جـــامعـــة أبـــو بكر بلقـــايد بتلمســـان

كليـــة الحقـــوق والعلـــوم السيـــاسيـــة

المخبر المتوسطي للدراســات القانونية

النظـــام القـــانـــوني للتجـــارة الالكترونيـــة

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص

من إعـداد الطـــالب:

- قردان لخضر

تحت إشراف الأستـــاذ:

- **أ.د** تشوار جيلالي

أعضـــاء لجنـــة المنـــاقشة:

- أ.د. حميدو زكية	أستاذة التعليم العالي	جامعة تلمسان	رئيساً
- أ.د. تشوار جيلالي	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	مشرفاً ومقرراً
- أ.د. بوزيدي الياس	أستاذ محاضر "أ"	المركز الجامعي مغنية	مناقشاً
- أ.د. عبد اللاوي خديجة	أستاذة محاضرة "أ"	المركز الجامعي عين تيموشنت	مناقشاً

السنـة الجـامعية 2020/2019

جـــامعـــة أبـــو بكر بلقـــايد بتلمســـان
كليـــة الحقـــوق والعلـــوم السيـــاسيـــة
المخبر المتوسطي للدراســات القانونية

النظـــام القـــانوني للتجـــارة الالكترونيـــة

رسالة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص

من إعـداد الطـــالب:
- قردان لخضر

تحت إشراف الأستـــاذ:
- **أ.د** تشوار جيلالي

أعضـــاء لجنـــة المنـــاقشة:

- **أ.د. حميدو زكية**	**أستاذة التعليم العالي**	**جامعة تلمسان**	**رئيساً**
- **أ.د. تشوار جيلالي**	**أستاذ التعليم العالي**	**جامعة تلمسان**	**مشرفاً ومقرراً**
- **أ.د. بوزيدي الياس**	**أستاذ محاضر "أ"**	**المركز الجامعي مغنية**	**مناقشاً**
- **أ.د. عبد اللاوي خديجة**	**أستاذة محاضرة "أ"**	**المركز الجامعي عين تيموشنت**	**مناقشاً**

السنـة الجـامعية 2020/2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَـــانِ الرَّحِـــيم

وَأَوْفُوا بِالعَهْدِ إِنَّ العَهْدَ كَانَ مَسْؤُولَا

(سورة الإسراء، من الآية أربعة وثلاثون)

شكـــــر وعرفـــــان

الشكر لله عز وجل...

"كن عالماً، فإن لم تستطع فكن متعلماً، فإن لم

تستطع فأحب العلماء، فإن لم تستطع فلا تبغضهم"

جميل من الإنسان أن يكون شمعة ينير درب الحائرين، ويأخذ بأيديهم ليقودهم إلى بر الأمان؛

متجاوزاً بهم أمواج الفشل والقصور...

ومن باب من لا يشكر الناس لا يشكر الله؛ أتقدّم بالشّكر الجزيل والامتنان الجميل إلى:

الأستاذ المشرف الأستاذ الكريم الدكتور "جيلالي تشوار" الذي علمني فيما علمني منهجية البحث العلمي

وفق اطر موضوعية وحيادية، كما تحمل معي مشاق التوجيه والإرشاد.

وإلى كل أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تلمسان؛ وكذا جامعة الشلف

وجامعات وهران، وتيسمسيلت، وتيارت، ومستغانم، الّذين مكّنـوني من العبورإلى ضفّة البحث.

وبهذه السانحة، اتوجه بجزيل الشكر والتقدير لأستاذي الفاضل في الطور الثانوي النهائي "موقلي الحبيب"،

الذي علمني طريقة التفكير النقدية وفق نسق منطقي تجريدي.

"...ولو أنّني أوتيت كلّ بلاغة، وأفنيت بحر النّطق في النّظم والنّثر،

لما كنت بعد القول إلا مقصّراً، ومعترفاً بالعجز عن واجب الشّكر..."

البـــــاحث

الإهـــــــــــداء

بســـــم الله الرحمـــــن الرحيـــــم

"وقل اعملوا فسيرى الله عملكم و رسوله و المؤمنون"

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة، و نصح الأمة، إلى نبي الرحمة و نور العالمين

سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

إلى بلسم جراحي إلى معنى الحب و الحنان والتفاني، إلى بسمة الحياة وسر الوجود،
إلى من كان دعائها سر نجاحي، إلى التي لا يمكن للكلمات أن توفي حقها، ولا الأرقام أن تحصي فضائلها...

إلى **أمي الحبيبة؛**

إلى من كلله الله بالهيبة و الوقار، إلى من علمني العطاء بدون انتظار، إلى من أحمل أسمه بكل افتخار...

إلى **والدي رحمه الله؛**

إلى من آنستنا بحكاياتها، وغمرتنا بعواطفها...تغمدها الله برحمته؛ **جدتي العزيزة؛** وكل أجدادي وجداتي وخالاتي وعماتي

إلى صاحبة القلب الطيب والنوايا الصادقة، إلى توأم روحي و رفيقة دربي...

إلى **زوجتي الغالية؛**

إلى من حبهم يجري في عروقي و يلهج بذكراهم فؤادي...

إلى **إخوتي و أخواتي وكل أقاربي**

وأخي الأكبر

إلى من أرى التفاؤل بعيونهم، والسرور في بسماتهم، والسعادة في ضحكاتهم،

إلى شعلتي الذكاء والنور، إلى الوجوه المفعمة بالبراءة...إلى القلوب الطاهرة الرقيقة والنفوس البريئة، إلى ريحانتا حياتي

إلى **ابناي الغاليين" عبد الله براء " و "عبد الحكيم كمال"؛ وكذا ابنتي العزيزة " آمنة يسرى"**

إلى من سرنا سوياً و نحن نشق الطريق معاً نحو النجاح و الإبداع، إلى من تحلّوا بالإخاء و تميّزوا بالوفاء

و العطاء، إلى ينابيع الصدق الصافي، إلى من معهم سعدت و برفقتهم في دروب الحياة سرت،

إلى من كانوا معي على طريق النجاح و الخير، إلى من عرفت كيف أجدهم و علموني أن لا أضيعهم...

إلى **الأصدقاء و زملاء الدراسة والعمل.....وبالأخص "لخضر بوسعيد"؛**

....إلى كل من سقط من قلمي سهوا.

أهدي هذا العمل، و أدعو الله الإخلاص و القبول في القول و العمل....آمين

..... في استيــلاء النقص على جملة البشر

"إنّي رأيتُ أنّه ما كَتَبَ أحَدُهُم في يَومِهِ كِتاباً
إلا قالَ في غَدِه ؛ لوغُيّرَ هذا لَكانَ أَحسن ولَو زُيّدَ ذاكَ لَكانَ يُستَحسن ،
ولَو قُدِّمَ هذا لكانَ أفضل ، ولو تُرِكَ ذاكَ لَكانَ أجمل ،
وهذا مِن أعظَمِ العِبر ؛ وهو دَليلٌ على استيلاءِ النّقْصِ على جُملَةِ البَشر"

مقولة تنسب للأديب والشاعر محمد بن صفي الدين
الملقب بـ "عمـــاد الدين الأصفهـــاني"

قائمة أهم المختصـرات

أولا. – باللغة العربية:

1. ج جزء؛
2. ط طبعة؛
3. ص صفحة؛
4. ص.ص صفحات متوالية.

ثانيا. – باللغة الأجنبية:

1. AFTEL *Association française de télématique et multimédia*;
2. AOL:*America Online;*
3. APEC : *AsiaPacificEconomicCooperation*;
4. Art. :*Article*;
5. C.D.A :*Communications Decency Act***;**
6. CA:*Courd'Appel*;
7. Cass:*Cour de cassation;*
8. Cass. Civ.:*Chambre civile de la cour de cassation;*
9. Cass. com:*Chambrecommerciale de la cour de cassation*;
10. Cass. crim. : *Chambrecriminelle de la cour de cassation*;
11. Cass. Soc.: *Chambresociale de la cour de cassation;*
12. *Ch: Chambre;*
13. CE: *Conseileuropéen*;
14. CERIST *: Centre de Recherchesurl'InformationScientifique et technique;*
15. Civ*: Arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation;*
16. Cf : *Confer (se reporter à);*
17. Chron*Chronique;*
18. CJUE:*Cour de justice de l'UnionEuropéenne;*
19. CNIL*La Commission Nationale de L'informatique et des Libertés;*
20. CNUDCI *La Commission des Nations unies pour le droit commercial international;*
21. Com *Comparer;*
22. Cons. const.:*conseil Constitutionnel;*
23. CISG*:Contracts for the International Sale of Goods*;
24. CPCE: *Le code des postes et des communications électroniques*;
25. CVIM contrats de venteinternationale de marchandises;
26. DEA *Diplôme d'Etudes Approfondies*;
27. Dir.: *Directive;*
28. DMCA: *Digital MillenniumCopyrightAct*;
29. ECHR *European Court of HumanRights*;
30. E-Commerce*electronic commerce*;
31. Éd*édition, éditions, ou éditeur*;
32. EDI *L'Échange de données informatisé*;
33. Feb*:February;*
34. FR : *France*;
35. GATS : *The General Agreement on Trade in Service;*
36. GATT : *General Agreement on Tariffs and Trade;*
37. Gaz.Pal*Gazette du Palais;*
38. GIW*:Gesetz über internationaleWirtschaftsverträge*;

39. HADOPI : *Haute Autorité pour la diffusion des OEuvres et la Protection des Droitsur Internet;*
40. HEC *École des hautes études commerciales*;
41. Html: *HyperText Markup Language*;
42. Ibid. :*Ouvrage déjà citédansune note précédente;*
43. ICANN *Internet Corporation for AssignedNames and Numbers*;
44. ICC: *International Chamber of Commerce*;
45. ICANN*: Internet Corporation Assigned Names And Numbrs*;
46. ISSN*International Standard Serial Number*;
47. J.T*Journal des tribunaux*;
48. Jan *janvier*;
49. JCP*La Semaine juridique (Juris-classeur périodique);*
50. JO *Journal officiel (Lois et décrets);*
51. JOCE :*Journal officiel descommunautéseuropéennes*;
52. JOFR :*Journal Officiel de la RépubliqueFrançaise;*
53. Juli: Juliet;
54. L.G.D.J. *Librairiegénérale de droit et de jurisprudence*;
55. LCEN :*Loi pour la Confiancedansl'économienumérique;*
56. LGDJ :*LibrairieGénérale de Droit et de Jurisprudence;*
57. N° :*Numéro*;
58. NAFTA:*North American Free Trade Agreement*;
59. Net *network;*
60. Nov:*November*;
61. OECD*:Organisation for Economic Co-operation and Development*;
62. OMC *OrganisationMondiale du Commerce*;
63. Op.cit :*Ouvrage précité;*
64. Ord. réf. : *Ordonnance de référé;*
65. Org :*organization;*
66. P :*Page;*
67. PP: *pages en pages;*
68. Pdf *document electronique;*
69. Php: *Hypertext Preprocessor;*
70. RCADIP *Revue critique de droit international privé*;
71. RDAI*Revue de droit des affaires internation*ales;
72. Rev *Revue*;
73. Rev .Crit, D.I.P *Revue critique de droit international privé*;
74. RLDI *Revue LamyDroit de l'immatériel;*
75. T. Com*. Tribunal de commerce;*
76. T. Corr. *Tribunal correctionnel;*
77. TDG*Teledienstegesetz* (*Tele DienstGesetz*);
78. TGI *Tribunal de Grande Instance;*
79. TMG *Telemediengesetz;*
80. U.SThe *United States*;
81. UCITA*Uniform Computer Information Transactions Act*;
82. UCLA*University of California, Los Angeles*;
83. UDRP *The Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*;
84. Un *United Nations*;
85. UNCITRAL *United Nation Commission for International Trade Law*;
86. V. Par ex*Voir par exemple*;
87. Vol *Volume;*
88. WIKI:*wikipedia*;
89. WIPO*World IntellectualPropertyOrganization*;
90. WWW *: World Wide Web Consortium-3WC*;
91. WTO : *The World Trade Organization*.

مقـــــدمـــة

من التجارة البدائية إلى التجارة الورقية وصولا إلى التجارة الالكترونية في عصر العولمة، خطت البشرية خطوات جبارة ومتسارعة بل ومخيفة فيما اصطلح عليه بالعصر الرقمي. مما لا شك فيه لم يكن يخطر على بال أحد منذ فجر التاريخ أن يكون هناك تجارة يكون فيها المستند ليس من الورق بل الكترونيا، وينسحب ذلك على التصديق والتوقيع الالكترونيين، وكونها ذات طابع الكتروني وليس ورقي هذا معناه أنها افتراضية وغير مادية. وبذلك لا يمكن رؤيتها أو لمسها. عادة ما يرتبط ظهور التجارة الالكترونية بظهور مختلف الوسائل الالكترونية في حياة الإنسان كالتلكس[1] والتلفزيون الرقمي[2] وأجهزة الاتصال اللاسلكي[3] والانترانت[4] والإكسترانات[5] والإنترنيت...الخ.

---

[1] التلكس (*Telex*): هو نظام لارسال واستقبال الرسائل النصية، خضع للفحص والتجربة، وكان له خلال القرن العشرين الماضية أثراً بارزاً على الأعمال والتجارة الدولية، مقتبس من، تاريخ النشر: 2016/03/04، تاريخ الاقتباس: 2020/12/20، متاح على الرابط التالي:
WERNIKOFF Sergio., *Information Services Computer Center, Western Union Technical Review*, July 1966, p.130.

[2] التلفزيون الرقمي (*Digital television*): اختصاراً لـ*DTV* هو نقل إشارات التلفزيون، والتي تشمل قنوات الصوت، باستخدام الترميز الرقمي، مقابل التقنية التلفزيونية المبكرة، التلفزيون التناظري، والذي يتم فيه حمل الصورة والصوت بواسطة الإشارات التناظرية. ويعتبر تقدماً مبتكراً يمثل أول تطور ملحوظ في تكنولوجيا التلفزيون منذ اختراع التلفزيون الملون في الخمسينيات، مقتبس من، معرفة، مقالة، تلفزيون رقمي، بدون تاريخ النشر، تاريخ الاقتباس: 2020/12/20، متاح على الرابط التالي:https://www.marefa.org/

[3] الاتصالات اللاسلكية (*Wireless Communications*): تقوم على فكرة الاتصالات اللاسلكية على فكرة بسيطة وهي الاستغناء التام عن "الأسلاك" وتوفير خدمات الاتصالات المختلفة للمستخدمين في كل مكان: في المنزل, في السيارة ,في الطائرة ,في الباخرة ,في المؤسسات, في الجامعات ... الخ. ومن جهة آخرى, توفير الخدمات والميزات نفسها التي توفرها الإتصالات السلكية، مقتبس من، معرفة، مقالة، تلفزيون رقمي، بدون تاريخ النشر، تاريخ الاقتباس: 2020/12/20، متاح على الرابط التالي: https://www.marefa.org

[4] إنترانت (*Intranet*): هي شبكة إنترنت عادية تستخدم ذات التقنية عاليه لها سرعات مختلفه وكلما بعدت المسافة عن مصدرها قلت سرعه الانتر نت المستعملة في الإنترنت، لكنها مصغرة بحيث تسمح للأعضاء المسجلين بمنظمة أو مؤسسة أو أي كيان تنظيمي أخر الذي يستخدم نفس البروتوكولات مثل الإنترنت(TCP) ، IP، HTTP، SMTP، IMAP...الخ، مقتبس من، وكيبيديا، نقاش، شبكة داخلية، تاريخ النشر: 2009/01/28، تاريخ الاقتباس: 2020/12/20، متاح على الرابط التالي:https://ar.wikipedia.org/wiki

[5] الأكسترانت (*Extranet*): هي الشبكة المكوّنة من مجموعة شبكات إنترانت ترتبط ببعضها عن طريق الإنترنت، وتحافظ على خصوصية كل شبكة إنترانت مع منح أحقية الشراكة على بعض الخدمات والملفات فيما بينها. أي إن شبكة الإكسترانت هي الشبكة التي تربط شبكات الإنترانت الخاصة بالمتعاملين والشركاء والمزودين ومراكز الأبحاث الذين تجمعهم شراكة العمل في مشروع واحد، أو تجمعهم مركزية التخطيط أو الشراكة وتؤمن لهم تبادل المعلومات والتشارك فيها دون المساس بخصوصية الإنترانت المحلية لكل شركة، مقتبس من، بيت، وجدي عبد الجليل ناجي الأشعري، مهندس اعلام آلي، المعهد العام للاصالات، ما الفرق بين الانترنيت والاكسترانت، تاريخ النشر: 2017/07/22، تاريخ الاقتباس: 2020/12/21، متاح على الرابط التالي:https://specialties.bayt.com/ar/specialties

ظهرت النواة الأولى لفكرة شبكة الانترنيت[6] في أواخر الستينات من القرن الماضي، وبالتحديد سنة 1969 عندما طلبت وزارة الدفاع الأمريكية بواسطة البنتاغون من خبراء الحاسوب إيجاد أفضل طريقة للاتصال بعدد غير محدود من أجهزة الحاسوب دون الاعتماد على حاسوب واحد ينظم حركة سير المعلومات[7]. وكان الدافع هو الخوف من هجوم نووي مباغت خصوصا من الاتحاد السوفييتي يقضي على الشبكة المركزية. لهذا كان لابد من خلق مناخ لا مركزي لتدفق المعلومات الإستخباراتية بهدف التمويه على العدو خصوصا الاتحاد السوفييتي، بهدف تحقيق هدف استراتيجي وهو إرسال تعليمات التصويب من خلال مركز التحكم بالقواعد الصاروخية ولو بعد تدمير جزء من شبكات هذا المشروع. وذلك بإنشاء شبكات وحواسيب عديدة مترابطة بدل حاسوب واحد أو شبكة واحدة لتدفق المعلومات الإستخباراتية، حتى يتسنى تجزئة الرسالة الإستخباراتية المراد إرسالها إلى موقع معين في الشبكة. ومن ثمة، ينتقل كل جزء من أجزاء تلك الرسالة عبر طريق يختلف عن الطريق الذي سلكته الأجزاء الأخرى، ثم تصل تلك الأجزاء جميعا وتتجمع ثانيا فتتكون الرسالة مرة أخرى كما كانت من قبل. ففي حالة ما إذا تم اعتراض أي جزء من أجزاء تلك الرسالة ودمرها الاتحاد السوفييتي فإن بقية أجزاء الرسالة تكمل طريقها إلى منطقة الوصول، ومن تلك الأجزاء التي استكملت طريقها يتم جمعها. ومنه يمكن فهم فحواها والعمل بما فيها من تعليمات دون أن يكون للاعتراضات وعمليات التجسس السوفيتي أي أثر يذكر على تلك الرسائل.

ولذلك، عمل البنتاغون سنة 1969 على تكنولوجيا جديدة للاتصالات، فقام بتمويل وإعداد شبكة تعد من أهم شبكات الكمبيوتر. حيث قامت "*أربا*" (*ARPA*) وهي اختصار لـ وكالة المشاريع والأبحاث المتقدمة في وزارة الدفاع الأمريكية (*Advanced Research Projects Agency*) بدعم مشروع لأحد

---

[6] الانترنيت (*Intranet*) كان لها دور في توسيع ونشر التجارة الالكترونية بحكم طبيعة الوسائل المستخدمة والتي تميز تطبيقات الانترنيت، إلا أن معاملات التجارة الالكترونية كانت موجودة قبل ظهور الانترنيت، فتبادل المعطيات المعلوماتية مشهور في السبعينات وهو أحد هذه الوسائل المستخدمة في التعاقد عن بعد بواسطة عدة شبكات أشهرها شبكة سيتا (*SITA*) المستخدمة من طرف وكالات الأسفار للنقل الجوي والبحري...حيث تتبادل من خلالها الدول المعلومات الخاصة بهذا المجال. بل وأكثر من ذلك يشير بعض الفقه إلى أن لفكر التجارة الالكترونية جذور تمتد إلى القرن التاسع عشر، إذ اعتمد القضاء الأمريكي في بعض أحكامه على التلغراف كأساس للتعاقد، حيث قضت محكمة نيو هامشير (*New-Hampshire*) في قضية هولي(Howley) سنة 1869 بأن تطابق الإيجاب مع القبول بواسطة التلغراف لا يمنع من إبرام العقد. ثم تطور الأمر فيما بعد إلى اعتماد التلكس والفاكس والتلفزيون الرقمي. مقتبس من،

HUET Jérom., *La Problématique Juridique du Commerce Électronique*, Revue de Jurisprudence Commerciale, Le Droit des Affaires du 21 Siècle, Paris, 2001, N^0 01, p.17.

[7] محمد السعيد رشدي، *الانترنيت والجوانب القانونية لنظم المعلومات*، ط.01، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، 1997، ص.11.

طلاب قسم إدارة تكنولوجيا المعلومات (*MIT*) في جامعة الينويس (*University of Illinois*)، كما قامت هذه الوكالة برعاية مؤتمر لمناقشة ومشاركة العديد من الأفكار والمشاريع الجديدة المتعلقة بعلوم الحاسوب وتقنية المعلومات. وفي هذا المؤتمر طرح نموذج جديد لربط الحواسب وفق نظام منطقي للمعلومات، وبعد هذا قامت "*اربا*" بتنفيذ ما أصبح يسمى أربانت (*ARPAnet*)، وهو المؤسس الأول للإنترنيت[8].

طور مشروع أربانت في عام 1972 وأصبح يضم شبكة اتصالات بين أربعين جهاز حاسوب. ولقد تحقق لهذه الشبكة الانطلاق والتوسع عندما تبنتها "*المؤسسة العلمية القومية* (*National Science Foundation*) سنة 1980، وذلك للسماح للمجتمع العلمي بالوصول إلى المعلومات المخزنة على الشبكة، وأصبحت أربانت تسمى "*نيسف نت*(*NSFnet*) [9]، وفي سنة 1983 انقسم المشروع إلى شبكتين، حيث احتفظت الشبكة الأم باسمها الأساسي "*اربانت*" وبالغرض الأساسي الذي أنشأت من اجله وهو خدمة جهاز المخابرات المركزية الأمريكية(*C.I.A*)؛ وسميت الشبكة الأخرى باسم ميل نت (*MAIL NET*)، وتم تخصيصها للاستخدامات المدنية السلمية، ونتيجة انفصال الشبكتين سجل التاريخ حدث مهم في حياة الإنسان ألا وهو ميلاد شبكة الاتصالات الدولية (*ENTER NET*)، حيث سمح لمختلف الأفراد باستخدامها بعد ربطها بمختلف الشبكات الأخرى عن طريق بروتوكولات الاتصالات (*Transmission Control* Protocol (*TCP*)، ونظام التشغيل انتي (*NT*) ونظام يونكس (*UNIX*). وفي سنة 1986 توسعت شبكة الانترنيت وشملت مئات الجامعات والمعاهد، ثم توسعت إلى المجال التجاري لاحقا بعد اندماج ألاف الشبكات في الشبكة الدولية. إذ في سنة 1990 بدأ مقدمو خدمة البريد الإلكتروني تقديم معلومات عن أسعار البورصات العالمية وأسعار سوق المال والمعلومات المتعلقة بأعمال البنوك[10]. ومن ثمة، أصبحت الانترنيت تستعمل لأغراض تجارية غير الأغراض العسكرية أو العلمية السابقة، بل توسعت هذه الشبكة لتشمل كندا ثم الاتحاد الأوروبي، وبعد ذلك العالم بأسره أصبح يستعمل شبكة الاتصالات الدولية. حيث كشفت إحصاءات عالمية حديثة زيادة قاعدة مستخدمي الانترنت حول العالم لتسجل مع نهاية النصف الأول

---

[8] خضر مصباح الطيطي، *التجارة الالكترونية من منظور تقني وتجاري وإداري*، ط.1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2008، ص.19-20.

[9] Cf. JEAN F., *Trust and Risk in Internet Commerce*, Printed in United State of America, éd.2000, p.6-7.

[10] Cf. SEDALLIAN Valérie., Droit de L'Internet, éd. Net Press, Paris, 1997, p.15.

من سنة 2019 قرابة 4.54 مليار مستخدم، أكثر من نصفهم يتواجدون في قارة آسيا[11]. كما أعلن الاتحاد الدولي للاتصالات أن عدد مستخدمي الانترنت في العالم سيصل إلى 60% من مجموع سكان العالم بحلول عام 2020[12].

إن اصطلاح الانترنيت هو اختصار لكلمتين انجليزيتين الأولى (*International*)؛ والثانية (*Network*). وبذلك، فإن اصطلاح الانترنيت يقصد به شبكة الاتصالات الدولية. فالإنترنيت إذن هو مجموعة شبكات وأجهزة الحاسب الآلي المتواجدة في مختلف دول العالم والتي تتصل ببعضها البعض بواسطة أنظمة الاتصالات الالكترونية التي تستخدم لنقل البيانات فيما يعرف بنظام نقل المعلومات (*TCP/IP*). والانترنيت هو الميناء الذي ننطلق منه لنجوب بحار الشبكة المعلوماتية العالمية والتي يرمز لها بـ(*WWW*)، إضافة إلى البريد الالكتروني وصفحات الويب وتطبيقات المحادثة المرئية والمسموعة ...الخ[13].

ولقد نشأ عن استخدام التطبيقات المتنوعة للإنترنيت ظهور ما يسمى بالعالم الافتراضي (*Cyber-Space*) أي المكان الخيالي المصطنع أو ما يسمى بالفضاء الالكتروني[14]، وهو فضاء موازي للفضاء العيني أو الواقعي المحسوس. فنتيجة ذلك، ظهر ما يسمى بالجريمة الالكترونية والأمن الالكتروني والمحكمة الالكترونية...الخ، وعلى رأس كل ذلك ما يسمى بالتجارة الالكترونية في مقابل التجارة العادية. فظهور نظام نقل البيانات الكترونيا سابق الذكر الذي فرض نفسه بقوة في الأنشطة التجارية خصوصا أدى إلى وجود صور جديدة للمعاملات التجارية كالتعاقد الالكتروني والمستهلك الالكتروني والتحكيم الالكتروني...الخ.

---

[11] 4.54 مليار مستخدم حول العالم، تاريخ الإضافة: 2019/10/17، تاريخ الاقتباس: 2019/12/20، https://alghad.com/

[12] وبحسب إحصاءات الاتحاد الدولي للاتصالات، فإن "عدد مستخدمي الشبكة العنكبوتية في العالم لم يتجاوز 01% عام 1995، في حين بلغت هذه النسبة 07% في 2000. "*الثورة الرقمية*"، كما يطلق عليها، اخترعت عام 1989، وبلغ عدد مستخدميها 3.2 مليار شخص في 2015، أي ما يعادل 43% من سكان الأرض. وبحسب معطيات الاتحاد في 2016، بلغ عدد مستخدمي الإنترنت في القارة الأمريكية 65%، وفي رابطة الدول المستقلة 66%، وإفريقيا 25%، وأوروبا 79%، وآسيا والمحيط الهادئ 42%، والدول العربية 41%، ويتوقع الاتحاد الدولي للاتصالات، أن يصل عدد مستخدمي الإنترنت في العالم إلى 4.1 مليار شخص عام 2020، أي ما يعادل 60% من مجموع سكان العالم. مقتبس من، 60% من مجموع سكان العالم بحلول عام 2020 بحسب الاتحاد الدولي للاتصالات، تاريخ الإضافة: 2017/02/18، تاريخ الزيارة: 2018/05/20، https://www.aa.com.tr/ar

[13] للإنترنيت عدة أوجه للاستخدامات، والتي يمكن تسميتها بالتطبيقات أو بالأحرى الخدمات من منظور تجاري، لكننا نقتصر على أهم الخدمات والمتمثلة في: خدمة البريد الالكتروني (*E-mail*)، خدمة بروتوكول نقل الملفات (*FTP*)، خدمة الشبكة العنكبوتية العالمية للمعلومات (*WWW*)، خدمة بروتوكول الربط عن بعد (*TELNET*)، خدمة مجموعات النقاش (*Forum*)، خدمة الاتصال المباشر.

[14] احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، ط.1، دار النهضة العربية، 2001، ص.27.

ساهم التطور سالف الذكر في تقنية نقل المعلومات في ظهور هذا الشكل من التجارة اللاورقية أي التجارة الالكترونية. حيث أصبحت هذه الأخيرة تشهد نموا متصاعدا تشكل لما تتميز به من سرعة في إبرام العقود وقلة في التكاليف[15]، إذ يمكن للفرد أن يصل إلى التعاقد على ما يرغبه من خلال الضغط على لوحة المفاتيح بالحاسوب. لهذا، فالتجارة الالكترونية واحدة من المتغيرات الجديدة في عصر العولمة والحوسبة التي دخلت حياتنا المعاصرة بقوة وأصبحت تتداول في الاستخدام العادي. وحين ظهرت التجارة الالكترونية منذ ثلاثة عقود لم تكن هناك مشكلات عملية أو قانونية، ذلك لأن التجارة الالكترونية كانت في مهدها، لكنها في الوقت الحالي– وقد اتسع نطاقها وتعقدت وسائلها وتجلت مخاطرها– أصبحت بحاجة إلى تنظيم تشريعي متكامل يضع الأطر المناسبة لنشاطها وينظمها ويكفل الحماية المدنية والجزائية اللازمة للحفاظ على أموالها وبياناتها.

لقد واكب التطور في مجال المعلوماتية والشبكات تطور قانوني سريع انطلاقا من اجتماعية القاعدة القانونية، وضرورة أن تعبر عن حاجات المجتمع ورغباته، فبدأ القانونيون بدراسة المسائل القانونية المتعلقة باستخدامات المعلوماتية، وقد رافق ذلك ظهور العديد من المؤلفات حول القانون والانترنيت. كل ذلك يؤكد لنا مدى أهمية المعاملات التي تتم عبر شبكات الانترنيت، وضرورة دراسة كافة المسائل المتعلقة باستخدامات الانترنيت وتداعياتها القانونية[16].

إن استخدام شبكة الانترنيت لم يعد قاصرا على باحثي الجامعات والموظفين بالمؤسسات والهيئات العامة، بل اتجه إليها أيضا الأفراد والمؤسسات الخاصة، وكذا المشروعات الخاصة لما في الإبحار عبر الشبكة من

---

[15] بإطلالة سريعة على حجم التجارة الإلكترونية العالمية، يتضح جلياً نمو هذا القطاع المهم عاماً بعد عام، حيث بلغت ما يقارب 4 تريليونات دولار هو الحجم الإجمالي للتجارة الإلكترونية بالعالم، منها 2130 مليار دولار من خلال تجارة التجزئة الإلكترونية تم تسجيلها عام 2018م، بحسب منظمة التجارة الإلكترونية (*E-Commerce foundation*)، وهي منظمة مستقلة تسعى لتعزيز التجارة الرقمية العالمية، ويزداد حجم التجارة الإلكترونية بمعدل 11% تقريباً سنوياً. وبحسب شركة أبحاث السوق "***Statista***"، من المتوقع وصولها إلى 4.5 تريليون دولار أو أكثر في عام 2021م، هذا وبلغت مبيعات التجزئة الإلكترونية 12.1% من مبيعات التجزئة في منطقة آسيا والمحيط الهادئ، بينما كانت 1.8% من مبيعات التجزئة في الشرق الأوسط وأفريقيا، وقدر عدد الأشخاص الذين يشترون السلع عبر الإنترنت بنحو 1.66 مليار شخص. ومن المتوقع أن تصل عائدات التجارة الإلكترونية عالمياً إلى 2700 مليار دولار بحلول عام 2023م، ويهيمن قطاع النسيج والملابس على أكبر حصة من المبيعات بحوالي 600 مليار دولار متوقعة مع نهاية العام الجاري، يليه قطاع الإلكترونيات بأكثر من 430 ملياراً، نقلا عن، تاريخ النشر: 2019/12/03، تاريخ الاقتباس: 2020/01/10، https://mugtama.com/reports/item/95685-2019-12-03-09-19-59.html

[16] Cf. SADALLIAN (V.)., *Droit de L'internet Réglementation. Responsabilités: Contrats*, éd. Collection AUI, 1997, pp.187 et s.

فوائد كثيرة. فلقد تزايدت هذه الأيام المعاملات الالكترونية والبحث عن المعلومات، وتبادل الخبرات في نواحي فنية وصناعية متعددة، والتفنن في إدارة شؤون الأفراد. فلقد أصبحت شبكة الانترنيت ليست مجرد غاية للحصول عليها من جميع أنحاء العالم. بل أضحت وسيلة هامة يتم من خلالها إبرام العديد من العقود[17].

لقد باتت العقود الالكترونية تشكل نسبة كبيرة من حجم التجارة الدولية والداخلية، فيمكن للشخص أن يصل إلى كل ما يرغب فيه من خلال العروض الهائلة على شبكة الانترنيت بواسطة مفتاح الاختيار الموجود على لوحة المفاتيح المرتبطة بشبكة الانترنيت[18].

ولهذا، نجد اهتماما عالميا يعكس التوجه إلى تنظيم التجارة الالكترونية ولو في حدودها الدنيا، فقد اهتمت الأمم المتحدة في لجنة القانون التجاري الدولي بضرورة بحث موضوع التجارة الالكترونية ووضع الحدود الدنيا من الأمان القانوني الواجب توافرها لتخوض أي دولة هذا المجال. ولذلك، أصدرت الجمعية قرارا باعتماد القانون النموذجي المتعلق بالتجارة الالكترونية الصادر سنة 1996. وكذلك اهتم المجلس الأوروبي بإصدار التوجيه رقم 31 لسنة 2000 المتعلق بالتجارة الالكترونية[19]. علما انه قد سبق تنظيم هذا الموضوع ولو بطريقة غير مباشرة من خلال التوجيهات الأوروبية المتعلقة بالتعاقد عن بعد، لاسيما التوجيه الأوروبي رقم 97-07 بشأن حماية المستهلكين فيما يتعلق بالعقود المبرمة عن بعد[20]. هذا السياق العالمي دفع بالعديد من الدول إلى إصدار تشريعات تنظم المعاملات الالكترونية كالقانون الفرنسي المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي لسنة 2004[21]، وكذا القانون المتعلق بتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الالكتروني الذي ورد فيه النص على بعض

---

[17] العارف نصر المسطر، *التعبير عن الإرادة في العقود الالكترونية*، بحث مقدم لمؤتمر القانون والحاسوب، جامعة اليرموك، اربد، الأردن، 12-14 جويلية 2004، ص.ص.1 وما بعدها.

[18] شحاته غريب شلقامي، *التعاقد الالكتروني في التشريعات العربية: دراسة مقارنة*، ط.1، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص.4-5.

[19] Directive N° 2000/31/CE du Parlement et du Conseil du 8 Juin 2000 *Relative à Certains Aspects Juridiques des Services de la Société de L'information et Notamment du Commerce Électronique, dans le Marché Intérieur*.

[20] Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 *concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance* - Déclaration du Conseil et du Parlement européen sur l'article 6 paragraphe 1 - Déclaration de la Commission sur l'article 3 paragraphe 1 premier tiret, Journal officiel n° L 144 du 04/06/1997 p. 0019 – 0027.

أشار إليه، شحاته غريب شلقامي، المرجع السابق، ص.4.

[21] Loi N° 2004-575 du 21 Juin 2004 *Pour la Confiance dans L'économie Numérique*, JORF N°0143 du 22 Juin 2004, p.11168, Texte N° 2.

التعديلات على قانون الإثبات الفرنسي[22]. أما على مستوى الدول العربية، فبعضها قطع أشواطا هامة في المجال التشريعي الخاص بالتجارة الالكترونية كتونس[23] التي كانت سباقة إلى ذلك ثم تبعتها كل من الأردن[24] والإمارات العربية المتحدة[25].

وفي الجزائر، وبحكم نظام العولمة وضرورة مسايرة التطور الحاصل في ثورة الاتصالات العالمية وتكييف النظام القانوني الوطني مع متطلبات التجارة الالكترونية العابرة للحدود، كان لزاما على المشرع إصدار ترسانة قانونية خاصة بالمعاملات الالكترونية. حيث استهل ذلك بإصدار بعض القوانين والنصوص التطبيقية، كالقانون الخاص بموردي الانترنيت (*Providers*) لسنة 1998 ثم سنة 2000 [26]. كما أجاز أيضا استخدام وسائل الدفع الالكتروني في نص المادة 69 من القانون 03-15 المتضمن الموافقة على الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض الصادر في 26 من أوت سنة 2003[27]. وكذلك تعديل قانون العقوبات سنة 2004 في إطار مكافحة الجريمة المعلوماتية[28]، إضافة إلى تعديل القانون المدني لسنة 2005[29]...الخ، فموردو الإنترنيت يعتبرون مثالا واضحا لممارسة التجارة الالكترونية في الجزائر، إذ تزويد المؤسسات والأفراد بالإنترنيت يدخل في نطاق التجارة الالكترونية.

---

[22] Loi N°2000-230 du 30 Mars 2000 *Portant Adaptation du Droit de la Preuve aux Technologies de L'information et Relative à la Signature Électronique* , Journal Officiel Français N°62 du 14 Mars 2000.

[23] القانون رقم 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 *يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية*، الرائد الرسمي الصادرة بتاريخ 11 أوت 2000، عدد 64 ص.1887.

[24] *قانون المعاملات الالكترونية الأردني* رقم 85 لسنة 2001، الصادر في 11 ديسمبر 2001، الجريدة الرسمية رقم 4524، الصادرة في 31 ديسمبر 2001، ص.1. تاريخ الاقتباس: 2010/12/20، متاح على الرابط التالي: www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/jo/jo058ar.pdf

[25] قانون رقم 02 لسنة 2002 *بشأن المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي*، تاريخ الاقتباس 2010/12/20، متاح على الرابط التالي، www.arabruleoflaw.org/compendium/Files/UAE/60.pdf

[26] المرسوم التنفيذي رقم 98-257 بتاريخ 25 أوت 1998، الجريدة الرسمية عدد 63، سنة 1998، والمعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 2000-307 بتاريخ 14 أكتوبر 2000، الجريدة الرسمية عدد 60.

[27] القانون رقم 03-15 المؤرخ في 25 أكتوبر 2003، الجريدة الرسمية عدد 64 الصادرة في 26 أكتوبر 2003، ص.5، يتضمن الموافقة على الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت سنة 2003 *والمتعلق بالنقد والقرض*.

[28] القانون رقم 04-15 مؤرخ في 10 نوفمبر 2004، الجريدة الرسمية عدد 71 الصادرة في 10 نوفمبر 2004، الصفحة 8، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات.

[29] قانون رقم 05-10 ممضي في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية عدد 44 مؤرخة في 26 يونيو 2005، الصفحة 17، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 *والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم*.

ونظراً لمقتضيات حرية الاستثمار والتجارة وبروز التعامل الإلكتروني وانفتاح اقتصاديات الدول على بعضها وتشابك العلاقات التجارية الدولية هبَّ المشرع الجزائري إلى تدارك النقص واستحداث قانون خاص بالتجارة الإلكترونية، مجسداً في القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية[30].

إن البحث في مضامين المعاملات الإلكترونية عموما والتجارة الإلكترونية خصوصاً ومنذ صدور القانون الخاص بها في الجزائر، ولد الرغبة للبحث بالتطرق لحيثياته وتوضيح مفاهيمه. وذلك بالتركز على القانون الخاص بالتجارة الإلكترونية والمراسيم ذات الصلة به كالمرسوم التنفيذي رقم 19-89[31] المحدد لكيفيات حفظ سجلات المعاملات التجارية الإلكترونية وإرسالها إلى المركز الوطني للسجل التجاري.

أما عن أهداف البحث، فتتمثل في كشف مدى شمولية القوانين الوطنية لمعاملات التجارة الالكترونية، وتوضيح الجوانب والقواعد القانونية للتجارة الالكترونية لتسهيل المعاملات الالكترونية، وذلك بعرض المشاكل التي تعترض عقود التجارة الالكترونية والحلول المناسبة لها. إضافة إلى تكريس الحماية اللازمة للبيئة الالكترونية التي أضحت كثيرة الاستعمال بحكم العولمة عن طريق تقرير نظام مسؤولية خاص بها، وكذا اقتراح آليات مناسبة لحل النزاع الالكتروني. وكذلك إزاحة الستار عن الخلط بين التجارة التقليدية والتجارة الالكترونية. حيث هناك الكثير من أوجه التشابه بينهما سواء تعلق الأمر بمراحل إبرام العقد أو مسائل الإثبات أو طرق تسوية المنازعات.

أما بالنسبة للدراسات السابقة، فسنعتمد على بعض الدراسات التي تشكل رافداً مهما في التجارة الالكترونية؛ والتي كل واحدة منها توازي جانب من جوانب الأطروحة، يأتي على رأسها دراسة الأستاذ عصام عبد الفتاح مطر المعنونة بـ "التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية"[32]، التي تشكل سبقاً في التطرق إلى الواقع القانوني للتجارة الالكترونية في إطار المقاربة التشريعية العربية والأجنبية. وتصب في ذات السياق

---

[30] قانون رقم 18-05 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق لـ 10 مايو سنة 2018 *المتعلق بالتجارة الإلكترونية*، الجريدة الرسمية الجزائرية بتاريخ 16 مايو 2018، عدد 28، ص.04.

[31] المرسوم التنفيذي رقم 19-89 المؤرخ في 28 جمادى الثانية عام 1440 الموافق لـ 05 مارس 2019، *المحدد لكيفيات حفظ سجلات المعاملات التجارية الإلكترونية وإرسالها للمركز الوطني للسجل التجاري*، الجريدة الرسمية الجزائرية المؤرخة 10 رجب عام 1440 الموافق لـ 17 مارس 2018. عدد 17.

[32] عصام عبد الفتاح مطر، *التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية*، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.

دراسة الأستاذ عبد الفتاح بيومي الموسومة بـ " التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية"[33]، التي تناولت التجارة الالكترونية من جانبين، من الجانب المفاهيمي ثم من الجانب الحمائي، وفي جانب العقد الالكتروني كانت الدراسة المقارنة للأستاذ خالد ممدوح إبراهيم المتعلقة بـ "إبرام العقد" الإلكتروني[34]، كما كان للأستاذ محمد حسين منصور سبق التأسيس لملامح المسؤولية الالكترونية في العالم العربي بواسطة دراسته الموسومة بـ " المسؤولية الالكترونية"، وفيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق فهناك دراسة مشهورة للأستاذ صالح المنزلاوي المتعلقة بـ "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية[35]"، والتي هي في الأصل عبارة عن أطروحة دكتوراه. كل الدراسات سالفة البيان تناولت موضوع دراستنا هذا وضعت الأرضية للتجارة الالكترونية في العالم العربي، غير أن هذه الدراسات كلها تناولت التجارة الالكترونية في وقت لا زالت في مهدها، أما والأمر قد تغير حيث تطورت تقنيا وتشريعيا كان لابد من معاجلة موضوع التجارة الالكترونية حسب التطورات التقنية الحاصلة لها من جهة، ومن جهة وهذا هو الأهم، ضرورة مواكبة الحركة التشريعية الحاصلة في العالم خصوصا أوروبا. كما أن هذه الدراسات كلها أجنبية، وبهذا تشكلت بعيدا عن الواقع القانوني الجزائري.

وعن الحوافز الدافعة إلى خوض غمار هذا البحث، فهي عديدة وعلى رأسها حداثة موضوع التجارة الالكترونية نسبيا، إضافة إلى احتلاله الصدارة على المستوى الدولي سواء في الكتابات العلمية أو الملتقيات الدولية والتقارير التي تضعها الهيئات الدولية من الناحية التقنية والقانونية. يضاف إلى كل هذا، كون التشريعات الخاصة به حديثة العهد بكثير من الدول ومنها الجزائر، وبسبب اتساع دائرة التجارة الالكترونية كوسيلة جديدة تحتاج إلى إطار قانوني يحكمها وينظم عملها، كما أن هذه المفاهيم المستحدثة بحاجة إلى إجابات أو حلول قانونية للتحديات والمسائل القانونية الناشئة عنها. حيث أن هذا النوع الحديث من المعاملات عبر شبكة الانترنت أحدث قلقا تشريعيا على المستوى الدولي والداخلي وطرح تساؤلات عن كيفية مواجهة هذا التحدي، الذي فرض ضرورة إعادة النظر في النظم التقليدية في مواجهة ثورة معلوماتية غيرت أنماط حياتنا إلى إتباع طرق وأساليب جديدة في المعاملات. وفي ذلك تتجلى محاولتنا للإسهام في توضيح وبيان هذه الجوانب القانونية المتشعبة.

---

[33] عبد الفتاح بيومي، *التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية "الكتاب الثاني"* ، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.

[34] خالد ممدوح إبراهيم، *إبرام العقد الإلكتروني: دراسة مقارنة*، ط.1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

[35] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، ط.1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

في الواقع هناك صعوبات عديدة واجهت الباحث في إعداد هذا العمل أهمها أن موضوع الدراسة يستوجب التطرق إلى أكثر من فرع قانوني كالقانون التجاري والقانون المدني والقانون الدولي العام وكذا القانون الدولي الخاص. كما أن موضوع البحث اقتضى اللجوء إلى أكثر من نظام قانوني من الأنظمة الداخلية للدول المختلفة، واستوجب اللجوء إلى العديد من الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية والتوجيهات الأوروبية وكذا العديد من الوثائق الرسمية. يضاف إلى ما سبق، تشعب موضوع البحث في المجال التقني نظرا لتنوع مجالاته وتعدد محاوره. الأمر الذي يصعب على غير المتخصص في المعلوماتية من التفريق بين مختلف المتعاملين في مجال الفضاء الرقمي. كما أن شساعة موضوع البحث صعبت من حصر حدود البحث ونطاقه، مما قد يخلق تداخلا في موضوعاته لاسيما حين نعلم أن الموضوع جديد وحديث عهد بالتشريعات الوضعية. حيث انه غير ثابت على اعتبار أن حداثته خلقت صعوبة في تحديد مفرداته بشكل قانوني ودقيق، كوجود بعض المصطلحات التي لا يسهل إيجاد مصطلح عربي واحد يعكس المضمون الحقيقي لها. ومن أمثلة ذلك نذكر: *Cybernet, Cyberenetique, Cyberdroit, Internaute...*، كما أن التطورات التي تمس الموضوع باطراد تجعله غير مضبوط. وبالتالي فعملية البحث عن تنظيم قانوني مستقر للتجارة الالكترونية ليست بالأمر السهل.

لا شك في أن دراسة موضوع المسؤولية القانونية لمتعاملي الانترنت يواجهه كغيره من المواضيع المتسمة بالحداثة الكثير من الصعوبات منها قلة النصوص القانونية الناظمة للتجارة الالكترونية في الجزائر. ممّا حتم اللجوء إلى التشريعات التي كان لها السبق في هذا المجال وعلى رأسها توجيهات الاتحاد الأوروبي وكذا التشريع الفرنسي. وطالما أن الجانب النظري لا يكتمل إلا بالجانب التطبيقي، كان لزاما الاستعانة بالاجتهادات القضائية، إلا انه نظرا بقصور الاجتهاد القضائي الجزائري في هذا المجال لعدم وجود قضايا مطروحة في مجال التجارة الالكترونية. وهذه أحد الصعوبات التي واجهت الدراسة، حيث تم الاستعانة بالاجتهاد القضائي الأجنبي وبالأخص الأوروبي.

ينصرف موضوع البحث المعنون بـ "*النظام القانوني للتجارة الالكترونية*" إلى شطرين أساسين، أولا كلمة النظام القانوني التي تفيد الأطر العامة والمحاور الكبرى التي تتموقع فيها التجارة الالكترونية في إطار التشريعات المفردة لها، بحيث تشكل وضعية حمائية للمعنيين بها، سواء تعلق الأمر بالحقوق أو العقود أو الأطراف أو الآثار...الخ. أما مصطلح التجارة الالكترونية، فهو في عمومه يفيد جملة المبادلات التجارية التي تتم عبر وسائط الكترونية. وعليه، حدود البحث لا تخرج عن نطاق السياقات التشريعية والتنظيمية للمبادلات التجارية الالكترونية.

مما لا شك فيه، أن هذا النوع الحديث من المعاملات عبر شبكات الانترنيت أحدث قلقا تشريعيا على مستوى الدولي وعلى المستوى الداخلي على حد سواء، وبات التساؤل عن كيفية مواجهة هذه التحديات أمرا هاما لا غنى عنه. وأصبحت إعادة النظر في النظم التقليدية ضرورة ملحة إزاء ثورة معلوماتية غيرت أنماط حياتنا الإنسانية، وعودتنا على إتباع طرق وأساليب في المعاملات لم تكن معلومة لدينا من قبل[36].

هذا وقد اتسع نطاق التجارة الالكترونية وتعقدت وسائلها وبدت مخاطرها جلية للعيان؛ أصبحت بحاجة إلى تنظيم قانوني متكامل ومستقل وفعال يضبط أدبياتها ويلم شتاتها ويوضح مفرداتها، وذلك بتأطير قواعدها وتنظيم نشاطاتها؛ حمايةً لأموالها وحفظاً لبياناتها وفضاً لمنازعاتها، بما يكفل تجسيد مقتضيات الأمن والسلامة والمنفعة وتحقيق الصالح العام.

فإذا كانت التجارة الداخلية تنعم بنظام قانوني ثابت تعده الدول لينطبق داخل حدودها، فإن التجارة الدولية لا تتصف بهذا القدر من الثبات. فهي تفتقر إلى وجود إطار قانوني محدد في العديد من المسائل في ذات الشأن. وبظهور الانترنيت والتجارة الالكترونية، بدا القصور في التنظيم القانوني أكثر وضوحا مما كان عليه. فالنظام القانوني للعقود الداخلية والنظام القانوني التقليدي للعقود الدولية يفتقدان إلى قواعد ملائمة تحكم المسائل التي ارتبط ظهورها بهذا النوع الجديد من التجارة. ونتيجة لذلك، بدت الحاجة ملحة إلى البحث عن نظام قانوني جديد يتماشى مع المعطيات الجديدة[37].

إن كثير من الدول أقامت قواعدها القانونية الخاصة بالتعاقد على قاعدة استخدام الكتابة والتوقيع بخط اليد أو البصمة. وبما أن التجارة الالكترونية تعني الانتقال من مرحلة التعامل الورقي إلى التعامل الالكتروني. فقد أضحت القواعد القانونية التقليدية عاجزة عن مجاراة واحتواء التطورات السريعة التي أحدثها التعامل عبر شبكة الانترنيت في إطار التجارة الالكترونية، لذا أصبح من الضروري إيجاد نظام قانوني يتلائم وطبيعة المعاملات والعقود التي تتم من خلالها على المستوى الوطني. كما أنها بحاجة إلى قواعد تحقق لها نوع من التنسيق والتلاؤم على المستوى الدولي[38].

---

[36] شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق، ص.7.

[37] صالح المنزلاوي، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية*، ط.1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص.1-2.

[38] لزهر بن سعيد، *النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية*، ط01، دار هومة، الجزائر، 2012، ص.8.

فمن أهم التحديات التي تواجه التجارة الالكترونية في مجال الاستهلاك هي ثقة المستهلك، ومدى اطمئنانه إلى التسوق بعيدا عن المتجر التقليدي الذي يعاين فيه السلعة ويختارها وهو أمر يرتبط بذوق وطبيعة المستهلك. كما أن هناك تحدي آخر وهو كيفية حماية المستهلك، ذلك لأن أطراف العقد الالكتروني التجاري غير متواجدين في مكان جغرافي واحد، وان كانت تكنولوجيا الاتصال السريع عبر شبكة الانترنيت تجعل المتعاقدين يجلسون أمام مستند الكتروني واحد بالصوت والصورة. على اعتبار أن عقود التجارة الالكترونية من العقود المبرمة عن بعد بين غائبين أي بين أطراف ليست في وضعية التقاء فيما بينهم، فإن ذلك يطرح جملة من الصعوبات على الصعيد القانوني عند إنشاء العقد عبر شبكة الاتصال والمعلومات الدولية كصعوبة لتحقق من أرادة الإطراف المتعاقدة باستخدام الوسائل الالكترونية ومسائل التحقق من الهوية والأهلية. وصعوبة تحديد المحل والسبب في عقود التجارة الالكترونية، وكذا صعوبة تحديد زمان ومكان إبرام العقد الالكتروني. إضافة إلى المسائل المتعلقة بإثبات عقود التجارة الالكترونية كالكتابة والتوقيع الالكترونيين ونطاق حجيتهما في الإثبات[39].

أما في نطاق المعلومات والبيانات التجارية، فيواجه المجتمع الدولي تحدي حفظ وحماية هذه الأخيرة من اقتناصها واختراقها وإساءة استعمالها، وما يترتب عن ذلك حول كيفية حماية المستهلك من الغش التجاري والمحافظة على طابع السرية للمعلومات التي يتم الكشف عنها أثناء التفاوض على موضوع العقد الالكتروني[40].

وبالنسبة لقواعد مسائلة المتدخلين في البيئة الالكترونية، فإنه نظرا لتعددهم وتنوعهم طرحت إشكالات فقهية حول نطاق مسائلة كل واحد من هؤلاء في ظل ضرورة تكريس حماية كافية للطرف الضعيف وهو مستخدم الانترنيت خصوصا المستهلك الالكتروني. وفي مجال منازعات التجارة الالكترونية، يبرز مشكل القانون الواجب التطبيق لحكم النزاع نظرا لصعوبة إعمال منهج التنازع. لهذا، برز القانون الموضوعي الالكتروني كحل قد يشكل بديل للمنهج التنازعي التقليدي. ونفس الأمر يطرح كذلك بشأن قواعد الاختصاص القضائي وان كانت اقل شدة من منهج التنازع[41].

---

[39] للمزيد من المعلومات، راجع مولاي حفيظ علوي قاديري، *إشكالات التعاقد في التجارة الالكترونية*، ط.1، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، الدار البيضاء، المغرب، 2013،

[40] عبد الفتاح بيومي حجازي، *التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية*، ط.1، دار الفكر الجامعي، 2004، ص.10.

[41] للمزيد من المعلومات، راجع يوسفي نور الدين وبروك الياس، *تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الالكترونية*، مجلة المفكر، عدد 13، سنة 2016، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة. متاح على الرابط التالي:
http://revues.univ-biskra.dz/index.php/mf-fdsp/article/view/3368/3016

ومن هذا المنطلق، كان لزاما إيجاد قانون للتجارة الالكترونية ينظم أعمالها، ويلم شمل مفرداتها ويؤمن سلامة التعاقد عن بعد، ويعطيها الحجية الكاملة في الإثبات، ويكرس الحماية الكافية للمستهلك ويحقق العدالة التعاقدية بينه وبين الطرف القوي. لكن لابد من الإشارة إلى أن هذا القانون عليه أن يعولم القواعد القانونية للتجارة التقليدية المحكومة بالانغلاق. وفي مقابل ذلك عليه أن يحمي عالم التجارة من الآثار السلبية للعولمة، حتى تكون هناك لغة واحدة تتجاوز الحدود وتحقق التوازن. مما يحقق سلامة التعاقد ويمنع التذبذب والاضطراب بحيث يعرف المتعاقد ماله وما عليه، فلا يضيع بين هذا القانون وذاك. لهذا، جاءت هذه الدراسة لتصب في هذا الإطار لتجيب عن التساؤلات المطروحة، وذلك بمناقشة الإشكالات المستعصية، وعرض التجارب التشريعية والقضائية الرائدة في استنباط الحلول المناسبة، واستعراض الآراء الفقهية المدعومة بالحجج والأدلة. وعليه، فالإشكال الواجب طرحه في هذا السياق هو *هل وُفِّقَتْ النصوص القانونية المرصودة لتنظيم التجارة الالكترونية في تحديد نظام قانوني مستقل ومتكامل وفعّال لهذه الأخيرة؟*

في هذه الدراسة سيتم المزاوجة بين المنهجين التحليلي والمقارن، فطبيعة الموضوع الحديث نسبيا تقتضي بيان بعض مشتملاته، كبيان طبيعة التجارة الالكترونية وكذا أشكالها وتطبيقاتها، وكذلك تحديد واقع التشريعات التي تحكم التجارة الالكترونية انطلاقا. وطالما أن المشرع الجزائري لم يتطرق بما فيه الكفاية لموضوع التجارة الالكترونية فضلا عن عدم وجود اجتهادات قضائية في هذا الشأن، فإن المنهج المقارن يفرض نفسه بقوة في هذا السياق. كما أن التجارة الالكترونية تأبى أن تكون رهينة الحدود الوطنية مما يستوجب نوع من المقاربة مع النظم القانونية لتوحيد قواعدها توخيا لاستقرار معاملاتها. وذلك باستعراض أوجه الاختلاف والتشابه بين هذه النظم، التي تتشابه في البنية والمصادر والخصائص كونها نابعة في سائر أحكامها من الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية للأمم المتحدة؛ حيث هذه المقارنة من شأنها أن تنير لنا الطريق لتقويم القانون الوطني عن طريق القياس والاستنباط.

وعليه، ونظرا لحداثة الموضوع وكذا شساعته ولعرض كافة الأفكار التي تتعلق بموضوع البحث، سنقسمه إلى بابين على النحو التالي:

الباب الأول: التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية

الباب الثاني: الحماية القانونية للتجارة الالكترونية

الباب الأول

التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية

يشهد العالم وبشكل سريع تطوراً هائلاً ومتصارعا في تكنولوجيا عالم الاتصالات، وفي مقدمتها شبكة المعلومات الدولية (الانترنت)، والتي لا يمكن الاستغناء عنها. فبعد أن كانت الاتصالات تعتمد على الهاتف والفاكس والتلكس، اعتمدت بعدئذ على الانترنت، والتي هي ثمار الاندماج بين ثورة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات الرقمية، وأصبحت الوسيلة المثلى في الاتصال ونقل المعلومات وتقديمها. وبالأحرى فإنها تلك الغابة الكثيفة من مراكز تبادل المعلومات التي تخزن وتبث جميع أنواع المعلومات في شتى فروع المعرفة، وفي كافة جوانب الحياة التي أزالت الحدود بين الدول[42].

لقد ترتب على ظهور هذه الثورة المعلوماتية أن بدا في الأفق نوع جديد من التجارة الدولية يتم عبر شبكة الانترنيت، ويتميز بسمات خاصة يسمى "*التجارة الالكترونية*"، ولا تحتاج خصائص التجارة الجديدة إلى جهد كبير في تحديد ماهيتها فهي مثل التجارة التقليدية إلا أنها تتم بوسائط الكترونية. كما أنها تسمح بقيام علاقات تعاقدية مباشرة بين الأطراف بسبب إمكانية قيام حوار متبادل بين الطرفين عبر الشبكة من خلال شاشات الحواسيب الآلية. ويضاف إلى ذلك أن التجارة الالكترونية لا تتقيد بالحدود الجغرافية التي تفصل بين الدول، فهي تتم في مجال افتراضي خاص بها ليس له ادني مرتكزات جغرافية[43].

وبناء على هذا، يمكن التساؤل حول خصوصية التجارة الالكترونية مقارنة بنظيرتها التقليدية؟، هذا من جهة. ومن جهة ثانية، التساؤل بصدد جملة الأحكام القانونية الناظمة لعقود التجارة الالكترونية؟

إجابة على ما سبق، سنقسم هذا الباب إلى فصلين، حيث سنتطرق في الأول منهما إلى ماهية التجارة الالكترونية وتنظيمها التشريعي (**الفصل الأول**). ثم سنتناول في الثاني بيان عملية إبرام العقد الالكتروني (**الفصل الثاني**). ثم سنعالج آثار العقد الالكتروني (**الفصل الثالث**).

---

[42] للمزيد من المعلومات، راجع لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص.ص.15 وما بعدها.

[43] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.1.

الفصل الأول

ماهية التجارة الالكترونية وتنظيمها التشريعي

تعد التجارة الالكترونية أحد ثمار الثورة المعلوماتية التي يشهدها العالم اليوم، كما تمثل أحد مواضيع ما بات يعرف بالاقتصاد الرقمي (*Digital Economy*). حيث يقوم الاقتصاد الرقمي على حقيقتين هما: التجارة الالكترونية (*Electronic Commerce*)، وتقنية المعلومات (*Information Technology*) (*IT*)، والتي باتت تؤثر بلا شك على مختلف الأنشطة الاقتصادية. نظرا لما تمثله من استثمار في الطاقات الذهنية والقدرات الفكرية للعنصر البشري[44].

اكتسبت مصطلحات التجارة الإلكترونية في السنوات الأخيرة رواجا واسعا، إلى درجة أن أصبحت رمز اللغة الخاصة بالثقافة المعلوماتية التي تعتبر مصدر الثروة التي حدثت في الألفية الثانية. هذا المصطلح أصبح شائع الاستعمال لدى الأوساط الإعلامية، ولدى المؤسسات المختلفة. وبصفة عامة يعبّر عن مجموعة من النشاطات التي ترجع دائما في معاملاتها إلى الحاسوب والإنترنيت لمبادلة سلع وخدمات بطريقة وتقنيات حديثة ومباشرة لكن بصبغة إلكترونية. وبما أنها احتلت مكانة مهمة في اقتصاد الدول والأفراد؛ وبما أنها جاءت بتغيرات جديدة لم يعهدها الإنسان من قبل سواء على المستوى التقني الالكتروني أو على المستوى القانوني التجاري، لهذا، وجب *التساؤل عن مفهوم هذه الأخيرة؟، ثم فيما تتمثل الجهود التشريعية المبذولة من طرف الدول لتنظيمها وضبط أحكامها؟*

سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، حيث سنبين ماهية التجارة الالكترونية (**المبحث الأول**). ثم سنتطرق إلى التنظيم التشريعي الذي يحكمها (**المبحث الثاني**).

---

[44] للمزيد من المعلومات، راجع آمانج رحيم احمد، *التراضي في العقود الالكترونية عبر شبكة الانترنيت: دراسة تحليلية مقارنة*، ط.1، دار وائل للنشر، الأردن، 2006، ص.ص.39 وما بعدها.

المبحث الأول

ماهية التجارة الإلكترونية

تعددت مفاهيم التجارة الإلكترونية وفقا لاختلاف وجهات النظر عند التعرض لتفسيرها، ويعود هذا الاختلاف إلى تعدد مجالات تطبيقها، وكذا التغير المستمر الذي يطرأ على خصائصها وأساليبها وأهدافها. مما ينعكس على مفهومها. يضاف إلى ذلك، اختلاف بين الدول في قوة البنية التحتية التكنولوجية المرصودة لتحقيق هذا النوع من التجارة، الأمر الذي خلق تحديات وصعوبات في تجسيدها على ارض الميدان خاصة الدول النامية ومنها الجزائر، بناء على ما سبق، *حق التساؤل حول طبيعة التجارة الالكترونية مقارنة بنظيرتها التقليدية؟*

لهذا، سنتطرق إلى مفهوم التجارة الالكترونية (**المطلب الأول**). ثم سنعرج للحديث عن طبيعتها ومتطلباتها (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

مفهوم التجارة الالكترونية

لقد شهدت البشرية انتشارا هائلا لمختلف وسائل الاتصال، مما جعل مفهوم التجارة الإلكترونية يشيع ويتوسع ليشمل عمليات أوسع من البيع والشراء. حيث أن الآفاق التي تفتحها التجارة الإلكترونية أمام الشركات، والمؤسسات، والأفراد، لا تتوقف عند حد معين، والسبب من وراء ازدهارها هو اعتماد تلك المؤسسات على تكنولوجية متطورة ومتجددة يوما بعد يوم؛ الأمر الذي خلق مجالا مرنا لنطاق التجارة الالكترونية؛ مما انعكس في صورة اختلاف تشريعي، وانشقاق فقهي حول تعريفها. فبعد تسخير الشبكة العالمية لمباشرة التعاملات التجارية المختلفة؛ أصبحت عبارة التجارة الإلكترونية واسعة التداول في أوساط التجارة المحلية والدولية على حد سواء، وكأنما ارتبط وجود تلك العبارة بوجود الشبكة العالمية، حتى عرفت التجارة الالكترونية بأنها "*التجارة الممكنة بواسطة تقنيات عصر الانترنت*"[45]. إلا أن الحقيقة تبين أن الشبكة العالمية هي وسيلة من وسائل التجارة الالكترونية، وان تحديد الشبكة العالمية كعنصر فريد في التعريف لا يتماشى مع اتجاهات التجارة الدولية في تطويع جميع الوسائل التقنية في خدمة التجارة ويقلص من دور

[45] Sur Cette Notion, WHITELEY David., *E-commerce*, Mc Grow. Hill, Publishing Company, UK. 2000, p.5.

المساعي العالمية في وضع الإطار الإداري والتشريعي للتجارة عبر وسائل الاتصال الحديثة. ولهذا، هناك اختلاف كبير في إيراد تعريف موحد ودقيق للتجارة الالكترونية، وذلك بسبب تعدد الجهات والمحافل التي أوردت هذه التعريفات. فالأمم المتحدة وفي مشروعها بشأن التجارة الالكترونية أوردت تعريفا لها، وهو الأمر الذي سلكته بعض الوثائق الأوروبية وكذا التقارير الفرنسية. أما التشريعات العربية فقد أشارت إلى ذلك بإشارات موجزة كالقانون التونسي والأردني.

بناء على ما سبق، سنتطرق إلى تعريف التجارة الالكترونية (**الفرع الأول**). ثم سنتكلم عن تطورها (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول

تعريف التجارة الالكترونية

وردت عدة تعاريف للتجارة الالكترونية سواء القانونية أو الفقهية منها، ومرد ذلك اختلافهم في معايير حصر حدود التجارة الإلكترونية، فمنهم من عمم استعمالاتها ووسائلها لتشمل كل ما هو وسيلة اتصال ومنهم خصصها بشبكة الإنترنيت، وآخر خصصها بكل وسيلة الكترونية تعتمد في الاتصال هذا من الناحية التقنية. أما من الناحية الاقتصادية أو التجارية، فذهب البعض إلى تعميمها على كل عمل الكتروني، والبعض الأخر خصصها بكل نشاط الكتروني ذو طابع تجاري. وعليه، سنورد أهم التعريفات وأكثرها دلالة وسهولة للفهم.

أولا.– التعريف القانوني للتجارة الإلكترونية:

اختلفت التشريعات والفقه في إيجاد تعريف موحد للتجارة الالكترونية، وذلك بسبب تعدد تقنياتها؛ الأمر الذي انعكس على المفاهيم القانونية والمضامين الفقهية.

1.– تعاريف المنظمات الدولية والتعاريف الواردة في الوثائق الأوربية:

تعد المنظمات الدولية وعلى رأسها الأمم المتحدة أول من بادر بسن تشريعات خاصة بالتجارة الالكترونية، سواء كانت عالمية أو إقليمية.

أ.– التعريف الوارد في مشروع الأمم المتحدة للتجارة الالكترونية (*Uncitral*) [46]:

حين ظهرت فكرة التجارة الالكترونية في الثمانينات من القرن الماضي، وتطورت في النظام الأمريكي، كان مسماة باسم "*تبادل المعطيات المعلوماتية*"، ويشار إليها اختصارا بـ "*EDI*" نقلا عن عبارة "*Echanges de Données Informatisees*". وهذا المفهوم يفترض البرمجة الآلية للعمليات التجارية والصناعية والإدارية التي يتم قيدها وتسلسلها بطريقة إلية دون أي تدخل بشري. لكن الأمم المتحدة بعد ذلك استخدمت اصطلاحا متطورا وأكثر عمومية من مصطلح "*EDI*"، وهو مصطلح "*Edifact*"، ويعني "*تبادل المعطيات المعلوماتية في مجالات الإدارة والتجارة والنقل*"[47]، ونصه باللغة الفرنسية كما يلي:

" Echanges de Données Informatisées Pour L'administration, Le Commerce et Le Transport "

وفي وقت لاحق ولأول مرة، استخدمت الأمم المتحدة مصطلح "*التجارة الالكترونية*" بدل "*تبادل المعطيات*"، وذلك بمناسبة إصدار القانون النموذجي في شأن التجارة الإلكترونية، الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 16 من ديسمبر سنة 1996[48]. إلا أنه لم يورد تعريفا للتجارة الإلكترونية، رغم أن هذا القانون خصص بابين للحديث عن التجارة الإلكترونية، واكتفى المشروع بإيراد التعريف التالي: "*النقل الإلكتروني بين جهازين للكمبيوتر للبيانات باستخدام نظام متفق عليه لإعداد المعلومات*"[49].

---

[46] صدر هذا القانون في 12 جون 1996 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وتم إقراره بناء على التوجيه الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 162/51، نصر الدين مروك، *الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية*، موسوعة دار الفكر القانوني، العدد الثالث، دار الهلال للخدمات الإعلامية، مصر، 2002، ص.ص.136 وما بعدها.

[47] مقتبس من، محمد السيد عرفة، بحث مقدم بعنوان: *التجارة الدولية الالكترونية عبر الانترنيت، مفهومها والقاعدة القانونية التي تحكمها ومدى حجية المخرجات في الإثبات*، مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنيت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، منعقد أيام 1 و2 و3 ماي 2000، ص.ص.2 وما بعدها.

[48] أعتمد هذا القانون بصدور قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 162/51 بتاريخ 16 ديسمبر 1996، يتكون هذا القانون من 17 مادة مقسم إلى بابين: الباب الأول يتناول التجارة الالكترونية بصفة عامة، والباب الثاني خاص بالتجارة الالكترونية في مجالات محددة، وقد جاء في المادة الأولى منه فيما يتعلق بنطاق تطبيقه ما يلي: "*هذا القانون ينطبق على أي نوع من المعلومات يكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية*". مقتبس من، الموقع الالكتروني للأونسيترال، متاح على الرابط التالي: https://www.uncitral.org/stable/ml-ecomm-a.pdf

Article 1: «*La présente loi s'applique à toute information, de quelque nature qu'elle soit, prenant la forme d'un message de données utilisé dans le contexte d'activités commerciales* ». Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation 1996 www.UN.Org .

[49] المادة 2-1 من قانون الأونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية 1996.

إن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي كانت قد قررت عند إعداد القانون النموذجي أن تأخذ في الاعتبار –عند التطرق إلى الموضوع المعروض عليها– مفهوماً موسعاً للتبادل الإلكتروني للبيانات، يشمل مجموعة متنوعة من استخدامات التبادل الإلكتروني للبيانات المتصلة بالتجارة، والتي قد يشار إليها عموماً تحت عنوان: "*التجارة الإلكترونية*"، بالرغم من وجود إمكانية استخدام عبارات وصفية أخرى. وعليه، يعد من رسائل الاتصال التي تغطي التجارة الإلكترونية النقل من كمبيوتر لمعطيات تجارية إلى كمبيوتر آخر وفقا لنظام عرض موحد؛ النقل بالطريق الإلكتروني كاستخدام الإنترنيت وتقنيات أخرى كالتلكس والفاكس[50].

ومن بين وسائل الإبلاغ التي يشتمل عليها مفهوم التجارة الإلكترونية، هناك أساليب الإرسال التالية؛ التي تستند إلى استخدام التقنيات الإلكترونية للإبلاغ عن طريق التبادل الإلكتروني للبيانات المعّرف تعريفاً ضيقاً بأنه: "*إرسال البيانات من حاسوب إلى حاسوب بصيغة قياسية موحدة، وبث الرسائل الإلكترونية التي تنطوي على استعمال المعايير المتاحة للعموم أو المعايير المتعلقة بحقوق الملكية، وإرسال نص لا يراعي شكلاً محدداً بالرسائل الإلكترونية عن طريق الإنترنت*"[51].

ومن الجدير بالاهتمام، أن تطبيق مبادئ وأحكام القانون النموذجي لا ينحصر في نطاق تقنيات الإبلاغ الأكثر حداثة كالتبادل الإلكتروني للبيانات والبريد الإلكتروني، وإنما ينطبق أيضا على تقنيات إبلاغ أقل تطوراً كالنسخ البرقي. ولا يجوز من حيث المبدأ استبعاد أية تقنية من تقنيات الإبلاغ من نطاق القانون النموذجي، حتى يستوعب هذا القانون تقنيات الإبلاغ المقبلة[52].

ب.– تعريف المنظمة العالمية للتجارة (OMC):

قدمت منظمة التجارة العالمية (**OMC**)[53] في دراسة بعنوان: "*التجارة الإلكترونية ودور منظمة التجارة العالمية*"، على أنه يمكن وصف التجارة الإليكترونية بأنها: "*كل عمليات الإنتاج، والإعلان، والبيع، والتوزيع للمنتجات عبر شبكات الاتصالات...الخ. حيث يمكن تمييز ستة أدوات للتجارة الإليكترونية وهي: التلفون، والفاكس، والتلفزيون، ونظام الدفع والتبادل النقدي إلكترونيا، والإنترنيت*". هذا التعريف جاء شاملا

---

[50] مقتبس من، سعودي حسن سرحان، *التجارة الإلكترونية وسيلة فعالة لتنشيط التجارة الدولية: دراسة مقارنة*، ط.1، دار النهضة العربية، مصر، 2003، ص.13.

[51] للمزيد من المعلومات، راجع دليل تشريع القانون النموذجي، ص.17، فقرة 7.

[52] نفس المرجع، فقرة 8، ص.18.

[53] OMC: *Organisation Mondiale du Commerce*.

لكل وسيلة اتصال تستخدم في أي نشاط تجاري سواء تعلق الأمر بالجانب الشبكي كالإنترنيت أو الجانب المادي كالفاكس والتلفزيون، وهو ما يصطلح عليه أحيانا باسم "*التعاقد عن بعد*"[54].

ج.– التعريف الوارد في الوثائق الأوربية:

ورد في توجيه البرلمان والمجلس الأوروبيان رقم 07/97 الصادر في 20 من ماي سنة 1997[55] تحت عنوان "*العقود عن بعد*"، ورد نص خاص بعقود التجارة الالكترونية ضمن المادة الثانية الفقرة الأولى[56] من التوجيه، بأن العقد عن بعد يقصد به: "*كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات، أُبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام لبيع أو تقديم خدمات عن بعد، نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد فقط، تقنين أو أكثر للاتصال عن بعد، لإبرام العقد وتنفيذه*" .

إن عبارة التعاقد عن بعد الواردة في نص التوجيه توحي بعدم وجود طرفي العقد في مكان واحد، وإن كان ذلك لا يخل بقاعدة "*وحدة مجلس العقد*". والتوجيه هنا يتجاوز طبيعة ونوع الوسيلة المستخدمة في التعاقد، طالما تفيد انه يمكن إبرام العقد عن بعد، شريطة عدم الاتصال المباشر والحال المرتبط بذات المكان بين طرفي العقد. ويشمل ذلك كافة تقنيات الاتصال عن بعد، كالمطبوعات، والخطابات، والدعاية، والكتالوجات، والتليفون العادي والمرئي، والفيديو المباشر، وشاشة التلفزيون، والمرسلات الالكترونية...الخ.

كما صدر فيما بعد توجيه ثاني عن البرلمان الأوروبي تحت رقم 2000-31 بتاريخ 08 من جوان سنة 2000[57]، يتعلق ببعض الجوانب القانونية لخدمات شركات المعلومات، وخص بالذكر التجارة الالكترونية في

---

[54] «*Electronic commerce may be simply defined as the production, advertising, sale and distribution of products via telecommunication et works…six main instruments of electronic commerce can be distinguished: The telephone, the fax, television, electronic payment and money transfer system, electronic data interchange and the internet*». This is a broad definition of the term "E-Commerce"; in many discussions, electronic commerce only refers to the Internet and other network-based commerce. Cité par, Electronic commerce, Citation Date: 20/05/2015, Available at: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/bey4_e.htm

[55] Directive 97/7/CE du Parlement Européen et du Conseil du 20 Mai 1997 *Concernant la Protection des Consommateurs en Matière de Contrats à Distance* - Déclaration du Conseil et du Parlement européen sur l'article 6 paragraphe 1 - Déclaration de la Commission sur L'article 3 Paragraphe 1 premier Tiret, Journal officiel N° L 144 du 04/06/1997 p. 0019 – 0027.

[56] Article 2: «contrat à distance: *tout contrat concernant des biens ou services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseur, qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même*». Directive 97/7/CE du Parlement Européen et du Conseil du 20 Mai 1997, Op.cit.

[57] Directive Européenne 2000/31/CE du Parlement européen et du conseil du 8 juin 2000 *relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur* "directive sur le commerce électronique", Journal officiel N° L 178 du 17/07/2000, p. 0001 – 0016.

