـليم أولا؛ لأن قبض المبيع من تتمات البيع، واسـتحقاق الثمن يترتب على تمام البيع، ولجريان العادة بذلك[1].

أما بالنسبة للقانون، فلم تنتظم نصوص القانون المدني المتعلقة بالبيع مسألة زمان التسليم، لذلك يجب الرجوع إلى القواعد العامة في الالتزامات.

لذا يرى الباحث: بأن التسـليم يكون في المكان والزمان المحددين في العقود التي تبرم عبر الانترنت، وإذا أخل البائع بالتزامه في المبيع، سـواء أكان في الزمان أم المكان، فإن للمشـتري حق مطالبة البائع برد الدائن إليه. وبذلك نصـت بعض الأنظمة في التجارة الالكترونية على أنه إذا لم يحترم البائع أجال التسـليم يتعين عليه إرجاع المبلغ المدفوع والمصاريف الناجمة عن ذلك إلى المشتري، وكذلك يتعين على البائع في حالة عدم توافر المنتج أو الخدمة المطلوبة إعلام المشـتري بذلك في أجل أقصـاه (24) سـاعة قبل تاريخ التسليم المنصوص عليه في العقد، وإرجاع كامل المبلغ المدفوع إلى صاحبه[2].

رابعا: نفقات تسليم محل العقد

بينت المواد (289-290-291) من مجلة الأحكام العدلية من تلزمه النفقات، فنصت على أن: (المصاريف المتعلقة بالثمن تلزم المشتري، والمصاريف المتعلقة بتسليم المبيع تلزم البائع وحده، وبخلاف الأشـياء المبيعة جزافا، فإن مؤونتها ومصـاريفها على المشتري، فمثلا لو بيعت ثمرة كرم جزافا كانت أجرة قطع تلك الثمرة وجرها على المشتري، أما لو بيعت كيلا أو وزنا مثلا فإن الأجرة عندئذ على البائع؛ لأن الكيل والوزن من لوازم تسـليم المبيع، وأن ما يباع محمولا على الحيوان كالحطب، والفحم، تكون أجرة نقله وإيصـاله إلى بيت المشـتري جارية على حسـب عرف البلدة وعادتها)، وعليه: فإذا كان مكان التسـليم المتفق عليه هو مخازن المشـتري، فعلى البائع تحمل مصـاريف توصـيل المبيع إلى المخازن، أما إذا كان ميناء، فالمشـتري هو الذي يتحمل تكاليف النقل إلى الميناء.

[1] الرملي، نهاية المحتاج،102/4 – 103.

[2] الفصل (31) من نظام المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي.

ولذا تترتب جميع النفقات والتكاليف على عاتق البائع قبل التسـليم، والقبض، حتى أنه لو حدث تلف بالسلعة قبل التسليم يكون من ضمان البائع، وبعد التسليم يكون تكاليف النقل على المشتري، ولو حدث تلفا، فيكون من ضمانه[1]

وفي العقود التي تبرم عبر الانترنيت، فإن مصـــاريف المعقود عليه تكون على عاتق البائع، إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يغير ذلك قضـي به، وكذلك إعطاء المشـتري كل ما يتعلق بالســلعة، كالمســتندات[2] التي توضــح كيفية عمل الأجهزة والمعدات والبرامج، وأساليب الصيانة والتطور.

خامسا: ضمان المعقود عليه في العقود الالكترونية عبر الانترنيت

تترتب الآثار على العقود التي تبرم عبر الانترنيت، بمجرد انعقاده، ومن آثاره تسليم المبيع إلى المشتري سواء أكان عن طريق البريد الالكتروني، أم عن طريق الشبكة مباشرة، إذا كانت الســلعة رقمية قابلة للتســليم عبر الانترنيت، أو بأي طريقة أخرى من الأجهزة الالكترونية. وقد نصت بعض الأنظمة[3] في التجارة الالكترونية على تحمل البائع الأخطار التي يتعرض لها المبيع، ويعد لاغية كل شرط للإعفاء من المسؤولية.

كما يضــمن البائع العيوب الخفية في المبيع التي لا يعلمها المشــتري قبل قبض المبيع، ســواء أكانت العيوب خفية ظاهرة، يحق للمشــتري العدول عن الشــراء، ويتحمل البائع المصـــاريف الناجمة عن ذلك، وعليه فان العقود المتداولة تحرص على تأكيد حق العميل في الضــمان، وأنه يتمتع بضــمان اتفاق، إلى جانب الضــمان الشــرعي والقانوني المقرر، فقد نصـــت القوانين المتعلقة بالتجارة عبر الانترنيت على وجوب توفير معلومات للمســـتهلك عن شـــروط الضـــمانات التجارية وخدمة ما بعد البيع، وكذلك تحمل البائع

[1] الكاساني، بدائع الصنائع،243/5 ، الدسوقي، حاشية الدسوقي،144/3.

[2] وتكون هذه المستندات على صورة كتيبات أو أقراص مدمجة أو معلومات تنقل عبر الانترنيت، أو دورات تدريبية أو غير ذلك.

[3] الفصل (34) من الباب الأول، من القانون التونسي للمبادلات والتجارة الالكترونية.

للأخطار التي يمكن أن يتعرض لها المبيع في حالة البيع مع التجربة، وفقا للشروط الأساسية لهذا الضمان[1].

ولا يجوز للشروط الخاصة بالضمانات الاتفاقية أن تحفظ أو أن تلغي الضمان المقرر بشأن العيوب الخفية[2] كما حرصت المادة (12) على أنه: (يتعين على البائع قبل إبرام العقد أن يمكن المستهلك من المراجعة النهائية، الجميع خياراته، ومن إقرار طلب الشراء، أو تغييره حسب إرادته، وكذلك للمستهلك حق الإطلاع على شهادة المصادقة الالكترونية المتعلقة بتوقيعه)[3].

الفرع الثاني: التزامات المشتري:

يعد دفع الثمن الالتزام الرئيسي على عاتق المشتري، وهذا الالتزام يتميز بخصوصية في العقود التي تبرم عبر الانترنيت من حيث طريقة الوفاء به، وبما أن جميع مراحل العقد تتم عبر الانترنيت، وكذلك أداء الثمن يتم عبر الانترنيت أيضا، بل إن وسائل الوفاء أيا كانت طبيعتها تحتكم إلى القواعد العامة، بالإضافة إلى قواعد خاصة تتلاءم مع خصوصية الوسيلة التي يتم من خلالها دفع الثمن[4].

أولا: مفهوم الثمن

1: تعريف الثمن: الثمن: هو ما يبذله المشتري من عوض للحصول على المبيع، وهو أحد جزئي المعقود عليه (الثمن والمثمن)، وهما من أركان العقد عند الجمهور[5]، والفرق

---

[1] د. مجاهد، التعاقد عبر الانترنيت، ض107-108.

[2] عبد الوهاب بدري، العقود الالكترونية، مجلة عصر الحاسب، تصدر عن جمعية الحاسبات السعودية، العدد الخاص، عام2001م، ص 52.

[3] -المادة (12)، الفصل الخاص، من المشروع النهائي لنظام التعاملات الالكترونية السعودي.

[4] بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنيت، ص197.

[5] صالح عبد السميع الآبي الأزهري، جواهر الإكليل، ط1، المكتبة العصرية، بيروت، 1421هـ-2000م،305/1 ، محمد عليش، منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل، دار الفكر، بيروت، 1409هـ - 1989م، 4 / 434-435، الكاساني، بدائع الصنائع، 134/5 ، المجموع، 261/9 ، شرح منتهى الإرادات،77/2 .

بين الثمن والقيمة: أن الثمن ما تراضـــي عليه المتعاقدان ســواء زاد على القيمة أو نقص، والقيمة: ما قوم به الشيء بمنزلة المعيار من غير زيادة ولا نقصان[1].

ويشـــترط في الثمن: أن يســـمى في العقد، وان يكون مالا، ومملوكا للمشـــتري، ومقدور التسليم، ومعلوم القدر والوصف[2].

2: تعيين الثمن

للفقهاء في تعيين الثمن في عقود المعاوضات، عدا الصرف قولان:

القول الأول: ذهبت الشافعية[3] والحنابلة[4] إلى أنها تتعين بالتعيين.

القول الثاني: ذهبت الحنفية[5] والمالكية[6] وهو رواية عن الإمام أحمد[7] واختيار شـــيخ الإســـلام ابن تيميه[8] إلى أنها لا تتعين بالتعيين في عقود المعاوضـــات، إلا إذا كان الثمن قيميا فإنه يتعين بالتعيين.

والراجح القول الثاني لجواز إطلاق الدراهم والدنانير في العقد، فلا تتعين فيه، كالمكيال وغيره.

3: إبهام الثمن[9]:

الأصـل في الثمن أن يكون موصـوفة مقدرة محددة، لتزول بذلك الجهالة المفضـية للنزاع، فإذا أطلق الثمن فلم يبين نوعه، كأن يقال بعشـــرة آلاف دينار مثلا، والعقد في

---

[1] ابن عابدين، حاشية رد المحتار،575/4، المادتان (153- 154) من مجلة الأحكام العدلية.

[2] الشربيني، مغني المحتاج،265/3، البهوتي، كشاف القناع،152/3.

[3] النووي، روضة الطالبين،511/3.

[4] المرداوي، الإنصاف،434/4.

[5] ابن عابدين، حاشية رد المحتار،561/4.

[6] محمد عرفة، حاشية الدسوقي،22/3.

[7] ابن قدامة، المغني،154/4.

[8] ابن تيمية، مجموع الفتاوي،243/29.

[9] ابن عابدين، حاشية رد المحتار،531/5 ، 536، البهوتي، كشاف القناع،238/3.

العراق فإنه ينصـــرف مباشـــرة إلى الدينار العراقي، لأنه الثمن الرائج والعملة المتداولة في العراق، ولو فرضـنا إننا نتعامل أيضـا بعملة أخرى داخل العراق، فإنه ينصـرف إلى الرائج منها، فإن كانت متســـاوية في الرواج مختلفة في القيمة لم يصـــح العقد، وكذلك لو كان العقد عقدا دوليا، وكان الثمن بالدولار، فإنه ينصـــرف إلى الرائج وهو الدولار الأمريكي، وهكذا.

ثانيا: وسائل دفع الثمن الكترونيا

يلتزم المشـــتري بدفع الثمن مقابل التزام البائع بتســـليم المبيع، وتحظى الشـــروط المنظمة للاتفاق على الثمن باهتمام كبير، في العقود الالكترونية عبر الانترنيت، حيث تحرص العقود المتداولة على ضرورة النص على العملة التي يتم بها الوفاء بالثمن، فتكون بعملة البلد الذي يجري فيه العقد غالبا، وقد يتم تحديدها بعملة أجنبية، إذا كانت المنتجات تصـدر للخارج، أو التي كان منشـؤها بلد أجنبي، فضـلا عن ضـرورة الالتزام بالأسـعار المحددة وقت الطلب، بحسب الأصل حتى لو احتفظ التاجر برخصته المشروعة في تغيير هذه الأسعار فيما بعد.

أما عن طريق الوفاء بالثمن فتحرص العقود في الغالب على النص، بأن يتم الوفاء بها على الخط، أي على شـبكة الانترنيت نفسـها بواسـطة بطاقات بنكية، أو حافظة نقدية الكترونية أو غيرها، أو يؤجل الوفاء لحين التسليم[1]. أو كان بنفس الطريقة التقليدية المتبعة في التعاقد بين غائبين، كإرســـال شـــيك، أو رقم كارت بنكي ؛ عن طريق البريد أو من خلال فاكس، أو إرسال البيانات الخاصة بحسابه البنكي، حيث يستطيع العميل من خلال هذه البيانات اقتطاع الثمن من حساب العميل، غير أن هذه الوسائل لا تتفق وخصوصية العقود الالكتروني ومقتضـيات السـرعة فيها، فضـلا عن أنها تنطوي على مخاطر فض سـرية رقم الحاسـب والكارت البنكي وسـوء اسـتخدامها، وربما يكون السـداد النقدي لقيمة البضـائع عند الاسـتلام، وذلك يمكن للعميل إنهاء طلب الشـراء الخاص به، بحيث يقوم مندوب الشحن باستلام قيمة البضاعة[2].

[1] د. أسامة مجاهد، التعاقد عن طريق الانترنيت، ص 97- 98 .

[2] د. أسامة مجاهد، التعاقد عبر الانترنيت، ص98.

والقصـــد من الدفع الالكتروني هو القيام بأداء ثمن المبيع بطريقة الكترونية من خلال شبكة اتصال دولية مفتوحة على معظم دول العالم هي الانترنيت، وبهذا يكون الدفع الالكتروني، متفقا وخصـوصـية العقود الالكترونية ومقتضـيات السـرعة فيها، حيث لعبت أنظمة وبرمجيات المعلومات دورة بالغة في تطور العقود الالكترونية ووســـائلها فقد تم استبدال الوسائل التقليدية المكتوبة بالوسائل الالكترونية – سواء أكانت وثائق الكترونية أم توقيع الكتروني – لذلك تضـــاءل دور النقود والدفع التقليدي، بشـــكل تدريجي ومطرد أمام ازدهار عمليات الدفع الالكتروني[1]. وهذه الوسائل هي:

1: التحويل الالكتروني:

تتم هذه الطريقة بتحويل مبلغ معين من حســـاب المدين إلى حســـاب الدائن، فالمشـتري ليسـت لديه وسـيلة الدفع بواسـطة البطاقة أو الكارت التي تتم من خلالها عملية الدفع الالكتروني بطريقة مباشـــرة عبر الانترنيت، بل يتولى عملية التحويل الالكتروني الجهة التي تقوم على إدارة عملية الدفع، وربما تكون بنك أو جهة خاصـــة أنشـــئت لهذا الغرض[2].

وبـذلـك نصـــت المـادة (25) من قـانون المعـاملات الالكترونيـة الأردني على أنه:(يعتبر تحويل الأموال بوســـائل الكترونية وســـيلة مقبولة لإجراء الدفع، ولا يؤثر هذا القانون بأي صورة كانت على حقوق الأشخاص المقررة، بمقتضى التشريعات ذات العلاقة النافذة للمفعول)[3].

2: البطاقات البنكية (النقود البلاستيكية):

هي عبارة عن بطاقات بلاســتيكية ممغنطة تصــدرها البنوك لعملائها للتعامل بها بدلا من حمل النقود، وأشـــهرها الفيزا كارت (visa card) والماســـتر كارت (Master

[1] بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنيت، ص198-199.

[2] د. محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، ص124، وبشار دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنيت، ص 202.

[3] – المادة (26، 27، 29) من نفس القانون أعلاه.

card) وأميركان اكسبريس (American Exprees)، والبطاقات البنكية على عدة أنواع منها[1]:

1-بطاقة السحب الآلي (Card Cash)، ويمكن للعميل بمقتضى هذا النوع أن يقوم بسحب مبالغ نقدية من حسابه، بحد أقصى متفق عليه مع الجهة المسحوب عليها.

2-بطاقة الشيكات (Checks Card)، حيث يتعهد البنك من خلال هذا النوع، بسداد الشيكات التي يحررها العمل بشروط معينة.

3-بطاقة الدفع (Debit Card)، هذا النوع يخول حامله سداد مقابل المبيع عن طريق تحويل المقابل من حساب المشتري إلى حساب البائع مباشرة.

4 -بطاقة الائتمان (4) (Credit Card)[2]، هذه الوسيلة يمنح البنك لحاملها تسهيلا ائتمانية يمكنه من استعمالها، بهدف الحصول على المبيع المطلوب، ويتولى البنك بعد ذلك السداد، ثم يقوم الحامل بسداد ما دفعه البنك، مع الفوائد خلال أجل متفق عليه، علما بأن البنوك لا تمنح هذا النوع من البطاقات إلا بعد التأكد من ملاءة العميل أو بعد الحصول منه على ضمانات عينية أو شخصية كافية.

---

[1] – لمزيد من التفصيل راجع د. محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، ص 125 وما بعدها. بشار دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنيت، ص 204 وما بعدها.

[2] – بطاقة الائتمان لغة: البطاقة: الورقة، يثبت عليها بيان مقدار ما تجعل فيه، والائتمان: من الثقة والأمان، وهو نقيض الخيانة.

الأزهري، تهذيب اللغة، وابن منظور، لسان العرب مادة (بطق) والائتمان في الاقتصاد الإسلامي هو: (عملية مبادلة شيء ذي قيمة أو كمية من النقود في الحاضر مقابل وعد بالدفع في المستقبل) انظر: علي بن محمد جمعة، معجم مصطلحات الاقتصادية والإسلامية، العبيكان، الرياض، 2000م، ص 21. واصطلاحا هي: (أداة تخول حاملها عن طريق مصدرها الحصول على السلع والخدمات) أو هي عبارة عن بطاقات بلاستيكية مستطيلة، تحمل اسم المؤسسة المصدرة لها وشعارها وتوقيع حاملها بشكل بارز على وجه البطاقة، ورقمها واسم حاملها، ورقم، حسابه وتأريخ انتهاء صلاحيتها، ويمكن لحاملها سحب المبالغ النقدية من ماكينات النقود الخاصة بالنقود أو تقديمها كأداة وفاء للسلع، والخدمات، وقد تكون أداة ائتمان.

د. عبد الوهاب أبو سليمان، البطاقة البنكية، دار القلم، دمشق، مجمع الفقه الإسلامي، جدة، ط1، 1998م، ص23، نضال برهم، أحكام العقود الالكترونية، ص118. وتعتبر بطاقة الائتمان من أكثر وسائل الدفع استعمالا عبر الانترنيت، وكذلك فهي الوسيلة الأكثر تعرضا للسرقة والقرصنة عبر الشبكة، ولمزيد من التفصيل راجع الموقع التالي:

Http: //www.islamicfi.com/Arabic/foundation/productions.asp?ID=5841.

وتتضـمن هذه البطاقة الرقم السـري الذي يتكون من أربعة أرقام، ويسـلم في ظرف مغلق عند اسـتلام البطاقة، ويسـتخدم في السـحب النقدي من أجهزة الصـراف الآلي. وان لهذه البطاقة عدة مزايا[1] حيث أنها:

أ- تعد وسيلة فاعلة للسداد.

ب- تعطي العميل ائتمان يمكنه من شراء احتياجاته وتسديد قيمتها، حسب الظروف.

ج-معترف بها عالميا، هذا يتفق مع مقتضيات العقود الالكترونية.

د-توفر للتاجر ضـمانة لاسـتيفاء ثمن مبيعاته، وتعطي له الحماية من سـرقة النقود، كما توفر له زيادة مضطردة في حجم الأعمال.

هـ-سهولة الدفع.

و-إمكانية سحب الأموال من الموزعات الأتوماتيكية.

5-بطاقة الصـرف البنكي (Charge Card)، وهي عبارة عن وسيلة دفع الكتروني، تتم لدى البنوك الالكترونية، ويسميها بطاقات الصرف الآلي (Atms) وتكون فترة الائتمان في هذه الوسـيلة قصـيرة، وبذلك يتعين على العميل السـداد أولا بأول، خلال مدة الائتمان أو السحب.

6-البطاقة الذكية (Smart Card)، وهي عبارة عن رقيقة الكترونية لها القدرة على تخزين جميع البيانات الخاصـــة بعميلها، وتعد حاســـبة متنقلا يؤمن حماية كبيرة ضـــد التزوير، وسـوء الاسـتخدام، وتتيح أجهزة قراءة البطاقات التي توضـح في المواقع التجارية التدقيق في تفاصيل الحسابات المالية لصاحبها.

7- بطاقة الموندكس (mondex card) وهي بطاقات ذكية تتســـم بمرونة كبيرة في الاســـتخدام، حيث تجمع ما بين مميزات النقود الورقية التقليدية وبطاقات الدفع الالكتروني الحديثة، ويمكن اســـتخدامها كبطاقة ائتمان أو كبطاقة خصـــم فوري رغبة للعميل، وتكون بديلا للنقود في كافة عمليات الشـراء، ويتم الخصـم الفوري من حسـاب البطاقة، وإضـافة القيمة إلى حســـاب التاجر المدون على ذاكرة الكترونية داخل نقطة البيع، ويتم الدفع دون

[1] نضال برهم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، ص123.

اللجوء إلى البنك، حيث يمكن إجراء التحويل من رصـــيد الحســـاب الجاري للعميل إلى رصيد البطاقة من خلال آلات الصرف الذاتي أو الهاتف.

3: الدفع بواسطة النقود الالكترونية (Electronic money):

النقود الالكترونية: عبارة عن أرقام يتم نقلها من الكومبيوتر الخاص بالبنك إلى، الكومبيوتر الخاص بالمشتري، ثم إلى الكومبيوتر الخاص بالبائع، عن طريق القرص الصلب المثبت على جهاز الكومبيوتر، ويقوم المشتري بالحصول على النقود الالكترونية من البنك[1] وهي نوعان:

أ: نقود المخزون الالكتروني: حيث يتم تخزين مبالغ في حافظة نقود الكترونية، فيتم التخزين على بطاقة لها ذاكرة، تصـــبح غير قابلة للاســـتعمال بعد انتهاء المبالغ المحملة عليها، وقد تكون حافظة النقود الالكترونية افتراضـــية أي: أن المبلغ المخصـــص على البطاقة لا يكون ثابتا عليها، بل على ذاكرة الحاسوب الخاص بالبنك، أو الجهاز التي تقدم خدمة الدفع الالكتروني، إذ يقوم العميل (المشـــتري) بالحصـــول على وحدات النقد الالكتروني، من البنك بالكمية التي يرغبها في صـــورة وحدات نقد صـــغيرة، ثم يطلب وضـــعها في محفظة النقود التي يريدها، ثم يتم الوفاء من المشـــتري إلى البائع أو مقدم الخدمة من خلال برنامج خاص بإدارة الدفع الالكتروني يكون لدى الطرفين، حيث يتم تحديد وحدات النقد التي يتم الدفع بها بالرقم الخاص لكل وحدة في كشف خاص.

ثم يتم إرساله إلى البائع عن طريق البنك المصدر للعملة الذي يتأكد من صحة الأرقام[2].

ب: النقود الائتمانية الالكترونية: يسميها نقود رقمية أو رمزية أو قيمية، وهي عبارة عن سلسلة الأرقام التي تعبر عن قيم معينة تصدرها البنوك التقليدية أو البنوك الافتراضية لمودعها، والحصول عليها في صورة نبضات كهرومغناطيسية على بطاقة – كارت – ذكية أو على القرص الضوئي الثابت (CD–Rom)، وتكون مخزونة على ذاكرة الحاسوب الخاص بالعميل، وبذلك تمثل المفهوم الحقيقي للعملة الالكترونية ؛ لأنها تســـمح بالوفاء

[1] محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الالكتروني، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م، ص 80.

[2] د. محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، ص 129، وبشار دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنيت، ص210.

مباشـــرة بالمقابل النقدي لعقد البيع المبرم عبر الانترنيت، دون حاجة إلى تدخل وســـيط حيث تنتقل العملة من المشـــتري إلى البائع دون تدخل البنك، أو الجهة التي تعمل على إدارة عملية الدفع الالكتروني[1].

4: الوسائط الالكترونية المصرفية[2]:

ظهرت عدة وســـائل الكترونية حديثة، مع تطور الأســـاليب التكنولوجيا الحديثة، أهمها:

أ-الهاتف المصـرفي: (Phone Bank) وهو نوع من تطور الخدمات المصـرفية المقدمة للعملاء، يعمل على مدار الساعة في العام بدون إجازات، حيث يمكن العميل بواسطة رقم ســـري خاص، ســـحب مبالغ من حســـابه وتحويلها لســـداد المبالغ المطلوبة، وبذلك يتم الحصول على القروض وفتح اعتمادات مستندية، حيث يوجد اتصال مباشر بين الحاسب الخاص، وحاسـب البنك، وبذلك يختفي المفهوم التقليدي للبنك الثابت، ويصـبح عبارة عن رقم مخزون في ذاكرة الهـاتف، أو عبـارة عن عنوان الكتروني على شـــبكـة الانترنيـت العالمية.

ب-خدمات المقاصـة الالكترونية المصرفية[3] (Clearing Sevices Basic: Bankes Automated) وهذا النظام حل مكان أوامر الدفع المصـــرفية، وظهر ما يســـمى بنظام التســـوية الإجمالية بالوقت الحقيقي، ويتم من خلاله المدفوعات بين المصـــارف، وذلك ضـمن نظام المدفوعات الالكترونية للمقاصـة، وهو نظام الكتروني للمقاصـة ينطوي على

---

[1] المصدرين السابقين.

[2] د. محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، ص127- 128، بشار دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنيت، ص 205- 206.

[3] - المقاصة في الشرع هي: (إسقاط مالك من دين على غريمك في نظير ما له عليك بشروطه)، أي بشروط الإسقاط. سيدي أحمد الدردير، الشرح الكبير،227/3 ، وعرفتها المادة (408) من القانون المدني العراقي هي): إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه)، والمقاصة الالكترونية المقصودة هنا هي: التي بموجبها يتم تحويل النقود من حسابات العملاء إلى حسابات أشخاص أو هيئات أخرى في أي فرع أو بنك.

عنصـــــر اليقين حيث تتم المدفوعات في نفس اليوم بدون إلغاء أو تأخير، وبنفس قيمة اليوم.

جـ-الانترنيت المصرفي:

فقد أتاحت شـــبكة الانترنيت للبنوك، التعامل مع العملاء من خلال خدمات المصـــرف المنزلي، حيث يتم إنشـــاء مقار لها على الانترنيت بدلا من المقار العقارية لها، وبذلك يســـهل التعامل بين العميل من منزله، أو مكان عمله والبنك عبر الانترنيت، وبإمكانه محاورة موظف البنك وإجراء العمليات المصرفية عبر شاشة الحاسوب الخاص به.

5: الوسائط الالكترونية الجديدة:

لهذه الوسيلة صورتان، باعتبارها من طرق الوفاء والتعامل عبر الانترنيت وهما:

الأولى: القابض الافتراضي الأول (First Virtual Holding) وهو عبارة عن وسيط بين المتعاملين يتلقى طلب وبيانات كل منهما، ويتحقق منها عن طريق موقعه على الشـــبكة، ويتولى مباشرة عملية عرض السلعة أو الخدمة، والتسليم والوفاء مقابل عمولة معينة.

الثانية: الشيكات الالكترونية:

وهو عبارة عن رسالة الكترونية موثقة، ومؤمنة يرسلها مصدر الشيك إلى مستلم الشيك (حامله)، ليعتمده ويقدمه للبنك العامل عبر الانترنيت، ويقوم البنك أولا بتحويل قيمة الشيك المالية إلى حساب حامل الشيك، ثم يقوم بإلغاء الشيك وإعادته الكترونية إلى مستلم الشيك (حامله) لكي يكون دليلا على أنه تم صرف الشيك فعلا، وبإمكان مستلم الشيك التأكد الكترونية من تحويل المبلغ لحسابه[1].

6: الدفع بواسطة محفظة النقود الالكترونية:

هي عبارة عن بطاقة مصرفية صالحة الدفع، لغاية مبلغ محدد، ومشحونة مسبقا بالمبلغ المحدد من الجهة المصدرة لها، وتعد من الوسائل المبتكرة التي أوجدتها شبكة الانترنيت، وتشبه بطاقات الهاتف النقال. وهي تشحن مسبقا برصيد مالي، ويتم تسجيل الرصيد في بطاقة خاصة، وإذا تم تسجيل الرصيد على القرص الصلب لجهاز الكومبيوتر الخاص

[1] يحيى فلاح يوسف، التنظيم القانوني للعقود الالكترونية، ص110.

بمستقبل الشبكة، تكون محفظة نقود افتراضية، وهي تماثل من الناحية الفنية المعلومات المخزونة في ذاكرة الكومبيوتر، وبإمكان العميل الذي يرغب التعامل بهذه النقود، أن يتعاقد مع أحد البنوك للسماح له باستعمال النقود الالكترونية[1].

7: الدفع بالاستعانة بوسيط:

إن الخشية من القرصنة التي تطال الأرقام السرية لبطاقة الائتمان –التي تتم بموجبها– أدت إلى البحث عن وسائل آمنة للدفع الالكتروني، وتمثلت بالاستعانة بوسيط الكتروني. فالوسيط يتولى إجراءات الدفع بين البائع والمشتري عبر الانترنيت، ويقوم بالتوسط بين بنك التاجر، وبنك الزبون، وبه يتم عملية الدفع سواء أكانت بالنقود الالكترونية أم باستخدام بطاقات الائتمان[2].

ويرى الباحث: بأن طرق دفع النقود الكترونية مقبولة شرعا، متى توفرت شروط الثمن في الفقه الإسلامي، وخلت من الفوائد الربوية التي تأخذها البنوك والمؤسسات المالية عند استخدام هذه الوسائل لدفع الثمن الكترونيا.

[1] نضال برهم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، ص198–199.

[2] المصدر السابق، ص 199.