السوق المحلية، والمسمى بـ"*توجيه التجارة الالكترونية*". حيث تطرق في مادته الثانية إلى الأثر الايجابي للتجارة الالكترونية على المؤسسات والشركات[58]. كما أن هذا التوجيه صدر عاما وشاملا لموضوع التجارة الالكترونية وأشخاصها على خلاف التوجيه السابق[59].

وعرفت اللجنة الأوربية التجارة الإلكترونية بأنها[60]: "*عبارة عن أداء الأعمال إلكترونيا، وهي تقوم على أساس التبادل الإلكتروني للبيانات سواء كانت مكتوبة أو مرئية أو مسموعة. كما أنها تتضمن أيضا العديد من الأنشطة التجارية الخاصة بتبادل السلع والخدمات وإتمام عمليات البيع والشراء والتسليم بالنسبة للمحتويات الرقمية، والتحويلات الإلكترونية للأموال والتوريد الإلكتروني والمزادات التجارية وعمليات التسويق وخدمات ما بعد البيع، وتشمل كل من السلع والخدمات وكذلك الأنشطة التقليدية وغير التقليدية*"[61].

نستخلص من التعريف سالف الذكر أن التجارة الإلكترونية تشمل النقاط الآتية:

ا.– عمليات البيع والشراء وتبادل البيانات والسلع والخدمات، والتحويلات الإلكترونية للأموال والفواتير الإلكترونية وخدمات ما بعد البيع؛

ب.– أن نطاق التجارة الإلكترونية يشمل الأنشطة التقليدية، ومن أمثلتها التعليم عن بعد. كما يشمل الأنشطة غير التقليدية، ومن أمثلتها المراكز التجارية الافتراضية[62].

---

[58] Article 2: *« Le développement du commerce électronique dans la société de l'information offre des opportunités importantes pour l'emploi dans la Communauté, en particulier dans les petites et moyennes entreprises. Il facilitera la croissance économique des entreprises européennes ainsi que leurs investissements dans l'innovation, et il peut également renforcer la compétitivité des entreprises européennes, pour autant que tout le monde puisse accéder à l'Internet ».* Directive 97/7/CE du Parlement Européen et du Conseil du 20 Mai 1997, Op.cit.

[59] عبد الفتاح بيومي حجازي، *التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية*، ط.1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص.36-37.

[60] Electronic Commerce is the doing of business electronically; *it is based on the electronic processing and transmission of data, including text, sound and video. It encompasses many diverse activities including electronic trading of goods and services, on-line delivery of digital content, electronic fund transfers, electronic share trading, electronic bills of lading, commercial auctions, collaborative design and engineering, online sourcing, public procurements, direct consumer marketing and after sales services, it involve both products* (consumer goods, specialized medical equipment) *and services* (information services); *traditional activities* (health care, education) *and new activities* (virtual malls).

[61] pour aller plus loin,V. MOHSEN Riad., *Requirements of Electronic Commerce Application in Egypt Program for Governorates Development Coirce*, éd.FDSC, 1988, p.5.

[62] المراكز التجارية الافتراضية أو التخيلية عبارة عن مركز تجاري لا وجود له في الواقع، وإنما له وجود إلكتروني على شبكة الإنترنيت.

2.– تعريف التجارة الالكترونية في القوانين المقارنة:

البداية كانت في فرنسا، وذلك عن طريق المبادرة التي قام بها وزير الاقتصاد الفرنسي فرانسيس لورنتز (*Francis Lorentz*) بتشكيل مجموعة عمل انتهت إلى وضع تقرير[63] لتحديد مفهوم للتجارة الالكترونية، جاء فيه بأنها مجموعة المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية بين المشروعات والإدارة[64].

ومما يلاحظ على هذا التعريف، أنه توسع في مفهوم التجارة الإلكترونية، لكن هذا التوسع يبدو أنه كان يهدف إلى بسط التعريف ليشمل كافة أوجه وصور النشاط الإلكتروني للتجارة ما بين الأفراد والمشروعات والإدارة. وبناء على هذا التعريف، وتسهيلا للمعاملات، تمت فيما بعد صياغة نوعين من العقود: الأول هو العقد النموذجي للتجارة الالكترونية بين التجار والمستهلكين، ويهدف إلى حماية المستهلكين من التعسف؛ والثاني هو العقد الخاص بالمراكز التجارية الافتراضية. وتبعاً لذلك أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم 2000-230 في 13 من مارس سنة 2000، المتعلق بتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني[65]، والذي نص عليه في بعض التعديلات الخاصة بقواعد الإثبات[66].

وعملا بأحكام التوجيه الأوربي رقم 07/97 المتعلق بالتعاقد عن بعد وحماية المستهلكين[67]، أصدر المشرع الفرنسي المرسوم رقم 2001-741 المتعلق بتنظيم التعاقد عن بعد[68]، المدمج ضن قانون الاستهلاك الصادر بموجب القانون رقم 93-949 بتاريخ 26 من جويلية سنة 1993. إذ أشارت المادة 16/121 إلى

---

[63] Francis Lorentz dans son rapport remis le 7 Janvier 1998 au ministre français de l'économie, des finances et de l'Industrie tente de définir le commerce électronique comme « *l'ensemble des échanges numérisés liés aux activités commerciales, il s'agit donc aussi bien de relation inter-entreprise que relation entre entreprise et consommateurs, et entre autres entreprises et administration* ». Cité par, *PHILIPPE Escande., les echos, Commerce électronique : le rapport Lorentz demande à l'Etat de montrer l'exemple*, Publié le: 8 janv. 1998 à 1h01, Date de citation: 10/02/2016, Disponible à :
https://www.lesechos.fr/08/01/1998/LesEchos/17559-057-ECH_commerce-electronique---le-rapport-lorentz-demande-a-l-etat-de-montrer-l-exemple.htm

[64] للمزيد من المعلومات، راجع أسامة احمد بدر، *حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني: دراسة مقارنة*، ط.1، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص.44.

[65] Loi N° 2000-230 du 13 mars 2000 *portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique*, JORF N°62 du 14 Mars 2000, p.3968, texte N° 1.

[66] هدى حامد قشقوش، *الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت*، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص.12.

[67] Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 *on the protection of consumers in respect of distance contracts* - Statement by the Council and the Parliament, Article 6 (1) - Statement by the Commission re Article 3 (1), first indent, Official Journal L 144 , 04/06/1997 p. 0019 – 0027.

[68] Ordonnance no 2001-741 du 23 août 2001 *portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consummation*, JORF n°196 du 25 août 2001, p.13645, Texte N° 6.

تعريف التعاقد عن بعد[69]، التي يُفهم من مضمونها أن التعاقد عن بعد في نظر المشرع الفرنسي يتشابه مع ما ذهب إليه التوجيه الأوربي. حيث نص فيه على عدم الوجود المادي والفعلي للطرفين –المهني والمستهلك – معا لحظة التعاقد، إضافة إلى قصره لطرفي العلاقة على المهني والمستهلك دون سواهما. كما انه لم يحدد طريقة التواصل بينهما كما فعلت بعض التشريعات، وترك العبارة على عمومها، وذلك حتى تبقى شاملة لأي تطور قد يحصل للوسائل الالكترونية في المستقبل.

أما القانون الفرنسي، الصادر بتاريخ 21 من جوان سنة 2004، تحت رقم 575–2004، المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي (*La loi pour la confiance dans l'économie numérique. LCEN*) ، فقد عرف التجارة الالكترونية على أنها ذلك النشاط الاقتصادي الذي بموجبه يقوم بشخص بعرض، أو التزام بتوريد أموال، أو خدمات عن بعد، وبطريقة الكترونية[70]. ما يميز هذا التعريف، هو استخدامه لمصطلح سلع وخدمات، وكذلك توسعة مفهوم وسيلة التعاقد لتشمل كل وسيلة اتصال عن بعد، إضافة إلى أي وسيلة الكترونية أخرى. وفي تعريفه لتقنية الاتصال عن بعد، نص قانون الاستهلاك الفرنسي سالف الذكر على أنها كل تقنية تمكن المستهلك، خارج الأماكن المعتادة لاستقبال الزبائن، من طلب منتج أو طلب تنفيذ خدمة معينة[71]. كما عرفت الجمعية الفرنسية للتيليماتيك والميلتيميديا (*AFTEL*)[72] التجارة الالكترونية على أنها مجموع المعاملات التجارية التي يتم الشراء فيها عن طريق وسائل الاتصال[73]. وبذلك، فإن التجارة الالكترونية حسب هذا التعريف تشمل عملية تلقي الطلب، وشراء السلع، والخدمات مع السداد.

---

[69] Article 121/16: *«Contrat à distance: tout contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de services à distance, sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat*». Loi N° 93-949 du 26 Juillet 1993 Relative au Code de la Consummation, JORF n°0171, du 27 Juillet 1993, p.10538.

[70] «*Le* commerce électronique est l'activité économique par laquelle *une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services*». Loi N° 2004-575 du 21 juin 2004 *pour la confiance dans l'économie numérique*, JORF N°0143 du 22 Juin 2004, p.11168, Texte N° 2.

[71] La technique de communication à distance c'est… «*Tout moyen qui, sans présence physique et simultanée du fournisseur et du consommateur, peut être utilisé pour la conclusion du contrat entre ces parties… Toute technique permettant au consommateur, hors des lieux habituels de réception de la clientèle, de commander un produit ou de demander la réalisation d'un service* ». Loi N° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consummation, Op.cit., p.10538..

[72] AFTEL: *Association française de télématique et multimédia*, Cité par, livre.fnac, Disponible à: https://livre.fnac.com/mp18365975/Aftel-association-francaise-de-la-telematique-multimedia

[73] Selon l'association française de télématique multimédia (aftel) « *Le commerce électronique désigne l'ensemble des échanges commerciaux dans lesquels l'achat s'effectue sur un réseau de télécommunication, il couvre aussi bien la simple prise de commande, que l'achat avec paiement concerne autant les achats de biens que ceux de services, les échanges d'informations, des transactions concernant des produits d'équipement ou bien de consommation* » . Cité par, *Le commerce électronique: caractéristiques et problème ouvert*, Publié le 17 Mai 2010, Date de citation: 13/11/2015, Disponible à :

وبهذا، يكون المشرع الفرنسي قد خطى خطوة كبيرة في التأسيس القانوني للتجارة الالكترونية، مقارنة بباقي التشريعات. إلا أن ذلك استتبعه بتأمين وحماية كافيين لمناخ التجارة الالكترونية المليء بالمخاطر والتهديدات المتنوعة والمتجددة.

وفي نفس السياق، نصت المادة الأولى من مشروع التجارة الإلكترونية لدوقية لوكسمبورغ الصادر في 14 من أوت سنة 2000، على تعريف التجارة الإلكترونية على أنها: "*كل استعمال لوسيلة من وسائل الاتصال الإلكترونية لتجارة السلع والخدمات باستثناء العقود المبرمة بطريق اتصال تليفوني شفهي أو باستخدام التصوير*"[74]. مما يلاحظ على هذا التعريف، أنه بسط التجارة الإلكترونية لتشمل تجارة السلع والخدمات، وذلك على النحو الوارد في تعريف المشرع الفرنسي. ومع ذلك فقد استثنى من هذه العقود تلك التي تبرم بطريقة المكالمة الهاتفية شفاهة، وذلك لعدم وجود دليل ثبوتي على تمامها وحفاظا على مصالح الطرفين، وكذلك حالة التعاقد باستخدام التصوير. وكلها أمور الهدف منها بلوغ الحيطة للحفاظ على مصالح الأطراف عند حصول خلاف بينهما، إذ يتعذر الإثبات في هاتين الحالتين. ونتيجة ذلك، صدر القانون النهائي، حيث تمت الموافقة عليه في 12 من جويلية سنة 2000، دون أن يتضمن نصا يتعلق بتعريف التجارة الإلكترونية[75].

وعملا بأحكام التوجيه الأوربي رقم 97-07 سالف الذكر المتعلق بحماية المستهلكين في مجال العقود عن بعد، أصدر المشرع الإيطالي قانونا يتعلق بالتجارة الالكترونية، حيث ورد في المرسوم رقم 99-185 الصادر في 22 من ماي سنة 1999[76] أن المبادلات الالكترونية وفق المادة الأولى الفقرة الأولى[77] من هي تبادل السلع والخدمات عن بعد باستعمال أي وسيلة الكترونية. ما يلاحظ على هذا التعريف، انه جاء بسيطا ومختصرا

---

https://wikimemoires.net/2010/05/definition-commerce-electronique-formes-moyens-problemes-e-commerce

[74] Loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique modifiant le code civil, le nouveau code de procédure civile, le code de commerce, le code pénal et transposant la directive 1999/93 *relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques, la directive relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information,* certaines dispositions de la directive 97/7/CEE *concernant la vente à distance des biens et des services autres que les services financiers*, Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg, A - N° 96, 8 septembre 2000, p.2176. Cité par, *PARLAMENTO ITALIANO, Decreto Legislativo 22 maggio 1999*, n. 185, Citation Date: 14/02/2011, Available at : http://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/99185dl.htm

[75] للمزيد من المعلومات، راجع مدحت رمضان، المرجع السابق، ص.16.

[76] Decreto Legislativo 22 maggio 1999, n. 185, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 143 del 21 giugno 1999 (Rettifica G.U. n. 230 del 30 settembre 1999), "*Attuazione della direttiva* 97/7/CE *relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza*".

[77] Article 1-1 : *«contratto a distanza: il contratto avente per oggetto beni o servizi stipulato tra un fornitore e un consumatore nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato dal fornitore che, per tale contratto, impiega esclusivamente una o piu' tecniche di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso».* Decreto Legislativo 22 maggio 1999, n. 185; Op.cit.

لتعريف التجارة الالكترونية. كما دمج بين الوسيلة الالكترونية المستخدمة، وكذا تقنيات الاتصال عن بعد، وحصرها على مثال المشرع الفرنسي في السلع والخدمات.

أما في أمريكا، فقد أطلق الرئيس الأمريكي بيل كلينتون (*Bill Clinton*) خطة العمل الخاصة بالتجارة الالكترونية سنة 1997[78]، وتضمنت الخطة مبادئ رئيسة خمسة هي: "*إسناد قيادة التجارة الالكترونية للقطاع الخاص، وتجنب الحكومة وضع القيود أمام الاستثمار والأنشطة الإبداعية في ميدان التجارة الالكترونية. وللحكومة دور في كفالة وحماية الملكية الفكرية والخصوصية وامن الشبكات والمعلومات والشفافية والسرعة في حل المنازعات، وعلى الحكومة دور في البناء الفاعل للوسائل التقنية ووسائل الاتصال. والانترنت بيئة عالمية، وإطارها القانوني يتعين أن يكون عالميا، وتحديدا بالنسبة للاختصاص القضائي*"[79].

وتنفيذا لهذه الخطة، جرى إقرار العديد من التشريعات المنظمة لأعمال التجارة الالكترونية أو المتصلة بها، سواء على مستوى الولايات أو المستوى الفدرالي. كان آخرها القانون الخاص بحجية التواقيع الالكترونية ومعايير قبول هذه التواقيع كبينة في الإثبات الذي أُقر سنة 2000[80]. هذا بالرغم من أن النظام القانوني للولايات المتحدة الأمريكية يتضمن عشرات التشريعات المنظمة لشؤون التقنية والكمبيوتر والشبكات، غير انه عند إصداره لقانون المعاملات التجارية الالكترونية في 14 من فيفري سنة 2001 لم يعرف المشرع الأمريكي التجارة الالكترونية، بل اكتفى في المادة الثانية الفقرة الثانية من القانون بتعريف الأعمال التجارية الالكترونية.

---

[78] The Clinton Presidency: *Unleashing the New Economy, Expanding Access to Technology, A Framework For Global Electronic Commerce*, President WILLIAM J. Clinton, Vice President Albert Gore, Jr. Washington, D.C, NOTE-framework-970706, W3C Activities Related to the US "*Framework for Global Electronic Commerce*", 1997. Cité par, Framework *for Global Electronic Commerce*, Citation Date : 12/12/2014, Available at :https://clintonwhitehouse5.archives.gov/WH/Accomplishments/eightyears-09.html

[79] Cf. Electronic Commerce, THE WHITE HOUSE, *Office of the Press Secretary, For Immediate Release* - July 1, 1997, MEMORANDUM FOR THE HEADS OF EXECUTIVE DEPARTMENTS AND AGENCIES SUBJECT: Electronic Commerce. Cité par, WILLIAM J. CLINTON, Electronic *Commerce, THE WHITE HOUSE, Office of the Press Secretary*, For Immediate Release - July 1, 1997, Citation Date: 13/12/2012, Available at: https://fas.org/irp/offdocs/pdd-nec-ec.htm

[80] Electronic Signatures in Global and National Commerce Act of 2000: On 9 June 2000 *House and Senate have reached a compromise on electronic signature legislation and molded* H.B. 1714 and S. 761 into a single version (*S. 761*). On June 30, 2000, *President Clinton signed into law the Electronic Records and Signatures in Commerce Act* (*or Electronic Signatures Act*). *The president signed the act both electronically and using the more traditional pen-and-ink.*

The Electronic Signatures Act (*Public Law No: 106-229*) went into effect on October 1, 2000 and gives electronic contracts the same weight as those executed on paper.

The act has some specific exemptions or preemptions, notably the provision concerning student loans (section 107, (b)(3)).

Although the act enables documents to be signed electronically, the option to do so lies solely with the consumer. In other words, no portion of the act requires you to sign documents electronically, you retain the right to use 'paper & ink' documents at your discretion.

The act specifically avoids stipulating any 'approved' form of electronic signature, instead leaving the method open to interpretation by the marketplace. Cité par, *The act specifically avoids stipulating any 'approved' form of electronic signature*, Citation Date : 13/12/2013, Available at : https://www.ecsi.net/help/help_esig.html

وتحسن الإشارة إلى أن المشرع الأمريكي قام فيما بعد بإصدار القانون التجاري الموحد، الذي نص في المادة الرابعة على نظام تحويل الأموال الكترونيا بين البنوك باستخدام بطاقات الائتمان. ومن جهتها، تشير بعض الوثائق الحكومية الأمريكية إلى التجارة الإلكترونية باعتبارها الاستعمال الأمثل لكل أنواع تكنولوجيا الاتصالات المتاحة من أجل تنمية النشاط التجاري للمشروعات[81].

أما في كندا، فقد أصدر المشرع قانون التجارة الالكترونية الموحد سنة 1999، ونص في احد مواده على أن: "*التجارة نشاط اقتصادي يتمثل في كل عملية إنشاء، أو تسجيل، أو نقل، أو تخزين، في صيغة رقمية أو أية صيغة أخرى غير ملموسة، بواسطة وسائل الكترونية أو بأية وسائل أخرى مشابهة، تكون لديها القدرة على الإنشاء، أو التسجيل، أو النقل، أو التخزين الكترونيا*"[82].

الأمر المثير للانتباه أن تشريعات بعض الدول العربية في شأن التجارة الالكترونية تسير ببطيء على خلاف دول أخرى كتونس والأردن والإمارات[83]، ومن بين تلك الدول الجزائر. كانت التجارة الالكترونية موجودة في الجزائر بالموازاة مع التجارة العادية، وآية ذلك وجود العديد من المواقع الالكترونية المتخصصة في التسويق الالكتروني. غير أنها كانت قبل صدور قانون التجارة الالكترونية الجزائري رقم 18-05 سالف الذكر تفتقد للتنظيم والتقنين. ومع صدور هذا الأخير في 10 من ماي سنة 2018 بدأت التجارة الالكترونية في الانتعاش نوعا ما.

---

[81] Cf. KLEBT (V.) and PRICE Jane., *Information, System and the Internet Fourth*, éd. Dryden press, USA, E19, 2007, p.50.

[82] Uniform Electronic Commerce, Act Annotated 2005, Cité par, *Uniform Electronic Commerce*, Citation date: 14/12/2013, Available at : http://www.ulcc.ca/en/1999-winnipeg-mb/359-civil-section-documents/1138-1999-electronic-commerce-act-annotated

[83] إن تدني مساهمة التجارة الالكترونية العربية على المستوى العالمي يعود إلى عدة أسباب منها أن المواقع التي تستخدم اللغة العربية لا تمثل أكثر من 0.6% من مساحة الاستخدام على شبكة الانترنيت، وهذا يعد عائقا" رئيسا" أمام نجاح تجارة التسوق الالكتروني في الدول العربية، فمشكلة اللغة تمثل عاملا" مهما" يقيد نشاط التجارة الالكترونية العربية، كما أن عدم الوعي بوسائل التجارة الالكترونية وتحديدا" وسائل الوفاء بالثمن عبر تقنيات الدفع النقدي وبطاقات الائتمان وضعف الثقة بالجوانب الأمنية لحماية المعلومات مثلت عوامل حاسمة في ضعف استخدام هذا النمط المستحدث للأنشطة التجارية؛ هذا بالإضافة إلى المشاكل التقليدية التي تعوق التجارة الالكترونية في العالم العربي مثل ضعف الموارد البشرية والمادية وغياب الخبرات التكنولوجيا اللازمة نتيجة انتشار الأمية بنسب عالية ممثلة في الأمية الأبجدية علاوة على وجود أمية معلوماتية وضعف كفاءة قطاع الاتصالات الأمر الذي يؤثر في أداء القطاعات الاقتصادية الأخرى وعدم توفير البنية التحتية الكافية التي تتيح الاتصال بالانترنيت والاستفادة من تكنولوجيا المعلومات وتطبيقاتها وأخيرا" تأتي مشكلة غياب الإطار التشريعي والتنظيمي في بعض الدول العربية الذي ينظم المعاملات الالكترونية في ظل انفتاح الأسواق والحفاظ على حقوق الملكية الفكرية. مقتبس من، ***Usage statistics of content languages for websites***، تاريخ الاقتباس: 2019/08/15، متاح على الرابط التالي: https://w3techs.com/technologies/overview/content_language/all

تضمن الباب الأول من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية سالف الذكر الأحكام العامة المنظمة للتجارة الالكترونية. حيث جاء في المادة السادسة من هذا القانون تعريف للتجارة الالكترونية على أنها: "*النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد للمستهلك الالكتروني، عن طريق الاتصالات الالكترونية* ". باستقراء هذه المادة، نجد أن المشرع الجزائري وسع من نطاق ومفهوم التجارة الالكترونية واعتبرها كل معاملة تتم بالوسائل الإلكترونية. والانترنت برزت كركيزة أساسية للتجارة الإلكترونية. فالتجارة الالكترونية إذً حسب ما ورد في هذه المادة هي نشاط تجاري يتم بفضل وسائل اتصال إلكترونية متطورة، ويتعلق هذا النشاط التجاري بتنفيذ كل ما يتصل بعمليات شراء وبيع السلع أو الخدمات أو حتى مجرد اقتراحها، عن طريق بيانات ومعلومات تنساب عبر شبكات الاتصال الإلكتروني. الملاحظ أن المشرع الجزائري حصر هذا النشاط التجاري على شخص قانوني هو: "*المورد الإلكتروني*"؛ وبذلك، التاجر التقليدي المعروف بالقانون التجاري له مركز قانوني مختلف كونه لا يمارس التجارة الإلكترونية. غير أن هذا الأخير أي التاجر التقليدي قد يستغل جزئياً وسائل اتصال إلكترونية للترويج والتعاقد لتحقيق معاملاته التجارية التقليدية[84].

أما الاتصالات الالكترونية، فقد عرفتها المادة العاشرة من القانون رقم 18-04[85] المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية بأنها: "*كل إرسال أو تراسل أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو بيانات أو معلومات مهما كانت طبيعتها، عبر الأسلاك أو الألياف البصرية أو بطريقة كهرومغناطيسية*". يتضح من خلال هذه المادة، بأن الاتصالات الإلكترونية وصف شامل ينطبق على كل المراسلات والاتصالات التي تتم بالطرق الإلكترونية، بما فيها الاتصال الرقمي عبر شبكة الانترنت.

ما يميز قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم 83 الصادر سنة 2000 سالف الذكر، انه كان من أوائل التشريعات التي أسست للتجارة الالكترونية في العالم العربي. عرفت المادة الثانية من الفصل الثاني منه التجارة الإلكترونية على أنها: "*العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الالكترونية*". *وعرف المبادلات الالكترونية في على أنها "المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الالكترونية*"[86]. طالما أن المشرع

---

[84] كباهم سامي، *التجارة الإلكترونية وضوابط سجلات معاملاتها*، مجلة القانون والمجتمع، المجلد7، 2019، عدد1، ص.190.

[85] قانون رقم 18-04 المؤرخ في 10 ماي 2018، *يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية*، الجريدة الرسمية عدد 27 الصادرة في 13 ماي 2018، ص.3.

[86] قد عرّف الفصل 453 مكرر من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، الواقع إدراجه بموجب القانون رقم 57 لسنة 2000 المؤرخ في 13 جوان 2000 المتعلق بتنقيح وإتمام بعض فصول من مجلة الالتزامات والعقود في فقرته الأولى الوثيقة الإلكترونية بما يلي: "...هي *الوثيقة المتكونة من مجموعة*

التونسي استخدم عبارة مبادلات، وكذا عمليات تجارية، فإن أي عملية تجارية هي مبادلة. وبالمحصلة تصبح العملية التجارية المقصودة بنص القانون أي مبادلة بين سلعة وثمنها أو خدمة وقيمتها، أو أداء عمل ومقابلة، شريطة أن يتم ذلك بموجب وثيقة الكترونية. وبذلك، استبعد المشرع التونسي الوسائل الالكترونية التي يتم عن طريقها التعاقد عن بعد.

أما قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2000 سالف الذكر، عرف المعاملات الالكترونية في المادة الثانية على أنها: "*المعاملات التي تنفذ بوسائل الكترونية كتقنية استخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو الكهرومغناطيسية أو أية وسيلة مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها*". كما عرفت نفس المادة التجارة الالكترونية بتعريف آخر على أنها: "*إجراءات الاتفاق بين طرفين أو عدة أطراف بوسائل الكترونية على تنفيذ عملية تجارية*"[87].

أصدرت دولة الإمارات العربية المتحدة في عام 2002، قانون رقم 02 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية سالف الذكر. وعلى الرغم من أنه لم يعرف التجارة الإلكترونية بصورة مباشرة إلا أنه عرف عبارة "*إلكتروني*" بأنه: "*كل ما يتصل بالتكنولوجيا الحديثة وله قدرات كهربائية، أو رقمية، أو مغناطيسية، أو لاسلكية، أو بصرية، أو كهرومغناطيسية، أو مؤتمتة، أو ضوئية، أو ما شابه ذلك*". وتبنت إمارة أبو ظبي، ممثلة في غرفة تجارة وصناعة أبو ظبي مشروع التجارة الإلكتروني، وأطلقت المرحلة الأولى لهذا المشروع خلال شهر أوت 2001. أما إمارة دبي، فقد أصدرت قانون منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا والتجارة الإلكترونية والإعلام رقم 01 لسنة 2000 سالف الذكر، والذي عرف التجارة الإلكترونية بأنها: "*الأعمال المنفذة بالوسائط الإلكترونية، وبشكل خاص الإنترنت*". يمكن ملاحظة أن هذا القانون، وبنصه على عبارة "*الأعمال*" قد ترك المجال مفتوحا للتجارة الإلكترونية لتشمل كل الأنشطة التي تزاول عن طريق وسيط إلكتروني وبصورة خاصة الإنترنت.

عرف مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري[88] في المادة الأولى منه التجارة الالكترونية بأنها: "*كل معاملة تجارية تتم عن بعد باستخدام وسيلة إلكترونية*"[89]. الحقيقة أن هذا التعريف، وإن كان لا يزال ضمن

أحرف وأرقام أو أي إشارات رقمية أخرى بما في ذلك تلك المتبادلة عبر وسائل الاتصال تكون ذات محتوى يمكن فهمه ومحفوظة على حامل إلكتروني يؤمّن قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة".

[87] وعرف اصطلاح "*الكتروني*" بأنه يشمل الكهربائي والرقمي والمغناطيسي والضوئي والكهرومغناطيسي (Photonique et biométrique)

[88] للمزيد من المعلومات، راجع أماني أحمد، *المسودة الأولى لمشروع قانون تنظيم أحكام التجارة الالكترونية في مصر والتعليق عليه*، تاريخ النشر: 2008/05/08، 10:15، تاريخ الاقتباس: 2013/12/20، متاح على الرابط التالي:-https://www.f-law.net/law/threads/13243

مشروع القانون إلا أنه يعكس رغبة المشرع المصري في وضع قانون يكتب له البقاء مدة طويلة، قبل أن تناله رغبة التعديل، في ظل التقدم العلمي والتقني غير المحدود والمتلاحق. وعلى خلاف ما ورد في توجيه الاتحاد الأوربي رقم 97-07 والتوجيه رقم 2000-31 سالف الذكر، لم يرد في القانون المصري أمثلة بشأن الوسائط الإلكترونية. وعلى هذا، جاء التعريف واسعا ليشمل أي وسيلة الكترونية تفيد الاتصال عن بعد، وهو عين الصواب، لأنها تشمل زمانيا أي تطور تقني قد يحصل في المستقبل. وتجدر الإشارة إلى أن هذا التعريف انعكس على الفقه المصري في شكل نقاش ودراسات أثيرت حول تحديد ماهية التجارة عن بعد[90].

أما بالنسبة للسعودية، فقد صدر مؤخرا "*نظام التجارة الالكترونية*" بتاريخ 09 من جويلية سنة 2019، ودخل نطاق السريان في 09 من أكتوبر سنة 2019[91]. حيث عرف في المادة الأولى منه التجارة الالكترونية على أنها: "*نشاط ذو طابع اقتصادي يباشره موفر الخدمة والمستهلك –بصورة كلية أو جزئية– بوسيلة الكترونية، من اجل بيع منتجات أو تقديم خدمات أو الإعلان عنها أو تبادل البيانات الخاصة بها*". الملاحظ على هذا التعريف وبخلاف التعريف الوارد في مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري وسع نوعا ما من مفهوم التجارة الالكترونية.

ثانيا.– التعريف الفقهي للتجارة الإلكترونية:

التجارة الإلكترونية ما هي إلا واحدة من أهم التعابير الجديدة التي دخلت قاموسنا القانوني والاقتصادي بقوة. وقد أصبح هذا المفهوم متداولاً في الاستخدام اليومي، وذلك للتعبير عن العديد من الأنشطة الإنسانية المرتبطة بثورة تكنولوجيا صناعة المعلومات والاتصالات.

هذا المصطلح لم تتبلور صورته بالشكل القطعي، إذ لا زال محط جدل بين الباحثين. إلا أننا يمكننا أن نتناوله من خلال التسمية التي تطلق عليه " *التجارة الإلكترونية* "، والتي تتضمن كلمتين: الكلمة الأولى وهي غنية عن التعريف كلمة "*التجارة*"، التي هي عبارة عن ذلك المصطلح الذي تطلق للتعبير عن أي نشاط اقتصادي يقوم به الإنسان في أي مكان من العالم بغرض تحقيق الربح من خلاله، ويتم من خلاله تداول السلع والخدمات بين الأفراد والمؤسسات والحكومات. ويحكم هذا النوع من التعامل القوانين والأنظمة المشرعة منذ

---

[89] مقتبس من، عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص.23.

[90] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص.40-41.

[91] *نظام التجارة الالكترونية السعودي*، الصادر بتاريخ 09 جويلية 2019، ودخل حيز السريان 09 أكتوبر 2019، تاريخ الاقتباس: 26 أكتوبر2019، متاح على موقع وزارة التجارة والاستثمار السعودية التالي: https://mci.gov.sa/ar/ECC/Pages/default.aspx

مئات السنين، بالإضافة إلى ما يسمى بـ: "*العرف التجاري*" السائد في المجتمعات وبين الأفراد الذين يمارسون هذا النوع من النشاط.

أما الكلمة الثانية "*الإلكترونية*"، وهي صفة لكلمة التجارة، وهي جملة الوسائط والوسائل السلكية واللاسلكية لعمليات الاتصال عن بعد وتبادل البيانات ونحوها. وعليه، فالتجارة الالكترونية هي نوع من التوصيف لطريقة ممارسة النشاط الاقتصادي بطرق حديثة، أي أداء النشاط التجاري باستخدام الوسائط والأساليب الإلكترونية، وحيث تعتبر الإنترنت والشبكات العالمية والمحلية أهم هذه الوسائط. وبالرغم من اشتمال التجارة الإلكترونية على كل الاستعمالات التكنولوجية من فاكس وهاتف وتلفاز وما إلى ذلك، إلا أن المقصود بإطلاقها التعاملات التجارية التي تتم الكترونيا عبر شبكة المعلومات الدولية (الانترنت). وغني عن البيان انه لا يقصد بالتجارة الالكترونية تلك التجارة التي يكون محلها أجهزة أو مستلزمات إلكترونية، وإنما يقصد بها التعاملات التي تتم من خلال أجهزة ووسائل الكترونية كما سبق الذكر[92].

نظراً للتطور السريع الذي طرأ على مفهوم التجارة الإلكترونية ظهرت العديد من التعاريف، وكل منها يتناولها من جانب معين. سنحاول سرد بعضاً من أهم هذه التعاريف؛ والتي تم تداولها بكثرة في الأدبيات الاقتصادية في الصحف اليومية وعلى صفحات الويب، من اجل الوصول إلى تعريف عام يتفق مع دراستنا وطريقة تناولنا للموضوع ومن هذه التعاريف نذكر:

يرى الفقه الإيطالي[93] أن التجارة الإلكترونية تختلف عن البيع عن بعد، لأن المستهلك في التجارة الإلكترونية لا يقف سلبا كما هو الحال في البيع عن بعد، إذ يساهم المستهلك في إعداد عقد البيع عن طريق بحثه عن الكتالوجات الخاصة بالبيع واستجابته لدعوة التجار للتعاقد[94]. والواقع أن المستهلك في التجارة الإلكترونية معني بها وإن لم يكن طرفا فيها غالبا، فهو في النهاية مستهلك للخدمة أو السلعة التي تسوق عن طريق التجارة الإلكترونية.

عرفها جانب من الفقه بأنها: "*صورة من صور التعاقد عن بعد أدت إلى وجود مشاكل عملية وقانونية تتعلق بفروع القانون المختلفة وبصفة خاصة في مجالات القانون المدني والقانون التجاري والقانون الدولي الخاص*

---

[92] للمزيد من المعلومات، راجع خضر مصباح الطيطي، المرجع السابق، ص.ص.31 وما بعدها.

[93] أشار إليه، مدحت رمضان، المرجع السابق، ص.16.

[94] المرجع نفسه، الموضع نفسه.

والقانون الجنائي...الخ"[95]. بينما من المنظور المباشر (*Online*)، عرفها البعض بأنها: "*نوع من عمليات البيع والشراء ما بين المستهلكين والمنتجين، أو بين الشركات بعضهم وبعض باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات*"[96]. بينما يتمسك اتجاه آخر بأنها: "*استخدام لوسائل التكنولوجية وشبكات المعلومات لممارسة أي نشاط تجاري، ويشمل ذلك وسائل الاتصال التي تعمل كوسيط في عمليات تصميم وإنتاج وإعلان وعرض وتوزيع وبيع السلع والخدمات وكذلك تسوية عمليات الدفع والسداد*"[97]. بل وهناك من يعرفها بأنها: "*كل بيع وشراء وتبادل المنتجات والخدمات عبر شبكة الانترنت*"[98]. وفي تعريف مشابه عرفت التجارة الإلكترونية بأنها: "*توزيع المعلومات التجارية، وحفظ العلاقات التجارية، ومباشرة الصفقات التجارية بواسطة شبكات الاتصال السلكية واللاسلكية*"[99].

ومن منظور الواجهة المقابلة في العلاقة (*Interface*) عرفت التجارة الالكترونية على أنها: "*أي تعامل تجاري الكتروني سواء بين الشركة والأخرى، أو بين الشركة والعملاء، أو بين الشركة والإدارة، سواء تم استخدام هذه التقنية الالكترونية كوسيلة لربط الأطراف المعنية بوصفها أداة يتم من خلالها تنفيذ العملية التجارية، أو تم استخدامها كمادة للتنفيذ*"[100].

ومن ناحية الحركة التجارية والتسوق، هناك من يركز على عنصر السوق الإلكتروني المفتوح في تعريف التجارة الإلكترونية فعلى سبيل المثال تعرف بأنها: "*تتضمن وجود سوق عالمي إلكتروني يتمكن من خلاله جميع العاملين في الحلقات الإنتاجية بالتعامل الفوري الآني مع بعضهم البعض لمصلحتهم المشتركة والمتبادلة*". وبهذا المعنى، فإن التجارة الإلكترونية توجِد بيئة تمكن الزبائن من التحكم بشكل أكثر فعالية في عملية الشراء، وكذلك في الحصول على معلومات خاصة وحسب الطلب[101].

---

[95] مقتبس من، مدحت عبد الحليم رمضان، *الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة*، ط.1، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص.21.

[96] مقتبس من، رأفت رضوان، *عالم التجارة الإلكترونية*، ط. 1، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، (بدون مكان النشر)، 1999، ص.14.

[97] مقتبس من، عصام عبد الفتاح مطر، *التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية*، ط.1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص.17.

[98] أحمد مداح، المرجع السابق، ص.18.

[99] Cf. DAVE (C) and Others., *Internet Marketing، Redwood Books limited*, London, 2000, p.325.

[100] مقتبس من، إبراهيم بن عبدالله بن محمد الناصر، *الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية*، إتحاد المصارف العربية، المجموعة 20، أكتوبر 2000، عدد 328، ص.90.

[101] مقتبس من، مصطفى ناصر الدين، *التجارة الإلكترونية وأثارها المالية والاقتصادية*، المجمع العربي للإدارة والمعرفة، ص.1، تاريخ الاقتباس: 2013/12/20، متاح على الرابط التالي: http://www.akms.org/publication/publications.htm

هناك تعريف مبسط للتجارة الإلكترونية بأنها: "*أي شكل من أشكال التعامل التجاري الذي يتبادل فيه الأطراف من خلال وسائط إلكترونية وليس من خلال الطرق المادية التقليدية*"[102].

كل التعريفات سالفة الذكر، ترى التجارة الإلكترونية في جانب من الجوانب وذلك حسب الحالة. فهي إما أنها تفتقد إلى الدقة أو قد تبخس القيمة الحقيقية للتجارة الإلكترونية، أو تهمل حقيقة التزاوج الحاصل بين التجارة من ناحية؛ والتكنولوجيا من ناحية أخرى. لهذا، يبدو جليا أن هذه التعريفات إما جاءت موسعة، حيث أضافت إلى مفهوم التجارة الالكترونية أعمالا أخرى لا يمكن تصنيفها ضمن طائفة الأعمال التجارية الالكترونية، أو إخراج طائفة أخرى كان من المفروض إدراجها ضمن معاملات التجارة الالكترونية.

كما أن هناك اختلاف بين هذه التعريفات، حول الوسائل المستخدمة في عمليات التجارة الإلكترونية. ففي حين قصرها البعض على الانترنيت في انجاز هذه المعاملات حتى يمكن وصفها بالإلكترونية، فإن البعض الآخر اعتبر كل المعاملات التي يتم إنجازها وتنفيذها بأحد وسائل الاتصال الحديثة؛ كالفاكس والتيلكس والتلفزيون والهاتف يمكن وصفها بالإلكترونية[103].

وفي تعريف أكثر دقة للتجارة الإلكترونية هي: "*كل أشكال التكامل التجاري سواء بين الشركات أو الأشخاص التي تعتمد على الانتقال والتعاطي الإلكتروني للبيانات بما في ذلك المعلومات المكتوبة أو الصوت أو الصورة، وتغطي التجارة الإلكترونية أيضا التبادل الإلكتروني للمعلومات، البيانات بين المؤسسات المالية والتجارية التي تدعم وتتحكم في الأنشطة التجارية*". وعليه، فالتجارة الإلكترونية تتسع لتشمل كافة المعاملات التجارية التي يتم جزء منها عبر الوسائط الإلكترونية، سواء تعلق الأمر بالإنتاج أو الدعاية أو العرض أو التوزيع أو التعاقد أو الدفع أو التسليم أو خدمة ما بعد البيع[104].

أورد الأستاذ "*بختي إبراهيم*" تعريفا للتجارة الالكترونية على أنها: "*هي كل معاملة تجارية بين البائع والمشتري ساهمت فيها شبكة الانترنيت بصفة إجمالية أو بصفة جزئية، كالتزود بالمعلومات...الخ تخص خدمة أو سلعة لاقتنائها لاحقا، وسواء تم التسديد الكترونيا أو بصك ورقي أو نقدا عند التسليم أو بطريقة*

---

[102] مقتبس من، إيهاب السنباطي، *الموسوعة القانونية للتجارة الإلكترونية*، ط.1، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص.106.

[103] مقتبس من، لزهر بن سعيد، *النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية*، ط.1، دار هومة، الجزائر، 2012، ص.24.

[104] للمزيد من المعلومات، تاريخ الاقتباس: 2013/12/20 ، راجع الرابط التالي:
http://www.giic.org/focus/commerce/usjescstatement99.pdf

أخرى"[105]. ومن جهته، يؤكد الأستاذ "*لزهر بن سعيد*" انه: "*لحصر تعريف دقيق للتجارة الالكترونية لا بد من الأخذ بعين الاعتبار أمرين أساسيين هما:*

آ.– ضرورة التفرقة بين مصطلحي التجارة الالكترونية والأعمال الالكترونية. فالتجارة الالكترونية هي استخدام الوسائل الالكترونية ووسائل الاتصال الحديثة؛ أما الأعمال الالكترونية فهي استخدام تقنيات العمل بالإنترنيت والشبكات، لتطوير أنشطة الأعمال المالية والإدارية والإنتاجية والخدماتية من تخطيط للموارد، وإعداد البيانات، والحملات الترويجية ضمن أنشطة افتراضية. وبذلك، فالتجارة الالكترونية هي مجرد وجه من أوجه الأعمال الالكترونية، وعلاقة الأعمال الالكترونية بالتجارة الالكترونية هي علاقة الكل بالجزء؛

***ب.**– أهمية التفرقة بين مصطلحي التجارة الالكترونية والتجارة عبر الانترنيت، حيث أصبح مصطلح التجارة الالكترونية يطلق للدلالة على التجارة عبر الانترنيت، وهذا أمر يخالف الواقع والمنطق. إذ أن التجارة عبر الانترنيت هي جزء من التجارة الالكترونية، لأن هذه الأخيرة لا تقتصر فقط على انجاز الأعمال التجارية عبر الانترنيت، بل تمتد لتشمل كل وسيلة الكترونية مساعدة على انجاز وتنفيذ المعاملات التجارية*"[106].

ومن هذا التعريف، نخلص إلى العناصر التالية:

آ.– أن التجارة الإلكترونية لا يمكن تصورها بدون وسائل إلكترونية؛

ب.– أن التجارة الإلكترونية لا تخص فقط عملية البيع والشراء، وإنما تتسع لتشمل عمليات تصميم وإنتاج وعرض وتوزيع وبيع السلع والخدمات، وتسوية عمليات الدفع والسداد؛

ج.– أن التجارة الإلكترونية مثل أي نشاط تجاري تقليدي يمكن أن تتم داخليا أو خارجيا.

إن جميع العناصر التي يحتويها مفهوم التجارة الالكترونية بصورة تعريف جامع مانع، أمر في غاية الصعوبة لأن المصطلح المراد تعريفه متغير باستمرار نتيجة التطورات المتلاحقة التي تطرأ عليه. فبالرغم من عدم وجود تعريف متكامل للتجارة الإلكترونية؛ إلا أنه لا يعني غياب صورة واضحة تبين معالم الحدث الاقتصادي العلمي، بل يمكن ومن خلال إمعان النظر فيما سبق من التعريفات تحديد المسائل الأساسية التي ترتكز إليها

---

[105] للمزيد من المعلومات، راجع بختي إبراهيم، مقال الكتروني منشور على صفحته الشخصية بعنوان "*التجارة الالكترونية*"، ص.92، تاريخ الاقتباس: 2013/12/20، متاح على الرابط التالي: http://bbekhti.e-ptaalim.info/liens.html

[106] للمزيد من المعلومات، راجع لزهر بن سعيد، *النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية*، المرجع السابق، ص.24-25.

التجارة الإلكترونية. إذ لا بد من مباشرة الأعمال التجارية بمفهومها الواسع باستعمال أية وسيلة إلكترونية تسمح بمعالجة المعلومات التجارية إلى رسائل بيانات *(Data massage)* وسواء كان تنفيذ الصفقة التجارية بوسيلة إلكترونية أم بالطرق المادية المعروفة. ولا يوجد تفريق بين من يقوم بمزاولة المعاملات الإلكترونية؛ إن كانت حكومة أو مؤسسة تجارية أو فرداً، وسواء كان هذا الأخير تاجراً أم مستهلكاً. وهذا يزيل الغموض عن عبارة التجارة الإلكترونية بشكل عام ويسهل دراسة المفهوم القانوني لها. كما أن هذا الأمر كذلك لا يخفي التطور الذي شهدته وتشهده التجارة الالكترونية منذ ظهورها، مرافقة لثورة الاتصالات والمعلومات. وهو ما سنتطرق إليه في العنوان الموالي.

الفرع الثاني

تطور التجارة الإلكترونية

التجارة الإلكترونية لم تظهر فجأة، بل كانت وليدة المراحل المختلفة التي مرت بها ثورة الاتصالات والمعلومات، ونمو طبيعي لاستخدام الشبكات وتكنولوجيا المعلومات المتوفرة في العالم خصوصا شبكة الانترنت. ومع انتشار الحواسيب وشبكات الربط العالمية أصبح العالم قرية واحدة. وفي ظل هذه الظروف التقنو اجتماعية ظهرت وبرزت التجارة الإلكترونية إلى الوجود[107].

أولا.– البدايات الأولى للتجارة الالكترونية في السبعينات:

يخطئ الكثير حين يؤكد جازما أن التجارة الإلكترونية لم تكن موجودة قبل ظهور الانترنيت، لكن الواقع أنها ترجع لسنوات السبعينات. فأول تطبيق لمفهوم التجارة الإلكترونية كان في بداية 1970 من خلال عمليات التحويل الالكتروني للأموال *(E.F.T)*[108] بطريقة الكترونية من منظمة لأخرى، وان كانت محصورة ضمن المؤسسات والشركات المالية الكبيرة. ثم توسع هذا التطبيق لاحقاً ليشمل عمليات نقل وإرسال الوثائق الكترونيا *(E.D.I)*[109]. كما كانت مطبقة من طرف وكالات السفر ضمن شبكة سيتا *(SITA)*[110] لتبادل

---

[107] خالد ممدوح إبراهيم، *إبرام العقد الإلكتروني: دراسة مقارنة*، ط.1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص.21-22.

[108] E.F.T: *Electronic funds transfer*.

[109] E.D.I: *Electronic data interchange*.

[110] S.I.T.A: *societe internationale de telecommunications aeronautiques.*

المعلومات[111] مع زبائنها في الولايات المتحدة الأمريكية[112]، وامتد ذلك فيما بعد ليشمل الفاكس والتلكس والتلفزيون. لكن ظهور الانترنيت عجل في انتشار وازدهار التجارة الإلكترونية عبر العالم.

ثانيا.– ارتباط انتشار التجارة الإلكترونية بخدمة الإنترنت:

بدأ بالفعل استخدام شبكة الانترنيت في الأغراض التجارية عام 1992 عندما ظهرت شبكة الإنترنت وهي إحدى فروع شبكة الإنترنت، وتقوم خدمات هذه الأخيرة على تقديم البيانات في صورة قوائم وملفات؛ مع استخدام الصور الملونة وكذا البحث السريع. وقد ظهرت أولى المواقع التجارية على الشبكة عام 1993 واقتصرت على تقديم إعلانات متعلقة ببعض السلع فقط[113].

ومع انتشار الحواسيب في العالم وامتداد الشبكة العنكبوتية عن طريق الربط؛ فإن السائد في وقتنا الحاضر هو شيوع مواقع التجارة الإلكترونية وازدياد معدلات نشاطها وعدد مستخدميها[114]. ويرجع هذا التنامي الشديد في حجم التجارة الإلكترونية إلى حقيقة منطقية مفادها أن لا تجارة إلكترونية دون وسائط إلكترونية فالتناسب طردي بينهما إذ كلما ازدادت رقعة التجارة الإلكترونية ازدادت حاجة البشر إلى استعمالها. وعليه فإن، التجارة الإلكترونية ما هي إلا كمبيوتر وشبكة وحلول وموقع ومحتوى[115]. كما لا نغفل تأثيرات وباء كورونا عن طريق انتشار فيروس كوفيد–19 *(COVID-19)*[116]، الذي اجتاح وبسرعة دول

---

[111] شبكة سيتا *(SITA)*: القائمة بشؤون هذه الشبكة هي شركة سيتا الفرنسية التي تأسست عام 1949 أى انها تخدم صناعة الطيران لأكثر من خمسين عاماً وكلمة سيتا اختصار – الشركة العالمية لإتصالات الملاحة الجوية SITA تقوم خدمة سيتا على شبكة دولية تربط جمع المطارات وشركات الطيران المشتركة فى منظمة سيتا حيث يوجد لها فرع أو أكثر فى الدولة المشتركة فى خدمة سيتا، الموقع الرسمي لشركة سيتا، تاريخ الاقتباس: 2020/12/22، متاح على الرابط التالي: https://www.sita.aero/about-us

[112] للمزيد من المعلومات، راجع الصفحة الثالثة من هذه الدراسة.

[113] عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص.12-13.

[114] شهدت التجارة الإلكترونية نمواكبيرًا في السنوات الأخيرة، وكل المؤشرات تدل على أنّ هذا النمو سيستمر في السنوات القادمة. فقد بلغ حجم التجارة الإلكترونية سنة 2019 حوالي 3.3 تريليون دولار. ويتوقع الخبراء أن يصل إلى 4.5 تريليون دولار سنة 2021. مقتبس من،
Top E-Commerce Stats for 2020, Worldwide E-Commerce, Date of Publication: 13/08/2019, Citation Date: 20/12/2019, Available at: https://www.spaceshopcommerce.com/blog/top-ecommerce-stats-for-2020

[115] *1.–كمبيوتر:* يتيح إدخال البيانات ومعالجتها وتصميم عرضها واسترجاعها؛

2.– شبكة: تتيح تناقل المعلومات باتجاهين من النظام وإليه؛

3.– حلول: سمح إنقاذ المنشأة لالتزاماتها وتنفيذ الزبون أو العميل لالتزاماته لحلول وبرمجيات التجارة الإلكترونية؛

4.– موقع: يكون على الشبكة تعرض فيه المنتجات والخدمات، وما يتصل بها إضافة إلى أنشطة الإعلام وآليات التسويق.

[116] فيروسات كورونا هي سلالة واسعة من الفيروسات التي تسبب المرض للحيوان والإنسان معاً. أما كوفيد–19 فهو فيروس معدٍ وسريع الانتشار، وهو آخر فيروس كورونى تم اكتشافه الى حد الآن وتجهل اسبابه، ولم يكن هناك أي علم بوجود هذا الأخير؛ قبل بدء تفشيه في مدينة ووهان الصينية في أواخر ديسمبر 2019. وقد تحوّل كوفيد–19 الآن إلى جائحة تؤثر على العديد من بلدان العالم؛ مسببة جمود في كافة الأنشطة الحياتية

العالم مطلع سنة 2020، وفرض على الناس المكوث الإجباري في المنازل. الأمر الذي أنعش التجارة الالكترونية في ظل انحسار المتاجر التقليدية؛ نظرا لفرض قواعد الحجر الصحي على أفراد المجتمع من طرف الدولة[117].

ثالثا.– وظائف الإنترنت:

تعمل شبكة الإنترنت على خلق فرص وفوائد نظرا لقدرتها على تحقيق التواصل السريع بين أرجاء العالم، وهي تنطوي على العديد من المزايا والفوائد لكل من يستطيع استخدامها بكفاءة بسبب طابعها العالمي. فالدول والحكومات والشركات والأفراد في جميع أنحاء العالم أصبحوا متصلين معا من خلال هذه الوسيلة التكنولوجية الحديثة[118].

وتتمتع الإنترنت بثلاث وظائف رئيسية وهي:

1.– الاتصال:

تستعمل شبكة الإنترنت في معظم الأحيان لأغراض الاتصالات، وقد كان أول تجسيد عملي لها عن طريق آلية البريد الالكتروني (*E-MAIL*)، الذي له القدرة على إرسال واستلام الرسائل الإلكترونية. ولكل حساب بريد إلكتروني على الإنترنت عنوان برمز محدد ومعين يسمح بإرسال الرسائل إلى الوجهة الصحيحة. ويتم طبع رسالة البريد الإلكتروني تماما مثل الرسالة العادية، لكن الفرق هنا انه يتم استلام هذه

للإنسان، مقتبس من، الموقع الرسمي للمنظمة العالمية للصحة، *مرض فيروس كورونا (كوفيد-19): سؤال وجواب*، تاريخ الاقتباس: 2020/05/15، متاح على الرابط التالي:
https://www.who.int/fr/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses

[117] كشف تقرير متخصص عن "مؤشر التسوّق" للربع الأول من عام 2020 والذي يتناول بيانات وأنشطة ما يزيد عن مليار متسوّق حول العالم، عن تغيّرات في سلوكيات الشراء حول العالم، وذلك متأثرة بانتشار جائحة فيروس "كوفيد-19" وإقدام العملاء على شراء المنتجات خلال التزامهم بالبقاء في منازلهم. ومع انتشار وباء كورونا (فيروس كوفيد 19) ارتفع الطلب على التجارة الإلكترونية في ظل انحسار الحركة في المتاجر التقليدية: سجلت مبيعات التجارة الإلكترونية نموا بمعدّل 20% في الربع الأول من العام 2020 مقارنة بمعدّل 12% في الفترة ذاتها من العام 2019، تضمن ذلك زيادة عدد زوار المواقع بمعدل 16% وزيادة في إنفاق المتسوقين بمعدل 4% (ارتفاع متوسّط مبلغ الإنفاق المتسوّق لكل زيارة). ومن المتوقّع استمرار هذا التوجه للنمو مع تركيز الشركات أكثر على التجارة الإلكترونية. مقتبس من، هبة السيد، اليوم السابع، *مبيعات التجارة الالكترونية تسجل نمواً بـ 20% بسبب كورونا*، الخميس، 16 أبريل 2020، 15:47، تاريخ الاقتباس: 2020/05/20، متاح على الرابط التالي:
https://www.youm7.com/story/2020/4/16

[118] بهاء شاهين، *العولمة والتجارة الإلكترونية: رؤية إسلامية*، ط.1، (بدون دار النشر)، مصر، 2000، ص.59.

الرسالة فورا مثل المكالمة الهاتفية. وكذلك تستخدم الشبكة في إجراء حوار مباشر مع أي شخص في العالم عن طريق برامج الشات *(CHAT)* المنتشرة عبر شبكة الإنترنت.

2.– جمع المعلومات:

تتوافر المعلومات على الإنترنت من خلال مجموعة كبيرة من المواقع، وبأشكال متعددة تشمل جوانب تجارية وسياسية واجتماعية وثقافية وغيرها. لكن هذه المعلومات لا تشمل المعلومات التي يمكن الحصول عليها من مؤسسات معينة إلا مقابل تكلفة محددة. كما يمكن لبعض مصادر المعلومات أن تظهر لفترة قصيرة فقط على الإنترنت ثم تختفي.

3.– التسويق :

يمكن تسويق أي شيء عبر الإنترنت من الزهور وصولا إلى خدمات الشركات والبرمجيات الحاسوبية[119]، مما يسمح لمستخدميه القيام بالمعاملات الإلكترونية باختلاف أنواعها.

رابعا.– ملكية وإدارة الإنترنت:

يعتقد البعض أن شبكة الإنترنت تملكها دولة أو منظمة دولية تقوم بإدارتها. ولكن الواقع أن تلك الشبكة لا يملكها أحد[120]، وهي ليست ملكا لجمعية معينة، ولا تخضع لهيمنة منظمة أو هيئة حكومية، أو غير حكومية أو إدارة مركزية. فإذا أردنا التشبيه فهي تشبه شبكة صيد السمك[121]، وليست شبكة العنكبوت؛ حيث لا توجد فيها نقطة انطلاق مركزية، بل هي ترابط بين كل أجهزة الحاسوب الحكومية التي تملكها مختلف شعوب العالم وأجهزة الحاسوب التي تدار من قبل مئات الجامعات والمؤسسات التجارية الكبرى مثل: شركة مايكروسوفت (*MICROSOFT*)، وشركة أي بي ام (*IBM*)، وشركة أمريكا أون لاين (*AMERICA EN LINE*). فلا يوجد إذن من يسيطر على نشاط الإنترنت، وإن كان هناك بعض الحكومات مثل الصين تحاول قطع الاتصال بشبكة الإنترنت أو تقليل الاتصال بها. وتعتبر الإنترنت أول

---

[119] عمرو عبد الفتاح يونس، *جوانب قانونية للتعاقد الإلكتروني في إطار القانون المدني: دراسة مقارنة*، ط.1، (بدون دار النشر)، مصر، 2009، ص.53.

[120] فاروق حسين، *البريد الإلكتروني*، ط.1، الهيئة المصرية للكتاب، مصر، 1999، ص.9.

[121] أحمد عبد الكريم سلامة، *القانون الدولي الخاص النوعي: الإلكتروني، السياحي، البيئي*، ط.1، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص.27.

مؤسسة عالمية لا تملكها أي حكومة .وملكية الإنترنت بذلك مقسمة بين الدول والحكومات والجامعات والشركات والمؤسسات، أما من يملك الخدمات الرئيسية للإنترنت (*INTERNET SERVER*) فهو مقدم الخدمة، وتقع عليه المسؤولية القانونية سواء التقصيرية أو التعاقدية (*PROVIDER. ISP*). وتدار الإنترنت عن طريق عدة هيئات، ففي المستوى الأعلى يوجد عدد من الهيئات التنظيمية مسئولة عن تكنولوجيا وهندسة الإنترنت، مثل: "*مؤسسة بناء الإنترنت*"، وتتضمن فريق العمل الذي يتكون من مصممي الشبكة والقائمين على تشغيلها والباحثين والمهتمين (*DOMAIN*) بتطويرها .كما توجد أيضا شركات الإنترنت المكلفة بتسجيل أسماء النطاق، وهي شركة لا تهدف إلى تحقيق الربح ومهمتها تحديد نظام الأيكان (*ICANN*)[122] بالأسماء والأرقام (*NAME*) وإدارة أسماء ملاك مواقع الإنترنت. كما يوجد إتحاد لتنمية المعاهدات الدولية، ولتطوير شبكة الإنترنت ومقره في جنيف بسويسرا[123]، وهو عبارة عن إتحاد دولي أطلق عليه اسم " *إتحاد شبكة الإنترنت*"، أنشئ من أجل تطوير وتعديل المعاهدات الدولية بما يتناسب وتطور تكنولوجيا الإنترنت، وهذه الهيئات تتعاون فيما بينها من أجل إدارة تلك الشبكة[124].

وبصورة إجمالية، فإن الإنترنت غيرت وجه العالم والتجارة والأعمال، وساهمت في تحقيق الوجود الفعلي للحاسوب وما انجر عن ذلك من وجود للتجارة الإلكترونية. هذه الأخيرة التي تميزت باستقلاليتها نظرا لخصائصها المميزة لها عن التجارة التقليدية، نظرا لارتباطها بوسائل اتصال متطورة في إبرام عقودها وإدارة أعمالها. يضاف إلى ذلك متطلباتها التقنية الضرورية لتجسيدها في ارض الواقع، كل ذلك سنعالجه في المطلب الموالي.

---

[122] *Internet Corporation Assigned Names And Numbrs.*

[123] إتحاد شبكة الانترنيت يعرف باسم: "*World Wide Web Consortium-3WC*"

[124] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص.19.

المطلب الثاني

طبيعة التجارة الإلكترونية ومتطلباتها

تختلف التجارة الإلكترونية عن التجارة التقليدية من حيث تقنيات كل منهما، الأمر الذي انعكس على طبيعة الخدمات ونوعية العلاقات التي تميز كل منهما، فهي إذن ذات طبيعة خاصة (**الفرع الأول**). كما تتطلب هذه الأخيرة متطلبات خاصة ذات طبيعة تقنية وبشرية (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول

طبيعة التجارة الالكترونية

للتجارة الالكترونية جملة من الخصائص وكذا الايجابيات والسلبيات، كما انه بحكم طبيعتها تتخذ عدة أشكال وتقسيمات. ذلك ما سنتطرق إليه كما يلي:

أولا.– خصائص التجارة الالكترونية:

تتميز التجارة الإلكترونية بعدد من الخصائص التي تختلف فيها عن التجارة التقليدية، منها سرعة وسهولة الاتصالات، وإمكانية إبرام الصفقات التجارية الإلكترونية بين الأطراف المتعددة في مجالات التجارة والخدمات والمعاملات المالية والنقدية، مما يوفر الوقت والتكلفة. كما تسهل الحصول على المعلومات اللازمة للوصول إلى الأسواق، وتعتمد التجارة الإلكترونية وبشكل أساسي على شبكات الاتصالات والمعلومات والتي من أهمها الإنترنت. في حين أن التجارة التقليدية سباقة من حيث الزمن وآلياتها عادية ومتعارف عليها[125].

1.– التجارة التقليدية أو الورقية:

تنحصر التجارة التقليدية في الشكل العادي لتداول السلع، بداية من المنتج أو الموزع نهاية إلى المستهلك مرورا بتجار الجملة أو التجزئة، وفي كل مرحلة من مراحل التداول السابقة يقوم كل طرف بإضافة هامش ربح على ثمن السلعة. كما أن هذا النوع من التداول يستغرق مدة زمنية طويلة، ويتأثر بالأسواق؛ وكذا انخفاض ارتفاع الأسعار. ولهذا، تتعدد وتختلف طرق الاتصال في هذا النوع من التجارة، الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة تنسيق وترتيب عملياتها. والنتيجة عادة إلى إطالة زمن معالجة الطلبية.

---

[125] محمد فواز المطالقة، *عقود التجارة الالكترونية: دراسة مقارنة*، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص.12.

2.– التجارة الحديثة أو الالكترونية:

إن طرق الاتصال في التجارة الإلكترونية تختلف عن نظيرتها التقليدية، ففي الأولى وسيلة الاتصال الوحيدة هي الانترنيت، التي تتسم بالمرونة والسرعة في التحويلات ومعالجة الطلبيات. ولهذا، فإن التجارة الإلكترونية تختصر كافة مراحل تداول السلعة بين المنتج أو الموزع والمستهلك. ومن ثمة، انخفاض سعرها وسرعة وصولها وعدم تأثرها بحركية الأسواق.

رغم ذلك، لا تقتصر التجارة الإلكترونية على المبادلات التي تتم بين التاجر والمستهلك[126]، ولكن التقديرات تشير إلى أن المجال الأكثر سرعة في نمو التجارة الإلكترونية والأكثر نجاحا هو المجال العمليات؛ التي تتم بين القطاعات التجارية، وذلك لعدة أسباب منها: أنه المجال المناسب للتجارة الإلكترونية من خلال تقديم عدة مكاسب كتوحيد إجراءات التوريد. كما أن هذا النوع من العمليات يكون معزز بالثقة عن طريق عقود ثابتة بين المؤسسات.

إن الطبيعة المتفردة للإنترنت جعلت للتجارة الإلكترونية بعض الخصائص والأركان التي تميزها عن التجارة التقليدية يمكن حصرها فيما يلي:

ا.– تجارة ذات طابع إلكتروني وليست ذات طابع تقليدي وورقي:

معنى ذلك أنها تعتمد على التقنية الحديثة في إدارتها، والمتمثلة أساسا في الآلة (الكمبيوتر والحاسوب) والشبكة العنكبوتية (الإنترنت). إذ يجب الإحاطة بهذه العلوم لفهم وإدارة التجارة الإلكترونية من برامج وأنظمة تشغيل وطرق الإبحار في عالم الإنترنت. إذ لا يمكن إنشاء مواقع واستخدام أسواق تبادل السلع والخدمات دون استعمال هذه التقنية الإلكترونية، فهو عالم افتراضي يتجلى أثره في الواقع بعد التنفيذ، وذلك خلافا للتجارة التقليدية، التي تعتمد على الأوراق كوسيلة لنشاطاتها. والأوراق كما هو معلوم ذات طبيعة مادية ملموسة خلافا للدعائم الالكترونية، الأمر الذي لا يطرح مشاكل متعلقة بالإثبات. فالمستندات الالكترونية كالدفاتر الالكترونية والوثائق

[126] وهو المجال الذي تستحوذ فيه الكتب، والأسطوانات المدمجة وأجهزة وبرامج الكمبيوتر وخدمات السفر وبيع التذاكر، والخدمات المالية.

الالكترونيـة...الخ تطـرح مسـالة حمايـة مصـلحة الأطـراف في جانـب قواعـد الإثبـات؛ نظـرا لطبيعتهـا الافتراضية غير المحسوسة. وهو ما أثر عموما على البناء التقليدي للتعاقد ككل[127].

إضافة إلى ما سبق، فإن كل المسائل المرتبطة بتنفيذ العقد قد تكون الكترونية، فالتسليم في التجارة التقليدية يكون عينيا بالقبض المادي كقبض الثمن مثلا أو تسلم المبيع. أما في التجارة الإلكترونية فإنها تتجاوز النطاق المادي العيني إلى المجال الافتراضي، كتسليم البرامج الحاسوبية والملفات الالكترونية والتسجيلات الصوتية والمرئية؛ والاستشارات الطبية والهندسية والبيانات والكتب[128].

ب.– عالمية الأسواق المالية الإلكترونية:

سمح فضاء الإنترنت الذي هو المجال الطبيعي للتجارة الإلكترونية؛ لعدد أكبر من المؤسسات في أن تزيد سرعة وصولها إلى الأسواق العالمية، بعد أن كانت مثل هذه النشاطات حكرا على المؤسسات الكبيرة والتجمعات الاحتكارية.

إذ يتحتم على المؤسسات في زمن العولمة والتغيرات التكنولوجية السريعة أن تقوم بإعادة رسكلة نفسها، ليس وفق النمط التقليدي بل وفق النمط الحديث، استجابة لمتطلبات السوق العالمية. وبذلك، لابد من جعل هذه المؤسسات تدخل معترك التنافس العالمي تحت مظلة الإنترنت[129].

إن الطابع اللاوطني العابر للحدود للتجارة الالكترونية، بقدر ما هو نعمة كبيرة على البشرية؛ إلا أنه خلق مشكلا كبيرا فيما يتعلق بالرقابة على حركة رؤوس الأموال وتنقل المنتجات عبر الحدود، فالتسليم الالكتروني للمنتجات مثلا: كبرامج الحاسوب ونحوها يتم في عالم افتراضي مخفي عن عيون الرقابة الجمركية. ومما زاد الطين بلةً، هو أن هوية المتعاقدين مخفية وغير معروفة، إذ أن حتى مكان تواجدهم مجهول. لهذا، فالتحدي كبير أمام الدولة الوطنية؛ بل ودول العالم لتكريس الجهود وإيجاد الحلول.

---

[127] للمزيد من المعلومات، راجع صراع كريمة، *واقع وآفاق التجارة الالكترونية في الجزائر*، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية، جامعة وهران، 2014، ص.9-10.

[128] للمزيد من المعلومات، راجع خضر مصباح الطيطي، المرجع السابق، ص.33-34.

[129] إبراهيم بختي، *التجارة الإلكترونية: مفاهيم واستراتيجيات التطبيق في المؤسسة*، ط.2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص.5-6.

ج.– السرعة الفائقة والكلفة البسيطة في تبادل وتقديم السلع والخدمات:

تقدم التجارة الإلكترونية للتجار والشركات قدرات غير محدودة ومتنامية لزيادة الموارد، بما تفتحه من أسواق جديدة عبر كامل المعمورة. ويتم تبادل السلع والخدمات والمنتوجات في وقت وجيز جدا؛ رغم فارق المسافات، لاعتمادها في التنفيذ ببنية إلكترونية تربط العالم بشبكة واحدة.

إن للتجارة الإلكترونية أسلوب غير تقليدي في الوصول إلى المستهلكين في كافة أنحاء العالم، أي أنها تحقق عائدات ضخمة مقابل انخفاض كبير في التكاليف مقارنة بالتجارة التقليدية. كما أن التجارة الإلكترونية توفر معلومات يومية للزبائن، الأمر الذي يؤدي إلى خفض تكلفة المعاملات التجارية، لأنها تلغي دور الوسطاء بين البائع والمشتري[130].

يضاف إلى ما سبق، مرونة العمل التجاري الإلكتروني، حيث تمكن التجارة الإلكترونية الأعمال والشركات من أن تكون مرنة واقتصادية، ليس فقط مع مورديها وممتلكاتها من حيث تحقيق رغباتهم وسرعة تلبيتها، وإنما أيضا في داخلها؛ وذلك بما توفره من سرعة في بيان حركة العرض والطلب. كما أنها تتبع نظام واضح وشفاف وعملي، واختيار أحسن العروض وبأقل الأسعار، وبمنتهى الهدوء والروية في اتخاذ القرار عكس الأسواق التقليدية[131].

د.– تجارة حديثة النشأة وعلمية الطابع:

لا شك أن مفهوم الاقتصاد والتجارة بالشكل الذي نعيشه الآن؛ ليس هو بأي حال من الأحوال الاقتصاد التقليدي، فلقد كان ظهور الكمبيوتر والإنترنت في القرن العشرين ثورة في الاتصالات وتدفق المعلومات، إذ أصبح العالم قرية واحدة. أضف إلى كل ذلك، الهاتف المحمول، الأمر الذي أثر وغير في مفاهيم الاقتصاد التقليدي، فيما أطلق عليه البعض اسم: "*الاقتصاد الجديد*".

كما أن التجارة الإلكترونية تعتمد في إنجازها على بعض العلوم المختلفة، نظرا لطبيعتها التقنية نذكر كل منها ما يلي:

---

[130] السيد احمد عبد الخالق، *التجارة الالكترونية والعولمة*، ط.1، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2008، ص.36.

[131] سلطان عبد الله محمود الجواري، *عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق*، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص.36.

أولا. – علوم الحاسوب، ثانيا.– علم الموارد البشرية، ثالثا.– علم الاقتصاد، رابعا.– إدارة أنظمة المعلومات، خامسا.– علم الإدارة، سادسا.– علم المحاسبة، سابعا.– العلوم النفسية.

ننتهي إذن إلى أن التجارة الإلكترونية لها طبيعة علمية متعددة، حيث أنها تحوي العديد من العلوم اللازمة لمزاولتها وتحقيق الهدف منها[132]. ونظرا للطبيعة الخاصة للتجارة الالكترونية وتأثيرها إيجابا على التجارة التقليدية تفردت بالعديد من المزايا والايجابيات.

ثانيا.– مزايا التجارة الالكترونية:

تناولت العديد من الدراسات مزايا التجارة الالكترونية، وأهمية اللجوء إليها، واعتمادها نمطا رئيسيا للنشاط التجاري في عصر المعلومات فائق السرعة. وعليه، سنتطرق بإيجاز لمزايا التجارة الالكترونية على النحو التالي:

1.– إيجاد وسائل اتجار توافق عصر المعلومات:

ففي عصر المعلومات، والاتجاه نحو قضاء ساعات طويلة أمام أجهزة الكمبيوتر ومواقع الانترنت؛ تعدو الحاجة ملحة إلى توافق الأنماط التجارية مع سمات هذا العصر وسلوكياته. من هنا مكنت التجارة الالكترونية من خلق أنماط مستحدثة من وسائل إدارة النشاط التجاري، كالبيع عبر الوسائل الإلكترونية (*RETIL E- commerce*)، والتجارة الإلكترونية بين قطاعات الأعمال (*E-commerce business-to-business*). وفي كلا الميدانين، أمكن أحداث تغيير شامل في طريقة أداء الخدمة وعرض المنتج، وتحقيق العرض الشامل لخيارات التسوق.

---

[132] *وللتفصيل في مدلول هذه العلوم نذكر ما يلي:*

1.– علم الكمبيوتر: يعتبر الحاسوب العصب الأساسي للتجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت من أجل تطوير وإنشاء المواقع والأسواق الإلكترونية؛

2.– علم الموارد المالية: تعتبر البنوك والأسواق المالية من أهم مستخدمي التجارة الإلكترونية؛

3.– علم الاقتصاد: تتأثر التجارة الإلكترونية بالقوى الاقتصادية؛

4.– إدارة أنظمة المعلومات: يعتبر قسم المعلومات هو القسم المسؤول عن استعمال وإدارة التجارة الإلكترونية الذي يشمل تحليل الأنظمة وتكافل النظام وكذا أنظمة التخطيط والأمن والتنفيذ؛

5.– علم الإدارة: يشمل تطوير واكتشاف نظريات جديدة في علم الإدارة؛

6.– المحاسبة: وتشمل عمليات المحاسبة العادية؛

7.– العلوم النفسية: وتشمل قياس سلوك المستهلك الذي يعتبر مفتاح النجاح في تجارة الشركة للمستهلك.

2.– الدخول إلى الأسواق العالمية وتحقيق عائد اعلي من الأنشطة التقليدية :

إن الصفة العالمية للتجارة الإلكترونية ألغت الحدود والقيود أمام دخول الأسواق التجارية، وبفضلها تحول العالم إلى سوق مفتوح أمام المستهلك، بغض النظر عن الموقع الجغرافي للبائع أو المشتري. وإذا كانت اتفاقيات التجارة الدولية (جات، جاتس، تربس) تسعى إلى تحرير التجارة في البضائع والخدمات، فإن التجارة الإلكترونية بطبيعتها تحقق هذا الهدف؛ دون الحاجة إلى جولات توافق ومفاوضات[133]. من هنا، قيل إن التجارة الإلكترونية تستدعي جهدا دوليا جماعيا لتنظيمها ابتداء، لأنها بطبيعتها لا تعترف بالحدود والقيود القائمة.

3.– تلبية خيارات الزبون بيسر وسهولة:

تمكن التجارة الإلكترونية الشركات من تفهم احتياجات عملائها، وإتاحة خيارات التسوق أمامهم بشكل واسع. وهذا بذاته يحقق نسبة رضاء عالية لدى الزبائن لا تتيحه وسائل التجارة التقليدية[134]. فالزبون يمكنه معرفة الأصناف والأسعار وميزات كل صنف، والمفاضلة وتقييم المنتج موضوع الشراء من حيث مدى تلبيته لرغبة وخيارات المشتري.

4.– تطوير الأداء التجاري والخدمي :

فالتجارة الإلكترونية بما تتطلبه من بنى تحتية تقنية، واستراتيجيات إدارة مالية وتسويقية، وإدارة علاقات واتصال بالآخرين، تتيح الفرصة لتطوير أداء المؤسسات في مختلف الميادين. وهي تقدم خدمة كبرى

---

[133] مسعود كسرى؛ خليدة محمد بلكبير، *إشكالية الاستمرارية وتطوير الميزة التنافسية للتجارة الإلكترونية في البيئة العربية*، الملتقى العلمي الدولي الرابع حول عصر نظام الدفع في البنوك الجزائرية وإشكالية التجارة الإلكترونية في الجزائر، معهد العلوم الاقتصادية والتسيير، المركز الجامعي خميس مليانة، 26-27 أفريل 2011، ص.12-13.