المبحث الثاني : الحماية القانونية

إن الوســـائل التكنولوجية والتقنيات الحديثة أحدثت انقالب جذري في المنظومة التجـاريـة وذلـك بتغيير مفهوم المعـاملات التجـاريـة التقليـديـة، وتطورهـا إلى معـاملات إلكترونية عبر شبكة الانترنيت في ظل االاقتصاد الرقمي وظهور متاجر ومؤسسات قائمة افتراضـــيا تهتم بعرض المنتجات والخدمات، حيث أنه إلى جانب إبرامز العقود بالطرق التقليدية المعروفة بين الحاضـــرين وفي مجلس العقد ، قد تـــــــم. الانتقال إلى العقود الإلكترونية عبر وســائل الاتصــال الحديثة وأهمها شـبكة الانترنت، و نظرا لتطور الكبير الذي شـــهدته التجارة الإلكترونية في الحقبة الأخيرة والتزايد الهائل في اســتعمالها في كل دول العالم، على خالاف التجارة التقليدية فإن المتعامل يكوف عرضـــة لخطر التضـــليل والتحايل والنصــب والاحتيال والغش التجاري، لاســيما باعتبار أن المســتهلك هو الطرف الضـعيف في العلاقة التعاقدية، لذا ارتأت جل تشـريعات دول العالم إلى سـن قوانين تكفل الحماية اللازمة لأطراف العلاقة التعاقدية في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية، ومن بين هذه التشريعات نجد أف المشرع الجزائري قام بإصدار قانون جديد للتجارة الإلكترونية 05-18المؤرخ في 2018/05/10 ،ينظم المعاملات الإلكترونية و المسائل الإلكترونية، إضـــافة إلى المواد التي قام بإقحامها في القانوف المدني، بموجب تعديل ســـنة 2005 الخاصـــة بالكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، ويجب التنويه أيضـــا إلى أن المشـــرع الجزائري قد تطرق لمسـألة حماية المسـتهلك وقمع الغش 09-03 ،واسـتنادا إلى ذلك قمنا بتقسيـــــم هذا المبحث إلى مطلبين في المطلب الاول تطرقنا إلى الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، أما المطلب الثاني فقد خصصناه لدراسة الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية.

المطلب الأول: الحماية المدنية

في ظل الإنتشار المتنامي للتجارة الإلكترونية والتعاملات الحديثة التي تتم عن بعد بواسـطة وسـائل مختلفة ومتطورة تعمل على نقل المعلومات والبيانات إلكترونيا عبر شـبكة الانترنت، فكان من الضـروري الاتجاه إلى الإثبات ووسـائله التقليدية، لمحاولة تطويع تلك الوسـائل بحيث تتالائم مع مسـتجدات هذا التطور و نظرا لغياب الوسـيط المادي الذي يتم تحرير العقد وتدوين شروطه عليه، واتخاذه شكالا آخر غير مادي وهو الدعائم الإلكترونية فقد أدى ذلك إلى تقرير حماية مدنية لكل عقد كيفما كان نوعه وخاصـــة التجاري منه،

وسيتـــم التطرق إلى المسؤولية المدنية للتجارة الإلكترونية في الفرع الاول و إلى الإتجاه الحديث لحماية المستهلك الإلكتروني في الفرع الثاني

الفرع الأول : المسؤولية المدنية للتجارة الإلكترونية .

حظيت المسؤولية المدنية بجانب كبير من الأهمية في توفير الحماية القانونية اللازمة لكل طرف من أطراف العقد، فمن خلال هذه المسـؤولية يثبت الحق بالتعويض للمضـرور عن الأضـرار التي تلحق به كما يعتبر اللجوء إلى الدعوى المدنية تحقق فائدة أكبر من غيرها من أنواع المسـؤولية القانونية الأخرى، فحق المضـرور يتمثل في جبر الضـرر، وتبدو أهمية تحديد المسـؤولية المدنية عند إخلال أحد طرفي العقد بتنفيذ التزاماته على التجارة الإلكترونية، ولهذا تم تطبيق قواعد المسـؤولية المدنية (العقدية و التقصـيرية) على التجارة الإلكترونيـة، وعلى هـذا تم تقسـيم هـذا المطلـب إلى فرعين حيـث يتنـاول الفرع الأول المسـؤولية العقدية الناتجة عن التجارة الإلكترونية، وفي الفرع الثاني سـيتم التعرف على المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

أولا: المسؤولية العقدية الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

تعتبر المسـؤولية العقدية الجزاء المترتب على الإخلال بالتزامات العقد من طرف أحد المتعـاقدين،لـذا يكون لهـا أهميـة كبيرة في تحقيق الاسـتقرار في المعـاملات بين الأشخاص[1].

إن الهدف والغرض الأسـاسـي المتوخى من أي عقد، وبغض النظر عن الوسـيط المسـتخدم في التعاقد هو أن يتحقق معه أهداف طرفيه، إذ على أحدهما أن يؤدي في الخدمة أو المنتج وما يستتبع ذلك من التزامات، وإذا تم إخلال أحدهما بالتزامه وهذا يرتب عليه المسـؤولية، ومقدم الخدمة أو المنتج يقع على كاهله عدة التزامات تتمثل في تأدية الخدمة وإذا أخل بذلك أصبح مسؤولا[2].

[1] – بشار طلال مومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، الطبعة الأولى، عالم الكتاب الحديث، الأردن، 2004، ص 236.

[2] – أيمن أحمد محمد الدلوع، المسؤولية المدنية الناشئة عن التعاقد الإلكتروني، د. ط، دار الجامعة الجديدة، 2015، ص107.

إن وجود العقد صـــحيح يرتب التزامات بين الطرفين، أما إذا أنتج عنه خطأ يمس جوهر العقد وهذا يؤدي إلى الإخلال في تنفيذ الالتزام، والخطأ العقدي يقصـــد به إخلال المدين بالتزامه الناشئ عن العقد، ويتمثل بعدم التنفيذ، أو تنفيذه بشكل معيب[1].

ومثال ذلك المسؤولية عن تسرب فيروس الحاسب الآلي أو الخطأ الذي ينتج عن تشغيل البرنامج على نحو يتسبب في الإضرار بالأجهزة وتزويد العميل بمعلومات خاطئة أو ناقصة، حيث تتعقد المسؤولية العقدية بمجرد وقوع الإخلال بالالتزام العقدي[2].

ومن التطبيقات الأخرى للخطأ العقدي في المسؤولية عن الأشياء إذ تترتب مسؤولية البائع المنتج العقدية عن العيب الخفي بموجب التزامه بضمان ذلك العيب[3].

كما أن الخطأ الذي يوجب المســؤولية يدخل في اختصـــاص الســـلطة التقديرية لمحكمة الموضوع وتسري القواعد العامة على المعاملات التي تتم عبر الإنترنت ويخضع هذا الإخلال بالتزام إلكتروني لتلك القواعد، ويكون الإخلال واضـــحا عند عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ[4].

وتعتبر المسؤولية العقدية من الآثار التي يرتبها العقد، فللمتعاقدين الحق في تنظيم أحكامها أو القيام بتعديلها، يكون ذلك سواء بالتشديد أو بالتخفيف، وذلك في حدود النظام العام فلا يجوز الإعفاء أو التخفيف من المســؤولية في حالة غش المدين أو خطئه الجسيم[5].

وتقوم المسؤولية أيضـا عن الضـمان والصـيانة حيث أن أداء الخدمة أو تسـليم المنتج التزام بتحقيق نتيجة فلا يكتفي فيها بمجرد وصـول الخدمة أو السـلعة لمتلقيها بل

[1] – بشار طلال مومني، المرجع السابق، ص236.

[2] – محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، د. ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003، ص 89، 90.

[3] – بشار طلال المومني، المرجع السابق، ص237.

[4] –المرجع نفسه، ص 237.

[5] – محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 90.

يتولد عن ذلك التزاما آخر بضـمان ملكية المحل الالتزام في كل العقود الناقلة للحقوق وما يتولد عن ذلك من ضمانات[1].

كما ترتبط فكرة الضـمان بالمطابقة، التي تترد بين فكرتين تتمثل الأولى في مطابقة المنتج للاحتياجات وأما الثانية فهي مطابقة المنتج للمواصفات القياسية المتعارف عليها[2].

كما يعد الضـرر ركنا أسـاسـيا في قيام المسـؤولية العقدية، فلا يكفي إخلال أحد طرفي العقد بالتزاماته بل يجب توافر الضـرر، فهو يعتبر كل أذى يصـيب الشـخص فيسـبب له خسـارة مالية سـواء كانت ناتجة عن نقصـها أو عن زوال بعض أوصـافها وما يترتب عليه نقص في قيمتها عما كانت عليه قبل حدوث ذلك الضرر[3].

والضـــرر لا يفترض بمجرد الإخلال بتنفيذ الالتزام، إلا في حالة واحدة وهي الاتفاق على الشـــرط الجزائي في العقد، وما هو معمول به في التطبيق المعاصـــر للعقود، حيث ينص في آخرها على أنـه يلتزم الطرف المخل بتنفيذ التزامـه بدفع مبلغ معين يتم تحديده في العقد، كتعويض عن الإخلال في الالتزام والتأكيد على جدية العقد[4].

ويجب أن تتوفر في المسـؤولية العقدية، أيضـا علاقة السـببية بين الخطأ والضـرر أي يكون الخطأ هو الســبب في حصـــول الضـــرر، إذ قد يكون الخطأ من فعل المدين وقد يصـاب الدائن بضـرر من غير أن يكون ذلك الخطأ هو السبب في حدوث الضرر، وعليه يسـتدل مما سـبق أن المسـؤولية العقدية تتحقق بتوافر أركان ثلاثة، وهي خطأ عقدي وهو يتمثل في تنفيذ هذا الالتزام وثبوت ضرر وقيام علاقة سببية بين كل من الخطأ والضرر[5].

---

[1] – أيمن أحمد محمد الدلوع، المرجع السابق، ص110.

[2] – المرجع نفسه، ص 111.

[3] – بشار طلال مومني، المرجع السابق، ص 238.

[4]– المرجع نفسه، ص 240.

[5] – المرجع نفسه، ص 241.

ثانيا : المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التجارة الإلكترونية .

تعتبر المسؤولية التقصيرية الجزاء المترتب عن تقصير قد يكون من طرف مقدمي الخدمات أو متولي عملية الإدارة للمواقع والشبكات، باعتبارهم مهنيون متخصصون مسؤولون دائما عما يحدث من أخطاء داخل منظمو العمل من خلال الوسائل الإلكترونية، بل وقد يتدخل المستخدم الإلكتروني في إحداث خلل يمثل خطأ يرتب في حقه المسؤولية[1]

يقرب الرأي الذي استقر فقها وقضاء معنى الخطأ في المسؤولية التقصيرية من معناه في المسؤولية العقدية، فالخطأ في المسؤولية العقدية يتمثل في إخلال بالتزام عقدي، هذا الالتزام قد يكون لتحقيق غاية أو ببذل عناية، أما الالتزام القانوني الذي يعد الإخلال به خطأ في المسؤولية التقصيرية دائما هو التزام ببذل عناية، يعني أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة حتى لا يضر الغير، فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب وكان من القدرة على التمييز، فهذا الانحراف يرتب مسؤولية تقصيرية[2].

يعد الفعل الضار الذي يشكل الركن الأساسي لقيام المسؤولية التقصيرية هو مبعث الخلاف بين النظريات التي تنظم المسؤولية التقصيرية، كما لتأثر فقهاء القانون الفرنسي دور كبير في وضع مبدأ مفاده أن الشخص لا يسأل عن تعويض الضرر الذي يسببه للغير ما لم يكن مخطأ وهذا الأمر يقضي بعدم مساءلة الإنسان جنائيا أو مدنيا إلا إذا كان مخطأ، ووفق هذه الفلسفة جاءت المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي لتنص على أن كل عمل أيا كان يسبب ضرر للغير يلزم من حصل الضرر بخطئه أن يصلحه"[3].

يجوز لكل شخص يتعرض لضرر ما دون وجود رابطة عقدية، فإنه يستطيع الرجوع على مرتكب الضرر طبقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية على أساس الالتزام بالضمان نتيجة إلحاق الضرر بالغير بصورة غير مشروعة[4].

---

[1] – عايد رجا الخلايلة، المسؤولية التقصيرية الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2009، ص 69.

[2] – المرجع نفسه، ص 72.

[3] – أيمن أحمد الدلوع، المرجع السابق، ص70.

[4] – بشار محمد طلال مومني، المرجع السابق، ص 243.

تقع المسؤولية التقصيرية على المستخدم الإلكتروني الذي قد يقع الضرر من طرفه حيث يمكن أن يعرف المستخدم الإلكتروني بأنه" ذاك الشخص الذي يسبح في الفضاء الإلكتروني والعالم الافتراضي من خلال الاتصال بموقع إلكتروني ملحق بشبكة من الشبكات التي تعمل على الاستفادة من المضمون بوسيلة إلكترونية، وإزالة العقبات الجغرافية من خلالها"[1].

ونقصد به أيضا، " ذلك الشخص الذي يتصل بموقع من المواقع على شبكة الإنترنت بغية الحصول على المعلومات أو إرسالها"[2].

بموجب القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، فإن أي شخص يرتكب خطأ أو إضرار غير مشروع يتولد عنه ضرر، أو أذى يصيب الغير فإنه يجبر على التعويض، وبتطبيق ذلك على الإنترنت فإن المستخدم المرسل للمعلومة يعد مسؤولا عن مضمون ما يرسله من معلومات قد تلحق الضرر بالغير[3].

مسؤولية الشخص العادي هي التي يتم ترجيحها بصرف النظر عن صفته، على أساس فكرة الإضرار غير المشروع بالغير، أي أنها مسؤولية تقصيرية عند عدم وجود العقد، يكون مرتكب الفعل هو الشخص المسؤول4.

تقوم المسؤولية التقصيرية إذا كان هناك فعل ضار صادر من أحد الأشخاص، وأصاب غيره بضرر يجب أن يكون ذلك الفعل هو السبب في وقوع هذا الضرر، وهذا ما يعبر عنه بضرورة وجود علاقة السببية بين الخطأ والضرر[5].

يستخلص مما سبق ضرورة وجود علاقة السببية بين الخطأ الذي صدر عن أحد الأشخاص والضرر الذي أصاب الغير كركن لقيام المسؤولية المدنية، وهذا في القانون

---

[1] – أيمن أحمد محمد الدلوع، المرجع السابق، ص 139.

[2] – عايد رجا الخلايلة، المرجع السابق، ص310.

[3] – بشار طلال مومني، المرجع السابق، ص246.

[4] – المرجع نفسه، ص249.

[5] – عايد رجا الخلايلة، المرجع السابق، ص147.

المدني الفرنسي في نصوص المادتين 1382 و 1383 حيث ينص المشرع في المادة الأولى على:

" كل عمل من أحد الناس ينجم عنه ضرر للغير، يجبر فاعله على التعويض ".

ويقول في المادة الثانية: " يسأل المرء عن الضرر الناجم عن إهماله أو عدم تبصره، كما يسأل عن الضرر الناشئ عن فعل مرتكبه "، فالمشرع الفرنسي في كلا المادتين اشترط أن يكون الضرر ناجما عن فعل الشخص[1] .

الفرع الثاني : الاتجاه الحديث لحماية المستهلك الالكتروني

أولا : الحماية المدنية للمستهلك الالكتروني في مرحلة ما قبل التعاقد

المستهلك الالكتروني هو ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتلقى السلع أو الخدمات من المهني لغير الأغراض التجارية ويتسلمها ماديا أو حكميا سواء بمقابل أو بدون مقابل عبر شبكات الاتصال الالكترونية[2]، فهو نفسه المستهلك في مجال عمليات التعاقد التقليدية ولكنه فقط يتعامل عبر وسيلة الكترونية من خلال شبكات اتصال عالمية وهذا يعني أن للمستهلك الالكتروني نفس الحقوق ويتمتع بنفس الحماية المقررة للمستهلك العادي مع الأخذ فقط بعين الاعتبار خصوصية العقد الالكتروني كونه من العقود التي تبرم عن بعد[3]، ويتأثر في كثير من الأحيان هذا المستهلك الذي يعتبر الطرف الأضعف في هذه العملية لكثير من المبالغة في الدعاية التي تجعله أحيا ضحية لغلط أو تدليس يضر بمصالحه مما يجعلنا نبحث عن الضما ت المنصوص عليها في القانون الجزائري التي تساعد المستهلك الالكتروني حتى يكون على بينة من أمره قبل إبرام العقد، ولأن المشرع الجزائري لم يخص المستهلك الالكتروني بالحماية بنصوص خاصة يتوجب علينا

[1] – المرجع نفسه، ص 148.

[2] خالد ممدوح إبراهيم،حماية المستهلك في العقد الالكتروني،الطبعة الأولى 2008 دار الفكر الجامعي الأزاريطة بالإسكندرية، صفحة33 .

[3] المرجع نفسه،صفحة 23 .

الرجوع إلى قانون حماية المســتهلك وقمع الغش رقم 03/09[1] والقواعد العامة لنظرية الالتزامات في القانون المدني الجزائري.

أ – الحق في الإعلان الالكتروني كضمانة لحماية المستهلك

إن الحق في الإعلان الالكتروني أصبح ضرورة تتطلبها معطيات التطور الكبير في وسائل الاتصال الحديثة فهو وسيلة لحث المستهلك على اقتناء منتج أو خدمة كما أن الهدف منه هو تنوير إرادة المستهلك قبل إقدامه على إبرام العقد وهذا ما يعطي لهذا الأخير نوع من الطمأنينة والثقة، وحق المســتهلك في الإعلان يعني حقه في معرفة المنتوج أو الخدمة إذ يتوجب على المزود أي التاجر الإفضــاء للمستهلك بكل شـروط العقد وبياناته حتى تستنير إرادته[2].

1 – تعريف الإعلان لالكتروني الموجه للمستهلك:

إن الإعلان الالكتروني الموجه للمستهلك هو شكل من أشكال الإبداع والابتكار الذهني لأنه يتجســد بمظهر فني يســتقطب الاهتمام ويلفت نظر الأشــخاص فهو يعتمد على التكرار المستمر وتسليط الفكرة على المتلقي باستخدام كل ما من شأنه التأثير النفسي من إلهاب الخيال واجتذاب العين وهذا كله بهدف تنشيط الطلب على المنتجات والخدمات[3]، فما هو إلا نتاج عقد بين المعلن ووكالة الإعلان ويعد من فئة العقود التي تبرم وتنفذ عبر الانترنت أو أي وسيلة الكترونية أخرى وهو من العقود غير المسماة إذ لم يخصـه المشرع الجزائري بتنظيم قانوني خاص[4]

وقد عرف جانب من الفقه الإعلان بأنه كل وسيلة تهدف إلى التأثير نفسيا على الجمهور تحقيقا لغايات تجارية[5] ولا يختلف الإعلان الالكتروني عن التقليدي إلا في

---

[1] قانون حماية المستهلك وقمع الغش 03/09 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق ل 25 فيفري 2009،جريدة رسمية عدد 15 المؤرخة في2009/03/08.

[2] عبد الرحمان خلفي، مقال بعنوان حماية المستهلك الالكتروني في القانون الجزائري(دراسة مقارنة) منشور بمجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)المجلد 28 ، 2013

[3] بتول صراوة عبادي،التضليل الإعلاني التجاري وأثره على المستهلك دراسة مقارنة الطبعة الأولى، 2011،منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، صفحة 19 .

[4] فلاح فهد العجمي، رسالة ماجستير مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص،كلية الحقوق بجامعة الشرق الأوسط للسنة الجامعية 2011 ، صفحة 64 .

[5] خالد ممدوح إبراهيم،حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية دراسة مقارنة طبعة 2007 – – ،الدار

الوسيلة المستخدمة، إذا يمكننا القول بان الإعلان الالكتروني ما هو إلا وسيلة تهدف إلى عرض منتج أو خدمة ما للجمهور بأي وسيلة من الوسائل الالكترونية بطريقة مغرية لقاء أجر وذلك بهدف جلب أكبر عدد ممكن من المستهلكين للتعاقد.

وتجدر الإشـــارة إلى أن المشـــرع الجزائري عرف الإعلان في القانون 04 / 02 المتعلق بالممارسات التجارية[1] إذ النص عليه في المادة 03 منه في الفقرة الثالثة تحت عنوان الإشهار بأنه " كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج وبيع السلع أو الخدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المستعملة"

2 – الطبيعة القانونية للإعلان الالكتروني:

لا يعد الإعلان الموجه إلى المستهلك عبر شبكة الانترنت إيجابا إذا لم يتضمن كل العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه وكذا أسعار السلع أو الخدمات المقدمة وإنما هو دعوى للتعاقد ذلك أن عرض البضائع والخدمات افتراضيا عبر الانترنت يشبه إلى حد كبير نافذة المتجر الواقعي[2]، والدعوة إلى التعاقد هي مرحلة تتقدم الإيجاب وتتميز عنه في كون الغرض منها هو انطلاق المفاوضات وهي مجرد مرحلة لاستطلاع الآراء في عرض بيع شيء ما دون تحديد ثمنه وقد تنتهي إلى لا شيء وقد تنتهي إلى إيجاب[3]، فعرض السلع للجمهور مع بيان أثمانها يعتبر إيجابا ذلك أن التاجر أفصح عن نيته للبيع لأي شخص يرغب في الشراء بالثمن المعروض أما إذا عرضت السلع خالية من بيان الثمن فان هذا دعوة للتعاقد والتي لا تعدو أن تكون سوى وسيلة لحث الجمهور على التعاقد[4] ذلك أن للتمييز بين الدعوة للتعاقد والإيجاب أهمية كبيرة وذلك لاختلاف الآثار القانونية المترتبة عنهما، ولا يفوتنا في هذا المقام أن نشير إلى أن الإعلان الالكتروني

الجامعية للنشر بالإسكندرية،الصفحة 82 .

[1] القانون رقم 02/04 المؤرخ في 2004/06/23والمتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم،جريدة رسمية رقم 41 مؤرخة في 27 / 06 / 2004 .

[2] فلاح فهد العجمي،مرجع سابق،صفحة. 65

[3] علي فيلالي،الالتزامات النظرية العامة للعقد،الطبعة الثالثة 2013 ، موفم للنشر بالجزائر، ص118

[4] محمد صبري السعدي،الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات ،دار الهدى للطبع والنشر والتوزيع طبعة 2012 عين مليلة الجزائر،صفحة 104 .

يعتبر عملا تجاريا ذلك أن عملية الإعلان تتم بصيغة مشروع وتسعى إلى تنشيط تداول الثروة من أجل تسويق وبيع السلع والخدمات وتشجيع الإقبال عليها من طرف الجمهور[1].

3 – حماية المستهلك من الإعلانات الالكترونية المضللة:

تسير الجزائر الآن على خطى نظام اقتصاد السوق الحر والذي يشهد اختلال بين أطراف المعادلة الاقتصادية طرف أقوى وهو المنتج وطرف ضعيف وهو المستهلك والذي يجب حمايته من كل خداع وتغرير ذلك أن بعض المنتجين والتجار يلجئون إلى طرق التدليس والغش عبر الانترنت من أجل تسويق و تصريف بضائعهم وخدماتهم على نحو مغاير للحقيقة تماما وهدفهم الأول في ذلك هو استقطاب جمهور المستهلكين على الشراء ببيانات كاذبة ومخادعة حول سلع وخدمات قد تلحق بهم ضرر[2] .

فالتجار أو المنتجين لهم الحق في الإعلان عن منتوجاتهم والترويج لها وقد يكون هذا الترويج مبالغا فيه فيكون من قبيل الكذب المسموح ما دام لم يرقى إلى مستوى الاحتيال والغش والتدليس وقد يكون الأمر عكس ذلك تماما[3] إذا كانت الإعلانات الالكترونية كاذبة ومضللة والتي ستؤثر بلا شك على حرية المستهلك في الاختيار ولهذا يتوجب علينا التطرق إلى قواعد حماية المستهلك في مواجهة الإعلانات الالكترونية والتي تقوم على دعامتين الأولى تتمثل في اشتراط وضوح الإعلان الالكتروني والثانية تتمثل في حضر الإعلانات الالكترونية المضللة:

أولا/ اشتراط وضوح الإعلان الالكتروني: ويعني ذلك أن يتضمن الإعلان البيانات الكافية عن السلعة أو الخدمة المقدمة والتي من شأنها أن تبصر المستهلك وتعمل على تكوين إرادة واعية لديه وهو بصدد التعاقد وفي هذا النطاق يمكننا أن نستشهد بالقانون الفرنسي الذي أوجب أن تكون العمليات التجارية الالكترونية والدعاية المصاحبة لها واضحة وغير غامضة... ، كما أن غرفة التجارة الدولية قد بينت في المادة 11 من القانون الدولي بشأن التطبيقات السليمة للإعلان الالتزامات الواجب توفرها في الإعلان كما يلي" إن الإعلان يجب أن يكون مميزا بصورة واضحة مهما كان الشكل أو الوسط المستخدم

---

[1] بتول صراوة عبادي، مرجع سابق، صفحة 32 .

[2] رضا متولي وهدان، الخداع الإعلاني وأثره في معيار التدليس دراسة مقارنة طبعة 2013 – دار الفكر والقانون بالمنصورة، صفحة05 .

[3] بتول صراوة عبادي، مرجع سابق، صفحة 54 .

وعندما يتم إذاعة الإعلان أو نشره في وسائل الإعلام يجب أن يقدم بصورة يظهر منها فورا أنه إعلان[1]" .

ثانيا/ حضر الإعلانات الالكترونية المضللة: إن الإعلان التجاري الالكتروني مظهر من مظاهر المنافسة المشروعة و أداة لإعلام الجمهور بمختلف المنتجات والخدمات فإذا كان مظللا وخادعا انعكس ذلك سلبا على حقوق المستهلك في الحصول على المعلومات الصحيحة لمختلف السلع والخدمات المعلن عنها على شبكة الانترنت وقد يلحق به ضررا، والإعلان المضلل هو الذي يكون من شأنه خداع المستهلك إذ يمكن أن يتضمن معلومات قد تدفع هذا الأخير للوقوع في غلط مدبر في صفة جوهرية للشيء المعروض للبيع سواء كان سلعة أو خدمة[2] وهذا يعتبر تدليسا منصوص عليه في المواد 86 و87 من القانون المدني، والمستهلك المضرور الذي يكون ضحية تدليس نتيجة للإعلانات الكاذبة والمضللة يمكنه رفع دعوى تعويض لجبر الضرر الذي لحق به على أساس المسؤولية التقصيرية لأن التدليس فعل غير مشروع.

ب – الحق في الإعلام الالكتروني كضمانة لحماية المستهلك:

يستند الالتزام بالإعلام إلى أن الحماية التقليدية للإرادة من خلال عيوب الرضا أو العلم الكافي لم تعد كافية نظرا لأن هناك كثير من العقود يحتاج فيها المستهلك إلى حماية خاصة وفعالة بسبب طبيعة هذا العقد فقد يكون المستهلك ليس على دراية كافية بالسلعة أو الخدمة المعروضة للبيع أو قد يكون المنتج حديث ومعقد الاستعمال فأساس الالتزام بالإعلام هو عدم التكافؤ بين طرفي العقد[3]، و يعرف الالتزام بالإعلام الالكتروني بأنه التزام قانوني سابق على إبرام العقد الالكتروني يجد مجاله في مبدأ حسن النية قبل التعاقد حيث يلتزم بموجبه المهني أو البائع بتقديم معلومات جوهرية عن العقد المزمع انعقاده وعن السلعة أو الخدمة محل العقد وذلك بوسائط الكترونية[4]، فالاهتمام لم يعد ينصب على حماية المستهلك الالكتروني من عيوب الرضا فقط باعتباره طرفا ضعيفا بل

[1] خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، مرجع سابق، صفحة 147 .

[2] بن غيدة إيناس،الحماية المدنية للمستهلك في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق،السنة الجامعية 2014 – 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، ص 37 .

[3] خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، مرجع سابق، صفحة 190 .

[4] عبد الرحمان خلفي، مرجع سابق، صفحة 08 .

امتد إلى ضرورة إكسابه فكرة واضحة ومفصلة عن من سيتعاقد معه وعما سيتعاقد بشأنه لذلك سنتطرق إلى محل الحق في الإعلام الالكتروني كما يلي:

1- تحديد شخصية البائع:

إن الغاية من تحديد شخصية البائع الذي قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا هي أن يكون المستهلك على بينة من أمره قبل التعاقد حيث تتحقق عناصر الثقة والأمان والشفافية عندما يكون هذا الأخير عالما بشخصية البائع أو المهني،إلا أنه في عقود الاستهلاك الالكترونية فان أهم المشاكل التي تثير قلق المستهلك والتي قد تحد من إبرامه العقد هي عدم معرفة شخصية البائع الذي يتعامل معه [1] ذلك أن هناك تجار لهم سمعة محلية أو حتى دولية تجعل المستهلك يثق في التعامل معهم لذلك لابد من تحديد اسم التاجر بدقة مع بيان عنوانه أو المقر الاجتماعي للشركة ورقم هاتفه وبريده الالكتروني[2]

2- إعطاء البيانات الجوهرية للسلعة أو الخدمة:

لا يتحقق الالتزام بإعلام المستهلك الالكتروني إلا إذا وصف السلعة أو الخدمة محل التعاقد وصفا واضحا مفصلا ودقيقا فيا للجهالة عبر وسيلة الكترونية، حيث يجب على البائع أو المهني أن يزود المستهلك بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة باستعمال المنتج والتي تمكنه من أن يستفيد من تلك السلعة دون أن يلحق به ضرر كما يجب إحاطته بكافة المعلومات ذات الصلة بالمنتج والتي تجنبه مخاطره ومضاره[3]، وباعتبار أن المشرع الجزائري لم يخص عقد الاستهلاك الالكتروني بنص خاص كما ذكرت سالفا فما علينا إلا الرجوع إلى قانون حماية المستهلك وقمع الغش 03/09 والقوانين ذات الصلة به حيث نصت المادة 17 منه على انه" يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع والعلامات أو بأية وسيلة كانت"... ، كما أن المادة 18 من نفس القانون نصت على انه يجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الاستعمال وشروط ضمان المنتوج وكل معلومة أخرى باللغة

[1] خالد ممدوح إبراهيم،حماية المستهلك في العقد الالكتروني، مرجع سابق،صفحة 102 .

[2] عبد الرحمان خلفي،مرجع سابق،صفحة 10 .

[3] منى أبو بكر الصديق،الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات،طبعة 2013 دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، صفحة 50 .

العربية أساسا ويمكن إضافة لغات أجنبية أخرى سهلة الفهم على المستهلكين وبطريقة مرئية ومتعذر محوها، كما أن المادة 04 من القانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية تنص على أنه" يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشروط البيع"، كما أن المرسوم التنفيذي رقم203/12 المؤرخ في 06 ماي 2012 والمتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتوجات نص على أنه "يجب على المنتجين والمستوردين ومقدمي الخدمات وضع في متناول المستهلك كل المعلومات الضرورية التي تسمح له بتفادي الأخطار المحتملة و المرتبطة بالاستهلاك و/أو باستعمال السلعة أو الخدمة وذلك طيلة مدة حياته العادية أو مدة حياته المتوقعة بصفة معقولة. "

ثانيا: الحماية المدنية للمستهلك الالكتروني أثناء مرحلة إبرام العقد:

نظرا للتقدم الهائل الذي أحرزته الجزائر في الوقت الراهن في مجال الاتصالات الالكترونية وسهولة استعمال شبكة الانترنت فقد تزايد إقبال المستهلك على إبرام العقود الالكترونية إذ أصبح بإمكان هذا الأخير وهو في بيته أو مكتبه الولوج إلى عالم الانترنت بكل سلاسة وتصفح كل الإعلانات التسويقية للمنتجات والخدمات المعروضة للبيع وأيضا بكل سهولة يجد نفسه يبرم عقد شراء لسلعة معينة أو خدمة معينة وفي بعض الأحيان دون تروي أو تبصر تحت إبهار الإعلانات وزيف الدعاية مما يجعله يكون ضحية تدليس وغلط وهذان عيبان من عيوب الرضا المنصوص عليهما في القانون المدني أما عيب الاستغلال والإكراه فيصعب أن يكون المستهلك الالكتروني ضحيتهما لذلك سأستبعدهما من مجال الدراسة، كما أن المستهلك الالكتروني قد يجد نفسه أبرم عقدا يتضمن شروط تعسفية لذلك سنتطرق إلى حماية رضا المستهلك الالكتروني من عيوب الإرادة والشروط التعسفية.

أ – حماية رضا المستهلك الالكتروني من عيوب الإرادة:

إن الأصل في العقود الرضائية وعقد الاستهلاك الالكتروني يبرم بمجرد أن يتبادل المتعاقدان التعبير عن إرادتهما من خلال وسيلة الكترونية أي بمجرد تلاقي الإيجاب الالكتروني مع القبول الالكتروني،وبما أن شبكة الانترنت الأداة التي من خلالها يمكن للمستهلكين إبرام عقود شراء لسلع أو خدمات ولكنها للأسف تتصف بالافتقار لليقين

القانوني بالنسبة لما يعرض من خلالها فثم هناك فعلا خطر حقيقي في عدم صحة المعلومات المقدمة حول السلع أو الخدمات المعروضة،وبما أنها تتميز بالفورية فهناك تفاعل آني بين المستهلك والبائع أو المهني مما يثير الشكوك حول صحة التراضي الالكتروني، فإذا ما صدر إيجاب الكتروني بخصوص بيع سلع وخدمات معروضة على شبكة الانترنت وطابقه قبول الكتروني من طرف المستهلك ثم يفاجأ هذا الأخير بعد تكوين العقد بمنتجات غير مطابقة لما كان معروض على الشبكة ويتبين له انه كان ضحية لغلط أو تدليس أي شاب إرادته عيب من عيوب الرضا المنصوص عليها في القانون المدني و التي نفصلها كالتالي:

1- عيب الغلط بالنسبة للمستهلك الالكتروني:

الغلط وهم يقوم في ذهن المتعاقد فيجعله يعتقد الأشياء على غير حقيقتها إذ هو تصور خاطئ للأمور والأشياء حيث يتبين للشخص أن للشيء مواصفات معينة إلا أن الحقيقة تكون غير ذلك[1] ولقد نص عليه المشرع الجزائري في القانون المدني من المادة 81 إلى المادة 85، وعيب الغلط في العقد الالكتروني متصور الحدوث كثيرا والغلط المقصود طبعا هو ذلك الغلط الذي يعيب الإرادة فقط ولكن لا يعدمها[2] كأن يتعاقد المستهلك مع البائع الكترونيا على منتج معروض على صفحة الويب معتقدا أن ذلك المنتج صناعة يدوية وهذا طبعا غلط في صفة جوهرية للشيء أو قد يتعاقد مع البائع معتقدا بأنه ذلك الشخص المشهور بالمهارة والخبرة في إنتاج سلع معينة فإذا به يجد نفسه قد أخطا في شخص المتعاقد نظرا لتشابه الأسماء فهنا بالتأكيد يكون قد شاب إرادته عيب الغلط ومن ثم قد أفسد رضاه،وقد حاول المشرع الجزائري التوفيق بين قواعد القانون في قيام عقد على رضا صحيح وقواعد العدالة في التعامل التي تتنافى مع مفاجأة المتعاقد ببطلان العقد وعليه اشترط أن يكون الغلط الموجب لإبطال العقد جوهريا[3] ، وحتى يكون الغلط جوهريا يجب أن يكون قد بل حدا من الجسامة من جهة ويرجع في تقدير جسامة الغلط إلى العوامل الشخصية للمتعاقد الالكتروني كما يجب أن يكون مؤثرا

---

[1] علي فيلالي، مرجع سابق،صفحة 174 .

[2] خالد ممدوح إبراهيم،حماية المستهلك في العقد الالكتروني،مرجع سابق، صفحة 69 .

[3] بلحاج العربي،النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري،الجزء الأول التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة)،الطبعة الثالثة 2004 ديوان المطبوعات الجامعية، صفحة 103 .

من جهة أخرى بحيث يكون هو الدافع للتعاقد بحيث لولا هذا الغلط الذي وقع فيه المستهلك لما ابرم هذا العقد الالكتروني[1]، وللغلط الجوهري صور كثيرة عددتها الفقرة الثانية والثالثة من المادة 82 من القانون المدني إذ قد يكون الغلط في الصفة الجوهرية للشيء كأن يعتقد المستهلك بان ذلك المنتج المعروض على صفحة الويب من صنع ألماني وهو في الحقيقة من صنع جزائري مقلد فقط، كما قد يكون الغلط في ذات المتعاقد نفسه أو في صفة من صفاته كان يعتقد المستهلك بان ذلك المنتج من صنع حرفي مشهور له اسمه وسمعته في مجال معين أي على أساس الاعتبار الشخصي فيشتري تلك السلعة على هذا الأساس ثم يكتشف بأنه وقع ضحية غلط في الأسماء،كما قد يكون الغلط في قيمة الشيء المعروض الكترونيا أو في قيمة الشيء المتعاقد عليه ومن ثم يمكن للمستهلك الالكتروني الذي وقع في غلط جوهري أن يطلب إبطال العقد استنادا للمادة 81 من القانون المدني والحق في إبطال العقد الالكتروني من طرف المستهلك يسقط خلال خمس سنوات إذا لم يتمسك به هذا الأخير خلال هذه المدة وهذه المدة تسري من اليوم الذي يكتشف فيه انه وقع ضحية غلط استنادا للمادة 101 من القانون المدني وتجدر الإشارة إلى أنه لا يجب أن يتمسك المستهلك بإبطال العقد الالكتروني على وجه يتنافى مع حسن النية استنادا للمادة 85 من القانون المدني.

2- عيب التدليس بالنسبة للمستهلك الالكتروني:

التدليس هو استعمال طرق احتيالية لخديعة المتعاقد خديعة تدفعه إلى التعاقد فهو يثير الغلط في ذهنه فيعيب إرادته[2] كما يعرفه الأستاذ علي علي سليمان بأنه استعمال طرق احتيالية من شأنها أن ندع المدلس عليه وتدفعه إلى التعاقد[3] وقد نص عليه المشرع الجزائري في المواد 86 و 87 من القانون المدني،وللتدليس عنصران عنصر مادي يتمثل في استعمال تلف الوسائل والطرق لتضليل المتعاقد ودفعه لإبرام العقد كالحيل والكذب والكتمان أي السكوت العمدي عن معلومة معينة متعلقة بسلعة أو خدمة كما له عنصر معنوي يتمثل في نية المدلس في التضليل والخداع،ويشترط في التدليس أن يكون مؤثرا أي يجب أن ينال التدليس من سلامة رضا المدلس عليه بحيث لولا هذه الحيل أو

[1] محمد صبري السعدي، مرجع سابق،صفحة 168 .

[2] بلحاج العربي،مرجع سابق،صفحة 109 .

[3] علي فيلالي،مرجع سابق،صفحة 189 .

السكوت العمدي عن السلعة أو المنتوج لما ابرم المستهلك العقد كما يجب أن يكون التدليس صادرا من المتعاقد أو عن يمثله[1] ، وفي مجال العقود الالكترونية نجد أن المستهلك كثيرا ما يكون ضحية للتدليس خاصة أنه يتعاقد في بيئة افتراضية غير مادية عن بعد وعبر شبكة لا تعترف بالحدود الجغرافية تكثر فيها الإعلانات الالكترونية الكاذبة والمضللة المبهرة والتي تعتبر تدليسا في حد ذاتها على المستهلك بحيث تأثر على إرادته وتعيب رضاه،ولذلك يمكن للمستهلك الالكتروني طلب إبطال العقد إذا دلس عليه استنادا للمادة 86 من القانون المدني كما أن حقه في الإبطال يسقط خلال خمس سنوات إذا لم يتمسك به خلال هذه المدة وهذه المدة التي تسري من اليوم الذي يكتشف فيه انه وقع ضحية تدليس استنادا للمادة 101 من القانون المدني،علاوة على ذلك يمكن للمستهلك الالكتروني المدلس عليه الذي تضرر أن يرفع دعوى تعويض على أساس المسؤولية التقصيرية استنادا للمادة 124 من القانون المدني لأن التدليس ينطوي على غش وهو فعل غير مشروع.

ب- حماية رضا المستهلك الالكتروني من الشروط التعسفية:

إن الصورة العادية للعقد تقوم على المساومة ويفترض فيها مناقشة شروط العقد وبحثها بحرية من جانب المتعاقدين ولكن النشاط المتزايد للحياة الاقتصادية عموما وللتعاملات التجارية الالكترونية خصوصا ونتيجة للتفاوت الموجود في المراكز الاقتصادية للبائع أو المهني الذي يمثل الطرف الأقوى والمستهلك الذي يمثل الطرف الأضعف فقد أصبح الموجب في عقد الاستهلاك الالكتروني ينفرد بوضع شروط العقد والتي لا يقبل فيها المناقشة وهذه الأخيرة تسمى بعقود الإذعان والتي تنطوي على كثير من الشروط التعسفية[2] ،وبما أن عقد الاستهلاك الالكتروني كما قلنا سابقا لم يخصه المشرع بتنظيم خاص بل هو يُضع للقواعد العامة المنصوص عليها سواء في القانون المدني أو قانون حماية المستهلك أو في القوانين ذات الصلة لذلك فإن أساليب مكافحة هذه الشروط التعسفية في التشريع الجزائري تتوزع مابين أحكام القانون المدني وذلك من خلال السلطات التي منحها المشرع الجزائري للقاضي بموجب المادة 110 منه لتعديل

[1] المرجع نفسه، صفحة 198 و200 .

[2] السيد محمد السيد عمران،حماية المستهلك أثناء تكوين العقد،طبعة 2003 الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ص 44.

هذه الشـروط أو حتى إعفاء الطرف المذعن منها،ومابين قانون حماية المسـتهلك وقمع الغش03/09 و القانون02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسـات التجارية إلى جانب قوانين تنظيمية أخر ى، لذلك سنتعرض إلى مفهوم الشروط التعسفية في القانون الجزائري ثم نتطرق إلى طرق الحماية المدنية من هذه الشروط كالتالي:

1- مفهوم الشروط التعسفية في القانون الجزائري:

الشرط التعسفي هو ذلك الشرط الذي يورده المحترف في تعاقده مع المستهلك والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين[1] وقد أشار المشرع الجزائري لمفهوم الشـرط التعسـفي في القانون رقم02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وذلك في الفقرة الخامسة من المادة الثالثة والتي نصت على ما يلي:

"يعتبر شـرط تعسـفي كل بند أو شـرط بمفرده أو مشـتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد " ومن خلال هذا التعريف تظهر شروط البند التعسفي والمتمثلة فيما يلي:

أولا/ وجود عقد إذعان محله تأدية خدمة أو بيع سلعة:

اسـتنادا للمادة 03 و 04 من القانون 02/04 فان عقد الإذعان هو: " كل اتفاق و/أو اتفاقية تهدف إلى بيع سـلعة أو تأدية خدمة حرر مسـبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه والملاحظ أن المشرع الجزائري قد وسع من مفهوم الإذعان إذ لم يشترط فيه عنصر الاحتكار المهني كما اشترط الكتابة في العقد ولم يحدد لا نوع الكتابة ولا طبيعتها وأحسن بذلك فعلا حيث يندرج تحتها طبعا الكتابة الالكترونية.

ثانيا/ أن يكون الشـرط الوارد في العقد سـببا في الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات الأطراف: وبذلك يكون المشـرع الجزائري قد جعل من الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد معيارا للشرط التعسفي[2] .

---

[1] منال بوروح، ضـما ت حماية المسـتهلك في ظل قانون09-03 المتعلق بحماية المسـتهلك وقمع الغش ،مذكرة لنيل شـهادة الماجسـتير فرع قانون حماية المسـتهلك والمنافسـة، السـنة الجامعية 2014 - 2015، كلية الحقوق بجامعة الجزائر 01، صفحة 26 .

[2] مزاري عائشة، علاقة قانون حماية المستهلك بقانون المنافسة،السنة الجامعية 2013 - 2012 ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير،كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة وهران، صفحة 66 .

وقد عددت المادة 29 من القانون 02/04 الشـروط والبنود التي تعتبر تعسـفية في العقود ما بين البائع والمستهلك على سبيل المثال ونذكر بعضا منها كما يلي:

1- أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات معترف بها للمستهلك.

2- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود في حين أنه يتعاقد بشروط يحققها هو متى أراد.

3- امتلاك حق تعديل عناصـر العقد الأسـاسـية أو مميزات المنتوج المسـلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك....

كما انه لا يفوتنا في هذا المقام أن نذكر أن المشرع الجزائري تدخل بالتنظيم وأعد قائمة بالشـروط التعسـفية من خلال المرسـوم التنفيذي رقم 306/06[1] المحدد للعناصـر الأساسية للعقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

2- وسائل الحماية المدنية من الشروط التعسفية:

بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني ولا سيما المادة 110 منه نجد أن المشـرع الجزائري أعطى سـلطة تقديرية واسـعة للقاضـي للتدخل إما بتعديل الشـروط التعسـفية أو الإعفاء منها في حالة ما تضـمنها عقد إذعان،وبذلك يجوز للمسـتهلك الالكتروني أن يلجأ للقضـاء للمطالبة إما بتعديل هذه الشـروط أو إعفاءه منها وللقاضـي كامل السلطة التقديرية في ذلك والتي يهدف من خلالها إلى إعادة التوازن العقد ي،ولكن بالرجوع إلى القانون 02/04 والمرسوم التنفيذي 306/06 فإننا نجد أن المشرع الجزائري قد أعد قائمة من الشـروط التعسـفية التي يمكن أن تحد من إعمال السـلطة التقديرية للقاضـي وبذلك فإننا نلاحظ أن مجال الحماية من الشـروط التعسـفية الواردة في عقد الاستهلاك الالكتروني يكون مفعلا أكثر في قواعد القانون المدني من خلال المادة110 منه ولا سيما أن المشرع قرر البطلان لكل اتفاق يخالف حكم المادة السالفة الذكر والتي تنص على ما يلي" إذا العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضـمن شـروطا تعسـفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."

[1] المرسوم التنفيذي رقم 306 / 06 المؤرخ في 2006 / 09 / 10 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية،ج ر عدد 56 ، ص16 .

ثالثا : حماية المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد :

ينشأ عقد الاستهلاك سواء في التعاقد التقليدي أو الإلكتروني التزاما بضمان عيوب المنتوج الخفية و خصوصا في عقود البيع، وذلك بهدف حماية المستهلك من العيوب التي قد توجد في المبيع ولا يستطيع المستهلك اكتشافها إذ القانون03/09 تضمن هذه الحماية تحت إطار التزام المهني بإلزامية الضمان والخدمة ما بعد البيع.

حماية المستهلك بضمان العيوب الخفية :

أ- حق المستهلك الالكتروني في ضمان العيب الخفي:

تقتصر حماية المستهلك الإلكتروني في القواعد العامة على نظرية العيوب الخفية الكامنة في المنتوج، والملاحظ هنا أن الضمان في قواعد القانون المدني غير منصوص عليه في القواعد العامة التي تحكم التعاقد، وإنما جاء تحت الأحكام الخاصة ببعض العقود مثل عقد البيع وعقد الإيجار، فبالرجوع إلى قواعد المنظمة لعقد البيع مثلا نجد المادة 379 من القانون المدني تنص على أنه :" يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصود منه حسبما هو مذكور بعقد البيع.."[1]

حيث يعرف العيب الموجب للضمان على أنه تلك الآفة العارضة التي تطرأ على المبيع فتمس سلامته فتؤثر في قيمته أو في الانتفاع به إما كليا أو جزئيا، ولقد وسع المشرع الجزائري من التزام البائع بالضمان إلى ضمان تخلف الصفة التي كفل البائع وجودها في المبيع إذ نص "يكون البائع ملزما بالضمان إذ لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري".

ولقد حاول المشرع الجزائري وضع حماية للمشتري في عقد البيع من آفة العيوب الخفية، ومن تعرض الغير للمشتري بالانتفاع بالشيء المبيع، ونظم ذلك في المواد 371 إلى غاية 386 من القانون المدني.

[1] برابح منير حماية رضا المستهلك الالكتروني بين نصوص القانون المدني و نصوص .حماية المستهلك، مقال منشور بمجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، العدد الخامس، مارس 2017، ص 84-85.

والعيب الخفي، الموجب للضـــمان هو العيب الذي ينقص من قيمة المبيع أو من منفعته، والعيب الذي لا يستطيع المشتري اكتشافه بفحص المبيع بعناية الرجل العادي[1]، ويجب أن يتوفر في هذا العيب شروط حتى يلتزم البائع بالضمان وهي:

1- أن يكون العيب مؤثرا إلى درجة معينة من الجسـامة: ويقصـد به الإنقاص من قيمة المبيع وليس من مقدار المبيع وأن ينقص العيب من الانتفاع بالمبيع حسب ما تم الاتفاق عليه في العقد، أو ما أعد له الشيء بحسب طبيعته وحسب ما يظهر من استعماله، ويقع عبء الإثبات على المشتري وله كافة طرق الإثبات.

2- يجب أن يكون العيب قديما: لقد نص المشـرع في المادة 379 القانون المدني "يكون البائع ملزما بالضمان... وقت التسليم إلى المشتري ويقصد بشرط القدم أن يكون العيب موجودا وقت تسليم المبيع للمشتري بغض النظر عن وجوده وقت العقد[2]، ويرى فريق من الفقهاء أن شرط القدم يعني وجود العيب وقت العقد، مستندين إلى أن عبارة وقت التسليم تتعلق بحالة تخلف الصـــفة التي كفل البائع وجودها وليس العيب بمعنى الآفة الطارئة ، ولكن الرأي الأول هو الراجح مادام المشرع قد ربط نتيجة الهلاك بالتسليم ، فلا غرابة بأن يربط وجود العيب كذلك به[3].

3 - يجب أن يكون العيب غير معلوم لدى المشتري: يجب أن يكون المشتري غير عالم عند التعاقد بالعيب، لأن العلم بالعيب يســقط حق المشـــتري في الضـــان طبقا للمادة 2/379.

4- يجب أن يكون العيب خفيا: ويقصـــد بخفاء العيب ألا يكون ظاهرا فيمكن إدراكه بالحواس ، وهذا هو المعنى المادي للخفاء إلا أنه إلى جانب هذا المعنى وضـع المشـرع معنى قانوني الخفاء العيب ، اعتبر فيه العيب ورغم ظهوره خفيا وطبق عليه أحكامه ،

[1] جرعود الياقوت عقد البيع و حماية المستهلك في التشريع الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير فرع العقود و المسؤولية ، جامعة الجزائر ، 2001-2002، ص 114.

[2] جليل أحمد حسن قدادة / الوجيز في شرح القانون المدني - الجزء الرابع ، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 177.

[3] علي حسن بخيدة ، ضمان عيوب المبيع في عقد البيع في القانونين المصري والمغربي دراسة مقارنة، دار الفكر العربي القاهرة 1986، ص 22.

ولقد بينت المحكمة العليا من خلال قرارها الصـــادر بتاريخ 24/11/1993 ذلك (انظر الملحق رقم 1).

فمن قراءة المادة 379 فقرة 2 من القانون المدني يفهم أن العيب يجب أن تتوفر فيه سمة الخفاء وقت التسليم ، وبذلك فالعيب المكتشف بعد التسليم طبقا لنص المادة غير مضـــمون من طرف البائع ، وبذلك فالعيب الظاهر غير مضـــمون من البائع ، والعيب الظاهر هو ذلك العيب الذي يكون المشـــتري على علم به، فمن جهة البائع ملزم بإعلام المشتري بمواصفات المبيع تحت طائلة العقوبات ، إذ قد يشكل عدم قيامه بذلك تدليسا قد يؤدي إلى إبطال البيع (المادة 86 ق.م) وبالنتيجة فالبائع ملزم بإعلام المشـــتري بكل العيوب التي يشملها المبيع تطبيقا لمبدأ تنفيذ العقد وفقا لحسن النية[1].

إن القانون09-03 المتعلق بحماية المســـتهلك وقمع الغش تحت عنوان إلزامية الضـــمان والخدمة ما بعد البيع ومن خلال نص المادة 13 منه أن كل مقتن لأي منتوج سواء كان جهازا أو أداة أو آلة أو عتادا أو مركبة أو أي مادة تجهيزية يستفيد من الضمان بقوة القانون، إضافة إلى أن الضان يمتد إلى الخدمات أيضا.

ب – حماية حق المستهلك في العدول عن العقد: يشكل هذا الحق خروجا عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، حيث تضمن هذا المبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا بإرادة المتعاقدين، أو إذا قرر القانون ذلك ويبرر هذا الخروج لاعتبارات تتعلق بطبيعة التعاقد عبر الانترنيت، حيث يتســـم بســـرعة المعاملات التي تتم عند إبرام هذه العقود، وقلة خبرة المســـتهلك ودرايته في مواجهة البائع المحترف مثل هذه التصـــرفات، الأمر الذي لا يترك للمســـتهلك محلة للتفكير والتدبر حيث يكتشـــف بعد إبرام العقد عدم ملائمة العقد له، وقد بررت التشريعات المتعلقة بحماية المستهلك حق العدول له قبل وجود فكرة التعاقد عن بعد، خصـوصـا في المعاملات الالكترونية، وهذا الحق يعطي المسـتهلك إمكانية الرجوع عن التعاقد مهما كانت الأســـباب خلال مدة محددة بغض النظر عن صلاحية المبيع أو الخدمة أو وجود عيب فيها أم لا[2].

[1] على حسن بخيدة ، المرجع السابق ، ص 29 – 30.

[2] أنور جمعة علي الطويل، الحماية المدنية للمستهلك في عملية التسوق الالكتروني في القانون الفلسطيني دراسة مقارنة، مقال منشور بكتاب أعمال المؤتمر الرابع عشر: الجرائم الالكترونية، طرابلس 24-25 مارس 2017، ص88.

وهو نفس ما ذهبت إليه بعض التشـــريعات الأخرى التي أعطت حق خاص للمستهلك الالكتروني، نظرا للطبيعة الخاصة للعقود الإلكترونية وصعوبة معاينة وفحص ما يتعاقد عليه المتعاقد عن بعد، حيث حرص التوجيه الأوروبي رقم7/97 على تقرير حق المســـتهلك في العدول عن العقد في المادة 6 منه، بحيث إعمالا لهذا التوجيه بموجب المرسوم 741 – 2001 أقر المشرع الفرنسي هذا الحق، وبموجب هذا المرسوم أضيفت المادة20/121إلى تقنين الاستهلاك الفرنسي، حيث تضمن إقرارا بهذا الحق في فقرته الأولى، فنصت على أن المستهلك خلال سبعة أيام كاملة الحق في العدول، دون إبداء أسباب أو دفع أي جزاءات باستثناء مصاريف الرد.

أما المشـرع الجزائري فقد شـدد من خلال المادة 68 من القانون 03 – 09 المتعلق بحماية المســـتهلك وقمع الغش، على معاقبة كل من يقوم بخداع أو بمحاول خداع المستهلك بأية وسيلة أو طريقة كانت في بعض البيانات الخاصة بالمنتوج[1].

جـــ– إجراءات إعمال حق العدول: إن احترام المدة الواردة في القانون هي الشرط الوحيد لممارسة الحق في العدول، لأنه لا توجد إجراءات خاصة ، ولكن المستهلك وخشية الوقوع في منازعات قانونية، يمكن اتخاذ إجراءات احتياطية، تمكنه من إعمال حقوقه في العدول والغاية من ثبوت الحق في العدول هي التأكد من رضا المستهلك فيما يتعلق بالتمهل في إبرام العقود، وهو ما يجب معه إطلاق إرادة التعبير في الرجوع عن التعاقد من أي قيود اتفاقا مع هذه الغاية فالأصـــل ألا يخضـــع هذا الحق لأية إجراءات خاصـــة ولا ينبغي للمتعاقدين أن يتفقوا في تحديد طريقة معينة لممارسة العدول استنادا إلى قاعدة من يملك الأكثر يملك الأقل[2].

[1] سليماني مصطفى سلياني، بحماوي الشريف / حماية رضا المستهلك الالكتروني، مقال منشور بالمجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الأول، العدد الأول، جوان 2017، ص 34–35.

[2] أمنة ســـلطاني / حماية المســـتهلك في مجال التعاقد عن بعد، مداخلة تم تقديمها في الملتقى الوطني المنعقد بمعهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي بالوادي ســـابقا تحت عنوان حماية المســـتهلك في ظل الانفتاح الاقتصـــادي يومي 20 و22 أفريل 2008، ص 113–114.

المطلب الثاني : الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية

لما كانت طبيعة نشـــاط التجارة الالكترونية ترتكز على ركني الســـرعة والائتمان، فالركن الأول توفر إلى حد خلق نوع من التباطؤ عن الجدية في التعامل حتى أصبح يؤثر على الركن الثاني للأعمال التجارية وهو الائتمان، وبقدر حاجة التجارة والأعمال التجارية إلى السـرعة وخدمة هذه الأخيرة للأولى، فإن الائتمان يظل مفتاح العملية وأبرز ما يتهدده ما يعرف بالجريمة الالكترونية التي تبقى هي العقبة الحقيقية في وجه نجاح هذه التجارة فالمســتهلك أو المتعامل في حاجة إلى كســب ثقته واطمئنانه للتســوق بعيدا عن المتجر التقليدي، فمن المشاكل التي تواجهه عمليا حماية تعاملاته البنكية وكذا بياناته الشخصية من الاستعمال غير المشروع، وكذا المؤسسات فهي الأخرى ليس في معزل عن مثل هذه الممارسـات التي تتجسـد أسـاسـا في الدخول إلى مواقعها والتغيير في بياناتها ومسـؤولية مزوديها بالانترنت كل هذه النقاط وجب أن تكون مشـمولة بالحماية نظرا لقصـور الحماية بواســطة النصــوص العامة التقليدية وبالتالي محاولة الإحاطة بها من خلال الحاجة إلى حماية خاصة تتماشى وطبيعة التجارة الالكترونية.

الفرع الأول: الحماية الجنائية للتاجر في إطار التجارة الالكترونية.

من أهم المســائل التي تثيرها التجارة الالكترونية جنائيا، وضــعية التاجر فيها من خلال مختلف الاعتداءات التي قد تلحق به في إطار ممارســته للأنشــطة التجارية عبر الوسـائل التكنولوجية ومن هنا كانت الحاجة إلى إرسـاء قواعد للحماية الجنائية للتاجر في إطار التجارة الالكترونية وتتعلق أساسا بنقطتين مهمتين:

هي الجرائم الواقعة على الموقع الالكتروني في حد ذاته والمســؤولية الجنائية لمزودي خدمات الانترنت[1].

[1] قارة أمال، الحماية الجزائية للمعلوماتية في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط2، 2007، ص 113 وما يليها، للمزيد أنظر: عبد الله عبد الكريم عبد الله، جرائم المعلوماتية والانترنت (الجرائم الالكترونية)، منشورات الحلبي القانونية، بيروت، 2007، ص 25.

أولا: الجرائم الواقعة على الموقع الالكتروني

إن التجارة الالكترونية بارتكازها الكبير على شبكة الانترنت والتي تعتبر نظام معلوماتي يتم بواسطته المبادلة التجارية هو في حاجة إلى حماية جنائية النظام ومواقع التجارة الالكترونية لأجل حماية مضمون النشاط في حد ذاته هي يرتكزا أساسيا في:

الفقرة الأولى: الجرائم الماسة بنظام الموقع الالكتروني

وتتمثل أهم الجرائم في الدخول أو البقاء غير المشروع، بالاعتداء على نظام المعالجة الآلية للمعطيات من خلال المساس بسير وسلامة الموقع.

1- جريمة الدخول أو البقاء غير المشروع في الموقع:

يمثل هذا الفعل أحد الاعتداءات الماسة بالأنظمة المعلوماتية والتي تشكل بيانات التجارة الالكترونية أحد أنظمتها ولقد نص عليها المشرع الفرنسي في المادة **323/ف1 ق.ع** وكذا المشرع الجزائري في المادة 394 مكرر من قانون العقوبات الجزائري[1]، وكغيرها من الجرائم لابد من توفر أركانها المادي والمعنوي اللازمين لقيامها.