[134] إن نمو التجارة الإلكترونية يحفز الأبحاث على إيجاد أساليب جديدة ومحسنة لاستخدام القسائم والشيكات الإلكترونية. وفي هذه الأثناء، هناك أساليب أعمال جديدة تزدهر على الإنترنت والتي لم تكن ممكنة في العالم الواقعي. فعلى سبيل المثال، تبيع شركات عديدة متخصصة في التعامل مع الشركات فائض مخزونها عبر الشبكة بواسطة مزادات الإنترنت. وتتنبأ شركة "فورستر للأبحاث" أن المزادات بين الشركات عبر الإنترنت ستحقق مبيعات تتعدى 7.3 مليار دولار أميركي هذا العام فقط. والشيء الأكثر أهمية فيما يتعلق بمزادات الإنترنت هو تأثيرها على السعر المحدود، ففي بيئة المزايدة، لا يستطيع المنتج أو الموزع أن يحدد السعر بمفرده فسعر البضاعة أو الخدمة يتحدد فقط بحسب الطلب المسجل في السوق. وتؤكد الدراسات على أن " الحصول على الدعم لمفهوم التجارة الإلكترونية في جميع أقسام الشركة مسألة في غاية الأهمية. ويمكن الحصول على مثل هذا الدعم من خلال تثقيف الكادر الإداري ومدراء التسويق وتقنية المعلومات والمالية ومسؤولي المبيعات حتى يتسنى تمثيل جميع القطاعات في الشركة في القرارات التي تؤخذ بشأن التجارة الإلكترونية". مقتبس من، المقالات، ايجابيات وسلبيات التجارة الالكترونية، تاريخ النشر: 2018/04/03، تاريخ الاقتباس: 2019/09/15، متاح على الرابط التالي:

http://istazell-agency.com/articles/positives-and-negatives-of-ecommerce

للمؤسسات في ميدان تقييم واقعها وكفاءة موظفيها، وسلامة وفعالية بنيتها التحتية التقنية، وبرامج التأهيل الإداري[135].

ثالثا.– مخاطر التجارة الالكترونية:

على الرغم من مزايا التجارة الإلكترونية غير المحدودة، إلا أنه هناك من المخاطر والعوائق ما يهدد هذا النوع من التجارة. تنبع مخاطرها وبشكل رئيسي من مخاطر شبكة الإنترنت؛ فباعتبارها تكنولوجيا حديثة ورغم ايجابياتها إلا أن سلبياتها كثيرة وخطيرة جدا، ففي حالة عدم التمكن من السيطرة على تلك السلبيات؛ ستكون النتائج وخيمة، وقد يتم الاستغناء عن هذه التكنولوجيا الحديثة. وبالتالي، تضييع أرباح وفوائد كبيرة، ومن المخاطر الشائعة لهذه التجارة ما يلي:

1.– عدم إمكانية تحديد هوية المتعاقدين وصعوبة الوثوق فيهم:

يقصد بالوثوق في هوية المتعاقدين، تلك العملية التي يمكن من خلالها التحقق من هوية الشخص الذي يمارس نشاطه عبر شبكة الإنترنت مع شخص آخر، ومن المعلوم في التعاملات التجارية الإلكترونية أنه لا يمكن أن يرى طرفي هذه التعاملات كل منهم الآخر؛ مما يترتب على ذلك عدم معرفة كافة المعلومات الأساسية عن بعضهم البعض، كما هو الحال في التعاملات التقليدية. فقد لا يعرف أي منهم درجة يسر الآخر أو مركزه المالي، وعما إذا بلغ سن الرشد أم هو ناقص للأهلية. فالطبيعي أن تكون التجارة محاطة بالثقة عند إبرام العمل التجاري لتسهيل التحقق من هوية الأطراف ومدى حجيتها، إلا أن هذه الثقة قد تكون محدودة أو مهددة بعدم الصحة عبر الوسائل الإلكترونية. الأمر الذي يتشكك منه المستهلك، فيلجأ للبحث عن كل حماية للطمأنينة؛ بشأن مدى إمكانية تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه القانوني ومدى قدرة أمن الاتصالات في تحقيق المصداقية. ومن أهم سبل الوصول إلى هذه المصداقية موثوقية هي: *"التوقيعات الإلكترونية لكافة الأطراف"* . على أساس أن هذه التوقيعات تعتبر بمثابة عنصر حيوي من عناصر نجاح التجارة الإلكترونية، طالما أنها مؤهلة لاكتساب نفس الشروط التي يتطلبها القانون في التوقيعات اليدوية التقليدية[136].

---

[135] هشام عبد القادر، *التجارة الالكترونية*، ط.1، (دون دار النشر)، مصر، 2005، ص.12-13.

[136] للمزيد من المعلومات، راجع خالد ممدوح إبراهيم، *إبرام العقد الإلكتروني: دراسة مقارنة*، المرجع السابق، ص.62.

2.- صعوبة إثبات حجية المستندات الإلكترونية والمحافظة على البيانات الشخصية :

يعد إثبات المستندات الإلكترونية من أهم المعوقات التي تواجه التجارة الإلكترونية، وذلك لاختلاف طبيعة المحرر الإلكتروني عن مثيله التقليدي. فمن المعلوم أن قواعد الإثبات هي قواعد موضوعية وقواعد شكلية إجرائية، فأما قواعد الإثبات الإجرائية فإنها تعتبر من النظام العام لأنها تتعلق بنظام التقاضي؛ وأما قواعد الإثبات الموضوعية فبعضها يتعلق بالنظام العام، بينما غالبية تلك القواعد ليست من النظام العام، لأنها موضوعة أصلا لحماية المتخاصمين، ولهذا، يجوز الاتفاق مقدما على مخالفتها، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها. لقد تم الإقرار في كثير من التشريعات بحجية المحررات الإلكترونية ومساواتها بالمحررات التقليدية في الإثبات، وذلك من خلال: "*مبدأ التناظر الوظيفي*" الذي يقصد به: "*المساواة في الحجية ما بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية*"، والمثال على ذلك، ما ورد في القانون الفرنسي على أنه يعتد بالكتابة المتخذة شكل إلكتروني كدليل؛ شأنها شأن الكتابة على دعامة ورقية، شريطة أن يكون في الإمكان ضرورة تعيين الشخص الذي صدرت منه، وأن تعد وتحفظ في ظروف من طبيعتها ضمان سلامتها[137].

منذ ظهور الإنترنت تزايدت عمليات نقل البيانات، وهو ما أثير معه مسألة كيفية توفير السرية لهذه المعلومات والبيانات وحمايتها .وهذه الصعوبة تتعلق بالنواحي الفنية الخاصة بتكنولوجيا المعلومات والاتصالات والبرمجيات وأنظمة التشغيل .فقد سجل نقص واضح في الأمان والبروتوكولات التي تنظم عمل التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، وأدوات تطوير البرمجيات في حالة تغيير مستمر[138].

3.- المخاطر المرتبطة بالجرائم الالكترونية:

الجريمة الإلكترونية هي كل سلوك يخالف القوانين العقابية؛ مما يؤدي إلى حدوث جريمة تقنية، والتي تعرف بأنَّها: "*نشاط غير مشروع موجه لنسخ، أو تغيير، أو حذف، أو الوصول إلى المعلومات المخزونة داخل الحاسوب، أو التي تتداول من خلاله*"[139]، كما عرفت بأنَّها: "*جميع الأفعال المخالفة للقانون، والتي ترتكب*

---

[137] أشار إليه، مخلوفي عبد الوهاب، *التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت*، رسالة دكتوراه، قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2012، ص.36.

[138] عايض راشد عايض المري، *مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية*، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 1998، ص.35.

[139] مقتبس من، عصام عبد الفتاح مطر، *الحكومة الإلكترونية بين النظرية والتطبيق*، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص.119؛ وانظر في نفس المعنى تقريبا، فريد منعم جبور، *حماية المستهلك عبر الإنترنت ومكافحة الجرائم الإلكترونية*، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، 2010، ص.18.

بواسطة أجهزة الحاسوب، وعبر شبكة الإنترنت" [140]. فالجريمة الالكترونية في حقيقتها عبارة عن أفعال متعلقة بالتلاعب بمضمون المحررات، والوصول إليها بطريقة غير مشروعة[141]. لأنَّ المحررات الإلكترونية تعتبر من أهم وسائل التجارة الإلكترونية.

4.- المخاطر المرتبطة بالأعطال التقنية:

ثمة معوقات تحول دون انتشار التجارة الإلكترونية، وهي ترجع لأسباب متعددة منها: ضعف وسائل الاتصال الإلكترونية مثل: نوعية وسرعة وسائل الاتصالات ونقل المعلومات الإلكترونية، ومدى توفر وسائل تقنية المعلومات مثل: الحواسيب والشرائح الممغنطة والهواتف الرقمية وغيرها؛ والتي تعد من الوسائل الأساسية للدخول إلى الشبكة العنكبوتية ممارسة التجارة الإلكترونية. كما أن كثيراً من أفراد المجتمع ليس لديه القدرة المالية لتوفير البنية التحتية اللازمة للتجارة الإلكترونية، كشراء الأجهزة الإلكترونية، وتحديث البرامج والاتصال بشبكة الإنترنت. إضافة إلى إن وسائل الاتصال الإلكترونية يمكن أن تتعرض لأعطال تقنية، أو أن يرتكب من يمارس التجارة الإلكترونية أخطاء لم يتعمد ارتكابها، أو أن تكون وسائل التجارة الإلكترونية محلاً للجرائم التقنية. إن المعوقات الناشئة عن الأعطال التقنية والأخطاء غير العمدية هي المخاطر اللاإرادية التي تتعرض لها المحررات الإلكترونية؛ باعتبارها من أهم وسائل التجارة الإلكترونية، وتضعف من حجيتها القانونية، وذلك لوجود شبهة التحريف في البيانات التي تتضمنها في مراحل التعامل بها، مما يهدد سلامة وصحة هذه السندات[142].

---

[140] مقتبس من، نبيلة هبة هروال، *الجوانب الإجرائية لجرائم الإنترنت في مرحلة جمع الاستدلالات*، ط.1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص.27.

[141] بعض وسائل وأساليب الاعتداء على نظم الحاسبات والاتصالات، وهي تشمل كافة الوسائل الفنية غير الملموسة المتمثلة فيما يلي:

1.- الدخول إلى الخط الهاتفي المتصل بالمنشأة بهدف الحصول على معلومات صوتية أو بيانات منقولة، ويكون ذلك عبر وصله سلكية مادية؛

2.- استخدام الوسائل الفنية للتنصت على المكالمات الهاتفية؛

3.- التنصت على الاتصالات الخاصة بالمحمول باستخدام وسائل مثل جهاز مانع الموجات؛

4.- وضع أجهزة تنصت في أجهزة الحاسوب أو الاتصالات أو غرف الاجتماعات؛

5.- وجود شفرات في نظم الحاسوب أو البرمجيات يؤدي إلى إمكانية الاختراق بهدف تغيير البيانات أو العبث به أو تدمير نظم المعلومات أو الشبكات. للمزيد من المعلومات، راجع سلمان بن علي القحطاني، *أمن المعلومات في ضوء التطور التقني والمعلوماتي*، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، المنعقد بين 26 و2003/04/28.

[142] عباس العبودي، *تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها*، ط.1، مكتب الوئام للحاسبات للطباعة والنشر، العراق، 2008، ص.91.

رابعا.– أقسام التجارة الالكترونية:

يمكن تشبيه التجارة الإلكترونية بسوق الكتروني، يتقابل فيه الموردون والمستهلكون والوسطاء، وتقدم فيه المنتجات والخدمات في شكل رقمي أو افتراضي. لهذا، تتعدد أشكالها ونماذجها....

1.– أشكال التجارة الإلكترونية:

تختلف أشكالها بحسب طبيعة الأطراف المتدخلة في النشاط، فقد يكون تاجر أو مستهلك، أو جهة حكومية[143]. وهي:

آ.– المعاملات التجارية بين تاجر وتاجر (*B2B*) (*Business to Business*):

في هذا الشكل من التجارة الإلكترونية، يكون كل المشاركين هم من نوع شركات تجارية أو تجار أو مؤسسات خاصة، ويمثل هذا النوع من التجارة الإلكترونية أكثر من 85٪ من حجم التجارة الإلكترونية [144]. وقد تتم أعمال إلى أعمال، بحيث يكون التعامل الإلكتروني بين الأنواع المختلفة للشركات والأعمال التجارية وبعضها البعض. ويشمل ذلك كافة أشكال التبادل البيني التي تتم بين الشركات عن طريق الوسائط الإلكترونية، منها مقدمي الخدمات والمعلومات؛ كما هو الحال موردي الخدمات السياحية الفندقية، وكذلك، إجراء المفاوضات، وإبرام العقود التجارية وفقا لقواعد تقنية وقانونية محددة[145].

ب.– المعاملات التجارية بين تاجر ومستهلك (B2C) (Business to Consumer):

يتمثل في كافة المعاملات التي تتم بين المستهلكين والتجار، أو الشركات التي تتم باستخدام وسائط إلكترونية، كعرض السلع والخدمات على المواقع الإلكترونية، وتنفيذ عمليات البيع والشراء بطرق مختلفة. مثال ذلك: قطاع البرمجيات في الولايات المتحدة الأمريكية الموجه للجمهور[146].

---

[143] هناك من يضيف تصنيف رابع الذي يتمثل في التجارة الإلكترونية التي تتم بين التجار أو المستهلكين من جهة، والبنوك من جهة ثانية، الذي يشمل جميع المعاملات البنكية التي تتم بين هؤلاء. من أمثلة ذلك: "*دفع وتسديد الفواتير والتحويلات المالية*...".

[144] Cité par, KELSEY Snyder and PASHMEENA Hilal., *The Changing Face of B2B Marketing*. Date of Publication: March 2015, Citation Date: 12/12/2017, Available at: https://www.thinkwithgoogle.com/consumer-insights/the-changing-face-b2b-marketing/

[145] Cf. LIONEL Pierre Bochurberg, *Internet et Commerce électronique*, 1er éd., Delmas, 1999, p.112.

[146] إيهاب السنباطي، المرجع السابق، ص.116-117.

انتشر هذا النوع من التجارة الإلكترونية مع انتشار استخدام الانترنيت، وإنشاء المواقع التجارية الالكترونية التي تعرض خدماتها ومنتجاتها للمستهلكين، حيث يتعامل التاجر مباشرة مع المستهلكين. كما يطلق على هذا النوع من التجارة اسم "*تجارة التجزئة الالكترونية*"[147].

ج.– المعاملات التجارية بين المستهلك والحكومة (G2C) (Government to Consumer):

حيث يكون التكامل بين الحكومات أو الإدارات المحلية من جهة، والمستهلكين من جهة أخرى. سواء كانوا مقتني السلع أو طالبي الخدمة، بل وحتى الموردين. ومثال ذلك، ما تجريه الدولة من مناقصات وأوامر توريد والخدمات، التي تقدم إلى المواطنين عبر الوسائط الإلكترونية[148]. وكذلك، سداد الفواتير والضرائب الكترونيا بطريقة الدفع الالكتروني، كبطاقة الائتمان لصالح الإدارة كمصلحة البريد والغاز والجمارك...الخ.

د.– المعاملات التجارية بين مستهلك ومستهلك (C2C) (Consumer to Consumer):

في هذا النوع من التجارة الإلكترونية يقوم الأفراد بالبيع والشراء فيما بينهم، وبشكل مباشر عبر شبكة الانترنيت، كأن يقوم أحد المستهلكين بوضع إعلان على موقعه الالكتروني، أو في موقع مخصص لهذا الغرض. وقد انتشر مؤخرا ما يسمى بـ "*المزاد الالكتروني*" *(e.auction)*، حيث يعرض فيه الزوار ما يرغبون في بيعه على هذا الموقع المتخصص في المزايدات بين مستخدمي وزوار الموقع[149].

2.– نماذج التجارة الإلكترونية:

يتحدد هذا الشكل حسب الوسيلة الإلكترونية المقدمة في المعاملة التجارية، والذي يمثل ما يلي:

آ.– **التسوق عبر التلفزيون:** حيث تقوم الشركة بعرض منتجاتها عبر شاشة التلفزيون، وكل ما يتعلق بالسلعة أو الخدمة. حيث يقوم الراغب في الشراء بالاتصال بالشركة عبر الرقم المنوه عنه في الإعلان، وتقوم الشركة بتوصيل السلعة إليه مع تحميله مصاريف الشحن.

---

[147] هشام مخلوق وآخرون، *التجارة الالكترونية: الحاضر وآفاق المستقبل*، ط.01، (بدون دار ومكان النشر)، 2003، ص.51.

[148] إيهاب السنباطي، المرجع السابق، ص.118.

[149] مصطفى موسى حسن العطيات، *التجارة الالكترونية وأثارها على استخدام العلامات التجارية*، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2007، ص.33.

ب.– التجارة الإلكترونية عن طريق شبكة الإنترنت: وهي الأكثر شيوعا وتقتصر على ممارسة المعاملات من خلال الشبكة العنكبوتية.

ج.– التجارة الإلكترونية عبر الأجهزة المحمولة: المقصود بالأجهزة المحمولة كل من الهاتف والحاسوب المحمولين، وجهاز الاستدعاء أو التتبع، والأجهزة اليدوية المختلفة كالحاسوب اليدوي (المنزلي)[150].

د.– التجارة الإلكترونية الصوتية: وتتمثل في إجراء معاملات تجارية مع الشركة عن طريق خاصية الرد الآلي على المكالمات الهاتفية، سواء بالشكل التقليدي بواسطة خدمة التوصيل؛ أو بالشكل الحديث عن طريق التعرف على ما يسمى بـ "*البصمة الصوتية*".

الفرع الثاني

متطلبات التجارة الإلكترونية

إن التجارة الالكترونية هي تلك التجارة التي تشتمل على أنواع ثلاثة مختلفة من الصفقات، وهي تقديم خدمات الانترنت، والتسليم الإلكتروني للخدمات، أي تسليم صفقات المنتجات الخدماتية للمستهلك في شكل معلومات رقمية. وكذا استخدام الانترنيت كقناة لتوزيع الخدمات؛ وعن طريقها يتم شراء سلع عبر الشبكة، لكي يتم تسليمها بعد ذلك للمستهلك في شكل غير إلكتروني.

لنجاح التجارة الالكترونية لابد من توافر بنية تحتية تقنية، إضافة إلى وجود فنيين وخبراء متخصصين في الشبكات والبرامج ونحوها. كما يجب سن القوانين والتشريعات اللازمة لتنظيم التجارة الالكترونية وما يتطلب من ضرورات تأمين البيئة الالكترونية، لكي تصبح التجارة الالكترونية عبر شبكة الانترنت في متناول الجميع.

أولا.– المتطلبات التقنية :

التجارة الإلكترونية ما هي إلا كمبيوتر وشبكة وحلول ومواقع ومحتوى، يقوم عنصر بشري بإدارته وتوجيهه واستعماله لتحقيق الربح. وعليه، فالبنية التحتية تشمل ما يلي:

[150] مقتبس من، عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص.30.

1.– أجهزة الدخول على شبكة الإنترنت:

تتعدد الأجهزة التي يمكنها الدخول على شبكة الإنترنت مباشرة وممارسة النشاط المطلوب منها، والحصول على الخدمة المطلوبة، وهذه الأجهزة هي:

آ.– الحاسوب الآلي (الكمبيوتر):

يقصد به كل جهاز يقوم بمعالجة البيانات بطريقة آلية، وإذا كان مرتبطا بأجهزة أخرى كتلك التي تتواجد داخل مكان واحد، فإن العمل قد جرى على تسمية تلك الأجهزة بالنظام. وقد تطور الحاسب الآلي منذ ظهوره وحتى الآن، ومر هذا التطور بخمسة أجيال على النحو التالي:

- **الجيل "1"**: ظهر عام 1946، وتميز بكبر حجمه، وكانت إمكانياته محدودة وبطيء التشغيل وغالي التكلفة؛
- **الجيل"2"**: ظهر عام 1958 باستخدام دوائر الترانزستور، مما أدى إلى صغر حجم الحاسوب، وسرعة التشغيل وزيادة الطاقة الشمسية؛
- **الجيل"3"**: برز هذا الجيل عام 1964 باستعمال الدوائر الإلكترونية المتكاملة، مما أدى إلى صغر حجم الحاسب أكثر؛
- **الجيل "4"**: ظهر في بداية السبعينيات، بعد تطوير الدوائر المتكاملة؛
- **الجيل"5"**: ظهر في بداية الثمانينات، بظهور الحاسب الشخصي الذي يتميز بربطه بمختلف وسائل الاتصال[151].

ويتكون الحاسب من مكونات مادية تتمثل في وحدة التشغيل ووحدة الإدخال ووحدة الإخراج؛ ومكونات منطقية، والتي تتمثل في البرامج.

ب.– الأجهزة المحمولة:

وهي متنوعة، وتمتاز بصغر حجمها وقدرتها على الاتصال مباشرة بالإنترنت، واستغلالها في النشاط التجاري، وتشمل ما يلي:

---

[151] مقتبس من، عزه محمد أحمد خليل، *مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب*، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1999، ص.10-14.

I.– الحاسبات المتنقلة: وهي عبارة عن حاسبات آلية صغيرة. من أشهرها: جهاز النوت بوك؛

II.– المنظِّمات: تمتاز بصغرها، ووظيفتها تنحصر في التسجيل والتنظيم. يمكن للفرد استخدام هذه الأجهزة للدخول على شبكة الإنترنت، وممارسة التجارة الإلكترونية؛

III.– أجهزة الاستدعاء أو التتبع: أمكن تطوير هذا الأجهزة من غرض الاستدعاء أو التتبع التقليدي؛ إلى الغرض الحديث المتمثل في مزاولة التجارة الإلكترونية عن طريق نظام تبادل الرسائل؛

IV.– الهاتف المحمول: أمكن ولوج عالم الإنترنت ومزاولة التجارة الإلكترونية عن طريق الهواتف الخلوية العالية التقنية، وذلك عن طريق بروتوكول باسم" واب"، وتم تطبيقه على أول هاتف محمول في أوروبا نهاية عام 1999. وبذلك، أمكن ابتداء من هذا التاريخ إجراء المعاملات عن طريق الهاتف المحمول؛

V.– التلفزيون المبرمج: تم برمجة التلفزيون فيما يناسب ولوج عالم التجارة الإلكترونية، وبذلك، أضاف التلفزيون إلى وظيفته التقليدية المتمثلة في المشاهدة؛ وظيفة أخرى هي مزاولة التجارة الإلكترونية عن طريق الدخول عبره إلى الإنترنت، باستخدام الرسائل الإلكترونية والبريد الإلكتروني والتفاعل مع مختلف المواقع؛

IV.– الهاتف الفضائي: هو عبارة عن هاتف محمول إلا أن ما يميزه عن الهواتف العادية هو إمكانية إجراء الاتصال بواسطته في أي مكان على وجه الأرض، نظرا لاتصالها بالأقمار الصناعية؛

IIV.– الأدوات الذكية: وهي أدوات عادية شكلا، لكن من حيث المحتوى تتكون من وحدة برقائق ذكية تؤمن عملية ولوج الإنترنت ومزاولة التجارة الإلكترونية، كالثلاجات الذكية وأجهزة الميكرويف[152].

2.– شبكات المعلومات:

هي جملة من الشبكات الإلكترونية، تسمح للشخص بعرض السلع والمنتجات وكل ما يتعلق بها أو الإطلاع عليها، فهي إذن مصدر بل مجال المعلومة الإلكترونية. وهي تتوزع على ثلاث شبكات رئيسية وهي:

آ.– شبكة الإنترنت:

وهي أشهر شبكة على الإطلاق نظرا لاتساع نشاطها، وهي عبارة عن شبكة دولية للاتصالات يمكن الدخول إليها عن طريق الحاسوب المتواجد في أي بقعة بالعالم[153].

---

[152] Cité par, ALEXl Bich., *The Age of E- Tall Company, The World of Electronic Chopping* uk, Oc a c and the mc Kenna Group, 2000, p.220-228.

[153] جميل عبد الباقي الصغير، *الإنترنت والقانون الجنائي*، ط.1، دار النهضة العربية، (دون مكان النشر)، 2002، ص.4.

I.– خدمة البريد الإلكتروني :

تسمح بتبادل المعلومات بين ملايين المستخدمين من أرجاء العالم؛ بواسطة النصوص العادية أو المحررة أو معطيات أو بيانات، بل وحتى الصورة أو الصوت. وازدادت أهمية البريد الإلكتروني في عقب إلغاء التعامل بالوثائق الورقية، واعتماد الوثائق الإلكترونية كوسيلة لإجراء المعاملات.

II.– الشبكة العنكبوتية العالمية:

وهي عبارة عن مشروع لاستخراج المعطيات ووسائط متعددة النماذج، يهدف إلى إعطاء طريقة عالمية للوصول إلى أي وثيقة على وجه الأرض. ولقد تم إطلاق هذه الخدمة لأول مرة عام 1993. وشهدت هذه الخدمة انتشارا واسعا ومتزايداً مع مرور الزمن.

ب.– شبكة الإنترانت:

وهي عبارة عن سلسلة من شبكات المعلومات يمتلكها مشروع أو مؤسسة واحدة، التي قد تكون داخلية أو خارجية (بينية). والهدف منها هو تسهيل عملية الاتصال، وتبادل المعلومات لنفس المنشأة أو بين عدة منشآت.

ج.– شبكة الإكسترانت:

وهي عبارة عن شبكة خاصة ملك لمنشأة معينة، بحيث نستخدم نفس البروتوكولات التي تستخدمها الإنترنت، وهذه الشبكة تعتبر بمثابة جزء من شبكة الإنترنت الداخلية الخاصة بالمنشأة. علما أنها محاطة بهالة من الوسائل التأمينية كأنظمة التشفير المشددة[154].

3.– برمجيات التجارة الإلكترونية :

توجد بعض البرمجيات التي تتكامل فيما بينها لكي تشكل بناء سليم وحكم للتجارة الإلكترونية، وهذه البرامج تتمثل في الآتي:

آ.– **برامج التصفح:** تختص بعرض جميع المعلومات والبيانات المتوفرة عليها؛

[154] خضر مصباح الطيطي، المرجع السابق، ص.68.

ب.– برامج خادم الشبكة: هي حلقة اتصال بين الأنظمة الخاصة للمشرع؛ والواجهة الأمامية للمشروع، التي تظهر على برنامج التصفح التي يراها العملاء؛

ج.– البرامج الخاصة بالمواقع التجارية على الشبكة: وهي البرامج التي تختص بتصميم المواقع التجارية على الشبكة، والتي يمكن من خلالها ممارسة التجارة الإلكترونية وإتمام الصفقات الإلكترونية[155].

ثانيا.– المتطلبات المالية:

أما المتطلبات المالية فتشمل ثلاثة قضايا هامة، تتمثل في:

1.– قضية الرسوم الجمركية و الضرائب:

وهي أهم موارد الدولة السيادية، تمكنها من تحقيق التوسع وتنفيذ المشروعات لخدمة التنمية والاستثمار، وهنا يبرز اتجاهان: اتجاه الدول النامية ودول أوروبا التي ترى أن العدالة هي بتساوي مستوى تحصيل الرسوم الجمركية والضرائب بين السلع التي يتم تداولها عبر الإنترنت والتي يتم تسليمها تقليديا؛ واتجاه تتوجه إليه الولايات المتحدة الأمريكية وبعض الدول المتقدمة، حيث تدعو إلى إلغاء كل أنواع الضرائب والرسوم الجمركية على المعاملات الإلكترونية، التي يتم تنفيذها بالكامل على شبكة الإنترنت، بما فيها أعمال التسليم[156].

2.– قضية التحول إلى نظم السداد و الدفع الإلكتروني:

هناك اتجاه عالمي نحو استخدام نظم السداد الإلكتروني، وتحويل المجتمع من نظم السداد والدفع النقدي إلى نظم السداد والدفع الحديثة. لكن هذا يتطلب احتياطات لمنع وجود بعض المخاطر سواء للشركات

---

[155] توجد عدة خطوات هامة لبناء موقع للتجارة الإلكترونية، وهي: 1/ التخطيط، 2/ تحديد سقف الزبائن، 3/ تحديد ميزانية التسويق والصيانة.. 4/ وضع قائمة محتويات الموقع، 5/ اختيار اسم مختصر للموقع، 6/ التأكد من فعالية البريد الإلكتروني، 7/ تنفيذ العمل التجاري الإلكتروني.
ويرى البعض الآخر أن إنشاء متجر الكتروني يستلزم ما يلي: 1/ التخطيط، 2/ تحديد السلع والمنتجات، 3/ تنظيم المنتجات، 4/ وضوح العمليات، 5/ الشروع في إجراء المبادلات التجارية، للمزيد من المعلومات، راجع عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.52-53.

[156] للمزيد من التفصيل، راجع شافع بلعيد عاشور، *العولمة التجارية والقانونية للتجارة الالكترونية*، ط.1، دار هومة للنشر، الجزائر، 2006، ص.175-176.

أو الأفراد، بهدف ضمان الحماية الكافية ضد النشاط الإجرامي وانتهاك الخصوصية؛ والوقاية من احتمال قيام وكالات التحقيق بتعقب سيولة السداد. وهو البعد العالمي لنظم السداد وما له من أثر على الاقتصاديات[157].

3.– قضية جهة إقرار المعاملات المالية الإلكترونية :

تؤكد الدراسات التي تمت في إطار الإشراف على نظم السداد الإلكتروني، على أهمية قيام جهة لإقرار التعاملات المالية. هذا ما يخلق عدة إشكالات مثل: نوع المؤسسة التي ستقوم بإقرار المعاملات هل هي *حكومية أم قطاع خاص؟، وهل ستكون جهة وحيدة أو من خلال عدة جهات في الدولة الواحدة؟، وهل تحتاج المعاملات التجارية بين جهات مختلفة في دول مختلفة إلى جهات إقرار ذات طبيعة دولية؟*[158].

ثالثا.– المتطلبات البشرية:

تشمل المختصين في قطاع تقنية المعلومات وشبكات الاتصال والإنترنت والبرامج التطبيقية ذات العلاقة بالتجارة عبر الإنترنت. ومثال ذلك خبراء تجهيز أنظمة الدفع الإلكتروني، ومحللو قواعد البيانات ومصممو ومنفذو المواقع التجارية على الشبكة وكذا معدو البرامج.

كما تتطلب التجارة الإلكترونية ما يسمى بـ "*الاستعداد الإلكتروني*" أي "*المجتمع القادر*" والذي لديه الرغبة في استخدام وممارسة التجارة عبر الإنترنت. ويكون ذلك من خلال تطوير الأنظمة التعليمية، وتوسيع المعلوماتية وتعميمها على الأفراد والمؤسسات.

إن تغير معايير النجاح والتميز في المنتوج في إطار التجارة الإلكترونية، واختلاف قياسها عندما كانت عليه في التجارة التقليدية؛ يتطلب إعداد برامج إعلامية خاصة بالتجارة الإلكترونية، تستهدف كافة فئات المجتمع لتعريفه وتوعيته بكل الجوانب التي تحتويها التجارة الإلكترونية من ميزات وأخطار. إضافة إلى إعداد برامج ودورات تدريبية لقطاعات الأعمال، لتمكينها من إعداد

---

[157] أحمد المهدي، *الإثبات في التجارة الإلكترونية*، ط.1، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص.26.

[158] احمد عبد الله العوضي، المرجع السابق، ص.179.

إطـارات للتعامـل في مجـال التجـارة الإلكترونيـة، لاسـيما تطـوير مؤسسـات التعلـيم المتخصـص في المجالات المرتبطة بالتجارة الإلكترونية[159].

رابعا.– المتطلبات التشريعية:

تتمثـل المتطلبـات التشـريعية في الإطـار القـانوني الـذي يضـمن اسـتمرار التجـارة الإلكترونيـة، وحمايـة حقـوق الأطـراف المتعاملـة فيهـا، وبإيجـاد الأدوات القانونيـة الـتي تتناسـب والتعـاملات الإلكترونيـة، مثـل: وسـائل التعاقـد عـبر شـبكة الإنترنـت أو البريـد الإلكـتروني والشـروط اللازمـة لـذلك، وفـض النزاعـات التجاريـة الإلكترونيـة، سـواء كانـت في داخـل المجتمـع أم كانـت بـين أطـراف دول مختلفة[160].

إن التحـول إلى تطبيـق التجـارة الإلكترونيـة، يتطلـب إنشـاء منـاخ تشـريعي محفـز يتمثـل فيمـا يلي:

1.– تطـوير القـوانين التجاريـة بمـا يتناسـب والمتطلبـات الإلكترونيـة؛ وأهـم القضـايا الخاصـة بالوثائق الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني وإجراءات التعاقد عن بعد؛

2.– تقصـير فـترات التقاضـي بالاعتمـاد علـى آليـات التحكـيم في الفصـل في القضـايا، وإيجـاد آليات لتخفيض أزمنة التقاضي والفصل في المنازعات؛

3.– تنفيـذ الأحكـام بسـرعة، وهـذا لمـا تتطلبـه التجـارة الإلكترونيـة مـن سـرعة في إتمـام المعاملات؛

4.– قضـية ضـمانات لحمايـة حقـوق المسـتهلكين، وهـي أحـد أهـم المشـاكل الرئيسـية في التجارة الإلكترونية، حيث يجب أن تضمن القوانين الحديثة حماية حقوق المستهلكين؛

---

[159] احمد عبد الله العوضي، *العوامل المؤثرة في التسويق والتجارة الإلكترونية*، مجلة الاقتصاد والمجتمع، كلية الدراسات التجارية، الكويت، 2010، عدد6، ص.180.

[160] إسلام مأمون حسين مأمون، *المعوقات التي تحد من نجاح التجارة الإلكترونية في مصر*، مذكرة ماجستير في إدارة الأعمال، الأكاديمية العربية البريطانية للتعليم العالي، 2011، ص.21.

5.– اعتماد منظمة عالمية للسلطة القضائية، وسن قوانين تجارية موحدة، وهذا بهدف حل الصراعات القضائية التي تقع بين مختلف الدول، والتي لا يمكن الفصل فيها لاختلاف القوانين فيما بينها. ولذا فإن تبني قواعد ونظم تجارية موحدة يمثل أحد أهم البدائل لتحقق مصالح المنتجين والمستهلكين في مختلف الدول[161].

أما متطلب التأمين، فيقتضي التأمين من مخاطر المعلومات وما يرتبط بها، حيث يترافق نقل النشط التجاري إلى بيئة إلكترونية موزعة بالضرورة مع مشاكل متعددة ومرتبطة بأمن المعلومات وثقة الزبائن بمواقع التجارة الإلكترونية. ومن ثمة، فإن انعدام عامل الثقة يمكن أن يدفع العديد من مديري الأعمال والزبائن إلى إلغاء استخدام الإنترنت والعودة إلى الطرق التقليدية لإدارة الأعمال. لذلك، لابد من مراجعة أمن الشبكة في التجارة الإلكترونية ومواقع الزبائن، واتخاذ إجراءات مضادة للمخاطر التي تهدد التجارة الإلكترونية[162].

نظرا لأهمية التجارة الالكترونية ومزاياها المتعددة سالفة الذكر انتشرت بين الأفراد والمؤسسات، وازدادت أهميتها في دعم الاقتصاد وتحقيق التنمية. الأمر الذي دفع بالمنظومة الدولية إلى سن قوانين تنظم مفرداتها وتضبط نشاطاتها، وهو ما انعكس على التشريعات الوطنية التي بدورها تكيفت مع بنود المعاهدات الدولية المصادق عليها. هذا ما سنعالجه في المبحث الموالي.

---

[161] مقتبس من، إبراهيم بختي، المرجع السابق، ص.ص.21 وما بعدها.

[162] للمزيد من المعلومات، راجع محمد مجيد كريم الإبراهيمي، *معوقات التجارة الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لمواجهتها: دراسة مقارنة*، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل بالعراق، السنة التاسعة، 2017، عدد2، ص.ص.694 وما بعدها.

المبحث الثاني

التنظيم التشريعي للتجارة الالكترونية

من أهم المبادئ القانونية المتعارف عليها بين الدارسين للقانون، هو ضرورة استجابة التشريعات للواقع الذي تعيشه المجتمعات الإنسانية، وطالما هناك تطور هائل في الاتصالات؛ وجب تكييف القاعدة القانونية مع هذه الطوارئ. ذلك لأنها تعبير عن الفضاء الالكتروني الإنساني، والتغيرات التي تطرأ عليه. فهل ذلك وحده يبرر إصدار قوانين وتشريعات تعالج المسائل الجديدة التي أثارتها وما زالت تثيرها شبكة الانترنت وممارسة التجارة الالكترونية؟

هناك اختلاف في النظريات والأطروحات التي تبرر سن تشريعات وقوانين خاصة بالتجارة الالكترونية والانترنت وهيكليتهما. حيث يرى جون بيري بارلو (*John Perry Barlow*) [163] في مقالته المشهورة بـ: إعلان استقلال الفضاء الالكتروني (*Déclaration d'indépendance du cyberespace*)[164] أن الفضاء الالكتروني يأبى الخضوع لأي نظام قانوني. ولكن هذه الفرضية لم تستمر طويلاً حتى بدأ المختصون ومن أمثالهم، البروفيسور لورنس ليسيغ (*Lawrence Lessig*)[165] من كلية الحقوق في جامعة ستانفورد

[163] *JOHN PERRY Barlow*: né le 03 octobre 1947 dans un ranch près de Pinedale dans le Wyoming et mort le 07 février 2018 à San Francisco, est un poète, essayiste, éleveur à la retraite, militant libertarien. Il fut également parolier des Grateful Dead, *ainsi qu'un des membres fondateurs de Electronic Frontier Foundation et de Freedom of the Press Foundation*. Cité par, John Perry Barlow, cette page a été faite: le 14/02/2018 à 14:59, Date de Citation: 16/04/2018, Disponible à: https://fr.wikipedia.org/wiki/John_Perry_Barlow

[164] Sur ce débat, V. OLIVER Ertzscheid, *Une nouvelle déclaration d'indépendance du cyberspace*. *OLIVER Ertzscheid, Enseignant: chercheur en sciences de l'information et de la communication à l'université de Nantes*, Date de Publication: le 09 Février 2018 à 10:52, Date de Citation: 10/04/2018, Disponible à: https://www.liberation.fr/debats/2018/02/09/une-nouvelle-declaration-d-independance-du-cyberespace_1628377

[165] LAWRENCE Lessig is the Roy L. Furman Professor of Law and Leadership at Harvard Law School. Prior to rejoining the Harvard faculty, Lessig was a professor at Stanford Law School, *where he founded the school's Center for Internet and Society*, and at the University of Chicago. He is a Member of the American Academy of Arts and Sciences, and the American Philosophical Association, and has received numerous awards, including the Free Software Foundation's Freedom Award, Fastcase 50 Award and being named one of Scientific American's Top 50 Visionaries. Lessig holds a BA in economics and a BS in management from the University of Pennsylvania, an MA in philosophy from Cambridge, and a JD from Yale. Quoted by, Lessig: About, Citation Date: 25/04/2018, Available at: https://www.lessig.org/, for more information, LAWRENCE Lessig, *Code: and other Laws of Cyberspace*, Basic Books, USA, 1st U.S. Edition, 3rd Printing edition, November 30, 1999, Available at: http://codev2.cc/download+remix/Lessig-Codev2.pdf

بالقول: *"أنه يمكن تنظيم شبكة الانترنت، فالقوانين ليست الوحيدة التي تنظم شبكة الانترنت، ولكن هناك جوانب أخرى تعلب دورها المهم في التنظيم مثل التقانة (الكود) وغيرها"*[166].

وفي نفس السياق، يقول أحمد شرف الدين[167]: *"إن ازدهار التجارة الالكترونية يتوقف إلى جريانها في وسط قانوني يكفل الأمن للمعاملات، ويحمي حقوق وحريات أطرافها ويحيط المصالح لمتعلقة بالنظام العام سواء الداخلي أو الدولي بسياج متين من الحماية"* [168].

إن الوقوف على مواقف النظم القانونية الأجنبية، والجهود التشريعية للهيئات والمنظمات ذات العلاقة بالتجارة الالكترونية، من شأنه أن يساهم في تحديد المسائل القانونية الواجب التصدي لها؛ ونحن نتعامل مع التجارة الالكترونية. فبالرغم من أن موضوع التجارة الالكترونية لم يزل حديث عهدٍ، وغير واضح المعالم بالقدر الكافي، إلا أن أنشطة واسعة تحققت على المستويات الدولية والإقليمية والوطنية للتعامل مع مشتملات التجارة الالكترونية. ولهذا يثور التساؤل، حول معرفة الجهود الدولية المبذولة لتنظيم *موضوعات التجارة الالكترونية من جهة؟. ومن جهة ثانية، معرفة الجهود المبذولة من طرف المشرع الجزائري في هذا الشأن؟*

كل هذا، سنتطرق إليه في إطار التنظيم التشريعي الدولي للتجارة الالكترونية (**المطلب الأول**). يضاف إلى ذلك، ما قامت به الجزائر من مبكرا بسن بعض القوانين التي تلمس ولو بشكل غير مباشر بعض جوانب التجارة الالكترونية، كالقانون المتضمن تنظيم الانترنيت، وكذا القانون الخاص بالتصديق والتوقيع الالكترونيين. كل ذلك مهد لاحقا –ولو في وقت متأخر– لصدور قانون خاص بالتجارة الالكترونية. وهو ما سنتطرق إليه تحت عنوان التنظيم التشريعي الوطني للتجارة الالكترونية (**المطلب الثاني**).

---

[166] Sur ce débat, V. Karen Coyle, Lessig, Lawrence: Code and Other Laws of Cyberspace, Basic Books, 1999, This review was published: *Information Technology and Libraries*, September 2000, Citation Date: 25/04/2018, Available at: https://www.kcoyle.net/lessig.html

[167] البروفيسور الدكتور أحمد السعيد شرف الدين: أستاذ بكلية الحقوق جامعة عين شمس بالقاهرة، أستاذ سابق بكلية الحقوق جامعة الكويت، حائز على جائزة مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، حقول التخصص هي: *القانون الخاص، التجارة، الشركات، العقود، الأوراق المالية، التأمين، البنوك، أعمال البناء والتشييد، حقوق الملكية الفكرية (العلامات والأسماء التجارية، والبراءات) التحكيم، التجارة الإلكترونية*. للمزيد، راجع الرابط التالي: http://iamaeg.net/ar/scientific-committee/ahmed-sharaf-el-din/

[168] أحمد شرف الدين، *عقود التجارة الالكترونية، دروس الدكتوراه في القانون الخاص وقانون التجارة الدولية*، دون ذكر الناشر، 2001، ص.ص.8 وما بعدها. مقتبس من، عصمت عبد المجيد بكر، *دور التقنيات العلمية في تطور العقد: دراسة مقارنة*، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2015، ص.ص.162 وما بعدها.

المطلب الأول

التنظيم التشريعي الدولي للتجارة الالكترونية

المقصود بالتنظيم القانوني الدولي هو القرارات الدولية التي عالجت مسألة التجارة الالكترونية سواء من طرف الأمم المتحدة أو منظمة التجارة العالمية أو الاتحاد الأوروبي، ويدخل ضمن هذا التنظيم القانوني مشروعات القوانين التي قامت البلدان بوضعها بغية تنظيم مفردات هذا النوع التجارة. فنظرا للطبيعة الخاصة التي تكتسيها التجارة الالكترونية كونها تبدو في ثياب غير تقليدية هذا الأمر خلق مشاكل عديدة على الصعيد الوطني. فأمام عجز القواعد الوطنية عن الإلمام بمقتضيات التجارة الالكترونية ومسائلها المعقدة انطلاقا من طبيعتها الكاسرة لحدود الدولة القومية، لذا كان لزاما على المجتمع الدولي تحمل مسؤولياته وفرض تحدياته وإعطاء الحلول المناسبة، سواء على المستوى العالمي أي على مستوى المنظمات العالمية (**الفرع الأول**). أو على المستوى الإقليمي (**الفرع الثاني**). أو على مستوى التشريعات المقارنة (**الفرع الثالث**).

الفرع الأول

التنظيم التشريعي على مستوى المنظمات العالمية

من الأجدى أن نتناول التنظيم القانوني الدولي للتجارة الالكترونية، وفق أعمال لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وجهود منظمة التجارة العالمية، وأعمال منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، وكذا دور نشرات غرفة التجارة الدولية في توحيد أحكام التجارة الالكترونية. كل تلك الجهود الدولية تشكل تلخيصا لرؤية دولية عالمية لإضفاء إحاطة شاملة على المعالجة الدولية لعمل التجارة الالكترونية، مما يساعد على فهم تلك الرؤية وفق أحكام القانون الدولي العام.

أولا.– أعمال لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (*Unsitral*) :

الأونسيترال (*Unsitral*)[169]، هي لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة، تضم في عضويتها غالبية دول العالم الممثلة لمختلف النظم القانونية الأساسية، وغرضها الرئيسي هو تحقيق الانسجام والتوائم بين القواعد القانونية الناظمة للتجارة الالكترونية وتحقيق وحدة القواعد المتبعة وطنيا في التعامل مع مسائل التجارة العالمية. وقد حققت الأونسيترال عدة إنجازات في هذا السياق أبرزها إبرام عدد من الاتفاقيات

[169] *United Nation Commission for International Trade Law*، Available at : http://www.uncitral.org/.

الدولية، أشهرها اتفاقية فيينا (*Vienne*) للبيوع الدولية لعام 1980[170]، والاتفاقيات الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي...الخ[171].

إن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (*الأونسيترال*) بوصفها الهيئة المسئولة داخل منظمة الأمم المتحدة؛ ولتحقيق التناسق للقانون التجاري الدولي وتوحيده، قد اضطلعت بعمل كبير بشأن الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، أدى إلى اعتماد القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية في جوان 1996[172]. والهدف الرئيسي للقانون النموذجي هو تيسير التجارة الإلكترونية عن طريق إيجاد مجموعة من القواعد المقبولة دولياً التي يمكن أن تستخدمها الدول في سن تشريعات؛ لتذليل العقبات القانونية وأوجه عدم اليقين التي يمكن أن توجد بالنسبة لاستعمال وسائل الإبلاغ الإلكترونية في التجارة الدولية[173].

- **يضم القانون النموذجي جزئين هما:**

يشتمل الجزء الأول على ثلاثة فصول تتناول التجارة الإلكترونية عموماً، فقد احتوى الفصل الأول على الأحكام العامة من نطاق التطبيق[174]، وتعريف المصطلحات والتفسير والتغيير بالاتفاق. وتناول الفصل الثاني تطبيق الاشتراطات القانونية على رسائل البيانات[175]. حيث ركزت مواد هذا الفصل على مبدأ أساسي هو عدم إنكار صحة المعلومات، وقابليتها للنفاذ لمجرد أنها مقدمة في شكل رسالة بيانات، وأكدت على نهج النظير الوظيفي. بمعنى، محاولة تحديد مقاصد ووظائف الاشتراطات الشكلية المرتكزة على المستندات الورقية من أجل تحديد المعايير التي يجب أن تفي بها رسالة بيانات، حتى يمكن إعطاؤها الاعتراف القانوني نفسه الذي

---

[170] *اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع* (فيينا، 1980، تاريخ الاعتماد 11 أفريل 1980، بدء السريان 01 جانفي 1988، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، تاريخ الاقتباس: 2016/06/05، منشورة على الرابط التالي:
http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html

[171] مقتبس من، نسرين عبد الحميد نبيه، *الجانب الالكتروني للقانون التجاري*، ط.01، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص.167-168.

[172] *قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية* لسنة 1996، تاريخ الاعتماد 12 جوان 1996، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي. قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996، تاريخ الاقتباس: 2016/06/05، متاح على الرابط التالي:
http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html

[173] للمزيد من المعلومات، راجع لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص.ص.29 وما بعدها.

[174] تنص المادة الأولى من القانون النموذجي على أنه: "*ينطبق هذا القانون على أي نوع من المعلومات يكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية*".

[175] حددت المادة 02/آ معنى رسالة البيانات بالقول بأنها: "*تشمل أي معلومات يتم إنتاجها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مماثلة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر التبادل الإلكتروني للبيانات أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي*".

يُعطى للمستند الورقي. أما الفصل الثالث، فقد نظم قضايا إنشاء العقود وصحتها، واعتراف الأطراف برسائل البيانات، وإسناد رسائل البيانات، والإقرار بالاستلام، وزمان ومكان إرسال واستلام رسائل البيانات.

يتناول الجزء الثاني من القانون النموذجي جوانب محددة للتجارة الإلكترونية، حيث تضمن فصلاً واحداً بعنوان: "*نقل البضائع*"، كما أن نقل البضائع هو السياق الذي يرجح فيه على الأكثر استخدام وسائل الاتصال الإلكترونية، والذي ينطوي على حاجة ملحة إلى إطار قانوني ييسر استخدام هذا النوع من الاتصالات[176]. أما الجوانب الأخرى من التجارة الإلكترونية، فقد تدعو الحاجة إلى تناولها في المستقبل، ومن ثمة، يمكن النظر إلى القانون النموذجي على أنه صك مفتوح المجال يكمل بأعمال يضطلع بها مستقبلاً[177]. ويتألف هذا الفصل من مادتين وهما: المادة 16 و17 اللتان تهدفان إلى تذليل المشاكل وأوجه عدم اليقين الناشئة عن استعاضة مستندات النقل ببدائل الكترونية، وعن نقل الحقوق في البضائع عن طريق مستندات الشحن القابلة للتداول[178].

يصحب القانون النموذجي المذكور أعلاه دليلاً تشريعياً يهدف إلى مساعدة المشرعين ومستعملي وسائل الإبلاغ الإلكترونية؛ عن طريق تقديم شرح وإيضاح معنى ومراد أحكام القانون النموذجي. وفضلاً على ذلك، فإن عدداً من القضايا التي لم يتناولها القانون النموذجي قد جرى تناولها في الدليل بغية توفير توجيه للدول التي تسن تشريعات في هذا الصدد.

وهذا ما تم فعلاً، حيث اتخذت عدة دول من هذا القانون نموذجا، واستنبطت منه الكثير من الأحكام عند وضع قوانينها الخاصة بالتجارة الالكترونية، وهو ما بين الطابع الاسترشادي لهذا القانون. كما أن قواعد القانون جاءت عامة ولم تتطرق إلى التفصيلات سواء الموضوعية منها أو الفنية، مما يسمح للتشريعات الوطنية بالنص على استثناءات تراها مناسبة[179].

---

[176] *الدليل التشريعي لقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية*، فقرة .110، ص.54.

[177] نفس المرجع، فقرة.11، ص.19.

[178] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص.ص.31 وما بعدها.

[179] مخلوفي عبد الوهاب، *التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت*، رسالة دكتوراه، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2012، ص.18.

غير انه ما يلاحظ على هذا القانون أنه لم يتعرض لعدد من مسائل التجارة الالكترونية، مثل الملكية الفكرية وحمايتها، وحماية المستهلك والاختصاص القضائي[180].

ثانيا.– جهود المنظمة العالمية للتجارة (WTO):

اسند إلى المنظمة العالمية للتجارة (*WTO*)[181] مهام تنفيذ اتفاقيات جولة الاورغواي ابتداء من 01 من جانفي سنة 1995، وهي 28 اتفاقية عالمية تؤطرها ثلاث اتفاقيات رئيسة، الأولى كانت عام 1995 وهي: الاتفاقية العامة للتعريفة والتجارة (*جات.Gaat*)[182]. والثانية هي: الاتفاقية التجارة والخدمات (*جاتس.Gats*)[183]، والتي جرى وضعها لمواجهة النشاط التجاري المستجد في ميدان خدمات النقل والخدمات المالية؛ والاتصالات والخدمات التقنية والاستشارية. والاتفاقية الثالثة هي: اتفاقية الجوانب التجارية المتعلقة بالملكية الفكرية (*تريبس.Trips*)، والتي تتعلق بمسائل حقوق المؤلف والعلامات والأسرار التجارية وبراءات الاختراع، والقواعد العامة المتصلة بالملكية الفكرية وعلاقتها بالتجارة العالمية[184].

بالنسبة لدور المنظمة العالمية للتجارة وموقفها من التجارة الالكترونية، فقد أصدرت هذه المنظمة في مطلع عام 1998 الدراسة الخاصة حول التجارة الالكترونية؛ بعنوان: "*اليات التجارة الالكترونية وما يتعلق بمباشرتها استخدام الانترنت*". إذ توصلت في هذه الدراسة إلى اعتبار التجارة الالكترونية ضمن الأنشطة التجارية التي تستوعبها؛ وتطبق عليها الاتفاقية الدولية الخاصة بالتجارة في الخدمات. أما بالنسبة لتحديد موقفها الرسمي فضلا عن الدراسة آنفة الذكر؛ فقد بينته في مؤتمر منظمة التعاون الاقتصادي المنعقد في أوتاوا (*Ottawa*) سنة 1998. إذ أشار مدير المنظمة رينوتو ريجيرو (*Renoto Reggiro*) إلى أن المنظمة العالمية للتجارة العالمية لا تسعى لوضع قواعد جديدة خاصة بالتجارة الالكترونية، إنما تسعى إلى استخدام التنظيم القانوني القائم والمحدد ضمن اتفاقية الجات (*Gatts*) الخاصة بالتجارة، واتفاقية تربس والاتفاق الخاص بخدمات الاتصال[185].

---

[180] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص.32.

[181] WTO : The *World Trade Organization*.

[182] GATT: *General Agreement on Tariffs and Trade*.

[183] GATS : *The General Agreement on Trade in Service*.

[184] للمزيد حول اتفاقيات المنظمة، راجع بسكري رفيقة، *النظام القانوني لمنظمة التجارة العالمية وإشكالية الانضمام لها*، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2015/2014، ص.ص.39 وما بعدها.

[185] للمزيد، راجع موقع المنظمة على الرابط التالي: http: www.wto.org /french/thewto_f/whatis_f/inbrief_f/inbr00_f.htm

ومنذ ذلك الوقت واصلت المنظمة إعداد الدراسات وبرامج العمل الخاصة بالتجارة الالكترونية، ويتجلى ذلك خصوصا من خلال مؤتمر سياتل (*Seattle*) الذي دعت إليه المنظمة بشأن التجارة الالكترونية، في الفترة الممتدة من 30 من نوفمبر إلى غاية 03 من ديسمبر سنة 1999. الذي لم يكتب له النجاح لأسباب عديدة أبرزها الخلافات الدولية وتمسك الدول الكبار بمصالحها[186].

ثالثا.– أعمال منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (*OECD*):

تأسست منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية *(OECD)* [187] سنة 1961[188]، مهمتها حماية البيانات والمعلومات وتعزيز التجارة البينية، وركزت في جانب كبير منها على التجارة الالكترونية. حيث دأبت على عقد عدة مؤتمرات متخصصة في هذا المجال، كمؤتمر رفع الحواجز أمام التجارة الالكترونية الذي عقد في فنلندا (*La Finlande*) ما بين 19 إلى 21 من نوفمبر سنة 1997[189]. كما شرعت هذه المنظمة في أعمالها عام 1998 بأوتاوا (*Ottawa*) لعقد مؤتمر عالمي للتجارة الالكترونية، وبشكل رئيس في التجارة الالكترونية. من منطلق عبرت عنه أجهزتها مرارا مفاده أن التجارة الالكترونية تتطلب حلولا دولية في مرحلة تنظيمها، لأن الحلول المتباينة لا تتفق مع الطبيعة الكونية لهذا النمط من الأعمال. ولأن الاختلاف يقيم حدودا لا تقبلها التجارة الالكترونية، فمن أبرز أنشطة هذه المنظمة في ميدان التجارة الالكترونية المؤتمر العالمي للتجارة الالكترونية، الذي عقد في الفترة من 07 إلى 09 من أكتوبر سنة 1998 في مدينة أوتاوا[190]، إذ يعد أوسع

---

[186] نسرين عبد الحميد نبيه، المرجع السابق، ص.163.

[187] OECD: *Organisation for Economic Co-operation and Development.*

[188] منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي (*OECD*): تأسّست منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي عام 1961م خلفاً لمنظمة التعاون الاقتصادي الأوروبي التي تأسست عام 1947م. وتتمثل رسالة المنظمة في "*تعزيز السياسات التي تؤدي إلى تحسين الرفاه الاقتصادي والاجتماعي للشعوب في سائر أنحاء العالم*". وتعمل المنظمة على مسائل تتعلق بالتغيير الاقتصادي والاجتماعي والبيئي الذي يشمل موضوعات مثل الإصلاح التنظيمي، والتنمية، والتجارة الدولية. وتفتح منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي (*OECD*) باب العضوية الدولية التي تبلغ حالياً 34 دولة من أوروبا، وأمريكا الشمالية والجنوبية. أما الدول الأخرى، لاسيما الاقتصاديات الناشئة، فتُعتبر دولاً شريكة للمنظمة. مقتبس من، منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي (*OECD*)، تاريخ الاقتباس: 2015/05/15، متاح على الرابط التالي: http://tfig.itcilo.org/AR/contents/org-oecd.htm، للمزيد كذلك، راجع الموقع الالكتروني للمنظمة: www.oecd.org

[189] *Organisation for Economic Co-operation and Developmen*, Dismantling *The Barriers To Global Electronic Commerce*, An International Conference Organised By The Oecd And The Government Of Finland In Cooperation With The European Commission, The Government Of Japan And The Business And Industry Advisory Committee To The Oecd,Turku, Finland, 19-21 november 1997, DSTI/ICCP(98)13/FINAL, OLIS : 03-Jul-1998, Dist. : 06-Jul-1998, Available at: https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/236647320075.pdf?expires=1593021360&id=id&accname=guest&checksum=7386CEDF8332E981A07ABCC6B2B23D59

[190] *Organisation For Economic Co-Operation And Development*, Directorate For Science, Technology And Industry Steering Committee For The Preparation Of The Ottawa, Oecd Ministerial Conference , *A Borderless World: Realising The Potential Of Global Electronic Commerce*, ottawa, 7-9 october 1998, *Oecd Action Plan For Electronic Commerce*, sg/ec(98) 9/final, olis : 18-dec-1998, dist. : 22-dec-1998. available at: http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=SG/EC(98)9/FINAL&docLanguage=En

مؤتمر في هذا الإطار. حيث حضره نحو ألف مندوب يمثلون الدول الأعضاء في المنظمة، وشارك فيه الوزراء وكبار المسؤولين عن التجارة والاقتصاد في هذه الدول، وممثلون عن 12 دولة ليست عضوا في المنظمة، و12 منظمة دولية، وممثلو الاتحادات النوعية التجارية والصناعية، وممثلو مجموعات المستهلكين، والمنظمات غير الحكومية الاقتصادية والاجتماعية.

وقد ناقش المؤتمر على مدى يومين مسائل بناء الثقة لدى الزبائن والمستخدمين، وتحديدا معايير وقواعد حماية الخصوصية، والبيانات الشخصية المخزنة في النظم المتبادلة بين شبكات المعلومات، ومسائل أمن المعلومات التجارية على الخط، وسياسات التشفير لمعلومات بيانات القطاعين الخاص والعام، ومسائل حماية المستهلك وتحديدا قواعد الاختصاص القضائي، وحل المنازعات وحقوق الإعلان على الانترنت، والحماية من الأنشطة غير القانونية والزائفة. وتناول المؤتمر المسائل التي من شأنها أن تجعل التجارة الالكترونية عبر تنظيمها القانوني المحكم؛ مشابهة تماما للتجارة التقليدية، وما تكرس ضمنها من قواعد كفلت قبولها والثقة فيها، وكذا مسائل الدفع النقدي والتحويلات المالية عبر شبكات الاتصال والانترنت وحماية وسائل الدفع الالكتروني، إضافة إلى العقود الالكترونية والتواقيع الالكترونية والسياسات الضريبية المتصلة بالتجارة الالكترونية[191]، ودور القطاعين العام والخاص في تنظيم أعمال التجارة الالكترونية[192].

وتوقف المشاركون في المؤتمر أمام المتطلبات التقنية للتجارة الالكترونية، والخطط والاستراتيجيات اللازم إتباعها في ميدان صناعة التقنية والاتصال، وضمان البنية التحتية الآمنة لهذه الأنماط من الأنشطة المستجدة. وعرج المشاركون على مسائل تعظيم منافع التجارة الالكترونية، وتجاوز مشكلاتها عبر الاستراتيجيات الوطنية الشاملة لحماية المعلومات وضمان سلامة وامن الأنشطة التجارية، والتنظيم القانوني لمشكلات التسليم المادي للبضائع والتنفيذ المادي للخدمات غير التقنية.

وقد خلص المؤتمر إلى إقرار عدد من الآليات وتحديد مناطق الاهتمام القانوني الرئيسة، وشملت التوصيات تكليف المنظمة نفسها بوضع خطط العمل، وتكليف المنظمات غير الحكومية والمنظمات الحكومية الدولية بإجراء الدراسات ووضع التصورات؛ وذلك لجهة إنفاذ الإعلانات الصادرة عن المؤتمر بشأن حماية

---

[191] إن اختلاف التشريعات الضريبة على المبيعات في التجارة الالكترونية خلق ثغرات تسهل التهرب الضريبي ذلك أن الزيادة في حجم التجارة الالكترونية العابرة للحدود يفرض حتمية الأخذ بنظام مطبق عالميا يفرض الضريبة على السلع والخدمات وحتى على نقل المعطيات اللازمة لأداء المعاملة في رأي بعض المختصين. مقتبس من، إبراهيم بختي، المرجع السابق، ص.52.

[192] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص.29.

الخصوصية وامن الشبكات؛ وحماية المستهلك والموثوقية في التجارة الالكترونية، وإتباع السياسات الضريبية التي تمنع أية قيود أو أعباء على النشاط التجاري الالكتروني[193].

رابعا.– جهود غرفة التجارة الدولية (ICC):

تهدف غرفة التجارة العالمية (ICC) [194] وهي منظمة عالمية متخصصة تهدف إلى وضع قواعد قانونية موحدة في ميادين العمل التجاري عبر ما يعرف بنشرات الغرفة[195]، وتركز على توحيد القواعد ذات العلاقة بالأنشطة القانونية القائمة عبر الحدود وبين الدول، ولها قطاع آخر من النشاط والعمل يتمثل في القيام بأنشطة فض المنازعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم. وتضم غرفة أو محكمة التحكيم التابعة للمنظمة في عضويتها 63 دولة، وتضم الغرفة في عضويتها أيضا أكثر من 7000 عضوا من الشركات والمنظمات من أكثر من 130 دولة[196]، كما تعد المنظمة الممثل المؤسسي لأكثر من 45 مليون شركة في أكثر من 100 دولة[197]. وأما في ميدان التجارة الالكترونية، فقد كان للغرفة دور قيادي في مؤتمر منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية المشار إليه أعلاه، وذلك عبر تقديم الأدلة الإرشادية ونماذج القوانين والدراسات البحثية التي كان لها الدور الأكبر في تعميق مسائل البحث في المؤتمر، وكذا صياغة نتائجه وتوصياته[198]. ويعد دليل التجارة الالكترونية الصادر عن الغرفة[199]؛ احد أهم الأدلة الشاملة التي تتيح مساعدة فاعلة في ميدان الأنشطة التشريعية والتنظيمية اللازمة للتجارة الالكترونية...الخ، وقد تعزز هذا الدليل بصدور العديد من الأدلة الأكثر تخصصا والمكملة له؛ كالدليل الخاص بمساهمة غرفة التجارة الدولية في فريق الخبراء الحكومي الدولي المعني بالتجارة

---

[193] نسرين عبد الحميد نبيه، المرجع السابق، ص.164-165.

[194] ICC: *International Chamber of Commerce*.

[195] تأسست غرفة التجارة الدولية (*ICC*) في عام 1919 بهدف عام ما زال قائما دون تغيير ألا وهو: خدمة قطاع الأعمال الدولي عن طريق تعزيز التجارة والاستثمار وفتح الأسواق للسلع والخدمات والتدفق الحر لرأس المال. ويعود الفضل في قوة الدفع الأولى لجهود الغرفة لرئيسها الأول، إتيان كليمنتل (*Etienne CLEMENTEL*)، وهو وزير تجارة فرنسي سابق. وبفضل ما كان يتمتع به من نفوذ تم تأسيس الأمانة العامة للغرفة في باريس، وكان دوره محوريا في إنشاء محكمة التحكيم الدولية التابعة للغرفة في عام 1923. وقد ذاع صيت الغرفة بحيث تخطى مرحلة الاعتراف بها منذ تلك الأيام التي أعقبت الحرب عندما اجتمع قادة قطاع الأعمال من دول الحلفاء لأول مرة في مدينة أتلانتيك. وقد ضمت النواة الأولى للغرفة ممثلين من القطاع الخاص في بلجيكا وبريطانيا وفرنسا وإيطاليا والولايات المتحدة ثم توسعت لتصبح منظمة أعمال دولية تضم في عضويتها آلاف الشركات والهيئات في حوالي 130 بلدا. ويوجد من بين الأعضاء عدد كبير من الشركات الأكثر نفوذا في العالم وتمثل كل القطاعات الصناعية والخدماتية. مقتبس من، غرفة التجارة الدولية، تاريخ الاقتباس: 2015/05/16، متاح على الرابط التالي: http://tfig.itcilo.org/AR/contents/org-icc.htm

[196] محمد علي، غرفة التجارة الدولية. 100 عام على إطلاق أول صوت موحد لرجال الأعمال، تاريخ النشر: 2020/2/28 05:44، متاح على الرابط التالي: https://al-ain.com/article/icc-100-years-voice-for-business-owners

[197] *Adapted by, About Us*, Citation Date: 28/02/2020, Available at: https://iccwbo.org/about-us/

[198] مقتبس من، فادي محمد عماد الدين توكل، *عقد التجارة الالكترونية*، ط.01، منشورات الحلبي الحقوقية، دمشق، 2010، ص.112-113.

[199] For More Information, V. Home, Find A Document: ICC *Documents Available For Download Include Rules And Standards*, Available at: https://iccwbo.org/find-a-document/?fwp_search=E-Commerce%20

الإلكترونية والاقتصاد الرقمي الصادر في 05 من مارس سنة 2018[200]، وكذلك صدر في 18 من جوان سنة 2019 دليل آخر يتضمن ستة مكونات رئيسية للحصول على نتائج قياسية عالية في الجوانب المتعلقة بالتجارة الإلكترونية[201].

كل ما سبق، كان بمثابة المعالجة التشريعية لنظم التجارة الالكترونية على المستوى العالمي في ظل مواثيق وإعلانات وتوصيات أممية أو أجهزة تابعة للأمم المتحدة أو مستقلة عنها، لكن هذا الدور التشريعي الشامل يحتاج إلى جهود تشريعية على المستوى المحلي تعكس تلك المتخذة على المستوى العام. وهو ما يتجلى خصوصا من خلال توجيهات الاتحاد الأوروبي، وكذا بعض المنظمات الإقليمية على النحو الموالي.

الفرع الثاني

التنظيم التشريعي الإقليمي للتجارة الالكترونية

ومثل ما هو الحال على المستوى العالمي، كان للمنظمات والهيئات الدولية الإقليمية دور في خلق جو من التفاعل مع مقتضيات التجارة الالكترونية، انطلاقا من الإحساس المشترك لأعضائها بضرورة مجابهة مخاطر هذه الأخيرة ووضع حلول مناسبة للظاهرة. ويعد الاتحاد الأوربي أكثر هؤلاء فعالية في حثه للدول الأعضاء على ضرورة تكييف نظمها القانونية مع ما يستجد من تغيرات في التجارة الدولية في جانبها الالكتروني.

أولا. – الاتحاد الأوروبي والتجارة الالكترونية:

ربما يكون الاتحاد الأوروبي هو أول هيئة حثت على ضرورة التفاعل مع قضايا التجارة الالكترونية، حيث أصدر المجلس الأوربي سنة 1981 توصياته في هذا الشأن[202]؛ حاثاً الدول الأعضاء على ضرورة تعديل تشريعاتها والتنسيق فيما بينها بشأن الإثبات المعلوماتي. كما أوصى بضرورة مراجعة المعلومات المسجلة الكترونيا كل خمس سنوات على الأقل، بالإضافة إلى ضرورة الحفظ الإلزامي لهذه البيانات لمدة عشر سنوات

200 Pour une analyse plus détaillée, V. Home, Find a document, *ICC contribution to the Intergovernmental Group of Experts on E-commerce and the Digital Economy*, Available at: https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/04/icc-contribution-digital-economy-2018-1.pdf

201 For More Information, V. Home, Find A Document, *Five Key Ingredients For A High Standard Outcome on Trade-Related Aspects of E-Commerce*,This Document Was Presented By Crispin Conroy, Icc Permanent Representative To The United Nations At Geneva, During The First Round of WTO Negotiations on 18th June, 2019, Available at: https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/06/2019-e-commerce-5-asks.pdf

202 Recommandation De La Commission, du 29 juillet 1981, *Concernant Une Convention du Conseil de L'europe Relative a La Protection des Personnes a L'egard du Traitement Automatise des Donnees a Caractere Personnel*, Journal Officiel des Communautes Europeennes N" L 246/31, (81 /679/CEE), Disponible à: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31981H0679&from=FR

على الأقل، وكذا إعداد اتفاق أوربي نموذجي للتبادل الالكتروني للبيانات، حيث أصدر توصيات بتاريخ 19 من أكتوبر سنة 1994 بشأن الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية، كالتوصية الصادرة بشأن الجوانب القانونية لتبادل البيانات المحوسبة[203]، ودعا المجلس كذلك المنظمات الدولية ورجال الأعمال إلى استخدام نموذج العقد الذي أصدره هذا الأخير[204].

إضافة إلى ما سبق، أصدر الاتحاد الأوربي توجيهات (*Directives*) متعددة تتعلق بالمسائل الفنية والأمنية والقانونية الخاصة بالتجارة الإلكترونية. ومن هذه التوجيهات، التوجيه المتعلق بحماية المستهلكين في مجال العقود المبرمة عن بعد الصادر في 20 من ماي سنة 1997[205]. وتوجيه حماية البيانات الذي أعتمد في عام 1995 وأصبح ساري المفعول في 25 من أكتوبر سنة 1998[206]. والتوجيه الخاص بالإطار المشترك للتواقيع الإلكترونية في عام 1999[207]. والتوجيه الصادر في 08 من جوان سنة 2000 حول بعض الجوانب القانونية للخدمات ضمن مجتمع المعلومات المعروف (بالتوجيه الأوربي حول التجارة الإلكترونية)[208]. والتنظيم الأوربي للاختصاص القضائي والاعتراف بالأحكام وتنفيذها في المسائل المدنية والتجارية، الذي أعتمد في 22 من ديسمبر سنة 2000 وأصبح نافذ المفعول في 01 من مارس سنة 2001، حيث يعتبر هذا التنظيم بمثابة تعديل لاتفاقية بروكسل (*Bruxelles*) عام 1968 بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام النافذة في إقليم أعضاء الاتحاد الأوربي. وجاء التنظيم المذكور لموائمة متطلبات التجارة الإلكترونية[209].

---

[203] Recommandation de La Commission, du 19 Octobre 1994, Concernant *Les Aspects Juridiques de L'échange de Données Informatisées*, Journal Officiel n° L 338 du 28/12/1994 p. 0098 – 0117, Disponible à: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31994H0820&from=FR

[204] Cf. CAPRIOLI.(E)., et SORIEUL.(R.) , *Le Commerce International Électronique Vers L'émergence Des Règles Juridiques Transnational*, J.D.I, 1997, pp. 333 et s.

[205] Directive 97/7/CE du Parlement Européen et du Conseil, du 20 mai 1997, *Concernant La Protection Des Consommateurs En Matiere de Contrats a Distance, Declaration du Conseil et du Parlement Europeen Sur L'article 6 Paragraphe 1, Declaration de La Commission Sur L'article 3 Paragraphe 1 Premier Tiret*, Journal Officiel n° L 144 du 04/06/1997 p. 0019 – 0027, Disponible à: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:31997L0007&from=EN

[206] Directive 95/46/Ce du Parlement Europeen et du Conseil, du 24 Octobre 1995, *Relative a La Protection des Personnes Physiques a L'egard du Traitement des Donnees a Caractere Personnel et a La Libre Circulation de Ces Donnees*, Journal officiel n° L 281 du 23/11/1995 p. 0031 - 0050, Disponible à: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=FR

[207] Directive 1999/93/CE du Parlement Européen et du Conseil, du 13 Décembre 1999, *Sur un Cadre Communautaire pour Les Signatures Électroniques*, Journal Officiel n° L 013 du 19/01/2000 p. 0012 – 0020, Disponible à: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999L0093&from=FR

[208] European Directive 2000/31/Ec of The European Parliament And of Council, 8 june 2000, *on Certain Legal Aspects of Information Society Services, In Particular Electronic Commerce ,In The Internet Market* Official Journal L178,17/07/2000. available at :http://www.netlaw.pl/e-commerce/ecommerce-directive 2000-en-html.

[209] The Council of The European Union Regulation No.44/2001 of 22 December 2000 on *Jurisdiction And The Recognition and Enforcement of Judgments In Civil and Commercial Matters*. Available at: http://europa.Eu.int/ispo/ecommerce/legal/favorite.Html .

يحرص الاتحاد الأوروبي على التعامل مع التجارة الالكترونية ضمن تطوراتها التقنية، ولذلك فإن الاتحاد الأوروبي ومنذ سنة 2000 بدأ في التوجه نحو إدراج تعريف للتجارة الالكترونية. إذ عرف توجيه البرلمان والمجلس الأوروبي رقم 97-07 في شأن حماية المستهلكين في مجال العقود عن بعد سالف الذكر في المادة الثانية الفقرة الأولى العقد عن بعد بأنه كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات ابرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام البيع أو لتقديم خدمات عن بعد نظمه المورد الذي يستخدم، لهذا العقد، تقنية أو أكثر للاتصال *عن بعد لإبرام العقد وتنفيذه*"[210]. كما عرفت الفقرة الرابعة من نفس المادة من هذا التوجيه تقنية الاتصال عن بعد بأنها: "*كل وسيلة دون وجود مادي وزمني للمورد والمستهلك، يمكن أن تستخدم لإبرام العقد بين طرفيه*"[211]. ويلاحظ أن ابرز الأمثلة التي أوردها التوجيه لتقنيات الاتصال منها المطبوعات غير المعنونة، والخطابات والدعاية والحاسبة والمراسلات الالكترونية[212].

أما توجيه البرلمان والمجلس الأوروبي رقم 31/2000[213]، الصادر في الثامن من جوان سنة 2000 بشأن بعض الجوانب القانونية لخدمات شركة المعلومات، وبصفة خاصة للتجارة الالكترونية في السوق الوطنية والذي يطلق عليه اسم: "*توجيه التجارة الالكترونية*"، عرف في المادة الثانية الفقرة السادسة الاتصال التجاري بأنه: "*كل شكل من أشكال الاتصال يستهدف تسويق بصورة مباشرة أو غير مباشرة، بضائع أو خدمات أو صورة مشروع أو منظمة أو شخص يباشر نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي أو يقوم بمهمة منظمة*"[214]. وفضلا عن ذلك، أشار هذا التوجيه إلى ضرورة أن تقوم الدول الأعضاء بالسماح لأنظمتها القانونية بإبرام

---

[210] Article 2-1: «contrat à distance: *tout contrat concernant des biens ou services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseur, qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même*». Directive 97/7/Ce du Parlement Européen et du Conseil du 20 Mai 1997, Op.cit.

[211] Article 2-4: « "technique de communication à distance": *tout moyen qui, sans présence physique et simultanée du fournisseur et du consommateur, peut être utilisé pour la conclusion du contrat entre ces parties. Une liste indicative des techniques visées par la présente directive figure à l'annexe I*». Directive 97/7/Ce du Parlement Européen et du Conseil du 20 Mai 1997, Op.cit.

[212] إيمان مأمون أحمد سليمان، *الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية*، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2006، ص.42.

[213] Directive 2000/31/Ec of The European Parliament and of The Council of 8 June 2000 on *Certain Legal Aspects of Information Society Services, In Particular Electronic Commerce, In The Internal Market ('Directive on Electronic Commerce')*, Official Journal L 178, 17/07/2000 p. 0001 – 0016. Available at: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=EN

[214] Article 2-6: «commercial communication: *any form of communication designed to promote, directly or indirectly, the goods, services or image of a company, organisation or person pursuing a commercial, industrial or craft activity or exercising a regulated profession*». Directive 2000/31/Ec of The European Parliament and of The Council of 8 June 2000, Op.cit.

العقود بالطرق الالكترونية، بحيث لا تمثل هذه الأنظمة عائقا لاستعمال العقود الالكترونية، ولا تحد من أثرها وفعاليتها لمجرد أنها تتم بالطرق الالكترونية[215].