وتقع هذه الجريمة من طرف أي شخص كانت صفته ويكون من بين أولئك الذين لهم الحق في الدخول إلى النظام، وتقع متى كان الدخول مخالفا لصاحب النظام أو من له الحق في السيطرة عليه كالأنظمة المتعلقة بأمن الدولة أو الحياة الخاصة التي لا يجوز الاضطلاع عليها، والمشرع الفرنسي عاقب على مجرد الدخول دون تحديد وسيلة دخول النظام وحتى ولو لم يترتب عن الدخول ضرر والهدف من تجريم فعل البقاء غير المشروع داخل نظام المعالجة الآلية للمعطيات، هو قيام مسؤولية الجاني عن جريمة عمدية لأن إرادته اتجهت إلى البقاء داخل النظام مع علمه أن دخوله غير مصرح ومسوح به أو أنه مسموح له بالدخول إلى جزء دون الجزء الآخر، فيعتبر فعل البقاء داخل النظام صورة

[1] – الأمر 155/66 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، ج ر ع 71، المعدل والمتمم.

للجريمة المستمرة[1] ، وتتخذ الجريمة صورتين بسيطة ومشددة هذه الأخيرة التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 394 مكرر 3/2.

2- الاعتداء العمدي على سير نظام المعالجة الآلية للمعطيات:

لم ينص المشـــرع الجزائري على هذا الجرم غير أن الاتفاقية الدولية للإجرام المعلوماتي تنص عليه في المادتين 05 و 08 أما المشـرع الفرنســي فقد نص في المادة 2/323 على عقوبة هذا الســلوك الإجرامي الذي من شــأنه إحداث اضــطراب في نظام معالجة البيانات المتواجدة على مواقع التجارة الالكترونية كيفما كانت حســـابات، بيانات شخصية...الخ.

وتعتبر الجريمة من الجرائم العمدية ويتمثل ركنها المادي في فعل توقيف أو تعطيل نظام معالجة المعطيات عن أداء نشاطه أو إفساد نشاط أو وظيفة المعالجة.

أ- **فعل التعطيل أو التوقيف:** ومفاده كل فعل من شأنه أن يؤدي إلى توقيف تشغيل نظام المعالجة ويقصـــد به إحداث عطب أو خلل بالشـــيء مما يجعله لا يقوم بعمله بصـــورة طبيعية قد يكون بالحد من ســـرعة النظام المعلوماتي وجعله بطيئا أو يعطي نتائج غير مطلوبة[2].

ب- الإفساد: ومفاده كل فعل من شأنه أن يؤدي إلى جعل نظام المعالجة الآلية للمعطيات غير صالح للاستعمال السليم، بأن يعطي نتائج غير تلك التي كان من الواجب الحصول عليها، بإفســـاد ولو جزء من النظام ولا يشـــرط أن يكون الإفســـاد على النظام جملة، أما بخصوص تقنيات إفساد فهي متعددة والعبرة بالأثر الذي تحدثه.

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم، أمن الجريمة الالكترونية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 84 وما يليها، لتفصيل أكثر أنظر: عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت في القانون العربي النموذجي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2006، ص 255 وما يليها.

[2] بعرة ســعيدة، الجريمة الالكترونية في التشــريع الجزائري (دراســة مقارنة)، مذكرة مكملة من مقتضــيات نيل شــهادة الماستر حقوق تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2016، ص54.

الفقرة الثانية: الجرائم الماسة بمعطيات الموقع الالكتروني

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص على هذه الجرائم في المادة 394 مكرر 2.1 من قانون العقوبات كما نصـــت عليها المواد 03، 04، 08 من الاتفاقية الدولية للإجرام المعلوماتي ونص عليها المشــرع الفرنســي في المادة 3/323 من قانون العقوبات الجديد والتي تتمثل في عملية التلاعب بالبيانات أو تزويدها بطرق مختلفة[1].

1- الاعتداء على سلامة المعطيات الموجودة داخل النظام:

تعاقب المادة 394 مكرر 1 من قانون العقوبات كل من أدخل بطريق الغش معطيات في نظام المعالجة الآلية أو أزال بطريق الغش المعطيات التي ينظمها عن طريق التلاعب بمحو أو تعديل المعطيات داخل النظام بغض النظر عن النتائج المترتبة عنها، ويتخذ هذا العمل ثلاث صور.

أ- **الإدخال:** وذلك بإضافة معطيات جديدة على الدعامة الخاصة بها.

ب- المحور: وذلك بإزالة جزء من المعطيات الموجودة داخل النظام.

ج- التعديل: وذلك بتغيير المعطيات الموجودة سـواء بطريقة مباشـرة أو باسـتخدام برامج خبيثة كالفيروسات.

وهذه الصور وردت على سبيل الحصر، فلا يقع تحت طائلة التجريم أي فعل آخر غير هذه الأفعال، ولو تضـمن اعتداء على المعطيات داخل النظام كفعل النسـخ أو النقل ولا تقوم هذه الجريمة إلا إذا كانت العمليات قد تمت مع قصــد جنائي وخارج الاســتعمال المرخص[2] .

[1] – بعرة سـعيدة، المرجع السـابق ص 55، 56، راجع: شـنين صـالح ، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية (دراسـة مقارنة) رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013، ص 85 وما يليها.

[2] – أحمد مسـعود مريم، آليات مكافحة جرائم تكنولوجيات الإعلام والاتصـال في ضـوء القانون 09/04، مذكرة مقدمة لنيل شـهادة الماجستير، تخصـص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قاصـدي مرباح، ورقلة 2013، ص 38.

2- الاعتداء على سلامة المعطيات الموجودة خارج النظام:

لقد نص المشرع الجزائري على صورتين للمساس العمدي بالمعطيات خارج النظام حيث تتعلق الصورة الأولى بحماية المعطيات من استعمالها في الاعتداءات الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات والثانية تتعلق بحماية المعطيات المتحصل عليها من هذه الاعتداءات وذلك في نص المادة 394 مكرر 2 قانون العقوبات[1].

والملاحظ أن من خلال هذا النص أن هناك فرق بين الصورتين المنصوص عليها في المادة السابقة حيث أن الصورة الأولى تكون فيها المعطيات وسيلة لارتكاب هذه الاعتداءات ، فالحماية تخصها قبل ارتكاب الاعتداء أما الصورة الثانية فتكون المعطيات هي النتيجة لارتكاب الاعتداءات الماسة بالأنظمة بهدف الوقاية من ارتكاب جريمة أخرى تتمثل في حيازة أو إفشاء أو نشر أو استعمال هذه المعطيات المتحصل عليها من إحدى هذه الاعتداءات لأي غرض كان[2].

ثانيا: المسؤولية الجنائية لمزودي خدمات الانترنت

تعد خدمة الانترنت من الخدمات الهامة، والتي ترتكز عليها نشاط التجارة الالكترونية بالتحديد، وهي التي تتطلب جهود عدة أطراف لإيصالها للمستخدمين بالشكل الذي يمكنهم من النفاذ إلى الشبكة والدخول إلى المواقع الالكترونية المطلوبة، فعملية الدخول إلى الانترنت تحتاج بالدرجة الأولى إلى من يقدم هذه الخدمة، فالشركات التي تقدم خدمة الإعلان على المواقع الالكترونية أو خدمة التوقيع أو التصديق الالكتروني أو المصارف التي تقدم خدمات معينة بشكل الكترونية تحتاج إلى التعاقد مع شركات تعمل في مجال تزويد الانترنت[3].

وأمام أهمية هذا الدور الذي يلعبه مقدمو (مزودو) خدمة الانترنت يثور التساؤل حول ماهية هذه الفئة وما هي مسؤوليتها.

---

[1] – المرجع نفسه ، ص 39.

[2] – بعرة سعيدة، المرجع السابق، ص 57.

[3] – السيد باسم ، "الأساس القانوني لمسؤولية مزودي الخدمة الانترنت في سوريا"، مجلة جامعة البحث، المجلد 39، العدد 59، سوريا ، 2017، ص3.

الفقرة الأولى: تعريف مزودي خدمة الانترنت

قد يطلق على مقدمي خدمات الانترنت تسميات كثيرة منها متعهد الوصول أو متعهد الخدمة أو مزود الخدمة وقد يكون شخص طبيعي أو معنوي وأن عمله ذو طبيعة فنية فهو الذي يمكن مستخدمي الانترنت من الوصول إلى المواقع أو البريد الالكتروني للأشخاص الذين يريدون مخاطبتهم في العالم، ويتمثل دور مقدمي الخدمة في ربط مستخدمي الانترنت بالشبكة عن طريق عقود إشراك تؤمن لهم الدخول إلى هذه الخدمة[1]، ومن هذا اختلفت التشريعات في تعريف هذه الفئة.

1- تعريف التشريعات الغربية: تباينت التشريعات الغربية في تعريف مقدمي خدمة الانترنت لقد عرفت المادة 14 من التوجه الأوروبي رقم 31/2000 حول التجارة الالكترونية والمادة 02 من القانون الفرنسي حول الثقة في الاقتصاد الرقمي أنه « شخص طبيعي أو معنوي يهدف إلى تخزين مواقع الكترونية وصفحات الويب (web page) على حساباته الآلية الخادمة بشكل مباشر ودائم مقابل أجر أو بالمجان ويضع من خلاله تحت تصرف عملائه الوسائل التقنية والمعلوماتية التي تمكنهم في أي وقت من بث ما يريدون على شبكة الانترنت».

كما عرفه قانون البريد والاتصالات عن بعد في فرنسا في المادة 32 منه «كل شخص طبيعي أو معنوي يشتغل شبكة الاتصالات عن بعد والمفتوحة للجمهور أو يورد لهم خدمة الاتصالات عن بعد»[2].

2 - تعريف التشريعات العربية:

إن التشريعات العربية هي الأخرى لم تهمل هذه الفئة في قوانينها، حيث عمدت وضع تعريف لها:

[1] - عبد الفتاح محمود الكيلاني، "مدى المسؤولية القانونية لمقدمي خدمة الانترنت، دراسة مقارنة"، مجلة كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، د س ن، ص 474.

[2] - بوخالفة حدة، "النظام القانوني المتعهد الإيواء عبر الانترنت"، مجلة الفكر، العدد 14، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، ص293.

حيث عرف قانون تنظيم الاتصالات المصري رقم 10 لسنة 2003 المادة 100 مقدم خدمة الاتصالات بأنه « أي شخص طبيعي أو اعتباري يستعمل خدمات الاتصال أو يستفيد منها، ويقوم بتوفير أو تشغيل الاتصالات أيا كانت الوسيلة المستعملة»..

كما عرف قانون الاتصالات القطري مقدم الخدمة «بأنه الشخص الذي يرخص له تقديم خدمة أو أكثر من خدمات الاتصالات للجمهور أو يرخص له بتملك وإنشاء شبكة اتصالات التوفير خدمات الاتصالات للجمهور»[1].

وقد عرفه المشرع الجزائري في القانون 09-04[2] المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها في المادة 02 منه فقرة "د" . « أي كيان عام أو خاص يقدم لمستعملي خدماته القدرة على الاتصال بواسطة منظومة معلوماتية و/أو نظام للاتصالات...». .

وفي الأخير نخلص إلى أن مقدم خدمات الانترنت هو شخص طبيعي أو معنوي يعرض تقديم خدمة إيصال العملاء إلى شبكة الانترنت[3].

الفقرة الثانية: قيام المسؤولية الجنائية لمزودي خدمة الانترنت

وعليه سنبحث هذه المسؤولية الجنائية من خلال:

1- التشريعات الغربية:

أ- التوجه الأوروبي الخاص بالتجارة الالكترونية:

لقد تضمن التوجه الأوروبي الخاص بالتجارة الالكترونية في المبحث الرابع المواد من 12 إلى 15 المنظمة لمسؤولية المؤدين المهنيين وقد أقرت نصوص هذا التوجيه عدم إلزام الوسطاء الفنيين برقابة المشروعية للمعلومات والإعلانات التي تبث عبر المواقع،

[1] – عبد الفتاح محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 474 / راجع في ذلك: الحمصي خالد خالد، عقد الخدمة المعلوماتية، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق جامعة حلب، 2015، ص 17.

[2] – قانون 09-04 مؤرخ في 14 أوت 2009 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، جرع 47 صادرة بتاريخ 16 أوت 2009.

[3] – بوخالفة حدة، المرجع السابق، ص293.

وإنما فرضت عليهم أن يصرفوا شكل مناسب لمنع الوصول إلى هذا المحتوى غير المشروع وأن المادة 1/12 أعفت مزود خدمة الانترنت إلا إذا كان هو مصدر المعلومة أو قام باختيار أو تعديل البيانات أو أعطى صلاحية التدخل لأي جهة إدارية[1].

ب- القوانين الأجنبية الداخلية:

نتيجة الاختلاف الفقهي والقضائي تدخل المشرع الفرنسي وأصدر القانون رقم 2000/719 الصادر بتاريخ 01 أوت المتعلق بتعديل أحكام القانون المتعلق بحرية الاتصالات رقم 106786 الذي جاءت مادته رقم 8/43 بقولها أن الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الذين يتعهدون مجانا أو بمقابل بالتخزين المباشر والمستمر للمعلومات وكل ما من طبيعته إمكان استقباله، فأنهم يكونون غير مسؤولين جزائيا عن مضمون هذه المعلومات أو الخدمة إلا إذا أصبحوا مختصين برقابتها وبأمر من السلطة القضائية وامتنعوا» هذا الطرح أكده القانون الصادر في 21 جوان 2004 حول الثقة في الاقتصاد الرقمي الذي خصص بعض مواده لتأطير هذه الفئة في المادة من 05 إلى 09 والتي أكدت عدم مسؤوليتهم[2].

على خلاف ذلك كان التشريع الألماني أول قانون أوروبي يحدد مسؤولية الوسطاء في الانترنت وذلك بمقتضى قانون خدمات المعلومات والاتصالات الصادر في 10 أوت 1997، حيث اهتم بتحديد الأعمال التقنية الوسيطة في مجال الانترنت وتقرير مسؤولية وسطاء الانترنت سواء من الناحية المدنية أو الجزائرية، وقد قرر في المادة 2/5 مسؤولية مستضيفي المواقع (متعهد الإيواء)[3]عن مضمون البيانات المحزنة إذا توافر شرطان هما

---

[1] – بن شهرة شول، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية، رسالة دكتورا ه علوم في الحقوق، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد .خيضر، بسكرة، 2011، ص 83،84.

[2] – بوخالفة حدة، مرجع سابق، ص294.

[3] – متعهد الإيواء: إن مصطلح الإيواء بمعناه الالكترونية الواسع، يشمل وضع الوسائل التقنية والمعلوماتية بمقابل أو بالمجان تحت تصرف العملاء ليتمكنوا من الدخول إلى شبكة الانترنت في أي لحظة بغية بث المضمون المعلوماتي للجمهور ويتولى هذه المهمة متعهد الإيواء Fournisseur d'hebergement، وهو كل شخص سواء كان طبيعيا أو معنويا يتولى تحزين التطبيقات والسجلات المعلوماتية التي يمكن المستخدم من الوصول إلى ذلك المخزون عبر الانترنت، بوخالفة حدة، المرجع السابق، ص293.

العلم بمحتويات الموقع، واستطاعة المتعهد منح نشر أو بث المضمون غير المشروع[1].

2- التشريعات العربية:

إن أغلب القوانين العربية الخاصة بالتعاملات الالكترونية لم تنظم مسؤولية وسطاء ومقدمي خدمات الانترنت بإستثناء البعض.

أ- القانون التونسي:

لقد نظم المشرع التونسي المسؤولية الجنائية لمزودي الخدمات في القانون المؤرخ في 9 أوت 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية وتركزت أساسا في ثلاث جرائم تقيم مسؤولية هؤلاء الوسطاء.

- جريمة عدم مراعاة الشروط القانونية لممارسة المصادقة الالكترونية .
- جريمة التعامل في البيانات دون ترخيص من طرف الوكالة الوطنية للمصادقة.
- جريمة إفشاء الأسرار[2].

ب- القانون الجزائري:

لقد نظم المشرع الجزائري موضوع المسؤولية الجنائية لمقدمي الخدمات من خلال نص المادتين 10 و11 من قانون 09-04 والذي ينظم نشاطهم المهني المرسوم التنفيذي 2000/307 [3]. حيث نص على جريمتين قائمتين في حق هذه الفئة.

حسب نص المادة 2/10 من القانون 09-04 "يتعين على مقدمي خدمات الانترنت كتمان سرية العمليات التي ينجزونها بطلب من المحققين، وكذلك المعلومات المتصلة بها ذلك تحت طائلة العقوبات المقررة لإفضاء أسرار التحري والتحقيق"، وبالتالي قيام جريمة إفشاء أسرار التحري والتحقيق في حق مقدمي الخدمات.

---

[1] – شنين صالح، المرجع السابق، ص 112 وما بعدها / راجع أيضا: بن شهرة شول، المرجع السابق، ص83-85.

[2] – شنين صالح ، المرجع السابق ص 130-134.

[3] – المرسوم التنفيذي 2000-307 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 98-257 المؤرخ في 25 أوت 1998، الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها، جر عدد 15 صادرة 06 أكتوبر 2000.

بالإضافة إلى ذلك جاء نص المادة 11 من قانون 09-04 ليكرس المسؤولية الجنائية لمقدمي الخدمات عن جريمة عدم حفظ المعطيات المتعلقة بحركة السير بنصها.

« ... تقوم المسؤولية الجزائية للأشخاص الطبيعيين والمعنويين عندما يؤدي ذلك إلى عرقلة حسن سير التحريات القضائية...»، وبالتالي تقوم الجريمة في حالة عدم حفظ مزودي الخدمات للمعطيات المنصوص عليها في المادة السالفة الذكر[1].

الفرع الثاني: الحماية الجنائية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية

من أهم المشكلات المعاصرة التي تواجه المستهلك اليوم المتعلقة بالمعاملات الالكترونية عبر الانترنت في إطار ما يعرف بالعقود الالكترونية باعتبارها أهم وسيلة من وسائل التجارة الالكترونية التي يغلب فيها عنصر المخاطرة نتيجة لضعف الثقة في التعامل بها وسهولة التلاعب في المعاملات التي تجري بواسطتها، مع عدم كفاية عنصر الأمان فيها[2]، باعتبار المستهلك الالكتروني[3] هو الحلقة الأضعف في هذه المعاملة، مما يستلزم أن يكون مشمول بالحماية سواء لقلة خبرته، أو لجهله بالجهة التي يتعامل معها مما يؤثر كثيرا على مراحل العملية الاستهلاكية.

أولا: الحماية الجنائية للمستهلك قبل التعاقد

من أهم الصور التي تجسد الحماية الجنائية للمستهلك قبل التعاقد مسألة بالغة الأهمية تساهم في الوصول إلى إبرام التعاقد الكتروني وهي الحماية من الإعلان التجاري الخادع.

لقد أضحى الإعلان التجاري الالكتروني أحد أهم المعالم البارزة لعصر الثورة التكنولوجية وقد حظي بالاهتمام الكبير سواء من حيث تعريفه أو بيان الأحكام التي تؤطره

---

[1] – أنظر: المادة 11 قانون 09- 04، المرجع السابق.

[2] – جبار خديجة ، عثماني نسيمه ، حماية المستهلك في ظل العقود الالكترونية، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات شهادة الماستر، تخصص إدارة أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، 2015، ص5.

[3] – المستهلك الالكتروني: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الالكترونية من المورد الالكتروني بغرض الاستخدام النهائي" مشروع القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية الجزائري المادة 05 منه .

حيث عرفه التوجيه الأوروبي 450/84الصادر في 1984/1009 بأنه: « كل شكل من أشكال الاتصالات التي تتم في مجال الأنشطة التجارية والصناعية...»[1] وعرفه المشرع الجزائري في المادة 3/3 من القانون 04-02[2].

والمادة 5 من مشروع القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية باستعمال مصطلح إشهار وليس إعلان بقوله: « كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع السلع أو الخدمات عن طريق الاتصال الالكترونية»، هذا الإعلان قد يتجاوز حدوده ليصبح خادعا، وبالتالي يجسد العمل الغير مشروع الذي يلحق ضرر بالمستهلك نتيجة الاحتيال الذي وقع فيه.

فقد توجهت التشريعات نحو تجريم المزاعم والإشارات والعروض الزائفة أو التي لها طابع التضليل أو الإيقاع في الخطأ، بالإضافة إلى الإعلان الخادع الذي له طابع التضليل المؤدي إلى الخطأ، سوءا تعلق ذلك بمحتوى المنتوج أو صفة من صفاته أو في منشأه أو في كميته أو سعره أو في النتائج المترتبة عن استخدامه.

قد اختلفت التشريعات في تحديد عقوبة النصب والاحتيال بين عقوبات أصلية وتكميلية[3].

فقد نص المشرع على تجريم الاحتيال الالكتروني وهذا من خلال نص القانون 09-04 المؤرخ في 2009/08/05، والمرسوم الرئاسي رقم 14-252[4] المؤرخ في 2014/09/08 والمتضمن التصديق على الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات المحررة بالقاهرة بتاريخ 2010/12/21[5]، إضافة إلى ما جاء به نص المادة 28 من

---

[1] – خميخم محمد، الحماية الجبائية للمستهلك في عقود التجارية الالكترونية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، علوم في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2017، ص 27.

[2] – المادة 3 من القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، المرجع السابق.

[3] – لمداوي حنان، الحماية الجنائية للمستهلك الالكتروني، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر، حقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2، 2017، ص54.

[4] – المرسوم الرئاسي رقم 14-252 المؤرخ في 2014/09/08، المتضمن التصديق على الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات المحررة بالقاهرة بتاريخ 2010/12/21، ج رع: 57 صادر بتاريخ 2014/09/28 ، ص 4.

[5] – خميخم محمد، المرجع السابق، ص129.

القانون 04-02 يمنع كل إشـــهار تضـــليلي لاســـيما إذا تضـــمن تعريفات أو بيانات أو شـكليات يمكن أن تؤدي إلى تضـليل المسـتهلك ووقوعه في غلط أو خداع[1]، ومن خلال ذلك نجد أن المشرع الجزائري قد جرم الاحتيال الالكتروني في مواضع مختلفة في محاولة منه لإعطاء انطلاقة جدية للتعاملات الالكترونية التي تسير كما سبق وأن ذكرنا بالطابع السريع والتقني في أغلب الأحيان والذي من شأنه أن يهضم حقوق الطرف الضعيف في هذه المعاملات والذي يظل دائما هو المستهلك.

ثانيا: الحماية الجنائية للمستهلك أثناء التعاقد

تتعدد صور الحماية المقررة للمستهلك في إطار عقود التجارة الالكترونية أثناء مرحلة التعاقد كونها يتم عبر شكلية الانترنت غالبا ما يستلزم تبادل وإرسال البيانات الشخصية الخاصة بالمستهلك واستعماله للطرق الحديثة في الدفع نتيجة البعد المكاني وما يحمله من أخطار.

الفقرة الأولى: الحماية الجنائية للبيانات الشخصية للمستهلك الالكتروني

إن المعاملات الالكترونية تتضمن بيانات شخصية يتم إرسالها من المستهلك إلى التاجر الالكتروني في إطار التحقيق والتأكيد على عملية البيع، وقد تكون هذه البيانات عبارة عن بيانات اسـمية أو عدة صـور في شـكل الكتروني، كما قد تشـمل مقر إقامة المستهلك وطبيعة العمل الذي يقوم به[2] ، و هذه البيانات تشكل جزء من الحياة الخاصة [3] عبر الانترنت فلا يجوز إفشاءها للغير سواء بقصد أو بدون قصد ولا يحق للباعة تداولها فيما بينهم في سـبيل الترويج لسـلع أخرى أو اسـتخدامها بعد انتهاء العلاقة التعاقدية أو الاحتفاظ بها وراء المدة المعلنة أو المحددة لغايات العلاقة التعاقدية الأولى[4].

---

[1] بن الشيخ الحسين يامنة، بن صيد منال، حماية المستهلك في التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2017، ص54.

[2] إبراهيم بختي، التجارة الالكترونية (مفاهيم واستراتيجيات التطبيق في المؤسسة)، الجزائر، 2005، ص 49.

[3] الحق في الحياة الخاصة أكد علي دستور 1996، المعدل بموجب القانوني رقم: 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 والمتضمن التعديل الدستوري، ج ر ع: 145، الصادرة بتاريخ: 07/03/2016 ، وهذا في المادة 46 منه.

[4] امدالو سهام، لحسن ليلى، حماية المستهلك الالكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص38-39.

وهذه التجاوزات دفعت بالتشـريعات في مجال التجارة الالكترونية إلى وضـع نصـوص قانونية من شـأنها حماية المعلومات والبيانات الشـخصـية للمتعامل الالكتروني (المسـتهلك الالكتروني[1]، في محاولة لخلق ثقة في التجارة الالكترونية والبيئة الرقمية لتوفير جو آمن لهذه البيانات من الاحتراق والسـرقة ومن تم إسـاءة اسـتعمالها ووجود مثل هذا الجو، يؤثر إيجابا على هذه التجارة ويدفع الأشخاص للتعامل فيها[2].

1- في القوانين المقارنة:

تركز التشريعات والأنظمة الوضـعية على ضـرورة احترام خصـوصـية الفرد ويعتبر العبث لهذه المعلومات سـواء كان محزن في جهاز الحاسـوب أو البريد الالكتروني انتهاكا لخصـوصـيته وهذه البيانات تكون محل اعتبار بما فيها التشـريعات المقارنة كدليل الأمم المتحدة لعام 1990 والمتعلق استخدام المعالجة الآلية للبيانات الشخصية ومعاهدة مجلس أوروبا الخاصـة بحماية الأشـخاص من مخاطر المعالجة الآلية للبيانات الشـخصـية لسـنة 1980 السارية المفعول سنة 1985[3].

كما جاء المشـــرع الفرنســـي بنصـــه في المواد 226 /6او 24/226 من قانون العقوبات الفرنســـي الجديد ونص على بعض الجرائم التي قد تلحق البيانات الشـــخصـــية للمستهلك في إطار عقود التجارة الالكترونية والتي جاءت كتعديل الجرائم البيانات الاسمية في قانون 78-17 في المواد 41، 44، 46، والتي تعرضـت أسـاسـا إلى جريمة معالجة البيانات الاسمية لأشخاص مصنفين، وجريمة حفظ بيانات اسمية خارج المدة المحددة، و جريمة الانحراف عن الغرض من المعالجة الآلية للبيانات الاسمية والإفشـاء الغير مشروع للبيانات الاسمية[4].

---

[1] – عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 70.

[2] – جبار خديجة ، عثماني نسيمة ، المرجع السابق، ص 38.

[3] – د أسامة أبو الحسن مجاهد .التعاقد عبر الإنترنت .دار الكتب القانونية .مصر .الطبعة. 2005 ، ص109، 110 أنظر أيضا : جبار خديجة ، عثماني سمية ، المرجع السابق، ص40.

[4] – خميخم محمد، المرجع السابق، ص149 وما بعدها/ انظر في ذلك، عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية، المرجع سابق، ص74/ شنين صالح ، المرجع السابق، ص 188.

2- في القانون الجزائري:

رغم أن المشـرع الجزائري لم يفرد حماية خاصـة للبيانات الشـخصـية في معاملات التجارة الالكترونية عكس نظيره التونسـي الذي كان من السـباقين في ذلك إلا أنه أشـار بطريقة غير مباشرة سواء من خلال نصوص المتعلقة بالمعالجة الآلية للمعطيات من جهة أو من خلال النصوص القانونية المتعلقة بحماية الحياة الخاصة[1].

أ-من خلال النصوص المتعلقة بالمعالجة الآلية للمعطيات:

تولى المشـرع الجزائري توفير الحماية الجنائية العامة للبيانات الشـخصـية الالكترونية في إطـار قـانون العقوبـات بموجـب القـانون 04-15 المتعلق بجرائم المعـالجـة الآليـة للمعطيات من خلال[2]:

- جريمة التجميع أو الاتجار أو نشـــر معطيات محزنة أو معالجة منظومة معلوماتية: هذه الجريمة من شـأنها أن تقع على البيانات الشـخصـية للمسـتهلك الالكتروني وحتى تقوم لابد من توافر أركانها المادي بارتكاب الجاني لفعل أو أكثر من الأفعال المذكورة في نص المـادة 394 مكرر 2[3] على المعطيـات المحزنـة أو المعـالجـة عن طريق منظومة معلوماتية، والمعنوي بتوافر عنصـــري العلم والإرادة لدى الجاني كونها جريمة من الجرائم العمدية[4] .
- جريمة الحيازة أو الإفشاء أو الاستعمال للمعطيات المتحصل عليها:تشمل هذه الجريمة في حيازة أو إفشـاء أو استعمال المعطيات المتحصـل عليها من طرف التاجر الذي قد يحيد عن الاستعمال المشروع لها وكغيرها من الجرائم وجب توافر ركنيها المادي الذي يتمثل في القيام بفعل أو أكثر من الأفعال المنصـــوص عليها في الفقرة الثانية من

[1] – خميخم محمد، المرجع السابق، ص 172.

[2] – شنين صالح ، المرجع السابق، ص198.

[3] – انظر المادة 399 مكرر2 من القانون 04-15.

[4] – شنين صالح ، "الحماية الجنائية لبرامج الحاسوب في التشريع الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، ع 01، كلية الحقوق جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2010، ص 69.

المادة السالفة الذكر التي يمكن أن تقع على البيانات الشخصية للمستهلك الالكتروني والمعنوي بتوفر القصد الجنائي العام بعنصريه العلم والإرادة[1].

ب- من خلال نصوص حماية الحياة الخاصة للأفراد :

لقد جاء المشرع الجزائري بحماية جنائية خاصة أيضا للبيانات الالكترونية الشخصية في إطار قانون العقوبات بموجب المواد 303 مكرر إلى المادة 303 مكرر 5 والتي تناول جريمتين أساسيتين الأولى تتمثل في جريمة المساس بحرمة الحياة الخاصة حسب نص المادة 303 مكرر[2] من خلال التقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحاديث خاصة سرية أو صورة شخص بعدم رضاه مع توفر القصد الجنائي العام المتمثل في العلم والإرادة، أما الجريمة الثانية فهي جريمة التعامل بالأشياء المتحصل عليها من الجرائم السابقة وتناول المشرع هذه الجريمة في المادة 303 مكرر 1 من خلال نصه على قيام هذه الجريمة في حالة استعمال أو إيداع أو الاحتفاظ بالأشياء المتحصل عليها من الجرائم السابقة في المادة 303 مكرر[3].

لكن المشرع من جهة أخرى أورد استثناءات شأن بعض الجرائم كجرائم الفساد، بحيث سمح قانون مكافحة الفساد بالتنصت واستعمال الأجهزة الالكترونية لسماع المحادثات الدائرة بين الموظف والأشخاص الآخرين دون علمه، إضافة إلى إمكانية اللجوء إلى إجراء التسرب حسب المواد 65 مكرر 11 إلى 65 مكرر 18 من قانون مكافحة الفساد 06-01[4].

الفقرة الثانية: الحماية الجنائية لوسائل الدفع الخاصة بالمستهلك الالكتروني

لقد ساهمت المعلوماتية كما رأينا في تغير محل التجارة الالكترونية ووسائل تحقيقها حيث تم استبدال الوثائق التقليدية المكتوبة بالوثائق الالكترونية، وتضاءل دور النقود

---

[1] خميخم محمد، المرجع السابق، ص 174.

[2] راجع المادة 303 مكرر 2، 3 قانون العقوبات.

[3] شنين صالح ، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 199 وما يليها.

[4] القانون06-01المؤرخ في 20 أفريل 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ج.ر.ع :14مؤرخة 08 مارس 2006.

الورقية أمام ازدهار الدفع الالكتروني التي يثير استعماله من أجل الوفاء بقيمة السلع والخدمات عدة مشاكل باعتبار الوفاء تم في فضاء الكتروني[1].

فتعدد الطرق التي يتم بها الاعتداء على وسائل الدفع الالكترونية الخاصة بالمستهلك وهذا بهدف الحصول على بياناتها من طرف القراصنة واستخدامها فيما بعد للحصول على أموال المستهلك صاحب البطاقة بصورة مشروعة وأهمها:

1- طرق الاعتداء على وسائل الدفع الالكترونية: ومن أهم الأساليب وأبرزها:

أ- **أسلوب الخداع الالكتروني:** يقوم بإنشاء مواقع وهمية على شبكة الانترنت على غرار مواقع الشركات الأخرى ويظهر وكأنه موقع أصلي يقدم الخدمة[2]، ويكمن الخطر الحقيقي في كون الموقع يستقبل جميع المعاملات التي يقدمها الموقع الأصلي على الشكلية لأغراض التجارة وبالطبع أغلب هذه المعاملات يعتمد على البطاقات الالكترونية مما يعني الحصول على المعلومات الخاصة بتلك البطاقات ومن جهة أخرى يستقبل هذا الموقع الوهمي كافة الرسائل الالكترونية الخاصة بالموقع الأصلي والاضطلاع عليها والاستفادة الغير مشروعة من المعلومات الموجودة بها على نحو يضر بأصحاب المواقع الأصلية ويزعزع الثقة بالتجارة الالكترونية[3].

ب- أسلوب التصيد الالكتروني (1) (phishing electronique)[4]: أخذت هذه التسمية من كلمة **Fishing** والتي تعني صيد السمك ويعتبر من أحدث الأساليب المستخدمة في جرائم الهاكرز، ويقوم هذا الأسلوب على نسخ موقع من مصدر موثوق به مثل مصرف أو مؤسسة مالية ثم يقوم المحتالين بإرسال وصلة إلى موقع الكتروني آخر مخادع يطلبون فيه بعض البيانات ويقوم المستهلكين بالرد على تلك الوصلات مقدمين

---

[1] – ابن الشيخ الحسين يامنة، بن صيد منال، المرجع السابق، ص 64.

[2] – خميخم محمد، المرجع السابق، ص 184.

[3] – مزيان أميرة، نويوة عائشة، التجارة الالكترونية والجرائم الواقعة عليها، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون عقوبات والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2017 ، ص62.

[4] تعريف التصيد الالكتروني: هو شكل من أشكال الاحتيال الالكتروني بغرض الحصول على المعلومات السرية الخاصة بالضحايا متوفر على موقع https://www.e-juristes.org/le-phishin-comporantes-et-sa ، آخر تصفح : 2022/05/15، على الساعة: 19:45.

تلك المعلومات ليتم اســـتخدامها بعد ذلك من قبل أولئك المحتالين في فتح حســـابات مصرفية أو شراء سلع غالية[1].

ج- أسلوب الاختراق : وهو اختراق غير مشروع لمنظومة خطوط الاتصال العالمية، التي تربط جهاز الكمبيوتر للمشــتري مع جهاز التاجر ويعد القائم بالاختراق بمثابة المتصــنت على مكالمة هاتفية، وبالتالي يمكن الحصـول على جميع البيانات لهذه البطاقة الالكترونية الخاصة بالعميل، وأسلوب الاختراق تتبعه معظم العصابات التي تضم مجرمي البطاقات[2].

2- تكريس الحماية القانونية الجنائية لوسائل الدفع:

لقد شـرعت العديد من الدول نتيجة التحول الحاصـل في مجال المعاملات التجارية عن طريق الدفع الالكتروني في ســن تشــريعات داخلية تعاقب على الإخلال بمبدأ حســن النية في عمليات الوفاء الالكترونية لحماية الدفع الالكتروني من مختلف المخاطر التي تمســه، حيث حاولت فرنســا ســن أول قانون مســتقل لحماية المعلوماتية من خلال قانون العقوبات 1985، غير أنه لم يستجب إلى التطلعات المرجوة فعدل بالقانون الصـادر سنة 1986 حول الغش المعلوماتي حيث تم فتح المجال الإدراج باب ثالث تحت عنوان الجرائم المعلوماتية الذي أدخل صـور الاستعمال غير المشروع لبطاقات الدفع الالكترونية كالتقليد والتزوير، إلى جانب ذلك تم ســن العديد من القوانين لتدعيم هذه الحماية من أبزرها قانون 2001/1068 المتعلق بالحماية الدائمة والتي أدخلت في قانون النقض الفرنســـي لأجل ضمان حماية الدفع الالكتروني.

أما في الجزائر فقد تأخر المشـــرع الجزائري في وضـــع قانون لحماية وســـائل الدفع الالكترونية إلى أن صدر قانون 03-05[3] المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة كأول

[1] مزيان أميرة، نويوة عائشة، مرجع سابق، ص 63.

[2] خميخم محمد، مرجع سابق، ص 184.

[3] أمر 03/05 مؤرخ في 9 جويلية 2003، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج ر رقم: 44 صادرة في 23 جويلية 2003.

نص للحماية من الجريمة الالكترونية الذي جاء في نص مادة الرابعة التي تعاقب الاعتداء على الخدمات المحمية في إشارة إلى برنامج الحاسوب[1].

هذا دون أن ننسى ما جاء به تعديل قانون العقوبات 06-83 في المواد 394 مكرر إلى 394 مكرر 7 المتعلقة بالمعالجة الآلية للمعطيات والمواد التي تعاقب على جريمة التزوير 214 إلى 229 ق.ع والسرقة م 358 ق.ع ونصت المادة 372 ق ع وخيانة الأمانة المادة 376 التي تأخذ نفس الحكم على بطاقات الدفع حسب الفقهاء[2].

كما نجد في المنظومة القانونية الجزائرية حماية أخرى لوسائل الدفع من خلال نص النظام 07/05[3] المتعلق بأمن أنظمة الوفاء حيث تقوم فكرة أمن أنظمة الدفع على ضمان البنية التحتية للنظام ووسائل الدفع المختلفة، بعدما جاء القانون 04/09 المتعلق بالقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها الذي أنشأ هيئة وطنية للرقابة من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها وحولها صلاحية تنشيط وعمليات الوقاية من هذه الجرائم، بالإضافة إلى تبادل المعلومات مع نظيراتها في الخارج بهدف جمع كل المعطيات اللازمة للتعرف على مرتكبي هذه الجرائم"[4].

ثالثا: حماية المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد الالكتروني

إن الحماية الجنائية للمستهلك الالكتروني لا تتوقف عند مرحلة إبرام العقد بل تتعداها إلى مرحلة التنفيذ لتشمل بالخصوص عمليات التوقيع وحماية محل السلعة المتعاقد عليها أو الخدمة من الغش التجاري أو الصناعي.

---

[1] – بلحارث ليندة، الحماية القانونية لوسائل الدفع الالكترونية، مداخلة في الملتقى الوطني الثامن حول آلية تفعيل وسائل الدفع الحديثة في النظام المالي والمصرفي الجزائري، يومي 13-14 مارس 2017، الجزائر، ص4.

[2] خشة حسيبة، وسائل الدفع الحديثة في القانون الجزائري ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص .قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016 ، ص 110 وما يليها.

[3] نظام 05/07 مؤرخ في 28 ديسمبر 2005، يتعلق بأمن أنظمة الوفاء: ج، ر رقم : 37 صادرة بتاريخ 4 جويلية 2005.

[4] – بلحارث ليندة، المرجع السابق، ص 6، 7/ أنظر أيضا: مزيان أميرة، نويوة عائشة، المرجع السابق، ص66.

الفقرة الأولى: الحماية الجنائية للتوقيع الالكتروني للمستهلك

إن أســاس حماية التوقيع الالكتروني يكون في اشــتراط بعض الشــروط لهذا التوقيع وتجريم بعض الأفعال المتعلقة بذلك فالمســتهلك عندما يتعاقد الكترونيا يقوم بذلك من خلال الأدوات الالكترونية، وبالتالي فإن التوقيع الذي يقوم به يجب أن يكون محميا حتى تتوافر الثقة في التعاقد[1].

ولقد نصــت معظم التشــريعات المقارنة على الحماية الجنائية للتوقيع الالكتروني باعتبارها تلك الآلية القانونية التي تخلق الثقة والاطمئنان في المعاملات بالرغم من الاختلاف في الأفعال المجرمة التي تلحق هذا التوقيع الالكتروني للمســتهلك على غرار جريمة تزوير التوقيع الالكتروني الذي نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 44 من قانون العقوبات الفرنسي والتشريع المصري في نص المادة 23، وجريمة التلاعب ببيانات التوقيع الالكتروني والتي عاقب عليها المشرع الفرنسي في المادة **323 ق ع ف**[2].

وبالرجوع إلى القانون الجزائري فالمشــرع من خلال القانون 15-04 تدخل مرة أخرى بعد سلسلة من القوانين التي حاول من خلالها التصدي لهذا النوع المستحدث من الجرائم والاعتداءات الحاصــلة على عملية التوقيع الالكتروني، وهو ما يتوجب علينا محاولة الإشــارة إلى صــور الحماية المقررة وفقا للقواعد العامة، في إطار قانون العقوبات ومعرفة صــور الحماية المقررة وفقا للقانون 15-04، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين.

1- صور الحماية الجنائية المقررة في قانون العقوبات: قبل صدور القانون 15-04 لم ينظم المشــرع الجزائري التوقيع الالكتروني ولم يحظى بحماية خاصــة على غرار نظيره الفرنســي مما جعل حمايته تخضــع للقواعد العامة المقررة في قانون العقوبات حيث يرجع إلى أصــل المادة 394 مكرر و 394 مكرر 1 اللتان تعاقبان على الاعتداء على النظام المعلوماتي للتوقيع الالكتروني، وجريمة إتلاف التوقيع الالكتروني على التوالي في إطار الفصل السابع المتعلق بالجرائم الماسة بالمعالجة الآلية للمعطيات.

[1] – الشيخ الحسين يامنة، بن صيد نوال، المرجع السابق، ص 67.

[2] – خميخم محمد، المرجع السابق، ص 223، 224 / بن شهرة شول، المرجع السابق، ص 141 وما بعدها.

والجدير بالذكر أن المشـــرع الجزائري لم يتعرض لجريمة مهمة في هذا الإطار وهي جريمة التزوير المعلوماتي للتوقيع الالكتروني وهو ما أثار جدال كبير حول مسـألة تطبيق النصـوص التقليدية عليه بين مؤيد ومعارض[1]،إلى أن صـدر المرسـوم الرئاسـي14-252[2] بعد مصـــادقة الجزائر على الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، حيث جاءت المادة 10 منه لتقضـــي على هذا الجذل و تعز التزوير الذي يقع بواسـطة التقنية الحديثة على التوقيع الالكتروني وتطبيق العقوبات المقررة لذلك[3].

2- صور الحماية الجنائية المقررة في القانون 15-04:

بالرجوع إلى القانون 15-04 أقر المشـــرع حماية التوقيع والتصـــديق الالكتروني من خلال تعداد مختلف الجرائم رغم أنـه لم يعتمد أي تصـــنيف لهذه الجرائم إلا أن القراءة المتأنية لهذه النصـــوص والجرائم المتضـــمنة لها تميز بين تلك التي تلحق مؤدي خدمات المصادقة، كجمع البيانات الشخصية للموقع واستخدامها في غير الغرض المخصص لها، أو التي تلحق بطلب الخدمة الالكترونية كجنحة حيازة أو إفشـاء أو اسـتعمال بيانات توقيع موصـوفة خاصـة بالغير والتي تخضـع لعقوبات مختلفة تتراوح بين الحبس والغرامة حيث ترك السلطة التقديرية القاضي الموضوع في ذلك[4].

الفقرة الثانية: الحماية الجنائية للمستهلك من الغش التجاري والصناعي

إن الغش التجاري والصـــناعي الذي قد يتعرض له المســـتهلك في نطاق المعاملات المدنية في مضـمون السـلعة أو الخدمة، هو نسـه الذي يتعرض له في حال ما إن تم إبرام العقد بطريق الكتروني حيث يكون أبكر في ظل انعدام المعاينة للسلعة محل العقد[5].

---

[1] الرقط عزيزة ، "الحماية الجنائية للتوقيع والتصديق الالكتروني في التشريع الجزائري"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائري، 2017، ص 112، 116.

[2] مرسوم رئاسي 14-252 مؤرخ في 8 ديسمبر 2014، يتضمن التصديق على الاتفاقية العربية لمكافحة الجرائم بغية المعلومات المحررة بالقاهرة، بتاريخ 21 ديسمبر 2010، ج ر ع 57 صادر في 28 سبتمبر 2014.

[3] الرقط عزيزة، المرجع السابق، ص 117.

[4] الرقط عزيزة، المرجع السابق، ص118 وما يليها، خميخم محمد، المرجع السابق، ص 218 وما يليها .

[5] -خميخم محمد ، المرجع السابق،، ص247.

ولم تتعرض أغلب التشـــريعات التعريف الغش التجاري والصـــناعي و هذا بالرغم من تجريمه والنص على كافة صوره وأنواعه والمشرع الجزائري لم يعطي تعريف الجريمة الغش المنصـــوص عليها في المادة 70 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المســـتهلك وقمع الغش التي أحالت في مجال العقاب إلى المادة 431 ق ع ج، على عكس القضـــاء الفرنسي وتحديد محكمة النقض الفرنسية التي ع رفته على أنه " كل لجوء إلى التلاعب أو المعالجة غير المشروعة التي لا تتفق مع التنظيم وتؤدي بطبيعتها إلى تعريف المنتوج".

ويمكن لهذا التعريف الإنقاص من خواص البضـــاعة أو إخفاء عيوبها وإعطائها شـــكل ومظهر آخر وهو ما ينصب كذلك على الخدمة باعتبارها منتوج حسب قانون العقوبات[1] .

ومنـه نقول أن الغش يقوم على ركنين مـادي و معنوي[2] فـالركن المـادي هو ارتكـاب الفعل أو الشروع فيه طبقا لما حددته المادة 70 ق 09-03 والمادة 431 ق م، أما الركن المعنوي فهو انحراف أراده الفاعل إلى تحقيق الواقعة الجنائية وبذلك تتخذ هذه الجريمة صور متعددة كالخلط والإنقاص أو الإضافة أو الغش في الصناعة وتخضع هذه الجريمة إلى العقوبات المنصوص عليها في المواد 431 إلى 435 بموجب الإحالة من المادة 70 ق 09-03 بعقوبات أصلية إضافة إلى عقوبات تكميلية جاء بها قانون حماية المستهلك[3].

[1] لمداوي حنان، المرجع السابق، ص6.

[2] ابن شعاعة حليمة، الحماية الجزائية للمستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر، تخصص قانون عام للأعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2013، ص 12 وما يليها.

[3] – لمداوي حنان، المرجع السابق، ص 10 وما بعدها.

الفصل الثاني:

القانون الواجب التطبيق على المعاملات التجارة الالكترونية

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على المعاملات التجارة الالكترونية

إن من أهم أســـباب ظهور وانتشـــار التجارة الالكترونية هي تلك الثورة العلمية والتكنولوجية إلا أن الواقع العملي قد أظهر وجود مشـكلات عديدة في التعامل التجاري الذي يتم بطريقـة الكترونيـة، والتي من بينهـا تحـديـد القـانون الواجـب التطبيق على المعـاملـة الالكترونية، خاصـة وأن معاملات التجارة الالكترونية تتضـمن غالبا عنصـر أجنبي باعتبارها من العقود الدولية في معظم الأحيان، وهو ما يدفعنا للبحث في صـــلب هذه المشـــكلة من خلال التطرق إلى مدى صـــلاحية قواعد الإســـناد التقليدية للتطبيق على معاملات التجارة الالكترونية، ومدى الحاجة للقواعد المادية للتجارة الالكترونية.

المبحث الأول: تطبيق قواعد الإسناد التقليدية

تشتمل قاعدة التنازع الخاصـة بعقود التجارة الدولية على أكثر من ضـابط اختيار، فيطبق الاختيار الرئيســـي المتمثل في الإســـناد الشـــخصـــي (فرع أول)، فإن انعدم تم اللجوء إلى الضوابط الأكثر صلة وهي الإسناد الموضوعي (فرع الثاني) أو الإسناد المرن (فرع الثالث).

المطلب الأول: إخضاع العقد لقانون الإرادة

ويســـمى أيضـــا بمبدأ ســـلطان الإدارة[1] في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية بصفة عامة، وفي عقود التجارة الدولية بصفة خاصة، ويقوم مبدأ سلطان الإرادة على **فكرتين أساسـيتين:** الأولى أن كل الالتزامات ترجع في مصـدرها إلى الإرادة الحرة للأطراف والثانية أن أثر الإرادة لا يقتصـــر على إنشـــاء الالتزام، بل تعتبر الإرادة المرجع الأعلى فيما تنتجه هذه الالتزامات من آثار[2].

[1] – عيد عبد الحفيظ، مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005، ص20.

[2] المنزلاوي صالح، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 257.

الفرع الأول: مدى إعمال مبدأ سـلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارية الالكترونية.

سـنوضـح في هذه الفقرة مضـمون هذا المبدأ (أولا)، ثم نتطرق إلى موقف الأنظمة القانونية من هذا المبدأ (ثانيا)، ثم نحاول تبيان كيفية إعمال هذا المبدأ (ثالثا).

الفقرة الأولى: مضمون قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الالكترونية

يقصد بمبدأ سلطان الإرادة بصفة عامة الأساس والمصدر لإنشاء الحقوق والالتزامات المترتبة عن العقد، أو هي قدرة المتعاقدين وحريتهم في خلق قانونهم الخاص ليكون المرجع القانوني لجميع مراحل سير العملية التعاقدية، كما يعد أيضا أساس لتنفيذ ما يترتب عن العقد من آثار قانونية[1].

وتجدر الإشارة إلى أن الاختلاف الفقهي حول المقصود بقانون الإرادة قد تمخض عنه ثلاثة اتجاهات نوجزها كالآتي[2]:

الاتجاه الأول: يضـيق من نطاق هذا القانون ويقصـره على القوانين الوطنية الصـادرة عن دولة معينة تتمتع بهذا الوصف طبقا لأحكام القانون الدولي العام. ويأخذ على هذا الاتجاه أن تبنيه يؤدي إلى تطبيق حلول وطنية وضـعت أسـاسـا من أجل العقود الداخلية على عقود التجارة الالكترونية والتي تعتبر في معظم الأحيان دولية.

الاتجاه الثاني: ويوسـع من نطاق هذا القانون، فحسـبهم فإن للمتعاقدين الحرية الكاملة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم، بحيث لا تقف الحدود الوطنية عائقا في وجه اختيارهم، فيجوز إسـناد العلاقة العقدية لقواعد ذات صـيغة عالمية مثل القواعد العرقية التي نشـأت واسـتقرت بين الجماعات العاملة في مجال التجارة الالكترونية. لكن اتفق هذا الرأي لإطلاق حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على نحو قد يؤدي إلى الغش نحو القانون أو الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين التي ترتبط ارتباطا وثيقا.

[1] خليفي سمير، حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، تخصص: قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010، ص21.

[2] المنزلاوي صالح، مرجع سابق، ص 269 وما بعدها.

الاتجاه الثالث: وهو اتجاه وسـط لا يميل إلى اتجاه من الاتجاهات السـابقة، بل تتبين فكرة مؤداها أن للأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب معها إلى الغش نحو القانون frande a la loi أو الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين المختارة.

الفقرة الثانية: الاعتراف بمبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية

يعتبر مبدأ سـلطان الإرادة من المبادئ الأسـاسـية والمسـتقرة في أغلب التشـريعات الوطنية، إذ لا تكاد تخلو من النص على تطبيق القانون المختار على موضـوع النزاع، من حيث تكريس حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق[1]، والمشرع الجزائري كرس هذا الاختيار بموجب المادة 18 من التقنين المدني، والتي تنص على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد".

وبالإضـافة إلى القانون الجزائري هناك عدة قوانين مقارنة كرسـت هذا المبدأ "[2]، ومن بين التشـريعات التي تبنت هذا المبدأ نذكر منها القانون الدولي الخاص الفنزويلي في مادته 29، وكذلك القانون الدولي الخاص التونسـي في مادته 62، وكذا القانون المدني المصـري في مادته 19، فكل هذه العينة من التشـريعات قد تبنت مبدأ سـلطات الإرادة في تشـريعاتها الداخلية[3].

الفقرة الثالثة: كيف يمارس الأطراف الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني

كما سبق وأسلفنا فقد أصبح من الثابت في القانون الدولي الخاص وفي إطار العقود الدولية والتي تعتبر عقود التجارة الالكترونية من ضـمنها، أن الأطراف العقد تحديد القانون الذي سـوف يخضـع له عقدهم الالكتروني الدولي، وهذا التحديد قد يكون صـريح أي بالنص عليه صراحة في العقد، أو يكون ضمنيا يستشف من ظروف التعاقد وحيثياته.

---

[1] خليفي سمير، مرجع سابق، ص 22.

[2] – سيني مخالفية نور الدين، القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2013، ص 13.

[3] – المنزلاوي صالح، مرجع سابق، ص 264.

1-الاختيار الصريح للقانون واجب التطبيق على معاملات التجارة الالكترونية

يشـــير اســـتقراء الواقع في مجال التجارة الالكترونية، أن العقود الخاصـــة بالمراكز التجارية الافتراضية، وبصفة خاصة في العقود الأمريكية تحرص على تنظيم مسألة القانون الواجب التطبيق على العقد.

كما أنه صـــار من المألوف في مجال التجارة الالكترونية وجود عقود نموذجية يدرج فيها نبد يحدد بموجبه الأطراف القانون الذي يخضـــع له عقدهم، وهو ما درج الفقه على تسميته بشرط الاختصاص التشريعي **clause de a competence legislative**، ويخضع كل عقد للقانون المنصوص عليه فيه دون اشتراط وجود أية صلة حقيقية أو جادة بين القانون المختار والعقد[1]، ومثال ذلك العقد النموذجي للتجارة الالكترونية الذي وضـــعته غرفة التجارة والصـــناعة بباريس في 30 أفريل عام 1998 ليحكم المعاملات التي تتم بين المهنيين والمســـتهلكين، إذ ينص أحد بنوده على أن القانون واجب التطبيق هو القانون الفرنســـي، بصـــرف النظر عن جنســـية المتعاقدين أو موطنهم أو محل إبرام العقد أو محل تنفيذه[2]. ولكن ذلك لا يســـتبعد أن يطبق القاضـــي الأجنبي، الذي قد يرفع المســـتهلك الذي ينتمي إلى بلد أجنبي الدعوى أمامه، قانونا أمرا يحقق له حماية أكثر[3].

2-الاختيار الضمني للقانون واجب التطبيق على عقود التجارية الالكترونية:

قد يغفل الأطراف على تحديد القانون الذي يحكم عقدهم بصـورة صـريحة ولكن ومن ملابســـات وحيثيات وظروف إبرام العقد يمكن اســـتخلاص اتجاه إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وهو ما يسمى بالإرادة الضمنية.

وقد استقر الفقه والقضاء على وجود عدة قرائن تدل على الإرادة الضمنية بخصوص قانون العقد، حيث يجمع القضـاء بين أكثر من مؤشـر أو علامة لاسـتنباط نية المتعاقدين، ومن أمثلتها إدراج نص في العقد يجعل الاختصـــاص بشـــأن المنازعات المتعلقة به من

[1] بن غرايبي سمية، عقود التجارة الالكترونية ومنهج تنازع القوانين، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع: "قانون التعاون الدولي"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص 97.

[2] المنزلاوي صالح، مرجع سابق، ص 283.

[3] بن غرايبي سمية، مرجع سابق، ص 97.

اختصـاص محاكم دولية معينة[1]، أو يتم إبرام عقد مرتبط بعقد آخر سـبق إبرامه، وكم اختيار القانون الواجب التطبيق فيه، كذلك مثال آخر حيث يمكن اســـتخلاص اتجاه إرادة الأطراف من اللغة التي حرر بها العقد أو بالعملة التي تم الاتفاق على الوفاء بها[2].

الفرع الثاني: الصـعوبات التي تواجه إعمال مبدأ سـلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارية الالكترونية والقيود الواردة عليه.

يعتبر مبدأ ســـلطان الإرادة أحد المبادئ الأســـاســـية التي أخذت بها أغلب القوانين والتشـريعات الوطنية بالإضـافة إلى عديد الاتفاقيات الدولية، ورغم هذه المسـاندة التي حظي بها المبدأ في مجال التجارة الدولية، لم تكن نفسـها عند تطبيقه في مجال التجارية الالكترونية إذ واجهته عدة إشـكالات وصـعوبات (أولا)، بالإضـافة إلى أن هذا المبدأ وحتى في الأنظمة التي تبنته قد أوردت عليه بعض القيود ولم تتركه على إطلاقه (ثانيا).

الفقرة الأولى: صـعوبات تطبيق مبدأ سـلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في مجال التجارية الالكترونية

وتظهر هذه الصـعوبات سـواء عند التحديد الصـريح أو عند التحديد الضـمني للقانون الواجب التطبيق في مجال التجارة الالكترونية[3].

ففي **الصــورة الأولى** (عند الاختيار الصــريح) تظهر هذه الصــعوبات خاصــة تلك المتعلقة بالتحقق من الوجود الحقيقي للإرادة في التعاقد من الطرفين[4].

[1] صفاء فتوح جمعة فتوح، منازعات عقود التجارة الالكترونية بين القضاء والتحكيم، آليات فض المنازعات، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013، ص88.

[2] سيني مخالفية نور الدين، مرجع سابق، ص17.

[3] خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 310.

[4] خليفي سمير، المرجع السابق، ص33.

وهذا إذا أخذنا بعين الاعتبار الوسط التكنولوجي التي تتم فيه هذه المعاملات الالكترونية والإشكاليات التي يثيرها استخدام الوسائط الالكترونية في التعبير عن الإرادة والأخطاء التي قد تسببها هذه الوسائط كالخطأ في التعاقد عبر الانترنت[1].

وقد يصادف أن القانون الذي اختاره الأطراف لتأطير عقدهم لا ينظم العمليات الالكترونية كعدم اعترافه بصلاحية العقود التي تعتمد على الكتابة الالكترونية والتوقيعات الرقمية[2].

أما في الصورة الثانية (عند الاختيار الضمني) فإن مرجع الصعوبة في تفسير اتجاه إرادة المتعاقدين إلى تحديد قانون معين يأطر معاملتهم في مجال عقود التجارة الالكترونية يعود إلى:

– صعوبة الاعتماد على اللغة التي حرر بها العقد في تفسير تلك الإرادة.

– كذلك لا يمكن الاعتماد على العملة التي يتم الوفاء بها بعد أن أصبح مقابل الخدمة أو السلعة يؤدي بطريقة آلية عن طريق تحويل النقود الكترونيا.

– بالإضافة إلى صعوبة القول بأن القانون الذي اتجهت إرادة الأطراف إليه هو قانون الدولة التي يوجد بها مقر المحكمة التي تنظر في النزاع، وهذا يعود إلى أنه لا تلازم بين الاختصاصين القانوني والقضائي هذا من جهة، ومن جهة أخرى ومع التطور الهائل في مجال الاتصالات فإنه يمكن أن يكون موقع المحكمة موجودا على شبكة الانترنت[3].

الفقرة الثانية: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في عقود التجارة الالكترونية

صحيح أن الأصل في العقود الالكترونية هو إعمال مبدأ سلطان الإرادة، وهو ما يعني الاعتداء بالقانون الذي أشارت إليه إرادة الأطراف، ولكن هناك بعض الاستثناءات وبعض القيود التي تفرض وتحد من هذا الاختيار، مما ينتج عنه استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف وتطبيق قانون قد لا يخدم مصلحة المتعاقدين، ولكنه من جهة أخرى يخدم

[1] ترتبط مسألة الخطأ والغلط في التجارة الالكترونية ارتباطا وثيقا باستخدام النظم الحاسوبية المؤتمتة، وهو الموضوع الذي لم يتطرق إليه القانون النموذجي لعقود التجارة الالكترونية إلا أن التشريعات الموحدة الصادرة مؤخرا قد تطرقت لهذا الموضوع من بينها القانون الكندي الموحد بشأن التجارة الالكترونية في مادته 22.