ويلاحظ أن الاتحاد الأوروبي، ومن خلال هذين القرارين أو ما يطلق عليهما *"التوجيهيين"*، قد أعطيا تعريفا للاتصال التجاري أي التجارة الالكترونية. وهذا التعريف إنما يحاول إن يعطي توصيفا قانونيا للتجارة الالكترونية. ولذلك فقد حاولت هذه الدول وضع تعريفا للتجارة الالكترونية، لتحديدها وتنظيمها. ويمكننا أن نقدم دولة فرنسا بوصفها احد أعضاء الاتحاد الأوروبي المؤسسين، إذ أشار التقرير الذي قدمه فرنسيس لورنتز (*Francis Lorentz*)[216] في 15 من مارس سنة 1998 لوزير الاقتصاد الفرنسي إلى التجارة الالكترونية وعرفها بأنها باختصار مجموعة المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية، بين المشروعات بعضها البعض، وبين المشروعات والإفراد، وبين المشروعات والإدارة"[217]. يلاحظ على هذا التعريف، انه قد توسع في تعريف التجارة الالكترونية لتشمل مجمل الأنشطة التجارية وتبادل المعلومات، والتعاملات المتعلقة بالبضائع والتجهيزات أو بضائع الاستهلاك التجاري، وكذلك يشمل الخدمات مثل: خدمة المعلومات والخدمات المالية والقانونية.

ثانيا.– منتدى التعاون الاقتصادي لدول آسيا والمحيط الهادي (APEC)[218]:

في عام 1989 تأسس منتدى التعاون الاقتصادي لمنطقة آسيا والمحيط الهادئ[219] أمام شعور هذه الدول بالدور الاقتصادي المتعاظم للمنطقة، وأهمية التكتل الاقتصادي لمواجهة تحديات النمو والمنافسة الاقتصادية، وتضم في عضويتها 21 دولة حتى نهاية عام 1999.

---

[215] إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع نفسه، ص.42.

[216] FRANCIS Lorentz., né en 1942 à Mulhouse, est dirigeant français d'entreprise dans le domaine des technologies de l'information et de la communication. Il a été président de la « *Mission pour le commerce électronique* » de 1997 à 1999. Cité par, Francis Lorentz, Date de Publication: 20/10/2016, Date de Citation: 07/11/2017, Disponible à: https://fr.wikipedia.org/wiki/Francis_Lorentz

[217] *Rapport sur le commerce électronique* : Addendum, 15 mars 1998, Le Rapport sur le commerce électronique, remis à M. Le Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie le 8 janvier 1998, a fait l'objet le même jour d'une diffusion sur Internet. Simultanément, a été ouvert un Forum électronique offrant à tous, particuliers, associations, entreprises... la possibilité d'exprimer leurs avis, leurs suggestions ou questions suscités par la lecture du Rapport. Un débat très ouvert s'est ainsi engagé et a été complété par de nombreuses présentations et échanges animés par les membres du groupe de travail sur le Commerce électronique. Cité par, *Rapport sur le commerce électronique*, Addendum, 15 mars 1998, (p.1-35), Date de Publication: 08/02/2002 17:22:52, Date de Citation: 15/12/2016, Disponible à : http://www.finances.gouv.fr/comelec/trophees/rapports/forum.htm

[218] APEC : *Asia Pacific Economic Cooperation*.

وفي عام 1997 اتفق قادة الدول الأعضاء في المنتدى على وضع خطة عمل للتجارة الالكترونية، تكفل تحقيق الدول الأعضاء لمتطلباتها وإيجاد إطار قانوني موحد لهذه الغاية. وفي عام 1998 وتحديدا في المؤتمر المنعقد في كوالا لامبور (*Kuala Lumpur*) أصدر الأعضاء تصريحا يتضمن دعوة إطلاق النشاط التجاري الالكتروني في المنطقة، وتطوير صيغ التعاون التقني، وبناء البنية التحتية للتجارة الالكترونية، والاستثمار في هذا القطاع[220].

ثالثا.– منظمة التجارة الحرة الأمريكية (NAFTA) :

اوجد اتفاق التجارة الحرة لدول أمريكا *(NAFTA)*[221] إطارا من الخبراء للعمل على إعداد مشروع خاص بالتجارة الالكترونية للدول الإطراف[222] ، وقد عملت مجموعة الخبراء على كافة مسائل التجارة الالكترونية؛ مركزة جهودها على الاستثمار المشترك في هذه الميادين، والإطار القانوني الموحد للدول الأعضاء. وقد ناقش الأعضاء وثيقة البرنامج النهائي للتجارة الالكترونية في لقائهم أواخر عام 1999، وجرى تقييم تنفيذ الخطط والتوصيات في نهاية عام 2000، وتم إيكال عدد من المهام التنفيذية للجان المنظمة لتنفيذها في العام 2001[223].

---

[219] *منتدى التعاون الاقتصادي لدول آسيا والمحيط الهادي* (APEC): هو منتدى يضم 21 دولة تطل على المحيط الهادي والتي تسعى لتشجيع التجارة الحرة والتعاون الاقتصادي في منطقة آسيا ودول المحيط الهادي، تأسس عام 1989 تلبية للنمو الاقتصادي المتزايد للدول المطلة على المحيط الهادي، وظهور تكتلات اقتصادية أخرى في العالم مثل الاتحاد الأوروبي والنافتا، حيث تسعى إبيك لرفع مستوى المعيشة والتعليم من خلال تحقيق نمو اقتصادي متوازن وتشارك العوائد بين دول آسيا والمحيط الهادي، حيث تضم نحو 41% من سكان العالم، ونحو 56% من الناتج المحلي الإجمالي للعالم، ونحو 49% من تجارة العالم. مقتبس من، التعاون الاقتصادي لدول آسيا والمحيط الهادي، تاريخ الاقتباس: 2015/02/16، https://www.marefa.org/

[220] علاوي محمد لحسن؛ مولاي لخضر عبد الرزاق، *آليات التجارة الإلكترونية كأداة لتفعيل التجارة العربية البينية*، مداخلة ملقاة في الملتقى الدولي الرابع حول: *عصرنة نظام الدفع في البنوك الجزائرية وإشكالية اعتماد التجارة الإلكترونية في الجزائر*، المركز الجامعي بخميس مليانة، الجزائر، 26-27 أفريل 2011، ص.04.

[221] NAFTA: *North American Free Trade Agreement.*

[222] *اتفاقية التجارة الحرة لشمال أمريكا* (نافتا -*NAFTA*) : وهي معاهدة لإنشاء منطقة تجارية حرة ما بين الولايات المتحدة وكندا والمكسيك، بعد مباحثات مضنية استمرت 14 شهراً توصلت الولايات المتحدة الأمريكية وكندا والمكسيك في 1992/8/12م، إلى توقيع اتفاقية مبدئية تهدف إلى إقامة منطقة للتجارة الحرة فيما بينها لتشمل قارة أمريكا الشمالية بكاملها. وبناءً على هذه الاتفاقية يتم إزالة كافة الحواجز الحدودية أمام التجارة والاستثمار بين الدول الثلاث خلال حد زمني يمتد نحو 15 عاماً. من تاريخ سريان الاتفاقية والذي بدأ في أول من جانفي سنة 1994م. مما يؤدي إلى تكوين أكبر منطقة استهلاكية في العالم تتمتع بحرية التجارة الداخلية. مقتبس من، منطقة التجارة الحرة لأمريكا الشمالية، تاريخ الاقتباس: 2016/10/15، متاح على الرابط التالي: https://www.marefa.org/

[223] نسرين عبد الحميد نبيه، المرجع السابق، ص.167-168.

إن الاهتمام بتأطير التجارة الالكترونية ليس وليد اهتمام عالمي وإقليمي فقط، بل وكذلك تجلى على مستوى تشريعات الدول. حيث تستلهم من توجيهات وتوصيات المنظمات الدولية سواء العالمية أو الإقليمية الخطوط العريضة لصياغة نظمها القانونية التي تتوافق مع ضرورات التجارة الالكترونية، وهو عين ما قامت به الدول الأوروبية حيث تبنت تشريعاتها الوطنية جل ما ورد بالتوجيهات والتوصيات الصادرة الاتحاد الأوروبي. وكذلك أصدرت باقي دول العالم قوانين ناظمة للتجارة الالكترونية، محاولة منها إيجاد إطار قانوني للمعاملات الالكترونية. وهو الأمر الذي سنعالجه في الفرع الموالي.

الفرع الثالث

تنظيم التجارة الالكترونية على مستوى التشريعات المقارنة

تكمن المشكلة الحقيقية للتجارة الالكترونية في عدم قدرة القانون على مسايرة وتعقب الحركة المطردة لتطور التكنولوجيا الجديدة، وهنا يبرز تحدي تكيف القوانين مع العصر الحالي ومتطلباته. إذ توجد منطقة فراغ تشريعي شاسعة في مجال التجارة الالكترونية؛ بسبب عدم قدرة القانون على التجاوب مع الاحتياجات الضرورية التي تولدها معطيات هذه التجارة.

ومن الملاحظ بوضوح أن القانون لا يتطور بنفس السرعة التي تتطور بها التكنولوجيا الحديثة، الأمر الذي خلق العديد من المشكلات القانونية التي تفتقد وجود حل قانوني. وبالتالي تظهر عقبات تعوق انطلاق المعاملات التجارية الدولية. لهذا اتخذت العديد من الدول من القانون النموذجي الخاص بالتجارة الالكترونية الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري مصدرا لها عند سن أو تعديل تشريعاتها الخاصة بالتجارة الالكترونية.

وقد تنبهت العديد من الدول إلى أهمية وضع تشريعات متكاملة لتنظيم التجارة الالكترونية وحمايتها، ففي فرنسا كانت البداية بإصدار المشرع الفرنسي للقانون رقم 2000-230 في 13 من مارس سنة 2000، المتعلق بتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني[224]، والذي نص عليه في بعض التعديلات الخاصة بقواعد الإثبات[225]، ثم اتبعه بالمرسوم رقم 2001-741[226] الذي وضع بموجبه تنظيم شامل للتعاقد الإلكتروني في

[224] Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 *Portant Adaptation Du Droit De La Preuve Aux Technologies De L'information Et Relative À La Signature Électronique*، JORF N°62 du 14 Mars 2000، p. 3968، Texte N° 1. Disponible à: https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000399095&categorieLien=id

[225] هدى حامد قشقوش، المرجع السابق، 2000، ص.12.

ضوء التوجيه الأوروبي رقم 07/97 بشأن حماية المستهلك في التعاقد عن بعد، وفي نفس السياق صدر القانون رقم 2004-575 المؤرخ في 21 من جوان سنة 2004 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي سالف الذكر[227].

وفي إنجلترا، صدر قانون الاتصالات الالكترونية سنة 2000[228]، وقانون التجارة الالكترونية سنة 2002[229]. وفي إيطاليا صدر المرسوم رقم 99-185 المنظم للتعاقد عن بعد، المؤرخ في 22 من ماي سنة 1999[230]. وفي ألمانيا، صدر قانون التجارة الالكترونية سنة 2001[231]. أما في الولايات المتحدة الأمريكية التي تعد من أول الدول التي تحث وتشجع على استخدام الانترنيت في إبرام الصفقات التجارية، فقد أصدر المشرع الأمريكي القانون الخاص بالتوقيع الإلكتروني[232] في 30 من جوان سنة 2000[233].

---

[226] Ordonnance N°2001-741 du 23 Août 2001 *Portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consummation*, JORF N°196 du 25 Août 2001 Page 13645.

[227] Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 *pour la confiance dans l'économie numérique*, Disponible à : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=27631B8ACEE152D651A68EE547B09759.tplgfr35s_1?cidTexte=JORFTEXT000000801164&dateTexte=20180601.

[228] *Electronic Communications Act 2000*, UK Public General Acts 2000 CHAPTER 7, Part II Section 7, *An Act To Make Provision To Facilitate The Use of Electronic Communications And Electronic Data Storage*; To Make Provision About The Modification of Licences Granted Under Section 7 of The Telecommunications Act 1984; And For Connected Purposes, 25th May 2000. Available at: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/7/pdfs/ukpga_20000007_en.pdf

[229] Electronic Communications, *The Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002*, Made 30th July 2002, Laid before Parliament 31st July 2002, Coming into force Regulation 16 23rd October 2002, Remainder 21st August 2002, 2002 No. 2013. Available at: https://www.legislation.gov.uk/uksi/2002/2013/pdfs/uksi_20022013_en.pdf

[230] Decreto Legislativo 22 maggio 1999، n. 185, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 143 del 21 giugno 1999 (Rettifica G.U. n. 230 del 30 settembre 1999), "Attuazione della direttiva 97/7/CE *relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza"*, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale *n. 143 del 21 giugno 1999* (Rettifica G.U. n. 230 del 30 settembre 1999), Parlamento Italiano, Citation Date: 11/02/2014, Available at: http://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/99185dl.htm

[231] Bundesrecht konsolidiert: *Gesamte Rechtsvorschrift* für E-Commerce-Gesetz, Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden (E-Commerce-Gesetz - ECG) Available at: https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20001703

[232] *The Electronic Signatures in Global and National Commerce Act* (ESIGN, Pub.L. 106–229, 114 Stat. 464, enacted June 30, 2000, 15 U.S.C. ch. 96) is a United States federal law passed by the U.S. *Congress to facilitate the use of electronic records and electronic signatures in interstate and foreign commerce by ensuring the validity and legal effect of contracts entered into electronically*. In 2010, both House of Congress passed a resolution at the request of industry leaders, recognizing June 30 as "National ESIGN Day". Adapted From: Electronic Signatures in Global and National Commerce Act, Citation Date: 15/02/2015, Available at: https://en.wikipedia.org/wiki/Electronic_Signatures_in_Global_and_National_Commerce_Act

[233] *Electronic Signatures In Global And National Commerce Act*, Public Law 106–229—June 30, 2000, 106th Congress, Citation Date: 15/02/2015, Available at: https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-106publ229/pdf/PLAW-106publ229.pdf

وفي أسيا، أصدرت اليابان[234] القانون رقم 102 الصادر في 31 من ماي سنة 2000 بشأن التوقيع الالكتروني وخدمات الشهادات الالكترونية[235]، ولاحقا صدر القانون رقم 95 سنة 2001 الذي نص على استثناءات على القانون المدني الياباني تتعلق بعقود المستهلك الالكترونية والإخطار الالكتروني للقبول[236]. أما بالنسبة لدولة سنغافورة فقد صدر قانون التجارة الالكترونية رقم 25 في 29 من جوان سنة 1998[237].

أما على مستوى الدول العربية، قامت العديد من الدول بالشروع في وضع الخطط اللازمة لاستيعاب التجارة الالكترونية. البداية كانت من تونس حيث يعد المشرع التونسي أول مشرع عربي سن قانون خاص بالتجارة الالكترونية؛ وذلك بصدور القانون رقم 83 بتاريخ 09 من ماي سنة 2000 بشأن المبادلات الالكترونية[238]. ثم تبعه المشرع الإماراتي بصدور قانون منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا والتجارة الالكترونية والإعلام رقم 01 لسنة 2000، ثم اتبعه بالقانون رقم 85 لسنة 2001 المتعلق بالمبادلات الالكترونية[239]. ثم القانون رقم 02 لسنة 2002 المرتبط بالمعاملات الالكترونية. أما المشرع الأردني، فقد أصدر القانون رقم 85 سنة 2001 الخاص بالمعاملات الالكترونية[240]، وفي سنة 2010 أصدر قانون جرائم أنظمة المعلومات. وفي البحرين صدر مرسوم

---

[234] لم تسن اليابان حتى الآن تشريعا متكاملا للتجارة الالكترونية، وقد يستغرب البعض ذلك، لكن سرعان ما يتبدد الاستغراب إذا علمنا أن اليابان أسندت إلى هيئة حكومية عليا منذ عام 1996 مهمة وضع الإطار القانوني والتقني والتنظيمي للتجارة الالكترونية، وقد قسمت هذه الهيئة إعمالها إلى مرحلتين أنجزت الأولى منها عام، 1998 ولا تزال تنجز بقية محتوى وموضوعات المرحلة الثانية، وقد سنت اليابان العديد من التشريعات التي يمكن وصفها بأنها المتطلب السابق للتجارة الالكترونية، وتحديدا في ميدان حماية المعلومات والموثوقية وتنظيم قواعد شهادات ضمان صحة تبادل المعلومات. ويبدو أن التجربة اليابانية ستمثل أكثر التجارب العالمية دقة وشمولا. للمزيد، راجع حسن يوسف حسن، المرجع السابق، ص.48.

[235] *Act On Electronic Signatures And Certification Business*, (Act No. 102 of May 31 of 2000), This Act shall come into force as from April 1, 2006, Available in English version: http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/aescb.pdf

[236] *Act on Special Provisions to the Civil Code on Electronic Consumer Contracts*, (Act No. 95 of 29 June 2001) (Electronic Contract Act), This *Act provides special provisions to the Civil Code* (Act No. 89 of 1896) in cases where there are certain mistakes in business-to-consumer electronic transactions. Adapted From, *Digital business in Japan*: overview by Hiroyasu Kageshima, Hiroyuki Yamauchi and Satoshi Yakushiji, Ushijima & Partners, Date of Publication: 01 May 2020 Japan, Citation Date: 20/05/2020, Available at: https://content.next.westlaw.com/Document/I96dc169cca7811e598dc8b09b4f043e0/View/FullText.html?contextData=(sc.Default)&transitionType=Default&firstPage=true&bhcp=1

[237] *Republic Of Singapore, Government Gazette, Electronic Transactions Act 1998 No. 25*, The Following Act Was Passed By Parliament on 29th June 1998 and assented to by the President (Ong Teng Cheong) on 3rd July 1998, Published in Acts Supplement on 10 Jul 1998, Available at: https://sso.agc.gov.sg/Acts-Supp/25-1998/Published/19991230?DocDate=19980710

[238] القانون رقم 83 لسنة 2000 مؤرخ في 09 أوت 2000 *المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية*، المرجع السابق.

[239] القانون رقم 02 لسنة مؤرخ في 12 فيفري 2002 *بشأن المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي*، المرجع السابق.

[240] القانون رقم 85 لسنة 2001 مؤرخ في 11 ديسمبر 2001 *المتعلق بالمعاملات الالكترونية*، المرجع السابق.

بقانون بخصوص المعاملات الالكترونية في 18 من سبتمبر سنة 2002[241]، المعدل لاحقا بموجب القانون رقم 13 للعام 2006[242]، ثم صدر المرسوم بقانون رقم 54 لسنة 2018 بإصدار قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية[243].

أما بالنسبة لمصر، فقد تم إعداد مشروع قانون عام 2000، ثم تلا ذلك صدور قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004[244]، في حين تم إعداد مشروع قانون المعاملات الالكترونية الذي ينتظر التصويت عليه من طرف مجلس النواب[245]. وفي السودان، صدر قانون المعاملات الالكترونية سنة 2007[246]. وفي المغرب، صدر القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية[247]، والمرسوم رقم 518-08-2 بتاريخ 21 من ماي سنة 2009

---

[241] مرسوم بقانون رقم 28 لسنة 2002 *بشأن المعاملات الالكترونية*، الجريدة الرسمية عدد 2548 الصادرة بتاريخ الأربعاء، 18 من سبتمبر سنة 2002. متاح على الرابط التالي: http://www.iga.gov.bh/Media/Pdf-Section/Digital-Certification-Signatures/28-2002.pdf

[242] *قانون رقم 13 لسنة 2006 بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم 28 لسنة 2002 بشأن المعاملات الإلكترونية*، الجريدة الرسمية عدد 2741 الصادرة بتاريخ الأربعاء، 31 من ماي سنة 2006. متاح على الرابط التالي:
http://www.iga.gov.bh/Media/Pdf-Section/Digital-Certification-Signatures/13-2006.pdf

[243] *مرسوم بقانون رقم 54 لسنة 2018 بإصدار قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية*، الجريدة الرسمية عدد 3395 الصادرة بتاريخ الحميس، 29 من نوفمبر سنة 2018. متاح على الرابط التالي:
http://www.iga.gov.bh/Media/Pdf-Section/Digital-Certification-Signatures/54-2018.pdf

[244] *قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004*، الجريدة الرسمية عدد 17 تابع (د) بتاريخ 22 من أفريل سنة 2004. متاح على الرابط التالي: http://www.twobrothers-eg.com/Ar/media/media/images/LAWS/L111.pdf

[245] *يتكون مشروع القانون من ثلاثة فصول و20 مادة منهم 05 مواد إصدار*. يتضمن الفصل الأول التعريفات لعدد من المصطلحات الواردة به، والفصل الثاني يتناول طبيعة الضرائب المفروضة على المعاملات التجارية الإلكترونية، حيث يخضع الشركات والأفراد الذين يقوموا بأنشطة تجارية بشكل جزئي أو كلي بالوسائل الإلكترونية للقوانين واللوائح والقرارات المتعلقة بالضرائب والرسوم والجمارك ويضع أنشطتهم تحت مظلة قوانين الضرائب. وتضمن الفصل الثالث عددا من الحقوق التي تحمي المستهلك من تعرضه للنصب والغش والتدليس، حيث نص مشروع القانون على عدد من الإجراءات التي يجب أن تتوافر في الإعلانات الإلكترونية مثل توفير اسم الشخص الاعتباري أو المعنوي، مقدم الخدمة وعنوانه ومعلومات الاتصال المتعلقة به، وبيانات السجل التجاري. نص مشروع القانون متاح على الرابط التالي:
https://www.youm7.com/story/2019/12/22/
للمزيد من المعلومات حول التعليق على المشروع، راجع أماني أحمد، *المسودة الأولى لمشروع قانون تنظيم أحكام التجارة الالكترونية في مصر والتعليق عليه*، تاريخ النشر: 2008/05/08، تاريخ الاقتباس: 2016/04/16، متاح على الرابط التالي:
https://www.f-law.net/law/threads/13243-

[246] *قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007*، الصادر بتاريخ 14 من جوان سنة 2007، نصوص القانون متاحة على الرابط التالي:
http://www.cert.sd/pdf/legislation/E_transactions_law.pdf

[247] *القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية*، الظهير الشريف رقم 1.07.129 الصادر بتاريخ 30 من نوفمبر 2007 *الخاص بتنفيذ قانون التبادل الالكتروني للمعطيات الالكترونية* رقم 05-53، عدد 5584 بتاريخ 06 من ديسمبر 2007، ص. 3879. تاريخ الاقتباس: 2016/05/15، متاح على الرابط التالي:
http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/ar/civil/AR5584_1-07-129_3879_10.htm

المتعلقين بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية[248]. كما أن السعودية بدورها وعلى فترات متتابعة أصدرت عدة أنظمة تخص تنظيم الفضاء الرقمي، كنظام حماية التعاملات الإلكترونية[249]، ونظام مكافحة جرائم المعلوماتية[250]، ونظام التعاملات الإلكترونية واللائحة التنفيذية لنظام التعاملات الإلكترونية[251]. وكان آخرها إصدار نظام التجارة الالكترونية بتاريخ 09 من جويلية سنة 2019 سالف الذكر.

إن الملاحظ على نظم التجارة الالكترونية هو أنها لا تستثني أحدا، فكل دولة أو منظمة أو هيئة في العالم إلا وكان لها نصيب من تأطير معاملات التجارة الالكترونية. هذا وإن دل على شيء إنما يدل على مظاهر نفاذ العولمة وتجاوزها لحدود الدولة الوطنية باستخدام تكنولوجيا الاتصال. وطالما الأمر كذلك، فإن الجزائر وعلى غرار باقي دول العالم؛ كان لها نصيب من التأثير الذي أصاب غيرها فيما يخص المعالجة التشريعية للمعاملات الالكترونية عموما والتجارة الالكترونية خصوصا. وان بدأت هذه التجربة التشريعية على استحياء إلا أنها بدأت ملاحها تبرز شيئا فشيئا خاصة مع صدور قانون التجارة الالكترونية. الأمر الذي سنعالجه في المطلب الموالي.

---

[248] مرسوم رقم 518-08-2 صادر في 25 من جمادى الأولى 1430 (21 ماي 2009) لتطبيق المواد 13 و14 و15 و21 و23 من القانون رقم 05-53 *المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية*، الجريدة الرسمية رقم 5744 الصادرة يوم الخميس، 18 من جوان سنة 2009. تاريخ الاقتباس: 2016/05/15، متاح على الرابط التالي: ، http://adala.justice.gov.ma/production/news/ar/2.08.518.htm

[249] *نظام حماية التعاملات الإلكترونية*، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/8 في 8 من ربيع الأول سنة 1428 هـ، الموافق 26 من مارس سنة 2007م؛ تاريخ الاقتباس: 2016/05/15، متاح على الرابط التالي: http://www.wipo.int/wipolex/ar/details.jsp?id=7740.

[250] *صدر نظام مكافحة جرائم المعلوماتية* بقرار مجلس الوزراء رقم 79 وتاريخ 1428/3/7هـ، وتمت المصادقة عليه بموجب المرسوم الملكي الكريم رقم م/17 وتاريخ 1428/3/8هـ ؛ تاريخ الاقتباس: 2016/05/15، متاح على الرابط التالي:
https://www.boe.gov.sa/m/viewsubsystemdetails.aspx?lang=ar&systemid=217.

[251] المرسوم الملكي رقم م/18 بتاريخ: 1428/03/08 هـ، *يتعلق بإقرار نظام التعاملات الإلكترونية وضبط التعاملات والتوقيعات الالكترونية وتنظيمها وتوفير الإطار النظامي لها*. تاريخ الاقتباس: 2016/05/25، متاح على الرابط التالي:
https://www.yesser.gov.sa/AR/MechanismsandRegulations/Regulations/Pages/e-transactions_law.aspx

المطلب الثاني

التنظيم التشريعي الوطني للتجارة الالكترونية

رغم الأهمية البالغة لضرورة اعتماد إطار قانوني للتجارة الإلكترونية كأداة مطورة في الاقتصاد الجزائري، رغم التزايد المستمر لعدد مستخدمي الانترنيت[252]، إلاّ أن ذلك لم يتم إلا مؤخرا بصدور قانون التجارة الالكترونية رقم 18-05 لسنة 2018 سالف الذكر. وذلك راجع لمجموعة من الأسباب، لعل أهمها ضعف تدفق الانترنيت، يضاف إلى ذلك التكاليف الباهظة للتدفق العالي في ظل غياب المنافسة في قطاع الاتصالات الذي لا تزال الدولة تحتكر الجانب الأكبر منه[253]، مما يحول دون انخفاض تكلفة الاتصال عن طريق الإنترنيت. يضاف إلى ذلك تخلف النظام المصرفي، الأمر الذي خلق جو من اللاثقة في آليات هذا النوع من التجارة الدخيلة على حياة المواطن الجزائري، فضلا عن نقص اهتمام الهيئات الإدارية والمؤسسات الاقتصادية في البلاد بهذه التقنية التجارية الحديثة، التي يمكن أن تفتح آفاقا اقتصادية أوسع؛ مما يجعل انتشارها ضعيف إلى حد ما.

يمكن القول أن الجزائر شهدت خلال الفترة الأخيرة نشاطا تشريعيا واضحا في مجال المعاملات الإلكترونية الحديثة؛ إلى جانب المعاملات التقليدية التي كانت سائدة من قبل في القانون الخاص الجزائري، ويتجلى ذلك من خلال المراسيم المنظمة لنشاط الانترنيت أو مختلف التعديلات التي شملت القانون المدني والقانون التجاري في بعض جوانب التجارة الالكترونية، وكذا القانون الخاص بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، ومؤخرا سنة 2018 صدر قانون التجارة الالكترونية الذي طال انتظاره مقارنة بالدول العربية.

---

[252] حسب *تقرير صدر في جانفي 2020*، فإن عدد مستخدمي الإنترنت في الجزائر هو: 22.71 مليون، أي 52 % من السكان؛ نسبة الزيادة في عدد مستخدمي الإنترنت: 12% أي بمقدار 12 % بالمقارنة مع 2019؛ أكثر من 51.4 يستخدمون الهاتف النقال للوصول للإنترنت؛ عدد مستخدمي الهاتف النقال: 49 مليون؛ عدد المستخدمين الناشطين لوسائل التواصل الاجتماعي: 22.71 مليون؛ عدد مستخدمي الفايسبوك: 20 مليون؛ عدد مستخدمي انستاغرام: 4.90 مليون؛ عدد مستخدمي سناب شات: 3.65 مليون؛ عدد مستخدمي لينكد إن: 2.30 مليون؛ عدد مستخدمي تويتر: 846 ألف. مقتبس من:

Digital 2020 Algeria (January 2020) v01, Published on Feb 17, 2020, Citation Date: 24/05/2020, Available at: https://www.slideshare.net/DataReportal/digital-2020-algeria-january-2020-v01?fbclid=IwAR0w1u-2bS9SAX41ulCkwuWgxwJkB69M63vwwYp3aDm1w4VS_wq0smBYctw

[253]. ومن أبرز شركات التزويد بالإنترنت شركة "إيباد Eepad" لكن في ماي 2008 بقرار من وزراة البريد وتكنولوجيات الاتصال و الإعلام خفض سعر الاشتراك إلى النصف لدي أكبر شركات التزويد بالإنترنت التابعة لدولة الجزائر وهي اتصالات الجزائر. مقتبس من، سلطة الضبط للبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، *مرصد سوق الانترنت في الجزائر لسنة 2016*، تاريخ الاقتباس: 2017/01/15، متاح على الرابط التالي:
https://www.arpt.dz/ar/doc/obs/etude/2016/Observatoire_Internet_2016.pdf

للإحاطة بموضوع البحث والتوسع فيه سنتطرق إلى التأطير القانوني لاستغلال الانترنيت كنشاط اقتصادي (**الفرع الأول**). ثم سنعرج إلى الحديث عن تجليات المعاملات الإلكترونية في القانون المدني الجزائري (**الفرع الثاني**). ثم سنتكلم عن مظاهر المعاملات الإلكترونية في القانون التجاري الجزائري (**الفرع الثالث**). وأخيرا سنتطرق إلى صدور قانون التجارة الالكترونية رقم 18-05 كإطار ضابط للمعاملات الالكترونية (**الفرع الرابع**).

الفرع الأول

التأطير القانوني لاستغلال الانترنيت كنشاط اقتصادي

دخلت خدمة الانترنت للجزائر في عام 1993 عن طريق مركز البحث في الإعلام العملي والتقني (*CERIST*)[254] وهو مركز للأبحاث تابع للدولة[255]، وبعد خمسة سنوات من هذه البداية المحدودة صدر المرسوم الوزاري 256 لعام 1998 الذي أنهى احتكار الخدمة من الدولة وسمح للشركات الخاصة بتقديم خدمات الإنترنت[256]، واشترط المرسوم في مقدمي الخدمة لأغراض تجارية أن يكونوا جزائري الجنسية، ويتم تقديم الطلبات مباشرة إلى وزير الاتصالات، وفى عام 1998

---

[254] CERIST: *Centre de Recherche et d'Information Scientifique*.

[255] *مركز البحث في الإعلام العملي والتقني (CERIST)*: تم إنشاء مركز البحث في الإعلام العلمي والتقني، في عام 1985 بموجب المرسوم رقم 85-56 المؤرخ في 16 مارس 1985 وكان تحت وصاية رئيس مجلس الوزراء وكانت مهمته الرئيسية متابعة أي بحث له صلة بإنشاء، وضع وتطوير النظام الوطني للإعلام العلمي والتقني. في وقت لاحق، تم إلحاقه بالمحافظة العليا للبحث في المرسوم رقم 86-73 المؤرخ في 08 أفريل 1986. وفي الأخير تم إعلان المركز باعتباره مؤسسة عامة ذات طابع علمي وتكنولوجي، تحت وصاية وزير التعليم العالي والبحث العلمي في المرسوم المؤرخ 01 ديسمبر عام 2003. تم تحديد وتعديل النظام الداخلي للمركز في القرار المؤرخ في القرار المؤرخ في 02 سبتمبر 2006. وبالفعل، تم تنظيم المركز على شكل أقسام إدارية وتقنية وأقسام بحث. إلى جانب المكتب المركزي ومقره في الجزائر العاصمة، ويضم المركز مكاتب جهوية ومكاتب الاتصال موزعة جغرافيا على مستوى ثلاثة أقطاب رئيسية للوطن. مقتبس من، *الرئيسية، عن المركز، نبذة عن المركز*، تاريخ الاقتباس: 2014/01/10، متاح على الرابط الالكتروني للمركز: http://cerist.dz/index.php/ar/appropos-ar-2/734-historique

[256] منذ بداية التسعينات عرفت الجزائر تطورا ملحوظاً في استخدام شبكة الإنترنت، ففي سنة 1994 كان يتم تزويد الجزائر بخدمة الإنترنت عن طريق إيطاليا بسرعة ارتباط مقدرة بـ 9600 حرف ثنائي في الثانية، وذلك في إطار مشروع ريناف (*RINAF*) مع منظمة اليونسكو، ثم في سنة 1996 ارتفعت سرعة التدفق لتصل إلى 64 ألف حرف في الثانية، وذلك عن طريق خط يمر عبر العاصمة باريس، وفي نهاية 1998 تم ربط الجزائر بواشنطن عن طريق القمر الصناعي بسرعة تدفق قدرها 01 ميغابايت في الثانية، ولتصل إلى 02 ميغابايت في الثانية في شهر مارس 1999 ، وتم إنشاء أكثر من 30 خط هاتفي جديد من خلال نقاط الوصول التابعة للمركز المتواجد عبر مختلف ولايات الوطن المربوطة بنقطة خروج وحيدة هي الجزائر العاصمة. مقتبس من، صالح كريمة، *واقع التجارة الإلكترونية في الجزائر*، مذكرة ماجستير في العلوم التجارية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية، جامعة وهران، السنة الجامعية، 2014/2013، ص.134.

ظهـرت أولى شـركات التزويـد الخاصـة وارتفعـت أعـداد مقـدمي الخدمـة إلى 18 شـركة بحلـول مـارس سنة 2000[257].

نظـم المشـرع الجزائـري الانترنـت كنشـاط اقتصـادي مقـنن[258] بموجـب المرسـوم التنفيـذي 98-257[259] المـؤرخ في 25 مـن أوت سـنة 1998 الـذي يضـبط شـروط وكيفيـات إقامـة خـدمات الانترنـت واسـتغلالها المعـدل بموجـب المرسـوم التنفيـذي رقـم 2000-307[260] المـؤرخ في 14 مـن أكتـوبر سنة 2000.

جـاء هـذا المرسـوم عقـب فـتح مجـال الاسـتثمار بموجـب المـادة 37 مـن دسـتور 1989 المقابلـة للمـادة 43 مـن الدسـتور الحـالي[261]، الـتي تكـرس حريـة التجـارة والاسـتثمار. حيـث أشـارت المـادة الأولى مـن المرسـوم التشـريعي 93-12 المـؤرخ في 05 مـن أكتـوبر سـنة 1993 المتعلـق بتطـوير الاسـتثمارات[262] إلى أنـه يسـمح لكـل شـخص طبيعـي جزائـري أو أي شـخص معنـوي سـواء كـان جزائـري أو أجنـبي اسـتغلال نشـاط الانترنيـت[263]، شـريطة حصـوله علـى تـرخيص صـادر عـن الجهـات

---

[257] من أبرز شركات التزويد بالإنترنت شركة "إيباد Eepad" لكن في ماي 2008 بقرار من وزارة البريد وتكنولوجيات الاتصال والإعلام خفض سعر الاشتراك إلى النصف لدي أكبر شركات التزويد بالإنترنت التابعة لدولة الجزائر وهي اتصالات الجزائر. مقتبس من، سلطة الضبط للبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، *مرصد سوق الانترنت في الجزائر لسنة 2016*، تاريخ الاقتباس: 2017/01/15، متاح على الرابط التالي: https://www.arpt.dz/ar/doc/obs/etude/2016/Observatoire_Internet_2016.pdf

[258] *النشاطات الاقتصادية المقننة:* المقصود بالنشاط المقنن طبقا للمادة 2 من المرسوم التنفيذي 97-40 المتعلق بمعايير تحديد النشاطات والمهن المقننة الخاضعة للقيد في السجل التجاري بأنه: " *يعتبر في مفهوم هذا المرسوم كنشاط أو مهنة مقننة، كل نشاط أو مهنة يخضعان للقيد في السجل التجاري ويستوجبان بطبيعتهما ومحتواهما وبمضمونهما وبالوسائل الموضوعة حيز التنفيذ، توفر شروط خاصة للسماح بممارسة كل منها*".

[259] المرسوم التنفيذي رقم 98-257، المؤرخ في 25 أوت 1998، *يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات "الانترنت" واستغلالها*، الجريدة الرسمية عدد 63، مؤرخة في 26 أوت 1998، ص.5.

[260] المرسوم التنفيذي رقم 2000-307 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 98-257 المؤرخ في 3 جمادى الأولى عام 1419 الموافق 25 أوت سنة 1998 *الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات "الانترنيت" واستغلالها*، الجريدة الرسمية عدد 60 الصادرة في 15 أكتوبر 2000، ص.15.

[261] *دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لـ 28 نوفمبر سنة 1996*، منشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، الجريدة الرسمية عدد 76، بتاريخ 07 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم، بموجب القانون رقم 02-03، مؤرخ في 10 أفريل 2002، الجريدة الرسمية عدد 25، بتاريخ 14 أفريل 2002، والقانون رقم 08-19، مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، الجريدة الرسمية عدد 63، بتاريخ 16 نوفمبر 2008.

[262] المرسوم التشريعي 93-12، المؤرخ في 05 أكتوبر 1993، الجريدة الرسمية عدد 64، المعدل بموجب الأمر 2001-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 *المتعلق بتطوير الاستثمارات*، الجريدة الرسمية الصادرة في 22 أوت 2001.

[263] *أول من أسس شركة تجارية خاصة بتزويد الانترنت في الجزائر هو الخبير التكنولوجي الجزائري "* **يونس قرار***" أواخر التسعينات*، الذي استغل الفراغ القانوني في مجال توريد الانترنت، حيث استورد تجهيزات خاصة بتشغيل الانترانت والتي تعرضت للحجز من طرف مصالح الجمارك في المطار،

المختصة ممثلة في وزارة الاتصال، وذلك طبقا للمادة الخامسة من المرسوم التنفيذي 2000-307 سالف الذكر. وبذلك يكون المشرع الجزائري قد فتح باب الاستثمار أمام الأشخاص المعنويين الأجانب الخاضعين للقانون الجزائري.

وتكملة لذلك، قام المشرع الجزائري لاحقا بإصدار المرسوم التنفيذي رقم 2001-123 المؤرخ في 09 من ماي سنة 2001 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية[264]، حيث نصت المادة الثانية منه على ضرورة الحصول على رخصة لإنشاء أو استغلال الشبكات سواء السلكية أو اللاسلكية لتوفير خدمات هاتفية وكذا خدمات تحويل الصوت على الإنترنيت. ثم تممه وعدله لاحقا بموجب المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 30 من ماي سنة 2007[265]، من خلال إخضاعه للنشاط المتعلق بالتصديق الالكتروني إلى نظام الترخيص الوارد في المادة 39 من القانون 2000-03 المؤرخ في 05 من أوت سنة 2000[266].

إن استغلال الانترنيت باعتباره وسيلة تقنية واتصالية تمهد للمعاملات الالكترونية، سمح بظهور بيئة افتراضية توازي البيئة العينية المنظورة. الأمر الذي دفع بالمشرع الجزائري إلى إجراء جملة من التعديلات على المنظومة التشريعية؛ التي لم تعد مواكبة للتطور التقني الحاصل في مجال الوسائط الالكترونية. وتجلى ذلك من خلال التعديلات التي شملت القانون المدني والقانون التجاري.

ذلك أن السلطات جعلت المركز مركز البحث في الإعلام العلمي والتقني المملوك للدولة يحتكر التعامل بالانترنت ويحصره في نطاق ضيق خاص بالباحثين فقط، ونتيجة للضجة الإعلامية آنذاك أصدرت السلطات نص تشريعي متعلق بالسماح للخواص بإنشاء شركات للتزويد بالإنترنت لملء الفراغ القانوني. مقتبس من، الانترنيت في الجزائر، تاريخ الاقتباس: 2016/06/13، متاح على الرابط التالي:
http://xn----ymcab4a8iealetazg.educdz.com/%D9%88%D8%A7%D...

[264] المرسوم التنفيذي رقم 01-123، المؤرخ في 09 ماي سنة 2001، *يتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية*، الجريدة الرسمية العدد.27، الصادرة في 13 ماي 2001، ص.13.

[265] المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 30 ماي 2007 يعدل ويتمم الرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 09 ماي 2001 *المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية*، الجريدة الرسمية عدد.37، بتاريخ 07 جوان 2007، ص.12.

[266] القانون رقم 2000-03، المؤرخ في 05 أوت 2000، *يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية*، الجريدة الرسمية عدد 48، الصادرة في 06 أوت 2000، ص.3.

الفرع الثاني

تجليات المعاملات الإلكترونية في القانون المدني الجزائري

جاء المشرع بالإثبات الإلكتروني أولا والتوقيع الالكتروني ثانياً ثم التوثيق الإلكتروني ثالثا.

أولا.– الإثبات الإلكتروني:

تنقسم العقود من حيث الإبرام إلى: "*عقود رضائية*" التي تنعقد بمجرد تبادل رضاء الطرفين المتعاقدين دون الحاجة إلى صبها في شكل قانوني معين؛ كما أن هناك طائفة أخرى من العقود تسمى "*العقود الشكلية*" التي تتطلب إفراغها في شكل معين. وهذه الشكلية قد تكون للانعقاد، ومنه تصير ركن من أركان العقد عند تخلفها يترتب بطلان العقد. وقد تكون الشكلية فقط للإثبات، وبما أن الشكلية هي كتابة العقد، فإن هذه الأخيرة قد تكون عرفية؛ وقد تكون رسمية.

طبقا لما ورد في المادة 333 من القانون المدني الجزائري[267]، المعدلة بموجب القانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 من جوان سنة 2005[268]، فإن التصرفات القانونية المدنية الغالب فيها هو الكتابة فيما زاد التصرف عن مئة ألف دينار جزائري (100 000.00دج)، وكذلك المادة 324 مكرر1 من القانون المدني الجزائري[269] التي تنص على أنه: "*زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها*...الخ"[270].

لكن بصدور القانون 05–10 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري سالف الذكر انتقل المشرع من النظام الورقي في الإثبات إلى النظام الإلكتروني، حيث أصبح للكتابة في الشكل الإلكتروني مكانا ضمن قواعد الإثبات في القانون المدني الجزائري. طبقا للمادة 323 مكرر ادخل في مفهوم الكتابة الشكل الإلكتروني التي تنص على أنه: "*ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات*

---

[267] الأمر 75–58 بتاريخ 26 سبتمبر 1975 *المتضمن القانون المدني الجزائري*، الجريدة الرسمية عدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، ص.990.

[268] القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو 2005 *المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58* المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 *والمتضمن القانون المدني*، الجريدة الرسمية عدد 44.

[269] القانون 88–14 بتاريخ 3 ماي 1988، *المعدل والمتمم للأمر* 75–58 لـ 26 سبتمبر 1975 *المتضمن القانون المدني الجزائري*، الجريدة الرسمية عدد 18، الصادرة في 04 ماي 1988، ص.749.

[270] مقتبس من، ناجي الزهراء، *التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الالكترونية المدنية والتجارية*، المؤتمر العلمي المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، أكاديمية الدراسات العليا، يومي 28–29 من أكتوبر 2009، طرابلس، الجماهيرية الليبية، ص.10.

معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها"، العبارة المستعملة *"مهما كانت الوسيلة"* جاءت عامة تدخل في سياقها الوسائل الالكترونية. ويقصد بالوسيلة الإلكترونية المستعملة أي وسيلة تقنية تستعمل لحمل المحتوى الالكتروني كالقرص الصلب أو القرص المرن أو في شكل رسائل إلكترونية. وعليه، يتضح مما سبق بأن المشرع الجزائري اعتمد المفهوم الواسع للكتابة المقصود منه الكتابة على الورق أو الكتابة الإلكترونية المثبتة على دعائم غير مادية وغير ورقية.

ومن أجل إزالة كل غموض أو نزاع يمكن أن يحدث من الناحية القانونية بشأن تطبيق نص المادة 323 مكرر سالفة الذكر، نثير الإشكال التالي: هل للوثيقة الإلكترونية نفس القيمة القانونية في الإثبات مقارنة مع الوثيقة العادية؟ الجواب على هذا السؤال وارد في المادة 323 مكرر[271]، حيث جاء المشرع بحل قانوني، ووفقا للقاعدة الفقهية التي تقول: *"لا اجتهاد في وجود النص القانوني"*، فإن المشرع يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني مثل الإثبات بالكتابة في الشكل الورقي، شريطة إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها. وبهذا يكون المشرع الجزائري قد سوى بين الكتابة الإلكترونية والكتابة العادية من حيث حجية الإثبات.

غير أن مضمون المادة 323 مكرر جاء مطلقاً، ومنه، فإن التطبيق المطلق لهذا النص يثير جدال فقهي وقضائي كبير، حيث هناك بعض التصرفات ذات أهمية وتنطوي على خطورة؛ من الأفضل أن تبرم في الشكل التقليدي دون الإلكتروني، كالحقوق الواردة على العقار بصفة عامة وعقد الشركة. إضافة إلى ذلك، هناك بعض التصرفات بعيدة عن المجال الافتراضي لطابعها الشخصي، أو مدنية بحتة كالزواج والوصية[272].

من المعلوم أن المحرر الإلكتروني جاء نتيجة للاستخدام الوسائل الإلكترونية من خلال شبكة الانترنت وإتمام معظم التصرفات القانونية من خلالها. إذ يعد من الأمور الهامة التي يجب مراعاتها في مجال التبادل الالكتروني للبيانات، حتى إذا ثار نزاع بين الأطراف أمكن حينئذ إقامة دعوى لإثبات الحق بناء على ما سجل من بيانات متبادلة داخل الحاسوب. وفي هذا الصدد ومن باب المقارنة، أشار التوجيه الأوربي في المادة العاشرة الفقرة الأولى على ضرورة وجود سجل الكتروني للتخزين أو الطباعة[273]. ومن جهتها نصت المادة الأولى من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية على تعريف رسالة البيانات بأنها: *"المعلومات التي يتم*

---

[271] القانون 05-10 المعدل والمتمم للأمر 75-58 *المتضمن القانون المدني الجزائري*، المرجع السابق.

[272] ناجي الزهراء، المرجع السابق، ص.10-11.

[273] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص.133.

إنشائها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، البريد الإلكتروني، أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي". وهكذا، فإن قانون الأونسيترال عرف المحرر الإلكتروني من خلال تعريف رسالة البيانات.

أما القانون الأردني للمعاملات الالكترونية رقم 85 لسنة 2001 سالف الذكر فقد عرف السجل الالكتروني في المادة الثانية منه على أنه: "*القيد أو العقد أو رسالة المعلومات التي يتم إنشاؤها وإرسالها أو تسليمها أو تخزينها بوسائل الكترونية* ". ومن جهته تعرض المشرع المصري للمحرر الالكتروني ضمن قانون التوقيع الالكتروني رقم 15 لسنة 2004 سالف الذكر حيث عرفه كما يلي: "*المحرر الإلكتروني كل رسالة بيانات تتضمن معلومات، تنشأ أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة إلكترونية أو فنية أو ضوئية أو بأي وسيلة أخرى مشابهة*". وبذلك يكون المشرع المصري قد عرف المحرر الإلكتروني بأنه رسالة دونت فيها بيانات تنطوي على معلومات، قد تكون ذات منشأ إلكتروني أو تخزن أو ترسل وتستقبل بوسيلة إلكترونية وما شابه ذلك. إذن المعول عليه في تعريف المحرر الإلكتروني في القانون المصري هو: "*الوسيلة الإلكترونية أو ما في حكمها عند إنشاء هذه الرسالة أو تخزينها أو إرسالها أو استقبالها*"[274].

يتضح من هذه التعريفات أن السجل الإلكتروني يشمل أي حامل أو وسيط أو دعامة معدة لإنشاء البيانات أو المعلومات أو حفظها أو إرسالها أو استلامها[275].

ثانيا.– التوقيع الالكتروني:

قام المشرع الجزائري بإدراج التوقيع الالكتروني للمرة الأولى سنة 2005 ضمن القانون 05-10[276] المعدل والمتمم للقانون المدني سالف الذكر، الذي تم من خلاله الاعتراف بالكتابة الالكترونية كوسيلة إثبات، وذلك بإضافة المادتين 323 مكرر و323 مكرر1. وضمن المادة 2/327 مدني جزائري المعدلة بالقانون رقم 05-10 اعتد المشرع الجزائري بالتوقيع الالكتروني كحجية في الإثبات، والتي تنص على أنه: " ... *ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر1 أعلاه*...الخ". وذلك من أجل إضفاء الحجية على المحررات الإلكترونية.

---

[274] مقتبس من، عبد الفتاح بيومي، *التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة*، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص.50.

[275] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، 135.

[276] القانون 05-10 المعدل والمتمم للأمر 75-58 *المتضمن القانون المدني الجزائري*، المرجع السابق.

ثم فيما بعد، اتبعه بالمرسوم التنفيذي رقم 07-162 المعدل والمتمم للمرسوم 01-123 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية[277]، حيث حددت المادة الثالثة منه ثلاثة شروط حتى يحوز التوقيع الالكتروني الاعتراف القانوني به[278].

بقي الوضع على حاله إلى غاية صدور القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01 من فيفري سنة 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين[279]، حيث عرفت المادة الثانية الفقرة الأولى منه التوقيع الالكتروني بأنه: " *بيانات في شكل الكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات الكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق* ". الملاحظ على هذا التعريف هو بساطته خلافا لبعض التعاريف التي وردت في التشريعات الأجنبية كالتشريع الإماراتي والأردني والمصري، حيث استعملوا للدالة على مصطلح البيانات عدة أنماط كالحروف والأرقام والرموز.... الخ، كما أن التعريف الذي تبناه المشرع الجزائري للتوقيع الالكتروني يقترب من التعريف الوارد في المادة الثانية الفقرة الأولى من قانون الأونسيترال لعام 2001، وكذا تعريف التوجيه الأوربي رقم 93 لسنة 1999 الوارد في المادة الثانية الفقرة الأولى.

وفي ذات السياق، نصت المادة السادسة من القانون رقم 15-14 سالف الذكر على الغرض من التوقيع الالكتروني بأنه: "*يستعمل التوقيع الالكتروني لوثيق هوية الموقع وإثباته قبوله مضمون الكتابة في الشكل الالكتروني*".

في حين نصت المادة السابعة منه على الشروط المتطلبة في التوقيع الالكتروني حتى يعتد به القانون، والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

1. أن ينشأ على أساس شهادة تصديق الكتروني موصوفة؛

---

[277] المرسوم 07-162 يعدل ويتمم المرسوم 01-123 *المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية*، المرجع السابق.

[278] نصت المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 على أنه: "*التوقيع الإلكتروني المؤمن هو توقيع إلكتروني يفي بالمتطلبات الآتية:*

أولا.- أن يكون التوقيع الالكتروني خاصا بالموقع؛

ثانيا.- أن يتم بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية؛

ثالثا.- أن يضمن مع الفعل المرتبط به صلة، بحيث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلا للكشف عنه".

في حين نصت المادة الثانية منه على خدمات التصديق الالكتروني باشتراطها ضرورة الحصول على ترخيص لمزاولة هذا النشاط.

[279] القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01 فيفري 2015، *يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين*، الجريدة الرسمية عدد 6، ص. 06، الصادرة في 10 فيفري 2015.

2. أن يرتبط بالموقِّع دون سواه؛
3. أن يمكِّن من تحديد هوية الموقِّع؛
4. أن يتم بوسائل يستطيع الموقع من خلالها الاحتفاظ به، والسيطرة عليه بشكل حصري؛
5. أن يرتبط ببيانات تخرجه في شكل يسمح بإمكانية كشف كل تعديلات لاحقة تمسها.

يقصد بالموقّع حسب المادة الثانية الفقرة الثانية من القانون رقم 15-14: "*كل شخص طبيعي يحوز بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني ويتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله*".

ما يميز متطلبات المشرع الجزائري لصحة التوقيع الالكتروني هو اشتراطه شهادة توثيق معتمدة (شهادة تصديق موصوفة)، وهو نفس التوجه الذي ذهب إليه التوجيه الأوربي باشتراطه شهادة توثيق معتمدة تفيد صحة التوقيع الالكتروني. إن هذا الاشتراط لشهادة التوثيق يجرنا إلى التمييز بين التوقيع الالكتروني البسيط الذي لا يستند إلى شهادة توثيق معتمدة تفيد صحته والتوقيع الالكتروني المتقدم أو المعزز، وهو الذي يجري إصداره باستخدام إحدى أدوات تأمين التوقيع ويستند إلى شهادة التوثيق. ومما يستشف مما ورد في المادة التاسعة[280] من القانون رقم 15-04 هو منحها للتوقيع الالكتروني البسيط الحجية المناسبة، رغم أنه غير مستوفي لاشتراطات المادة السابعة سالفة الذكر المتضمنة التوقيع الالكتروني المعزز أو المتقدم، الذي يكون مقبولا أمام القضاء كدليل إثبات كامل، بمنحه ذات الحجية المقررة للتوقيع الخطي حسب نص المادة الثامنة[281]. ومؤدى ذلك أنه لا يجوز إهدار قيمة التوقيع الالكتروني البسيط في الإثبات المجرد؛ لأنه لم يستند إلى شهادة توثيق معتمدة تفيد صحته، أو لكونه لم يتم باستخدام أداة من أدوات تأمين الموقع. لذلك يجب على من يتمسك به أن يقيم الدليل أمام القضاء على جدارة التقنية المستخدمة في إنشاء وإصدار التوقيع، ولقاضي الموضوع واسع النظر في تحديد قيمة التوقيع الالكتروني في الإثبات مستعينا بالخبرة القضائية، وبالنتيجة إذا حدث نزاع بشأن توقيعين الكترونيين أحدهما بسيط والأخر متقدم فان الأولوية تكون للثاني لأنه يتمتع بعنصر الأمان.

---

[280] المادة 09 من القانون 15-04: "*بغض النظر عن أحكام المادة 8 أعلاه لا يمكن تجريد التوقيع الإلكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل أمام القضاء بسبب:*

1- شكله الإلكتروني، أو ،

2- أنه لا يعتمد على شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، أو ،

3- أنه لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني".

[281] المادة 08 من القانون 15-04: "*يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي*".

ثالثا.– التصديق الإلكترونيأ والتوثيق الإلكتروني[282]:

وفقا للمادة 323 مكرر1 والمادة 327 الفقرة الأولى من القانون المدني، فإن المشرع الجزائري لا يعتد بحجية التوقيع الإلكتروني كدليل كامل في الإثبات إلا إذا كان موثقا، بعد التأكد من هوية الشخص الذي أصدره، وأن تكون الوسائط الإلكترونية مؤتمنة. ومن ثمة، فإنه يجوز للقاضي رفض التوقيع الإلكتروني الذي يحاول صاحبه الاحتجاج به، إذا تم إصداره بصفة تخالف الشروط الشكلية والموضوعية المحددة في المادتين المذكورتين، وفق إجراءات الحماية والتأمين الكافية. ففي هذا الفرض يجب على القاضي ترجيح التوقيع الإلكتروني المصدق عليه، إذا توافرت فيه شروط موثوقيته وأمانه[283].

1.– من هم مقدمو خدمات التصديق الالكتروني؟

عرفت المادة الثانية الفقرة 12 من القانون رقم 15–04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين تحت عنوان: "*مؤدي خدمات التصديق الالكتروني*" جهة التوثيق الالكتروني على أنها: "*شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق الكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الالكتروني*". لهذا فالموثق الإلكتروني هو طرف ثالث محايد يتمثل في أفراد أو شركات أو جهات مستقلة محايدة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق تعاملاتهم الإلكترونية، إذ الوظيفة الأساسية للموثق الإلكتروني أو جهة التوثيق الإلكترونية هي تحديد هوية المتعاملين في التعاملات الإلكترونية، وتحديد أهليتهم القانونية في التعامل والتحقق من مضمون هذا التعامل وسلامته، وكذلك جديته وبعده عن الغش والاحتيال. كما يقوم مقدمو خدمات التصديق الالكتروني بمنح شهادة التصديق الالكتروني لكل شخص طبيعي أو معنوي، حسب الفقرة 14 من المادة الثانية للمرسوم سابق الذكر.

وأشارت المادة الثالثة من المرسوم رقم 07–162 على اشتراط ترخيص لممارسة خدمة التصديق الالكتروني تمنحه سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، وهذا الترخيص يكون مرفق بدفتر الشروط يحدد حقوق وواجبات مؤدي الخدمات والمستعمل.

---

[282] تجدر الإشارة إلى أن التوجيه الأوربي رقم 93 سنة 1999 يأخذ بفكرة الموثق الإلكتروني وأطلق عليه تسمية مقدم خدمات التصديق، وهي نفس التسمية التي جاء بها المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي 07–162 سالف الذكر.

[283] علي فيلالي، *الالتزامات:* ج1، ط.2، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص.ص.307 وما بعدها.

أما عن الأشخاص الذين يجوز لهم قانونا ممارسة هذا النشاط، فيجب أن تتوفر فيهم نفس الشروط لممارس نشاط تقديم الانترنت في الجزائر[284]. وفي هذا السياق، تحسن الإشارة إلى أن نشاط مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني يعد نشاطا اقتصاديا يخضع للقيد التجاري طبقا للقانون التجاري[285]. وبذلك تكون جهة التوثيق الالكتروني مسؤولة عن توثيق العقد الإلكتروني، الأمر الذي يجعل الوضع تطبيقا لمهمة الموثق العادي[286].

2.– تعريف شهادة التصديق الالكتروني وشروطها:

حسب المادة الثانية الفقرة السابعة من القانون رقم 15-04 فإن شهادة التصديق الالكتروني هي وثيقة في شكل الكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الالكتروني والموقع، يشترط فيها حسب المادة 15 من نفس القانون ما يلي:

آ.– أن تمنح من قبل مقدمي خدمات التصديق الالكتروني، أو جهة ثالثة موثوق فيها ومحايدة[287]؛

ب.– أن تمنح للموقّع دون سواه؛

ج.– يجب أن تتضمن بعض البيانات كهوية جهة التوثيق واسم الموقّع، وكذا قيمة المعاملات التي تشملها شهادة التصديق وحدود استعمالها...الخ.

3.– الجهات المكلفة بالإشراف على سياسة التصديق الالكتروني ومتابعتها:

نص الفصل الثالث من القانون رقم 15-04 سالف الذكر على ما سماها: "*سلطات التصديق الالكتروني*"، حيث نص على استحداث ثلاث سلطات للتصديق الالكتروني[288] دورها عموما إدارة ومتابعة سياسة التصديق الالكتروني[289].

---

[284] المادة 03 من المرسوم 07-162، المرجع السابق.

[285] للمزيد، راجع المادة 02 من المرسوم التنفيذي 97-40 المتعلق بمعايير تحديد النشاطات والمهن المقننة الخاضعة للقيد في السجل التجاري سالف الذكر.

[286] ناجي الزهراء، المرجع السابق، ص.13.

[287] حسب المادة 11/02 من القانون 15-04 الطرف الثالث الموثوق هو كل شخص معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق الكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى متعلقة بالتصديق الالكتروني.

[288] تتمثل هذه السلطات في:

1. السلطة الوطنية للتصديق الالكتروني؛
2. السلطة الحكومية للتصديق الالكتروني؛
3. السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني.

4.– أدوار جهات التوثيق[290]:

آ.– التحقق من هوية الشخص بالتأكيد على نسبة التوقيع الالكتروني إلى من أصدره؛

ب.– إثبات مضمون التبادل الالكتروني كسلامته من الغش والاحتيال...الخ واثبات وجوده؛

ج.– إصدار المفاتيح الالكترونية سواء المفتاح الخاص أو المفتاح العام[291]؛

د.– تحديد لحظة إبرام العقد، لترتيب الآثار القانونية اللازمة، كتحويل الأموال في حالة الإفلاس.

الفرع الثالث

مظاهر المعاملات الإلكترونية في القانون التجاري الجزائري

يعتبر القانون رقم 03-15[292] المتضمن الموافقة على الأمر 03-11[293] المتعلق بالنقد والقرض أول قانون جزائري تضمن التعامل الإلكتروني الحديث في القطاع المصرفي، إذ يتضح ذلك من خلال المادة 69 التي تضمن ورد بها ما يلي: "*تعتبر وسائل الدفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكون السند أو الأسلوب التقني المستعمل*". يتبين من خلال هذا النص نية المشرع الجزائري الانتقال من وسائل الدفع الكلاسيكية إلى وسائل دفع حديثة إلكترونية.

أما بموجب القانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 من فيفري سنة 2005[294] فقد أضاف المشرع الجزائري فقرة ثالثة للمادة 414 في وفاء السفتجة ورد بها ما يلي: "*... يمكن أن يتم التقديم أيضا بأية وسيلة تبادل إلكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما*". وأضاف المشرع نفس

---

[289] يقصد بسياسة التصديق الالكتروني حسب المادة 15/02 من القانون رقم 15-04: "*مجموع القواعد والإجراءات التنظيمية والتقنية المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين*".

[290] *أنظر المواد:* من المادة 16 إلى المادة 30 من القانون رقم 15-04.

[291] عرفت المادة 08/02 من القانون رقم 15-04 مفتاح التشفير الخاص على انه: "*هو عبارة عن سلسلة من الإعداد تكون موضوعة في متناول الجمهور، بهدف تمكينهم من التحقق من الإمضاء الالكتروني، وتدرج في شهادة التصديق الالكتروني*".

في حين عرفت الفقرة 09 من نفس المادة مفتاح التشفير العام على انه: "*هو عبارة عن سلسلة من الإعداد تكون موضوعة في متناول الجمهور؛ بهدف تمكينهم من التحقق من الإمضاء العمومي، وتدرج في شهادة التصديق*".

[292] القانون رقم 03-15، مؤرخ في 29 شعبان عام 1424 الموافق 25 أكتوبر سنة 2003، *يتضمن الموافقة على الأمر رقم 03-11*، المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 أوت سنة 2003 *والمتعلق بالنقد والقرض*، الجريدة الرسمية عدد 52.

[293] الأمر رقم 03-11، المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 أوت سنة 2003، *والمتعلق بالنقد والقرض*، الجريدة الرسمية عدد 64.

[294] القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 ذي الحجة 1425 الموافق 06 فبراير 2005 *يعدل ويتمم الأمر رقم 75-59* المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 *المتضمن القانون التجاري*، الجريدة الرسمية عدد 11.

هـذه الفقـرة للمـادة 502 بمناسـبة تقـديم الشـيك للوفـاء. وبموجـب نفـس القـانون سـابق الـذكر أضـاف المشـرع بـاب رابـع إلى الكتـاب الرابـع مـن القـانون التجـاري والمعنـون بالسـندات التجاريـة، الفصـل الثالـث منـه يتضـمن بطاقـات السـحب والـدفع، حيـث اعتـد في المـادة 543 مكـرر 23 ببطاقـة السـحب والـدفع على أنهما مؤهلين قانونا لسحب الأموال.

وبصـدور الأمـر رقـم 05-06 المـؤرخ بتـاريخ 23 مـن أوت سـنة 2005 المتعلـق بمكافحـة التهريـب [295] وفي المـادة الثالثـة منـه اسـتعمل المشـرع صـراحة مصـطلح: "*وسـائل الـدفع الإلكـتروني*"، حيـث اعتبرهـا مـن بـين التـدابير والإجـراءات الوقائيـة لمكافحـة التهريـب. وبـذلك انتقـل المشـرع مـن مصـطلح: "*مهمـا يكـن السـند أو الأسـلوب التقـني المسـتعمل*" الـوارد في المـادة 69 سـالفة الـذكر إلى مصـطلح أكثـر دقـة المتمثـل في: "*وسـائل الـدفع الإلكـتروني*" الـوارد في المـادة الثالثـة سـالفة الـذكر. أمـا عـن الطبيعـة القانونيـة لهـذه البطاقـات، فلقـد اعتبرهـا المشـرع الجزائـري أوراق تجاريـة جديـدة إضـافة إلى الأوراق التجارية الكلاسيكية وهي السفتجة والشيك والسند لأمر.

يتضـح ممـا تقـدم، أن المشـرع الجزائـري اسـتحدث نظـام الوفـاء الإلكـتروني في المعـاملات التجاريـة بمفهومـه الواسـع، ويتضـح ذلـك مـن خـلال المـادة 69 مـن قـانون النقـد والقـرض[296]، وذلـك مـن خلال عبارة "*... مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل*".

إن التعـديلات الـتي أجراهـا المشـرع الجزائـري للقـوانين الداخليـة خصوصـا القـانون المـدني والقـانون التجـاري وكـذا القـانون الجنـائي كالقـانون رقـم 04/09 المتعلـق بالوقايـة مـن الجـرائم المتصـلة بتكنولوجيـا الاعـلام والاتصـال ومكافحتهـا[297]، والـذي تضـمن في العديـد مـن مـواده طـرق وآليـات

---

[295] الأمر 05-06 المؤرخ بـ 18 رجب 1426 الموافق لـ 23 أوت 2005 *المتعلق بمكافحة التهريب المعدل والمتمم*، الجريدة الرسمية عدد 59.

[296] المرجع نفسه، ص.14.

[297] القانون رقم 09-04 المؤرخ في 2009/08/05 والمتعلق بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، الجريدة الرسمية عدد 47 الصادرة في 16 أوت 2009، ص.5؛ والقانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، عدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد 71 الصادرة في 10 نوفمبر 2004، ص.8.

الوقاية والمتابعة بشأن الجرائم المعلوماتية[298]، كل هذا كان توطئة وتمهيدا لإصدار تشريع خاص يشكل الإطار القانوني للمعاملات الالكترونية، بحيث يضبطها ويحكمها ويحدد مفاهيمها ومضامينها وكذا آثارها. كل ذلك تجلى من خلال صدور قانون التجارة الالكترونية رقم 18-05 بتاريخ 10 من ماي سنة 2018، وهو ما سنتطرق إليه في الفرع التالي.

الفرع الرابع

صدور قانون التجارة الالكترونية رقم 18-05 كإطار ضابط للمعاملات الالكترونية

بعد أن تعالت الأصوات بضرورة اصدار قانون خاص بالمعاملات الالكترونية لسد الفراغ التشريعي الحاصل في هذا المجال، قام المشرع الجزائري بإصدار قانون رقم 18-05 مؤرخ في 10 من ماي سنة 2018 يتعلق بالتجارة الالكترونية[299]، يتضمن القانون 50 مادة موزعة على ثلاثة أبواب وثمانية فصول، حيث تضمن الباب الأول أحكام عامة. أما الباب الثاني فنص على ممارسات التجارة الالكترونية. في حين احتوى الباب الثالث على الجرائم والعقوبات. أما الباب الأخير فتضمن أحكام انتقالية وختامية.

ويهدف هذا القانون إلى تنظيم الفاعلين الاقتصاديين الذين يقدمون خدماتهم عبره، وتأطيرهم وملء الفراغ القانوني المسجل في مجال إبرام العقود بين المتعامل والزبون، علاوة على تكييف التشريعات الوطنية مع القواعد والمعايير الدولية[300]. كما يرمي إلى تأمين المعاملات التجارية

---

[298] نصت المادة الأولى من قالانون رقم 04/09 المتعلق بالجرائم المعلوماتية على أنه يهدف هذا القانون إلى وضع قواعد خاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها. بينما نصت المادة الثانية منه على بيان يعض المصطلحات كالجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال والتي هي بمقصودهذا القانون جرائم الساس بأنظمة العالجة الآلية للمعطيات المحددة في قانون العقوبات وأي جريمة أخرى ترتكب أو يسهل ارتكابها عن طريق منظومة معلوماتية أو نظام للاتصالات الإلكترونية.

[299] قانون رقم 18-05 مؤرخ في 2018/05/10 *يتعلق بالتجارة الالكترونية*، المرجع السابق.

[300] *انتقد البعض عدم دقة بعض نصوص مشروع هذا القانون*، كما هو الحال بالنسبة لما ورد بنص المادة 04 من مشروع هذا القانون المقابلة للمادة 05 من هذا القانون والتي لم يتغير نصها بعد صدور هذا القانون، حيث نصت على أنه: "تمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية في العتاد والتجهيزات والمنتجات الحساسة المحددة عن طريق التنظيم المعمول به، وكذا كل المنتجات و/أو الخدمات الأخرى التي من شأنها المساس بمصالح الدفاع الوطني والنظام العام والأمن العمومي"، فإضافة لما ورد من ممنوعات بالمادة 03 فإن المادة 05 لا تضيف شيئا، لأنها جاءت فضفاضة، فكان حرياً على المشرع على قول البعض أن يحدد نوع وطبيعة هذه السلع كالأسلحة مثلا. مقتبس من، عبد القادر زهار، مشروع قانون التجارة الالكترونية: نقائص غموض وتخلف عن مواكبة التجارب المتطورة، تاريخ النشر: 2017/11/30، الساعة: 07:00، تاريخ الاقتباس: 2019/08/20، مقال متاح على الرابط التالي: https://www.aljazairalyoum.com/%

ومكافحة التجارة الموازية على شبكة الانترنت وتشجيع نمو التجارة والتعامل الالكتروني وحماية الشخص الطبيعي[301].

ومن بين ما جاء في القانون ما ورد في المادة الثانية على أنه: "*يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية في حالة ما إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني متمتعا بالجنسية الجزائرية أو مقيما إقامة شرعية في الجزائر أو شخصا معنويا خاضعا للقانون الجزائري أو كان العقد محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر*".

أما المادة الثالثة فذهبت إلى القول بأنه: "*تمارس التجارة الإلكترونية في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما غير أنه تمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية تتعلق بلعب القمار والرهان واليانصيب والمشروبات الكحولية والتبغ والمنتجات الصيدلانية والمنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو التجارية وكل سلعة أو خدمة محظورة بموجب التشريع المعمول به وكل سلعة أو خدمة تستوجب إعداد عقد رسمي*".

ومن جهتها حددت المادة السادسة[302] من نفس القانون المدلول القانوني لبعض المصطلحات المتداولة في حقل المعاملات الالكترونية، كمصطلح التجارة الالكترونية، والعقد الالكتروني، والمستهلك الالكتروني، والمورد الالكترونية، ووسيلة الدفع الالكتروني...الخ.

---

[301] في باب تأمين التجارة الالكترونية تضمن الباب الثالث من القانون *أحكام رقابية وجزائية* لمن يخالف نصوص هذا القانون، حيث جاء عنوان الفصل الأول منه "*مراقبة الموردين الالكترونيين ومعاينة العقوبات*"، أما الفصل الثاني فنص على "*الجرائم والعقوبات*".

[302] نصت المادة من القانون 18-05 على ما يلي:

"يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي:

1.- *التجارة الإلكترونية*: النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني، عن طريق الاتصالات الإلكترونية؛ 2.- *العقد الإلكتروني*: العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني؛ 3.- *المستهلك الإلكتروني*: كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي؛ 4.- *المورد الإلكتروني*: كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية؛ 5.- *وسيلة الدفع الإلكتروني* : كل وسيلة دفع مرخص بها طبقا للتشريع المعمول به تمكن صاحبها من القيام بالدفع عن قرب أو عن بعد، عبر منظومة إلكترونية؛ 6.- *الإشهار الإلكتروني*: كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع سلع أو خدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية؛ 7.-*الطلبية المسبقة*: هو تعهد بالبيع يمكن أن يقترحه المورد الإلكتروني على المستهلك الالكتروني في حالة عدم توفر المنتوج في المخزون؛ 8.- *اسم النطاق* : عبارة عن سلسلة أحرف و/أو أرقام مقيسة ومسجلة لدى السجل

الملاحظ أنه باستقراء هذا القانون، نجد انه يطبق على المعاملات التجارية الإلكترونية محل إبرام وتنفيذ في الجزائر، وألزم الموردين الإلكترونيين بفتح موقع الكتروني بالجزائر وإنشاء بطاقة المورد الالكتروني؛ مع الالتزام بعرض تجاري الكتروني يحتوي على بيانات المورد الإلكتروني وبيانات السلعة والخدمة. ويجب أن يكون هذا العرض بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة؛ مع تحديد عناصر العقد الإلكتروني وتنفيذ الالتزامات المتبادلة بين طرفي العقد الالكتروني، كتوقيع المستهلك الالكتروني لوصل التسليم الفعلي وحفظ البيانات وسجلات التعامل الالكتروني وملفات الزبائن من طرف المورد الإلكتروني. كما يخضع الموردين الإلكترونيين لرقابة ضباط وأعوان الشرطة القضائية وأسلاك الرقابة التابعة لإدارة التجارة، وتحرر ضدهم ومحاضر في حال ثبوت المخالفات المثبتة بمحاضر تسرد وقائع المخالفة وتقترح العقوبة لتسلط عليهم العقوبات، بالإضافة إلى عقوبات جرائم الأعمال التجارية الأخر.

تطرقنا في هذا الفصل إلى متضمنات ومشتملات التجارة الالكترونية سواء من حيث طبيعتها الذاتية والخصائص المميزة لها من جهة، ومن جهة ثانية، تعرفنا على الأطر التشريعية والتنظيمية سواء على المستوى الدولي أو على المستوى الوطني، لكن ذلك غير كافي طالما لم نتعرض للأحكام القانونية الضابطة لنشاطاتها، وعلى رأس ذلك منظومة العقود الالكترونية المشكلة لها؛ وهو ما سنعالجه في الفصل الموالي الموسوم بـ "*تكوين العقد الالكتروني*".

الوطني لأسماء النطاق، وتسمح بالتعرف والولوج إلى الموقع الإلكتروني. لا يمكن ممارسة نشاط التجارة الإلكترونية إلا بعد أي داع اسم النطاق لدى مصالح المركز الوطني للسجل التجاري. تنشر البطاقية الوطنية للموردين الإلكترونيين عن طريق الاتصالات الإلكترونية وتكون في متناول المستهلك الإلكتروني".

ظهرت النواة الأولى لفكرة شبكة الانترنيت في أواخر الستينات من القرن الماضي، وبالتحديد سنة 1969 عندما اضطرت وزارة الدفاع الأمريكية لمواجهة الاتحاد السوفيتي استخباراتيا، وفي سنة 1983 انقسم المشروع إلى شبكتين، حيث احتفظت الشبكة الأم باسمها الأساسي أربانت، وانبثقت من الشبكة الأخرى شبكة "*ENTER NET*" وشملت المجال التجاري، وفي سنة 1990 استعمل ولأول مرة البريد الالكتروني في المجال الاقتصادي والتجاري، ثم توسعت هذه الشبكة لتشمل كندا ثم الاتحاد الأوروبي وبعد ذلك العالم بأسره. ولقد نشأ عن استخدام التطبيقات المتنوعة للإنترنيت ظهور ما يصطلح عليه بإسم "العالم الافتراضي" وهو فضاء موازي للفضاء العيني، ونتيجة ذلك ظهر ما يسمى بـ "التجارة الالكترونية". يمكن تعريف التجارة الإلكترونية بأنها أي شكل من أشكال التعامل التجاري الذي يتبادل فيه الأطراف من خلال وسائط إلكترونية، وتتميز التجارة الإلكترونية بعدد من الخصائص منها سرعة وسهولة الاتصالات، وإمكانية إبرام صفقات مختلفة ومتنوعة، كما تحدها العديد من المخاطر كعدم الموثوقية وصعوبة الإثبات والجرائم الالكترونية، ويعد الحاسوب وشبكة الانترنيت ومختلف الهواتف الذكية الداعم الرئيسي لها. تعد الأونسيترال هي الجامعة للكل من خلال القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996، وعلى نهجها أصدرت العديد من المنظمات والدول توجيهات وقوانين تعني بالتجارة الالكترونية، كالدراسة الخاصة حول التجارة الالكترونية للمنظمة العالمية للتجارة، وكذا التوجيه الأوروبي المتعلق بحماية المستهلكين في مجال العقود المبرمة عن بعد سنة 1997، والقانون الفرنسي لتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني سنة 2000، والقانون التونسي بشأن المبادلات الالكترونية لسنة 2000. نظم المشرع الجزائري الانترنت كنشاط اقتصادي مقنن بموجب مرسوم 1998، وبموجب القانون رقم 05-10 المتضمن تعديل القانون المدني انتقل من النظام الورقي في الإثبات إلى النظام الإلكتروني وأصبح للكتابة في الشكل الإلكتروني مكانا ضمن قواعد الإثبات، وطبقا للمادة 323 مكرر يتضح بأن المشرع اعتمد المفهوم الواسع للكتابة ليشمل نوعي الكتابة وساوي بينهما في حجية الإثبات، شريطة إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، واعترف بالكتابة الالكترونية كوسيلة إثبات بموجب المادتين 323 مكرر و323 مكرر1، وضمن المادة 327 الفقرة الثانية اعتد المشرع بالتوقيع الالكتروني كحجية في الإثبات، حيث حددت المادة السادسة من القانون رقم 15-04 الهدف من التوقيع، والمادة السابعة عددت شروطه حتى يعتد به كاشتراط شهادة توثيق معتمدة. إذن هناك تمييز بين التوقيع الالكتروني البسيط والتوقيع الالكتروني المتقدم أو المعزز وهو الذي يجري إصداره باستخدام إحدى أدوات تأمين التوقيع ويستند إلى شهادة التوثيق. يعتبر القانون رقم 03-15 المتضمن الموافقة على الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض أول قانون جزائري تضمن التعامل الإلكتروني الحديث في القطاع المصرفي. قام المشرع الجزائري بإصدار قانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، يتضمن القانون 50 مادة موزعة على ثلاثة أبواب وثمانية فصول، حيث تضمن الباب الأول أحكام عامة. أما الباب الثاني فنص على ممارسات التجارة الالكترونية. في حين احتوى الباب الثالث على الجرائم والعقوبات. أما الباب الأخير فتضمن أحكام انتقالية وختامية.

الفصل الثاني
تكوين العقد الالكتروني

بظهور التجارة الالكتروني سهُلت عملية انجاز الأعمال التجارية وتطورت عملية البحث عن السلع والخدمات والحصول عليها بواسطة الانترنيت ومختلف أجهزة الاتصال الحديثة؛ مما أدى إلى نشأة طائفة من العقود المختلفة والمتنوعة المطبوعة بخصائص وميزات هذه التقنيات الجديدة التي حلت على الدول والمجتمعات والأفراد. ومن بين تلك العقود "*العقد الالكتروني*"، إذ يتميز هذا الأخير بالبعد المادي بين أطرافه المتعاقدة وطبيعته الدولية، وتنوع وسائل إبرامه. لأجل هذا طرحت العديد من الإشكالات والتساؤلات القانونية، أهمّها كيفية تبادل الإرادة عبر وسائل الاتصال الحديثة، وكيفية تحديد زمان ومكان تلاقيها لإحداث الآثار قانونية اللازمة. خاصة إذا ما أخذنا صفة اللامادية التي تميز هذا النوع من العقود، التي تأثر على الإيجاب والقبول المشكلين لأهم ركن في العقد، ألا وهو ركن التراضي. ويشترط في التعاقد الإلكتروني ما يشترط في التعاقد التقليدي من توافر ثلاث أركان أساسية المتمثلة في "*التراضي، والمحل والسبب*"، ولا يبدو أن الفقه أورد شيء من الخصوصية للمحل والسبب. لذا سنركز على ركن التراضي دون ركني المحل والسبب، ذلك أن للإيجاب والقبول الالكترونيين خصوصية معينة تنبع من الوسيلة المستخدمة في التعبير عنهما؛ مع الحفاظ على الجوهر والخطوط الأساسية التي صاغتها النظرية العامة للعقد. ونظرا لأن التعاقد الالكتروني يتم عن بعد ومن وراء شاشة العرض طرح هذا الأمر إشكالية الموثوقية ومدى خصوصية الأهلية ومسائل التحقق في هوية المتعاقد المتخفي من وراء الحُجُب. *وعليه يثار الإشكال حول مقدار ونطاق الخصوصية التي أحدثتها تكنولوجيا الاتصالات على النمط التعاقدي التقليدي خصوصاً في نطاق التراضي؟*

لمناقشة الإشكالية والإلمام بموضوع البحث سنتحدث عن مفهوم العقد الالكتروني (**المبحث الأول**). ثم سنعرج إلى الكلام عن إبرام العقد الالكتروني (**المبحث الثاني**). ثم سنتطرق إلى صحة العقد الالكتروني (**المبحث الثالث**).

المبحث الأول
مفهوم العقد الالكتروني

لقد شملت العقود الالكترونية اغلب المعاملات التي تجرى في نطاق الوسائل الالكترونية أو بواسطتها، بل تعدت حتى إلى المجالات الأسرية والبحث العلمي. هذا الانتشار الواسع والسريع للعقود الالكترونية مرده أنها حققت فائدة كبيرة لكافة فئات المجتمع من سرعة في الأداء، ومرونة في التنفيذ، وقلة في التكاليف...الخ[303].

وعليه، فنظرا لحداثة العقود الالكترونية وانتشارها بسرعة وتشعبها في كافة المجالات؛ هذا الأمر خلق جدلا حول مفهومها، من حيث تعريفها وطبيعتها وخصائصها تميزا عن العقد التقليدي[304]. فالعقود الالكترونية بحكم انعقادها في بيئة رقمية انطبعت بخصائص هذه الأخيرة، فمن المعلوم أن الانترنيت مثلا – وهي وسيلة التعاقد الالكتروني– تعتبر ظاهرة عابرة لحدود الدولة الوطنية، كما أنها تتميز بالسرعة الفائقة حدود العدم في نقل المعلومات رغم التباعد الجغرافي بين المتعاملين. لهذا تحتاج العقود الالكترونية لدرجة من الدقة والوضوح في بيان ماهيتها، سواء في ضوء الطريقة التي تنعقد بها، أو اعتبارها عقد من العقود التي تبرم عن بعد، أو عقد من عقود التجارة الالكترونية. خاصة وأن المشرع لم يضع لها تنظيما خاصاً، وهو ما أدى إلى غياب تعريف محدد لهذا العقد؛ وكذا التشريعات وتضارب الآراء الفقهية في تحديد المقصود بالعقد الالكتروني وتحديد طبيعته القانونية. ومن هذا المنطلق، *يثور الإشكال حول حدود الانفصال والتماس بين العقد الالكتروني ومختلف التعاملات العقدية؟*.

للإحاطة بموضوع البحث وبيانه سنتطرق إلى ببيان تعريف العقد الالكتروني وتمييزه عن غيره من العقود (**المطلب الأول**). ثم سنتكلم عن الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني وخصائصه (**المطلب الثاني**).

---

[303] محمد فواز محمد المطالقة، *الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة*، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص.22.

[304] مناني فراح، *العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري*، ط.1، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2009، ص.22.

المطلب الأول

تعريف العقد الإلكتروني وتمييزه عن غيره من العقود

اختلف الفقه والقانون في حصر تعريف موحد للعقد الالكتروني، ومرد ذلك طبيعته الخاصة التي تشكل التقنية أحد مقوماته، خصوصا لما نعلم مقدار التطور والتغير الذي يصيب هذه الأخيرة باستمرار. فالقانون النموذجي للأمم المتحدة (*الأونسيترال*) يعرفه بواسطة رسالة البيانات أي عرفه بوسيلته، وهناك من غلب في تعريفه تقنية الاتصال عن بعد أو عنصر الخدمات والبضائع. ونظراً لكثرة وتنوع العقود في الفترة الأخيرة وتشابهها الأمر الذي أحدث إرباكاً لدى البعض في تبيان الحدود الفاصلة بين مختلف هذه العقود.

للتوسع في الموضوع سنتكلم في البداية عن تعريف العقد الالكتروني (**الفرع الأول**). ثم سنعرج إلى تمييزه عن مختلف العقود (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول

تعريف العقد الإلكتروني

إن حداثة العقود الالكترونية طرحت صعوبة في ضبط تعريفها على مستوى الفقه والتشريعات على حد سواء، وأهم ما نتج عنها هو تضارب وتباين الآراء؛ نظراً لتعدد الجهات التي أوردت هذه التعاريف من جهة، ونوع التقنية التي تستعمل في إبرامه من جهة ثانية. وعليه، سيتم عرض أهم التعاريف الواردة بشأنه في المواثيق الدولية، ثم تلك التي جاء بها التشريع الجزائري وكذا التشريعات المقارنة، ثم سنشير إلى بعض التعاريف التي جاء بها الفقه. لكن قبل ذلك سنتطرق إلى التعريف اللغوي والاصطلاحي للعقد الالكتروني.

أولاً. – التعريف اللغوي والتعريف الاصطلاحي للعقد الالكتروني:

ينصرف تعريف العقد الالكتروني في معناه العام إلى المقصد اللغوي من وراء لفظ "*عقد*"، وكذلك يمتد إلى اللفظ الثاني "*إلكترون*"، وعليه، لا يمكن الخلوص إلى تعريف للعقد الالكتروني دون الوقوف على هذه المفردات.

1.– تعريف العقد:

العقد في اللغة العربية يطلق على معان ترجع في مجملها إلى معنى الربط الذي هو نقيض الحل يقال: "*عقدت الحبل فهو معقود*"[305] فالعقد في أصل اللغة "*الشد والربط ثم نقل إلى الأيمان والعقود كعقد المبايعات ونحوها*"[306].

أما من الناحية الاصطلاحية في الفقه الإسلامي، فنجد أن للعقد معنيان عام وخاص، فالمعنى العام أثير بشأنه خلاف فقهي، حيث ذهب بعضهم إلى تعريف العقد على انه: "*كل التزام تعهد به الإنسان على نفسه سواء كان يقابله التزام آخر أم لا، وسواء أكان التزاماً دينياً كالنذر أم دنيوياً كالبيع ونحوه*"[307]. كما يطلق العقد على كل اتفاق تم بين إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله، فهو لا يتحقق إلا من طرفين أو أكثر، وهذا هو المعنى الغالب للعقد في الاصطلاح الفقهي. ومن التعاريف الواردة على هذا المعنى التعريف التالي: " *العقد عبارة عن ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله أو هو تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل*"[308].

في حين ذهبت عموم التشريعات الوضعية وكذا فقهاء القانون إلى تعريف العقد على أنه: "*توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه*". بينما عرفه المشرع الجزائري في المادة 54 من القانون المدني على أنه: "*العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما*"[309].

وعلى هذا فإن العقد في المعنى الاصطلاحي يشمل جميع العقود المالية التي تتضمن طرفين أو أكثر كعقد البيع والإجارة والرهن والوديعة...الخ، كما يتضمن العقود غير المالية كعقد الزواج ونحوه.

---

[305] ابن منظور، *لسان العرب*، الجزء 4، طبعة جديدة، دار المعارف، القاهرة، 2010، ص.9.

[306] أبي بكر احمد بن علي الجصاص، أحكام القرآن، المجلد الثالث، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1992، ص.285.

[307] مقتبس من، إبراهيم فاضل الدبو، حكم *إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة*، بحث ضمن بحوث مجلد مجمع الفقه الإسلامي، المجلد الثاني، عدد السادس، ص.12044/2.

[308] مقتبس من، ميكائيل رشيد علي الزيباري، *العقود الالكترونية على شبكة الانترنت بين الشريعة والقانون*، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والفقه المقارن، الجامعة العراقية، 2012، ص.44.

[309] معدلة بموجب القانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005 *المتضمن تعديل القانون المدني*، المرجع السابق.

2.– تعريف الإلكترون:

تعتبر كلمة "*الالكترونية*" من الكلمات المعربة من أصلها الانجليزي وهي (*Electronic*)، والتي تعني: "*التحكم في تدفق الشحنات الكهربية في بعض الأجهزة الكهربائية*"، والإلكترون عبارة عن شحنات كهربائية دقيقة جداً دائمة الحركة حول جسم هو النواة الذي هو جزء من الذرة. وقد استخدمت الإلكترونيات في التصنيع ودخلت في كثير من المجالات فظهر الراديو الذي يستقبل هذه الموجات الإلكترونية، ثم ظهر التلفزيون والتلكس والهاتف والفاكس والحاسب الآلي وغيرها من الأجهزة التي تعمل عن طريق الإلكترونيات[310].

بناء على ما سبق، يمكن القول بأن العقود الإلكترونية هي تلك العقود التي تتم عبر الوسائل أو الوسائط التقنية التي تشتغل بآلية الإلكترون، هذا من حيث الأصل. إلا أنه بعد ظهور الحاسب الآلي وانتشار المراسلة والتعاقد بواسطته، خصص هذا المصطلح للعقود التي تتم عن طريقه، أما التعاقد عبر الراديو أو الهاتف أو غيرها من وسائل الاتصال التقليدية فقد اضمحل في العقدين الأخيرين، وأصبح مصطلح العقود الالكترونية ينصرف مباشرة إلى العقود التي تتم عبر شبكة الإنترنت. ولذا نجد أن مصطلح التجارة الإلكترونية عادة ما يطلق على مجموعة العمليات التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية وخاصة عبر شبكة المواقع (*web*) والبريد الإلكتروني[311].

تعرف العقود الإلكترونية[312] بأنها: "*المعاملات التي تتم في مجملها أو في جزء منها عن طريق المستندات الإلكترونية*". حيث يمكن تعريف المستند الإلكتروني بأنه أي معلومات أنشئت أو أرسلت أو استُلمت أو خزنت؛ بوسائط مغناطيسية أو ضوئية أو ذاكرة الحاسوب أو ميكروفيلم أو ماكروفيشي، أو أي نظام أو جهاز مماثل[313].

---

[310] مقتبس من، عطا عبد العاطي السنباطي، *الإثبات في العقود الالكترونية: دراسة فقهية مقارنة*، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، ص.10.

[311] مقتبس من، عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر، *العقود الالكترونية: دراسة فقهية مقارنة*، قسم الثقافة الإسلامية، كلية التربية، جامعة الملك سعود، ص.04-05، متاح على الرابط التالي: تاريخ الاقتباس: 11 ماي 2015، http://elibrary.mediu.edu.my/books/MAL06166.pdf

[312] تتعدد التسميات، فتسمى بعقود التجارة الإلكترونية أو العقود عبر الإنترنت أو العقود الرقمية.

[313] A digital contract is: « *defined as a contract were either a part or whole of the transaction contains an electronic document ،where as the general definition of electronic document is that it is any information generated ،sent، received, or stored, in media, magnetic, optical, computer memory, microfilm, computer, generated microfiche or similar device*». Adapted From, DONNIE L. Kidd and WILLIAM H Daughtrey., *Adapting Contract Law to Accommodate Electronic Contracts: Overview and Suggestions*, Rutgers Computer and Technology Law Journal, 26 Rutgers Computer & Tech. L.J. 215 (2000), Citation Date: 10/10/2017, Available at: https://cyber.harvard.edu/ilaw/Contract/Kidd1.html.

عموما، العقد الإلكتروني هو: "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد بوسيلة مسموعة مرئية، بفضل التفاعل بين الموجب والقابل"[314].

ثانياً.– التعريف القانوني والتعريف الفقهي للعقد الالكتروني:

سنتكلم عن تعريف العقد الالكتروني من المنظور القانوني، ثم سنتحدث عن تعريف الفقهاء للعقد الالكتروني.

1.– التعريف القانوني للعقد الالكتروني:

سنتطرق إلى تعريف العقد الالكتروني في المواثيق الدولية وكذا التشريعات المقارنة، ثم سنعرج إلى التعريف الذي تبناه المشرع الجزائري، كما يلي:

آ.– تعريف العقد الالكتروني في المواثيق الدولية:

بالرجوع إلى نصوص القانون النموذجي الصادر عن هيئة الأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية، نجد انه تطرق إلى تعريف رسالة البيانات (*Lechange dedonnees*)، وذلك في المادة الثانية الفقرة الأولى منه بأنها: "*المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها واستلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس*"[315].

يرى اغلب الفقهاء أن هذا التعريف الصادر عن لجنة القانون التجاري الدولي لأمم المتحدة لم يعرف العقد الالكتروني لكنه عرف الوسائل المستخدمة في إبرامه عن طريق تعريف رسالة البيانات[316]. كما أن هذا

---

[314] مقتبس من، مجاهد أبو الحسن، *خصوصية التعاقد عبر الإنترنت*، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص.39.

[315] المادة 01/02 *من القانون النموذجي للأمم المتحدة الأونسيترال حول التجارة الالكترونية*.

[316] لا تعد "العقود الإلكترونية" عقوداً" مختلفة بشكل أساسي عن العقود القائمة علي الورق، ومع ذلك فإن التجارة الإلكترونية لا تحاكي تماماً أنماط التعاقد المستخدمة في تكوين العقود عن طريق الوسائل الأكثر تقليدية، ومن ثم فإنه علي الرغم من أن جهداً ما للتنسيق الدولي من اجل إزالة لمعوقات القانونية أمام استخدام وسائل الاتصال الحديثة قد لا يعنى أساسا بمسائل القانون الموضوعية، فإن الأمر قد يتطلب قدراً من المواءمة للقواعد التقليدية لتكوين العقود كي تستجيب لاحتياجات التجارة الإلكترونية؛ وإذا أكدت لجنة الأونسيترال صحة هذا المفهوم فسوف يعني قانون التعاقد الإلكتروني الجديد في المقام الأول بالمسائل الخاصة بتكوين العقد التي يطرحها استخدام رسائل البيانات، لا العناصر المادية للعرض والقبول أو بالحقوق والالتزامات المتبادلة للأطراف بموجب العقد، فسوف تظل المسائل القانونية الموضوعية التي تثار في إطار أي عقد معين محكومة بالقانون المطبق. ولنفس السبب فإن القانون الجديد، حتى وأن تناول ما يمكن أن يكون لرسائل البيانات من أثر قانوني بالنسبة لتكوين العقد، فلن

القانون توسع في سرد وسائل إبرام هذه العقود فبالإضافة إلى شبكة الانترنت هناك وسيلة الفاكس والتيلكس، إلا أن التعريف يبقى مفتوحا ليستوعب التطورات التقنية المستخدمة في التجارة الإلكترونية ومنها الانترنيت. وبهذا، نجد أن العقد الالكتروني هو مفهوم قديم متجدد. كذلك عرفت الفقرة الثانية من نفس المادة سالفة الذكر تبادل المعلومات الالكترونية (*L'échange des données informatisées*) بأنها نقل المعلومات الكترونيا من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام متفق عليه لتكوين المعلومات[317].

الملاحظ على هذا التعريف هو انه غير واسع، بحيث لا يشمل كافة طرق الاتصالات الحديثة، فالتطور التكنولوجي الحالي قد تعدى تبادل البيانات الإلكترونية بين الحواسيب إلى نقل وتبادل البيانات بين الحاسوب والهاتف النقال، أو بين الهواتف النقالة نفسها، خاصة تلك التي تتوفر على خدمة الويب. وهو الأمر الذي أهمله التعريف السابق.

بينما تطرقت المادة الثانية من التوجيه الأوروبي رقم 07/97[318] الصادر عن البرلمان الأوربي إلى التعاقد عن بعد، وعرفته بأنه كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات ابرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام بيع أو تقديم الخدمات عن بعد نظَّمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد أو تنفيذه. وعرفت تقنية الاتصال عن بعد في نفس النص بأنها كل وسيلة بدون وجود مادي ولحظي للمورد وللمستهلك يمكن أن تستخدم لإبرام العقد بين طرفيه[319]. إذن هذا التوجيه عرف العقود عن بعد التي تشمل في مفهومها العقود الالكترونية. لكن ما يسجل على هذا التعريف أنه لا يشمل كل أنماط التعاقد في مجال التجارة الإلكترونية، فمن المعلوم أن هناك صور أخرى للتعاقد الالكتروني كتلك التي تتم بين الجهات الحكومية والمستهلكين أو بين الموردين أنفسهم، رغم أن الصورة التي ذكرها التعريف السابق والتي تتم بين المحترفين (الموردين) والمستهلكين هي الأكثر شيوعا.

يحكم النص الجديد مسائل مثل الأهلية القانونية للأطراف والشروط اللازمة لصحة العقود، للمزيد راجع، إلياس بن ساسي، *التعاقد الالكتروني والمسائل القانونية المتعلقة به*، ص.60-68، جامعة ورقلة، بحث منشور على الرابط التالي: تاريخ الاقتباس: 2016/06/15
https://dspace.univ-ouargla.dz/jspui/bitstream/123456789/7470/1/R0207.pdf

[317] المادة 2-2 *من القانون النموذجي للأمم المتحدة الأونسيترال حول التجارة الالكترونية*.

[318] Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 *concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance*, jo ce 04/06/1997, N^0 1144, p.19.

[319] Article 2: « *Contrat à Distance: Tout Contrat Concernant Des Biens Ou Services Conclu Entre Un Fournisseur Et Un Consommateur Dans Le Cadre D'un Système De Vente Ou De Prestations De Services À Distance Organisé Par Le Fournisseur, Qui, Pour Ce Contrat, Utilise Exclusivement Une Ou Plusieurs Techniques De Communication À Distance Jusqu'à La Conclusion Du Contrat, Y Compris La Conclusion Du Contrat Elle-Même*». Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997, Op.cit.

ب.– تعريف العقد الالكتروني في التشريعات المقارنة:

عملا بأحكام التوجيه الأوروبي رقم 07/97 أصدر المشرع الفرنسي المرسوم 741/2001 لتنظيم التعاقد عن بعد[320]، حيث أدمجت نصوصه في قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر بمقتضى القانون رقم 93-949 في 26 من جويلية سنة 1993[321]، إذ أشارت المادة 16/121 منه إلى تعريف التعاقد عن بعد على أنه كل بيع أو أداء لخدمة تم بواسطة وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد بين مستهلك ومهني ودون الحضور المادي والمباشر لهما[322]، بمعنى لا يجمعهما مجلس عقد واحد أي تعاقد بين غائبين بالنسبة للمكان، وهو ما يميز العقود المبرمة عن بعد.

وامتثالا للتوجيه الأوربي وكما ذهب إليه قانون الأونسيترال لم يحدد المشرع الفرنسي وسائل الاتصال التي بموجبها يتم التعاقد، وترك الأمر مفتوحا للتقلبات والتغيرات الحاصلة في ثورة الاتصالات حتى يستوعبها في أي وقت ممكن. ومثلما ذهب إليه التوجيه الأوروبي رقم 07/97 في المادة الثانية منه، خص المشرع الفرنسي التعاقد عن بعد على علاقة المهنيين بالمستهلكين دون الصور الأخرى للتعاقد المعروفة في مجال التجارة الإلكترونية.

أصدر المشرع الفرنسي لاحقاً القانون رقم 575–2004 بتاريخ 21 من جوان سنة 2004[323] المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي (La loi pour la confiance dans l'économie numérique.(LCEN))، حيث نصت المادة 14 من هذا القانون على تعريف للتجارة الإلكترونية بأنها النشاط الاقتصادي الذي بموجبه يقوم بشخص بعرض أو التزام بتوريد أموال أو خدمات عن بعد وبطريقة الكترونية[324]. ما يميز هذا التعريف هو استخدامه لمصطلح سلع وخدمات، وكذلك توسعة مفهوم وسيلة التعاقد لتشمل كل وسيلة اتصال عن

---

[320] Ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consummation, JORF n°196 du 25 août 2001 page 13645 texte n° 6.

[321] LOI n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation , JORF n°0171 du 27 juillet 1993 page 10538.

[322] Article 121-16 : « *Toute vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue, sans la présence simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance*». LOI n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consummation, Op.cit.

[323] Loi N° 2004-575 du 21 Juin 2004 *pour la confiance dans l'économie numérique*, JORF N°0143 du 22 Juin 2004, p.11168, Texte N° 2.

[324] Article 14 de la LCEN: «*Le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne en assure a distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services*». Loi N° 2004-575 du 21 Juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, Op.cit.

بعد، إضافة إلى أي وسيلة الكترونية أخرى. وبذلك يكون العقد الالكتروني طبقا لهذا القانون هو ذلك العقد الذي يتعلق بمجال السلع أو الخدمات بحيث يتم إبرامه بوسائل الكترونية[325].

أما بالنسبة للتشريعات العربية، فقد عرفت المادة الثانية من القانون الأردني رقم 85 لسنة 2001 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية سالف الذكر العقد الالكتروني بأنه: "*الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية، كليا أو جزئيا* ". فالمشرع الأردني عرف العقد الالكتروني بالنظر إلى طريقة إبرامه، حيث يحمل هذا الإبرام الطابع الالكتروني سواء كليا أو جزئيا، لأنه من المعلوم أن العقود في مجال التجارة الإلكترونية قد تكون الكترونية كليا وقد تكون جزئيا فقط، فقد يتم إبرام وتنفيذ العقد بطريقة الكترونية، وقد تقتصر الوسيلة الالكترونية المستعملة في التعاقد على مرحلة واحدة فقط من العقد سواء الإبرام أو التنفيذ، من ذلك مثلا تلك العقود التي تتم فيها المفاوضات وكذا الإيجاب والقبول عبر الانترنيت، لكن المسائل المرتبطة بتنفيذ العقد كالتسليم تتم بالطرق التقليدية المعروفة.

ومن جهته، سلك المشرع الإماراتي نفس مسلك المشرع الأردني، وذلك وفق نص المادة الثانية من القانون الإماراتي رقم 02 لسنة 2002 المتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية سالف الذكر على أنه: "*يقصد بالمعاملات الإلكترونية أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية*". أما المشرع المصري الذي لم يصدر لحد الآن قانون للتجارة الالكترونية، فلم يورد تعريف للعقد الالكتروني في قانون تنظيم التوقيع الالكتروني رقم 15 لسنة 2004 سالف الذكر، حيث نصت المادة الأولى الفقرة الثانية منه على تعريف المحرر الالكتروني على انه: "*رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشئ أو تدمج أو تخزن، أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية، أو رقمية، أو ضوئية، أو بأية وسيلة أخرى مشابهة*"، لكن اللجنة التي شكلت في مصر لتنظيم التجارة الإلكترونية، تطرقت في إلى تعريف 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"[326].

في حين ذهب المشرع التونسي إلى وضع تعريف غير مباشر للعقد الالكتروني عندما نص في الفصل الأول من قانون المبادلات التجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000 سالف الذكر على أنه: " *العقود*

---

[325] مخلوفي عبد الوهاب، *التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت*، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012/2011، ص.54؛ وراجع كذلك، مناني فراح، *العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري*، المرجع السابق، ص.29.

[326] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص.46.

الالكترونية يجري عليها نظام العقود الكتابية فيما لا يتعارض مع هذا القانون"، وبناء على هذا يمكن القول أن التعريف التقليدي للعقد وسعه المشرع التونسي ليشمل العقد الالكتروني. ومنه، فالعقد الالكتروني في نظر القانون التونسي هو اتفاق بين طرفين أو أكثر أو تلاقي إرادتين من اجل إحداث اثر قانوني معين، لكن كل ما في الأمر هو استخدام وسائل غير تقليدية في التعاقد أي الوسائل الالكترونية.

أما المشرع السعودي، فقد عرف العقد الالكتروني بموجب نص المادة الأولى الفقرة الثانية عشرة من نظام التجارة الالكترونية الصادر سنة 2019 سالف الذكر على أنه: "*الاتفاق الذي يبرم الكترونيا بين الأطراف الذين يتعاملون بالتجارة الالكترونية*". الملاحظ على هذا التعريف أنه جاء عاماً ومبسطاً دون إشارة لمصطلح سلع أو خدمات، أو التركيز على طبيعة أطراف العلاقة كالمستهلك والمورد، وجاءت عبارة الأطراف عامة تصدق على كل من يتعامل وفق اطر التجارة الالكترونية، وذلك خلافا للتشريعات السابقة.

ج.– تعريف العقد الالكتروني في التشريع الجزائري:

ورد بالمادة السادسة الفقرة الأولى من القانون رقم 18-05 تعريفاً للتجارة الالكترونية على أنها: "*النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني، عن طريق الاتصالات الإلكترونية*". وتحسن الإشارة إلى أنه تحت عنوان: "*الرسائل الالكترونية*" تضمن الملحق الخاص بالمرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 09 من ماي سنة 2001[327]، المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، تضمن تعريفاً لرسائل البيانات على أنها: " هي *بمثابة تبادل وقراءة وتخزين معلومات في شكل رسائل معطيات بين الموزعات الموجودة في مواقع متباعدة. ويمكن المرسل إليه (أو المرسل إليهم) قراءة الرسالة المبعوثة في وقت حقيقي أو في وقت مؤجل*". وهو نفس المسلك الذي سلكه القانون النموذجي الصادر عن هيئة الأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية كما سبق بيانه.

بينما أشارت المادة السادسة من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية إلى تعريف العقد الالكتروني على أنه: "*العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور*

---

[327] المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 15 صفر عام 1422 الموافق 09 مايو سنة 2001، *يتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية*، الجريدة الرسمية عدد 27، الملحق، ص.15.

الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصرياً لتقنية الاتصال الالكتروني". وبإعمال الإحالة الواردة بموجب الفقرة الثانية من المادة السادسة سالفة الذكر إلى القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية[328]، وبالرجوع إلى هذا الأخير نجد أنه عرف العقد بموجب المادة الثالثة الفقرة الرابعة على أنه: "*كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف العقد مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه*".

وبهذا، يكون المشرع قد عرف العقد الالكتروني من خلال وسيلة الإبرام وهي وسائل الاتصال الالكتروني. كما انه لم يحصر الوسيلة الالكترونية التي يتم بها الاتصال لإبرام العقد الالكتروني، وإنما يتم بكافة الوسائل الالكترونية الممكنة والمستجدة مستقبلا. كما أن موضوع العقد الالكتروني وفق المادة السادسة الفقرة الأولى من القانون رقم 18-05 هو السلع والخدمات، ولا يقتصر هذا على التجار فقط وإنما قد يكون احد أطراف هذا العقد شخص طبيعي أو معنوي. ومنه، يكون المشرع الجزائري قد طبق المعيار الموسع بصدد حصر حدود المعاملات التجارية الالكترونية سواء من حيث الأشخاص القائمين بهذه المعاملات، أو من حيث الوسيلة المتبعة في التعامل التجاري الالكتروني.

وعليه، فإن العقد الالكتروني طبقاً لما سبق هو عقد يتم عن بعد بواسطة وسائط الكترونية مختلفة، مما يحتم عدم الحضور الفعلي والمتزامن لأطراف العلاقة التعاقدية. وبذلك يكون المشرع الجزائري قد نحا نحو التوجيه الأوروبي رقم 07/97 سالف الذكر، وكذا المشرع الفرنسي كما سنرى لاحقاً.

2.- التعريف الفقهي للعقد الالكتروني:

من بين التعاريف الفقهية نجد تعريف الفقيه غيزلان بيور دوجريس (*Ghislain Beaure d'Augeres*)[329] ومن معه[330] للعقد الالكتروني بأنه اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول بشأن الأموال والخدمات عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية يتم فيها التفاعل الحواري بين الموجب

---

[328] القانون رقم 04-02، الصادر في 23 يونيو 2004، *المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية*، الجريدة الرسمية الصادرة في 27 يونيو 2004، عدد 41، ص.3.

[329] *Ghislain Beaure d'Augeres*: Diplômé IEP Paris section Service Public (1989). Licence d'histoire, Université Paris IV (1991). Maîtrise Droit des Affaires mention Droit Social, Université Paris X (1992). Membre de l'Association Française des Avocats Conseils d'Entreprises (ACE). *Publications*: La QPC au secours des employeurs - Les Echos Business (14/12/2015); Expertise du CHSCT : la fin du qui perd gagne ? - Les Echos Business (22/07/2014). Cité Par, Home, Avocats, *Ghislain Beaure d'Augeres*, Date de Citation: 14/07/2017, Disponibla à: https://cms.law/fr/fra/avocats/ghislain-beaure-d-augeres

[330] PIERRE Bresse et STÉPHANIE Thuillier.

والقابل[331]. يلاحظ أن هذا التعريف اشترط وسيلة مسموعة مرئية لكي يعتبر العقد إلكترونيا، غير أنه يمكن إبرام العقود الإلكترونية بدون استعمال الوسائل المسموعة أو المرئية مثل: التعاقد عبر البريد الإلكتروني، الذي يكون فيه التعبير عن الإرادة بواسطة الكتابة، ومع ذلك يعتبر عقدا إلكترونيا.

وحسب الفقيه أوليفيه إيتيانو (*Olivier Iteanu*)[332] فإن عقد التجارة الإلكترونية هو عبارة عن تقابل لعرض مبيعات أو خدمات يعبر عنه بوسيلة اتصال سمعية مرئية من خلال شبكة دولية للاتصالات عن بعد، مع قبول والذي يكون قابلا لان يظهر باستعمال النشاط الحواري بين الإنسان والمعلومة التي تقدمها الآلة[333].

عرف جانب من الفقه الأمريكي العقد الالكتروني بأنه: "*هو ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفا ومعالجة الكترونيا وتنشئ التزامات تعاقدية*"[334]. هذا التعريف ناقص لأنه حصر العقد الالكتروني فقط في عقود البيع دون سواها، ولو أن مجال التعاقد الالكتروني أوسع من ذلك تماما. ومن جانبه يرى بعض الفقه المصري العقد الإلكتروني بأنه: "*اتفاق بين شخصين أو أكثر، يتلاقى فيه الإيجاب أو القبول، عبر تقنيات الاتصال عن بعد بهدف إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها*"[335].

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*

---

[331] «*Une convention par laquelle une offre et une acceptation se rencontrent sur un réseau de télécommunication international ouvert selon un mode audio-visuel, grâce a l'interactivité entre l'offrant et l'acceptant*». Cité Par, GUILLAUME Beaure d'Augères; PIERRE Bresse; STÉPHANIE Thuillier., *Paiement Numérique Sur Internet: Etat De L'art, Aspects Juridiques Et Impact Sur Les Métiers*, éd. International Thomson Publishing, France, 1997, p.76.

أشار إليه، سمير حامد عبد العزيز جمال، *التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة*، ط.01، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص.66.

[332] *Olivier Iteanu*: est avocat à la Cour d'appel de Paris. il est également président d'honneur de l'Internet Society France et a publié le premier ouvrage de droit français publié sur Internet, *Internet et le droit* (éditions Eyrolles, avril 1996). Il a écrit dans les années 1990 de nombreuses chroniques sur le droit appliqué aux technologies de l'information dans la presse spécialisée (*PC Magazine*, *PC Expert*). Membre de l'association Forum atena, il en préside l'atelier juridique. Cité Par, *Olivier Iteanu*, Date de publication: le 18 mars 2017 à 01:46, Date de Citation: 14/07/2017, Disponibla à: https://fr.wikipedia.org/wiki/Olivier_Iteanu

[333] «*La rencontre d'une offre de biens ou de services qui exprime sur un mode audiovisuel au travers d'un réseau international de télécommunications et d'une acceptation qui est susceptible de se manifester au un moyen de l'interactivité*», Cité par, ITEANU Olivier., *Internet Et Le Droit, Aspects Juridiques du Commerce Electronique*, éd., Eyrolles, Avril 1996, p.27.

[334] مقتبس من، خالد ممدوح إبراهيم، *إبرام العقد الالكتروني*، المرجع السابق، ص.73؛ فادي محمد عماد الدين توكل، *عقد التجارة الإلكترونية*، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص.35-36.

[335] مقتبس من، سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص.67.

إلكترونية وذلك حتى إتمام العقد"[336]. وهناك من التعاريف ما يكتفي بأن يكون العقد مبرما ولو جزئيا بوسيلة إلكترونية لاعتباره عقدا إلكترونيا: "العقد *الإلكتروني هو الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية كليا أو جزئيا أصالة أو نيابة*". وهذا ما سلكه المشرع الأردني ضمن نص المادة الثانية من قانون المعاملات الالكترونية سالف الذكر[337]. 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*"[338].

في حين عرف جانب آخر من الفقه[339] العقد الالكتروني انطلاقا من خاصيته الدولية المتعدية لحدود الدولة الوطنية على انه: "*العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات بقبول من أشخاص في دول أخرى، وذلك من خلال الوسائط التكنولوجية المتعددة والمختلفة، ومنها شبكة الانترنيت، بهدف إتمام العقد*"[340]. الواقع أن هذا التعريف ناقص وغامض لأنه قصر الطابع الإلكتروني فقط على مرحلة التعبير عن الإرادة، أما باقي مراحل العقد كالتنفيذ فاعتبرها مجرد تكملة قد تتم بطريقة تقليدية للعقد، طالما انه لم يصرح بها مباشرة، لهذا فالتعبير المناسب الذي يفي بالغرض في هذه الحالة هو: "*ذلك العقد الذي يبرم كليا أو جزئيا بواسطة وسائل الكترونية*...الخ".

الملاحظ على كل التعريفات السابقة هو إهمالها لذكر نتيجة تطابق الإرادتين المتمثلة في إحداث أثر قانوني وترتيب الالتزامات التعاقدية. بناء على ما سبق يظهر أن التعريف المناسب للعقد الالكتروني، هو ذلك التعريف الذي يستجيب لغرضين أساسين هما:

1.- يجب أن يستجيب للبيئة الالكترونية وتشعباتها من حيث شموله لكافة وسائل الاتصال الحديثة المتنوعة والمتجددة يوما بعد يوم؛

---

[336] مقتبس من، عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص49.

[337] مقتبس من، أحمد خالد العجولي، *التعاقد عن طريق الإنترنيت*، ط.1، دراسة مقارنة، المكتبة القانونية، عمان، الأردن، 2002، ص.123.

[338] مقتبس من، عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص.46.

[339] *من هؤلاء الفقهاء:* خالد ممدوح إبراهيم، *إبرام العقد الإلكتروني: دراسة مقارنة*، المرجع السابق، ص.21؛ ومناني فراح، *العقد الالكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري*، المرجع السابق، ص.24.

[340] مقتبس من، مناني فراح، *العقد الالكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري*، ص.24.

2.– يجب أن يغطي كل جوانب التصرف القانوني، من حيث مضمون العقد الالكتروني وأثاره وأطرافه وكذا مميزاته وبالأخص طابعه العابر للحدود.

لهذا، أكثر تعريف يستجيب للشروط السابقة هو التعريف الذي ذهب إليه الأستاذ لزهر بن سعيد[341] بأنه: «*ذلك العقد الذي يتم إبرامه بإحدى الوسائل الالكترونية، سواء كليا أو جزئيا متى كانت هذه الوسائل تحدث التفاعل المطلوب لإتمام العقد بين أطرافه ويرتب التزامات على عاتقهم*"[342].

الفرع الثاني

تمييز العقد الالكتروني عن غيره من العقود

بعد انتهائنا من تعريف العقد الالكتروني، نعرج إلى بيان أهم ما يميزه عن غيره من طائفة العقود التي تشبهه، خاصة تلك العقود التي تنتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد، إذ يشترك معها في خاصية "*الانفصال المكاني*" بين المتعاقدين، إلا انه يختلف عنها في نواحي أخرى. يضاف إلى ذلك طائفة ثانية من العقود تشترك مع العقد الالكتروني فيما يسمى بالبيئة الالكترونية، إلا أن هناك عدة فروقات تميزها عن العقد الالكتروني.

أولاً.– تمييز العقد الالكتروني عن العقد التقليدي:

إذا كان التعاقد الالكتروني يتفق مع التعاقد التقليدي في إنهما ينعقدان بتوافق إرادتي المتعاقدين، أي تطابق الإيجاب والقبول، إلا أن الثاني يقوم بين شخصين حاضرين من حيث الزمان والمكان، حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول في مجلس العقد مواجهةً، وهو ما يقتضي التواجد المادي لكل من طرفي التعاقد في مكان واحد، ولا يتحقق ذلك في التعاقد الالكتروني. فمن المفترض أساسا وجود المتعاقدين في مكانيين منفصلين عن بعضهما، بل قد يفصل بينهما مئات أو ألوف الأميال، ويلتقيان بواسطة وسيلة الكترونية، ولهذا يتميز العقد الالكتروني عن التقليدي بالخاصية الالكترونية[343]. ومن ثمة، فإن التعاقد التقليدي هو تعاقد بين حاضرين، بينما الانفصال المكاني في التعاقد الالكتروني يجعل منه تعاقد من طبيعة خاصة تميزه عن العقود التقليدية، يمكن إجمالها في النقاط التالية:

---

[341] لزهر بن سعيد: حقوقي جزائري صدر له كتابين، الأول بعنوان "*التحكيم التجاري الدولي*"، دار الفكر الجامعي، 2010؛ والكتاب الثاني بعنوان "*النظام القانوني للتجارة الالكترونية*"، دار هومة، 2012.

[342] مقتبس من، لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص.43.

[343] خالد ممدوح إبراهيم، *إبرام العقد الالكتروني*، ط.01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص.67.

العقود الإلكترونية لا يتم تحريرها على دعامة ورقية محررة وموقعة أو مبصوم عليها أو مختوم عليها، بل إنها تتم عن طريق دعائم إلكترونية، يكون التوقيع عليها بواسطة ما يسمى بالتوقيع الإلكتروني، الذي له الحجية نفسها مع التوقيع الكلاسيكي. كما أن الطريقة الإلكترونية تلغي ما يعرف تقليديا بالنسخة الأصلية وصورتها، لأن الطرق الحديثة تسمح بنسخ عدد هائل من البيانات والمعلومات كلها أصلية.

كما أنه إذا كان محل الالتزام تسليم بضاعة أو تقديم خدمة، فإنه في إطار العقد الإلكتروني يمكن أن يتجاوز الطريقة التقليدية والمتمثلة في التسليم المادي للمحل إلى طريقة تقديم الخدمة، أو البضاعة إلكترونيا، خاصة إذا كان المحل هو من المنتجات الإلكترونية، أو الرقمية، كبرامج الحاسوب والكتب والجرائد التي يمكن السماح للمشتري بتحميلها إلكترونيا، حتى ولو كان الأطراف يتواجدون في مناطق متباعدة

إن أداء المقابل في العقود الإلكترونية قد يتجاوز الطرق التقليدية، إذ يمكن أن يتم تسليم المقابل في العقود الإلكترونية بأحد أساليب الدفع الالكتروني، كالدفع عن طريق النقود الإلكترونية، والبطاقات البنكية، والأوراق التجارية الإلكترونية. هذا فضلا عن الوسائط الإلكترونية التي ظهرت حديثا مثل الشيك الإلكتروني والذهب الإلكتروني[344].

تجدر الإشارة إلى أن عقد البيع التقليدي تعطى له الصفة الالكترونية متى استخدمت في مرحلة من مراحله كمرحلة التراضي مثلا وسيلة الكترونية، ولو تمت باقي المرحلة مثلا كالتنفيذ، بطريقة تقليدية.

ثانياً.– تمييز العقد الالكتروني عن العقود المبرمة عن بعد (contrat de vente en ligne):

تشير المادة الفقرة الثانية من المادة السادسة من قانون التجارة الالكترونية الجزائري إلى أن العقد الالكتروني هو عقد: "*يتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصرياً لتقنية الاتصال الالكتروني*". كما يعرف التوجيه الأوروبي رقم 07/97 الصادر في 20 من ماي سنة 1997 سالف الذكر التعاقد عن بعد (*Contrat à Distance*) بأنه كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام لبيع أو تقديم خدمات عن بعد، نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد فقط تقنية

[344] أحمد رباحي، *الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني*، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، جوان 2013، عدد 12، ص.100.

أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد وتنفيذه[345]. وهو ما ذهبت إليه كذلك المادة 14 من القانون الفرنسي المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي سالف الذكر[346].

تشترك هذه التعاريف –المذكورة على سبيل المثال– في كون العقد الالكتروني يتم عن بعد أي بين غائبين نظرا لوسيلة الاتصال بينهما، ولا يمنع تكييف العقد عن بعد وجود الوسيط الإلكتروني وعدم وجود المتعاقدين في مجلس عقد واحد، وإنما الذي يميزه هو أنه هنالك فترة من الزمن تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به، إضافة إلى ذلك فإنه يمكن تنفيذ العقد الإلكتروني عن بعد، ودون انتقال أطرافه إلى مكان معين، أي أن طرفي العقد يقومان بتنفيذ التزاماتهما المتبادلة إلكترونيا، كعقود الخدمات المصرفية والتعليمية، والاستشارات، وبرامج الحاسب الآلي. بينما عرفت في المادة الثانية الفقرة السابعة من ذات التوجيه تقنية الاتصال عن بعد بأنها كل وسيلة يمكن استخدامها، تتيح إبرام العقد بين أطرافه، وذلك دون الحضور المادي لكل من المورد والمستهلك[347].

العقد المبرم عن بعد عقد يتم بين غائبين ولا يجمع المتعاقدين فيه مجلس واحد، فهو إذن عقد يتميز بعدم الحضور المادي المعاصر للمتعاقدين، وينتقل فيه الإيجاب عن بعد بوسائل مختلفة كالهاتف أو التلفزيون أو الكتالوج أو بوسيلة اتصال مرئية أو مسموعة ونفس الشيء بالنسبة للمشتري[348]. فهذا التعريف وضع شرطا يتعين توافره بوسيلة الاتصال عن بعد التي تستخدم لإبرام العقد، وهو شرط عدم الوجود المادي واللحظي للطرفين مجتمعين معا.

وعليه، فالعقد الالكتروني يتميز عن العقد المبرم بواسطة التلفزيون مثلاً بعامل البث في اتجاه واحد، ومنه لا توجد إمكانية للتجاوب والمناقشة مع الطرف الثاني لان الطرف الأول في موقف التلقي وهو موقف سلبي لا يعبر عن شيء، على خلاف ذلك العقد المبرم عبر الانترنت مثلا يمتاز بخاصية التفاعلية بين

---

[345] Le Contrat A Distance Comme: «*Tout contrat concernant des biens et services conclut entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestation de service à distance organiser par le fournisseur qui pour ce contrat utilise prestation de service à distance organisée par le fournisseur qui pour ce contrat utilise exclusivement une ou plusieurs technique de communication à distance jusqu'à conclusion du contrat y compris la conclusion du contrat elle-même* » .J.O.C.E.L 144 Du 04 Juin 1997,p.19.

[346] Article 14: «Le Commerce Électronique est *l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services* ». Loi N° 2004-575 du 21 Juin 2004 Pour la Confiance Dans L'économie Numérique, Op.cit.

[347] Une Technique de Communication à Distance Comme: «*tout moyen qui sans présence physique et simultanée du fournisseur et des consommateurs, peut être utilisé pour la conclusion entre ces parties* » j.o.c.e.l 144 du Juin 1997, p.19.

[348] مقتبس من، أسامة أبو الحسن مجاهد، *الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية*، ط.1، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2007، ص.48.

طرفيه[349]. كما يتميز العقد الالكتروني عن العقد المبرم بالهاتف كون هذا الأخير يتم التعاقد فيه بطريقة شفوية وبذلك يحتاج إلى تأكيد كتابي يرسله الطرف الثاني. أما التعاقد الالكتروني، فلا يحتاج الموجب فيه إلى كتابة لأن التعبير عن إرادة الطرف القابل يكون من خلال الضغط على زر خاص بالموافقة أو بطباعة الرسالة الالكترونية الموجودة على الموقع أو المرسلة إلى البريد الالكتروني.

ثالثاً.– تمييز العقد الالكتروني عن عقود البيئة الالكترونية:

العقد الالكتروني ليس هو الوحيد في ضمن بيئة التجارة الالكترونية بل هناك عقود أخرى تشكل أساسا له ومتلازمة معه، وهي في عمومها جملة العلاقات التعاقدية المتنوعة والتي تنشا بغرض تحقيق عقد التجارة الإلكترونية دون أن تكون محلا له يسميها البعض باسم "*عقود الخدمات الالكترونية*"، وهي عادة تتمثل في العقود الخاصة بتجهيز الانترنيت وتقديم خدماتها وكيفية الاستفادة منها.

1.– عقد الدخول إلى الشبكة :

يقصد به ذلك العقد الذي يلتزم بمقتضاه مقدم الخدمة بتمكين العميل من الدخول إلى الإنترنت من الناحية الفنية، وذلك بإتاحة الوسائل التي تمكنه من ذلك، وأهمها برنامج الاتصال الذي يحقق الربط بين جهاز الحاسوب والشبكة، والقيام ببعض الخطوات الفنية الضرورية لتسهيل العميل الجديد، وذلك مقابل التزام العميل بسداد رسوم الاشتراك المقررة[350].

ويلاحظ أن هذا العقد يعد أحد صور عقد الإذعان، حيث لا يملك المتعاقد طالب الخدمة (العميل) سوى قبول العرض المقدم من مورد الخدمة بطاقة مشتملاته. وإلزام مورد الخدمة في إطار هذا العقد هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاما ببذل عناية، حيث يجب عليه أن يقوم بتحقيق اتصال العميل بالشبكة[351].

2.– عقد الإيجار المعلوماتي أو عقد التوطين أو الإيواء (*Le contrat d'hébergement*):

يعرف هذا العقد بأنه: "التقاء إرادتين على إبرام عقد محل معلوماتي أي بيانات ورسائل يتم تداولها بين مستخدمي هذه المعلومات وإرسالها إلى الغير بأي وسيلة كانت"[352]. إذن يقوم أساس هذا العقد على

---

[349] المرجع نفسه، ص.40.

[350] المرجع نفسه، ص.41.

[351] عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص.261.

توافر البيانات ومعلومات يتم نقلها إلى الغير. وهذا العقد هو أحد العقود التي يقوم قبلها المزود أو مقدم الخدمة، بتقديم الخدمات ووضعها تحت تصرف المستخدم والمشترك، وأغلب ما تكون هذه الخدمات إتاحة الانتفاع بمساحات على القرص الصلب لأحد أجهزة الحاسوب الخاص به[353]، أو إتاحة مكان على شبكة الإنترنت أو تقديم أي جزء من المعلومات ليتم الانتفاع بها.

فهو إذن عقد يبرم بين من يرغب في أن يكون له موقع أو عنوان الكتروني على الشبكة وبين من يقدم هذه الخدمة، ومثال ذلك أن يتيح مقدم الخدمة المعلوماتية للمشترك إمكانية أن يكون له عنوان بريد الكتروني، فيخصص له حيزا على القرص الصلب لجهاز الكمبيوتر المملوك له والمتصل بشبكة الإنترنت من أجل صندوق خطاباته الإلكتروني[354]، وكل هذا التصرفات المتاحة للمستخدم تكون لفترة محددة وبمقابل مادي يدفع إلى المالك، وفي حالة انتهاء المدة فإن كافة الأدوات والبيانات التي منحت للمستخدم تسترد إلى المالك[355]. يندرج هذا العقد كعقد الدخول إلى الموقع تحت طائلة عقود تقديم الخدمات، ويعد كذلك من عقود الإذعان.

3.– عقد إنشاء المتجر الافتراضي (*le contrat de boutique virtuelle*) :

هو عقد من عقود الخدمات الالكترونية يطلق عليه البعض عقد المشاركة وفيه يلتزم مقدم الخدمة أو صاحب المركز بأن يسمح للمشارك فتح متجر أو محل افتراضي في المركز التجاري الافتراضي، يعرف المتجر الافتراضي بأنه: "*صفحة أو أكثر على شبكة الويب يمكن الرجوع إليها عبر شبكة الإنترنت، وتدرج تحت سم مجال المركز الافتراضي، والذي من خلاله يضمن التاجر عرضه*"[356]. ويطلق البعض على هذا العقد عقد المشاركة (*Le contrat de Participation*)، وذلك لأن فيه يصبح المتجر أو المحل الافتراضي مشاركا في المركز التجاري الافتراضي (*Virtual Mall*)، الذي يجمع العديد من التجار في مكان واحد وهو في ذلك يشابه المركز التجاري التقليدي الذي يجمع العديد من التجار والموردين في مكان واحد[357]. نستطيع القول أن هذا العقد يتضمن ترخيص باستخدام برنامج خاص يتيح للعميل ممارسة الأعمال التجارية على شبكة

---

[352] مقتبس من، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص.50 .

[353] أسامة أبو الحسن مجاهد، *الوسيط في قانون المعاملات الالكترونية*، المرجع السابق، ص.ص.153 وما بعدها.

[354] المرجع نفسه، ص.59-60.

[355] الياس ناصيف، المرجع السابق، ص.51.

[356] مقتبس من، لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص.54.

[357] ممدوح إبراهيم، *إبرام العقد الإلكتروني: دراسة مقارنة*، المرجع السابق، ص.104.

الإنترنت نظير مقابل مالي يدفعه إلى صاحب المركز الافتراضي. فالمتجر الافتراضي يعد بمثابة محل تجاري داخل أحد المراكز التجارية، ولكن هذا المحل أو المتجر متواجد على شبكة الإنترنت، وليس له وجود مادي.

ويتضمن عقد إنشاء المتجر الافتراضي بعض الأحكام التي تستهدف تنظيم المسئولية الالكترونية بشأن بعض المسائل الضرورية، ومنها احترام التشريعات التي تتعلق بالنشاط الممارس، وتنظيم الرقابة على محتويات المتجر وضمان احترام الطرفين للأعراف، وتنظيم إبرام العقود اللازمة مع الغير مثل الترخيص للمتجر من إحدى شركات البرامج باستخدام برنامج معين للوفاء. كما أن هناك بعض الأحكام والشروط التي تخضع لها جميع المتاجر التي تشارك في المركز التجاري الافتراضي، وبعض الشروط الخاصة التي تتعلق بكل متجر أو محل على حدا. فعقد المركز الافتراضي مثلا يتضمن الشروط العامة تحت عنوان الالتزامات القانونية، ويرى فيها أن التعامل مع العميل سيتم حسب الشروط العامة للبيع، فضلا عن الشروط الخاصة بكل متجر يشارك في هذا المركز[358].

4.– العقود التي تجرى على أموال معلوماتية (*Les contrats sur biens informationnels*):

تقدم الخدمة من خلال الإنترنت عندما يكون موضوع العقد غير مادي، كما لو كان تقديم استشارة قانونية أو فنية أو اقتصادية أو ضريبية...الخ، ففي مثل هذه الحالة يحمل العميل على الاستشارة مباشرة على الخط، أو تقديم معلومات معينة على الشبكة. ففي هذه الحالة، تمثل الاستشارة أو المعلومة قيمة مالية وإن كانت تعتبر أموالا غير مادية، لذلك تعتبر أموالا معلوماتية بغض النظر عن الشكل الذي اتخذه هذا العقد.

ويعرفه بعض الفقه بأنه نوع من عقود تقديم الخدمات[359]، وهو عبارة عن التقاء إرادتين على إبرام عقد ذي موضوع معلوماتي، أي بيانات ووسائل يتم تداولها بين مستخدمي هذه المعلومات، وإرسالها إلى الغير بأية وسيلة كانت[360].

عموما اختلفت التعريفات سواء من الجانب التشريعي أو من جانب الفقه في حصر تعريف خاص بالعقد الالكتروني نظرا لطبيعته الحداثية مقارنة بالعقد التقليدي، إلا أن جل ما تشترك فيه هذه التعاريف هو أن العقد الالكتروني عبارة عن: "*اتفاق بين طرفين بوسيلة الكترونية دون تزامن أو*

---

[358] محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص.73-74.

[359] للتوسعة في أنواعه، راجع إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص.61.

[360] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص.58؛ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص.78 وما بعدها.

حضـور *مـادي لهمـا*". وطالمـا أن العقـد الالكـتروني هـو عقـد كسـائر العقـود إذ مـا يميـزه هـو الطريقـة الالكترونيـة في الإبـرام، فـإن ذلـك يطـرح إشـكالات حـول طبيعتـه الـتي تسـمح بتحديـد موقعـه مـن المنظومة العقدية ككل.

المطلب الثاني
الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني وخصائصه

تتجاذب التيارات الفقهية الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، بين مضف لخاصية المساومة التي تتميز بالتراضي بين الطرفين عن طريق المفاوضات وللنقاشات التي تسبق التعاقد، وبين معمم لتطبيقات عقد الإذعان وما يميزه من مكانة طوعية للطرف الضعيف على العقود الالكترونية. فالخصوصية التي تتميز بها العقود الالكترونية تتوجب علينا إمعان النظر فيها وتحليلها لتحديد طبيعتها القانونية، خصوصا من جانبين، أولهما إذا كانت هذه العقود من عقود المساومة؛ ومنه تخضع لمبدأ سلطان الإرادة والتراضي بين الأطراف، متى كان موضوعها سلعة عادية لا يحتكرها شخص أو جهة ما، وكان هناك تفاوض على بنود العقد وشروطه. أم أنها على خلاف ذلك، لا مجال فيها للمناقشة والتفاوض حول اشتراطات العقد، وبالتالي تصير عقود إذعان، كتلك العقود التي تتعلق بالبيع أو الشراء أو الإيجار، فمتى كان موضوعها سلعة استهلاكية يحتكرها شخص أو جهة ما، وقام هذا الشخص أو هذه الجهة بوضع عقد على الطرف الآخر إما أن يقبله أو يرفضه دون حق مناقشته أو تعديله، كان العقد الإلكتروني في هذه الحالة عقد إذعان[361]. كما أن للعقد الالكتروني بحكم أنه يبرم في فضاء رقمي متباعد مكانياً متقارب زمانياً خصائص تميزه عن العقود التقليدية المتميزة بالطابع العيني المادي الملموس والمحسوس.

للإحاطة بالموضوع سنتطرق إلى الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني (**الفرع الأول**). ثم سنعرج إلى الحديث عن خصائص العقد الالكتروني (**الفرع الثاني**).

[361] العيشي عبد الرحمان، *ركن الرضا في العقد الالكتروني*، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2017/2016، ص.30.

الفرع الأول

الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني بين خاصية المساومة وطابع الإذعان

أكثر ما آثار الفقه في الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني مسألة الموازنة بين خاصيتا الإذعان والمساومة ومدى ارتباط كل واحدة منهما بهذا الوافد الجديد، ومرد هذا الخلاف في تصورنا يرجع لذاتية العقد الالكتروني الذي يختلف عن العقود التقليدية المتميزة بالبساطة بالنظر إلى وسيلة انعقاده.

أولا.– العقود الالكترونية من عقود المساومة:

عقد المساومة (*Contrat de gré-à-gré*) هو العقد الذي يتم التراضي فيه على أساس المساواة الفعلية والقانونية بين أطرافه، وتجري المناقشة والمساومة في بنوده وشروطه من قبل المتعاقدين اللذين يسهمان معا في المناقشة والمفاوضة والمساومة على وجه التعادل والمساواة وبمطلق الحرية. وعليه، توضع بنود هذا العقد والتزامات طرفيه وحقوقهم طبقا لما استقرت عليه المفاوضات التي تمت بينهما، دون أن يكون لأي منهما حق فرض شروطه على الطرف الآخر[362].

يرى جانب من الفقه[363] أن العقود الالكترونية ليست من تطبيقات عقود الإذعان، بل هي من عقود المساومة، باستثناء تلك العقود التي تعد في عقود إذعان بحكم طبيعتها الأصلية، كالعقود المبرمة الكترونيا للحصول على الخدمات الضرورية كالماء والكهرباء والانترنيت...الخ، وبما أن السمات المميزة لعقود الإذعان هي ارتباط العقد بسلعة أو خدمة ضرورية تكون محلا للاحتكار والمنافسة الضيقة، ولا تتوافر هذه السمات في العقود الالكترونية، أمكن القول أن هذه الأخيرة ليست من تطبيقات عقود الإذعان، على الرغم من التثبيت المسبق لاشتراطات العقد من طرف التاجر على موقعه الالكتروني. لذلك لا يكفي أن تحتوي الصيغ العقدية على شروط لا تسمح بالمناقشة، وإنما يلزم فضلا عن ذلك أن تكون السلعة أو الخدمة من الضروريات الأساسية التي يصعب الاستغناء عنها، وأن تكون محل احتجاج من جانب التاجر[364].

على هذا الأساس، يرى هذا التيار الفقهي بأن العقد الإلكتروني هو من حيث الأصل عقد تراضي حيث يكون فيه للأطراف حرية التعاقد، وإن كانت هناك شروط معدة سلفا فهم لا يجبرون على الموافقة عليها

---

[362] Cf. GHESTIN Jacques., *Traite de Droit Civil: La Formation du Contrat*, 3e'd., DELTA, 1996, p.76.

[363] من بين هؤلاء الفقهاء: الأستاذ امانج رحيم احمد، *التراضي في العقود الالكترونية*، ط.01، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص.83؛ وكذلك الأستاذ صابر محمد عمار، المرجع السابق، ص.7.

[364] أسامة أبو الحسن مجاهد، *خصوصية التعاقد عبر الإنترنت*، ط.1، دار النهضة العربية، 2000، ص.27.

بل لهم حرية رفضها، إذ يجوز لهم شراء سلعة مماثلة من منتج أو مورد آخر، إذا لم تعجبهم الشروط المعروضة. إلا أن القول بأن العقد الالكتروني عقد إذعان يغفل جانب العقود النموذجية أو العقود النمطية التي تكون محلاً للاشتراطات العقدية للمورد الالكتروني. يضاف إلى ذلك احتكار بعض الشركات جملة من السلع والخدمات في الفضاء الرقمي كما هو الحال بالنسبة لشركة مايكروسوفت؛ لهذه الأسباب ومن اجلها، ذهب البعض إلى القول بأن العقد الالكتروني عقد إذعان.

ثانيا.– العقود الالكترونية من عقود الإذعان:

عقد الإذعان (*contrat d'adhésion*) بالمعنى التقليدي هو من جهة العقد الذي ينفرد أحد المتعاقدين بوضع شروطه من دون أن يسمح لطرف الآخر بمساومته هذه الشروط، من جهة، ومن جهة أخرى، يتعلق بمصلحة أو خدمة ضرورية تقع تحت احتكار قانوني أو فعلي. فهو ينعقد دون مناقشة ولا مساومة بين الطرفين. ففي هذا النوع من العقود، يكون موقف أحد المتعاقدين موقف المطاوع لا يملك إلا أن يقبل شروطا يمليها الطرف الآخر أو يرفضها جملة دون مفاوضة أو نقاش.

وقد اشتهر هذا النوع من العقود عندما شاعت الاحتكارات القانونية لبعض المرافق العامة، كالماء والكهرباء والغاز ووسائل النقل العامة، فالراغب بالاشتراك في الغاز أو الكهرباء أو الماء أو الراغب في استعمال القطار، لا يستطيع أن يناقش ويساوم في شروط الاشتراك أو الاستعمال، بل ليس له إذا ما أراد التعاقد سوى الإذعان لإرادة الشركة المحتكرة، والقبول طائعا بالإيجاب الذي تعرضه عليه والذي يكون معدا مسبقا [365]. ويوجد العرض أو الإيجاب في هذا العقد للجمهور في شكل صيغة مطبوعة تحتوي على شروطه، ويكون أغلبها لصالح العارض أو الموجب. أما عند الاستهلاك، فهو عقد يتمثل في توريد أو تقديم مال أو خدمة، إلا أن مقدم السلعة يكون منتجا أو مهنيا، ومتلقيا مستهلكا.

يذهب جانب من الفقه[366] إلى اعتبار عقود التجارة الإلكترونية من تطبيقات عقود الإذعان حيث ينفرد احد المتعاقدين بوضع شروطه وإملاء شروطها دون أن يكون للطرف الآخر سلطة تعديل هذه الشروط

---

[365] Cf. GATSI Jean., *La Protection des Consommateurs en Matière de Contrat à Distance Dans la Directive du 30 Mai 1997*, Dalloz, pp.378 et s.

[366] من بين هؤلاء الفقهاء: أسامة أحمد بدر، *حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني*، ط.1، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، 2005، ص.192؛ وإبراهيم الدسوقي أبو الليل، *إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون المقارن*، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي، ص.91؛ وسمير برهان، *إبرام العقد الالكتروني في التجارة الالكترونية*، المرجع السابق، ص.02؛ ومحمد أمين الرومي، *التعاقد الالكتروني عبر الانترنيت*، المرجع السابق، ص.55.

سواء بصورة كلية أو جزئية. وخير مثال على ذلك شركة مايكروسوفت التي تحتكر أغلبية البرامج الكمبيوترية عبر كافة أنحاء العالم[367]. وهو نفس المسلك الذي ذهب إليه المشروع المصري لقانون التجارة الإلكترونية في المادة 18 التي تنص على انه: "*تعتبر العقود النمطية المبرمة الكترونيا من عقود الإذعان في مفهوم القانون من حيث تفسيرها لمصلحة الطرف المذعن وجواز إبطال ما يرد فيها من شروط تعسفية، ويعد شرطا تعسفيا كل شرط من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد وكل شرط يتضمن حكما لم يجر به العرف*".

يستند هذا الاتجاه في موقفه إلى أن أغلبية العقود المبرمة عبر الانترنيت تتم عادة من خلال عقود نمطية (نموذجية) في شكل استمارة الكترونية تظهر على الموقع تتضمن تفاصيل التعاقد وشروطه...الخ، وبذلك يتوافر ضعف الطرف المذعن بمجرد إعداد العقد مسبقا من الطرف الثاني الذي يكون عادة في مركز قوي كونه محترفا ذو خبرة تعاقدية واسعة، ولا يبقى أمام المذعن أما القبول كليا أو الرفض[368]. بل ذهب بعض هؤلاء إلى إنكار الطابع التعاقدي لعقود الإذعان، إذ أن العقد توافق إرادتين عن حرية واختيار، أما هنا فالقبول مجرد إذعان ورضوخ. ويؤخذ على هذا الرأي تجاهله أمرًا هامًا، وهو قيام التفاوض، فقد يقوم الموجب بإرسال عرض سلعة معينة، مع بيان ثمنها، فيوافق عليها الموجب بشرط معين، كالحصول على نسبة خصم معينة، ومن هنا يبدأ التفاوض بين الطرفين[369].

وهناك رأي آخر يتشابه مع الرأي السابق يرى أن العقد الإلكتروني يقترب من عقود الإذعان، ذلك أنه يكون غالبًا عقدًا نمطيًا، يعدّه أحد الأطراف مسبقًا، وينفرد بعرض شروطه، وبنوده، ودور الطرف الآخر يقتصر على قبول هذه الشروط دون تعديل، ودون إمكانية مناقشتها، فمن هنا تنعدم إمكانية المساومة والمفاوضة بين طرفي العقد. لكن هذا الرأي ذهب إلى أن العقد الإلكتروني يقترب من عقود الإذعان إذا تم عن طريق العقود النمطية. ويؤخذ على هذا الرأي انه لم يبين طبيعة هذا العقد إذا تم بطرق التعاقد الإلكتروني الأخرى، كالبريد الإلكتروني، أو برامج المحادثة[370].

بينما هناك اتجاه فقهي ثالث يرى أن عقود التجارة الإلكترونية ليست عقود إذعان، فلا يكفي أن تحتوي صيغة العقد على شروط غير قابلة للمناقشة، وإنما يلزم مع ذلك أن تكون السلع، أو الخدمات ضرورة

---

[367] Cité par, ELLOUMI Abderraouf., *La Protection Du Consommateur Dans Le Commerce Electronique*, Mémoire Pour L'obtention Du Diplôme D'études Approfondies En Droit Les Affaires, Faculté de Droit de Sfax, 2002, p.107.

[368] أشار إليه، امانج رحيم احمد، المرجع السابق، ص.82.

[369] أشار إليه، خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني: دراسة مقارنة، ط.1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص.63.

[370] أشار إليه، خالد ممدوح إبراهيم المرجع نفسه، ص.63.

أساسية، لا يمكن الاستغناء عنها، وهي محل احتكار من التاجر، ذلك أن الفقه استقر على تعريف عقد الإذعان بأنه العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين وهو المذعن بشروط يمليها عليه الطرف الآخر ولا يسمح له بمناقشتها؛ فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون فيها المنافسة محدودة والعرض يكون موجهًا للكافة وبشروط معينة لمدة غير محدودة[371].

كما يرى هذا الاتجاه أن الرضائية تسود عقود التجارة الإلكترونية على اختلاف أنواعها. فالمتعاقد إذا لم تعجبه شروط أحد الموردين يستطيع اللجوء إلى مورد أو منتج آخر للسلعة، فهناك كثير من البائعين والموردين في السوق الإلكتروني ويؤخذ على وجهة النظر هذه أنها تستند إلى الفهم القديم لعقود الإذعان، الذي يشترط لاعتبار العقد إذعانا أن أحد طرفيه يعد شروط العقد مسبقًا، ولا يكون أمام الطرف الآخر سوى التوقيع، أو عدم التوقيع، إضافة إلى أننا نكون بصدد سلعة، أو خدمة ضرورية، وهي محل احتكار الطرف مملي الشروط[372].

انتهى بعض الفقه[373] إلى تفسير الشروط التي يضعها العارض بأنها ما هي إلا تحليل للإيجاب أو للدعوة إلى التعاقد، فهي تهدف إلى تسهيل عملية البيع والشراء التي تتم عن طريق أجهزة الكمبيوتر. وللتدليل على أن العقود الإلكترونية عقود تراضي، يمكننا أن نعتمد أيضا على عملية التعاقد المباشر بين الطرفين حيث يتفاوضان على شروط العقد مباشرة، دون أن ننسى الاعتماد كذلك على عملية التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني، حيث لا يتم وضع شروط على الموقع، وإنما يتم إرسال إيجاب إلى أحد الأطراف فينظر فيه إما بالقبول أو بالرفض أو بالتعديل ما يراه مناسبا، فيصبح إيجابا جديدا، فهو اختيار بين فرضيات مختلفة ويشكل نوعا من التفاوض يؤدي إلى التعاقد. ولهذا يتعين الاسترشاد بمعيار التفاوض لتحديد مدى وجود خاصية الإذعان ضمن شروط العقد وبنوده، أما إذا استحال التفاوض حول بنود العقد أو مراجعة شروطه، كان العقد الإلكتروني عقدا من عقود الإذعان[374]، ومتى تعلق محل أو موضوع العقد الإلكتروني بسلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات الأولية التي لا يمكن الاستغناء عنها، وتضمن هذا العقد علاقة بين موجب مهني يحتكر احتكارا

---

[371] أشار إليه، صالح المنزلاوي، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية*، ط.1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص.25.

[372] أشار إليه، المومني بشار طلال، *مشكلات التعاقد عبر الإنترنت*، ط.1، دارسة مقارنة، عالم الكتب الحديثة، إربد، الأردن، ص.35.

[373] من بين هؤلاء الفقهاء: عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص.153؛ وخالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص.64؛ وإيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص.66.

[374] أشار إليه، عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص.153.

فعليا أو قانونيا شيئا يعد ضروريا لمستهلك ليس بمقدوره مناقشة أي جانب أو بند من بنود العقد، وما عليه سوى الرضوخ والتسليم بالشروط الواردة في الإيجاب، كان العقد الإلكتروني في هذه الحالة عقد إذعان [375].

ثالثا.– موقف المشرع الجزائري بموجب قانون التجارة الالكترونية رقم 18–05:

بالنظر إلى القانون رقم 04–02 سالف الذكر نجد أنه عرف العقد وفق المادة الثالثة الفقرة الرابعة التي تنص على أنه: "*كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف العقد مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه*"، إذن فالمادة صريحة في ذكر عبارة "*إذعان*". ذلك أن العقد الالكتروني هو عقد محرر بصفة أحادية من طرف المورد الالكتروني عبر وسائل الاتصال الالكترونية، فعلى سبيل المثال في المادة 11 من نفس القانون المشرع لم يحدد مدة الحق في العدول ولا طريقة احتسابها؛ وذلك خلافا للتشريعات المقارنة، بل ترك تحديد مدة الحق في العدول إلى المورد الالكتروني[376]. الأمر الذي يجعل المستهلك تحت رحمة المهني، مما ينتج عنه علاقة تعاقدية غير متكافئة بين الطرفين. ولهذا، فإن المستهلك الالكتروني باعتباره الطرف الضعيف في العقد الالكتروني لابد من توفير حماية كافية لرضاه، وهو ما استجابت له جل التشريعات الناظمة للعقود الالكترونية.

الفرع الثاني

خصائص العقد الالكتروني

أهم ما يميز العقد الالكتروني انه عقد ذو طابع الكتروني بالنظر إلى الوسيلة المستعملة في الانعقاد، وبما انه لا يجتمع المتعاقدان في مجلس عقد واحد يضمهم فهو عقد مبرم عن بعد، ويترتب عن هذه الخاصية بعده الدولي فهو من العقود العابرة لحدود الدولة الوطنية. كما أنه يعد من العقود المنتمية لطائفة العقود التجارية والاستهلاكية، تلكم هي الخصائص الثلاث الرئيسية المميزة للعقد الالكتروني، والتي سنتطرق إليها تباعاً كما يلي:

أولا.– العقد الالكتروني العقد الإلكتروني هو عقد خاص من حيث التعاقد والإثبات والوفاء:

تعد شبكة الانترنيت واحدة من الوسائل المختلفة للاتصال الالكتروني، التي يتم التعاقد بواسطتها، لكنها هي الأكثر شيوعا واستعمالا في التعاقد الالكتروني، هذا رغم وجود وسائل أخرى منافسة لها أشار إليها قانون اليونسيترال النموذجي كالفاكس والتلكس والبرق...الخ، إلا أن شبكة الانترنيت تفوقت عليهم جميعا خصوصا

---

[375] مولاي حفيظ علوي قاديري، *إشكالات التعاقد في التجارة الالكترونية*، ط.1، الشركة المغربية لتوزيع الكتب، الدار البيضاء، 2013، ص.49.

[376] المادة 11 من قانون التجارة الالكترونية الجزائري رقم 18–05: "*يجب أن يقدّم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر، المعلومات الآتية: ... شروط وأجال العدول عند الاقتضاء*".

خدمة الويب التي تتضمنها، ومرد ذلك خصائصها الفريدة والمساعدة على التعاقد بصورة مريحة، كونها معززة بالألوان والصور والمخططات والرسومات البيانية وسرعة في البحث ومرونة في الانتقال والتصفح. والوسائل المستخدمة عادة في التعاقد يمكن حصرها في جهاز الحاسوب الذي ينحصر دوره في إدارة العمليات المنطقية والحسابية بسرعة قياسية متبعا نظام البرمجة المعلوماتية، مع قدرة عالية على المعالجة والتخزين، والوسيلة الثانية الرئيسية في التعاقد الالكتروني هي التجهيزات الذكية وهي عبارة عن أجهزة تحوي رقائق تمكن من عملية الدخول إلى الانترنيت كالثلاجات الذكية ونحوها، أما الوسيلة الثالثة فهي الهواتف المحمولة وهو جهاز صغير يمكن من الولوج إلى الانترنيت عن طريق خدمة الويب (*Web*).

لقد أدى استخدام الوسائل الإلكترونية في إبرام عقود التجارة الإلكترونية إلى تغير وسائل إثباتها، ولم يتوقف أثر استخدام هذه الوسائل على تغيير وسائل الإثبات فحسب بل أدت إلى تغير وسائل الوفاء في هذه العقود أيضا[377]. إذ تعد الكتابة أحد أهم وسائل التعبير عن الإرادة، وهي من أقوى طرق الإثبات، وأنها حجة على طرفيها إذا كان سند إثباتها عرفياً، وحجة على الكافة إذا كان سند إثباتها رسميا. فمن حيث الإثبات فإذا كانت الكتابة العادية تجسد الوجود المادي للعقد التقليدي ولا تعد ذات حجية في الإثبات إلا إذا كانت موقعة بخط اليد، فإن العقد الإلكتروني يتم إثباته عن طريق الوثائق الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني[378]، إذ تكتسي الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني أهمية بالغة في الإثبات الإلكتروني، وبالتالي في حماية حقوق المتعاملين عبر الوسائط الإلكترونية، ونظرا لأهمية وحساسية هذا التوقيع، فقد كان محل اهتمام المشرعين سواء على الصعيد الدولي أو على مستوى القوانين الداخلية للدول[379].