[2] خليفي سمير، مرجع سابق، ص36.

[3] المنزلاوي صالح، مرجع سابق، ص 288 وما بعدها.

المصـــلحة العامة، وهذا في إطار اســـتبعاد القانون من أجل مخالفته للنظام العام، وهناك حالات أخرى يتم استبعاد القانون المختار الحماية مصلحة أحد المتعاقدين والذي قد يتسمم ببعض الضعف في العلاقة التعاقدية.

1-استبعاد قانون الإرادة لمخالفته للنظام العام:

إن فكرة النظام العام من الثوابت في الفكر القانوني الكلاسيكي، باعتباره من الضوابط التي تحد من الحرية التعاقدية، وتتمثل في مجموعة من القواعد الآمرة التي يلتزم بها الأطراف، والتي تكيف على أنها من النظام العام، هذا الأخير يختلف مفهومه باختلاف نطاقه، يحث ينقسم إلى نظام عام داخلي ونظام عام دولي[1]، لكن ما يشكل نوعا من اللبس، هو مدى خضـــوع عقود التجارة الالكترونية إلى قواعد النظام العام، مع العلم أن هذا الأخير ينقســـم إلى نظام عام داخلي ونظام عام دولي بمعنى أنه يتصـــل بالنطاق الجغرافي والذي يتلاشى أمام التجارة الالكترونية العبارة للحدود مما يؤدي إلى اتساع مفهوم النظام العام الذي تخضع له عقود التجارية الالكترونية، وهو ما أحدث انقسام بين الفقه بين من يرى ضرورة خضوع العقد الالكتروني للنظام العام الداخلي، وآخر قائل بخضوع العقد الالكتروني للنظام العام الدولي[2].

أ-خضوع العقد الالكتروني للنظام العام الداخلي:

يشير البعض أن رسم حدود فكرة النظام العام للمجتمع الالكتروني لن تكون مستقلة عن النظام العام الداخلي، بل إنها تستمد بعض المبادئ منها والتي تجد مجالا للتطبيق على العقود الالكترونية، بل يذهب البعض أبعد من ذلك بالقول أن كل عقد الكتروني، يمس بالنظام العام الداخلي لأي دولة يحق لها إبطاله[3]، ولكن هناك مشـــكلة وتتمثل في أن العقد

[1] عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: قانون التعاون الدولي، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية، معهد الحقوق جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2012، ص 116.

[2] عتيق حنان، المرجع نفسه، ص118.

[3] المنزلاوي صالح، مرجع سابق، ص 304.

الالكتروني يتصل بأكثر من دولة، وبالتبعية فإنه يتصل بأكثر من نظام عام، مما يؤدي إلى زعزعة استقرار العقد، حيث أنه يمكن أن يكون صحيحا في دولة وباطلا في دولة أخرى[1].

ب-خضوع العقد الالكتروني للنظام العام الدولي:

إن تحديد معالم النظام العام في التجارة الدولية تعترضه صعوبات جمة، هذه الأخيرة تزداد أكثر في إطار التجارة الالكترونية، ذلك أن المعاملات الالكترونية لا تعرف أية سلطة إقليمية أو سياسية يمكن لها مجاراتها بالرغم من أن بعض الفقه أقر بخضوع عقود التجارة الالكترونية إلى قواعد النظام العام المعروفة، كتجريم ممارسة الأفعال غير المشروعة، تمنع عرض المخدرات والتجارة بالرقيق والقرصنة[2].

في حين يرى جانبا من الفقه ضرورة خضوع العقود الالكترونية إلى نظام عام ذو صلة بها يراعي خصوصية البيئة التي تبرم من خلالها، أي مجموعة من القواعد الذاتية التي نشأت في كنف المعاملات الالكترونية والتي تتفق ونمو المبادلات عبر شبكة الانترنت[3].

هذا ونشير إلى أن المشرع الجزائري قد وضع النظام العام كقيد على حرية المتعاقدين في اختيار قانون يحكم عقدهم إذا كان تطبيق هذا الأخير يمس بالنظام العام والآداب العامة في الجزائر، وهذا من خلال نص المادة 24 من ق.م.ج بنصها على:" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام، أو الآداب العامة في الجزائر....".

2-استبعاد قانون الإرادة لغش أو تحايل نحو القانون:

يمكن أن يتوصل طرفا العلاقة التعاقدية إلى إسناد الاختصاص التشريعي القانون الدولة التي أرادا تطبيق قانونها على عقدهم، وذلك عن طريق التحايل أو التغيير في عناصر

---

[1] ولعل أبرز مثال على ذلك قضية yahoo والتي تتلخص وقائعها في قيام المتاجر الأمريكية التي تأويها "ياهو" بعرض تحف وآثار نازية للبيع، فاعترضت على ذلك جمعية مجلة فرنسية، فأيدت المحكمة العليا الفرنسية سنة 2002 اعتراض الجمعية المحلية، وأمرت "ياهو" بمنع هذه المبيعات أو غلق الموقع التجاري الذي تأويه بحجة مخالفته للنظام العام الفرنسي، على الرغم أن هذه السلع تم عرضها بأمريكا ولم تمس بالنظام العام الخاص هنالك.

[2] شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع: الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2009، ص66.

[3] عتيق حنان، مرجع سابق، ص 122.

العلاقة التي على أساسها يتحدد ضابط الإسناد المحدد للقانون الذي يحكم العقد، لما في ذلك من مصـلحة ما كانت لتتحقق لهما لو أخضـع عقدهما للقانون الأولى بالتطبيق على العقد، ويتحقق هذا التغيير في الظروف التي تلعب الإرادة فيها دورا جوهريا في تغيير ضـابط الإسناد، والإفلات من تطبيق أحكام القانون الواجب التطبيق على العقد.

3-استبعاد قانون الإرادة لعدم وجود صلة حقيقية بالعقد:

إن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم ليسـت مطلقة، بل عليهم مراعاة وجود الصلة بين العقد والقانون المختار لأنها الميزة التي توضح هذا الاختيار، فالصلة بين القانون المختار والعقد يمكن أن تكون بالنسبة لدولة الإبرام، التنفيذ، الجنسية أو موطنهم، فإذا انعدمت الصلة انعدم الاختيار[1].

المطلب الثاني: تطبيق قواعد الإسناد الموضوعية.

إذا لم يعلن أطراف العقد الدولي عن إرادتهم الصريحة في اختيار قانون العقد وصعب الكشـف من ظروف إبرامه وملابسـتها عن إرادتهم الضـمنية، فهنا يصـبح أمام حالة غياب قانون الإرادة، وهي الحالة التي يجب على القاضـي فيها أن يجتهد للوصـول إلى القانون الواجب التطبيق على العقد بالنظر إلى ما كان يقصـده المتعاقدان، ولا يلزم القاضـي في هذه الحالة بالبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين بل يفرض عليهما إرادة غير موجودة فعلا ويقيمها على قرائن مستمدة من الرابطة العقدية ذاتها أو من ظروف وملابسات الحال وهي ما يطلق عليها بالإرادة المفروضة، فإرادة القاضي هي التي تتولى تعيين قانون العقد وليس إرادة المتعاقدين، وذلك من خلال اللجوء إلى مؤشـرات أو عوامل ارتباطا موضـوعية تشـير إلى القانون الذي يرتبط بالعقد ارتباطا وثيقا[2].

كما يرى أغلبية فقهاء القانون أنه في حالة غياب الإرادة الصريحة للأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الواجب التطبيق فإنه يتم إسـناد هنا في تحديد القانون الواجب التطبيق إلى ضوابط ذات صلة وثيقة بالعقد إما بإسناد الرابطة العقدية هنا إلى قانون دولة إبرام العقد، أو

[1] خليفي سمير، المرجع السابق، ص 30،31.

[2] مسعودة دير، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر، شعبة حقوق وعلوم سياسية، تخصص قانون دولي خاص، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2015/2016، ص38.

قانون دولة تنفيذه، أو قانون جنسية المتعاقدين أو قانون موطنها المشترك، باعتبارها قواعد موضوعية معلومة مسبقا لدى المتعاقدين وهذا ما تناوله المشرع الجزائري في نص المادة 18 من الفقرة الثانية[1] والثالثة[2]من القانون المدني الجزائري.

الفرع الأول: قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة:

1: قانون موطن المشترك:

جعل المشرع الجزائري الموطن المشترك لأطراف العلاقة التعاقدية أول ضابط احتياطي يتم اللجوء إليه في حال غياب قانون الإرادة في العقد وهذا ما أقره من خلال الفقرة الثانية من المادة 18 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: ". وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة".

2: الجنسية المشتركة:

الجنسية هي الرابطة بين الشخص ودولة معينة تتعلق بالكيان والسيادة في عبارة عن رابطة قانونية بين الفرد والدولة، وعليه إذا اتخذت جنسية أطراف العقد في عقود التجارة الإلكترونية وسكت الأطراف عن تحديد القانون الذي يحكم علاقتهم، فإن قانون الدولة التي ينتمي إليها المتعاقدين يكون هو القانون الواجب التطبيق، فعلى الرغم من أن غالبية القوانين بما فيها القانون الجزائري جعلت من الجنسية المشتركة ضابط من الضوابط الاحتياطية المعتمدة عليه لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الإلكتروني في حالة عدم تحديده القانون من قبل الطرفين[3].

[1] – نصت الفقرة الثانية المادة 18 من الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن للقانون المدني، المعدل والمتمم على ما يلي:" ... وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد".

[2] – نصت الفقرة الثالثة المادة 18 من الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن للقانون المدني، المعدل والمتمم على ما يلي:" غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعة".

[3] – ضياء الدين ناصر إسماعيل محمد، المرجع السابق، ص: 24.

الفرع الثاني: تطبيق قانون بلد أبرام العقد أو محل تنفيذه:

1: محل إبرام العقد:

يعد محل إبرام العقد من أهم المعايير الخاصـــة التي يكون تنفيذ العقد في نفس مكان انعقاده، بحيث يخضـع تكوين هذا العقد وصـحته لقانون مكان انعقاده، و يرى أصـحاب هذا الاتجاه في الإسـناد لقانون محل إبرام العقد بأنه يشـكل أقوى الروابط بالعقد، فمحل الإبرام هو أول مكان نشأت وتجسدت فيه الإرادات وهو القانون الأنسب والأسهل للتعرف عليه وبالرجوع إليه، بالإضـافة إلى أن هذا الإسـناد يحقق وحده القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية إلى جانب أنه يكفل للمتعاقدين فرصـة العلم المسـبق بالقانون الذي سـيطبق على عقدهم عند سـكوت الإرادة تماما عن تحديده، وهو ما يحقق لهم الأمان القانوني الذي يشـدونه كما يحقق الاســـتقرار المتطلب للتجارة الدولية[1]، وهذا ما أكدته المادة 18 من القانون المدني الجزائري كما تم الإشارة إليه سابقا.

2: محل تنفيذ العقد:

يظهر أن إسـناد العلاقة التعاقدية إلى قانون دولة التنفيذ يقوم على أسـاس أن مصـالح المتعاقدين تتركز في هذه الدولة، وهو قانون الدولة التي يتم حصـول كل طرف على حقوقه، كما أن هذا الضـــابط يرتبط أكثر بموضـــوع العقد عن محل ميلاده، كما يذهب البعض إلى التأكيد على محل التنفيذ بوصفه تعبيرا عن مركز الثقل والارتباط الاجتماعي والاقتصادي في الرابطة العقدية، ويســـمح بتطبيق قانون البلد التي يتأثر اقتصـــادها بالعقد، وباعتباره القانون الأوثق صـلة بالعقد والمكان الذي تتجسـد فيه الالتزامات التعاقدية، ففي هذا المكان سـيجني الأطراف ثمار تعاقدهم وتنعقد فيه مسؤولياتهم عن عدم تنفيذ التزاماتهم[2].

المطلب الثالث: الإسناد المرن:

نظرا لصعوبة تحقيق الضوابط السابقة على عقود التجارية الالكترونية فقد اتجه الفقه والقضـاء وحتى التشـريعات إلى تبين ضـابط موضـوعي آخر هو ضـابط الأداء المميز للعقد

[1] بيان إسحق القواسمي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية "دراسة مقارنة"، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بنزرت، فلسطين، 2015، ص: 62.

[2] – خليفي سمير، المرجع سابق، ص: 42.

حيث يقوم هذا الضـابط على فكرة مفادها تنوع معاملات العقود وتحديد القانون الذي يحكم العقد وفقا للالتزام الأســاســي فيه وهو الذي يميز العقد ويعبر عن جوهره، وبالتالي وجب الاعتماد عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني في مجمله.

الفرع الأول: مضمون فكرة الأداء المميز للعقد:

عرف بعض الفقه الأداء المميز للعقد بأنه[1]: "الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى"، في حين يعرفها البعض الآخر بأنها: "ذلك الأداء الذي بمقتضـاه يكون دفع المقابل النقدي واجبا "لكن هذا التعريف الأخير وجه له انتقاد مفاده أن الالتزام بأداء الثمن لا يمكن أن يكون أداءا مميزا على اعتبار أنه التزام مشـترك في أغلب العقود".

الفرع الثاني: موقف القضاء والتشريعات الوطنية والدولية من فكرة الأداء المميز:

لقد تبنت العديد من التشـريعات فكرة الأداء المميز للعقد، كما هو الحال مع القانون الدولي الخاص السويسري الجديد لعام 1987 ، حيث اعتبر أن الأداء المميز في العقد هو محل إقامة المدين بهذا الأداء، وتخضع هذه الرابطة للقانون الأوثق صلة بالعقد[2]، وقد كانت أولى الأحكام القضـائية في هذا الصـدد حكم المحكمة الفيدرالية السـويسـرية الصـادر عام 1952 في قضـية chevalye Genimportexe S.A وفي عام1966 سـنحت الفرصـة مرة أخرى للمحكمة الفيدرالية السويسرية تأكد هذه الفكرة، حيث قررت أنه " في حالة سكوت المتعاقدين عن القانون الذي يحكم العقد، فإنه يخضـع للقانون الذي يرتبط به بأوثق صـلة وهو قانون محل إقامة الطرف المدين بالأداء المميز في العقد"، كما أن محكمة النقض الفرنسـية قد أيدت ما ذهب إليه القضـاء السـويسـري في عام 1952 ، وبدورها محكمة استئناف لاهاي في 1982/08/17 ، قد تبنت الحلول التي أقرتها المحكمة السويسرية[3] كما تبنت العديد من الاتفاقيات الدولية فكرة الأداء المميز للعقد منها على سـبيل المثال اتفاقية روما لعام 1980 ، وهذا وفقا لأحكام المادة 4 منها والتي حددت عناصر الأداء المميز.

---

[1] – المنزلاوي صالح، المرجع السابق، ص 336 .

[2] – أيت عبد الوهاب فهيمة، خرفلاوي سهيلة، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص :القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2017/2016، ص 49 .

[3] – المنزلاوي صالح، المرجع السابق، ص 340 .

الفرع الثالث: مدى تطبيق فكرة الأداء المميز على عقود التجارة الالكترونية

على الرغم من الرواج الكبير الذي شـهدته هذه الفكرة في معظم تشـريعات القانون الدولي الخاص والاتفاقات الدولية، وعلى الرغم من إعمال مبادئ هذه الفقرة على العقود الالكترونية[1]، خاصة تلك التي تتم عبر الانترنت إلا أنها يرد عليها بعض الانتقادات:

فمن الناحية الأولى، نجد أن إعمال هذه النظرية يؤدي إلى إسناد العقد لقانون الطرف القوي في العقد والتضحية بمصلحة الطرف الضعيف، وخير مثال على ذلك هي عقود البيع أو توريد الخدمات التي تتم عبر شبكة الانترنت، ففي هذين العقدين يكون قانون دولة البائع أو مزود الخدمة هو الواجب التطبيق على العقد [2]، ومن ناحية ثانية، أن الأسس التي ترتكز عليها تلك الفكرة هي أسس جغرافية لا تتلاءم مع طبيعة المعاملات التي تتم عبر الانترنت والتي تتعدى الحدود الجغرافية ، ومن ناحية ثالثة، فإنه يصعب تطبيق هذه الفكرة على العقود الالكترونية عندما يقوم الطرف المدين بالأداء المميز بإبرام العقد عن طريق حاسوب يمتلكه مقدم خدمات معلومات مقيم في نفس البلد الذي يمارس نشـاطه فيها، لأن القانون الواجب التطبيق سيكون قانون دولة مزود الخدمة لا قانون المدين بالأداء المميز.

المبحث الثاني : مدى الحاجة للقواعد المادية للتجارة الالكترونية :

لقد ذهب المناصرون للمجتمع الافتراضي إلى ضرورة البحث عن البديل بعد قصور منهج تنازع القوانين ومنهج القواعد المادية للتجارة الدولية عن وضـــع الحلول الناجعة لمشـكلات التنازع التشـريعي في منازعات عقود التجارة الالكترونية التي تتم في هذا المجتمع الافتراضي، حيث ذهبوا إلى أن البديل يتجسد في القواعد الماديـــة للتجارة الالكترونية (lax electronica)[3] والتي يعمل المتعاملون في التجارة الالكترونية عبر هذا المجتمع الافتراضي على تحديدها ووضـــعها وقبولها، منطلقين في ذلك من الاســتحالة العملية بالنســبة لكل من المشرع الوطني وكذلك الدول وما تبرمه من اتفاقيات في هذا المجال لتغطية كل ما يدور في ميادين المعاملات الالكترونية الدولية بسبب قفزاتها المتلاحقة، إضـافة إلى ذلك فأنهم يجدون

[1] – سيني مخالفية، المرجع السابق، ص 51 .

[2] – المنزلاوي صالح، المرجع السابق، ص 344 .

[3] د. صالح جاد المنزلاوي، مرجع سابق، ص109.

أن المتعاملين في هذا الميدان هم أكثر قدرة ومعرفة من غيرهم في تنظيم العلاقات التي تربطهم من خلال ما يروه أكثر انسجاما مع حاجاتهم[1].

المطلب الأول: مفهوم القواعد المادية للتجارة الالكترونية

إن البحث عن قواعد مادية ذات طبيعة دولية تهتم بشـــؤون التجارة الالكترونية بعيدا عن القوانين الوطنية، تعيد إلى الأذهان ذلك الجدال الفقهي الكبير الذي صـــاحب ظهور القواعدالمادية في القرون الوسـطى، حيث نشـأت تلك القواعد، وتذكرنا أيضـا بالجدال الذي اشـتد بين الفقهاء في منتصـف القرن الماضـي حول ما يسـمى بـــ : "أزمة منهج التنازع" وضـــرورة البحث عن منهج آخر ليحكم الروابط الدولية . "وعليه ســنحاول في هذا المطلب التوصـــل إلى طبيعة القواعد الدولية الخاصـــة للتجارة الالكترونية من خلال محاولة تحديد مفهوم لهذه القواعد (الفرع أول)، ومن ثم التطرق إلى خصائص هذه القواعد (الفرع ثاني).

الفرع الأول: تعريف القواعد المادية للتجارة الإلكترونية:

تعرف القواعد المادية أو قواعد قانون التجارة الدولية العرفي بشـــكل عام على أنها(ذلك القانون الذي يضـع مباشـرة تنظيماً خاصـاً ومسـتقلاً عن كل قانون داخلي، لبعض العلاقات القانونية بالنظر إلى صـفتها الدولية)، وكذلك تعرف (بأنها مجموعة المبادئ والنظم والقواعد المستمدة من كل المصادر التي تغذي باستمرار وتواصل تغذية البناء القانوني وسير جماعة العاملين في التجارة الدولية)[2] ويظهر من هذا التعريف، انه يؤكد على القواعد المادية على اعتبارها القواعد المكونة للقانون التجاري الدولي ، ولهذا فهي تشمل ، كما يقول الأستاذ (كولد شتاين) المبادئ العامة للقانون والنظم العابرة للدول وغيرهما، كذلك يقول (كولدانك) إن العلاقات الاقتصـــادية الدولية من الممكن أن تكون محكومة تماما بمجموعة من القواعد المحددة بما فيها الأعراف العابرة للدول والمبادئ العامة للقانون أو قانون الدعوى التحكيمي (Arbitral case law) وهذه المبادئ العامة للقانون لا تقتصـر على ما أشـارت إليه المادة 38 (ج) من النظام الأسـاسـي لمحكمة العدل الدولية، وإنما تشـمل أيضـا المبادئ التي تنشـأ بصـورة متزايدة من خلال العادات العامة والثابتة في التجارة الدولية، في حين يعرف الدكتور (احمد عبد الكريم ســلامة) القواعد المادية بأنها (مجموعة القواعد التي تضــع مباشــرة حلولا

[1] د. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، ج2، 1989، ص267.

[2] د. احمد عبد الكريم سلامة، العقد الدولي الطليق، ص281-283.

موضوعية لمشاكل العقود الدولية للتجارة)، والتي تفترق بذلك عن قواعد الإسناد التي تحتويها النظم الوطنية في القانون الدولي الخاص، كذلك تعددت تعريفات القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، فذهب البعض[1] إلى أنها (مجموعة القواعد التي تضع مباشرة تنظيماً موضوعياً خاصاً للمعاملات التجارية التي تبرم عبر الشبكات الالكترونية).

الفرع الثاني: خصائص القواعد المادية

تتميز القواعد المادية للتجارة الإلكترونية (lex electronica) أو ما يسميها البعض بالقانون الموضوعي للانترنت (substantive internet law)[2]، بمجموعة من الخصائص التي تميزها عن قواعد القانون الدولي الخاص وقانون التجار الدولي، ومن هذه الخصائص:

1. قواعد طائفية ونوعية

إن الطبيعة الخاصة التي يتميز بها المجتمع الافتراضي والتي تؤدي إلى رفض تطبيق قواعد قانونية وطنية لأنها وضعت أصلا لحكم معاملات مادية ملموسة، وان طائفية هذه القواعد تتجسد في أشخاصها وموضوعها حيث تخاطب كافة مستخدمي الشبكة العالمية ومقدمي خدمات المواقع الرقمية على الشبكة والاشتراك فيها وخاصة الأشخاص الذين يمارسون التجارة الإلكترونية أفرادا كانوا أم هيئات، تجاراً أم مستهلكين، وتظهر طائفية هذه القواعد أيضا إزاء الموضوعات التي تتولى تنظيمها، فعلى الرغم من وجود قواعد تفصيلية بكل نوع من أنواع التجارة الدولية، فان هناك أحكام أكثر تفصيلا في تنظيم جنس ذلك النوع، وكذلك ما ذهب إليه الأستاذ (كان) بصدد القواعد المادية في التجارة الدولية التقليدية حيث أكد على أن (هذا القانون معمول به ليحكم جماعة صغيرة أو كبيرة من المهنيين أما غير المهنيين فلا يمسهم القانون المادي إلا عرضاً).

2. قواعد تلقائية النشأة:

لابد من القول أن الصفة التلقائية كانت هي الميزة الأساسية للقانون بمفهومه العام على اعتبار أن العادات والأعراف التي كانت سائدة بين أفراد المجتمع هي الأساس في نشأة هذه القوانين لحين قيام الدول الحديثة بالاعتماد على التشريع في سن القوانين، ومع تطور

[1] د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001م، ص695 وما بعدها.

[2] د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، مرجع سابق، ص61.

التجارة الدولية الحديثة وأدواتها[1]، خاصة عندما بدأت مزاولة الأنشطة التجارية عبر الشبكة العالمية وأصبحت الأخيرة وسطاً عالمياً يجتمع فيه التجار والمستهلكون والحكومات من دون قواعد حاكمة موضوعة مسبقاً لتنظيم ذلك الوسط، فأنه كان ويكون من المنطقي أن تؤدي هذه المعاملات إلى تضارب المصالح والمساس بالحقوق بين أفراد المجتمع الجديد ومن هنا تبدأ الحاجة للتنظيم الوقائي والعلاجي على السواء دون المرور بالقنوات الرسمية أو الشكلية كما هو الحال في القانون الوضعي، لذلك فإن أول ما بزغ في ميدان التجارة الإلكترونية من قواعد هي الأعراف والعادات التي أنشأها وتداولها المتعاملون في التجارة الإلكترونية.

3. قواعد موضوعية عبر دولية (Substantive):

تعرف القاعدة الموضوعية بشكل عام بأنها(القاعدة التي تضع أحكاما تنظم جوهر العلاقات القانونية التي تتصدى لحكمها، وتحدد الحقوق والواجبات فيها) وبذلك تتميز عن القاعدة الإجرائية (Procedural Rule) التي يقتصر دورها على بيان الإجراءات الكفيلة بإعمال القانون الموضوعي وتطبيقه[2]، أما القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، فهي تعطي حلاً موضوعياً لأساس النزاع مباشرة، وقد أطلقت عليها عدة تسميات منها(قانون الفضاء الافتراضي المشترك، القانون غير الوطني، قانون عابر للدول، القانون الالكتروني، القانون العابر للحدود) على عكس قواعد الإسناد، التي تستوجب الإحالة إلى قانون وطني حتماً، لاستخلاص الحل الموضوعي من خلال القانون المحال إليه الاختصاص، وهذا يعني أن القواعد المادية كقواعد القانون الوطني الذي يُطبق مباشرة على المسألة محل النزاع، إلا أن قوام القواعد المادية، هو العادات والأعراف والممارسات التي التزامها المتعاملون بالتجارة الإلكترونية.

4. قواعد مادية مباشرة:

يتميز منهج القواعد المادية للمعاملات التي تتم عبر الانترنت بكونها منهج مباشر وموضوعي إذ يقدم الحلول الموضوعية للمسألة محل النزاع مباشرةً دون أن يستمد هذه الحلول من خلال الإحالة إلى قانون آخر، وبهذا يختلف تماما عن منهج التنازع التقليدي

[1] د احمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص58.

[2] . الدكتور رياض القيسي، علم أصول القانون، بيت الحكمة، بغداد 2002، ص279.

الذي يستند إلى فكرة الإحالة إلى القانون الواجب التطبيق والتي لم تعطي الحل المباشر وإنما تشير إلى القانون الداخلي الواجب التطبيق الذي يضع الحل الموضوعي النهائي للنزاع.[1]

المطلب الثاني: مصادر القواعد المادية

تتميز التجارة الإلكترونية بتعدد وتنوع مصـــادر القواعد[2] التي تحكمها بســبب الولادة الحديثة للبيئة الإلكترونية، حيث اختلف الفقه حول ظهور قواعد مادية موحدة دولية (regles uniformes internationals) فيما يخص الانترنت والتجارة الالكترونية بحيث تتميز هذه القواعد عن قواعد القانون الدولي الخاص التي تنظم تنازع القوانين، وكذلك تتميز عن قواعد القانون الدولي العام والقواعد الوطنية، لذا لابد من الوقوف على مصـــادر هذه القواعد التي تستقي منها أحكامها والتي من خلالها يمكن تحقيق التوحيد والانسجام لهذه القواعد المادية، وفي ضـوء اختلاف الفقه على اسـتقلالية هذه القواعد من عدمها، حيث ذهب الاتجاه الفقهي الأول[3]، إلى رفض فكرة استقلال القواعد المادية الالكترونية (lax electronica) عن القواعد المادية التقليدية(lax mercatornica)، وان الأولى ما هي إلا جزء يقع ضـمن نطاقها ويعد امتداداً لها، إلا أنهم اختلفوا في تحديد الأطر والمكونات الأســاســية لتلك القواعد حيث ذهب الفريق الأول إلى أن التوصيات الدولية الأساسية بما فيها أعمال المنظمات الدولية والإقليمية الحكومية وغير الحكومية إضافة إلى القواعد التعاقدية، هي المكونات الأساسية لهذه القواعد. لذا سـنقوم من جانبنا بتقسـيم مصـادر القواعد المادية للتجارة الالكترونية إلى مصـادر وطنية وأخرى دولية وكما يلي:

الفرع الأول: المصادر الوطنية

لابد من الاعتراف للتشـريعات الوطنية بإمكانية القيام بدورها كمصـدر للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية، كما سـبق للمشـرع الداخلي وان تصـدى لتنظيم التجارة الدولية من خلال إصـداره بعض التشـريعات التي تنظم العلاقات الخاصـة الدولية، هذا بالإضـافة إلى القرارات القضائية التي أصدرتها المحاكم الوطنية والتي أرست قواعد مادية خاصة تتفق في مضمونها

[1] د احمد عبد الكريم سلامة، الانترنت والقانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص60.

[2] د. محمد السيد عرفة، التجارة الدولية الالكترونية عبر الانترنت، مفهومها والقواعد القانونية التي تحكمها ومدى حجية المخرجات في الإثبات، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر, للفترة من 1-3 مايو 2000م، المجلد الأول، ط3، 2004، ص291. متاح على الموقع الالكتروني:www.isegs.com/forum/showthread.php?t=3537

[3] د. صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص114.

مع الطبيعة الخاصـــة لعقود التجارة الدولية[1]، ونحن في معرض الحديث عن هذه المصـــادر لابد لنا أن نشير إلى بعض قواعد السلوك الوطنية.

ولغرض تسليط الضوء على المصادر الوطنية التي ساهمت في تكوين القواعد المادية بشكل عام سيتم تناولها في الفقرات الآتية:

الفقرة الأولى: القواعد المادية ذات الأصل التشريعي:

لقد أرسـت بعض التشـريعات الوطنية[2] قواعد موضـوعية في قوانينها الداخلية بحيث يمكن تطبيقها مباشـــرة على عقود التجارة الدولية على الرغم من أنها من وضـــع المشـــرع الداخلي، حيث ذهب بعض الفقه إلى إمكانية القاضـي في تطبق تلك القواعد المادية مباشـرة على النزاع المعروض عليـه، إذا كـان هذا النزاع متعلق بـالتجـارة الـدوليـة دون الرجوع إلى قواعد الإسـناد[3]، وتتجدد الحالة في وقتنا هذا مع التجارة الإلكترونية، بسـبب خصـوصـية ميدان التجارة الإلكترونية والتي تعد أسلوبا جديداً يختلف من حيث طريقة ممارسة هذه التجارة عبر الفضاء الالكتروني.