تمتاز العقود الإلكترونية على العقود الورقية "*التقليدية*" بأن وسيلة الإثبات فيها هي الدعائم الإلكترونية، المُوَقَّع عليها إلكترونياً، والتوقيع الإلكتروني هو الذي يضفي على المستند حجيته، لأنه مصدق به من جهة رسمية مؤذنة. واعتماد التوقيعات الإلكترونية يحتاج لجهة رسمية تطمئن إليها جميع الأطراف التي تتعاقد عن طريق الوسائل الإلكترونية، ولهذا وجب تكييف المستندات الإلكترونية من حيث حجيتها في الإثبات، فإن كانت معتمدة من جهة مخول لها اعتمادها كانت سنداً رسمياً، فتكون حجة على الكافة وإلا صارت حجة قاصرة على طرفيها فقط[380]. لذلك لا بد من النظر في إسناد المستندات الإلكترونية إلى الشخص الذي صدرت عنه، فربما يكون الموقع الإلكتروني مملوكاً له، ولكن قد يصدر السَّند عبر الموقع عن شخص فضولي، غير مخولٍ له استخدام الموقع.

---

[377] طمين سهيلة، *الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية*، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص.19.

[378] عصام عبد الفتاح مطر، *التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية*، المرجع السابق، ص.160.

[379] لملوم كريم، *الإثبات في معاملات التجارة الإلكترونية بين التشريعات الوطنية والدولية*، مذكرة ماجستير في قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص.148.

[380] محمد حسين منصور، *المسئولية التقصيرية الإلكترونية*، ط.01، دار الجامعة الجديدة، 2003، ص.19.

كما ظهرت أدوات الدفع الإلكتروني بالتزامن مع ظهور التجارة الإلكترونية، لذلك تعتبر ذات علاقة وثيقة بتكنولوجيا المعلومات والاتصالات، حتى أصبحت وسائل الدفع الإلكتروني أحد مكونات التجارة الإلكترونيّة والتي تكمل إجراءاتها الإلكترونيّة من بيع وشراء. يعرف الدفع الإلكتروني على انه عبارة عن منظومة متكاملة من الأنظمة والبرامج، التي توفرها المؤسسات المصرفية والمالية من أجل تسهيل عملية الدفع الإلكتروني، وبشكل آمن، حيث تعمل هذه المنظومة وفق مجموعة من القواعد والقوانين، التي تضمن للمستخدم السرية التامة، من حيث تأمين وحماية إجراءات عملية الشراء، وضمان وصول الخدمة للمستخدم[381].

لقد حلت وسائل الدفع الإلكترونية في التعاقد الإلكتروني محل النقود الورقية ذلك أنه ومع تطور التكنولوجيا وازدياد التعامل بأسلوب التجارة الإلكترونية، ظهرت تلك الوسائل كأسلوب مبتكر لسداد المدفوعات في مثل هذه المعاملات، حيث تتضمن عدة وسائل منها: البطاقات البلاستيكية[382] أو المواقع الالكترونية أو بواسطة الحسابات، وأحيانا يتم الدفع بطريق الحوالات المصرفية[383]، وقد يكون الوفاء عن طريق الأوراق التجارية الإلكترونية والنقود الالكترونية[384]، كما قد يتم عن طريق شركات التحويل[385]، أو عن طريق شبكة الاتصال بين البنوك والتي تسمى بمشروع بوليرو[386].

---

[381] عبد الصمد حوالف، *النظام القانوني لوسائل الدفع الالكتروني*، ط.01، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، ص.35.

[382] أمثلة عن البطاقات البلاستيكية: *Visa Card* و *The Master Card* و *The Carrier Card* وبطاقة الصراف الآلي *ATMS*، أما البطاقات الذكية: فمن صورها المونديكس *Mondex Card*.

[383] الدفع عن طريق الحوالات المصرفية (Bank transfers): التحويلات المصرفية هي وسيلة من وسائل الدفع الالكتروني وهي نوع من الخدمات التي تقوم بها البنوك في العصر الحاضر. ويقصد بها العملية التي تتم بناء على طلب العميل لنقل مبلغ معين إلى شخص أو جهة أخرى تسمى المستفيد، سواء تم النقل من حساب إلى حساب داخل نفس البنك أو أحد فروعه، أو النقل بين بنكين مختلفين كلاهما من نفس البلد، أو حصل بين بنكين في دولتين مختلفتين، وفي هذه الحالة يترتب على هذه العملية صرف العملة المحلية بالعملة الأجنبية المراد تسليمها للمستفيد. مقتبس من، محمود حمودة صالح منزل، *إشكالات العقود الالكترونية*، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، عدد 18، أوت 2011، ص.ص.151 وما بعدها.

[384] كذلك الأوراق التجارية الإلكترونية على نوعين هما الكمبيالات الإلكترونية والسند الإذني الإلكتروني "*LCR*"، إن استخدام الكمبيالات الإلكترونية يقتضي موافقة أطراف العقد، خاصة الطرف المسحوب عليه. ويتم كذلك الدفع الإلكتروني عن طريق النقود الإلكترونية " *Electronic Money*"، وهي نوعان النقود الرقمية "*Digital Money*"، والمحفظة الإلكترونية "*Electronic Wallet*". كما أن هناك وسائل أخرى للسداد، مثل الذهب الإلكتروني "*E-Gold*"، والشيك الإلكتروني "*E-Check*". مقتبس من، محمود حمودة صالح منزل، المرجع السابق، ص.ص.151 وما بعدها.

[385] تتمثل في نظام الدفع النقدي السريع الذي يتيح إمكانية استلام الدفعات من خلال خدمات تحويل الأموال على المستوى الدولي، وذلك بتحصيلها من الوكيل المحلي للشركة المتعامل معها في ظرف يوم على الأكثر، وهذا يعني أن العميل لن يضطر لانتظار وصول الشيك عبر البريد. وأيضا هناك ميزات أخرى وهي أن رسومه المصرفية منخفضة. كما توفر الشركة للعميل الذي يتعامل معها اختيار الدفع النقدي بالعملة التي تريدها سواءً بالدولار الأمريكي أو بالعملة المحلية. واهم وسيط في هذا الشأن هو"*Western Union*". مقال بعنوان "وسائل الدفع الالكترونية" منشور على الرابط التالي: تاريخ الإطلاع: 2017/01/15 الساعة: 23:15 / تاريخ النشر: 2016/11/06 الساعة: 07:30 http://mawdoo3.com

[386] إن عملية تحويل الأموال إلكترونياً (*Electronic Fund Transfer EFT*) بين أطراف العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت تتم بواسطة جمعية الاتصالات المالية بين البنوك "Swift" أو عن طريق شبكة الاتصالات بين البنوك والتي يطلق عليها مشروع بوليرو "*Bolero Project*"، وتمشياً مع طرق الدفع الإلكتروني ظهرت مجموعة من الخدمات البنكية الإلكترونية، مثل خدمة التوكيل الإلكتروني "*Factoring*"، وخدمة الصرَّاف الآلي (*ATM*) *Automatic Teller Machine* وخدمة نقاط البيع (*POS*) *Points Of Sales* وخدمة الحصول على الأعمال البنكية من

يتم تنفيذ العقد عن طريق الوسائط الإلكترونية؛ فالعقد الإلكتروني يتم إبرامه عبر شبكة الإنترنت، وكذلك يتم تنفيذه عبرها، دون حاجة للوجود المادي الخارجي للأطراف أو محل التعاقد. فبعض المنتجات تسلم تسليماً حكمياً: مثل برامج الحاسب، والتسجيلات، والكتب، وكذلك بعض الخدمات مثل: الاستشارات الفقهية، والقانونية، والطبية، حيث يكون بإمكان العميل نسخ البرنامج (*Software*) على شبكة الإنترنت عن طريق تنزيل البرنامج (*Download*)[387].

ثانيا.– العقد الالكتروني هو عقد مبرم عن بعد:

لا جدال في أن العقد الإلكتروني يتم عن بعد، وهو بذلك ينتمي لطائفة العقود عن بعد[388]، لأن الأصل في التعاقد أن يكون بين حاضرين في مجلس عقد واحد، إلا أنه لا يمنع من التعاقد بين غائبين التعاقد عن بعد، بمعنى أن تبرم العقود دون الحضور المادي المعاصر لطرفي العقد، وذلك واقع تقره كثير من التشريعات[389]. ومن ذلك ما ورد في المادة السادسة الفقرة الثانية من قانون التجارة الالكترونية الجزائري بقولها: "*...ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصرياً لتقنية الاتصال الالكتروني*". ولما كانت العقود في التجارة الإلكترونية تعتمد على مفاهيم البعد وعدم تواجد أطراف العقد معا وقت نشأته، فهي تتم عن طريق تقنيات الاتصال الحديثة المختلفة، التي تحقق الاتصال بين الأطراف دون أن يتطلب ذلك الالتقاء المادي بينهم.

إن العقد الالكتروني يتم عن طريق تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد، سواء تعلق الأمر بإبرام العقد أو تنفيذه، أي تم العقد بين غائبين نظرا لوسيلة الاتصال بينهما، ولا يمنع تكييف العقد عن بعد وجود الوسيط الإلكتروني. وعدم وجود المتعاقدين في مجلس عقد واحد ليس هو الذي يميز التعاقد بين غائبين، وإنما الذي يميزه هو أن تفصل فترة من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب به[390]. لذا ذهب البعض إلى القول بأن التعاقد الذي يتم من خلال شبكة الإنترنت هو تعاقد بين حاضرين، لأن أطراف التعاقد على اتصال مباشر في نفس التوقيت وعلى نفس المكان بواسطة شبكة الإنترنت[391].

المنزل أو المكتب *Home & Office Bank*، والتي يمكن الحصول عليها عن طريق الهاتف المزود بشاشة "*Smart Phone*"، وخدمات المقاصة الإلكترونية "*Automatic Clearing House*"...

[387] باشي أحمد، واقع وآفاق التجارة الالكترونية، مجلة الإدارة، عدد 26، الجزائر، 2001، ص.70.

[388] BERNARD Siouffi, Table Ronde, Enjeux Et Defis Du Commerce Electronique, Gaz.Pal, 1998, p.79.

[389] المادة 67 من القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل والمتمم: "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يكن اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".

[390] عبد الرزاق السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني*، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، العقد، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص.304.

[391] أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص.155.

وأهم ما يميز العقود عن بعد أنها أعطت حماية للمستهلك إذا انعقد العقد بين تاجر وطرف ثان لا يتعاقد في نطاق نشاطه المهني[392]. وفي الحقيقة أن وضع مثل هذه القواعد الخاصة في التعاقد عن بعد له ما يبرره، وذلك لأن التعاقد بين حاضرين يسهل فهم المتعاقدين بعضهم البعض وخصوصا الطرف الضعيف منهم. حيث أن هذا الحضور يسمح لكل منهما التحقق من شخصية الأخر، وتاريخ وساعة التعاقد، وسلامة المستندات ومطابقتها للمواصفات المطلوبة، أما في حالة التعاقد عن بعد فلا يتمكن المتعاقد من التحقق من شخصية المتعاقد الأخر وأهليته، وما تثيره هذه المسألة من إشكاليات أخرى مرتبطة بانعقاد العقد عبر الإنترنت، ويترتب على ذلك أيضا عدم تمكن المشتري من معاينة السلعة التي ينوي شراءها معاينة شخصية ومباشرة.

كل هذه الأسباب دفعت بكثير من المشرعين، وخصوصا التشريعات التي وجدت لحماية المستهلك، إلى إعطاء مهلة معينة يسمح له خلالها إرجاع المعقود عليه بدون أن يترتب عليه أية جزاءات، وبدون أن يدفع أية غرامة، ودون الحاجة إلى بيان سبب التراجع كما سنرى لاحقاً[393]. كما يمكن أن يتم العقد بواسطة وسائل الاتصال الحديثة والسريعة مثل التليفون والتليفزيون والفاكس والتلكس والكمبيوتر وما شابهه[394]. وما يميز التعاقد عن طريق الإنترنت عن غيره من الطرق الأخرى كالتليفزيون سمة النشاط الحواري، والتي تسمح بتحقيق بعض الخدمات فورا على الشبكة كالحصول على المعلومات، كما يمكن التعاقد عبر الإنترنت من محو تلك الفترة الزمنية بين تعبير كل من المتعاقدين عن إرادته ووصول هذا التعبير للطرف الأخر.

– ما طبيعة مجلس العقد في التعاقد الالكتروني؟[395]

العقد الإلكتروني يتم إجراؤه بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي، فمجلس العقد الحقيقي هو ذلك المجلس الذي يكون فيه طرفا التعاقد حاضرين معاً في مكان واحد، وزمان واحد، ويتبادلان الإيجاب والقبول شفاهة وبطريقة مباشرة، بحيث يكون وجودهما معاً وجوداً مادياً محسوساً، ويسمى التعاقد في هذه الحالة بالتعاقد بين الحاضرين[396]. ومجلس العقد في التعاقد الإلكتروني مجلس حكمي، ويقصد به المجلس الذي يكون أحد المتعاقدين غير حاضر فيه، ويتم التعاقد فيه عن طريق الكتابة أو الرسول أو ما يقوم مقامهما. والمعروف تحت مسمى "*التعاقد بين غائبين*"[397]، لذلك فإن تبادل الإيجاب والقبول إلكترونياً وعبر شبكة الإنترنت يجعل من طرفا

---

[392] أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص.41.

[393] مصطفى موسى العجارمة، *التنظيم القانوني للتعاقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت*، ط.1، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص.82.

[394] أحمد السعيد الزقرد، *حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التليفون*، عدد 03، بحث منشور بمجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة التاسعة عشرة، سبتمبر1995 ، ص.20.

[395] بما أن العقود الإلكترونية من العقود المبرمة عن بعد، فإنها تثير بعض النقاط لا تحصل في العقود المبرمة بين الحاضرين ومنها على سبيل المثال لغة تقرير العقد والتوقيت الذي يعتد به لحظة إبرام العقد الإلكتروني.

[396] جابر عبد الهادي سالم الشافعي، *مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي*، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص.238.

[397] المرجع نفسه، ص.525.

التعاقد في مكانين مختلفين، وقد يكونان في زمنين مختلفين بحيث يخاطب أحدهما صاحبه نهاراً بينما يخاطبه الآخر ليلاً.

والعقد الإلكتروني إما أن يكون معاصراً، أي أن الإيجاب والقبول يتمان في زمنين متقاربين، وفي هذه الحالة يكيَّف بأنه عقد فوري. وإما أن يكون غير معاصر، أي أن الإيجاب والقبول لا يجمعهما زمان واحد، وفي هذه الحالة يكيَّف بأنه عقد متراخٍ. والجدير بالذكر أن العقد الإلكتروني فيه شبه ببعض العقود التي تتم عن بعد، مثل: التعاقد بالمانتيل (*Minitele*) أو الفاكس، أو التلفون، أو المراسلة (الكتلوج).

ثالثا.– البعد الدولي للتعاقد الالكتروني:

تمتاز تقنيات الاتصالات الإلكترونية بكونها عابرة لحدود، وهي تقنيات بحرية عبر الحدود لتشمل مختلف الدول بدون حواجز، ولذلك فإن العلاقات القانونية الناشئة عن المعاملات الإلكترونية لا تنحصر بمكان أو بدولة واحدة بل تتعداها لتشمل أرجاء العالم، فقد يكون البائع مثلا بفرنسا والمشتري في سوريا والمنتج في الجزائر. وقد يكون العقد الإلكتروني داخليا إذا تم انعقاده داخل إقليم الدولة وبين متعاقدين إلى نفس الدولة، كما قد يكون دوليا وفقا لأحد معيارين، قانوني واقتصادي، فبمقتضى المعيار القانوني يكون للعقد طابع دولي إذا كان المتعاقدون ينتمون إلى دول مختلفة ويتواجدون في هذه الدول. أما بمقتضى المعيار الاقتصادي يكون للعقد طابع دولي إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية، عن طريق استيراد السلع والمنتجات والخدمات عبر الحدود[398].

إن دولية العقد هي الشرط الضروري لإمكان اختيار الأطراف للقانون الذي يسري عليه، فلا يمكن الحديث عن القانون واجب التطبيق إلا بعد التأكد من الصفة الدولية للعقد الذي يثير دون سواه مشكلة تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي بشأنه. ومن المعلوم أن تكييف الرابطة العقدية وتحديد وصفها، من حيث كونه عقدا دوليا أم لا، هي مسألة قانون يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة القانون[399].

والجدير بالذكر أنه وبصدد تكييف العقد الإلكتروني، اختلف الفقه حول مفهوم الصفة الدولية فيه، ويرجع اختلافهم لصعوبة توطين العلاقات القانونية التي تنشأ عن العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية وخصوصا العقد المبرم عبر شبكة الانترنت[400].

---

[398] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص.74؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص.43-44.

[399] محمد حسين منصور، *العقود الدولية*، ط.1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، (دون.سنة.النشر)، ص.11؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص.44.

[400] زياد خليف شداخ العنزي، *تنازع القوانين في المعاملات الإلكترونية*، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 2008، ص.208.

رابعا.– يغلب على التعاقد الإلكتروني الطابع التجاري والاستهلاكي:

يغلب على العقود الإلكترونية الصفة التجارية الاستهلاكية، لأن أغلب معاملات التجارة الإلكترونية عبارة عن عقود بيوع استهلاكية. وكونه استهلاكي لأن سمته البارزة هي الاستهلاك، فهو غالباً ما يقع بين تاجر أو مهني ومستهلك، وبما أنه في غالبه عقد استهلاكي فإنه يخضع للقواعد الواردة بقوانين حماية المستهلك، على نحو ما جاء به التوجيه الأوروبي بشأن حماية المستهلك رقم 97/07 وكذا قانون الاستهلاك الفرنسي[401]. وكونه عقد تجاري يطلق عليه عادة تسمية "*عقد التجارة الإلكترونية*" وهو يدور غالبا في نطاق عقود البيع أو تقديم الخدمات أو الإجارة، أو الوساطة أو السمسرة، أو الضمان أو القرض، وسواها من العقود.

ولكن يثور التساؤل تطبيقا للقاعدة العامة في الصفقة التجارية للعقد الإلكتروني، *عما إذا كان هذا العقد تجاريا في جميع الأحوال وبالنسبة إلى طرفيه، أو أن هذا العقد عقد مدني أو ذو طابع مختلط؟*

لأن العقد الإلكتروني أهم وسيلة لممارسة التجارة الإلكترونية[402] يطلق عليه تسمية: "*عقد التجارة الإلكترونية*"، وتعرف هذه المعاملة التجارية بأنها: "*تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية التي تتم بين مشروع تجاري وأخر أو بين تاجر ومستهلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات*"، هذا ما ساهم في تطوير الأعمال التجارية ونجاح المشروعات التجارية[403].

يمكن القول بأنه بالنسبة إلى مقدم الخدمة يعتبر هذا العقد تجاريا، لأن مقدم الخدمة يبتغي تحقيق الأرباح عن طريق التوسط بين فئتين، وهذا هو المعيار الأساسي لوصف الأعمال بالصفة التجارية. أما بالنسبة إلى العميل، فيختلف الأمر بين أن يكون تاجرا أو غير تاجر، فإذا كان تاجرا يعد العقد بالنسبة إليه تجاريا بالتبعية، أما إذا لم يكن تاجرا كما لو كان باحثا أو أستاذا جامعيا أو محاميا، فلا يكون هذا العقد تجاريا بل مدنيا. وبذلك، فإن عقد الدخول إلى الشبكة يعتبر عقدا مختلطا، إذا تم التعاقد بين مقدم الخدمة التاجر والعميل الذي يقوم بعمل مدني[404].

---

401 خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص.54.

402 التجارة الإلكترونية ليست تلك التجارة بالأجهزة الإلكترونية، بل هي المعاملات والعلاقات التجارية التي تتم بين المتعاملين فيها من خلال استخدام أجهزة ووسائل الكترونية.

403 مقتبس من، بشار محمد دودين، *الإطار القانوني المبرم على شبكة الإنترنت*، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص.75.

404 الياس ناصيف، المرجع السابق، ص.43.

المبحث الثاني

إبرام العقد الالكتروني

عرف المشرع الجزائري العقد في المادة 54 (معدلة)[405] من القانون المدني على أنه: "*العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما*[406]"، فعلى ذلك فالعقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، فالرضا أو التراضي هو قوام العقد، والتراضي ينصرف إلى إنشاء الالتزام وكل التزام لابد أن يكون له من محل وسبب وهذا هو العقد التقليدي وفقا للنظرية العامة للالتزام. ولهذا فإن العقد الإلكتروني لا يختلف عن العقد العادي في أركان انعقاده وشروط صحته والأثر المترتب عليه من حيث المسئولية وإنما يختلف عنه في الوسيلة التي يتم بها إبرامه إذ يكتسب الطابع الإلكتروني من الطريقة التي ينعقد بها فينعقد بتلاقي الإيجاب بالقبول بفضل التواصل بين المتعاقدين بوسيلة مرئية مسموعة عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، ومتى كان العقد الإلكتروني لا يعدو أن يكون عقداً عادياً لا يختلف عنه إلا في الطريقة التي ينعقد بها عبر وسائل الاتصال الحديثة. إلا انه يختلف عنه بوسيلة إبرامه إذ أنه عقد يبرم بين غائبين عن بعد باستخدام وسائط إلكترونية حديثة[407].

وعليه، سنتطرق إلى الخصوصية التي تميز عملية التعاقد الالكتروني، وهذا ما يدفع إلى التساؤل عما إذا كان الاختلاف في الوسيلة التي تبرم بها هذه العقود من شأنه أن يولد اختلافا في الأحكام القانونية التي تحكم أركانه. ولا يكون ذلك إلا بالحديث عن مراحل وأطوار التراضي الالكتروني التي تبدأ بالمفاوضات العقدية وما تطرحه هذه الأخيرة من مسألة الاعتراف الفقهي والتشريعي بها كمرحلة ما قبل تعاقدية، يضاف إلى ذلك طريقة التعبير عن الإرادة وخصوصية الإيجاب والقبول الالكترونيين. كما لا ننسى كذلك الزوبعة الفقهية التي أثارها مجلس العقد الالكتروني فيما يخص تحديد زمان ومكان الانعقاد، يضاف إلى كل هذا مسألة صحة العقد لاسيما وأننا بصدد نشاط تعاقدي ينساق ضمن بيئة الكترونية مفتوحة على كل الاحتمالات كالتمويه وإخفاء

---

[405] عدلت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في من 20 جوان سنة 2005، الجريدة الرسمية عدد 44، ص.21.

حررت في ظل الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 من سبتمبر سنة 1975 كما يلي: "*العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين*، بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء *ما*".

[406] المادة 54 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[407] لزهر بن سعيد، *النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية*، المرجع السابق، ص.70.

Voir Aussi : MOREAU Nathalie., *La Formation du Contrat Electronique Dispositif de Protection du Cyberconsommateur Et Modes Alternatifs de Règlement des Conflits*, Mémoire DEA , Droit des Contrats، Faculté des Sciences Juridiques, Politiques Et Sociales, Université de Lille 2, Lille, 2003. Disponible à: http://edoctorale74.univ-lille2.fr/fileadmin/master_recherche/T_l_chargement/memoires/affaires/moreaun03.pdf

الهوية والنصب، لان الطرف الأخر موجود خلف ستار الكتروني غامض. لهذا سنتطرق كذلك إلى جملة التأثيرات المتفاوتة لوسائل التعاقد الالكتروني على البناء التقليدي للعقد ممثلا في عيوب الرضا، لاسيما وان للأهلية خصوصية في التعاقد الالكتروني وما يرتبط بها كمسألة تحديد هوية المتعاقد الأخر المتستر وراء الشاشة، إضافة إلى الاشتراطات المتعلقة باركان العقد وتميزها في عالم التجارة الإلكترونية. لذلك يثار الإشكال حول مدى استيعاب النظرية العامة للعقد في جانب التراضي مع طريقة التعاقد بالوسائل الالكترونية الحديثة، وكذا الحلول المناسبة لتحقيق سلامة الرضا؟

لمناقشة الإشكالية والإحاطة بموضوع البحث سنتناول بدايةً مرحلة التفاوض الالكتروني (**المطلب الأول**). ثم سنعرج إلى الحديث عن مرحلة التراضي الالكتروني (**المطلب الثاني**). ثم أخيراً سنتطرق إلى صحة التراضي الالكتروني (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول
مرحلة التفاوض الإلكتروني

يتصف التفاوض عموما بميزة المراوغة والذكاء التعاقدي، بحيث كل طرفاه إلى تحقيق مصالحه الايجابية وطموحاته على حساب الطرف الآخر، لهذا تعد عملية التفاوض أو المرحلة السابقة على إبرام العقد من أهم مراحله وأخطرها على الإطلاق، لما تحتويه من تحديد لأهم ومعظم التزامات وحقوق طرفي العقد. فموضوع التفاوض مازال يثير الكثير من الإشكالات، سواء منها ما يتعلق بالإخلال بالالتزامات المحددة في ظل هذه المرحلة، أو ما يتعلق منها بنطاق ونوع المسؤولية المدنية التي تنشأ في حالة عدم بلوغ الغاية من المفاوضات. أفضى إلى ظهور العديد من المسائل ومن أهمها تحديد معنى التفاوض الالكتروني (**الفرع الأول**). ومن ثمة أهميته (**الفرع الثاني**). ثم التنظيم التشريعي له (**الفرع الثالث**). ثم مراحله (**الفرع الرابع**). وكذا الالتزامات الناشئة عنه (**الفرع الخامس**). وأخيرا التحديات التي تواجه التفاوض الالكتروني (**الفرع السادس**).

الفرع الأول
تحديد معنى التفاوض الالكتروني

المفاوضة لغة هي: "*المساومة والمشاركة، وتفاوض الرجلان في المال إذا اشتركا فيه والتفاوض مشتق من الفعل فوّض، يقال فوَّض إليه الأمر أي صيَّره إليه، وفاوضه في الأمر أي جاراه، وتفاوض القوم في الأمر أي*

شارك بعضهم بعضا فيه، ويقصد به كذلك كل حوار أو مناقشة أو تفاعل بين طرفين أو أكثر بصدد موضوع معين كحسم الخلاف أو التوفيق بين المصالح المتعارضة والوصول إلى اتفاق بشأنه"[408].

أما اصطلاحا فهناك محاولات عديدة من الفقهاء لإرساء معنى محدد للتفاوض فعرفه البعض بأنه: "*العملية التي تتضمن سلسلة من المحادثات وتبادل وجهات النظر وبذل العديد من المساعي بين الطرفين المتفاوضين بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن صفقة معينة*"[409]. وعُرِّف أيضاً بأنه: "*حوار أو تبادل مقترحات بين طرفين أو أكثر بهدف التوصل إلى اتفاق يؤدي إلى حسم قضية أو قضايا نزاعية بينهم وفي الوقت نفسه تحقيق المصالح المشتركة فيما بينهم أو المحافظة عليها*"[410]. وثمة تعريف آخر للتفاوض بأنه: "*قيام أطراف العلاقة العقدية المستقبلية بتبادل الاقتراحات والآراء والدراسات والتقارير الفنية والاستشارات القانونية ومناقشة ما يضعانها سوية أو ينفرد بوضعها احدهما من اقتراحات وأراء بغية الوصول إلى أفضل النتائج التي تحقق مصالحهما ولتحديد ما يسفر عنه الاتفاق النهائي بينهما من حقوق والتزامات على كل منهم*"[411]. وهناك من الفقه من عّرف الدعوى إلى التفاوض بأنها: "*هي عرض موجه إلى شخص معين أو غير معين بقصد الدخول في مناقشات الهدف منها إبرام عقد ما ويحاول كل طرف في هذه الفترة أن يحدد مضمونا للتعاقد وفق ما تقتضيه مصلحته باذلاً في ذلك ما في وسعه من طاقة وبراعة*"[412].

ومن جهتها، عرفت محكمة باريس في حكمها الصادر في 23 من ماي سنة 1992 عقد التفاوض بقولها: "*هو عقد بمقتضاه يلتزم أطرافه بنية أو متابعة التفاوض بحسن نية حول شروط عقد يبرم في المستقبل*"[413].

---

[408] مقتبس من، جمال الدين ابن منظور الأنصاري، *لسان العرب*، الجزء الخامس، ط.2، دار صادر، بيروت، 1992، ص.170.

[409] مقتبس من، بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص.36.

[410] مقتبس من، نادر أحمد أبو شيخة، *أصول التفاوض*، ط.3، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2010، ص.22؛ وأشار إليه كذلك، نبيل إسماعيل الشبلاق، *الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد: دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا*، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، عدد 02، 2013، ص.309.

[411] مقتبس من، عبد الباسط جاسم محمد، *إبرام العقد عبر الانترنيت*، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص.153؛ وأشار إليه كذلك، خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص.267.

[412] مقتبس من، سليمان دايح براك الجميلي، *المفاوضات العقدية: دراسة مقارنة*، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 1998، ص.6.

[413] مقتبس من، عقيل فاضل حمد الدهان؛ و منذر إبراهيم حسين الحلي، *الإطار القانوني لعقد التفاوض الالكتروني*، جامعة أهل البيت، العراق، عدد الثامن. تاريخ الاقتباس: 2016/06/15، متاح على الرابط التالي:
www.ahlbaitonline.com/karbala/New/html/research/research.php?ID=139

يتضح لنا من خلال التعاريف أعلاه أن التفاوض هو محادثة وتبادل وجهات نظر بين طرفين للتوصل إلى اتفاق وتضييق شقة الخلاف بينهما وتربطهم مصلحة مشتركة لأجل إبرام العقد مستقبلاً ترافقه في ذلك عناصر دفع وتعطيل بين طرفا التفاوض.

أما التفاوض الالكتروني فقد عرفه جانب من الفقه بأنه: "*التحاور والمناقشة وتبادل الأفكار والآراء والمساومة بالتفاعل بين الأطراف من خلال الاتصال المباشر أو تبادل البيانات الكترونيا عبر البريد الالكتروني، وذلك من أجل الوصول إلى اتفاق معين حول مصلحة أو مشكلة ما*"[414]. وطالما أن التفاوض الالكتروني يتم بين طرفين لا يجمعهما مجلس واحد، حيث في الغالب ما تصدر المبادرة أو الدعوة للتفاوض من شخص أو شركة خارج حدود الدولة التي يقيم على إقليمها الطرف الأخر. لذا نجد البعض عرفه بأنه: "*تبادل بدون حضور مادي متزامن لأطراف التفاوض باستخدام وسيلة سمعية بصرية للاتصال عن بعد، للاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهما عل بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف للتعرف على ما يسفر عليه الاتفاق من حقوق والتزامات*"[415].

بناء على ما سلف بيانه، يمكن القول بأن التفاوض الالكتروني هو المرحلة التمهيدية التي تتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد بين الأطراف المتفاوضة من خلال الوسائط الالكترونية، وهذا ما يميزه عن التفاوض التقليدي الذي يتم بالاتصال المباشر لأطراف التفاوض، بخلاف التفاوض الالكتروني الذي يتم عن بعد من خلال الوسائل الحديثة للاتصال عن بعد. حيث وفرت التكنولوجيا الحديثة وسائل اتصال مباشرة بالغة التقدم، وذلك بفضل الأقمار الصناعية والألياف البصرية[416]. ويجري التفاوض عبر الهاتف الدولي المباشر والهاتف المرئي ومؤتمرات الفيديو وشبكات الإنترنيت، ولا شك انه بهذا يوفر السرعة ويقتصد التكاليف

---

[414] مقتبس من، خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص.268.

[415] مقتبس من، عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون التعاون الدولي، المركز الجامعي العقيد آكلي محند أولحاج، البويرة، 2012، ص.19.

[416] الألياف الضوئية أو البصرية (**Optical Fiber**) هي ألياف شفافة مرنة مصنوعة من الزجاج النقي (*السليكا*) أو البلاستيك، بقطر أثخن قليلا من قطر شعرة الإنسان، وتستخدم في الاتصالات الضوئية البصرية، لما تتميز به من قدرة على البث لمسافات أبعد وبأمواج طولية أعلى (معدل نقل بيانات) من كبلات الأسلاك التقليدية. تاريخ الاقتباس: 2017/07/20، متاح على الرابط التالي:
http://www.aljazeera.net/encyclopedia/conceptsandterminology/2017/4/21/

والمشقة، إلا انه لا يسمح بالتعرف على الطرف الأخر بشكل كامل، ولا يوفر نفس الثقة التي يوفرها التفاوض وجها لوجه[417].

وتستمد المفاوضات شرعيتها من مبدأ سلطان الإرادة الذي هو نتاج للمذهب الفردي في الالتزام الذي نادى بأن يترك القانون للإرادة الفردية تنظيم المعاملات في المجتمع دون أي تدخل منه، فالإرادة الحرة هي أساس العقد ومنها يستمد قوته الملزمة[418]، وقد ترتب على اعتناق مبدأ سلطان الإرادة ما مؤداه أن كل شيء قابل للتفاوض بمعنى أن كل عقد قابل للتفاوض من جانب الطرفين.

وحرية التفاوض كقاعدة عامة لها بعض الاستثناء في أصناف محددة من العقود، هذه الحرية لا تقتصر فقط على تحديد متى يتم الدخول في المفاوضات ومع من يجري التفاوض بهدف إبرام العقد بل تمتد تلك الحرية إلى تحديد كيفية بذل الجهود ومدى استمرارها وليس هناك شرط يمكن فرضه دون تفاوض[419].

وإذا كان هناك إجبار قانوني على التعاقد في بعض العقود كالعقود المفروضة أو الموجهة فإنه لا يمكن أ ن يكون هناك إجبار على التفاوض لأنه يقوم أساسا على التعاون وحسن النية، و هو ما لا يتصور في حالة الإجبار والإكراه، وهذا ما يبدو جليا في مجال المعاملات الإلكترونية حيث تتسم بالطابع الإرادي الحر[420].

الفرع الثاني

أهمية التفاوض الالكتروني

وتكمن أهمية التفاوض في أنه وسيلة للتفاهم وتقريب وجهات النظر بين الأطراف، حيث تلعب دورا وقائيا بالنسبة لمرحلة العقد والحد من أسباب النزاع في المستقبل، وكذلك معرفة كل طرف بظروف العملية التعاقدية ومجال حقوقه او التزاماته، غير أن أهمية التفاوض تظهر بصورة خاصة في العقود التجارية أو الصناعية التي يمتد تنفيذها لفترة زمنية طويلة، ومن ناحية كونه وسيلة فعالة لإعادة التوازن العقدي في حالة تغير الظروف ويطلق عليه مصطلح هارد شيب (*hardship*) للتعبير عن المشقة أو الأزمة التي يمر بها العقد نتيجة تغير

---

[417] محمد حسين منصور، *العقود الدولية*، المرجع السابق، ص.45.

[418] وهذا ما نصت عليه المادة 106 من القانون المدني الجزائري، المقابلة للمادة 1134 من القانون المدني التي جاء فيها: " *العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله، إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي قررها القانون*" ، وهي تطابق المادة 147 من القانون المدني المصري والمادة 148 من القانون المدني السوري.

[419] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص.212.

[420] محمد حسين منصور، *العقود الدولية*، المرجع السابق، ص.29.

الظروف التي أبرم في ظلها[421]. كما أن التفاوض يخفف من الصعوبات والحدة المميزة للعقود النموذجية، والتي تتضمن شروطا عامة لا تقبل المفاوضة بشأنها[422].

وتبرز أهمية التفاوض كذلك في أنه يضع العقد الإلكتروني في صياغة قانونية خاصة به، وذلك بمروره بمراحل عديدة من المفاوضات، كما أنه في هذه المرحلة يتم التأكد من هوية الشخص المتعاقد مبدئيا كون أن العقد الإلكتروني هو من العقود المبرمة عن بعد، أي ينعدم فيه الوجود المادي للطرفين.

إضافة إلى ذلك، فالتفاوض في العقود الإلكترونية يعمل على توفير الزمن والنفقات، كما أنه يساهم في التحديد الدقيق للحقوق والالتزامات بين أطراف العقد، إذ أنه وخلال فترة التفاوض يقوم الطرفين بدراسة جميع نقاط العقد، محاولين إزالة الإبهام قدر المستطاع فيما يخص الالتزامات والمبادئ التي تحكم علاقاتهم التعاقدية[423]. إذ تتضمن العقود الالكترونية الكثير من الجوانب الفنية الدقيقة التي تستدعي الدقة والتحري على نحو يكسب التفاوض حيويته ويحفظ مكانته التعاقدية[424].

للعملية التفاوضية أهمية في عملية تفسير العقد، فمن خلال التفاوض يستأنس القاضي في معرفة المقاصد الحقيقية للمتعاقدين في حالة غموض أو وجود نقص في بنود العقد بالمفاوضة، إذ تعد كقرينة قضائية أو كظرف من الظروف الواقعية التي تحيط بالنزاع[425].

خلاصة القول هو أن المفاوضات قد أصبحت ذات أهمية بالغة في العقود الإلكترونية خاصة في العقود المستمرة والمركبة وذات القيمة المالية الكبيرة، حيث قد يستغرق التفاوض على مثل هذه العقود فترات زمنية طويلة مما يجعل العناصر التي تم الاتفاق عليها في مرحلة التفاوض مرتبطا ارتباطا كبيرا بالعقد النهائي[426].

---

[421] رجاء نظام حافظ بني شمسه، *الإطار القانوني للتحكيم الإلكترون: دراسة مقارنة*، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، 2009، ص.23.

[422] محمد فواز المطالقة، *الوجيز في عقود التجارة الالكترونية*، ط.3، دار الثقافة، عمان، 2011، ص.48.

[423] لما عبد الله صادق سلهب، *مجلس العقد الإلكتروني*، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008، ص.51.

[424] محمد حسين منصور، *العقود الدولية*، المرجع السابق، ص.44-45.

[425] إيناس مكي عبد نصار، *التفاوض الإلكتروني: دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة*، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، عدد 3، المجلد 21، ص.952.

[426] Cf. GAUTRAIS (V)., *Le Contrat Electronique International, Encadrement Juridique*, éd. Delta., 2ème éd., 2003, p.161.

الفرع الثالث

التنظيم التشريعي للتفاوض الالكتروني

إن المشرع الجزائري رغم التعديلات التي جاء بها القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 من جوان سنة 2005 سالف الذكر، وكذا القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 من ماي سنة 2007[427]، التي مست القانون المدني في بعض مواده، لم يهتم بمرحلة التفاوض. فقد أغفل تنظيم الالتزام قبل التعاقدي (*L'obligation Pré-contractuelle*)، كما أنه سكت عن حماية المتعاقد في المرحلة السابقة على التعاقد، تاركا الأمر بيد القضاء الذي مازال يعتبر مرحلة التفاوض مجرد عمل مادي غير ملزم[428] (*Fait juridique*)، لا يترتب عليه أي أثر قانوني ولا ينشئ على عاتق الطرفين أي التزام[429]. وليس أمام المتفاوض المضرور من جراء عملية التفاوض سوى اللجوء إلى طريق المسؤولية التقصيرية وفق المادة 124 من القانون المدني الجزائري، وهي مهمة صعبة وشاقة في الكثير من الحالات، إذ قد يفشل الطرف المضرور في إثبات توافر عناصر هذه المسؤولية، وخاصة إثبات الخطأ قبل التعاقدي اللازم لقيام المسؤولية المدنية قبل التعاقدية، وهكذا تضيع حقوق المتفاوض المضرور سدى[430].

كان يستحسن أن تتضمن هذه التعديلات المهمة التي أوردها المشرع الجزائري، نصا صريحا على الالتزام بالتفاوض بحسن نية، وبحرية كل طرف في مرحلة المفاوضات[431]، وتنظيم المسؤولية عن قطع المفاوضات دون سبب جدي، وذلك لحماية الطرف الضعيف في المفاوضات، في عصر محفوف بالمخاطر والمشاكل، يغلب فيه أن يستبق إبرام العقود التجارية ذات الأهمية المالية، إجراء مفاوضات طويلة وشاقة بشأنها[432].

---

[427] القانون رقم 07-05، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 2007/05/13، عدد 31، ص.3، *يعدل ويتمم الأمر رقم 75-85* المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 *والمتضمن القانون المدني*.

[428] المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 2000/05/24، ملف رقم 223852، المجلة القضائية، 2001، عدد 1، ص.138.

[429] بلحاج العربي، *الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري*، دار وائل للنشر، ط.01، 2010، ص.37.

[430] Cf. CEDRAS (J). , *L'Obligation de Négocier*, R.T.D. com., 1985, P.276; et SCHMIDT (J)., *Négociation et Conclusion des Contrats*, Dalloz, 1982, p.827.

[431] انفرد القانون الألماني بتنظيم المسؤولية عن الخطأ في مرحلة التفاوض، متأثرا بأفكار الفقيه الكبير إهرنج عن الخطأ في تكوين العقد، حيث يعتبر الفقيه الألماني اهرنج متزعم نظرية الخطأ عند تكوين العقد -بما فيها مرحلة التفاوض- التي أسست رأيها على نظرية الخطأ عند تكوين العقد على اعتبار أن الخطأ في مرحلة التفاوض هو خطا عقد. للمزيد من التفصيل، راجع جمال عبد الرحمان محمد علي، *المسؤولية المدنية للمتفاوض نحو تطبيق القواعد العامة على المسؤولية للمتفاوض عبر الانترنت*، ط.1، درا النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص.33-34.

[432] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.38.

ومن المعلوم أن القانون المدني الجزائري أشار إلى أبرز صور المرحلة التمهيدية السابقة إلى التعاقد، وذكر منها خاصة الاتفاق الابتدائي على المسائل الجوهرية أو الأساسية للعقد حسب المادة 65 من القانون المدني، والوعد بالتعاقد وفق نص المادة 72 من نفس القانون، وذكر العربون بالمادة 72 مكرر المضافة بالقانون رقم 05-10 سالف الذكر، وهي الصور التي يعقبها غالبا إبرام العقد النهائي الذي يحل محلها. وتكون العبرة بين الطرفين بالشروط والبنود الواردة في العقد النهائي، ولو اختلفت عن الشروط الواردة في العقود التمهيدية أو التحضيرية السابقة على إبرام العقد. على أنه يشترط لإحداث مثل هذا الاختلاف ضرورة اتفاق كل من الطرفين على التعديل حسب المادة 106 من القانون المدني[433].

الفرع الرابع

مراحل التفاوض الإلكتروني

حتى يؤتى التفاوض ثماره المتمثلة في إبرام العقد الإلكتروني تمر مرحلة التفاوض الإلكتروني بثلاثة مراحل هي:

أولا.– دراسة الجدوى (تحديد السلع والخدمات):

يجري العميل دراسة الجدوى المتعلقة بأداء الخدمة المعلوماتية التي ينوي الحصول عليها، وترتكز هذه الدراسة على النقاط والأسس الجوهرية المنتظرة في الخدمة المعلوماتية، ولو تطلب ذلك الاستعانة بخبير للنصح والإرشاد[434]. لذلك يجب على العميل أو المستهلك أن يستظهر بيان السلع والخدمات التي يرغب بشرائها أو الانتفاع بها، ومن ثمة يتم التفاوض على أساسها، يظهر ذلك بوضوح في عقود المعلوماتية حيث يلزم المورد باختيار المعدات والبرامج المناسبة لظروف ورغبات العميل أو المستهلك[435].

ثانيا.– تحرير دفتر الشروط (وثائق التفاوض):

يتعين على العميل أن يترجم احتياجاته من السلع والخدمات في إطار وثيقة مكتوبة تتضمن تحديد هذه السلع والخدمات بدقة شديدة وأهدافه والسبل المقترحة لتحقيق هذه الأهداف، أي يتعين على طرفي

---

[433] المرجع نفسه، الموضع نفسه.

[434] الياس ناصيف، المرجع السابق، ص.74.

[435] قدري عبد الفتاح الشهاوي، *قانون التوقيع الالكتروني ولائحته التنفيذية والتجارة الالكترونية في التشريع المصري والعربي والأجنبي*، ط.1، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص.102.

التفاوض تحديد مطالبهما بدقة شديدة وذلك لتفادي كل أسباب الخلافات من خلال إعداد الوثائق التفاوضية الكاملة التي تساعد على إبرام عقد ناجح[436].

ثالثا.– اختيار مقدم الخدمة (المفاضلة بين العروض):

بعد أن ينتهي العميل من تحديد احتياجاته، وإعداد وثائق التفاوض، فإنه ينتقل بعد ذلك إلى اختيار مقدم الخدمة في ضوء مختلف العقود المطروحة سواء بالاستعانة بخبير على المستوى الوطني أو عن بعد على المستوى العالمي، ويضع العميل في اعتباره أن يختار مقدما للخدمة يتمتع بسمعة حسنة وخبرة سابقة وذلك حتى يضمن في المستقبل الحصول على منتج أو خدمة جيدة تتمتع بأفضل المواصفات[437].

الفرع الخامس

الالتزامات الناشئة عن التفاوض الالكتروني

التفاوض بالطرق الالكترونية يستلزم من كلا الطرفيين المتفاوضين إبداء حرص وأمانة بالإفضاء بكل ما يحيط بالصفقة المراد إبرامها بكل وضوح وشفافية وأمانة[438]، وإزاء ذلك أشار بعض الفقه[439] بأن سيادة مبدأ حسن النية في العملية التفاوضية يتناسب عكسيًا مع الإخفاق في إبرام العقد وعدم التزام الجدية في التعامل[440]. لذلك يقع على الطرفين المتفاوضين جملة من الالتزامات تعكس حسن النية في التعاقد أهمها ما يلي:

---

[436] سمير حامد عبد العزيز الجمال، *التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة*، ط.1، دار النهضة العربية، 2006، ص.99.

[437] عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص.141.

[438] أكدت الشريعة الإسلامية الغراء على هذا المبدأ وألزمت المتعاقدين أقصى درجات الصدق والصراحة في الإخبار عن كل ما يتصل بالعملية العقدية في مرحلة تكوين العقد والمراحل اللاحقة لتكوينه فقد طرزت فحواه آيات قرآنية كثيرة منها قوله عز وجل: ﴿ **والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون** ﴾ سورة المؤمنون، الآية 08، وقوله سبحانه: ﴿ **إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها** ﴾ سورة النساء، الآية 58، وقوله عز وجل: ﴿ **يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم وأنتم تعلمون** ﴾ سورة الأنفال، الآية 27.

[439] عبد المنعم موسى إبراهيم، *حسن النية في العقود: دراسة مقارنة*، ط.1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، (بدون سنة النشر)، ص.86.

[440] شيرزاد عزيز سليمان، *حسن النية في إبرام العقود: دراسة في ضوء القوانين والاتفاقيات الدولية*، ط.1، منشورات دار دجلة، الأردن، ص.347.

أولا.– الالتزام بالتعاون:

يعد التعاون بشكل عام أحد مظاهر التفاعل الاجتماعي ونمط من أنماط السلوك الإنساني وهو يتضمن قيام الأطراف بكل الإعمال الضرورية كي ينتفع بها الطرف الأخر[441]، وبغية لتحديد الهدف والغاية الأساسية من العقد الذي يسعى طرفاه لإبرامه وبيان الاحتياجات الفعلية المباشرة من محل التعاقد يجب على طرفاه التفاوض والتعاون ليتمكن كل طرف من دراية بظروف الآخر وبيان مدى قدرته في أتمام التعاقد[442]. بالإضافة لما تحتاج إليه العملية التفاوضية مثلا المواظبة على مواعيد التفاوض والجدية في مناقشة العروض المقدمة[443].

وعليه، يقع على عاتق طرفي التفاوض تنفيذ العقد بدقة وبحسن نية، حيث يجب على العميل تحديد احتياجاته الفعلية، وأن يبين صدقه من إبرام العقد، في حين يقع على عاتق المورد تقديم كافة المعلومات والإيضاحات اللازمة عن السلع والخدمات المعروضة، وكل إخلال بهذا الالتزام يرتب المسؤولية. لهذا يتسم هذا الالتزام بالاستمرارية، فهو يبدأ من مرحلة المفاوضات إلى أن ينتهي بإتمام العقد، والوصول إلى النتيجة المرجوة من التعاقد بأفضل وجه، فالغاية من وراء هذا الالتزام هي إنشاء علاقة عقدية صحيحة خالية من أي عيب أو خلل مستقبلي[444].

ثانيا.– الالتزام بالإعلام الإلكتروني (*L'obligation D'information*):

يقصد بالالتزام بالإعلام بأنه الالتزام الذي يسبق التعاقد بحيث يلتزم أحد طرفي العقد بإعلام الآخر عن البيانات التي يجب توافرها في التعاقد ليتم إبرام عقد خالٍ من أي عيب وكامل بكافة مفرداته نتيجة لظروف واعتبارات معينة ترجع لطبيعة الشخص المتعاقد معه أو لطبيعة العقد نفسه، أو لأي اعتبار آخر يجعل من العقد مستحيلاً إذا تم كتمان بيانات محددة وضرورية في التعاون[445].

وتبرز أهمية هذا الالتزام في التفاوض مما قد يسببه إثارة القلق والغموض وعدم اليقين لكل طرف عند دخوله المفاوضات مع الطرف الآخر وقبل إبرام العقد النهائي. لذلك يجب على المتعاقدان ضرورة

---

[441] المرجع نفسه، ص.394.

[442] محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص.5.

[443] مصطفى موسى العجارمة، *التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنت*، ط.1، مطابع شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010، ص.265.

[444] محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص.51.

[445] المرجع نفسه، الموضع نفسه.

الإفضاء بكل البيانات والمعلومات الضرورية اللازمة للتعاقد لبيان وتقرير الرضا بكل مصارحة ووضوح وشفافية وأمانة، ويجب أن ترتب البيانات والمعلومات موضوع التفاوض بحسب أولويتها في النقاش وأهميتها في التعاقد مما يتيح للطرفين أثناء التفاوض توفير الوقت والجهد وعدم الإسهاب في مواضيع ثانوية بعيدًا عن طاولة النقاش والتفاوض[446].

إن المتفاوض عبر شبكة الانترنيت يقع عليه التزام أساس بإعلام المتعاقد الأخر بالبيانات والمعلومات، فإذا كان موضوع التفاوض عقدا من عقود خدمات المعلومات يجب على المتفاوض تزويد المفاوض الأخر بالشروط المتعلقة بالاستخدام، والإرشادات التي تمكنه من الاتصال الأمثل بتلك المعلومات وكيفية التعامل التقني معها[447].

ذهب المشرع الجزائري وفق القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية إلى إضفاء عناية هامة بالإعلام الالكتروني، حيث أفردت الإرادة التشريعية لذلك فصلا برمته وهو الفصل الثالث المعنون بـ "المتطلبات المتعلقة بالمعاملات التجارية عن طريق الاتصال الالكتروني"، وهذا وان دل على شيء يدل على إدراك المشرع الجزائري لمدى اختلال التوازن العقدي في العقود الالكترونية لكونها عقود تبرم عن بعد، ولذا ألزم المورد الالكتروني بالالتزام بالإعلام والإدلاء بمجموعة من البيانات والمعلومات لتنوير وتبصير إرادة المستهلك الالكتروني، من أجل إعادة التوازن العقدي في العقود الالكترونية وخاصة وأنها عقود إذعان. ويتضح ذلك جليا من خلال المادة 11[448]، حيث حمل المورد الالكتروني التزام تقديم العرض التجاري الالكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل وليس على سبيل الحصر جملة من المعلومات كرقم التعريف الجبائي، والعناوين المادية والإلكترونية، ورقم هاتف المورد الإلكتروني، ورقم رقم السجل التجاري وطبيعة، وخصائص

---

[446] احمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص.84.

[447] جمال عبد الرحمان محمد، *المسؤولية المدنية للمتفاوض*، ط.01، دار النهضة العربية، 2004، ص.46.

[448] ورد بالمادة 11 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية ما يلي: " *يجب أن يقدّم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر، المعلومات الآتية:* 1.- رقم التعريف الجبائي، والعناوين المادية والإلكترونية، ورقم هاتف المورّد الإلكتروني؛ 2.- رقم السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية للحرفي؛ 3.- طبيعة، وخصائص وأسعار السلع أو الخدمات المقترحة باحتساب كل الرسوم؛ 4.- حالة توفر السلعة أو الخدمة؛ 5.- كيفيات ومصاريف وآجال التسليم؛ 6.- الشروط العامة للبيع، لاسيما البنود المتعلقة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي؛ 7.- شروط الضمان التجاري وخدمة ما بعد البيع؛ 8.- طريقة حساب السعر، عندما لا يمكن تحديده مسبقا؛ 9.- كيفيات وإجراءات الدفع؛ 10.- شروط فسخ العقد عند الاقتضاء؛ 11.- وصف كامل لمختلف مراحل تنفيذ المعاملة الإلكترونية؛ 12.- مدة صلاحية العرض، عند الاقتضاء؛ 13.- شروط وآجال العدول؛ 14.- عند الاقتضاء؛ 15.- طريقة تأكيد الطلبية؛ 16.- موعد التسليم وسعر المنتوج موضوع الطلبية المسبقة وكيفيات إلغاء الطلبية المسبقة عند الاقتضاء؛ 17.- طريقة إرجاع المنتوج أو استبداله أو تعويضه؛ 18.- تكلفة استخدام وسائل الاتصالات الإلكترونية عندما تحتسب على أساس آخر غير التعريفات المعمول بها".

وأسعار السلع أو الخدمات المقترحة وحالة توفر السلعة أو الخدمة، وكيفيات ومصاريف وأجال التسليم، والشروط العامة للبيع، وشروط الضمان التجاري وخدمة ما بعد البيع...الخ.

ومن اجل وضع إرادة المستهلك الالكتروني في مركز رضائي مريح جاءت المادة سالفة الذكر مكملة وليست آمرة، الأمر الذي يضع المورد الالكتروني في سعة من أمره في إدراج ما يراه مناسبا من بيانات وكيفيات تجسد بحق التزامه بإعلام المستهلك الكترونياً.

أما المادة 12 فقد أشارت إلى انه: " تمر طلبية منتوج أو خدمة عبر ثلاث مراحل إلزامية:

آ.– وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الالكتروني، بحيث يتم تمكينه من التعاقد بعلم ودراية تامة؛

ب.– التحقق من تفاصيل الطلبية من طرف المستهلك الالكتروني لاسيما فيما يخص ماهية المنتوجات أو الخدمات المطلوبة والسعر الإجمالي والوحدوي والكميات المطلوبة بغرض تمكينه من تعديل الطلبية، وإلغائها أو تصحيحها...الخ؛

ج.– تأكيد الطلبية الذي يؤدي إلى تكوين العقد، ويجب أن يكون الاختيار الذي يقوم به المستهلك الالكتروني معبرا عنه بصراحة.

الملاحظ أن هذه المادة ألزمت المورد بجملة من البيانات والمعلومات التي يجب عليه أن يضمنها في العقد الالكتروني، لذلك جاءت هذه المادة آمرة من أجل حماية رضا المستهلك وتحقيق رغباته المشروعة، وتمكينه من التعاقد عن علم كافي ودراية تامة. وذهبت في نفس السياق المادة 13من هذا القانون[449].

ثالثا.– الالتزام بالنصح والإرشاد والمساعدة:

تبدو أهمية هذا الالتزام بصدد العقود التي يحتاج فيها أحد الطرفين لمعاونة الآخر بسبب تفاوت الخبرة، ولا شك في أن هذا الالتزام يقع على عاتق المفاوض المحترف بالنسبة للطرف الآخر حتى يبين له مدى ملائمة العقد من الناحية المالية والفنية[450].

ولهذا الالتزام ركنين أساسيين الركن، الأول يتمثل في الالتزام بتقديم ما تفرضه أصول حرفته من يقظة وخدمة مميزة، كتزويد الطرف الثاني بكافة الأمور المتعلقة بالعقد؛ أما الركن الثاني فهو التزام العميل

---

[449] تنص المادة 13 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية على أنه:

" يجب أن يتضمن العقد الالكتروني على وجه الخصوص المعلومات الآتية:

شروط وكيفيات التسليم، شروط الضمان وخدمات ما بعد البيع، شروط فسخ العقد الإلكتروني، شروط وكيفيات الدفع، شروط وكيفيات إعادة المنتوج،

كيفيات معالجة الشكاوى، شروط وكيفيات الطلبية المسبقة عند الاقتضاء الشروط والكيفيات الخاصة المتعلقة بالبيع بالتجريب عند الاقتضاء، الجهة القضائية المختصة في حالة النزاع طبقا لأحكام المادة 2أعلاه، مدة العقد حسب الحالة ".

[450] محمد حسن منصور، *المسؤولية الإلكترونية*، المرجع السابق، ص.29.

بالنصيحة[451]. ومحل هذا الالتزام يشمل المساعدة في معرفة المعلومات الفنية[452]، والملاحظ أن هذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة.

رابعا.– الالتزام بالسرية:

يلتزم كل من طرفي التفاوض بالمحافظة على الأسرار التي قد يتم طرحها أثناء هذا التفاوض، سواء تعلقت تلك الأسرار بالتكنولوجيا أو المعرفة الفنية المتعلقة بالسلع والخدمات محل التفاوض. حيث قد تقضي المفاوضات إفضاء احد الطرفين للأخر ببعض أسراره المهنية أو الفنية، حتى ولو لم تكن هذه الأسرار تحظ بالحماية القانونية[453]، مثل التكنولوجيا وهي التطبيقات القائمة على مبادئ علمية وتستخدم في إنتاج السلع والخدمات، وكذا المعرفة الفنية وإسرار الأعمال.

عادة ما يتفق أطراف التفاوض في اتفاق خاص بإدراج شرط في عقد التفاوض على الالتزام بالحفاظ على سرية المعلومات التي تم الإفصاح عنها أو الكشف عنها أثناء التفاوض، ونلاحظ أن السرية بشكل عام تعني حصر المعلومة المتعلقة بالتعاملات أيا كان صنف هذه التعاملات قد تكون الكترونية أو تقليدية وعدم نشرها إلا في نطاق محدود من الأشخاص ذلك لان المعلومة الغير سرية قابلة للتداول بعيدة عن أي حيازة[454]، وفي كل الأحوال فان فكرة تكملة العقد الذي يجري التفاوض لانعقاده تسمح للقاضي بان يضيف التزامات تطبيقًا لمبدأ حسن النية بين الطرفيين المتفاوضين والتي تقتضيها طبيعة العقد، ولا

---

[451] محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص.54.

[452] يتسع هذا الالتزام في العقود التي تبرم بين شخص مهني وآخر عادي لوجود تفاوت في الخبرات واختلال في التكافؤ المعرفي ومثال ذلك عند قيام المشتري بشراء دواء من صيدلي يقع على عاتق الصيدلي عندئذ واجب النصح والإرشاد للعميل (المشتري)، وعليه فعندما يطرح علاج من خلال شبكة الانترنت يجب على الشركة هنا التي طرحت هذا العلاج أن تبين النصائح والإرشادات بشكل واضح وظاهر للكافة بحيث يتمكن الكافة من الإطلاع على النصح المذكور مع الإعلان المرسل عبر الانترنت؛ سليمان براك دايح الجميلي، *المفاوضات العقدية*، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 1998، ص.85.

[453] للمزيد راجع، محمد غسان صبحي الغاني، *الإخلال بالالتزام بالسرية في عقد نقل التكنولوجيا: دراسة مقارنة*، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2016، ص.17؛ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص.241.
V. aussi, PHILIPPE Le Tourneau., *La rupture des Negotiations*, Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit économique, Paris, N 03, 1998, p.486.

[454] وهذا ينطبق على المعلومات التي تكون معلومة للكافة كحالة الطقس أو حادث معين كزلزال أو فيضان؛ عبد الفتاح بيومي حجازي، *التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية*، المرجع السابق، ص.282.

يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقًا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام[455].

الفرع السادس

التحديات القانونية والتقنية التي تواجه التفاوض الالكتروني

سنتطرق إلى التحديات القانونية، ثم سنعرج بالحديث عن التحديات التقنية كما يلي:

أولا.– التحديات القانونية:

إن التفاوض الإلكتروني بطريق الإنترنت، هو تفاوض في طبيعته يتم عن بعد، فهو من حيث الأصل يعتبر تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان، إلا إذا وجدت فترة زمنية طويلة نسبيا تفصل بين الإيجاب والقبول، وعندئذ يكون التفاوض والتعاقد بين غائبين زمانا ومكانا، كما هو الشأن في إرسال البيانات المتضمنة عروض التفاوض. طالما الأمر كذلك فإن معطيات كهذه من شأنها أن تزيد من انعدام الثقة والقلق والرهبة من إجراء المفاوضات باستخدام الوسائل الإلكترونية الحديثة الفورية. وهي المشاكل التي تضاف إلى تلك المرتبطة بصحة العملية ودقتها، دون إغفال التحديات القانونية المتعلقة بضرورة توافر الأمن القانوني. فمن المعلوم أن مراحل التفاوض عبر الإنترنت في العقود الإلكترونية *Contrats Électroniques*)، والتي تتسم بالسرعة والفورية الفائقتين، تثير عدة مشاكل قانونية، وخاصة فيما يتعلق بتحديد زمان ومكان إتمام التفاوض الإلكتروني (*négociation Électronique*)، وتحديد المسؤولية المدنية لما قد يرتبط به من أضرار، وكذا الفصل بينه وبين مرحلة إبرام العقد الإلكتروني، وهذا دون نسيان مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود التي تبرم عبر الإنترنت.

ثانيا.– التحديات التقنية:

من أهم المشاكل الأخرى التي يثيرها التعبير عن الإرادة عبر الإنترنت، نجد إشكالية أمن المعلومات وحمايتها من احتمالات التزييف أو التزوير أو القرصنة أو الغلط أو الغش[456]، سواء

---

[455] عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية، المرجع السابق، ص.282.

[456] من أهم التقنيات المستخدمة في تأمين المعلومات "تقنية التشفير"، وهو أسلوب يعتمد على ترميز البيانات والمعلومات والرسائل إلى وحدات صغيرة يصعب فكها، والتشفير عموما يمر بمرحلتين:

1.– المرحلة الأولى: تتمثل في تشفير التوقيع أو الرسالة المتضمنة للمعومات أو البيانات عل نحو يحولها إلى رموز غير مقروءة أو غير مفهومة؛

أكانت شخصية أم تجارية، أو الخطأ الفني في إرسال رسائل المعلومات المتضمنة الإيجاب أو القبول. مما يستوجب التأكد من هوية الشخص المتفاوض الإلكتروني وأهليته القانونية للتعاقد، وحماية ذلك من كل تجسس أو سوء الاستخدام، وخاصة عند التعامل بالشبكات المفتوحة ونظم المعلومات غير المحمية كالإنترنت.

وقد أشار المشرع الجزائري إلى ذلك بكل وضوح[457]، عندما اشترط لقبول الإثبات الإلكتروني وكذا حجية التوقيع الإلكتروني ضرورة التأكد من هوية الشخص الذي أصدره وأن تكون الوسائط الإلكترونية مؤتمنة، ضمن المادة 323 مكرر1 والمادة 327 الفقرة الثالثة من القانون المدني، المضافة بالقانون رقم 05-10 سالف الذكر[458]، وكذلك المادة السابعة الفقرة الثالثة من القانون رقم 15-04 المتضمن القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين سالف الذكر[459].

كما أوضح أيضا المشرع الإماراتي صراحة في المادة 14 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 02 لسنة 2002 سالف الذكر، وكذا قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996 في المادة 13 الفقرة الثانية والتي أجازت اللجوء إلى الوسائط الإلكترونية لإبرام المعاملات التجارية، بشرط أن تكون النظم المعلوماتية آمنة، بعيدة عن المخاطر والتحديات التي تتعرض لها من اختراقات أمنية للشبكات والمواقع، وانتهاكات من جوسسة وقرصنة لخصوصية المستخدمين. دون إغفال جرائم الانتحال والإزعاج والتحرش، والفيروسات التي تستهدف

2.- المرحلة الثانية: فك رموز التشفير بإعادة التوقيع والرسالة المشفرة إلى وضعها السابق، مما يسمح بقراءتها.

وهذه العملية تتم بإحدى نظم التشفير، التشفير المتماثل والتشفير اللا متماثل:

1.- التشفير المتماثل ويقصد به تشفير الرسالة وفك شفرتها عبر مفتاح خاص يتم تبادله سريا ما بين المرسل والمرسل إليه، وقبل إرسال الرسالة المشفرة يتم إرسال التشفير إلى المرسل إليه بطريقة آمنة ليستطيع فك الشفرة؛

2.- التشفير اللا متماثل يعتمد على مفتاحين " *عام وخاص* " أحدهما لتشفير رسالة والآخر لفك شفرة الرسالة إذا يتم تشفير البيانات المتواجدة في الرسالة الالكترونية بواسطة المفتاح العام تم فك شفرتها بالمفتاح الخاص للمرسل صاحب المفتاح العام.

مقتبس من، محسن شفيق، *نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية*، ط.1، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1994، ص.64.

[457] إن نطاق الالتزام بالمحافظة على الأسرار وعدم إفشائها أو استعمالها في غير محلها قد تتجاوز الأطراف المتفاوضة الكترونيا إلى الغير، مما يعني ذلك انتهاك سرية المفاوضات، ولما لذلك من تداعيات على السير الحسن للمفاوضات. لذا من الضروري، إحاطة سير المفاوضات ونتائجها بحاجز أمني يقوم على تقنية التشفير. والغاية من نظام التشفير هو منع الغير من الإطلاع على المعلومات التي تعدّ سرية من وجهة أصحابها، ولقد تدخل المشرع لهذا الغرض في القانون 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين في المادة 02 الفقرتين 08 و 09 منه مكتفيا بتعريف وسيلته وخدمته. للمزيد، راجع القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01 فيفري 2015، *يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين*، الجريدة الرسمية عدد 6، ص.6، مؤرخة في 10 فيفري 2015.

[458] القانون رقم 05-10 المؤرخ في 2005/06/20، المعدل والمتمم للأمر 75-58 *المتضمن القانون المدني الجزائري*.

[459] القانون رقم 15-04 *يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين*، المرجع السابق.

المعلومات الإلكترونية، مما سيعطي الثقة والأمان للأطراف في تحديد هوية المتعاقد، ويحقق الأمن التقني المطلوب في المعاملات الإلكترونية.

المطلب الثاني
مرحلة التراضي الالكتروني

ويتوقف وجود التراضي على تلاقي التعبير عن إرادتين متطابقتين لإبرام العقد، وهو يستوجب بدوره على صدور الإيجاب بالتعاقد من قبل الموجب الذي يقابله القبول من قبل من وجه إليه الإيجاب، ومن ناحية أخرى على تلاقي هذا القبول بالإيجاب، فإن لم يتلاق التعبير عن الإرادة الذي تتوفر فيه مقومات الإيجاب بالتعبير عن الإرادة الذي تتوفر فيه مقومات القبول، فلن يتحقق التراضي ولن ينعقد العقد. سوف ينصب التركيز في هذا الموضوع على الجوانب الهامة التي يتميز فيها التعاقد الإلكتروني عن غيره من التعاقدات التي تتم بالطرق التقليدية، كون أن هذه الخصوصية أصابت مسألة التراضي في شقيه المتعلقين بالإيجاب والقبول الالكترونيين، مما أثر كثيرا على المفاهيم التقليدية السائدة في النظرية العامة للعقود، الشيء الذي أعاق تطبيق القواعد العامة على هذا النوع من التراضي خصوصا في مجال حماية المستهلك[460]، باعتبار أن هذه القواعد تمت صياغتها لتتناسب وطبيعة المعاملات التقليدية المتميزة بالطابع العيني لا الالكتروني.

ولهذا أثيرت عدة تساؤلات حول خصوصية التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني. كما ثار خلاف فقهي كبير حول مجلس التعاقد الإلكتروني ومدى استيعاب الأحكام العامة له، كونه ينعقد دون أن يكون لطرفيه حضور مادي بمجلس العقد وقت انعقاده، حيث يكون كل طرف في مكان مختلف عن مكان الآخر ويفصل بينهما بعد جغرافي. لهذا يطرح الإشكال حول مدى توفيق الإرادة التشريعية في ضبط أحكام خاصة بالتراضي الالكتروني؟

للإحاطة بالموضوع سنتطرق إلى الإيجاب الالكتروني (**الفرع الأول**). ثم سنتحدث عن القبول الالكتروني (**الفرع الثاني**).

---

[460] Cf. GRYNBAUM Luc., *La Directive de Commerce* Electronique ou *L'Inquiétant Retour de L'individualisme Juridique*, La Semaine Juridique, N°: 12, 2001, p.307.

الفرع الأول

الإيجاب الالكتروني

يعتبر الإيجاب الخطوة الأولى في إبرام كافة العقود سواء كانت تقليدية أو الكترونية، فهو الإرادة الأولى التي تظهر في العقد، وحتى ينعقد العقد بصفة عامة يجب أن يصدر إيجاب من احد المتعاقدين، ليعقبه قبول من الطرف الثاني يقترن به ويتطابق معه. لهذا يخضع الإيجاب الإلكتروني لذات القواعد العامة التي تحكم الإيجاب التقليدي، غير أنه يتميز ببعض الخصوصية التي تتعلق بطبيعته وكونه يتم عبر شبكة اتصالات.

أولاً.– تعريف الإيجاب الالكتروني:

لم تتضمن اغلب القوانين تعريفا للإيجاب، وإنما أحيل ذلك إلى الفقه والقضاء، ذهب بعضهم إلى تعريفه على انه: "*التعبير البات المنجز الصادر من أحد المتعاقدين الموجه إلى الطرف الآخر بقصد إحداث أثر قانوني*". بينما البعض الأخر إلى تعريفه على انه: "*تعبير بات عن الإرادة الأولى التي تظهر في العقد عارضة على شخص أخر إمكانية التعاقد معه ضمن شروط معينة*"[461]. وتمسك فريق ثالث بأن الإيجاب هو:" *التعبير البات عن إرادة شخص يتجه به إلى شخص آخر يعرض عليه التعاقد بأسس وشروط معينة*". بينما عرف الفقه الإنجليزي الإيجاب بأنه: "*بيان لرغبة الشخص الذي أصدره في التعاقد على وفق الشروط المذكورة فيه*"[462].

أما في الفقه الإسلامي، فقد عرفه جمهور الفقهاء على انه: " *هو ما صدر ممن يكون منه التمليك وإن جاء متأخرًا، والقبول هو ما صدر ممن يصير له الملك وإن صدر أولا* "، في حين عرف الأحناف الإيجاب على انه: " *هو ما صدر أولاً من أحد العاقدين، والقبول ما صدر عن العاقد الآخر دالاً على موافقته ورضاه بما أوجبه الأول*"[463].

ومن جهتها عرفت محكمة النقض الفرنسية الإيجاب على انه: " *عرض يعبر به الشخص عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث يكون ملتزما به في حالة قبوله من المتعاقد الأخر*"[464]، أما محكمة النقض المصرية فقد

---

[461] مقتبس من، نضال إسماعيل برهم، المرجع السابق، ص.34.

[462] مقتبس من، مجيد حميد العنبكي، إنشاء العقد في القانون الإنكليزي، مقال منشور، مجلة الحقوق، 1999، عدد 03، ص.70.

[463] مقتبس من، الحسين بن محمد شواط وعبد الحق حميش، *أركان العقد*، شبكة الألوكة، أفاق الشريعة، مقالات شرعية، فقه وأصوله، تاريخ النشر: 2013/06/05، تاريخ الاقتباس: 2016/05/11، متاح على الرابط التالي: http://www.alukah.net/sharia/0/55595

[464] مقتبس من، محمد أمين الرومي، التعاقد الالكتروني عبر الانترنيت، المرجع السابق، ص.97.

عرفته على النحو التالي: " *العرض الذي يعبر به الشخص على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد*"[465].

من التعريفات السابقة نستخلص انه يشترط في الإيجاب أن يكون جازما معبرا عن الرغبة الجادة للموجب في التعاقد، كما انه يجب أن يكون كاملا وتاما، بمعنى يشمل كافة العناصر الأساسية والاشتراطات الرئيسية للعقد[466].

يختلف الإيجاب الالكتروني عن التقليدي في انه يتم باستخدام وسيط الكتروني ومن خلال شبكة الانترنيت، وهذا الاختلاف جعله يتمتع بخصوصية تثير جملة من المشكلات النوعية بسبب خطورة الآثار المترتبة عليه، إذ أن مجرد النقر على الفأرة أو ضغطة زر بقبول مطابق يعني موافقة القابل على إبرام العقد[467].

وعلى غرار الإيجاب بوجه عام لم تورد معظم التشريعات الوطنية الخاصة تعريفاً محدداً للإيجاب في عقود التجارة الإلكترونية[468]؛ على الرغم من اعترافها بجواز التعبير عن الإيجاب بالرسائل الإلكترونية، ومنها رسالة البيانات عبر شبكة الانترنيت. ولكن ورد في مشروع اتفاقية الأونسيترال للتعاقد الالكتروني تعريف لمقدم العرض ومتلقيه، حيث نصت المادة الخامسة الفقرة السابعة من المشروع على انه: " *يقصد بتعبير "مقدم العرض" أي شخص طبيعي أو كيان قانوني يعرض سلعا أو خدمات"، ونصت نفس المادة في الفقرة الثامنة على انه يقصد بتعبير متلقي العرض "أي شخص طبيعي أو كيان قانوني يتسلم أو يسترجع عرضا لسلع أو خدمات*"[469].

يعرف الإيجاب الإلكتروني حسب التوجيه الأوروبي رقم 07/97 المتعلق بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد سالف الذكر بأنه كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان[470]. الملاحظ على هذا التعريف أنه لم يبرز أهم خصائص الإيجاب الإلكتروني، وهي الصفة الإلكترونية التي تميز بها هذا الإيجاب، غير أن هذا التعريف ركز

---

[465] *نقض مدني مصري، 1969/06/19*، مجموعة أحكام النقض، س.20 رقم.109، ص.1017. مقتبس من، سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص.101.

[466] محمد لبيب شنب، *مصادر الالتزام*، دار النهضة العربية، بيروت، 1976، ص.104.

[467] أسامة احمد بدر، *حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني*، ط.1، دار الكتب القانونية، 2008، ص.149.

[468] *من بين تلك التشريعات التي لم تورد تعريفا للإيجاب نجد منها*: القانون المدني الجزائري والقانون المدني المصري والقانون المدني الأردني رغم إيرادها الأحكام القانونية للإيجاب.

[469] امانج رحيم احمد، المرجع السابق، ص.143.

[470] Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997, Op.cit.

على ضرورة قيام الموجب ببيان كل عناصر الإيجاب اللازمة، حتى يكون القابل على بينة من أمره عند إصدار قبوله[471]. ذلك أنه إذا كان الإيجاب قد وجه إلى شخص معين أو أشخاص معينين ترتب عليه الأثر، والسبب هو تعيين الشخص المقصود بالإيجاب، ولكن إذا تم توجيه الإعلان عن السلعة أو البضاعة إلى الناس كافة فهذا العرض لا يعدّ إيجاباً وإنما هو دعوة للتفاوض لأنه يقصد بعمله هذا التعريف والترويج لتلك البضاعة.

وفي نفس السياق، عرفت بعض التشريعات العربية الإيجاب الالكتروني، حيث ورد بالمادة 13 من القانون الأردني رقم 85 للمعاملات الالكترونية سالف الذكر ما يلي: "*تعد الرسالة الالكترونية وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب والقبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي*"، وفي نفس السياق تقريبا ذهبت المادة العاشرة من القانون البحريني الخاص بالمعاملات الالكترونية لسنة 2002، والمادة الثانية من القانون التونسي للمبادلات والتجارة الالكترونية.

لم يعرف المشرع الجزائري الإيجاب الالكتروني بموجب القانون رقم 18-05، رغم تعريفه للعقد الالكتروني كما سلف بيانه، غير أنه ذكر الإيجاب الالكتروني بصورة عرضية فقط في المادتين العاشرة و11 تحت عنوان: "*العرض التجاري الالكتروني*"، وذلك بمناسبة التطرق إلى متطلبات التعامل التجاري الالكتروني، لهذا وجب على المشرع الجزائري أُسوة بالتشريعات الأجنبية سالفة الذكر أن يفصح عن تعريف خاص بالإيجاب الالكتروني.

يعرف الدكتور محمد حسين منصور[472] الإيجاب الصادر عبر الانترنيت بأنه: "*تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية مع ضرورة أن يتضمن هذا التعبير كل العناصر اللازمة لإبرام العقد بحيث يوجه إلى الشخص الذي يهمه الأمر فيقبل التعاقد مباشرة إثر ذلك*"[473].

---

[471] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص.317.

[472] الأستاذ محمد حسين منصور: حقوقي مصري ولد يوم 04 جانفي 1952 بفاقوس بمحافظة الشرقية بجمهورية مصر العربية، حصل على الليسانس في الحقوق من جامعة القاهرة بتقدير جيد جدا سنة 1973، ثم حصل على دبلوم القانون الخاص سنة 1974، ثم دبلوم القانون العام سنة 1975، ثم درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص قانون مدني من جامعة نانسي 02 (*Université Nancy-II*) بفرنسا سنة 1980، يعمل حالياً بوظيفة أستاذ متفرغ بقسم القانون المدني بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية. له العديد من المؤلفات أهمها: دروس في نظرية الالتزام: مصادر الالتزام، المدخل إلى القانون، العقود الدولية،شرح العقود المسماة، قانون العمل، المسؤولية الالكترونية...، مقتبس من، جامعة الإسكندرية، هيئة التدريس، أستاذ متفرغ محمد حسين منصور، سيرة ذاتية، تاريخ الاقتباس: 2017/08/10، متاح على الرابط التالي:
http://alexlaw.edu.eg/download/staff_cv/mohammedhusenmansour.pdf

[473] محمد حسين منصور، *المسؤولية الالكترونية*، المرجع السابق، ص.67.

خلاصة القول ليس للإيجاب الالكتروني تعريف خاص يختلف في مضمونه عن تعريف الإيجاب في العالم المادي، إلا في الوسيلة المستخدمة للتعبير عنه، حيث يتم عادة بوسائل الكترونية بدلا من الوسائل التقليدية، خصوصا لما نعلم تجاوز التشريعات وعدم اشتراطها طريقة معينة للتعبير عنه، وشبكة الانترنيت بطبيعتها الخاصة تستجيب لذلك.

ثانياً.– شروط تحقق الإيجاب الالكتروني:

نصت المادة 11 من القانون الجزائري 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية على ضرورة أن يستجيب الإيجاب الالكتروني لضرورات الوضوح والشفافية والتمام بقولها: "*يجب أن يقدّم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة*". عموما نستطيع القول بأن المشرع أفرد الفصل الثالث كله للبيانات والمعلومات الواجب توافرها في المعاملة التجارية الالكترونية. كما نصت المادة الرابعة من القانون رقم 04-02[474]، المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية سالف الذكر على بعض عناصر الإيجاب بقولها: "*يتولى البائع وجوبا بإعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات، وبشروط البيع*". ومن جهته، أكد القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[475] على ضرورة ذكر العناصر المتضمنة في الايجاب ووضوحها، حيث نصت المادة 01/17 منه على أنه يجب على كل متدخل أن يعلم الستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة. بينما ذهبت المادة 18 الى أنه يجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال وشروط ضمان المنتوج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساساعلى سبيل الإضافة، يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين، وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها.

وفي نفس السياق تقريباً، ذهبت المادة 113 الفقرة الثالثة من قانون الاستهلاك الفرنسي، المعدلة بمرسوم رقم 2009-866، المؤرخ في 15 من جويلية سنة 2009[476] على وجوب تحديد الثمن مشمولا للرسوم وبالعملة المتداولة في فرنسا. كما يوجب هذا القانون على المورد (المعلن) إعلام المستهلك

---

[474] القانون رقم 04-02، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق.

[475] القانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، الجريدة الرسمية رقم 15 المؤرخة في 08 مارس2009، ص.12.

[476] Ordonnance N° 2009-866 du 15 Juillet 2009 *Relative Aux Conditions Régissant la Fourniture de Services de Paiement et Portant Création des Etablissements de Paiement*, JORF N°0162 du 16 juillet 2009 P11868 Texte N° 13.

بالخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة محل التعامل والشروط العامة للبيع والتاريخ المحدد لتسليم السلعة أو تقديم الخدمة. ولذلك فإن العرض الذي يتضمن أن الإيجاب يسري لحين نفاذ المخزون، هذا العرض لا يستجيب للاشتراطات القانونية ما دام العرض على شبكة اتصال إلكترونية لا يقوم على دعائم مادية، ومنه لا يمكن تحديد تاريخ بداية ونهاية هذا العرض على نحو دقيق[477].

ومن جهته، أجملت المادة الرابعة من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الالكترونية بين التجار والمستهلكين الذي اعتمد سنة 1998[478] معظم هذه المسائل، حيث أوجبت التاجر أن يقدم الإيجاب باللغة الفرنسية، ويجوز أن تصاحبها ترجمة باللغة الإنجليزية[479]. كما أكد الاتحاد الفرنسي للتجارة التبادلية ممثلا في غرفة الصناعة والتجارة بباريس سنة 1988 على أهمية أن يتضمن الإيجاب بيانات محددة وتفصيلية لحماية المستهلك[480]. وقد سار في هذا الاتجاه كذلك القانون التونسي المتعلق بالمبادلات الالكترونية رقم 83 لسنة 2000 ضمن الفصل 25 من الباب الخامس بعنوان: "*في المعاملات الالكترونية*"[481]، وذلك باشتراط البيانات في الإيجاب بغرض حماية المستهلك.

---

[477] Article113-3: «*Tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la vente, selon des modalités fixées par arrêtés du ministre chargé de l'économie, après consultation du Conseil national de la consommation* ». Modifié par Ordonnance N°2009-866 du 15 Juillet 2009 - Art. 16, Op.cit.
Pour une analyse plus détaillée voir:
1.- OLIVIER Dauzon., *le Droit du Commerce Electronique*, éd.Puits Fleuri., France, 2005.p.51.
2.- Olivier Iteanu., *Internet et Le Droit: Aspects Juridriques du Commerce éléctronique*, éd Eyrolles, Paris, juin 1998, p.4.

[478] العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الالكترونية بين التجار والمستهلكين المعتمد في 1998/06/29، من طرف كل من غرفة التجارة والصناعة في باريس، وكذا اللجنة القانونية للجمعية الفرنسية للتجارة والمبادلات الالكترونية.

[479] Cité par, HUET Jérôme., *Droit du Multimédia, de la Télématique à Internet*, Rapport Réalisé Sous la Direction de Pierre Huet, AFTEL, 1996, p.159.

[480] فادي محمد عماد الدين توكل، *عقد التجارة الالكترونية*، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص.77.

[481] نص الفصل 25 القانون التونسي المتعلق بالمبادلات الالكترونية رقم 83 لسنة 2000 سالف الذكر على أنه: "*يجب على البائع في المعاملات التجارية الالكترونية، أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة، قبل إبرام العقد المعلومات التالية:*

1.- هوية وعنوان وهاتف البائع أو مسدي الخدمات؛ 2.- وصفا كاملا لمختلف مراحل انجاز المعاملة؛ 3.- طبيعة وخاشيات وسعر المنتوج؛ 4.- كلفة تسليم المنتوج ومبلغ تأمينه والادعاءات المستوجبة؛ 5.- الفترة التي يكون خلالها المنتوج معروضا بالأسعار المحددة؛ 6.- شروط الضمانات التجارية والخدمة بعد البيع؛ 7.- طرق وإجراءات الدفع؛ 8.- وعند الاقتضاء شروط القروض المقترحة؛ 9.- طرق وأجال التسليم وتنفيذ العقد ونتائج عدم انجاز الالتزامات؛ 10.- إمكانية العدول عن الشراء واجله؛ 11.-كيفية إقرار الطلبية؛ 12.- طرق إرجاع المنتوج أو الإبدال وإرجاع المبلغ؛ كلفة استعمال تقنيات الاتصالات حين يتم احتسابها عل أساس مختلف عن التعريفات الجاري بها العمل؛ 13.- شروط فسخ العقد إذا كان لمدة غير محدودة أو تفوق السنة؛ 14.- المدة الدنيا للعقد؛ 15.- في ما يخص العقود المتعلقة بتزويد المستهلك بمنتوج أو خدمة خلال مدة طويلة أو بصفة دورية؛ 16.- يتعين توفير هذه المعلومات الكترونيا ووضعها على ذمة المستهلك للاطلاع عليها في جميع مراحل المعاملة".

وبصدد الإيجاب الالكتروني فإن موقع الويب (*Web*) يعد وسيلة مناسبة لتنفيذ ذلك، ويلاحظ أن الغالبية العظمى من المواقع التجارية على شبكات الانترنت تشير إلى أن تحديد الثمن من المسائل الجوهرية[482]. وتحسن الإشارة إلى أنه لا يشترط في الإيجاب الإلكتروني شكلاً معيناً، إذ ورد بالمادة 12 الفقرة الأولى[483] من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية على انه: "*في العلاقة بين منشئ رسالة البيانات والمرسل إليه، لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غيره من أوجه التعبير مفعوله القانوني أو صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد انه على شكل بيانات*".

مما سبق يمكن القول، أنه يشترط في التراضي الالكتروني أن يستجيب لمقتضيات الوضوح، لاسيما وان البيئة الالكترونية تختلف عن الواقع العيني من حيث إنها فضاء مفتوح لكل احتمالات التدليس والغموض والإيهام...الخ؛ لذلك يجب مثلا في عقود السلع أن توصف البضاعة وصفا دقيقا أو يوضح ذلك بصور مجسمة ثلاثية الأبعاد (*Trois de dimensions*). كما يشترط أن يكون الإيجاب الالكتروني باتا، فالتعاقد عن طريق البريد الإلكتروني يمثل نظاما لا تفاعليا بحيث يرسل المتعاقد إيجابه إلى جهة محددة، التي بدورها تستلم رسالة إلكترونية من بريدها الإلكتروني؛ وبناء عليها يجب الرد على إيجاب الموجب بعد الإحاطة بكل شيء. ولكن في التعاقد عن طريق شبكة الإنترنت لا يكون الإيجاب موجها إلى جهة محددة، وإنما يكون موجها لكل من يطلع على الموقع، لذلك قد يبدي عدد كبير قبولهم للتعاقد، أو يكون من أبدى رغبته في التعاقد عديما للأهلية. وحلا لمثل هذه المشكلات أعطي البائع رخصة بحيث يتضمن إيجابه عبارات واضحة أن غرضه لا يمثل إيجابا وإنما دعوة إلى التفاوض، كورود عبارة "*دون أي التزام*"[484].

وعليه، فإن عَرْضْ البضائع على الموقع إذا ما اقترن ببيان السعر والمواصفات وتحديد طريقة الدفع، فإنه يعتبر إيجابا موجها للجمهور، فشخصية القابل ليست محل اعتبار في العقد، والمنتِج أو المورد إنما يهدف إلى

---

482 أسامة أحمد بدر، ال مرجع ال سابق، ص.171.

483 L'article 12-1 mentionné ci-dessus correspond à l'article 6-3 de la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 *relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur*, Op.cit.
Article 6-3: «*Lorsqu'elles sont Autorisées dans l'état Membre ou le Prestataire et Etabli, les Offres Promotionnelles Telles que les Rabais, les Primes et les Cadeaux Doivent être Identifiables Comme Telles et Les Conditions pour en Bénéficier Doivent être Aisément Accessible et Présentées de Manière Précise et Equivoque*». Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, Op.cit.

484 للمزيد من التفصيل، راجع قارة مولود، *شكل التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الالكترونية*، ص.16، تاريخ الاقتباس: 2016/03/25، متاح على الرابط التالي: http://www.lawjo.net/vb/attachment.php?attachmentid=1221&stc=1&d=128231048 8

إقامة العلاقة العقدية مع أي شخص بصرف النظر عن جنسية ومكان تواجده، ولكن إذا عرض صاحب الموقع البضاعة ويحددها تحديدا كاملا دون ذكر سعرها فإن هذا العرض يعد دعوة إلى التفاوض.

ثالثاً.– مدى اعتبار الإعلان الالكتروني إيجاباً كاف لإبرام العقد:

إن الإعلان[485] ومن خلال التعريف الوارد بالتوجيه الأوروبي رقم 07/97[486] المتعلق بحماية المستهلكين في مجال العقود المبرمة عن بعد سالف الذكر يعتبر الإعلان ليس بإيجاب يتم به العقد، وإنما مجرد دعوة إلى التعاقد، وهو ما ذهبت إليه المادتين 20[487] و21 من القانون الفرنسي لسنة 2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي. كما قضت محكمة النقض المصرية بأن طرح مناقصات التوريد وغير ذلك من البيانات الموجهة للجمهور أو الأفراد كالنشرات والإعلانات لا يعد إيجابا وإنما مجرد دعوة إلى التفاوض"[488]. ومن جهته، يميل جانب من الفقه[489] إلى اعتبار الإعلان عن السلعة في الموقع الإلكتروني أو في البريد الإلكتروني بأنه ليس إيجابًا باتًا، إنما هو دعوة إلى التعاقد من الطرف الأول وتكون الاستجابة من الطرف الثاني بقبوله الدعوة أو العرض هو الإيجاب الحقيقي الذي إذا لاقي قبولاً من الطرف الأول يتم به انعقاد العقد. والعقود الإلكترونية التي تتم على شبكة الإنترنت تكون عادة متضمنة شرطًا صريحًا أو ضمنيًا هو توافر العدد الكافي من السلعة لدى البائع، لأن البائع لن يكون في مقدوره الاستجابة إلى كل طلبات الشراء من كل أنحاء العالم. ومن ثمَ فإن صياغة إعلان الدعوة إلي التعاقد أو العرض يتعين أن تكون في غاية الوضوح والدقة حتى لا تعد إيجابًا؛ ويصبح الموجب مسؤولا عن الإخلال بالعقد إذا تلاقي القبول بالإيجاب[490].

---

[485] عرفت المادة 6-6 من القانون الجزائري للتجارة الالكترونية رقم 18-05 الإشهار الإلكتروني سالف الذكر بأنه: "*كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع سلع أو خدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية*". وفي نفس هذا السياق كذلك عرفته المادة 03/03 من القانون رقم 04-02 *المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم* سالف الذكر.

[486] Directive 97/7/CE du Parlement Européen et du Conseil du 20 Mai 1997 Concernant la protection des Consommateurs en Matière de Contrats à Distance, Op.cite.

[487] Article 20 : « *Toute Publicité, Sous Quelque Forme que ce soit, Accessible par un Service de Communication au public en ligne, doit pouvoir être clairement identifiée comme telle. Elle doit rendre clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée*. *L'alinéa précédent s'applique sans préjudice des dispositions réprimant les pratiques commerciales trompeuses prévues à l'article L. 121-1 du code de la consommation*». Loi N° 2004-575 du 21 Juin 2004 Pour la Confiance Dans L'économie Numérique.

[488] نقض مدني، جلسة 2001/01/23، الطعنان رقما 1696–1865، لسنة 70 ق، مجلة المحاماة، عدد 2، ص.53.

[489] من بين هؤلاء الفقهاء: إلياس ناصيف، *العقود الدولية*، المرجع السابق، ص.80؛ نضال سليم برهم، *احكام عقود التجارة الالكترونية*، ط.2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2009، ص.60.

[490] إلياس بن ساسي، *التعاقد الالكتروني والمسائل القانونية المتعلقة به*، مجلة الباحث، 2003، عدد 2، ص.62.

غير أن غالبية الفقه[491] تؤيد الاتجاه الفقهي الذي يقضي بأن الإعلان الموجه للجمهور عبر تقنيات الاتصال الحديثة يعتبر إيجابا موجها للجمهور متى تضمن العناصر الأساسية[492]، للعقد كأن يتضمن تحديد السلعة تحديدا تاماً كافياً نافياً للجهالة مع وجوب تحديد الثمن؛ وإلا لا يعدو أن يكون مجرد دعوة إلى التعاقد.

وغني عن البيان، أن الإعلان يتطلب إيجاب إذا وجدت نية لدى المعلن في الارتباط بالعقد متى صادفه قبول مطابق. كما يجب التنويه إلى أن بعض العقود تشرط ما يسمى نطاق التغطية، يمكن تحديد النطاق الجغرافي الذي يغطيه الإيجاب، وفي مثل هذه العقود التي تتضمن هذا النمط فإن العقد لا ينعقد إلا إذا لاقى قبولا يقع في النطاق الجغرافي الذي يحدده الإيجاب.

الفرع الثاني

القبول الالكتروني

بسبب خصوصية القبول الالكتروني ينبغي تحديد مفهوم القبول الالكتروني وفقا لما يتوافق مع مصلحة المتعاقد حيث أن قبوله في حاجة إلى حماية قانونية، مع تخويله حق العدول عن العقد في مدة زمنية معلومة، رغم ما يصطدم به هذا الحق من عقبات تقنية مختلفة. يضاف إلى ذلك مختلف الإشكالات القانونية التي يطرحها القبول الالكتروني، وأخيراً سنتحدث عن مجلس التعاقد الالكتروني.

أولاً.– مفهوم القبول الالكتروني:

إن القبول في العقد الإلكتروني لا يختلف عن القبول في العقد التقليدي سوى في أنه يتم عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني، ولذلك فإنه يخضع بحسب الأصل للقواعد التي تنظم القبول في نظرية العقد، لكنه

---

[491] يؤيد هذا الاتجاه الفقهي: عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص.129؛ وعبد الفتاح بيومي حجازي؛ وإبراهيم الدسوقي؛ واحمد شرف الدين؛ ومحمود خيال؛ وممدوح المسلمي....

[492] بالرجوع إلى المادة 06 فقرة 01 والمادة 13 فقرة 01 من تشريع إمارة دبي للقول بأن واجهة المحل التجاري المادي تشبه واجهة الموقع الإلكتروني؛ ومنه فإذا أرفق عرض البضاعة أو الخدمة بثمنها فيعتبر هذا العرض إيجابا قياسا على عرض السلعة للمحلات التجارية وبيان ثمنها .إذا ففي كلتا الحالتين يتحقق للزبون أن يأخذ تصورا أو فكرة ولو عامة عن العرض سواء كان بالحضور المادي أو عن طريق شبكة الإنترنت، حيث يمكن للبائع عرض سلعته، ويمكن للمشتري أن يوجه قبوله للشخص الذي يرغب في التعاقد معه، غير أنه قد يصدر الإيجاب مقترنا بتحفظات كصاحب الموقع الذي يعرض السلعة وخدماته مع التمسك بعدم ذكر الثمن تاركا ذلك إما لأسعار السوق أو التفاوض أو قد يخص نفسه بمكنة تعديل العرض أو رفض البيع. إن عدم تحديد سعر البضائع والخدمات واحتفاظ صاحب الموقع بحقه بتحديد الثمن يعد دعوة للتعاقد وليس إيجابا، بمعنى أدق، إذا حدد السعر عد العرض إيجابا و إذا لم يحدد اعتبر دعوة للتعاقد ولا يهم عندئذ إذا كان العرض ساريا على واجهات المحلات التجارية أو أمام شاشة الكمبيوتر. مقتبس من، قارة مولود، المرجع السابق، ص.6.

يحتوي على شيء من الخصوصية تجعله جديرا بالبحث والتنظيم. فمن حيث المبدأ لا يخضع القبول باعتباره تعبيرا عن الإرادة لشكل معين، فلكل متعاقد أن يفصح عن إرادته بالوسيلة التي يختارها ولا يهم نوع هذه الوسيلة طالما أنها تعبر عن الإرادة[493]. وكونه قبول عن بعد، فهو بوجه عام يجب أن يطابق الإيجاب مطابقة تامة ولا يجوز أن يزيد فيه أو ينقص عنه وإلا اعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا.

عرفت المادة 18 من اتفاقية فيينا لسنة 1980[494] القبول بأنه: "*يعد قبولا أي بيان أو أي تصرف آخر صادر عن المخاطب يفيد الموافقة*".

وفي الفقه الإسلامي ذهب جمهور الفقهاء[495] إلى تعريف القبول على أنه: "*التعبير الذي يصدر من المتملك وان جاء أولا*"[496]، وذهب الأحناف إلى تعريف القبول بأنه: "*التعبير الثاني الذي يصدر من احد المتعاقدين مملكا كان أو ممتلكا*"[497]. وفي نفس السياق لم يتضمن القانون المدني الجزائري تعريفاً للقبول، غير أن المادة 91 من القانون المدني الأردني[498] عرفت القبول بأنه اللفظ الثاني الذي يستعمل عرفا لإنشاء العقد.

أما بالنسبة للقبول في المعاملات الالكترونية، فلم يورد قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية أي تعريف له، إنما ترك هذه المسألة للقوانين الوطنية، واكتفى بالنص –كما سبق القول– على جواز التعبير عن الإيجاب والقبول عبر رسائل المعلومات[499]. كذلك لم يعرف قانون التجارة الالكترونية

---

[493] خالد ممدوح إبراهيم، *إبرام العقد الإلكتروني*، المرجع السابق، ص.267.

[494] *اتفاقية فيينا بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، فيينا، 1980*، تاريخ الاعتماد: 11 أفريل 1980، تاريخ بدء السريان: 01 جانفي 1988؛ نص الاتفاقية متاح على الرابط التالي: تاريخ الإطلاع: 2015/05/15،
http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/sales/cisg/V1056999-CISG-a.pdf.

[495] يذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن القبول هو التعبير الذي يصدر من المتملك وإن جاء أولا، أما الحنفية فيرون أن القبول هو التعبير الثاني الذي يصدر من أحد المتعاقدين مملكا كان أو ممتلكا. راجع في ذلك، عبد الرزاق السنهوري، *مصادر الحق في الفقه الإسلامي*، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، الجزء 1، ص.101؛ عبد الرحمن بن عبد الله السند، *الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية*، رسالة دكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 2002، ص.174.

[496] مقتبس من، محمد بن محمد الخطيب الشربيني، *مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج*، ج.2، ط.2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ص.3.

[497] مقتبس من، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*، ج.5، ط. 2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986، ص.133.

[498] قانون مؤقت رقم 43 لسنة 1976، الجريدة الرسمية عدد 2645، الصادرة بتاريخ 1976/08/01، ص.2، وأصبح قانونا بموجب الإعلان المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4106، الصادرة بتاريخ 1996/03/16، ص.829. متاح على الرابط التالي:http://arabic.solidarity.com.jo/2.pdf.

[499] محمود عبد الرحيم شريفات، *التراضي في التعاقد عبر الانترنيت*، المرجع السابق، ص.132.

الجزائري رقم 18-05 القبول الالكتروني[500]، بينما عرف قانون المبادلات الالكترونية التونسي سالف الذكر القبول بأنه: "*التعبير عن الإرادة إزاء الموجب الذي وجه للقابل تعبيرا معينا عن إرادته في إحداث اثر قانوني معين...الخ*"[501].

ويشترط في القبول توافر الشروط المتعلقة بوجود الإرادة واتجاهها إلى إحداث اثر قانوني والتعبير عنها، كما يجب أن يصدر القبول والإيجاب لا يزال قائما، وأن يكون مطابقا للإيجاب مطابقة تامة. وكما هو الحال بالنسبة للإيجاب وطبقا للقواعد العامة ليست هناك طريقة معينة يتم بها التعبير عن القبول، أما بالنسبة للتعاقد الالكتروني وعلى الرغم من تأكيد التشريعات المنظمة للتجارة الالكترونية على جواز التعبير عن القبول برسالة البيانات، غير أن أغلبيتها لم تحدد مفهوم القبول الالكتروني وكيفية التعبير عنه[502].

وقد اشترط القانون التجاري الأمريكي الموحد سالف الذكر أن يقدم القبول بنفس الطريقة التي صدر بها الإيجاب في المادة 206 الفقرة الثانية، حيث جاء فيها أن التعبير عن الإرادة في القبول يتم بذات طريقة عرض الإيجاب، فإذا أرسل الإيجاب عن طريق البريد الإلكتروني، أو عبر موقع فيجب على من وجه إليه الإيجاب إن قبل التعاقد أن يعبر عن القبول بذات الطريقة. وإذا لم يحدد الموجب وسيلة لإرسال القبول، فإن الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول يجب إرسالها إلى نظام المعلومات التابع للموجب أو إرسال القبول بنفس الطريقة التي تلقى بها العرض[503].

كما يشترط أن يكون الإيجاب قائما وقت صدور القبول، فإذا أبدى الموجب إيجابه على الخط عبر تقنية المكالمة على الخط، بحيث يكون القبول فوريا وقبل الانتهاء من المكالمة، وإن لم يبد الموجب رغبته في قبول التعاقد إنهاء المكالمة وقبل انتهائها فإن الإيجاب يسقط ويعتبر كأن لم يكن، لكن إذا حدد الموجب على الموقع مدة الإيجاب، فإن القبول يجب أن يرتبط بهذه المدة، بحيث إذا وجه القبول بعد انتهائها فإنه يولد ميتا لأن الإيجاب سقط بانتهاء المدة.

---

[500] *راجع القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية*، المرجع السابق.

[501] *الفصل الأول والثاني من قانون المبادلات التجارية الإلكترونية التونسي*، رقم 83 لسنة 2000، المرجع السابق.

[502] امانج رحيم احمد، المرجع السابق، ص.161.

[503] مراد محمود يوسف مطلق، *التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني*، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2007، ص.148.

من جهتها، حددت اتفاقية فيينا[504] ميعاد بدء المدة التي حددها الموجب لوصول القبول إليه على أساس طبيعة وسيلة الاتصال التي يستعملها في إرسال إيجابه عبر وسائل الاتصال الفوري، فإذا أرسل الإيجاب بالهاتف أو التلكس أو غير ذلك من وسائل الاتصال الفوري، فإن الميعاد يسري من لحظة وصول الإيجاب الموجه إليه، وقد قصد من هذه الحالة أن تشمل استخدام وسائل الاتصال الإلكترونية في إرسال التعبير عن الإرادة[505].

غير أن السؤال الذي يثور في هذا السياق هو مدى تتحقق هذه الاشتراطات في القبول الذي يجري عبر أجهزة الحواسب الآلية عن طريق النقر (*Click*) بواسطة المؤشر (*Mouse*) على الأيقونة بالموافقة أو القبول (*OK*)؟ وهل يجوز للقابل بعد استخدام هذه الطريقة أن يسحب قبوله إذا كان هناك قبول؟ ثم عموما ما مدى صحة العقود التي تبرم بواسطتها؟. للإشارة تعد هذه الطريقة من أكثر الطرق انتشارا وإثارة للتساؤلات القانونية.

انقسم الفقه حول هذه المسألة إلى قسمين، إذ يرى جانب منه أنه لا يوجد ما يحول من الناحية القانونية دون ذلك في كل الأحوال مادام الموجه له الإيجاب الخيار في الخروج من الموقع ورفض التعاقد[506]. في حين يرى الجانب الآخر من الفقه[507] أنه يجب لقبول هذا التعبير أن يثبت الموجب بأن موقعه قد أتاح الفرصة للمستخدم لقراءة شروط هذا العقد.

القاعدة العامة أنه ما لم يستلزم القانون طريقة أو إجراءاً معيناً فإن التعبير عن الإرادة يمكن أن يجري بأية طريقة، ولذلك يستوي أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً أو ضمنياً[508]. فإذا اتخذ القابل سلوكاً لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على القبول، فإنه يعامل على هذا الأساس. وبالتطبيق على ذلك، لا يوجد ما يمنع من اعتبار الضغط على مفتاح الموافقة على جهاز الحاسب الآلي الذي تلقى عرض الإيجاب كتعبير عن

---

[504] المادة 20-1 من *اتفاقية فيينا بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لسنة 1980 سالفة الذكر*، متاحة على الرابط التالي:

http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/sales/cisg/V1056999-CISG-a.pdf.

[505] محسن شفيق، المرجع السابق، ص.110.

[506] Citée Par, NOGUERO David., *L'acceptation dans le contrat électronique, in Le contrat électronique*. *Au coeur du commerce électronique, Le droit de la distribution, Droit commun ou droit spécial*?, Etudes réunies par J.-Cl. Hallouin et H. Causse, Université de Poitiers, collection de la Faculté de droit et des sciences sociales, LGDJ., déc. 2005, p.55.

[507] أشار إليه، خالد ممدوح إبراهيم، *إبرام العقد الإلكتروني*، المرجع السابق، ص.268-269.

[508] يكون التعبير صريحا كأن يبعث القابل برسالة عبر البريد الإلكتروني، مثلا فيها قبول صريح لعرض الموجب، وقد يكون ضمنيا وذلك بقيام القابل بعمل أو تصرف يفيد الموافقة على القبول.

إرادة القابل عن قبول العرض، ما دام القابل قد قرأ محتويات العرض وقبله كما ورد إليه. وفي هذا الصدد، يرى الأستاذ نضال إسماعيل برهم[509] أن نقر أيقونة القبول يعتبر من قبيل القبول الضمني، وإن كان هناك من يعترض على هذا باعتبار ذلك من قبيل القبول الصريح تصديقا للمعيار المألوف في أسلوب التعبير وطريقته[510].

ثانياً.– الإشكاليات القانونية التي يطرحها القبول:

تتمثل هذه الإشكاليات في مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة في التعاقد الالكتروني من جهة؟ ومدى اقتران العقد الإلكتروني بحق العدول من جهة ثانية؟

1.– مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة في التعاقد الالكتروني؟

إن السكوت باعتباره وضع سلبي لا يصلح للتعبير عن الإيجاب في التعاقد الالكتروني، أما بالنسبة للقبول فالأصل هو كذلك مثل الإيجاب لا يصلح للتعبير به عنه إلا أن للقاعدة العامة في السكوت استثناء يتعلق بالسكوت الملابس الذي تصحبه ظروف معينة ترجح دلالته على القبول. ومن ذلك ما ذهبت إليه المادة 68[511] من القانون المدني الجزائري في فيما يتعلق بوجود تعامل سابق بين المتعاقدين. هذا المبدأ له تطبيقات كبيرة في البيئة الإلكترونية لأنه يتفق معها في مقتضيات السرعة في الإنجاز والمرونة في التعاقد[512].

هذا عن دلالة السكوت في القواعد العامة، أما بخصوص السكوت في التعاقد الإلكتروني فقد اختلف حوله الفقه وانقسم إلى ثلاثة اتجاهات. ذهب رأي إلى القول بأن سكوت أحد المتعاقدين في عقد إلكتروني بعد عدة تعاملات سابقة بينهما يمكن أن يستنتج منه القبول، شأنه في ذلك شأن القبول في العقود العادية، حيث أن مجرد استعمال الوسيلة الإلكترونية في إبرام العقد لا ينبغي أن يمثل مبررا للخروج عن القواعد العامة[513].

---

[509] حقوقي وأستاذ جامعي مصري من بين مؤلفاته: *أحكام عقود التجارة الالكترونية*، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، 2005.

[510] مقتبس من، أنور سلطان، *مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني*، ط.1، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، 1977، ص.46.

[511] ورد بالمادة 68 من القانون المدني الجزائري ما يلي: "*إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.*

ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاملين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".

[512] امانج رحيم احمد، المرجع السابق، ص.166-167.

[513] أشار إليه، سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص.124. بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص.117.

بينما يرى آخرون أن السكوت لا يصلح أن يكون تعبيرا عن القبول في العقد الإلكتروني، وذلك أن من يتسلم رسالة إلكترونية عبر الشبكة الدولة تتضمن إيجابا نص فيها على أنه إذا لم يرد على هذا العرض خلال مدة معينة فإن ذلك يعد قبولا، فهذا معناه تجريد من وجه إليه الإيجاب من حقه في عدم الرد على الرسالة وإجباره على أن يكون الرفض صريحا، وهذا أيضا يتناقض مع حرية التعاقد وحرية التعبير عن الإرادة في العقود عموما[514].

في حين تمسك الاتجاه الفقهي الثالث –وهو الرأي الراجح– بأن الحالات الاستثنائية التي يعتبر فيها السكوت قبولا لا بد أن توصف دائما بأنها استثناء وليست قاعدة عامة .كما يجب أن يتم التعامل معها بمنتهى الحذر في العقود الإلكترونية، حيث لا يمكن الاعتداد بالعرف في هذا النوع من العقود نظرا لحداثتها، وبالنسبة للإيجاب الموجه لمنفعة من وجه إليه فإنه وضع غير مألوف في العقد الإلكتروني، أما عن حالة التعامل السابق بين الطرفين، فإن هذا لا يمكن لاعتبار السكوت قبولا إلا إذا كان هناك اتفاق مسبق بين الطرفين[515].

2.– اقتران العقد الإلكتروني بحق العدول (***Right of Repent***):

تقرر القواعد العامة للنظرية العامة للعقود أنه متى ارتبط القبول بالإيجاب فإنه لا يحق لأحد طرفي العقد العدول عنه، إلا عن طريق الإقالة، وذلك تطبيقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولكن مراعاة لخصوصية العقد الإلكتروني، وخاصة عدم قدرة المستهلك الفعلية على رؤية السلعة، ومعرفة خصائصها بدقة قبل إبرام العقد، فقد منح الطرف الآخر حق الرجوع عنه في بعض التشريعات[516].

ومن بين التشريعات التي أقرت هذا الحق التوجيه الأوروبي رقم 07/1997 الصادر سنة 1997 بشأن حماية المستهلك في العقود عن بعد في المادة السادسة منه[517]، التي منحت المستهلك حق الرجوع أو العدول

---

[514] أشار إليه، بشار طلال أحمد مومني، *مشكلات التعاقد عبر الإنترنت*، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2003، ص.70.

[515] أشار إليه، أسامة أبو الحسن مجاهد، *خصوصية التعاقد عبر الإنترنت*، المرجع السابق، ص.82؛ محمد حسين منصور، *المسؤولية الإلكترونية*، المرجع السابق، ص.70-71.

[516] المادة 26/121 من قانون حماية المستهلك الفرنسي سالفة الذكر، المرجع السابق.

[517] Article 6: «*Droit de rétractation:*
1. Pour tout contrat à distance, le consommateur dispose d'un délai d'au moins sept jours ouvrables pour se rétracter sans pénalités et sans indication du motif. Les seuls frais qui peuvent être imputés au consommateur en raison de l'exercice de son droit de rétractation sont les frais directs de renvoi des marchandises.
Pour l'exercice de ce droit, le délai court:

عن قبوله في مدة سبعة أيام تبدأ إما من تاريخ إبرام العقد مع عدم تسبيب عدوله، أو من تاريخ كتابة المورد الإقرار الخطي بالنسبة للخدمات، أو من تاريخ تسلم المبيع في حالة البضائع، على أن تمتد المدة إلى ثلاثة أشهر في حالة عدم تزويد وإعلام المستهلك بالبيانات والمعلومات المطلوبة، ورتب على المستهلك تحمل مصاريف العدول.

ومن جهته، أقر المشرع التونسي حق العدول للمستهلك عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل، وتختلف مدة سريانها باختلاف محل العقد، فإذا كانت بضاعة تبدأ من تاريخ تسلمها من المستهلك، وان كانت خدمة تبدأ من تاريخ الإبرام، ويعلن العدول بجميع الوسائل المنصوص عليها بين المتعاقدين، وإن تحقق هذه الحالة وجب على البائع إرجاع المبلغ المدفوع من طرف المستهلك خلال مدة عشرة أيام تبدأ من إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة، على أن يتحمل المستهلك المصاريف الناتجة عن العدول[518].

خلافاً للتشريعات السابقة، لم يتضمن القانون الجزائري رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية تحديد مدة العدول بكل دقة وبكل وضوح، حيث ورد بالمادة 11 عبارة عامة: "*شروط وأجال العدول عند الاقتضاء*"، بل ولم يشر حتى إلى كيفية احتساب الآجال كما فعل في البيع بالمنزل وفي عقد القرض الاستهلاكي[519]، الذي حدد فيهما المدة على التوالي ثمانية أيام ووسبعة أيام عمل تحسب من تاريخ إمضاء العقد[520] أو تاريخ التسليم أو تقديم الخدمة[521]. أما ما ورد بالمادة 22 من القانون رقم 18-05 سالف الذكر من مدة محددة بـ اربعة أيام فهي مدة تتعلق بفسخ العقد نظرا لإخلال المورد الالكتروني بأجال التسليم؛ والذي يلحقه التعويض، وهذا خلافا للحق في العدول الذي يعد حق ارادي محض[522].

- *pour les biens, à compter du jour de leur réception par le consommateur lorsque les obligations visées à l'article 5 ont été remplies,..*». Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997, Op.cit.

[518] أقر المشرع التونسي هذا الحق في الفصل 30 من القانون رقم 83 لسنة 2000 مؤرخ في 09 أوت 2000 *المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية*، المرجع السابق.

[519] المرسوم التنفيذي رقم 15-114 الصادر في 2015/05/12، *المتعلق بتحديد شروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي*، الجريدة الرسمية الصادرة في 15 ماي 2015، ص.10.

[520] تنص المادة 02/11 من المرسوم التنفيذي المتعلق بالقرض الاستهلاكي على أنه: "*غير أنه يتاح للمشتري أجل العدول مدته ثمانية أيام عمل، تحسب من تاريخ إمضاء العقد، طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما*".

[521] تنص المادة 14 من المرسوم التنفيذي سالف الذكر على أنه:"*عندما يتم بيع المنتوج على مستوى المنزل فإن مدة العدول تكون سبعة 7 أيام عمل مهما يكن تاريخ التسليم أو تقديم السلعة*".

[522] المادة 22 من القانون رقم 18-05: "في حالة عدم احترام المورد الإلكتروني لآجال التسليم، يمكن للمستهلك الإلكتروني إعادة إرسال المنتوج على حالته في أجل أقصاه أربعة (04) أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، دون المساس بحقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر.

إن عدم تحديد المدة من شأنه أن يعطي الحرية للموردين في تحديد القواعد الخاصة بهم، الأمر الذي يؤدي إلى تعسف هؤلاء اتجاه المستهلكين، ومما زاد الطين بلة هو الطبيعة الإذعانية للعقد الالكتروني. لذلك وجب على الإرادة التشريعية التدخل بتحديد مدة كافية، يتدبر فيها المستهلك ويفكر بين إمضاء العقد أو يعدل عنه.

ثالثاً.– مجلس التعاقد الالكتروني:

يعتبر العقد منعقدا في اللحظة التي يقترن فيها القبول بالإيجاب، غير أن الإشكال يطرح في العقد الالكتروني باعتباره عقدا مبرما عن بعد. فالبعد المادي لطرفيه ووسيلة إبرامه ألغيا كل المفاهيم المرتكزة على عنصر التحديد المكاني، مما أثار خلافا فقهيا حول طبيعة العقد الشيء الذي اثر على مفهوم مجلس العقد الالكتروني. لهذا سنتطرق بداية إلى مفهوم مجلس التعاقد الالكتروني، ثم إلى تحديد الفترة الزمنية لمجلس التعاقد الالكتروني.

1.– تعريف مجلس التعاقد الالكتروني:

حظيت نظرية مجلس العقد بعناية فائقة من جانب الفقه والقانون، فمجلس العقد هو فكرة إسلامية أصيلة. إذ تبنت التشريعات العربية هذه النظرية أخذا عن الفقه الإسلامي[523] ومنها التشريع الجزائري، حيث ورد في المادة 64 من القانون المدني ما يلي: "*إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل للقبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص لآخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل.*

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

وفي هذه الحالة، يجب على المورد الإلكتروني أن يرجع إلى المستهلك الإلكتروني المبلغ المدفوع والنفقات المتعلقة بإعادة إرسال المنتوج، خلال أجل خمسة عشر (15) يوما ابتداء من تاريخ استلامه المنتوج".

[523] يرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري أن نظرية مجلس العقد لم تعالج علاجا خاصا في الفقه الفرنسي، أما الفقه الإسلامي فقد صاغ لها نظرية بلغت من الإتقان مدى كبيرا، فلا يطلب من المتعاقد الآخر القبول فورا ، بل له أن يتدبر بعض الوقت، ولكن من جهة أخرى لا يسمح له أن يمعن في تراخيه إلى حد الإضرار بالموجب بإبقائه معلقا مدة طويلة دون الرد على إيجابه، فوجب إذن التوسط بين الأمرين، ومن هنا نبتت نظرية "مجلس العقد". مقتبس من، عبد الرزاق أحمد السنهوري، *مصادر الحق في الفقه الإسلامي*، الجزء 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص.9؛ ولنفس المؤلف، *الوسيط في شرح القانون المدني*، ج 01، نظرية الالتزام بوجه عام، العقد، منشاة المعارف، 2004، ص.231.

مجلس العقد إما أن يحضره المتعاقدان؛ وإما أن يكون أحد المتعاقدين غير موجود به، ولما كان الأصل في التعاقد أن يكون بين حاضرين سمي المجلس الذي يحضره المتعاقدان بـ: "*المجلس الحقيقي*"، وسمي المجلس الذي لم يوجد فيه أحد المتعاقدين بـ: "المجلس الحكمي". وعلى هذا الأساس يتنوع مجلس العقد إلى نوعين: احدهما حقيقي والأخر حكمي، وفيما يلي بيان لهما:

ا.– تعريف مجلس العقد الحقيقي:

يمكن تعريف مجلس العقد الحقيقي بأنه: "*ذلك المجلس الذي يكون المتعاقدان حاضرين فيه حضورا يقينيا معا وجها لوجه*". ويسمى التعاقد في هذه الحالة بالتعاقد بين الحاضرين، ويعرفه البعض أيضا بأنه: "*التعاقد بين حاضرين بتوافق الإرادتين في مجلس واحد*"، وهناك من عرفه بأنه: "*عندما يجتمع الموجب والقابل في ذات المكان أي يكونان في مجلس واحد يعتبر التعاقد بين حاضرين*"[524].

يفهم مما سبق، أن المجلس الحقيقي الذي يجمع المتعاقدين في مكان واحد يسمع كل منهما الآخر، بحيث يبدأ بتقديم الإيجاب وينتهي إما بقبول الإيجاب أو برفضه، وهذا النوع لا خلاف فيه بشأن زمان ومكان الانعقاد نظرا لطابع الحضوري والوجاهي الذي يميزه.

ب.– تعريف مجلس العقد الحكمي:

يمكن تعريف مجلس العقد الحكمي أو التعاقد بين غائبين بأنه: "*التعاقد بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس واحد بغض النظر عن وسيلة التعاقد، الكتاب أو الرسول أو غيرهما* [525]". الأصل أن يكون مجلس العقد مجلسا حقيقيا بين حاضرين، لأن الأصل في التعاقد هو أن يكون بين حاضرين، فإذا حدث ما يخالف هذا الأصل وكان التعاقد بين غائبين سمي مجلس العقد حينئذ الذي يتم فيه التعاقد بمجلس العقد الحكمي[526].

وينطبق هذا الكلام على التعاقد الإلكتروني، حيث يوجد أحدهما في مكان ويوجد الآخر في مكان آخر ويتم التعاقد عبر وسيط هو شاشة الحاسب الآلي[527]. فالعقد الإلكتروني يتم إجراؤه بين متعاقدين لا

---

[524] مقتبس من، منصور الصرايرة، *الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الالكترونية:دراسة في التشريع الأردني*، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، 2009، المجلد 25، عدد الثاني، ص.84.

[525] مقتبس من، أبو عمرو مصطفى أحمد، *مجلس العقد الالكتروني*، ط.1، دار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص.89.

[526] جابر عبد الهادي، *مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي*، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص.238.

[527] جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع نفسه، ص. 238.

يجمعهما مجلس عقد حقيقي، فمجلس العقد الحقيقي كما أسلفنا يتبادل فيه المتعاقدان الإيجاب والقبول شفاهة وبطريقة مباشرة، بحيث يكون وجودهما معاً وجوداً مادياً محسوساً. ومجلس العقد في التعاقد الإلكتروني مجلس حكمي[528]، إذ يكون طرفا التعاقد في مكانين مختلفين وقد يكونان في زمانين مختلفين، بحيث يخاطب أحدهما صاحبه نهاراً بينما يخاطبه الآخر ليلاً. وبخصوص الزمان فقد تطول الفترة التي تستغرقها عملية الإبرام وقد تقصر حسب الطريقة التي يتم بها العقد فقد يكون التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني، وقد يتم عن طريق الموقع أو عن طريق المحادثة التفاعلية المباشرة[529].

2.– تحديد الفترة الزمنية لمجلس التعاقد الالكتروني:

إن معيار التمييز في التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين هو وجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به، ففي التعاقد بين حاضرين يختفي هذا الفاصل ويعلم الموجب القبول فور صدوره. وبما أن مجلس العقد يقوم على ركنين احدهما مادي هو المكان والأخر معنوي هو الزمان؛ وبتطبيق ذلك على العقد الالكتروني نجد أن المكان افتراضي. لذلك سارعت لجنة الأونسيترال للأمم المتحدة بوضع مشروع قانون العقد الالكتروني، حيث قررت فيه أن العقد الالكتروني ينعقد في الزمان والمكان اللذين يتسلم فيهما الموجب القبول حسب المادة الثامنة الفقرة الثالثة وكذا المادة 11 الفقرة الخامسة من القانون النموذجي[530]. ويتم تحديد الفترة الزمنية لمجلس العقد الإلكتروني على حسب الطريقة التي يتم بها التعاقد.

في التعاقد عبر شبكة المواقع (*Web*) فإنه سواء كان التعاقد عبر الضغط على زر الموافقة أو عن طريق التنزيل أو التحميل؛ يبدأ مجلس العقد من دخول الراغب في التعاقد إلى الموقع الصادر فيه الإيجاب وبدايته في التفاوض والاختيار ويستمر مجلس العقد حتى خروج القابل من الموقع. وعليه، إذا دخل الشخص إلى أحد المواقع على الشبكة وأرسل إيجابه وانتظر فترة من الزمن لتلقي القبول، فنكون أمام التعاقد بين غائبين، وإذا تلقى هذا الشخص الإيجاب فورا فنكون في هذه الحالة أمام التعاقد بين حاضرين[531].

---

[528] المرجع نفسه، الموضع نفسه.

[529] عاطف عبد الحميد حسن، *وجود الرضا في العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنيت*، ط.1، دار النهضة العربية، القاهر، مصر، 2008، ص.133.

[530] امانج رحيم احمد، المرجع السابق، ص.209.

[531] أحمد خالد العجلوني، *التعاقد عن طريق الإنترنيت: دراسة مقارنة*، ط.1، المكتبة القانونية، عمان، الأردن، 2002، ص.90.

أما في التعاقد عبر البريد الإلكتروني (*E-Mail*)، فإذا كان التعاقد يتم بالكتابة مباشرة بين الطرفين فإن مجلس العقد يبدأ من حين صدور الإيجاب ويستمر حتى خروج أحد الطرفين من الموقع[532]، في هذه الحالة نقترب من التعاقد عبر الهاتف، وذلك لأن الإيجاب والقبول يكونان في نفس الزمن، فلابد من تطبيق أحكام التعاقد بين الحاضرين زمانا. وهذا الحكم ينطبق أيضا على التعاقد بواسطة التيلكس، أما إذا لم يتم التعاقد مباشرة فإن مجلس العقد يبتدئ من حين إطلاع القابل على المعروض عليه ويستمر حتى تنتهي المدة المحددة إذا وجدت[533]، وإلا رجع في ذلك إلى الأعراف. لأنه هناك فاصل زمني بين الإيجاب والقبول، في هذه الحالة لا شك أن التعاقد يكون بين غائبين، وهو الحكم الذي ينطبق كذلك على التعاقد عبر الفاكس[534].

في حين التعاقد عبر المحادثة والمشاهدة المباشرة نكون أمام مجلس عقد لإمكانية تبادل الإيجاب والقبول عبر المحادثة والمشاهدة المباشرة، وعليه يتم تطبيق أحكام التعاقد بين الحاضرين زمانا. وفي حال التعاقد عبر المحادثة والمشاهدة فإن مجلس العقد يبتدئ من حين صدور الإيجاب ويستمر حتى الانتهاء من المحادثة[535].

3.- الاختلاف الفقهي حول طبيعة التعاقد الإلكتروني:

تعددت الاتجاهات الفقهية بصدد بيان عما إذا كان التعاقد الالكتروني تعاقدا بين حاضرين أم بين غائبين، واهم هذه الاتجاهات يمكن إجمالها فيما يلي:

يرى جانب من الفقه[536] أن التعاقد عبر الإنترنت يعد تعاقداً بين غائبين زمانا ومكانا، شأنه في ذلك شأن التعاقد بطريق المراسلة أو الهاتف، إذ لا يختلف عنهم إلا في الوسيلة التي يتم بها، ومبررهم في ذلك أن

---

[532] مندى عبد الله محمود حجاز ي، *التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني وفقا لقواعد الفقه الإسلامي والقانون المدني*، ط.1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010، ص.356.

[533] مراد محمود يوسف مطلق، *التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني*، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2007، ص.165.

[534] فراس فاضل الشطي، *إبرام العقد الالكتروني*، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، تاريخ النشر: 2010/08/24، تاريخ الاقتباس: 2016/06/25، متاح على الرابط التالي: http://www.lawjo.net/vb/showthread.php?10459-

[535] أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص.73.

[536] أخذ بهذا الرأي مجلس مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، حيث بحث المجمع "حكم *إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة*" في دورته السادسة بجدة سنة 1990. وصدر بذلك القرار رقم (6/3/52)، ونص على صحة إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة ومنها الحاسب الآلي، وبَيّن بعض الأحكام المتعلقة به. ونظراً لأهمية القرار وتعلقه بموضوع البحث نذكره بنصه:

"إن مجمع الفقه الإسلامي وباستحضار ما تعرض له الفقهاء بشأن إبرام العقود بالخطاب وبالكتابة وبالإشارة وبالرسول، وما تقرر من أن التعاقد بين الحاضرين يشترط له اتحاد المجلس-عدا الوصية والإيصاء والوكالة -وتطابق الإيجاب والقبول، وعدم صدور ما يدل على إعراض أحد العاقدين عن التعاقد، والموالاة بين الإيجاب والقبول بحسب العرف.؛ قرر ما يلي:

عدم صدور الإيجاب والقبول في نفس اللحظة، لوجود فاصل زمني بين علم الموجب بالقبول وصدوره، يضاف إلى ذلك اختلا المكانين أي مجلس العقد يعد مجلسا حكميا وتطبق عليه أحكامه[537].

والحقيقة أن هذا الرأي تجاهل أن التعاقد الالكتروني يتم لحظيا أي تعاصر الإيجاب للقبول، لان عنصر الزمن متلاشي إذ لا يستغرق زمن وصول الرسالة جزء من الثانية، حيث يكون كل متعاقد في اتصال مباشر مع الآخر، ففي التعاقد عن طريق المحادثة المباشرة واستخدام كاميرا فيديو يتم تبادل الإيجاب والقبول مباشرة فلا تبقى أي عبرة للمكان[538].

بينما يرى اتجاه آخر من الفقه[539] أن التعاقد عبر الإنترنت يعد تعاقداً بين حاضرين حيث ينطبق مفهوم مجلس العقد على كلا العاقدين، إلا إنهما قد انصرفا إلى موضوع التعاقد دون أن يشغلهما عنه شاغل آخر، وكان بينهما اتصال مباشر عبر الإنترنت بحيث يسمع، أو يرى أحدهما الآخر مباشرة حيث لا يكون هناك فاصل زمني بين صدور التعبير عن الإرادة إيجاباً أو قبولاً، ووصوله إلى علم الموجه إليه[540].

في حين يرى اتجاه ثالث من الفقه بأن التعاقد عبر الإنترنت يعتبر تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان، وتعاقداً بين غائبين من حيث المكان، فهو يعتبر تعاقداً بين حاضرين لانعدام الفاصل الزمني بين صدور القبول، وعلم الموجب به، ويعتبر تعاقداً بين غائبين من حيث المكان شأنه في ذلك شأن التعاقد بالمراسلة؛ لكون طرفا العقد يتواجدان في دول مختلفة. وطبقا لهذا الرأي، فان التعاقد الالكتروني يستدعي التوسع في

01.- إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد ولا يرى أحدهما الآخر معاينة ولا يسمع كلامه وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة "الرسول" وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي (الحاسوب) ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله؛

02.- إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقداً بين حاضرين وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء المشار إليها في الديباجة؛

03.- إذا أصدر العارض بهذه الوسائل إيجاباً محدد المدة يكون ملزماً بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة وليس له الرجوع عنه؛

04.- إن القواعد السابقة لا تشمل النكاح لاشتراط الإشهاد فيه ولا الصرف لاشتراط التقابض ولا السلم لاشتراط تعجيل رأس المال؛

05.- ما يتعلق باحتمال التزييف أو التزوير أو الغلط يرجع فيه إلى القواعد العامة للإثبات. للمزيد، راجع مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الجزء 2، العدد السادس، ص.785. للمزيد من التفصيل حول هذا القرار، راجع جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص.238. مقتبس من، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الرئيسية، القرارات، الدورة السادسة، قرار بشأن حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، تاريخ الاقتباس، 2015/12/27، متاح على الرابط التالي: http://www.iifa-aifi.org/1789.html

[537] أشار إليه، أسامة احمد بدر، المرجع السابق، ص.225.

[538] بشار طلال مومني، المرجع السابق، ص.83؛ لما عبد الله صادق سلهب، *مجلس العقد الإلكتروني*، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008، ص.118.

[539] أشار إليه، محمد السعيد رشيدي، المرجع السابق، ص.29؛ عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص .133.

[540] أشار إليه، ماجد محمد سليمان أبا الخيل، *العقد الالكتروني*، مكتبة الرشد، ط.01، 2009، ص.65.

مفهوم مجلس العقد واعتباره مجلسا حكميا من ناحية الزمن، إلا انه تم الرد على هذا الاتجاه الفقهي بمسألة تجزئة مجلس العقد لأنه هذا الأخير يتطلب وحدة المكان واستمرارية الزمان المتصلة، ويؤدي إلى الخلط بين مجلس العقد الحقيقي والحكمي[541].

تمسك اتجاه فقهي رابع بالحلول التوفيقية التي تتمثل في ضرورة التفرقة بين الاستخدامات الالكترونية للتعاقد، فإذا استخدمت الإنترنت بطريقة تتيح نقل الصوت فقط ، فإننا نرى أن التعاقد من خلاله في هذه الحالة يعد تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان، وبين غائبين من حيث المكان، شأنه في ذلك شأن التعاقد بالهاتف. أما إذا استخدمت كوسيلة للكتابة والمراسلة كالبريد الإلكتروني؛ فإنه إذا كان تبادل الرسائل يتم بصورة فورية، بحيث لا يكون هناك فاصل زمني بين الإيجاب والقبول أو كان فاصل لا يكاد يذكر نظراً لما يخوله البريد الإلكتروني من النقل الفوري للرسائل المتبادلة فإنه أيضاً يعتبر تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان، وغائبين من حيث المكان[542].

خلاصة القول، بعد استعراض هذا الخلاف الفقهي حول طبيعة مجلس العقد في التعاقد الالكتروني ومع الأخذ بعين الاعتبار الأحوال والتفصيلات السابقة واختلاف وجهات النظر؛ فإن الغالب من الفقه وكقاعدة عامة يعتبر إن التعاقد الالكتروني كالتعاقد عن طريق الهاتف أي تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان، إلا إذا وجدت فترة زمنية طويلة نسبياً تفصل بين الإيجاب والقبول فإن التعاقد قد يكون بين غائبين مكاناً وزماناً.

4.- زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني:

حظيت مسألة تحديد زمان ومكان تلاقي الإرادتين بشكل عام باهتمام بالغ من الفقه والقضاء والتشريع نظرا لأهمية النتائج التي ترتب عليها هذه المسألة[543]. فعن وقت إبرام العقد الإلكتروني يثور التساؤل حول اللحظة التي يمكن فيها القول بأن العقد قد تم، فهل هو الوقت الذي وصلت فيه الرسالة الإلكترونية أو رسالة البيانات إلى الموجب ودخلت نظامه الخاص بمعالجة المعطيات أو هو الوقت الذي يقوم فيه الموجب بالإطلاع عليها.

---

[541] أشار إليه، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص.69؛ سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص.145.

[542] أشار إليه، أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص.73.

[543] نضال اسماعيل برهم، *أحكام عقود التجارة الالكترونية*، المرجع السابق، ص.58.

في بحث هذه المسألة، اختلفت الآراء الفقهية وانقسمت إلى أربعة اتجاهات، وبتطبيقها على العقد الإلكتروني نكون أمام أربعة أوقات لإبرام العقد وتحديد زمان نشأة الرابطة العقدية الإلكترونية، سنوجز هذه الاتجاهات الفقهية كما يلي:

آ.– نظرية إعلان القبول:

حسب هذه النظرية ينعقد العقد بمجرد إعلان القابل لقبوله دون الحاجة إلى علم الموجب به، فالتعبير عن الإرادة تعبير إرادي غير واجب الاتصال يكفي إعلانه، ووفقاً لهذا الاتجاه، فلحظة انعقاد العقد الإلكتروني هي اللحظة التي يحرر فيها القابل الرسالة الإلكترونية المتضمنة لقبوله دون تصديرها[544].

وقد انتقدت هذه النظرية على أساس أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثاره القانونية إلا إذا علم به من وجه إليه، فالإرادة الفردية لا تنتج أي أثر قانوني ما لم تقترن بإرادة أخرى مماثلة لها ومتجانسة معها لتتحقق الغاية من هذه الإرادة في الواقع العملي[545].

ب.– نظرية تصدير القبو ل:

تشترط هذه النظرية حدوث واقعة مادية هي تصدير أو إرسال القبو ل، إذ لا يتم العقد من الوقت الذي يعلن فيه القابل قبوله بل من الوقت الذي يرسل فيه هذا القبول فعلا إلى الموجب أي منذ لحظة خروج القبول من بين يدي صاحبه بحيث لا يملك استرداده[546]، كأن يقوم القابل بإرسال بريده الإلكتروني أو عن طريق الفاكس أو التلكس أو رسالة نصية عبر الهاتف النقال، أو عن طريق الضغط على خانة القبول في حالة ما إذا كان التعاقد عن طريق الموقع.

وقد أعاب الفقه على هذه النظرية أنها لم تضف على النظرية السابقة سوى واقعة مادية هي تصدير القبول، وهي واقعة لا أثر لها في الإرادة ولا تضيف أية قيمة للقبول[547]. ويلاحظ أن تصور إبرام العقد طبقا لهذه النظرية يفترض وجود فارق زمني بين تصدير القبول وتسلمه، وهذا ما لا يتحقق في كل الأحوال. فإذا

---

[544] أشار إليه، خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص.295-296.

[545] محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص.70.

[546] أشار إليه، تامر محمد سليمان الدمياطي، *إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت*، رسالة دكتوراه، القاهرة، 2008، ص.89؛ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.297.

[547] *للمزيد من التفصيل في نقد هذه النظرية*، راجع عبد الرزاق السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.201؛ شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق، ص.122.

كان هذا الفرض يصدق في حالة التعاقد عن طريق البريد التقليدي، فإنه بصدد التعاقد عن طريق تقنيات الاتصال الحديثة فلا يتصور تصدير القبول دون تسلمه إلا في حالة البريد الإلكتروني، إذ يمكن إرسال الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول من جانب القابل وعدم تسلمها من طرف الموجب لسبب فني أو لفقدانها، أما في حالة التعاقد عن طريق الموقع فيتلاشى كل فارق زمني بين التصدير والتسليم[548].

ج.– نظرية تسليم القبول:

اعتبر هذا الاتجاه أن العبرة في انعقاد العقد هي بتسليم القبول إلى المرسل إليه، سواء علم الموجب أو لم يعلم بالقبول لأن التسليم يعتبر قرينة على العلم. طبقاً لهذه النظرية فلحظة انعقاد العقد الإلكتروني تتحدد في الزمن الذي تصل فيه الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول إلى صندوق البريد الإلكتروني للموجب، حتى وان لم يطلع الموجب على مضمونها[549].

يعاب على هذه النظرية أنه إذا كان إعلان القبول وتصديره لا يكفي لأن يحدث القبول أثره فإن مجرد التسليم أيضاً لا يكفي لإحداث أي أثر القانوني ما دام القبول لم يصل إلى علم الموجب[550].

اعتبر البعض أن هذه النظرية ملائمة كأساس للتعاقد الإلكتروني وذلك من أجل اعتبارات حماية المستهلك، ولاسيما في مجال الإثبات، حيث أن استلام الرسالة يفيد العلم بها، وهو ما يستلزم أن تكون سارية المفعول أي إتمام التعاقد[551]. غير أن هذا الرأي لم يسلم من الانتقاد على أساس أنه ليس بالضرورة أن تصل الرسالة المتضمنة للقبول على الشكل السليم الذي حررت فيه، فمن الممكن أن يحدث خلل كأن يصل مضمون الرسالة على شكل رموز لا يمكن فهمها من الموجب أو قراءة محتوياتها، فلا يعرف إن كانت تتضمن قبول أو تعديل له[552].

---

[548] أسامة أبوالحسن مجاهد، *خصوصية التعاقد عبر الإنترنت*، المرجع السابق، ص.94؛ رامي علوان، المرجع السابق، ص.258.

[549] أشار إليه، أسامة عبد العليم الشيخ، *مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي*، دار الجامعة للنشر، مصر، 2008، ص.46.

[550] زياد خليف شداخ العنزي، *المشكلات القانونية لعقود التجارة الإلكترونية من حيث الإثبات وتحديد زمان ومكان العقد*، دار وائل للنشر، الأردن، 2001، ص.141.

[551] أشار إليه، خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص.388.

[552] محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص.71.

د.– نظرية العلم بالقبول:

ومقتضى هذه النظرية أن العقد يتم في الوقت الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، إذ لا تحدث الإرادة أثرها إلا إذا علم بها من وجهت إ ليه، فلابد من توافق إرادتين حتى يتحقق اقتران الإيجاب بالقبول[553]. وتطبيقا لهذه النظرية بشأن العقود المبرمة بالبريد الإلكتروني أو الفاكس، يمكن القول بأن العقد ينعقد في هذه الحالة في اللحظة التي يعلم فيها الموجب بالقبول أي بقيامه بفتح صندوق بريده الإلكتروني، والإطلاع على رسالة القابل، أي تحققه من قبول الأخير بالإيجاب المعروض عليه، أو في حالة وصول الرسالة إلى جهاز الفاكس المرسل إليه والإطلاع عليها من قبل الموجب في حالة التعاقد عبر الفاكس.

ومما أخذ على هذه النظرية، أن علم الموجب بالقبول أمر شخصي تم منفردا دون تدخل القابل أو علمه، كما أنه يصعب على القابل إثبات علم الموجب بقبوله خاصة في التعاقدات التي تتم بوسائل الالكترونية، إذ يستطيع الموجب إنكار وصول القبول إلى علمه بما يتفق ومصلحته. كما أن علم الموجب بالقبول ليس شرط انعقاد بل هو شرط لزوم و نفاذ، أي بمجرد علم الموجب بالقبول وقع عليه التزام بتنفيذ العقد والمطالبة بحقوق من الطرف الأخر[554]. وهذا يقتضي أن يطلع الموجب على الرسالة المتضمنة للقبول. ويعتمد أصحاب هذه النظرية على تطابق أو توافق الإرادتين الذي يقتضي حتما أن يكون كل متعاقد على علم بإرادة المتعاقد الآخر، فالأخذ بهذه النظرية يؤجل الآثار المترتبة على القبول؛ مما يوفر فرصاً إضافية للموجب له للتراجع عن قبوله[555].

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذه النظرية في تحديد لحظة انعقاد العقد وفق المادة 67 من القانون المدني التي تنص على أنه: "*يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان، وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول*".

---

[553] أشار إليه، سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص.208؛ لما عبد الله صادق سلهب، المرجع السابق، ص.126.

[554] شحاتة غريب محمد الشلقامي، المرجع السابق، ص.125.

[555] علي فيلالي، المرجع السابق، ص.106.

المطلب الثالث

صحة العقد الالكتروني

إن الغاية من التطرق لهذا الموضوع ليس البحث في الأركان والشروط التقليدية لالتقاء الإرادات اللازمة لتكوين العقد، لذلك لن نتطرق إلى شروط صحة الإرادة طبقاً للقواعد العامة من حيث صدورها ممن يملك أهلية التعاقد، وخلو الإرادة من العيوب التي تؤثر في صحتها إلاّ بالقدر الضروري الذي يستوجب إيضاح الموضوع[556]. وإنما الذي نريد أن نبينه هو الكشف عن تأثير البيئة الإلكترونية التي تلتقي فيها الإرادات العقدية على صحتها، خصوصاً فيما يتعلق بتوافر أهلية التعاقد لدى صاحب العرض أو القبول. يضاف إلى ذلك، مسألة التأكد من هوية الأطراف ويزاد إلزام أهمية بالنسبة للمستهلك الذي يستوجب حماية كافية. كما أن أركان العقد في البيئة الالكترونية تختلف عنها نسبيا في الواقع العيني، ذلك أن طريقة التراضي تكون عبر وسائل الكترونية، وهو ما ينعكس على المحل والسبب بل وحتى ركن الشكلية كذلك. كما لا ننسى عيوب الإرادة وتجلياتها في التعاقد الالكتروني التي كان لها نصيب من التأثر بهذه التقنية الوافدة.

بناءً على ما سبق، سنتطرق في البداية إلى خصوصية الأهلية ومسألة التحقق من الهوية في التعاقد الالكتروني (**الفرع الأول**). ثم سنعرج إلى الحديث عن المحل والسبب وعيوب الإرادة في العقد الإلكتروني (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول

خصوصية الأهلية ومسألة التحقق من الهوية في التعاقد الالكتروني

الأهلية[557] هي بوجه عام: " *صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية* ". من بين تعاريفها كذلك بأنها: "*صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق، وتحمل الواجبات التي يقررها* القانون"[558]، كما عرفت بأنها: "*صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق وعليه التزامات وصلاحيته لاستعمال هذه الحقوق والالتزامات* "[559].

---

[556] حسن علي الذنون، *مصادر الالتزام*، ط.1، دار الحرية للطباعة والنشر، بغداد، 1976، ص.72.

[557] *نظم المشرع الجزائري أحكام الأهلية ضمن نصوص القانون المدني في المواد*: 40، 42، 43، 44، 45، وكذلك ضمن نصوص قانون الأسرة وفق المواد: من 81 إلى 107.

[558] مقتبس من، محمد أمين أحمد سراج، *نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي*، ط01، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص.73.

[559] مقتبس من، سمير عبد السميع، *العقد الالكتروني*، ط.1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص.30.

أما عن الأهلية في التعاقد الإلكتروني حيث يتم التعاقد عن بعد، فإنه قد يصعب على أحد طرفي التعاقد التحقق من أهلية المتعاقد الآخر، وقد يترتب على هذا الانفصال المكاني بين أطراف المعاملات الإلكترونية عدم معرفة كافة المعلومات الأساسية عن بعضهما، كما أنه من الممكن أن يكون الموقع الإلكتروني الذي يتعامل معه المتعاقد هو موقع وهمي. فالعقد الإلكتروني يجب لانعقاده صحيحا يجب أن يكون صادراً عن متعاقدين تتوافر فيهما أهلية التعاقد، وهذا ما دفع بعض المختصين في هذا المجال إلى تقديم بعض الحلول والاقتراحات لتلافي هذا العيب عن طريق اللجوء إلى سلطات التصديق الالكتروني، التي هي عبارة عن طرف ثالث محايد موثوق فيه من كلا الطرفين. بينما يرى البعض الآخر أن الحل هو اعتماد نظام قانوني يفيد التحقق من شخصية أطراف العقد الإلكتروني عن طريق أي وسيلة تؤدي إلى التحقق والتأكد من الشخصية، أي أنه يستطيع كل طرف من خلال هذه الوسيلة التأكد من شخصية الطرف الآخر[560].

ومما يلاحظ أن قانون الاستهلاك الفرنسي وفق المادة 18/12، وكذا التوجيه الأوربي الصادر في 20 ماي 1997؛ قررا أنه بالنسبة لكل عرض لبيع منتج أو خدمة عن بعد، على المورد أن يضمن عرضه بيانات تتعلق بتحديد شخصيته مثل: اسم المنشأة وعنوانها والبريد الإلكتروني، كما ألزم المستهلك بتقديم بيانات التعرف لشخصيته[561]. وفي نفس السياق، ذهبت المادة 11 من القانون الجزائري للتجارة الالكترونية رقم 18-05 سالف الذكر[562]. بناء على ما سبق، يجب التأكد من أمرين أساسين حتى يقع التعاقد الالكتروني صحيحا، وهما:

أولاً.– خصوصية هوية وأهلية المتعاقد في التعاقد الالكتروني:

تذهب أحكام الشريعة الإسلامية وجل التشريعات المدنية[563] إلى مبدأ جوهري ضمن الأحكام العامة للأهلية؛ مفاده أن الأصل في الشخص أن يكون أهلا للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون،

---

[560] أشار إليه، خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص.135.

[561] نفس المرجع، نفس الموضع.

[562] المادّة 11: "*يجب أن يقدّم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر، المعلومات الآتية: رقم التعريف الجبائي، والعناوين المادية والإلكترونية، ورقم هاتف المورّد الإلكتروني،...*". القانون رقم 18-05 المتضمن التجارة الالكترونية، المرجع السابق.

[563] لا خلاف بين فقهاء القانون المدني وفقهاء الشريعة الإسلامية في أن مناط أهلية الأداء هو التمييز، والتمييز يتأثر بالسن كما يتأثر بعوارض أخرى تصيب الشخص بعد بلوغه سن التميز أو سن الرشد. وتعرف عوارض الأهلية جمع عارض لغة بأنها: "*العارض بالفتح ما يعرضه الإنسان من مرض*، ويقال: "اعترض الشيء دون الشيء أي حال دونه" ". وفي الاصطلاح تعرف العوارض بأنها: "*أمور تطرأ على الإنسان فتؤثر على أهليته بالزوال أو بالنقصان وهي ليست من الصفات الذاتية له*". وهي قسمان: قسم يؤثر على الأهلية بنوعيها (الوجوب والأداء) فيزيلها كالموت فإنه

وهو عين ما قرره المشرع الجزائري وفق المادة 78 من القانون المدني حيث نصت على أنه: "*كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون*".

يحقق تحديد هوية وأهلية الطرف الآخر المتعاقد أهمية كبرى بالنسبة لأطراف التجارة الإلكترونية، سواء تعلق الأمر بالمستهلك الالكتروني أو تعلق بالمورد الالكتروني، فبالنسبة للمستهلك الالكتروني يمكن خلال تحديد هوية الطرف الآخر في التعاقد أي المورد؛ بالتعرف على القانون الواجب التطبيق على العقد، والذي في الغالب يكون قانون دولة هذا المورد.

أحياناً قد يدعي الشخص كمال الأهلية بينما هو ناقص أو عديم الأهلية، وذلك لصغر السن أو الجنون، كما قد يستولي القاصر على البطاقة الائتمانية الخاصة بأحد والديه ويستعملها في التعاقد. وعلى هذا الأساس نصت معظم التشريعات الدولية والوطنية على وجوب تمتع المتعاقدين بالأهلية القانونية الكاملة عند إجراء المعاملات التجارية الإلكترونية، فوفقاً للمادة 13 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996 تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ، إذا كان هو الذي أرسلها بنفسه أو إذا كانت صادرة عن شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ.

تبعاً لما ورد في المادة الرابعة الفقرة الأولى من التوجيه الأوروبي رقم 07/97 لسنة 1997 بشأن البيع عن بعد سالف الذكر، فإنه يلزم عند إبرام العقد عن بعد عبر تقنيات الاتصال تحديد هوية الأطراف المتعاقدة بما في ذلك بيان الأهلية القانونية. كما أن المادة السادسة الفقرة الثانية من التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 لسنة 2000 بشأن التجارة الإلكترونية سالف الذكر[564] أكد على ضرورة تحديد كافة عناصر تحديد الهوية بما في ذلك الأهلية القانونية[565].

كما تضمن مشروع العقد النموذجي لغرفة التجارة والصناعة الفرنسية للمعاملات الإلكترونية على وجوب أن يبين الموجب اسمه وسمته التجارية، والرقم القومي له، وعنوان المقر الرئيسي لتجارته، والعنوان

يقضي على خاصية الإنسان أو يقضي على أهليته؛ وقسم لا تأثير له على أهلية الوجوب وإنما يؤثر على أهلية الأداء بالعدم مثل الجنون، السكر أو بالنقصان كما في الصبي المميز والسفيه. مقتبس من، مدونة القوانين الوضعية، بحوث ومقالات في العلوم الاقتصادية والقانونية، *عيوب النظام القانوني لعوارض الأهلية: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين العربية*، تاريخ الاقتباس: 2017/03/19، متاح على الرابط التالي:
https://qawaneen.blogspot.com/2018/03/blog-post_66.html

[564] Article 06/02: «*la personne physique ou morale pour le compte de laquelle la communication commerciale est faite doit être clairement identifiable*». Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, Op.cit.

[565] للمزيد من التفصيل، راجع سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص.153.

الإلكتروني له، وبيانات الهاتف والفاكس، ووسيلة سداد الثمن، وطرق تسليم هذه السلعة أو الخدمة، وأما عن قبول الإيجاب فيجب أن يشمل كذلك البيانات الكاملة عن المشتري، كتأكيد الطلبية الخاصة بشأن مال أو خدمة بعينها[566].

كما ورد بالمادة 18/121 من قانون الاستهلاك الفرنسي سالف الذكر[567] وجوب ذكر التفاصيل حول بائع المنتج بما في ذلك هويته، وهو نفس ما أكدته التشريعات العربية في مجال المبادلات الالكترونية، حيث نصت المادة 25 من القانون التونسي للمبادلات الالكترونية رقم 83 لسنة 2000 على أنه: "*يلزم عقد إبرام العقد الالكتروني الإفصاح عن الهوية بطريقة واضحة ومفهومة*"[568].

أما بالنسبة للتشريع الجزائري، فقد نصت المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني على أنه: "*يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وان تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها*"، وفي نفس السياق نصت المادة 11 من القانون الجزائري للتجارة الالكترونية لسنة 2018 على أنه: " *يجب أن يقدّم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر، المعلومات الآتية: رقم التعريف الجبائي، والعناوين المادية والإلكترونية، ورقم هاتف المورّد الإلكتروني، رقم السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية للحرفي...*الخ".

رغم تأكيد كل هذه النصوص القانونية على أن يكون العاقدان كاملي الأهلية لإبرام العقد وقت انعقاده[569]، ولكن على من تقع المسؤولية إذاَ تعاقد عديم الأهلية أو ناقص الأهلية مع العاقد الآخر كامل

---

[566] أشار إليه، صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.382.

[567] Article L121-18: «*…l'offre de contrat doit comporter les informations suivantes : Le nom du vendeur du produit ou du prestataire de service, des coordonnées téléphoniques permettant d'entrer effectivement en contact avec lui, son adresse ou, s'il s'agit d'une personne morale, son siège social et, si elle est différente, l'adresse de l'établissement responsable de l'offre*». Code de La Consommation Français, Op.cit.

[568] المادة 13 من القانون البحريني رقم 28 لسنة 2002 والمادة 15 من القانون الإماراتي رقم 02 لسنة 2000 والمادة 15 من القانون الأردني رقم 85 لسنة 2001، والمادة 16 من القانون اليمني رقم 40 لسنة 2006، المادتين 13 و 14 من مشروع قانون التجارة الالكترونية الفلسطيني، المادة 10 من مشروع قانون التجارة الكويتي.

[569] وهو الأمر الذي أكده الفقه الإسلامي باشتراطه كمال الأهلية للقيام بالتصرفات، للمزيد من التفصيل، راجع كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، وبهامشه أصول البزدوي عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي، الجزء 4، الحجم (52 ميجا)، مطبعة الشركة الصحافية العثمانية، إسطنبول، إعادة طبع دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1308هـ/1988م، ص.ص.235 وما بعدها. مقتبس من، كتب أصول الفقه، المكتبة الوقفية، متاح على الرابط التالي: https://waqfeya.com/book.php?bid=1468

الأهلية، وهو يظهر نفسه بأنه كامل الأهلية بأحد الوسائل التي ذكرناه، وما هي الآثار التي تترتب على هذا العقد الالكتروني، أهي مسؤولية عقدية أم تقصيرية؟.