الفقرة الثانية: القواعد المادية ذات الأصل القضائي:

لقد كان للقضـــاء العادي وكذلك قضـــاء التحكيم العادي والالكتروني دوراً مهما في إرســـاء الكثير من القواعد المادية على مســـتوى التجارة الدولية والتجارة الالكترونية وهذا ما سنبحثه خلال الفقرتين أدناه:

أ. القضاء العادي:

لقد عمل القضـــاء الفرنســـي منذ الثلث الأول من القرن الماضـــي على خلق بعض القواعد المادية للقانون الدولي الخاص التي تهدف إلى تنظيم بعض المســـائل المتعلقة بعقود التجارة الدولية[4]، ومن بين هذه القواعد التي استقر عليها القضاء في هذا الشأن، القاعدة التي تقضـي بصـحة شـرط الدفع بالذهب في العقود الدولية، والقاعدة التي تقرر حرية اختيار عملة

---

[1] د. احمد عبد الحميد عشوش، أستاذ القانون الدولي الخاص كلية الحقوق جامعة بنها، القانون الدولي الخاص، المستوى الرابع، الفصل الدراسي الثاني، ص21.

[2] د.احمد عبد الحميد عشوش، مصدر سابق، ص9.

[3] محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق_ دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الفقهية الحديثة، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، 2000، ص 297.

[4] سمير تناغو رسالة دكتوراه بعنوان del obligation judiciaire مقدمة إلى جامعة باريس، 1964، ص346.

العقد في مجال التجارة الخارجية عن طريق إقراره شروط نقدية تستهدف توقي مخاطر تقلبات سعر العملة، وذلك بتثبيت سعر التعامل على أساس ربطه بسعر الذهب أو بسعر عمله أجنبية أخرى، بالرغم من بطلان مثل هذه الشروط إذا ما وردت في عقود القانون الداخلي[1].

ب. قضاء التحكيم الالكتروني:

لقد بات منطقيا اللجوء إلى الوسائل البديلة أو آليات جديدة لحل منازعات التجارة الالكترونية بحيث تتلاءم ومعطيات التقنيات الحديثة في الاتصال والتعامل عبر شبكة الانترنت والمتمثلة في التحكيم الالكتروني والوساطة الالكترونية والتوفيق الالكتروني.[2]

ويعرف التحكيم الإلكتروني بأنه التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة الانترنت، وهو يكتسب صفته الالكترونية من الطريقة التي يتم بها، وهي وسيلة سمعية بصرية عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، دون حاجة إلى التقاء أطراف النزاع والمُحكمين في مكان معين.[3] كذلك عرفه Chassigneux Cynthia بأنه ذلك التحكيم الذي يتفق بموجبه الأطراف على إخضاع منازعاتهم الناشئة عن صفقات أبرمت غالبا بوسائل الكترونية إلى شخص ثالث يفصل فيها بموجب سلطة مستندة ومستمدة من اتفاق أطراف النزاع وباستخدام وسائل اتصال حديثة تختلف عن الوسائل التقليدية المستخدمة في التحكيم التقليدي.[4]

أما الوساطة فتعرف على أنها آلية تدخل طرفا آخر يسمى بالوسيط بين طرفي النزاع لتقريب وجهات النظر بصورة محايدة ونزيهة ووفقا لطبيعة العلاقة فيما بينهما وصولا إلى تسوية النزاع بصورة ودية مُرضية للطرفين بإجراءات إلكترونية.[5]

لقد ذهب أنصار القانون الإلكتروني إلى نفس الاتجاه في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية بعيداً عن المحاكم الوطنية بالاعتماد على قضاء متخصص، بحيث يكون قضاته من رجال التجارة الإلكترونية الذين يتمتعون بالخبرة الكافية والإلمام بفروعها المختلفة، وهذا

---

[1] د. محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص 300.

[2] .د. أبو العلا أبو النمر, المشكلات العملية والقانونية في التجارة الالكترونية , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع, 2004.,ص39.

[3] لقد ظهرت الكثير من مراكز التحكيم والوساطة لحل المنازعات عبر الانترنت , منها مركز رابطة المحكمين الأمريكيين , وموقعه على شبكة الانترنت باسم: www.adr.org .

[4] د. خالد ممدوح إبراهيم,. ، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، ط 01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص248- 249.

[5] .هبة ثامر محمود , عقود التجارة الالكترونية , مكتبة السنهوري, بغداد ,2011, ص335.

يعني إن أفضـــل وســـيلة لتســـوية تلك المنازعات الإلكترونية هي التحكيم الالكتروني أو الوساطة الالكترونية، لأن هذه الوسيلة متاحة بين مستخدمي الإنترنت من جانب، إضافة إلى ســـرعتها في الأداء وملاءمتها للتطورات المســـتمرة التي تواكب هذه التجارة الإلكترونية، ويبرز دور التحكيم من خلال قرارات التحكيم arbitrales (les sentences) لأنها في أغلب الأحيان تشكل مصدراً هاماً للقواعد المادية للتجارة الالكترونية , إضافة إلى إنها تتفادى المشاكل القانونية التي يطرحها تطبيق معايير تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع من بين محاكم الدول التي تتنازع الاختصـــاص القضـــائي عند محاولة إعمالها على العمليات الإلكترونية التي تتم عبر شاشات الحواسيب الآلية، كونها ضوابط مادية ترتكز على روابط مكانية أو جغرافية لا تستجيب لطبيعة المعاملات التي تجري من خلال الشبكات الإلكترونية التي تقوم على معطيات افتراضية أو غير مادية.[1]

نشـــير في هذا المجال إلى اتفاقية نيويورك الخاصـــة بالاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها لعام 1958، ومما يســـتحق الإشـــارة إليه، هو أن وجود اتفاقية دولية توجب على الدول المشاركة، الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين، هو دليل على مدى القوة الملزمة لقرارات التحكيم، وهو بذلك على خلاف أحكام القضـــاء، حيث لا يوجد حتى الآن اتفاقية تحكم الاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام في البلاد الأجنبية، فيما عدا الاتفاقيات الإقليمية والثنائية[2].

الفقرة الثالثة: قواعد السلوك الوطنية:

وجدت على المســـتوى الوطني في بعض البلدان الســـباقة في هذا المجال خاصـــة المؤسسات المهنية والتجارية التي عملت على إصدار عدد من السلوك الواجبة الإتباع، ومن هذه المؤسسات جمعية مقدمي خدمات الإنترنت (ISPA) في المملكة المتحدة التي أصدرت الكثير من قواعد الســـلوك العملية المنظمة للعلاقات بين المتعاملين على الشـــبكة العالمية والمتكونة من التزامات تُفرض على مستخدمي الشبكة ومنها (عدم تقديم أية خدمات مخالفة للقانون أو عرض مواد تشـــجع على العنف أو القســـوة أو الكراهية العنصـــرية أو الشـــذوذ

[1] .د. عادل أبو هشيمة حوت، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2005، ص145وما بعدها.

[2] د. خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، مصدر سابق، ص 253.

الجنسي)[1]، وكذلك ما ذهبت إليه تقنيات السلوك الأمريكية فيما يخص قواعد الاستخدام المقبولة والتي تحظى بانتشار عالمي واسع.

الفرع الثاني: المصادر الدولية

لقد تنوعت الأعمال الدولية التي أرست بحد ذاتها مجموعة من القواعد المادية للتجارة الالكترونية التي ساهمت في وضع الكثير من الحلول الذاتية لكثير من المشكلات الخاصة بالتجارة الالكترونية ومجتمع الانترنت بعيداً عن الإطار الوطني مستندين في ذلك إلى الأعراف والعادات الدولية التي تعد رافداً مهما لهذه القواعد، إلا أن الواقع العملي قد اثبت أن هذه القواعد لوحدها غير قادرة على احتواء كل مستجدات الواقع الالكتروني الجديد، مما دفع الكثير من المنظمات الدولية والإقليمية والمهنية ومن خلال ما ذهب إليه المجتمع الافتراضي، إلى إرساء قواعد جديدة من خلال الاتفاقيات الدولية والتوصيات الدولية الأساسية وتقنينات السلوك الدولية وكذلك النماذج العقدية والشروط النموذجية وغيرها، ولغرض تسليط الضوء على هذه المصادر سيتم بحث القواعد المادية للتجارة الإلكترونية ذات النشأة التنظيمية في الفقرة الأولى ونخصص الفقرة الثانية للبحث في القواعد المادية للتجارة الإلكترونية ذات النشأة التلقائية.

الفقرة الأولى: القواعد المادية للتجارة الإلكترونية ذات النشأة التنظيمية

تعتبر الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، من أهم مصادر القواعد المادية على أساس أنها تضع قواعد ذات طابع دولي لتنظيم علاقات قانونية فيها عنصر أجنبي[2]، وكذلك التوصيات الدولية والقوانين النموذجية الصادرة عن المنظمات الدولية والإقليمية الأساسية، وتتركز أهمية القواعد المادية بهذا الخصوص التي تجد أساسها في اتفاقيات القانون الدولي الخاص، بسبب أهمية هذا الميدان وحاجته لمثل تلك القواعد المنظمة لمسائله، وكذلك بالنسبة للتجارة الإلكترونية فأن هذه الاتفاقيات والتوصيات كانت رافداً مهماً لتنظيم بعض مسائل التجارة الإلكترونية رغم الصعوبات التي تواجه تطبيقها في البيئة الإلكترونية، ومن هذه القواعد ما يلي:

[1] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، مصدر سابق، ص52.

[2] د. احمد عشعوش، تنازع القوانين في مجال الأهلية، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1989، ص24.

أ. الاتفاقيات الدولية:

تعرف الاتفاقية الدولية على أنها، اتفاق مكتوب يتم بين أشـــخاص القانون الدولي الخاص بقصد ترتيب آثار قانونية معينة في القانون الدولي الخاص، حيث تعددت الاتفاقيات الدولية في مجال التجارة الدولية التقليدية.[1]

أما في مجال التجارة الالكترونية ونظراً لحداثة المجال الالكتروني فأن الاتفاقيات الدولية التي تعالج مســـائل التجارة الإلكترونية محدودة جداً[2] إضـــافة إلى عدم وجود اتفاقية دولية جماعية تنظم التجارة الالكترونية، وبالتالي فأن هذا العدد المحدود من الاتفاقيات غير قادر على تقديم الحلول الكافية والناجعة لمعالجة ذلك الكم الهائل من معاملات التجارة الالكترونية ولابد من الإشـــارة إلى بعض الاتفاقيات التي أبرمت في مجال التجارة الدولية التقليدية والتي يمكن تطبيقها على التجارة الالكترونية لمعالجة مســـألة تحديد القانون الواجب التطبيق عندما يكون تنفيذ العقد مادياً.

ب. التوصيات والأعمال الدولية الأساسية:

في ظل شـــح الاتفاقيات الدولية الحديثة المعنية بتنظيم شـــؤون التجارة الالكترونية وتبادل البيانات الكترونياً مع عدم تلبية اغلب اتفاقيات التجارة الدولية , لحاجات التجارة الالكترونية، وفي ضـــوء التزايد المســـتمر للمعاملات التي تتم من خلال التبادل الالكتروني للبيانات وغيرها من وســـائل الاتصـــال التي أصـــبحت بديلاً عن المســـتندات الورقية ومدى مقبولية وقانونية هذه الوسـيلة الحديثة، وما يقابل هذا من حاجة ملحة لإيجاد نظام تشـريعي

---

[1] ولابد من الإشارة إلى بعضٍ من هذه الاتفاقيات كما في، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام 198 ، واتفاقية الأمم المتحدة بشأن النقل الدولي المتعدد الوسائط للبضائع لعام 1980، واتفاقية عقود النقل الدولي للمسافرين والأمتعة بالطرق البرية لعام 1973, واتفاقية عقود نقل البضائع الدولي الطرقي لعام 1956 وبروتوكولها لعام 1978، واتفاقية الأمم المتحدة بشأن السفاتج (الكمبيالات) الدولية والسندات الاذنية الدولية لعام 1988، واتفاقية الأمم المتحدة بشأن مسؤولية متعهدي محطات النقل الطرفية في التجارة الدولية في عام1991، واتفاقية الأمم المتحدة بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الائتمان الضامنة في عام 1995، واتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع لعام 1978، والاتفاقية الدولية للأمتيازات والرهون البحرية لعام 1993، واتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها لعام 1958، والاتفاقية الأوربية بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام 1961يعمل الفريق المعني بالتجارة الإلكترونية حالياً على إزالة العقبات القانونية أمام التجارة الإلكترونية من خلال الصكوك الدولية سواء عن طريق تطبيق ومواءمة منهج النظائر الوظيفية أم بوضع أطار قانوني جديد وشامل لبعض الصكوك.

متاح على الموقع الالكتروني: http://www.uncitral.org/stable/acn9-527-a.pdf.

[2] يوجد حالياً مشروع لاتفاقية دولية حول العقود الدولية المبرمة أو المثبتة برسائل بيانات.

موضـوعي موحد يتفق ومعطيات التجارة الالكترونية، لابد من الإشـارة إلى أن هناك الكثير من الأعمال والتوصـيات والتوجيهات الجماعية التي أرسـت قوانين نموذجية والتي يمكن أن تشـكل نواة لاتفاقيات مسـتقبلية لما لها من قيمة عملية مهمة مع التوجه العام للالتزام بهذه التوصيات الدولية و القوانين النموذجية التي تم وضعها من قبل منظمات دولية عريقة والتي تعبر عن الحلول المناسبة للمعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنت كما أنها تعد مصدرا مهما من مصادر القواعد المادية[1], ومن هذه التوصيات أعمال لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (uncitral) حيث أصـدرت في عام 1969م القانون النموذجي للتجارة الالكترونية[2]، وكذلك أصدرت في عام 2001 م القانون النموذجي الخاص بالتوقيعات الإلكترونية.[3]

ج. الممارسات القاعدية:

تتمثل الممارسات القاعدية في نطاق التجارة الإلكترونية قواعد مادية في:

(1)العقود النموذجية: حيث تم استُحداث بعض العقود النموذجية(العقود النمطية) في مجال التجارة الإلكترونية لكي تتلاءم مع مولود التجارة الدولية الجديد، كما في العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية بين التجار والمستهلكين[4] حيث تمت صياغته ووضع شروطه وفقاً للقانون الفرنسي[5] مع إمكانية تطبيق القواعد الواردة في هذا العقد النموذجي أمام إحدى المحاكم الأجنبية إذا رأى القاضي أن هذه القواعد الاتفاقية تحقق للمستهلك حماية أكثر من تلك التي يحققها له قانونه الوطني، وأن قواعد العقد النموذجي جاءت متلائمة مع التقنية الحديثة لان استخدام الوسائل الحديثة في التعاقد لا بد وأن يؤدي إلى استحداث بعض القواعد الخاصة، لذا تم تنظيم أحكام هذا العقد النموذجي في شقين متلازمين، الشق **الأول** يتضمن الشروط النموذجية التي تتضمن القواعد التي يخضع لها هذا العقد، والثاني يحتوي على تفاصيل و تعليقات تمثل دليلاً عملياً لتطبيق هذه الشروط النموذجية.[6]

---

[1] . د. احمد الهواري، عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص، مؤتمر المصارف، المجلد الاول، ص1663.

[2] صدر هذا القانون في 12 يوليو 1996م، نص القانون متاح باللغة العربية على الموقع الالكتروني:
http://www.uncitral. org/pdf./Arabic/texts/electcom/ml-econmm-a_ebook.pdf.

[3] صدر هذا القانون في 25 يوليو 2001م، نص القانون متاح باللغة العربية على الموقع الالكتروني:
http://www.uncitral. org/ pdf ./Arabic/texts/electcom/ml-elecsig-a.pdf.

[4] د. أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص99.

[5] يقصد بالقانون الفرنسي معناه الواسع أي ما يصدر عن المشرع الفرنسي وما يصدر عن المشرع الأوربي.

[6] د. أسامه أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة 2003، ص28-29.

(2)الشـــروط العامة: هناك الكثير من الشـــروط التي تواتر العمل عليها في بعض العقود اللازمة لمباشـــرة التجارة الإلكترونية، حيث يتم وضـــعها من قبل الجهات الفنية أو التجارية المتخصـصـــة ذات العلاقة بحيث يتوجب على كل مسـتخدم (متعاقد عبر الشـبكة) أن يوافق على تلك الشـروط عند إبرام عقد ما، أي قبل البدء بمزاولة التجارة على الشـبكة العالمية، كما في (عقود الاتصـــال) وهي عقود الدخول إلى الشـــبكة والتي يقدم بمقتضـــاها مقدم خدمة الاتصـــال (**الطرف الأول**)، الوســائل التي تمكن المســتخدم(**الطرف الثاني**) من الدخول إلى الشبكة العالمية وأهمها برنامج الاتصال الذي يعمل على ربط الاتصال بين جهاز الحاسوب والشـبكة[1]، وتتضـمن هذه العقود بعض القواعد والشـروط التي يضـعها مورد خدمة الاتصـال والتي تفرض على مسـتخدمي الشـبكة التقيد بها، ومن هذه الشـروط وجوب التزام المشـترك بالقواعد السلوكية والمهنية ومبادئ قانونية معينة[2].

(3) عقود الإيجار المعلوماتي:(عقود الإيواء أو التوطين) حيث يرتبط هذا العقد ارتباطا وثيقاً بالانترنت وهو من عقود تقديم الخدمات، التي يوفرها موردوا خدمات الشـــبكة لمســـتخدمي الشبكة، حيث يضـع تحت تصـرف المشترك بعض الإمكانات الفنية لأجهزته المعلوماتية، بما يتيح للمستخدم حرية استخدام بريده الالكتروني والتصـرف بالمعلومات المتاحة له، بعد حجز المسـاحة المطلوبة من سـعة الموقع، علما أن هذه التصـرفات قد تكون محددة بوقت وبمقابل يدفعه المســتفيد من هذه الخدمات، إضـــافة إلى ضـــرورة التزامهم باحترام قواعد الســـلوك المســـتقرة في مجال التجارة الإلكترونية واحترام القانون وعدم إلحاق الأذى بالحياة الخاصـــة وخصوصية الأشخاص وحقوق الملكية الفكرية.[3]

(4) عقود إنشـاء المتاجر الافتراضـية والتي يطلق عليها البعض (عقود المشـاركة): وهي عقود يشـترك فيها المتجر الافتراضـي مع المركز التجاري الافتراضـي الذي يجمع العديد من التجار تحت عنوان واحد، وهو بذلك يقترب من المركز التجاري التقليدي الذي يجمع العديد من المتاجر في مجمع واحد، وبالتالي يكون صاحب المتجر المشارك ملزماً، بالشروط العامة

[1] د. أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجه سابق، ص55.

[2] د. إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة–ج 02، عويدات للنشر والطباعة، لبنان، ص47–48.

[3] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، مصدر سابق، ص50.

لذات المركز التجاري الافتراضي التي تنظم المسائل المتعلقة بمراقبة محتوى المتجر الافتراضي واحترامها[1].

الفقرة الثانية: القواعد المادية للتجارة الإلكترونية ذات النشأة التلقائية

لقد أطلق البعض تسمية القانون الالكتروني على المصادر ذات النشأة التلقائية ويعرف هذا القانون على انه مجموعة القواعد الناشئة عن الممارسات العقدية أو الممارسات القاعدية أو العرفية بما فيها العادات وتقنينات السلوك التي تنظم معاملات التجارة الإلكترونية، يتبين من التعريف أعلاه أن المصادر التلقائية هي:

أ.الممارسات التعاقدية:

يعد العقد الإلكتروني باعتباره أحد عناصر القانون الإلكتروني، أحد مصادر القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، لأن العقد الالكتروني قادر على أن يخلق نظامه القانوني الخاص به ومن ثم الخضوع له عند تنظيم العلاقة بين الأطراف المتعاقدة وفقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، باعتبار أن الاتفاقات المبرمة بين الأطراف بشكل صحيح، تعد بمثابة قانون الأطراف المختار، (إضافة إلى المبادئ التي توصل إليها قضاء التحكيم كما في مبدأ عدم جواز الإثراء بلا سبب إضافة إلى مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية وغيرها من المبادئ)[2].

ب. تقنينات السلوك: تعرف قواعد السلوك بأنها مجموعة المبادئ والأحكام الصادرة عن هيئات ومؤسسات مهنية وتجارية سواء كانت وطنية أم دولية والتي تهدف إلى تنظيم التجارة الإلكترونية وسيادة السلوك الأخلاقي القويم على الشبكة العالمية، حيث قامت بعض المؤسسات والهيئات الدولية بوضع قواعد سلوك للتجارة الدولية عموماً والتجارة الإلكترونية خصوصاً، ومن أبرز هذه المؤسسات والهيئات هي:

(1) غرفة التجارة الدولية ICC:

لقد وضعت تحت رعاية غرفة التجارة الدولية ((قواعد للسلوك الموحد للتبادل الإلكتروني للبيانات التجارية بواسطة الإرسال عن بعد)) في عام 1987م بالاشتراك مع عدد من المنظمات الدولية[3]، كما أنشأت غرفة التجارة الدولية مشروع التجارة الإلكترونية ويشمل

[1] د.أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص62-63.

[2] د.إبراهيم محمد المحاسنة، إدارة وتقييم الأداء الوظيفي بين النظرية والتطبيق، دار جرير لنشر والتوزيع، عمان طبعة الأولى، 2013، ص200.

[3] د. صالح المنزلاوي , مرجع سابق، ص168.

ثلاث فرق عاملة تختص بمسائل الممارسات التجارية الإلكترونية وأمن المعلومات والمصطلحات الإلكترونية وكان دافع غرفة التجارة الدولية هو تطوير إطار التنظيم الذاتي للتجارة الإلكترونية وجعله قابلا للاستعمال في مجتمع التجار.

(2) مركز الأمم المتحدة لتسهيل التجارة والأعمال الإلكترونية(UN/cefact):

لقد اعتمد المركز في اذار 2001 توصية بعنوان (قواعد السلوك النموذجية للتجارة الإلكترونية) التي تعتبر كوسيلة لتسهيل صفقات التجارة الإلكترونية لدعم التوصية السابقة الخاصة بالاتفاق الإلكتروني.

(3) المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص UNIDROIT:

لقد عمل هذا المعهد على وضع عدداً من المبادئ الخاصة بعقود التجارة الدولية منذ عام1994[1].

الفقرة الثالثة: العادات والأعراف والممارسات المستقرة للتجارة الإلكترونية:

ابتداءً لابد من التمييز بين العادة والعرف التجاري من خلال تعريف كل منهما، حيث تعرف العادة التجارية الإلكترونية بأنها سلوك أطرد المتعاملون في ميدان التجارة الإلكترونية، تجاراً أم مستهلكين، على القيام به في مسألة تجارية معينة من مسائل التجارة الإلكترونية، أما العرف التجاري الإلكتروني فهو يشتمل على تعريف العادة التجارية الإلكترونية مع تمتعها بعنصر الإلزام، لأنه متى أعتقد المتعاملون بالصفقات الإلكترونية بإلزامية سلوك معين، يصبح الأخذ به ملزم والإعراض عنه يترتب عليه جزاءً محدد، حيث ساهم العاملون في مجال التجارة الالكترونية تلقائياً في إرساء بعض القواعد الموضوعية للقانون الالكتروني ولعل من ابرز هذه القواعد، هي ما استقرت عليه الأوساط المهنية من عادات وأعراف وممارسات في العالم الرقمي للمعلومات والاتصالات والتي تتميز بكونها ذات طابع تعاوني طائفي خاص بكل نوع من التعامل الذي يتم في هذا العالم الافتراضي كما في الأعراف والعادات السائدة في مجال الدعاية والترويج للسلع والخدمات

المطلب الثالث: تقييم القواعد المادية للتجارة الالكترونية

لقد اختلف الفقه حول مدى تمتع القواعد المادية للمعاملات الإلكترونية في المجال الدولي الخاص، بصفة النظام القانوني وهل أنها تشكل نظام قانوني مستقل خاص بها من

[1] د. إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، مصدر سابق، ص27.

عدمه وكذلك في مدى توافر القوة الملزمة لهذه القواعد المادية التي تشكل بمجموعها (القانون الالكتروني) والتي بتوافرها يمكن الاعتماد عليها في حسم المشكلات التي تنشأ عن معاملات التجارة الالكترونية على المستوى الداخلي المتمثل في مدى إلزامية قواعده، وما هو الجزاء المترتب على مخالفتها، وعبء الإثبات، ودور محكمة التمييز، في الخطأ الحاصل عند تطبيقها، أما على مستوى القانون الدولي الخاص فأن أهميتها تتضح في الكشف عنها وتحديد آليات تنفيذ أحكامها، إضافة إلى إمكانية تعايشها مع قواعد الإسناد[1].

لذا سوف يتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، الأول يبحث في مدى تمتع القواعد المادية بصفة النظام القانوني والثاني يبحث في مدى إلزامية هذه القواعد والجزاء المترتب على مخالفتها.

الفرع الأول: مدى تمتع القواعد المادية الالكترونية بصفة النظام القانوني

لقد اختلف الفقه حول مدى تمتع القواعد المادية للمعاملات الإلكترونية في المجال الدولي الخاص، بصفة النظام القانوني وهل انه يشكل نظام قانوني مستقل خاص بها أم لا؟ حيث ذهب اتجاه فقهي إلى القول بأن هذا النظام هو قاعدة قانونية قائمة بحد ذاتها، أما الاتجاه الآخر فأنه ينفي عنها صفة النظام القانوني وكما يلي:

الفقرة الأولى: نفي صفة النظام القانون للقواعد المادية في التجارة الالكترونية

يتجه هذا الجانب الفقهي إلى نفي صفة النظام القانوني على مجموعة القواعد المادية الالكترونية بسبب النقص الذي يعتريها والذي يحول دون اعتباره نظاماً قانونياً[2]، ويعدها جزءاً من القواعد المادية التي تدخل ضمن الإطار العام لقانون التجارة الدولية، لذلك فهم لا يعتبرونها، وحدة قانونية مستقلة بذاتها ولا تمتلك أية مقومات أو سمات تميزها عن غيرها، وأنهم يستندون في ذلك إلى الحجج الآتية:

أولا. أن قيام أي نظام قانوني , يتطلب وجود الجماعة التي تنظمه , وفي حالة تطبيق القاعدة أعلاه على التجارة الالكترونية فأنه لا يمكن القول بشكل قاطع , بوجود مجتمع متماسك موحد ومنظم، قادر على أن يجمع كافة المتعاملين عبر شبكة الانترنت بما يؤدي إلى قدرته

[1] د. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية " دراسة تأصيلية انتقادية"، دار النهضة العربية، القاهرة، ص330.

[2] . د. احمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص60-61.

على خلق قواعد سلوك ملزمة لهذا المجتمع، إضافة إلى قلة وصعوبة ظهور الأعراف المتعلقة به، بسبب غياب الوحدة والترابط بين مستخدمي شبكة الانترنت وانتماء المتعاملين عبر الشبكة، لنظم قانونية مختلفة إضافة إلى اختلاف طوائفه اجتماعياً وفكرياَ وثقافياً، مما أدى إلى وجود أعراف وعادات خاصة بكل طائفةً لما فيها من ضمان في الحفاظ على مصالحها المتعارضة، وهذا بحد ذاته يؤدي والى صعوبة التسليم بوجود التنظيم الموحد، كأساس في قيام النظام القانوني.[1]

ثانياً: إن الدول لا تزال غير متعاونة في هذا المجال، انطلاقاً من مبدأ توفير الحماية اللازمة لمواطنيها، لذلك فأنها غير مستعدة لترك حل المنازعات التي يعتبر أحد مواطنيها طرفاً فيها، لحكم القواعد المادية الالكترونية، لما قد يترتب عليها من ضرر بالمصالح الاقتصادية والسياسية الخاصة بتلك الدولة، مما يدفعها للوقوف أمام كل محاولة للاعتراف بمثل هذا القانون الالكتروني[2].

ثالثاً: إن اغلب القواعد المادية للتجارة الالكترونية تكونت من مجموعة قواعد السلوك المجردة من حيث نشأتها ومضمونها وبسبب حداثة تكوينها، فأنها خالية من عنصر الالتزام بما يجعل منها عرفا واجب الإتباع، وبالتالي فأن غياب القواعد الآمرة يعني عدم استقامة النظام القانوني[3].

الفقرة الثانية: تمتع القواعد المادية الالكترونية بصفة النظام القانوني

إن هذا الاتجاه الفقهي ذهب بعكس ما ذهب إليه الاتجاه الأول حيث يعتبر أن القواعد المادية للتجارة الالكترونية(lex electronica) نظاماً قانونياً مستقلاً بطبيعته الموضوعية وتبرز أهميته في مجال المعاملات الالكترونية التي تتم عبر الشبكة الدولية، بحيث توازي في أهميتها القواعد المادية للتجارة الدولية , وان العادات والممارسات التي استقر عليها العمل في هذا المجتمع الافتراضي هي التي شكلت هذه القواعد المادية، حيث عملت بعض الدول والحكومات والجهات ذات العلاقة والعاملون في مجال الاتصالات والمعلومات إضافة إلى المصادر الاتفاقية التي تم العمل بها وفقاً لاتفاقيات دولية على تطوير هذه القواعد، مما

[1] د. عادل ابو هشيمة حوته، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2005، ص149.

[2] د. احمد عبد الكريم سلامة القانون الدولي الخاص النوعي، مرجع سابق، ص 63.

[3] د. عادل أبو هشيمة حوته، مرجع سابق، ص151.

جعلها تختلف عن القواعد التي يضعها المشرع الوطني والتي تسري داخل حدود مجتمع الدولة الواحدة[1]، ويستندون في كونها نظام قانوني مستقل إلى الحجج الآتية:

أولا: فيما يخص المجتمع الافتراضي فأنهم ذهبوا إلى وجود هذا المجتمع المتجانس الذي يتكون من العاملين في التجارة الالكترونية والخاص بشبكة الانترنت، حيث أن أفراده يعيشون بفكر وهدف واحد ويرتبطون فيما بينهم بروابط وثيقة بما يجعلهم قادرين على تكوين مجتمعاً دولياً حقيقياً قادراً على حكم معاملاته وفرض الجزاءات التي تضمن الالتزام بتلك القواعد وضمان تطبيقها كما هو معمول به في قضاء التحكيم الالكتروني[2].

ثانياً: إن الاعتراف بالصفة القانونية لهذه المصادر واستقرارها في مجتمع الانترنت كان نتيجة للاعتراف بمنبع هذه المصادر كالاتفاقيات الدولية والعقود النموذجية التي تعدها المنظمات الدولية المعنية إضافة إلى المصادر الأخرى، بما يؤدي حتماً إلى دعم الأمان القانوني الذي ينشده المتعاقدين مع ضمان وحدة الحلول للمشكلات الفنية والقانونية التي تحصل عبر الشبكة الدولية الانترنت، إضافة إلى تجنب الفراغ التشريعي الذي يمكن أن تؤدي إليه التشريعات الوطنية خاصة التي لم تنظم التجارة الالكترونية والنقص الذي يشوبها عند إعمالها في مجال العقود الالكترونية[3].

ثالثاً: فيما يخص عنصر الجزاء الذي يعد عنصراً رئيس في النظام القانوني، فقد أصبح لمجتمع الانترنت قضاة متخصصين في حل منازعاته، والذي يتميز بعدالته الافتراضية حيث يقوم القضاة بمهامهم في عقد جلساتهم عن بعد بواسطة آليات ومعدات مصممه لهذا الغرض عبر شبكة الانترنت، وإصدار أحكامهم على المخالف، بالطرد أو إنهاء اشتراكه أو حرمانه من التعامل عبر الشبكة أو تعليق الاستفادة منها هذا بالإضافة إلى قضاء التحكيم الالكتروني[4].

---

[1] د احمد الهواري، مرجع سابق، ص 162.

[2] د صالح جاد المنزلاوي، مرجع سابق، ص 196.

[3] د صالح جاد المنزلاوي، نفس المرجع، ص 206.

[4] د. احمد عبد الكريم سلامة، الانترنت والقانون الدولي الخاص، فراق أم تلاقي، مصدر سابق، ص21.

الفرع الثاني: مدى تشكيل القواعد المادية للتجارة الالكترونية لنظام قانوني مستقل

يعني البحث عن مدى اتصاف القواعد المادية للتجارة الالكترونية بالاستقلال، مدى تمتعها بصفة الإلزام الذاتي بالاستقلال عن النظام القانوني الداخلي، والنظام القانوني الدولي العام، وكذا إرادة الأطراف[1]

إن البحث عن مدى الاستقلالية التي تتمتع بها القواعد المادية للتجارة الالكترونية تقتضي من التطرق إلى: مدى كفايتها (الفقرة الأولى) ومن ثم مدى إلزاميتها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مدى كفاية القواعد المادية للتجارة الالكترونية

من الثابت أن هذه القواعد مازالت في بدايتها الأولى، فهي كالجنين في طور التكوين[2]، فبالرغم من تعدد مصادرها– كما أسلفنا–إلا أنها تخلو من القواعد القانونية التي تحكم مسائل أخرى على درجة كبيرة من الأهمية ومن أمثلة ذلك، المسؤولية، والشروط الشكلية اللازمة لإبرام أو صحة العقود ...الخ[3] .

الفقرة الثانية: مدى الاعتراف بالقوة الملزمة للقواعد المادية للتجارة الالكترونية

بنظرة فاحصة لما يسمى بالقواعد المادية للتجارة الالكترونية يتضح بأنها مجموعة من قواعد السلوك المحدودة في نشأتها ومضمونها، ولا يتوافر فيها عنصر الاعتقاد بالإلزام والذي يعتبر ضروريا لتحويل العادة إلى عرف واجب الاحترام[4]، فمن الصعب في عالم التجارة الالكترونية أن يقوم الأطراف بفرض الجزاء على الآخر، تتغلب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة في ظل ت ا زيد المنافسة الشرسة بين الشركات التجارية التي تستخدم الشبكة كوسيلة لعرض منتجاتها أو إبرام عقود تجارية أو خدماتية والتي لا تبالي إلا بمصالحها الخاصة[5].

ومما سبق يمكن القول إن هناك تباين في القوة الإلزامية التي تنطوي عليها القواعد المادية للتجارة الالكترونية، حيث توجد قواعد ملزمة للأطراف وحدهم، كما هو الحال في الاتفاقيات الدولية والعقود النموذجية والتوجيهات الأوروبية، وتوصيات غير ذات قيمة قانونية

---

[1] بن غرابي سمية، مرجع سابق، ص 141 .

[2] صلاح علي حسين، مرجع سابق، ص 254 .

[3] المنزلاوي صالح، مرجع سابق، ص 240 .

[4] المنزلاوي صالح، المرجع نفسه، ص 251.

[5] خليفي سمير، مرجع سابق، ص 76 .

إلزامية، وأحكام نموذجية مقترحة على الدول أو على المعنيين بالعمليات التجارية عبر الشبكة الدولية[1].

إذن فالقواعد المادية للتجارة الالكترونية لا يمكن إنكار وجودها من الأساس، لكن كما رأينا يمكن القول إنها تشكل نظام قانوني غير مكتمل كالبناء الذي وضع أساسه لكنه غير مشيد بعد، فهو نظام وليد لم يصل إلى مرحلة الاكتمال بعد.

[1] المنزلاوي صالح، مرجع سابق، ص 250 .

خاتمة

من خلال الدراسة يتضح أن التجارة الإلكترونية تعتبر نموذجًا اقتصاديا يلائم مفهوم العولمة الاقتصادية والتي تقوم على إزالة الحدود الإقليمية للدول أمام التجارة الإلكترونية في السلع والخدمات وحرية الانتقال للأيدي العاملة. ويمكننا القول أن التجارة الإلكترونية تحقق اتفاقيات الجات بدون الرجوع إلى مفاوضات بين الأطراف المختلفة باعتبارها تلغى البعد المكاني سواء ما يتعلق بالمنتج أو المستهلك .

حيث أنها تتمثل في إدارة وتنفيذ الأنشطة التجارية المتعلقة بالسلع والخدمات بواسطة تحويل المعطيات عبر شبكة الإنترنت.

ولقد واجهت التجارة الإلكترونية الكثير من التحديات القانونية التي تحتاج لإعادة نظر لاسيما ما يتعلق منها بأمن المعلومات، التوقيع الإلكتروني، وسائل السداد الإلكتروني، التعاقد الإلكتروني، الملكية الفكرية، النظم الضريبية وغيرها....

ويتضح من الدراسة أن الاتجاه العام لدى الحكومات المختلفة ينطوي على إعفاء أنشطة التجارة الإلكترونية من المعالجة الضريبية، وذلك تشجيعًا لتحرير تجارة السلع والخدمات وبهدف عدم وضع قيود ومعوقات أمام نموها لأن التجارة الإلكترونية بطبيعتها عالمية لا يعقيها البعد الجغرافي أو الزمني.

وقد تلاحظ أن التجارة الإلكترونية تمثل تحديًا للعديد من الدول نظرًا لسهولة التهرب من سداد أية أنواع من الضرائب على الصفقات التي تبرم بواسطتها ، وكذا لوجود صعوبات في فرض الضريبة على هذه التجارة الجديدة لأن القواعد المعمول بها حاليًا لفرض الضرائب تستند لمبدأ إقليمية الضريبة ... أي ضرورة أن يتحقق الدخل من مصدر داخل الدولة التي يقيم فيها المستفيد سواء عن طريق وجود مادي للمنشأة أو وكيل أو عن طريق الدورة التجارية الكاملة(شراء – بيع)، وقد يتحقق لصفقات التجارة الإلكترونية هذه العناصر أو بعضها وفى هذه الحالة تفرض الضرائب، ولكن المشكلة تظهر عندما يكون المشروع بالخارج ولا يكون له وجود مادي في الدولة الأخرى ، فلا تستطيع الدولة أن تطالب بالضريبة على الدخل الذي يتحقق داخل دولتها مما يؤدى لعدم تحصيل الضرائب على هذه الصفقات.

خاتمة

ويثير هذا النوع من التجارة المتقدمة مشكلة حقيقية في الدول العربية نظرًا لأن مواردها المالية تعتمد إلى حد كبير على فرض الضـرائب والجمارك، مما يمثل إهدارًا للموارد المالية بالدول العربية. ومن الجدير بالذكر أن هناك العديد من الدول العربية قامت بوضـع القوانين المنظمة للتجارة الإلكترونية إلا أنها جميعها لم تتعرض للضرائب.

ومن ثم فإن فرض الضريبة على صفقات التجارة الإلكترونية يتطلب قاعدة معلومات واسعة وإدارات ضريبية ذات كفاءة عالية ومهارات فنية قد لا تتوفر لدى العديد من الدول العربية وفى هذا المجال نؤكد على أهمية التعاون بين الدول العربية لمعالجة قضـية التجارة الإلكترونية بما لا يخل بمواردها المالية ويحقق في نفس الوقت الاسـتفادة الكاملة من تكنولوجيا العصـر. خاصـة وأن المؤشـرات العالمية تشـير إلى أن صـفقات التجارة الإلكترونية في زيادة مسـتمرة الأمر الذي يدعو لضـرورة وجود تنسـيق كبير بين الدول العربية وإنشـاء شـبكة معلومات عن التجارة واسـتحداث أسـلوب جديد لمعالجتها من ناحية الضـرائب والجمارك حتى لا تكون سـببًا رئيسيًا في إهدار موارده.

قائمة المراجع

أولا :قائمة المصادر

أ-النصوص القانونية

- ✓ دستور 1996، المعدل بموجب القانوني رقم: 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 والمتضمن التعديل الدستوري، ج ر ع: 145، الصادرة بتاريخ: 2016/03/07.
- ✓ الأمر رقم 57 - 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 الذي يتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم.
- ✓ الأمر 03/05 مؤرخ في 9 جويلية 2003، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر رقم: 44 صادرة في 23 جويلية 2003.
- ✓ الأمر 155/66 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، ج ر ع 71، المعدل والمتمم.
- ✓ الأمر رقم75-58 المؤرخ 1975/09/26 يتضمن القانون المدني الجزائري ج.ر، العدد78 الصادر1975/06/30. معدل ومتمم بموجب القانون رقم05-10 المؤرخ في 2005/07/20 ،ج ر ،العدد44 الصادر في 2005/06/26
- ✓ القانون رقم 02/04 المؤرخ في 2004/06/23والمتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، جريدة رسمية رقم 41 مؤرخة في2004/06/27.
- ✓ القانون06-01المؤرخ في 20 أفريل 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ج ر ع 14 مؤرخة 08 مارس 2006.
- ✓ قانون حماية المستهلك وقمع الغش 03/09 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق ل 25 فيفري 2009، جريدة رسمية عدد 15 المؤرخة في2009/03/08.
- ✓ قانون 09-04 مؤرخ في 14 أوت 2009 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، جرع 47 صادرة بتاريخ 16 أوت 2009.
- ✓ مرسوم رئاسي 14-252 مؤرخ في 8 ديسمبر 2014، يتضمن التصديق على الاتفاقية العربية لمكافحة الجرائم بغية المعلومات المحررة بالقاهرة، بتاريخ 21 ديسمبر 2010، ج ر ع 57 صادر في 28 سبتمبر 2014.

- ✓ المرسوم الرئاسي رقم 14-252 المؤرخ في 2014/09/08، المتضمن التصديق على الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات المحررة بالقاهرة بتاريخ 2010/12/21، ج رع: 57 صادر بتاريخ 2014/09/28.
- ✓ مرسوم تنفيذي رقم07 -162 مؤرخ في 30 ماي 2007 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم -123
- ✓ المرسوم التنفيذي 2000-307 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 98-257 المؤرخ في 25 أوت 1998، الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها، جر عدد 15 صادرة 06 أكتوبر 2000.
- ✓ المرسوم التنفيذي رقم 306 / 06 المؤرخ في 2006 / 09 / 10 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر عدد 56.
- ✓ نظام 05/07 مؤرخ في 28 ديسمبر 2005، يتعلق بأمن أنظمة الوفاء: ج، ر رقم: 37 صادرة بتاريخ 4 جويلية 2005.

ثانيا: قائمة المراجع

أ-الكتب

- ✓ إبراهيم بختي، التجارة الالكترونية (مفاهيم واستراتيجيات التطبيق في المؤسسة)، الجزائر، 2005.
- ✓ النصيرات محمد علاء، حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات – دراسة مقارنة- ، دار الثقافة، الأردن، 2005 .
- ✓ إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته (الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية) ، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر (الإسكندرية)، د.ط، 2008.
- ✓ أيمن أحمد محمد الدلوع، المسؤولية المدنية الناشئة عن التعاقد الإلكتروني، د. ط، دار الجامعة الجديدة، 2015.
- ✓ أحمد خالد العجولي، التعاقد عن طريق الانترنيت، دراسة مقارنة، المكتبة القانونية، عمان، الأردن، طبعة 2002 .
- ✓ أسامة أبو الحسن مجاهد .التعاقد عبر الإنترنت .دار الكتب القانونية، مصر، الطبعة 2005.
- ✓ السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، طبعة 2003 الدار الجامعية للطباعة والنشر،
- ✓ الغريب سعيد فيصل، التوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة،2005.
- ✓ إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته (الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، دار بالإسكندرية.
- ✓ بتول صراوة عبادي، التضليل الإعلاني التجاري وأثره على المستهلك دراسة مقارنة الطبعة الأولى،2011، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان.

- ✓ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول التصـرف القانوني العقد والإرادة المنفردة) ، الطبعة الثالثة 2004 ديوان المطبوعات الجامعية.
- ✓ بشار طلالي المومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، « دراسة مقارنة » ،علم الكتب الحديثة، اربد،الأردن،2004.
- ✓ بن سعيد لزهر، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، دار هومة، الجزائر.
- ✓ جليل أحمد حســـن قدادة، الوجيز في شـــرح القانون المدني –الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية.
- ✓ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني دراســـة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011.
- ✓ خالد ممدوح إبراهيم، أمن الجريمة الالكترونية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2008.
- ✓ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المســتهلك في العقد الالكتروني، الطبعة الأولى 2008 دار الفكر الجامعي الأزاريطة بالإسكندرية.
- ✓ شــحاتة غريب محمد شــلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشــريعات العربية (دراســة مقارنة)، دار الجامعية الجديدة، مصر، 2008.
- ✓ صـــالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق عمى عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2006.
- ✓ صــالح عبد الســميع الآبي الأزهري، جواهر الإكليل، ط1، المكتبة العصــرية، بيروت، 1421هـ-2000م.
- ✓ عبد الرزاق الســـنهوري، نظرية العقد، شـــرح القانون المدني، الجزء 2، دار الفكر، بيروت،1998 .
- ✓ عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، 2002.

- ✓ عايد رجا الخلايلة، المسـؤولية التقصـيرية الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2009.
- ✓ عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت في القانون العربي النموذجي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2006.
- ✓ عمر خالد زريقات، عقود التجارة الالكترونية، عقد البيع عبر الانترنت(دراسة تحليلية)، ط5، دار الحامد للنشر .- والتوزيع، عمان، الأردن،2007 .
- ✓ عبد الله عبد الكريم عبد الله، جرائم المعلوماتية والانترنت (الجرائم الالكترونية)، منشورات الحلبي القانونية، بيروت، 2007.
- ✓ عبير ميخائيل الصفدي .التوقيع الإلكتروني، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
- ✓ علي حسن بخيدة، ضمان عيوب المبيع في عقد البيع في القانونين المصري والمغربي دراسة مقارنة، دار الفكر العربي القاهرة 1986.
- ✓ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، د. ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003.
- ✓ قارة أمال، الحماية الجزائية للمعلوماتية في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط2، 2007.
- ✓ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، دار الهدى للطبع والنشر والتوزيع طبعة 2012 عين مليلة الجزائر.
- ✓ محمد عليش، منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل، دار الفكر، بيروت، 1409هـ-1989م، م4.
- ✓ محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الالكتروني، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م.
- ✓ مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنيت، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر،.2002
- ✓ منى أبو بكر الصديق، الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، طبعة 2013 دار الجامعة الجديدة والقانون بالمنصورة.

ب-الرسائل والمذكرات الجامعية

***الرسائل الجامعية:**

- ✓ أحمد مسعود مريم، آليات مكافحة جرائم تكنولوجيات الإعلام والاتصال في ضوء القانون 09/04، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة 2013.
- ✓ بلقاسم حامدي،" إبرام العقد الإلكتروني"، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه العلوم في العلوم القانونية، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2015.
- ✓ بلقاسم عبد الله، المحررات الالكترونية وسيلة لإثبات العقد الالكتروني – دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير (في القانون، تخصص القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو .2013.
- ✓ بن غيدة إيناس، الحماية المدنية للمستهلك في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، السنة الجامعية 2014-2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان.
- ✓ بن شهرة شول، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد . خيضر، بسكرة،2011 .
- ✓ جرعود الياقوت عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2001-2002.
- ✓ حابت أمال، التجارة الإلكترونية في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراء في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.
- ✓ خميخم محمد، الحماية الجبائية للمستهلك في عقود التجارية الالكترونية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، علوم في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2017.

- ✓ خشـة حسـيبة، وسـائل الدفع الحديثة في القانون الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شـهادة الماجستير في الحقوق تخصص، قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016.
- ✓ دحماني سمير، التوثيق في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون، فرع القانون الدولي- للأعمال، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو،2015 .
- ✓ شـنين صـالح، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية (دراسـة مقارنة) رسـالة لنيل شـهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013.
- ✓ عجالي خالد، النظام القانوني للعقد الالكتروني، في التشـريع الجزائري، رسـالة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2014.
- ✓ عبد الفتاح محمود الكيلاني، المرجع السـابق، ص 474 / راجع في ذلك: الحمصـي خالد، عقد الخدمة المعلوماتية، رسـالة مقدمة لنيل درجة الماجسـتير في الحقوق، كلية الحقوق جامعة حلب، 2015.
- ✓ فلاح فهد العجمي، رسالة ماجستير مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق بجامعة الشرق الأوسط للسنة الجامعية 2011 .
- ✓ لملوم كريم، الإثبات في معاملات التجارة الالكترونية بين التشريعات الوطنية والدولية، مذكرة مقدمة لنيل شـهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2011 .
- ✓ مزاري عائشة، علاقة قانون حماية المستهلك بقانون المنافسة، السنة الجامعية 2012-2013، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة وهران.
- ✓ منال بوروح، ضـما ت حماية المسـتهلك في ظل قانون09-03 المتعلق بحماية المسـتهلك وقمع الغش، مذكرة لنيل شـهادة الماجسـتير فرع قانون حماية المسـتهلك والمنافسة، السنة الجامعية2014- 2015 ، كلية الحقوق بجامعة.

***المذكرات:**

- ✓ امدالو سهام، لحسن ليلى، حماية المستهلك الالكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.
- ✓ بوخليفي قويدر، النظام القانوني للعقود الالكترونية، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، إشراف الأستاذ صابر أحمد حوحو، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 2003-2006.
- ✓ بعرة سعيدة، الجريمة الالكترونية في التشريع الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر حقوق تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2016، ص54.
- ✓ بن الشيخ الحسين يامنة، بن صيد منال، حماية المستهلك في التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2017، ص54.
- ✓ بن غيدة إيناس، الحماية المدنية للمستهلك في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، السنة الجامعية 2014-2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان.
- ✓ طيموش عزولة، علاوات فريدة، التوقيع الالكتروني في ظل القانون رقم 15-04، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2016.
- ✓ ابن شعاعة حليمة، الحماية الجزائية للمستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر، تخصص قانون عام للأعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2013.
- ✓ جبار خديجة، عثماني نسيمه، حماية المستهلك في ظل العقود الالكترونية، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات شهادة الماستر، تخصص إدارة أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، 2015.

- ✓ كابة حليمة، حماية التوقيع الالكتروني، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، 2017، ص15 .
- ✓ لمداوي حنان، الحماية الجنائية للمستهلك الالكتروني، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر، حقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2، 2017، ص54.
- ✓ مزيان أميرة، نويوة عائشـــة، التجارة الالكترونية والجرائم الواقعة عليها، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون عقوبات والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة،2017 ، ص62.
- ✓ محمد بافكر المعاملات التجارية الإلكترونية في ظل القانون رقم 18 – 05 مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أعمال، كمية الحقوق جامعة أحمد دراية ، أدرار، 2018 / 2019 .

المجلات:

- ✓ أنور جمعة علي الطويل، الحماية المدنية للمستهلك في عملية التسوق الالكتروني في القانون الفلسطيني دراسة مقارنة، مقال منشور بكتاب أعمال المؤتمر الرابع عشر: الجرائم الالكترونية، طرابلس 24-25 مارس 2017.
- ✓ السيد باسم، "الأساس القانوني لمسؤولية مزودي الخدمة الانترنت في سوريا"، مجلة جامعة البحث، المجلد 39، العدد 59، سوريا، 2017.
- ✓ أمنة سلطاني، حماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد، مداخلة تم تقديمها في الملتقى الوطني المنعقد بمعهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي بالوادي سابقا تحت عنوان حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي يومي 20 و22 أفريل 2008.
- ✓ الرقط عزيزة، "الحماية الجنائية للتوقيع والتصديق الالكتروني في التشريع الجزائري"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائري، 2017.
- ✓ بلحارث ليندة، الحماية القانونية لوسائل الدفع الالكترونية، مداخلة في الملتقى الوطني الثامن حول آلية تفعيل وسائل الدفع الحديثة في النظام المالي والمصرفي الجزائري، يومي 13-14 مارس 2017، الجزائر.
- ✓ بوخالفة حدة، "النظام القانوني المتعهد الإيواء عبر الانترنت"، مجلة الفكر، العدد 14، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015.
- ✓ بهلولي فاتح، تنفيذ عقود التجارة الالكترونية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد11، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015.
- ✓ برابح منير حماية رضا المستهلك الالكتروني بين نصوص القانون المدني ونصوص حماية المستهلك، مقال منشور بمجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الخامس، مارس 2017.

- ✓ حوالف عبد الصمد،" دور التوقيع والتصديق الالكترونيين في تأمين وسائل الدفع الالكترونية"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الخامسة، العدد3 ، الكويت، سبتمبر 2017.
- ✓ سليماني مصطفى سلياني، بحماوي الشريف، حماية رضا المستهلك الالكتروني، مقال منشور بالمجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الأول، العدد الأول، جوان 2017.
- ✓ شنين صالح، "الحماية الجنائية لبرامج الحاسوب في التشريع الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، ع 01، كلية الحقوق جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2010.
- ✓ عبد الرحمان خلفي، مقال بعنوان حماية المستهلك الالكتروني في القانون الجزائري
- ✓ (دراسة مقارنة) منشور بمجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية) المجلد 28، 2013.
- ✓ عبد الفتاح محمود الكيلاني، "مدى المسؤولية القانونية لمقدمي خدمة الانترنت، دراسة مقارنة"، مجلة كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، د س ن.
- ✓ معزوز دليلة، الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي كوسيلة بديلة لضمان رضا المستهلك في البيع الالكتروني، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد2، 2012.

فهرس المحتويات

المواضيـــع	ر.صفحة
البسملة	
الإهداء والشكر والتقدير	
المقدمة	**أ-ب-ج-د**
الفصل الأول : عقد التجارة الالكترونية والحماية القانونية له	**3**
المبحث الأول :عقد التجارة الالكتروني	**3**
المطلب الأول :مفهوم عقد التجارة الالكتروني	**4**
الفرع الأول :تعريف عقد التجارة الالكتروني	**4**
الفرع ثاني : خصائص العقد التجارة الالكتروني	**8**
الفرع الثالث : تمييز العقد الالكتروني عن بعض العقود المشابهة له	**10**
الفرع الرابع: الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني	**11**
المطلب الثاني : مراحل تكوين عقد التجارة الالكترونية وطرق إثباتها	**12**
الفرع الأول: مراحل التعاقد الإلكتروني	**13**
الفرع الثاني :الإثبات في عقود التجارة الالكترونية	**20**
المطلب الثالث : آثار العقد الإلكتروني	**34**
الفرع الأول : التزامات البائع بتسليم المبيع:	**35**
الفرع الثاني :التزامات المشتري:	**42**
المبحث الثاني : الحماية القانونية	**52**
المطلب الأول: الحماية المدنية	**52**
الفرع الأول : المسؤولية المدنية للتجارة الإلكترونية	**53**
الفرع الثاني : الاتجاه الحديث لحماية المستهلك الالكتروني	**58**

فهرس المحتويات

المطلب الثاني : الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية	**74**
الفرع الأول: الحماية الجنائية للتاجر في إطار التجارة الالكترونية	**74**
الفرع الثاني: الحماية الجنائية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية	**83**
الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على المعاملات التجارة الالكترونية	**95**
المبحث الأول : تطبيق قواعد الإسناد التقليدية	**95**
المطلب الأول: إخضاع العقد لقانون الإرادة	**95**
الفرع الأول : مدى إعمال مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارية الالكترونية.	**96**
الفرع الثاني : الصعوبات التي تواجه إعمال مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارية الالكترونية والقيود الواردة عليه.	**99**
المطلب الثاني : تطبيق قواعد الإسناد الموضوعية.	**103**
الفرع الأول: قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة	**104**
الفرع الثاني : تطبيق قانون بلد أبرام العقد أو محل تنفيذه	**105**
المطلب الثالث :الإسناد المرن	**105**
الفرع الأول : مضمون فكرة الأداء المميز للعقد	**106**
الفرع الثاني : موقف القضاء والتشريعات الوطنية والدولية من فكرة الأداء المميز	**106**
الفرع الثالث : مدى تطبيق فكرة الأداء المميز على عقود التجارة الالكترونية	**107**

فهرس المحتويات

المبحث الثاني : مدى الحاجة للقواعد المادية للتجارة الالكترونية	**107**
المطلب الأول : مفهوم القواعد المادية للتجارة الالكترونية	**108**
الفرع الأول :تعريف القواعد المادية للتجارة الإلكترونية	**108**
الفرع الثاني : خصائص القواعد المادية	**109**
المطلب الثاني : مصادر القواعد المادية	**111**
الفرع الأول: المصادر الوطنية	**111**
الفرع الثاني : المصادر الدولية	**115**
المطلب الثالث : تقييم القواعد المادية للتجارة الالكترونية	**120**
الفرع الأول : مدى تمتع القواعد المادية الالكترونية بصفة النظام القانوني	**121**
الفرع الثاني : مدى تشكيل القواعد المادية للتجارة الالكترونية لنظام قانوني مستقل	**124**
خاتمة	**126**
قائمة المصادر والمراجع	**130**
ملخص	

الملخص

ملخص البحث باللغة العربية

في ظل العولمة والتطورات التكنولوجية التي شـــهدتها مختلف القطاعات والنشـــاطات وخاصـــة النشـــاط التجاري الذي مر بمراحل عديدة متأثرا بالتكنولوجيا الحديثة مما أدى إلى ولادة تجارة جديدة عرفت بالتجارة الإلكترونية، وهو نمط حديث من المبادلات حيث يتم بيع السـلع والخدمات وإبرام العقود وعقد الصـفقات وغيرها من المبادلات التجارية التي تبرم عن بعد، بمعنى دون حضـــور أي طرف من أطراف المبادلة أو العقد وذلك بالاســـتعانة بتقنية الاتصـال الإلكتروني والمتمثلة في شـبكة الانترنت، وهي شـبكة عالمية يسـتخدمها أشـخاص وشركات من جميع أنحاء العالم دون تمييز بينهم.

وبالرغم من أنها تخضـع للكثير من الأنظمة القانونية والقضـائية كونها تجارة إلكترونية تتم عن بعد أي عن طريق شـبكة الانترنت فإن القواعد العامة في القانون المدني عجزت عن معالجة بعض المشـكلات التي تطرأ على هذا النوع من التعاقد، وخاصـة من الناحية القانونية فيما تعلق بتبادل الإيجاب والقبول عبر الانترنت، فصـيغة التعاقد الإلكتروني وخصـوصـيته لا يخرج عن مفهومـه التقليـدي في أحكـام القـانون المـدني الجزائري، على الرغم من وجود خصـوصـية تفرضـها طبيعة العقد الإلكتروني باعتباره يبرم عن بعد باسـتخدام وسـائل اتصـال حديثة.

Summary of the research in English:

In light of globalization and technological developments witnessed by various sectors and activities, especially commercial activity, which has gone through many stages affected by modern technology, which led to the birth of a new trade known as electronic commerce, which is a modern pattern of exchanges where goods and services are sold, contracts are concluded, deals are concluded, and other commercial exchanges are concluded Remotely, meaning without the presence of any of the parties to the exchange or contract, using the electronic communication technology represented in the Internet, which is a global network used by people and companies from all over the world without discrimination between them.

Although it is subject to many legal and judicial systems as it is an electronic commerce that takes place from a distance, that is through the Internet, the general rules in civil law have failed to address some of the problems that arise in this type of contract, especially from a legal point of view with regard to the exchange of offer and acceptance via the Internet.

The formula of electronic contract and its privacy does not depart from its traditional concept in the provisions of the Algerian Civil Code, despite the presence of privacy imposed by the nature of the electronic contract as it is concluded remotely using modern means of communication.