يرى جانب من الفقه بأنه يجب لعلاج هذه المسألة التوسع في الأخذ بنظرية الوضع الظاهر ترجيحا لمصلحة المهنيين؛ وهو اتجاه الفقه الفرنسي[570]، لذا فإن حصول القاصر على بطاقة الائتمان التابعة لأحد والديه واستعمالها في إبرام العقد الالكتروني مع أحد التجار، يعطي الحق للتاجر متى كان حسن النية أن يتمسك بأن القاصر قد ظهر بمظهر الشخص الراشد الكامل الأهلية، فيتعين هنا حماية التاجر الحسن النية، وعدم إبطال العقد لنقص في أهلية المتعاقد الآخر. كما يستطيع التاجر أيضا الرجوع على هذا القاصر على أساس المسؤولية التقصيرية بالتعويض، باعتبار أن العقد كأنه لم يكن فهو عقد باطل بحكم القانون، مع إعطاء الحق للقاصر الرجوع عن العقد الذي أبرمه بنظر الفقه المدني الأمريكي[571]، وقد أشارت إلى هذا المبدأ المادة 19 من القانون المدني المصري[572]. وبما أن للتاجر حسن النية الحق في الرجوع على القاصر بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، أما في حالة إفلاس القاصر فله الحق بالرجوع إلى أوليائهم، وهذا ما نص عليه القانون المدني العراقي، ولذا من مصلحة الآباء مراقبة استعمال أبنائهم القصر لتقنيات الاتصال، فضلا عن الحفاظ على بطاقتهم الائتمانية والرقم السري بها[573].

وفي بريطانيا، يفرق القانون الإنجليزي والقضاء هناك بين نوعين من العقود التي يبرمها القاصر، عن طريق الإنترنت، ويقسمها إلى قسمين، عقود ضرورية تتمخض عن المنفعة له كشراء الكتب والبرامج التعليمية مثلا، فهذه تخضع للأصل العام في إبطاله لنقص أهليته، أما العقود التي تخرج عن نطاق الضرورة فهي تخضع للأصل العام في إبطالها حماية لمقتضيات النظام العام، ولو ارتكب القاصر غشا أدى على إخفاء نقص أهليته،

---

[570] Citée Par, OLIVIER D'Auzon., Le Droit du Commerce électronique: Contrat et Signature électronique, Paiement en Ligne, Publicité, Droit du Consommateur, Droit d'auteur..., éd. Puits Fleuri., paris, 2005, p.34.

[571] أشار إليه، أسامة أبو الحسن مجاهد، *خصوصية التعاقد عبر الانترنت*، المرجع السابق، ص.113.

[572] المادة 119: "*يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض، إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته*". ايثار موسى، القانون المدني المصري الصادر في 16 جويلية 1948، *نصوص و مواد القانون المدني المصري آخر التعديلات والتحديثات*، تاريخ النشر: 2017/02/15، تاريخ الاقتباس: 2018/05/14، متاح على الرابط التالي: https://www.mohamah.net/law

الجدير بالذكر أنه لا يوجد مقابل لهذا النص في القانون المدني الجزائري بل إن المشرع الجزائري نص في المادة 02/103 من القانون المدني بأن ناقص الأهلية، في حالة إبطال العقد لنقص أهليته، لا يلزم إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، وهذا النص لا يحقق في المسألة التي بين أيدينا أية عدالة، فلا وجود لأية حماية لشخص تعاقد مع ناقص أهلية بوسائل احتيالية استعملها هذا الأخير لإخفاء نقص أهليته خاصة إذا كان العقد إلكترونيا، ولا يبقى للمضرور إلا إتباع طريق المسؤولية التقصيرية للقاصر، ومن المعلوم أن هذا الطريق أصعب من الحل الذي اقترحه الفقه وهو إتباع نظرية الوضع الظاهر.

[573] أشار إليه، سمير حامد عبد العزيز، *التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة*، المرجع السابق، ص.153.

فإنه يبقى من حق التاجر استرداد البضاعة إذ لم تكن ضرورية للقاصر ولا يجوز للتاجر العدول على القاصر بدعوى المسؤولية، لأن القضاء الإنجليزي يرى في ذلك إلزاما لناقص الأهلية بالعقد بصورة غير مباشر[574].

هناك عدة طرق للتحقق من هوية الأشخاص في مجال التعاقد الالكتروني، منها أسلوب البطاقات الالكترونية وما تتطلبه من بيانات دقيقة وكذلك طريقة الوسائل التحذيرية، إلا أن أكثر الطرق فعالية وأكثر رسمية هو أسلوب التصديق أو التوثيق الالكتروني الذي سبق بيانه في معرض هذه الدراسة، إلا أننا سنتطرق إليه بإيجاز.

ثانيا.– بعض الحلول القانونية والفنية للتثبت من الهوية والأهلية:

هناك العديد من الحلول الممكنة للتحقق من المسائل المرتبطة بالهوية والأهلية، ولعل اشهرها نظام خدمة التصديق والتوقيع الالكترونيين وأسلوب البطاقات الالكترونية، وكذا طريقة الوسائل التحذيرية.

1.– نظام خدمة التصديق والتوقيع الالكترونيين:

تم تبني عدة حلول مدرجة في القوانين الإلكترونية لدول العالم مثل ما ذهب إليها المشرع الجزائري ضمن نصوص القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين سالف الذكر، اللذان يعتبران وسيلتين تقنيتين للتعريف بصاحب التعبير عن الإرادة وإسنادها إليه. فجهة التصديق الالكتروني هي بمثابة طرف ثالث محايد، تسند إليها مهمة تنظيم العلاقة بين طرفي العقد الالكتروني، ودورها الرئيسي هو التحقق من هوية الأطراف المتعاقدة، وأهليتهم القانونية، وكذا إصدار شهادة مصدقة عليها تتعلق بأطراف التعاقد. ويمكن تعريف شهادة المصادقة الالكترونية بأنها شهادة يصدرها مزود خدمات التصديق يفيد فيها تأكيد هوية الشخص أو الجهة الحائزة على أداة توقيع معينة، وقد تضمنت أغلب تشريعات[575] التجارة الالكترونية تنظيم خدمة المصادقة الالكترونية، ومنها التشريع الجزائري وفق القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، حيث نصت المادة 15 على جملة من البيانات والشروط المتطلبة في شهادة التصديق الالكتروني الموصوفة تستجيب لآليات السرية والثقة والائتمان المتطلبة في عالم التجارة. وفي نفس الاتجاه ذهب المشرع

---

[574] آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص.223.

[575] المادة 02 من *قانون الأونسيترال النموذجي* لسنة 2001، المرجع السابق؛ والمادة 02 من *القانون الأردني للمعاملات الالكترونية* رقم 85 لسنة 2001، المرجع السابق.

التونسي، وفق المادة الثامنة من الفصل 17 من قانون المبادلات الإلكترونية[576] على أنه: "*يصدر مزود خدمات المصادقة الإلكترونية شهادات مصادقة تستجيب لمقتضيات الملائمة والوثوق فيها*". وللإشارة هذه الشهادة محاطة بالعديد من الضمانات الموضوعية والإجرائية يتحملها الوزير المكلف بالاتصال ومزود خدمات المصادقة الإلكترونية.

2.- أسلوب البطاقات الالكترونية:

وهي عبارة عن وثيقة يمكن خلالها تخزين جميع البيانات الخاصة بحاملها كالاسم والسن ومحل الإقامة، وجميع المعاملات الخاصة بهذه البطاقة، وتتميز هذه البطاقة بصعوبة تزويرها أو تقليدها لارتباط استعمالها برقم سري، ويمكن للتاجر عند توجيه إيجابه عن طريق الوسائل الإلكترونية كالموقع مثلا؛ وبعد تلقيه القبول أن يشترط ملأ استمارة تعرض على شاشة الحاسوب بها رقم البطاقة الإلكترونية ونوعها وتاريخ انتهاء صلاحيتها، فإذا استطاع من وجه إليه الإيجاب ملء تلك البيانات، فإن هذا يعد قرينة ولو بسيطة على أنه صاحب البطاقة، ومن الطبيعي أن يكون صاحبها بالغا فهي لا تسلم إلى القصر[577].

في الواقع هناك العديد من الصعوبات فيما يتعلق بتحديد هوية الأشخاص الذين يقرؤون خلف شاشة الحاسوب "*il n'est pas possible de savoir qui est derrière l'écran*"، وعليه، فإن استخدام بطاقة الائتمان (*cart de credit*) يكون هاما في هذه المعاملات، حيث أنه لا يسمح بالتعامل إلا لمن يملكه حيث تعتبر بمثابة الحاسوب المتنقل الذي يحوي سجلاً كاملاً من المعلومات والبيانات الشخصية؛ تستخدم على نطاق واسع في الدول المتطورة. غير أن هذا غير كاف لإمكانية الحصول على أرقام هذه البطاقات[578]. لهذا، يرى البعض بأن إدخال رقم البطاقة الإلكترونية ليس كافيا للتأكد من أهلية المتعاقد، ففي كثير من الحالات تتم قرصنة هذه البطاقات أو سرقتها أو الاحتيال على حاملها، لذلك يجب البحث عن وسيلة أكثر أمنا تضمن التحقق من أهلية المتعاقد[579].

---

[576] *قانون المبادلات الالكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000*، المرجع السابق.

[577] عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص.314؛ عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص.175.

[578] مقتبس من، الياس ناصيف، المرجع السابق، ص.127.

[579] أشار إليه، محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص.149؛ أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص.160.

3.– طريقة الوسائل التحذيرية:

من خلال هذه الوسيلة يتم وضع وسائل تحذيرية على مواقع الانترنت، تنه عدم جواز الدخول إلى الانترنت إلا من خلال شخص يتمتع بالأهلية القانونية، ويلتزم هذا الشخص بالكشف عن هويته والإفصاح عن عمره من خلال ملء نموذج معلومات معروض على الانترنت، فإذا كان الشخص متمتعا بالأهلية القانونية، فإنه يستطيع دخول الموقع وإبرام العقود، وعلى العكس من ذلك فهو لا يستطيع الدخول إلى الموقع إذا لم يقم بملء المعلومات، أو إذا اتضح منها عدم أهليته. وتعد هذه الوسائل التحذيرية من أكثر الوسائل استخداما في الوقت الحاضر، إلا أنها لا تخلو من مخاطر، إذ قد يقوم المستخدم بوضع بيانات تخالف الحقيقة بشأن أهليته، مما يؤدي إلى إيجاد وسائل أخرى لحل هذه المشكلة[580].

الفرع الثاني
المحل والسبب وعيوب الإرادة في العقد الإلكتروني

خلافاً لركن الرضا في جانب اقتران الإيجاب والقبول والمسائل المرتبطة بالأهلية لم يتأثر ركن المحل والسبب وكذا عيوب الرضا بنفس مقدار التأثير الذي أصاب ركن الرضا، ماعدا بعض الجوانب البسيطة التي أصابها التغيير بما يتفق مع طبيعة الطريقة المتبعة في التعاقد المتمثلة في الوسائل الالكترونية الحديثة.

أولا.– المحل في العقد الالكتروني:

اعتبرت المادة 1663 من القانون المدني الفرنسي، المعدلة بموجب الأمر رقم 2016-131 المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام وإثبات الالتزامات[581] الالتزام بأنه أداء (*prestation*) يتعين أن يكون موجودا أو قابلا للوجود في المستقبل، فضلا على أن الفقرة الثانية من هذه المادة تؤكد على أن الأداء يجب أن يكون محددا أو قابلا للتحديد؛ إذا أمكن استنتاج ذلك من العقد دون حاجة إلى اتفاق جديد[582]. أما المشرع الجزائري فقد نظم ركن المحل بالمواد من 92 إلى 95 من القانون المدني، حيث أجاز التعامل في الأشياء

---

[580] الياس ناصيف، المرجع السابق، *العقد الالكتروني*، ص.128.

[581] Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, JORF n°0035 du 11 février 2016 texte n° 26, Disponible à: https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=5D102999F0B82CB7514A6DE09D390855.tplgfr38s_2?cidTexte=JORFTEXT000032004939&dateTexte=20160212

[582] Article 116: « *L'obligation a pour objet une prestation présente ou future.Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable.La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire*». Code Civil Français, Op.cit.

المستقبلية، بشرط أن تكون محققة الوجود، وليست من قبيل التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة، واشترط أن يكون المحل موجودا أو قابلا للوجود، وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

ولكي يكون محل العقد الالكتروني معينا أو قابلا للتعيين، يجب أن يتم وصف المنتج أو الخدمة عبر تقنيات الاتصال الحديثة بصورة دقيقة وشاملة، مع تجنب الإعلانات الخادعة أو المضللة[583]. وقد أكد العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية سالف الذكر[584] على وجوب تحديد الصفات الرئيسية للسلع والخدمات المعروضة فقد أشارت المادة الرابعة الفقرة الأولى من هذا العقد تحت عنوان: "*الصفات الرئيسية للأموال والخدمات المعروضة*" إلى ضرورة ذكر مسمى الأموال المعينة ومكوناتها وأبعادها وكميتها وألوانها وسماتها الخاصة، وغير ذلك من صفاتها الرئيسية[585]. كما أشارت الفقرة الثانية من هذا العقد بوجه خاص إلى وجوب تحديد محل ومحتوى الخدمات المعروضة، وفي نفس السياق ذهبت المادة 11 الفقرة الثالثة من قانون التجارة الالكترونية الجزائري رقم 18-05 سالف الذكر بقولها: "*يجب أن يقدّم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر، المعلومات الآتية: ...طبيعة، وخصائص وأسعار السلع أو الخدمات المقترحة...*الخ ". كما نصت على ذلك أيضاً المادتين 20 و25 من قانون المبادلات الالكترونية التونسي[586]، وكذا المادة التاسعة الفقرة الأولى من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني[587].

أما عن مشروعية محل العقد الالكتروني، فكثيراً ما تستغل وسائل الاتصال الالكترونية، وخاصة الانترنيت في ممارسة التجارة غير المشروعة كالمخدرات ونشر الصور الإباحية، وارتكاب الجرائم المالية، وهذه التصرفات وغيرها تكون باطلة بقوة القانون، لكونها مخالفة للنظام العام والآداب العامة. وعليه، لابد أن يكون محل العقد الالكتروني متفقا مع القوانين القائمة، والنظام والآداب العامة السائدة في الدولة، وبالرجوع إلى المادتين الثالثة والخامسة من قانون التجارة الالكترونية الجزائري رقم 18-05 نجد أنه استثنى بعض المعاملات الالكترونية من دائرة التعامل حيث أشارت المادة الثالثة إلى أنه: "*غير أنه، تمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية تتعلق بما يأتي: لعب القمار والرهان واليانصيب، المشروبات الكحولية والتبغ، المنتجات*

---

[583] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص.176.

[584] *العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الالكترونية بين التجار والمستهلكين* المعتمد في 1998/06/29، من طرف كل من غرفة التجارة والصناعة في باريس، وكذا اللجنة القانونية للجمعية الفرنسية للتجارة والمبادلات الالكترونية، المرجع السابق.

[585] Cf.HUET Jerome., Op.Cite., p.159.

[586] القانون رقم 83 لسنة 2000 المؤرخ في 09 أوت 2000، *المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي*، المرجع السابق.

[587] القانون رقم 85 لسنة 2001 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001، *المتعلق بالمعاملات الإلكترونية الأردني*، المرجع السابق.

الصيدلانية، المنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو التجارية، كل سلعة أو خدمة محظورة بموجب التشريع المعمول به، كل سلعة أو خدمة تستوجب إعداد عقد رسمي"، بينما ورد بالمادة الخامسة ما يلي: "*تمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية في العتاد والتجهيزات والمنتجات الحساسة المحددة عن طريق التنظيم المعمول به، وكذا كل المنتجات و/أو الخدمات الأخرى التي من شأنها المساس بمصالح الدفاع الوطني والنظام العام والأمن العمومي*".

ثانياً.– السبب في العقد الإلكتروني:

السبب هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه[588]، ويشترط في السبب باعتباره ركن من الأركان المكونة للعقد بصفة عامة والعقد الالكتروني بصفة خاصة، أن يكون مشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة. وهو ما ذهبت إليه المادة 97 من القانون المدني الجزائري على أنه: "*إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع، أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب كان العقد باطلاً*"[589].

أما العقود المبرمة عبر تقنيات الاتصال الحديثة، والتي قد تتضمن مثلا أفعالا خادشة للحياء، فإنها تكون باطلة لكون السبب غير مشروع، غير أن مفهوم الآداب العامة يتطور من زمن لآخر ويختلف من دولة لأخرى، فما يعتبر مناقضا للآداب العامة في دولة ما قد لا يكون كذلك في دولة أخرى. لكن يمكن القول أن السبب كركن من أركان العقد، لا يثير أي إشكال في العقود المبرمة عبر وسائل الاتصال الحديثة، وتبقى النظرية العامة كافية لتنظيمه في إطار التعاقد الالكتروني[590].

والسبب باعتباره الباعث الدافع إلى التعاقد لا يغني عنه ركن آخر من أركان العقد، ومن ثمة، فإذا كان غير مشروع عن طريق مخالفته للنظام العام والآداب العامة، فإن العقود الإلكترونية تكون باطلة. والملاحظ أن السبب في العقود الإلكترونية يخضع في أحكامه للقواعد العامة ولا يوجد ما يميزه[591].

---

[588] عبد الرزاق السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام*، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.451.

[589] غير أن المشرع الجزائري لم يشترط أن يكون السبب مذكورا في العقد، وقد تم تفصيل ذلك في نص المادة 98، التي قضت بما يلي: "*كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه*".

[590] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص.184.

[591] عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص.195.

ثالثاً.– عيوب الإرادة في التعاقد الالكتروني:

بما أن البيئة الالكترونية فضاء افتراضي مفتوح لكل الاحتمالات فإنه من السهل بمكان تصور وجود بعض عيوب الرضا كعيبا الغلط والتدليس لارتباطهم بفكرة المغالطة، فقط الأول عفوي أي الغلط والثاني مستثار، ويزداد الأمر خطورة لما نعلم أن الفضاء الالكتروني مرتع لمحترفي التمويه والقرصنة من حدثاء السن.

1.– الغلط في نطاق التعاقد الالكتروني:

الغلط هو: "وهم يقوم في ذهن المتعاقد فيصور له الأمر على غير حقيقته"[592]، ولكي يكون عيبا في الإرادة فإنه يشترط فيه أن بلغ حدا من الجسامة بحيث يكون هو الدافع للتعاقد[593]، أي أن يكون جوهريا، ويعد الغلط جوهريا متى وقع في ذات المتعاقد أوفي صفة في الشيء يراها المتعاقد ضرورية أو يجب اعتبارها كذلك[594].

غالبا ما يقع المتعاقد عبر شبكة الإنترنت في غلط، وذلك بسبب البعد المكاني بين الأطراف. ولأن هذه العقود تبرم عن بعد ولا يمكن حصر أنماطها؛ لذلك لا يمكن إحصاء صور الغلط الواقع بشأنها، بخلاف عما يمكن أن يحدث في إطار العقود التقليدية. غير أن مجال التعامل الإلكتروني يظهر إمكانية حدوث خطأ في التواصل مع الشبكة حيث يرتكب المستخدم خطأ بشأن الخانة التي يضغط عليها، حيث يبدأ في الخطوات التي تؤدي به إلى أن يجد نفسه متعاقداً رغم عدم اتجاه إرادته لذلك. وبسبب غياب الأطراف المتعاقدة كل منهما عن الآخر يفتح المجال لكل منهما المطالبة بإبطال العقد؛ بسبب الوقوع في غلط بشأن ذات المتعاقد أو صفة من صفاته، ومثال على ذلك اسم الموقع المراد التعامل معه والذي قد يختلط في ذهن المتعاقد مع موقع أو

---

[592] مقتبس من، عبد الودود يحي، *الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام*، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص.88.

[593] Cf, RIHM Isabelle., *L'erreur Dans La Déclaration de Volonté Contribution a L'étude du Régime de L'erreur en Droit Français*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille : P.U.A.M., Institut de Droit des Affaires, 12/2006, p.48.

[594] راجع المواد من 81 إلى 85 من القانون المدني الجزائري.

مواقع أخرى[595]. كما قد يقع الغلط في مجال العقود الإلكترونية بسبب العرض الناقص للمنتجات، وذلك بأن يكون العرض غير واضح أو غير مفهوم.

وتفاديا للوقوع في الغلط ألزم التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 الخاص بالتجارة الإلكترونية في المادة 11[596] منه مقدمي الخدمات بأن يقوموا بعرض الخدمة على العميل بالتفصيل الدقيق، وأن يقوموا بإعلامه بوسائل مناسبة وفعالة وسهلة البلوغ على نحو يمكنه من فهم المعطيات الإلكترونية ويتفادى الوقوع في الغلط[597].

2.- التدليس الالكتروني:

التدليس هو: "الالتجاء إلى وسائل الحيلة والغش بقصد إيهام المتعاقد بأمر يخالف الواقع وجره بذلك إلى التعاقد"[598]، وللتدليس شرطان، أحدهما مادي يتمثل في الطرق الاحتيالية، والأخر معنوي يتمثل في نية التظليل[599].

---

[595] خالد حمدي عبد الرحمن، *التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني*، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص.138.

[596] Article 11:« *Passation d'une commande*
1. *Les États membres veillent, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, à ce que, dans les cas où un destinataire du service passe sa commande par des moyens technologiques, les principes suivants s'appliquent:*
- le prestataire doit accuser réception de la commande du destinataire sans délai injustifié et par voie électronique,
- la commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles il sont adressés peuvent y avoir accès.
2. *Les États membres veillent, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, à ce que le prestataire mette à la disposition du destinataire du service des moyens techniques appropriés, efficaces et accessibles lui permettant d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger, et ce avant la passation de la commande.*
3. *Le paragraphe 1, premier tiret, et le paragraphe 2 ne sont pas applicables à des contrats conclus exclusivement au moyen d'un échange de courriers électroniques ou au moyen de communications individuelles équivalentes.*
Section 4: Responsabilité des prestataires intermédiaires». Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, Op.cit.

[597] للمزيد من التفصيل، راجع سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص.164.

[598] مقتبس من، عبد الفتاح بيومي، التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية: الكتاب الثاني، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص.206.

[599] Cité par, Christine SOUCHON, *Les* Vices du *Consentement Dans le Contrat, Pédone*, Paris, 1976, p.52.

إن التدليس أو الخداع في العقود الالكترونية عبر الانترنيت يقع كثيراً، نظراً لقدرة بعض العابثين والمحتالين على اختراق النظام المعلوماتي للشبكة وإساءة استخدامها، والتدليس في العقد الالكتروني لا يختلف عن التدليس في إبرام العقد التقليدي إلا في الطريقة. بل إنه متصور أكثر في العقود الإلكترونية نتيجة الكذب في الإعلانات والدعايات الإلكترونية للمنتجات أو الخدمات، إذ غالباً ما يتمثل التدليس في الإعلان الخادع أو الكاذب أو الوعد بواسطة رسالة الكترونية بميزات وهمية بحيث يدفع المتعاقد الآخر إلى إبرام العقد، ويتمثل ذلك في صورة اصطناع أو استخدام دعائم أو وسائط الكترونية مزورة. ذلك أن المستهلك في التعاقد الإلكتروني لا يتمكن من معاينة الشيء المبيع كما في التعاقد التقليدي، وإنما يعاين الشيء من خلال شاشة الحاسب الآلي، حيث تتم الرؤية أو المعاينة بطريقة مرئية. وقد يلجأ التاجر إلى استخدام الحيل التكنولوجية في عرض المنتجات والخدمات بواسطة الصور والدعائم الالكترونية والصور ثلاثية الأبعاد؛ مما يدفع الطرف الآخر إلى إبرام العقد[600].

ولهذا يرى البعض، أنه في حالة عقد البيع الإلكتروني إذا قام البائع بخداع المشتري عن طريق استخدام الحيل التكنولوجية في عرض المنتج أو الخدمة فإنه يجب إبطال العقد للغش. ذلك أن الكذب في الإعلانات والدعاية الإلكترونية للمنتجات والخدمات يدخل في نطاق التدليس، طالما تجاوز الحد المألوف وكان مؤثراً في إرادة المدلس ويعطي له دافعاً لإبطال العقد لعيب إرادته.

وطرق الغش والتدليس في العقد الإلكتروني كثيرة ومتنوعة، مثل استعمال علامة تجارية لشخص آخر، أو تعمد نشر بيانات ومعلومات غير صحيحة على الموقع عن سلع أو خدمات بقصد ترويجها، أو إنشاء موقع وهمي على الانترنت لا وجود له في الواقع على الإطلاق[601]، ومثال ذلك ما تقوم به بعض البنوك الإلكترونية التي ليس لها وجود إلا من خلال شبكة الإنترنت حيث تضع عروض مغرية في موقعها الوهمي لكي تدفع

---

[600] للمزيد من التفصيل، راجع محمد حسين منصور، *المسؤولية الإلكترونية*، المرجع السابق، ص.74.

[601] مراد يوسف مطلق، المرجع السابق، ص.210.

العمـلاء لإيـداع أمـوالهم في هـذا المصـرف الـوهمي ومـن ثم يـتم الاسـتيلاء علـى هـذه الأمـوال دون ردهـا لأصحابها[602].

وقد بذلت الكثير من المنظمات والهيئات الدولية والإقليمية جهودا كبيرة في مجال مكافحة الاحتيال في إبرام العود الإلكترونية بهدف التقليل من مخاطر الظاهرة، فقد قدمت كل من غرفة التجارة الدولية، ومنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، وكذلك المجلس الأوربي قواعد توجيهية وإرشادية للمشرعين في الدول الأوروبية تحثهم على تشديد التشريعات الوطنية في مجال الكشف عن حالات الاحتيال ومعاقبة مرتكبيها، وإلزام الأطراف المتعاقدة عبر تلك الوسائل بالتأكد من هوية المتعاقد معه والتحري عن سمعته التجارية ومركزه المالي قبل البدء في عملية إبرام العقد، وإلزامهم بالدقة عندما يعبرون عن إرادتهم التعاقدية تفاديا للوقوع في مخاطر الاحتيال والغش المعلوماتي. وبدورها تحرص منظمة الأمم المتحدة على ضرورة إيجاد الوسائل الكفيلة لحماية الأطراف المتعاقدة[603].

يمكن الحد من ظاهرة التدليس والغش في العقود الالكترونية عن طريق تفعيل وتنشيط دور جهات التوثيق الالكتروني أو مقدمي خدمة التوثيق، فدورها ليس قاصراً على مجرد التأكد من صحة ونسبة صدور الإرادة التعاقدية لمنشئيها، بل التأكد من صحة هذه الإرادة وبعدها عن وسائل الغش والخداع والتدليس. وهذا ما ينفر كثير من الناس عن المعاملات الالكترونية عبر الانترنيت، فإذا ثبت ذلك فإنه يجب إبطال العقد أو إثبات الخيار لوجود الغش في العقد. والجدير بالذكر، انه وكقاعدة عامة يعتبر السكوت تدليساً في التعاقد الالكتروني ولا يقتصر الأمر على حالات العقود بين المهنيين والمستهلكين بل أيضاً حتى في علاقات المهنيين.

---

602 خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص.142.

603 آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص.243.

3.– الإكراه والتعاقد الالكتروني:

تناول المشرع الجزائري الإكراه في المادتين 88 و 89 من القانون المدني، وباستقراء هذه النصوص يتضح بأنه يشترط في الإكراه الذي يعد عيبا في الإرادة، أن يتم التعاقد تحت سلطان رهبة يبعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون وجه حق وأن تكون هذه الرهبة بعثت في نفس المتعاقد بفعل المتعاقد الآخر أو أن يكون عالما بها إذا بعثت من غيره، كما يشترط أن تكون هذه الرهبة هي الدافعة إلى التعاقد.

وقد يبدو لأول وهلة أنه يصعب تصور الإكراه في مجال العقد الإلكتروني، فمثلا يتم عرض المنتجات عبر شاشة التلفزيون أو الحاسوب عن طريق شبكة الإنترنت؛ وما قد يصاحب ذلك من إظهار لمحاسن المنتوج، غير أن المستهلك أو المستخدم يمكنه تغيير المحطة أو الخروج من الموقع أو غلق الجهاز أصلا. وعليه، فالمبادرة ترجع دائما إلى المستهلك، إذ يجب عليه لكي يعبر عن إرادته بالقبول أن يقوم ببعض الأعمال المادية التي بدونها لا يمكن إبرام العقد؛ كالاتصال عن طريق الهاتف بالمحطة التلفزيونية التي تبث الإعلان أو ملء استمارة طلب السلعة أو الخدمة عن طريق الإنترنت. ومنه، لا يمكن تصور الإكراه في التعاقد عن بعد[604].

ولكن من الممكن تصور وقوع الإكراه في العقود الإلكترونية بسبب التبعية الاقتصادية، حيث يضطر المتعاقد إلى إبرام العقد تحت ضغط الحاجة الاقتصادية، لذلك يمكن تصوره بصدد توريد الخدمات أو المنتجات المحتكرة[605]. غير أنه يرى بعض الفقه أن الإكراه المادي مستبعد في

---

[604] محمود السيد عبد المعطي خيال، *التعاقد عن طريق التلفزيون*، المرجع السابق، ص.75؛ سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص.174.

[605] محمد حسين منصور، *المسؤولية الإلكترونية*، المرجع السابق، ص.75.

التعاقد الإلكتروني أو غير متصور لأن هذا العقد يتم بين طرفين متباعدين، بينهم فواصل مكانية ويجمعهما مجلس عقد حكمي[606].

غير أن المجال مفتوح أمام الإكراه المعنوي أو الأدبي الذي لا يعدم الإرادة، كأن يقوم المتعاقد ببعض التصرفات التي تعد مصدر شكوك وإكراه عبر الانترنيت مثل: الرسائل الإشهارية التجارية الموجهة للمتعاملين عبر الانترنيت (*Spamming*)، حيث يبقى لمن وقع ضحية له خيارين، فإما يتحمل التهديد بالأذى وإما أن يرتضي التعاقد، على عكس الإكراه المادي الذي يقع على الجسم بأنواعه المختلفة والذي يعدم الإرادة[607].

4.- عيب الاستغلال في العقود الالكترونية:

يعرف الاستغلال بأنه: "*انتهاز حالة الضعف لدى الشخص وجعله يبرم عقدا فيه عدم تعادل بين التزامات طرفيه تبلغ حدا لا يقبله المتعاقد لولا وجود هذا الضعف، واستغلاله من طرف المتعاقد الآخر*"[608]. وقد جعل المشرع الجزائري الاستغلال عيبا في الإرادة، بمقتضى المادة 90 من القانون المدني. ويترتب على الاستغلال قابلية العقد للإبطال لمصلحة من وقع فيه على أن ترفع دعوى إبطاله خلال سنة من يوم إبرام العقد[609].

مع انتشار التجارة الالكترونية عبر الانترنيت وزيادة عدد المواقع من باعة ومنتجين ومقدمي خدمات؛ اختلطت الشركات الجادة بالشركات الوهمية التي تسعى وراء الربح السريع بغض النظر عن مشروعية الوسائل المستعملة لجذب المشتري[610]. وبالنظر إلى ارتفاع عدد المستخدمين فمنهم من

---

[606] أشار إليه، خالد ممدوح إبراهيم، *إبرام العقد الإلكتروني*، المرجع السابق، ص.148.

[607] محمد حسين منصور، *المسؤولية الإلكترونية*، المرجع السابق، ص.75.

[608] مقتبس من، محمد سعيد جعفور، *نظرية عيوب الإرادة*، المرجع السابق، ص.ص.90 وما بعدها.

[609] راجع المادة 90 من *القانون المدني الجزائري*.

[610] قسم أرشيف منتديات الجامعة، *إبرام العقد الالكتروني*، مذكرة تخرج المدرسة العليا للقضاء، 2009، تاريخ الاقتباس: 2017/01/20، متاح على الرابط التالي: http://www.djelfa.info/vb/showthread.php?=t161952

يتمتع بالكفاءة ومنهم من تعوزه الخبرة الكافية للتعامل مع الانترنيت، كل هذا جعل الاستغلال شائعا عبر الانترنيت، وبسبب خطورة إبرام التصرفات القانونية عبر الانترنيت وعدم امتلاكهم الثقافة اللازمة لاستخدامها، كأن يتسرع في النقر على الموافقة دون قراءة الصفحة أو التأكد من شروط العقد جيدا؛ كل هذا يجعل من المستخدم المتعاقد عبر شبكة الانترنيت عرضة للاستغلال.

ورد بالمادة 50 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي سالف الذكر توقيع عقوبة جزائية على كل من يستغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الإلكتروني؛ يدفعه للالتزام حاضراً أو آجلا بأي شكل من الأشكال بغرامة تتراوح بين مئة ألف ومائتي ألف دينار تونسي (1000.00 و 20.000.00 د.ت)، وذلك إذا ثبت من ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته، أو كشف الحيل أو الخدع المعتمدة بالالتزام أوثبت أنه كان تحت الضغط مع مراعاة أحكام المجلة الجنائية.

بعد أن يستجمع العقد وجوده بتحقق العملية الرضائية المتمثلة في إبرام العقد الالكتروني وسلامته من عيوب الإرادة، فإنه آلياً يرتب آثاره القانونية اللازمة، والتي تشمل آثاره المتمثلة أساساً في آليات تنفيذ العقد الالكتروني المختلف عن العقد التقليدي في وسيلة التنفيذ، وكذا إشكالية النظم الحمائية المقررة لصالح المستهلك الالكتروني ومدى فعاليتها. يضاف إلى ذلك، مسائل الإثبات بالطرق الحديثة ومدى معادلتها للطرق التقليدية في الإثبات. كل ذلك سنتعرض له لاحقاً في الفصل الموالي المعنون بـ "آثار العقد الالكتروني".

يرى اغلب الفقهاء أن تعريف لجنة الأونسيترال للعقد الالكتروني شمل الوسائل المستخدمة في إبرامه عن طريق تعريف رسالة البيانات، وما يسجل على تعريف التوجيه الأوروبي رقم 07/97 للعقد الالكتروني أنه لا يشمل كل أنماط التعاقد الالكتروني، وبموجب المرسوم رقم 741/2001 لتنظيم التعاقد عن بعد لم يحدد المشرع الفرنسي وسائل الاتصال التي بموجبها يتم التعاقد وترك الأمر مفتوحا لثورة الاتصالات، وبالنظر إلى القانون المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي نجد أنه استخدم مصطلح سلع وخدمات، وكذلك وسع مفهوم وسيلة التعاقد لتشمل كل وسيلة اتصال عن بعد. مما يسجل على المادة السادسة من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية الجزائري أنها عرفت العقد الالكتروني من خلال وسيلة الإبرام الالكترونية، كما طبق المشرع الجزائري المعيار الموسع بصدد حصر حدود المعاملات التجارية الالكترونية، وكذلك الملاحظ على التعريفات الخاصة بالعقد الالكتروني هو إهمالها لذكر الأثر القانوني وترتيب الالتزامات التعاقدية، وتركيزها على وسيلة التعاقد الالكترونية. وجه التطابق بين العقد العادي والعقد الالكتروني هو تطابق الإيجاب مع القبول، غير أن الأول يقوم بين شخصين حاضرين من حيث الزمان والمكان، كما أن الانفصال المكاني في العقود الالكترونية يجعلها متميزة. يرى بعض الفقه أن العقد الالكتروني ليس عقد إذعان لغياب الاحتكار وإعطاء الحرية للأطراف في المشارطات العقدية، بينما يذهب اتجاه ثاني لخلاف ذلك، وبالنظر إلى القانون رقم 04-02 سالف الذكر نجد أن المشرع اعتبر العقد الالكتروني من عقود الإذعان. رغم التعديلات التي جاء بها المشرع الجزائري إلا أنه لم يهتم بمرحلة التفاوض. ويقع على عاتق طرفي التفاوض تنفيذ العقد بدقة وبحسن نية. ووفق القانون رقم 18-05 أضفى المشرع الجزائري عناية هامة على الإعلام الالكتروني. كما لم تورد معظم التشريعات تعريفاً محدداً للإيجاب الالكتروني، ولكن حسب التوجيه الأوروبي رقم 07/97 يعرف بأنه كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة. نصت المادة 11 من القانون رقم 18-05 على أن يستجيب الإيجاب الالكتروني لضرورات الوضوح والشفافية. كما أن الإعلان ومن خلال التوجيه الأوروبي رقم 07/97 والقانون الفرنسي المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي يعد مجرد دعوة إلى التعاقد. على الرغم من تأكيد التشريعات على جواز التعبير عن القبول برسالة البيانات غير أن أغلبيتها لم تحدد مفهوم القبول الالكتروني وكيفية التعبير عنه، وباعتبار مكان التعاقد افتراضي سارعت لجنة الأونسيترال إلى التأكيد على أن العقد الالكتروني ينعقد في زمان ومكان تسلم القبول. وتحقيقا للأهلية نص قانون الاستهلاك الفرنسي والتوجيه الأوربي رقم 07/97 أنه على المورد أن يُضَمِّن عرضه بيانات تتعلق بتحديد شخصيته، وهو ما ذهبت إليه المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني والمادة 11 من القانون رقم 18-05. وليكون محل العقد الالكتروني معينا أو قابلا للتعيين يجب أن يتم وصف المنتج أو الخدمة بصورة دقيقة وشاملة وأمينة وفق المادة 11 من القانون رقم 18-05، أما عن مشروعية المحل فقد استثنى القانون رقم 18-05 بعض المعاملات الالكترونية من دائرة التعامل، وتفاديا للوقوع في الغلط ألزم التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 الخاص بالتجارة الإلكترونية مقدمي الخدمات بأن يقوموا بعرض الخدمة على العميل بالتفصيل الدقيق، وأن يقوموا بإعلامه بوسائل مناسبة وفعالة وسهلة البلوغ، ووفقا للمادة 50 من قانون المعاملات الإلكترونية التونسي يعاقب كل من يستغل ضعف شخص وجهله في إطار التراضي الالكتروني.

الفصل الثالث

آثار العقد الالكتروني

يترتب على انعقاد العقد الصحيح المستوفي لشروطه وأركانه أثار قانونية على عاتق المتعاقدين، وهي متباينة من عقد إلى أخر حسب موضوعه والغرض من إنشائه. ونحن بصدد العقد الإلكتروني التمسنا أن وسائل الاتصال الحديثة لم تمس مفهوم العقد وكيفية انعقاده فقط بل تعدت ذلك ومست الآثار المترتبة عنه، وهي ذات الصلة بالنظام القانوني للعقد الإلكتروني بالإضافة إلى ما تمّ عرضه من مسائل طرحها هذا العقد؛ لهذا شمل عنوان هذا الفصل الموسوم بـ "*آثار العقد الالكتروني*" كل ما من شأنه أن ينجر عن عملية انعقاد العقد وتمامه، وذلك من خلال التطرق إلى تنفيذ كل طرف لالتزاماته العقدية، وأول المسائل القانونية التي نتطرق إليها بمناسبة تنفيذ العقد هي كيفية تنفيذ الالتزامات المترتبة على هذا النوع من التعاقد التي تقع على عاتق كل من المورد والمستهلك الالكترونيين، سواء الالتزام بتسليم محل العقد" *شيء مادي وشيء غير مادي*" أو الالتزام بأداء خدمة، والتي تقابلها مسألة الالتزام بدفع الثمن بموجب وسائل دفع إلكترونية تتماشى مع الفضاء. لذلك *يثور الإشكال المتعلق بمقدار ومستويات المعالجة التشريعية لمسألة تنفيذ العقد الالكتروني تمييزاً عن العقد التقليدي؟*

ومن بين المسائل التي يشملها آثار العقد الالكتروني، مسألة حماية المستهلك الالكتروني؛ كون هذا الأخير يعدّ طرًفا ضعيًفا في العلاقة، فإنه جدير بالحماية؛ في حين يكون المهني في مركز القوي. وفي ظل التعاقد الإلكتروني بصفته تعاقدًا عن بعد لا تكون المنتجات بين يدي المستهلك عند إبرام العقد، فحماية المستهلك تدعو إلى ضبط التوازن بين طرفي العقد بسبب المخاطر الناتجة عن العمليات الاستهلاكية في الفضاء الرقمي، ولحماية المستهلك من مخاطر السلع والخدمات وجب على المشرع أن يضع الأسس القانونية والآليات اللازمة لحمايته في إطار المعاملات الإلكترونية، وذلك بغية تحقيق العدالة التعاقدية وتكريس التوازن العقدي بين الطرفين. بناء على ما سبق، *يثور التساؤل حول مدى نجاح التجارب التشريعية في تحقيق الحماية الكافية للمستهلك الالكتروني؟*

كما أنه من المسائل الحساسة التي يشملها آثار العقد الإلكتروني هي مسألة الإثبات إذا ما ثار نزاع معين، خصوصا فيما يتعلق بمدى حجية المحررات الإلكترونية وكذا التوقيع الالكتروني في الإثبات، حيث كان السائد من قبل أن الإثبات يقوم على الدعائم الورقية المكتوبة بخط اليد أو بشكل رسمي والمرفقة بتوقيع الأطراف بشكل عيني إقراراً للتصرف الذي قاما بإنشائه. *والسؤال الذي يثار في هذا السياق هو هل شكلت وسائل الإثبات الحديثة بديلاً حقيقياً لوسائل الإثبات التقليدية؟*

لمعالجة الإشكالات سالفة الذكر والإحاطة بموضوع البحث، سنتطرق بدايةً إلى تنفيذ العقد الالكتروني (**المبحث الأول**). ثم سنعرج إلى الحديث عن الحماية القانونية للمستهلك الالكتروني وأسماء النطاق (**المبحث الثاني**). ثم في الأخير سنتكلم عن إثبات العقد الالكتروني (**المبحث الثالث**).

المبحث الأول
تنفيذ العقد الإلكتروني

العقد الإلكتروني كغيره من العقود متى تم التراضي انعقد العقد وانتقل طرفاه إلى مرحلة تنفيذه، فأثر العقد هو إنشاء الالتزام وأثر الالتزام هو تنفيذه طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. فمرحلة تنفيذ العقد لا تقل أهمية عن المرحلة الأولى باعتبارها مرحلة يتم فيها تجسيد القوة الملزمة للعقد، والتي تشمل تنفيذ التزامات كل طرف من طرفيه. وتنقسم العقود الالكترونية من حيث كيفية تنفيذها إلى نوعين، منها ما يبرم عبر الانترنيت وينفذ خارجها، حيث يشمل هذا النوع العقود التي يكون محلها الأشياء المادية التي يقتضي تسليمها في بيئة عادية، والنوع الآخر من هذه العقود ما يبرم وينفذ عبر شبكات الاتصال ذاتها، حيث يشمل العقود التي يكون محلها الأشياء غير المادية وتقديم الخدمات ومنها عقود الاشتراك في الانترنيت وعقود الاشتراك في بنوك المعلومات وعقود الإعلانات وغيرها[611]. وغالبا ما يتم دفع مقابل السلعة أو الخدمة عبر هذه الشبكات أيضا، لذلك سنتطرق في هذا المطلب إلى دراسة التزام التعاقد على شبكة الانترنيت بتسليم السلعة أو أداء الخدمة، والتزام المتعاقد معه بدفع الثمن المقابل الكترونيا[612]. وعليه، يثور السؤال حول آلية تنفيذ العقد الالكتروني؟

للجواب على السؤال سنتطرق إلى التزامات المورد الالكتروني (**المطلب الأول**). ثم التزامات المستهلك الالكتروني (**المطلب الثاني**).

---

[611] Cf. THIBAULT Verbiest., *Commerce Electronique: le Nouveau Cadre Juridique* (*Publicité, Contentieux*), éd. .Darcier, 2004, p.119.

[612] الجدير بالذكر أن قوانين التجارة الإلكترونية في معظمها لم تنظم كيفية تنفيذ عقود التجارة الإلكترونية وإن كانت معظم هذه القوانين تحدثت عن الوفاء الإلكتروني، واعتمدت الأموال القابلة للتداول إلكترونيا. للمزيد من التفصيل، راجع إبراهيم طه، *تنفيذ العقود الالكترونية بالوسائل المستحدثة*، تاريخ الاقتباس: 2017/05/15، مقال متاح على الرابط التالي: http://ibrahimtahaa.blogspot.com/2016/01/blog-post.html

المطلب الأول
التزامات المورد الالكتروني

إن التزام البائع بتسليم المبيع يعد من أهم الالتزامات لدرجة أنه يعتبر محور عقد البيع الذي تدور حوله كافة الالتزامات ولهذا يعد هذا الالتزام من مقتضيات عقد البيع التي يترتب عليه بمجرد انعقاده ولو لم ينص عليه في العقد. فبتمام عملية التسليم يصبح المشتري قادرا على الانتفاع الكامل بالشيء المبيع، ومن ثمّة يكون هذا الأخير قد حقق الغاية من الشراء، بتمكينه من حيازة الشيء المبيع، كما أن التسليم يعمل على استقرار ملكية الأشياء[613]. وبجانب الالتزام بالتسليم هناك التزام آخر وجب الحديث عنه لخصوصيته في الفضاء الرقمي؛ المتمثل في التزام المورد الالكتروني بتقديم خدمة، التي في الأصل تتميز بالطابع المعلوماتي، لهذا تصنف في الغالب ضمن العقود المستمرة نظراً لتراخي تنفيذ التزاماتها في الزمان كعقود المتضمنة الخدمات المعلوماتية. ومنه، *يمكن التساؤل حول نوعية التزامات المورد الالكتروني إزاء المستهلك الالكتروني؟*

للجواب على التساؤل سنتعرض إلى التزام المورد الالكتروني بالتسليم (**الفرع الأول**). ثم سنتطرق إلى التزام المورد الالكتروني بتقديم خدمة (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول
التزام المورد الالكتروني بالتسليم

التسليم وفقا للمادة 367 من القانون المدني الجزائري هو: "*يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسلما ماديا ما دام البائع قد اخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع...الخ*"[614].

فالتسليم يعني: "*تخلي البائع عن حيازة المبيع لصالح المشتري بما يتفق مع العقد أو القانون آو هو وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يمكن الأخير من حيازته أو الانتفاع به بالكيفية للمقصودة دون عائق*

---

[613] خليل أحمد حسن قدادة، *الوجيز في شرح القانون المدني*، الجزء الرابع، عقد البيع، دار المطبوعات الجامعة، الجزائر، 2000، ص.120.

[614] المادة 376 من القانون المدني الجزائري، وتقابلها المادة 435 من القانون الدن المصري وكذا المادة 1604 من القانون المدني الفرنسي، وقد تضمنت اتفاقية لاهاي في نص المادة 19 منها تعريف التسليم بأنه:

« *Delivery consist in the handing over of good which conform with the contract* »

ذهب جانب من الفقه إلى ترجمة هذا النص كما يلي: "*التسليم هو إعطاء شيء مطابق للعقد* "، بينما يرى البعض الآخر أن المغايرة مقصودة في استعمال اصطلاحين في اللغة الانجليزية فتعني(*Delivery*) *التسليم*، أما عبارة (*handing over*) فتعني نقل السيطرة والحيازة حسب ترجمة قاموس أكسفورد، وعليه يعرف التسليم بأنه "*:نقل السلطة أو السيطرة على بضائع مطابقة لما تم التعاقد عليه*". مقتبس من، عمر خالد زريقات، *عقود التجارة* الالكترونية، عقد البيع الالكتروني: دراسة تحليلية، ط.1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص.295.

ودون استلزام نقل الحيازة المادية فعلا"[615]. ومن جانبهم يعرف فقهاء الشريعة الإسلامية التسليم بأنه: *" أن يخلي*[616] *البائع بين المبيع والمشتري، برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه، فيجعل البائع مسلِّماً للمبيع والمشتري قابضاً له، وكذا تسلم الثمن من المشتري إلى البائع*"[617]. كما يعرف التسليم على أنه تنفيذ العقد بوضع الشيء تحت تصرف المشتري في الوقت والمكان المناسبين[618].

أولاً.– أنواع التسليم:

التسليم قد يكون فعليا من خلال التسليم المادي للمبيع، أي أن يتم التغيير في الحيازة الفعلية للمبيع، وقد يكون حكميا أي أن يتم الاتفاق على تغيير صفة الحائز للمبيع دون تغيير الحيازة الفعلية للشيء محل التسليم، ونظرا لخصوصية التسليم في العقد الالكتروني الذي يشمل أشياء ذات كيانات معنوية أو اعتبارية ليس لها وجود مادي ملموس، مثل برامج الكمبيوتر وقواعد البيانات أو أفلام وثائقية وغيرها، فيمكن في هذه الحالة أن يكون التسليم بالوسائل الالكترونية، بحيث يمكن نقل هذه البيانات أو المعلومات الالكترونية إلى المتعاقد بدون اللجوء إلى الطرق التقليدية في التسليم[619].

1.– التسليم الفعلي:

التسليم الفعلي يتم حين يقوم البائع بمناولة المبيع إلى يد المشتري، أي يد بيد، بحيث يكون هذا الأخير أي المبيع تحت تصرف وسيطرة المشتري. كما قد يكون هذا النوع من التسليم تسليما رمزياً كأن يسلم البائع إلى المشتري مستندات أو وثائق تمثل المبيع في البيوع الدولية مثلا. ومنه يكون البائع قد نفذ التزامه بتسليم المبيع تسليما ماديا أي وضعه تحت تصرف المشتري وتمكن هذا الأخير من الانتفاع به وحيازته دون أية عوائق تحول دون هذا الانتفاع[620]. والمشرع الجزائري تناول هذا النوع من التسليم في القواعد العامة من خلال المادة 367 من القانون المدني سالفة الذكر. حيث يتضح من استقراء هذه الأخيرة يتضح أن التسليم المادي يكون إمّا بقيام البائع بوضع الشيء المبيع تحت تصرف المشتري؛ بحيث يتمكن هذا الأخير من حيازته أو حتى

---

[615] مقتبس من، عبد الرزاق السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني*، الجزء 04، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، ط.3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص.586.

[616] التخلية هي: *"أن يتمكن المشتري من المبيع بلا مانع ولا حائل مع الإذن له بالقبض"*. مقتبس من، وهبة الزحيلي، *الفقه الإسلامي وأدلته*، دار الفكر، دمشق، 2009، ص.181.

[617] مقتبس من، علاء الدين الكاساني، *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*، المرجع السابق، ص.244.

[618] Cité par, LETOURNEAU Philippe., *Contrats Informatiques et électroniques*, Dalloz, 2eme ed., 2002, p.90.

[619] مناني فراح، *العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري*، المرجع السابق، ص.208.

[620] خالد ممدوح إبراهيم، *حماية المستهلك في العقد الالكتروني*، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص.17.

وان لم يحوزه فعلا فيكفي أن يكون متمكنا منه دون أي عائق؛ لأنه إذا كان التسليم على عاتق البائع، فإنّ التسلّم هو التزام على عاتق المشتري. وإما بقيام البائع بإعلام أو إخطار المشتري أن المبيع وضع أو سيوضع تحت تصرفه وعلم المشتري بذلك، ويجب أن يكون هذا العلم مستمدا من البائع نفسه، وذلك منعا لكل لبس حول حقيقة علم المشتري بوضع المبيع تحت تصرفه. والإخطار لا يتطلب شكل محدد إنما يكون بأي وسيلة من وسائل الاتصال[621].

2.- التسليم الحكمي:

التسليم الحكمي يتم بطريقة قانونية وليس مادية من جانب البائع، ويتحقق ذلك بطريقتين: إمّا أن يكون المبيع في حيازة المشتري قبل البيع بوصفه مستأجر أو مستعير للمودع لديه أو مرتهنا رهنا حيازيا له، وهنا لا يحدث تغيير في الحيازة المادية[622]، ويكون التسليم حكما بالاتفاق وينقلب المشتري من حائز عرضي إلى مالك، أو أن يستبقي البائع المبيع في حوزته لسبب غير الملكية، وإنما كمستأجر أو مودع أو مستعير. والغاية من هذه العملية هي تجنب الإجراءات الطويلة بين التسليم إلى المشتري وإعادة تسليمه إلى البائع[623]، وهذا ما أشارت إليه المادة 376 الفقرة الثانية بقولها: " *وقد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع إذا كان المبيع موجودا تحت يد المشتري قبل المبيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة به بالملكية*". وحسب محكمة النقض الفرنسية فإن مفهوم التسليم قد يتجاوز ما تم الاتفاق عليه في عقد البيع إلى كل هدف مقصود من وراء عملية البيع[624].

3.- التسليم الالكتروني:

يتم التسليم في العقود الإلكترونية بوضع المبيع تحت تصرف المشتري أو العميل بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يتم تسليمه ماديا مادام البائع قد أعلمه بأنه مستعد لتسليمه. وعلى

---

[621] يحي شريف عز الدين، مجدوب فاروق، *التزام البائع بتسليم المبيع*، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2012/2011، ص.10.

[622] حمودي محمد ناصر، *العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع*، الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص.383.

[623] سي يوسف زاهية حورية، *الواضح في عقد البيع: دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات قضائية وفقهية*، دار هومة، الجزائر، 2012، ص.183؛ خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص.125.

[624] « *L'obligation de délivrance ne consiste pas seulement à livrer ce qui a été convenu, mais à mettre à la disposition de l'acquéreur une chose qui corresponde en tous points au but recherché* », Cass civ., 1er,20 Mars 1989,Bull. In140, Citée par BENABENT Alain., *Droit Civil, Les Contrats Spéciaux Civils et Commerciaux*,7eme éd., Montchrestien, 2006, p.125.

ذلك يتم التسليم من خلال إرسال المبيع إلى المشتري ولا يتم ذلك إلا بإيصاله إليه، ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك. وفي هذه المسألة نجد أن التعاقد عبر الانترنت يتصور فيه وسيط مكلف بالقيام بعمليات التوزيع والتسليم للبضائع المشتراة عبر الانترنت، أو من خلال مكاتب وفروع البائع أو المنتج أو وكلائه في مكان المشتري[625].

نص العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الالكترونية[626] على ضرورة تحديد كيفية التسليم وذلك في الفقرة الرابعة منه، حيث يتم التسليم عن طريق البريد أو أي وسيلة نقل أو على شبكة الانترنت ذاتها[627]. فالغالب هنا أن يتم التسليم عبر البريد غير أنه لا يمنع من حدوث بعض الصعوبات التي قد تتسبب في تأخر التسليم، وعلى الرغم من ذلك فإنه يجب تحديد كيفية التسليم لتفادي الوقوع في المشكلات وضمان عملية التسليم على أكمل وجه يحقق معه منافع لكل من التعاقدين سواء تعلق المر بالسلع أو الخدمات[628]. كما ورد بالمادة 13 الفقرة الثانية من قانون التجارة الالكترونية الجزائري رقم 18-05 على أنه يجب أن يتضمن العقد الالكتروني من جملة ما يتضمن "*شروط وكيفيات التسليم*"، وفي نفس السياق تقريبا أشارت المادة 11 الفقرة الخامسة من نفس القانون بقولها:" *...كيفيات ومصاريف وأجال التسليم*".

كما تعتبر عملية التسليم سهلة بخصوص العقود المبرمة عبر وسائل إلكترونية في ظل تباعد طرفي المتعاقدين، ولاشك أن الغاية من إبرام العقود عبر الإنترنت هي تفادي كثرة التنقلات وما تكلفه من أعباء ومصاريف ولما توفره من تسهيل لممارسة التجارة[629]. ويتم التسليم باستخدام مختلف الوسائل التي تُحدد بإرادة واتفاق الأطراف المتعاقدة، وإن صادف عدم تحديد كيفية التسليم وجب الرجوع إلى طبيعة المحل والعرف

---

[625] *توجد شركات عملاقة متخصصة بعمليات التوزيع والتسليم للبضائع والسلع حول العالم*، منها ما أصبح دوليا ومنتشرا حول العالم كشركات (*T.N.T*) أو (*D.H.L*) وغيرها، بالإضافة إلى استخدام الطرود البريدية المسجلة عبر مصالح البريد الحكومية في كل دولة. مقتبس من، عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص.296.

[626] لقد تم اعتماد العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الالكترونية بين التجار والمستهلكين من طرف مكتب غرفة التجارة والصناعة في باريس في 30 أفريل 1998 ومن اللجنة القانونية للجمعية الفرنسية للتجارة والمبادلات الالكترونية في 04 ماي 1998.

[627] *Annexe 1 Contrat Type de Commerce Electronique*, Commerçant- Consommateur, Chambre de Commerce et L'industrie de Paris, Alinéa 04: Caractéristique essentielle des biens et services offerts mode de livraison : « *Livraison d'un bien par envoi postal ou via un moyen de transport, livraison d'un bien ou service ligne en temps réel ou non* ». Citée par, MICHEL Vivant., *Les Contrats de Commerce Electronique*, litec.éd., décembre 1999, p.120.

[628] للمزيد من التفصيل، راجع أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص.ص.23 وما بعدها.

[629] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص.384.

لتحديد كيفية التسليم[630]. وتسليم محل التعاقد الإلكتروني عندما يكون شيء معنوي يكون بتمكين المشتري من تحميل محل العقد، فإن كان هذا الأخير يتمثل في برامج الكمبيوتر وجب إمكانية تحميله على القرص الصلب الخاص بالعميل، أمّا إذا كان محل العقد شيئاً مادياً، فإن التسليم يكون تسليماً مادياً حسب طبيعة الشيء المبيع، أو بحسب إرادة الأطراف[631].

ثانياً.– زمان ومكان التسليم:

تعد مسألة تحديد زمان ومكان التسليم من المسائل الهامة في كل عقد، لاسيما وأن العقد الالكتروني يبرم عن بعد ومن طرف شخصين لا يجمعهما مجلس ولا زمان واحد. وفيما يلي سنبين زمان التسليم ومكانه.

1.– زمان التسليم:

بالنسبة للقواعد العامة فإن زمان تسليم المبيع في العقود يتم في الوقت الذي يحدد لقيام البائع بالتزامه بتسليم المبيع إلى المشتري، بحيث يجب أن يتم التسليم في الوقت الذي حدده المتعاقدان، فإذا لم يتضمن العقد حكم بهذا الخصوص نرجع إلى القواعد العامة[632]. أشارت المادة 281 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري إلى أنه: "*يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك*". يتضح من خلال هذه المادة أن زمان التسليم للمبيع في العقد الأصل فيه يتم باتفاق سابق بين المتعاقدين، وإذا لم يوجد اتفاق بينهما يتم بمجرد الانعقاد ما لم يتدخل العرف في تحديد هذا الزمان. والاستثناء هو تدخل القاضي بمنح آجالا معقولة للبائع في بعض الحالات؛ كتلك البضائع التي تستدعي التأخير عن عملية التسليم التي تعتبر من ضمن الظروف الاستثنائية، لكن بشرط عدم وجود نص قانوني يمنع القاضي في التدخل في مثل هذه الظروف وأن لا يضّر ذلك بالمشتري[633]، ويمكن أن يكون التأخير لأجل معين أو لأجال متتالية[634]. ومن جانبها تركت اتفاقية فيينا لسنة 1980[635] وفق المادة 33 الحرية لأطراف

---

[630] خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص.121-122.

[631] مناني فراح، *العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري*، المرجع السابق، ص.208.

[632] يحي شريف عز الدين، مجدوب فاروق، *التزام البائع بتسليم المبيع*، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2012، ص.13-14.

[633] نضال سليم برهم، المرجع السابق، ص.102-103.

[634] المرجع نفسه، ص.70.

[635] *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna, 1980, (CISG), Date of adoption: 11 April 1980, Entry into force: 1 January 1988.

العقد في حالة عدم اتفاقهم على تحديد ميعاد التسليم في العقد، على أن يتم تنفيذ العقد خلال مدة معقولة من تاريخ إبرامه[636].

لقد أوجبت المعاملات الالكترونية كما نظمها التشريع المقارن تحديد المحترف مدة معينة ينفذ فيها التزامه بالتسليم مسبقا قبل انعقاد العقد بصورة واضحة ومفهومة ضمن البيانات التعاقدية التي تقدم قبل انعقاد العقد، وهذا راجع لطريقة التعاقد التي تتم عن بعد وبسرعة فائقة وفي فضاء لا مادي، لاسيما وأن المستهلك يوفي بالثمن مسبقا، حيث أن مرحلة الوفاء تأتي في صيغة النقر المباشر؛ بعد تعبيره عن القبول بواسطة النقر كذلك. لهذا كان طبيعيا أن يكون تسليم المنتوج في ظرف وجيز كذلك. ففي مثل هذه الحالة يجري العمل على تحديد موعد تقريبي، وهنا يتوقف الأمر بدوره على طبيعة الالتزام وتعقيداته الفنية...الخ[637]. كما أنه إجراء حمائي للمستهلك حتى لا يتأخر المحترف في تنفيذ التزامه، وما ينجر عن هذا التأخير من خلاف ونزاع. كل ذلك من أجل إنشاء علاقة ثقة متبادلة بين الطرفين[638].

وقد أوجب العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية على المحترف في الفقرة 11 منه ضرورة تحديد تاريخ التسليم خلال 30 يوماً، وإلا يجوز إنهاء العقد ورد المبالغ المدفوعة[639]. كما ألزم كذلك المشرع الفرنسي وفق المادة 20/121 البند الثالث من قانون حماية المستهلك المعدلة، بالقانون رقم 2005-648 المؤرخ في 06 من جوان سنة 2005[640]، أن يحدد المحترف المدة الأقصى التي يتم فيها تنفيذ عقد البيع الالكتروني بتسليم السلعة أو الخدمة، وهي المدة التي تحدد قبل إبرام العقد وفي اجل لا يتجاوز 30 يوماً[641]. مما يعني أن التشريع

---

[636] Article 33 : «*The Seller must Deliver the goods**:(a)** if a date is fixed by or determinable from the contract, on that date;**(b)** if a period of time is fixed by or determinable from the contract, at any time within that period unless circumstances indicate that the buyer is to choose a date; or **(c)** in any other case, within a reasonable time after the conclusion of the contract*». United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Op.cit.

[637] محمد حسين منصور، *المسؤولية الالكترونية*، المرجع السابق، ص.99.

[638] يمينة حوحو، *عقد البيع الالكتروني في القانون الجزائري*، ط.1، دار بلقيس، الجزائر، 2016، ص.240.

[639] Livraison : "*Date limite de livraison ; livraison dans les 30 jours, à peine de résiliation du contrat et du remboursement des sommes versées, sachant que la livraison peut aussi être effectuée en ligne, en temps réel ou non, pour les produits de type logiciel ou base de données*". Citée par, MICHEL Vivant., Op.cit, p.120.

للمزيد من التفصيل، راجع أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص.103.

[640] Ordonnance N° 2005-648 du 6 juin 2005 relative à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs**,** JORF N°131 du 7 juin 2005 page 10002 texte N° 8, Disponible à: https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000259993&categorieLien=id

[641] Article 121-20-3: «*Sauf si les parties en sont convenues autrement, le fournisseur doit exécuter la commande dans le délai de trente jours à compte, du jour suivant celui ou le consommateur a transmis sa commande au fournisseur du produit ou de service.*

En cas de défaut d'exécution du contrat par un fournisseur résultant de l'indisponibilité du bien ou service commandé, le consommateur doit être informé de cette indisponibilité et doit , le cas échéant , pouvoir être remboursé sans délai et au plus tard dans les trente jours du paiement des sommes qu'il a versées.Au-delà de ce terme , ces sommes sont productives d'intérêts au taux légal Toutefois, si la possibilité

الفرنسي قد حدد الأجل الأقصى لتسليم المنتوج وهو 30 يوما ابتداء من يوم إبرام العقد، لكن قبل هذه المدة يلتزم المحترف بصورة واضحة ودقيقة تاريخا معينا لا يدع أي مجال للشك، يتم خلاله تنفيذ التزامه بالتسليم[642].

كما جاء في المادة 11 الفقرة الخامسة من قانون التجارة الالكترونية الجزائري رقم 18-05 على أنه: "*يجب أن يقدم المورد الالكتروني العرض التجاري الالكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر المعلومات الآتية:...كيفيات ومصاريف وأجال التسليم*". أما المادة 22 من ذات القانون فقد أشارت إلى آثار عدم التزام المورد الالكتروني بمدد التسليم بقولها: "*في حالة عدم احترام المورد الإلكتروني لآجال التسليم، يمكن للمستهلك الإلكتروني إعادة إرسال المنتوج على حالته في أجل أقصاه أربعة أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، دون المساس بحقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر. وفي هذه الحالة، يجب على المورد الإلكتروني أن يرجع إلى المستهلك الإلكتروني المبلغ المدفوع والنفقات المتعلقة بإعادة إرسال المنتوج، خلال أجل 15 يوما ابتداء من تاريخ استلامه المنتوج*". وفي نفس السياق نص الفصل 25 الفقرة الثامنة من قانون التجارة الالكترونية التونسي سالف الذكر على أنه: " *يجب على البائع في المعاملات الالكترونية أن يوفر للمستهلك بطرقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد المعلومات التالية....طرق وأجال التسليم وتنفيذ العقد ونتائج عدم انجاز الالتزامات*".

2.– مكان التسليم:

تكون عملية تسليم المحل في المكان الذي تم الاتفاق عليه والمحدد في العقد، وذلك إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة، وإذا خلا العقد من ذلك فيحدد مكانه حسب ما يقتضيه العرف وطبيعة الشيء. إلا أن القوانين الخاصة بالتجارة والمعاملات الالكترونية لم تعالج هذا الموضوع إنما تم إسناده إلى التشريع المدني أي القواعد العامة لنظرية العقد[643]، والتي يتبين من خلالها أن تحديد مكان تسليم محل العقد ليس من القواعد الآمرة مما يجوز الاتفاق على مخالفتها، فإذا اتفق الطرفان على تحديد مكان معين للتسليم وجب الأخذ به وتطبيقه فلا يتم التسليم في غير المكان المحدد، ولو كان مكان آخر غير المكان الذي يوجد فيه المبيع.

---

en a été prévu préalablement à la conclusion du contrat ou dans le contrat, le fournisseur peut fournir un bien ou un service d'une qualité et d'un prix équivalant. Le consommateur doit être informé le fournisseur doit indiquer, avant la conclusion du contrat, la date limite à laquelle il s'engage à livrer le bien ou exécuter la prestation de services. A défaut, le fournisseur est réputé devoir respect de cette date limite, le consommateur peut obtenir la résolution de la vente dans les conditions prévues aux deuxième et troisième alinéas de l'article L.114-1.Il est alors remboursé dans les conditions de l'article L 121-20-1 ». code de la consummation, Op.cit.

[642] يمينة حوحو، المرجع السابق، ص.241.

[643] خالد عمر زريقات، المرجع السابق، ص.300.

نصت معظم التشريعات الوطنية على وجوب تصدير المبيع للمشتري[644]، وأنه لا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه، وهذه القاعدة غير ملزمة إذ يمكن الاتفاق على ما يخالفها[645]. ومن ذلك ما ورد بالمادة 282 من القانون المدني الجزائري بقولها: "*إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك" . أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز مؤسسته إذا كان الالتزام متعلقا بهذه المؤسسة*"[646]. بمقتضى أحكام هذه المادة نستنتج أن مكان التسليم محل العقد الإلكتروني هو المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت انعقاد العقد إذا كان المبيع معينا بذاته، أمّا إذا كان المبيع معينا بنوعه فيتم التسليم في موطن البائع، إلاّ إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك. أمّا الالتزامات الأخرى فمكان التسليم فيها يتم في مكان تواجد البائع وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله، إذا كان الالتزام متعلق بذلك النشاط[647].

بالعودة إلى المادة 15 الفقرة الرابعة من القانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية[648] يتضح أنها حددت مكان التسليم كما يلي:

ا.– اتفاق الأطراف فأعطى الأولوية للاتفاق أطراف العقد في تحدد مكان التسليم؛
ب.– وإذا لم يتفق الأطراف جعل مكان التسليم هو مقر عمل المرسل إليه الرسالة؛
ج.– إذا كان للمرسل إليه أكثر من مقر عمل فمكان التسليم هو مقر العمل الذي له صلة بالمعاملة محل العقد وإذا لم يوجد فمقر العمل الرئيسي هو مكان التسليم؛
د.– إذا لم يوجد مقر عمل جعل محل إقامة المرسل إليه المعتاد هو المكان انعقاد العقد[649].

---

[644] لفقهاء الشريعة الإسلامية أقوال حول زمان التسليم من يسلم أولا، يرى الحنفية والمالكية أن المشتري يطالب بالتسليم أولا، وذلك لأن حق المشتري يتعين في المبيع فيدفع الثمن؛ ليتعين حق البائع بالقبض تحقيقاً للمساواة، بينما ترى الشافعية في الأظهر عندهم والحنابلة إلى أنه يجبر البائع على التسليم أولا؛ لأن قبض المبيع من تتمات البيع، واستحقاق الثمن يترتب على تمام البيع، وجريان العادة بذلك. مقتبس من، ميكائيل رشيد علي زيباري، المرجع السابق، ص.200.

[645] محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص.101.

[646] المادة 282 من *الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم*، المرجع السابق.

[647] يحي شريف عز الدين، مجدوب فاروق، المرجع السابق، ص.14-15.

[648] *قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة* الالكترونية الصادر سنة 1996، المرجع السابق.

[649] يحي يوسف فلاح حسن، *التنظيم القانوني للعقود الالكترونية*، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007، ص.65-66.

وقد تبنى القانون الأردني موقف قانون الأونسيترال النموذجي بشأن مكان القبول في المادة 18 من قانون لمعاملات الالكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2000 سالف الذكر. كما أشارت المادة 368 من القانون المدني الجزائري إلى مكان التسليم بقولها: " *إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك*"[650]. طبقا لهذه المادة فإن التسليم يتم حيث يوجد موطن البائع طبقا للقواعد العامة، ويترتب على ذلك أن تبعة الهلاك أثناء الطريق تكون على البائع وليس على المشتري لأن التسليم لم يتم بعد.

وبالتطبيق على العقود الالكترونية، والتي من خصوصياتها أنها تبرم عن بعد، جعل واجب تصدير المبيع فيها للمشتري ظاهرا، فلا يتم التسليم هنا إلا إذا وصل إليه، أي في مكان تواجده. وقد يذهب البعض إلى حد القول بأن العرف في الوقت الحاضر يقضي عموما بتوصيل المبيع إل الزبون، كما أن عملية إيصال أو إرسال البضائع المشتراة عبر الانترنت تتولاه شركات متخصصة بالتوزيع، وهو ما يجعل تبعة الهلاك تبقى على عاتق البائع إلى أن يتسلم المشتري سلعته[651]، فإذا قام المعلن بتسليمها إلى الناقل أو الموزع فلا يعتب أن التسليم النهائي قد تم، ومنه لا يتحمل المشتري تبعة الهلاك إلا منذ تسلمه هو للمحل المتعاقد عليه[652].

كما قد يكون مكان التسليم في مكان الوفاء بالثمن ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك، حيث ربط المشرع الجزائري بين مكان التسليم ومكان الوفاء بالثمن، إذ ورد بالمادة387 الفقرة الأولى[653] من القانون المدني على انه: " *يدفع ثمن البيع في مكان تسليم المبيع مل لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك*". وهو نفس الحكم الذي أخذ به المشرع الفرنسي في المادة 1651 من القانون المدني حيث أوجب على المشتري أن يدفع الثمن في الزمان والمكان الذي يجب أن يتم فيه التسليم ما لم يتفق على غير ذلك. والجدير بالذكر، أن اتفاقية فيينا لسنة 1980 سالفة الذكر وفق المادة 31[654] أعطت الحرية الكاملة لطرفي عقد البيع

---

[650] المادة 368 من *الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم*، المرجع السابق.

[651] و يترتب على ذلك أن تبعة الهلاك أثناء الطريق تكون على البائع و ليس على المشتري لأن التسليم لم يتم بعد، و يمكن أن يتم التسليم بالنسبة للعقود التي يكون محلها شيئا معنويا في صندوق البريد الإلكتروني، كمن يشتري كتابا أو مقالا أو قطعة موسيقية و يتم الاتفاق على أن التسليم يكون عن طريق تحميلها أو إرسالها في شكل إلكتروني. مقتبس من، أسامة الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص.105.

[652] خالد عمر زريقات، المرجع السابق، ص.303.

[653] المادة 01/387 من *الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم*، المرجع السابق.

[654] Article 31: «*Si le Vendeur N'est pas Tenu de Livrer les Marchandises en un Autre lieu Particulier, son obligation de livraison consiste:*
a) Lorsque le contrat de vente implique un transport des marchandises, à remettre les marchandises au premier transporteur pour transmission à l'acheteur ;
b) Lorsque, dans les cas non visés au précédent alinéa, le contrat porte sur un corps certain ou sur une chose de genre qui doit être prélevée sur une masse déterminée ou qui doit être fabriquée ou produite et lorsque, au moment de la conclusion du contrat, les parties savaient que les marchandises se trouvaient ou devaient

الدولي للبضائع لتحديد المكان الذي يتم فيه التسليم، ولا يمكن العودة لأحكامها إلا في حالة تخلف الإرادة[655].

3.– نفقات التسليم:

نفقات التسليم في العقد الإلكتروني هي تلك التكاليف التي يقدمها البائع للمشتري مثلما يلتزم به في باقي العقود، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 283[656] من القانون المدني على أنه: "*تكون نفقات الوفاء على المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك* ". يتضح من هذه المادة أن نفقات التسليم الأصل أنها تقع على عاتق البائع، هو من يتحملها إلى أن يتم التسليم، ويدخل ضمن هذه النفقات: نفقات مصروفات الوزن، والمقاس، والكيل، وكذلك مصروفات حزم المبيع ونقله إلى مكان التسليم. وكاستثناء يجوز أن تكون هذه النفقات على عاتق المشتري بموجب اتفاق أو إذا وجد نص قانوني يقضي بذلك[657].

غير أن الرسوم الجمركية والضرائب يتحملها غالبا المشتري في عقد البيع الالكتروني لكن يجب على البائع أن يبين للمشتري ثمن السلعة بشكل منفصل، ويبين له أيضا ما يترتب عليها من رسوم أو ضرائب وكذلك رسوم الشحن، وذلك حتى لا يتفاجأ المشتري بالمبلغ المطلوب منه[658].

الفرع الثاني
التزام المورد الالكتروني بتقديم خدمة

هناك العديد من الخدمات التي تقدم على شبكة الإنترنيت كتقديم الاستشارات القانونية من قبل المحامين، أو الاشتراك في بنوك المعلومات، ويلاحظ أن هذا الالتزام غالبا ما يكون مستمرا لفترة من الزمن، فعقد الاشتراك مثلا في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنيت لا يمكن تنفيذه في

être fabriquées ou produites en un lieu particulier, à mettre les marchandises à la disposition de l'acheteur en ce lieu;
c) Dans les autres cas, à mettre les marchandises à la disposition de l'acheteur au lieu où le vendeur avait son établissement au moment de la conclusion du contrat». Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne,1980, (CVIM), Op.cit.

[655] بوزيان شايب، *ضمانات حسن تنفيذ عقد البيع الالكتروني*، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2016/2015، ص.24-25.

[656] المادة 283 من *الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم*، المرجع السابق.

[657] خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص.140.

[658] بوزيان شايب، المرجع السابق، ص.35-36.

لحظة واحدة بل يكون تنفيذه متتابع على فترات زمنية مستمرة[659]، أو يتم من خلال تنزيل أو تحميل البرامج (*Downlaod*) من أو النسخ (*Copy*) الموقع المتاح إل الجزء الصلب من جهاز العميل أو بأي شكل تقني آخر يتيح للمشتري الانتفاع به، كمنحه الصلاحية للدخول إلى موقع معين واستعراض المادة المحملة أو المخزنة محل التعاقد[660]. غير أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار أن ذلك لا يعني أن كل الأموال غير المادية يتم تسليمها بهذه الطريقة أي عبر الشبكة، إذ يمكن أن تحمل على أسطوانات أو دعامات مادية مثل (*CD*)، وهنا يتم التسليم فيها ماديا وخارج الشبكة[661]، وتتطلب مثل هذه العقود تعاون الزبون والمورد قصد الاستعلام لتلقي النصائح الفنية التي تمكنه من الحصول على أفضل خدمة يحتاج إليها، إذ يظل للالتزام بالتعاون أهميته لحسن تنفيذ العقد والوصول إل الغرض المنشود. ولذلك فإن تعاون العميل مع المورد يقابله التزام بالإعلام وتقديم النصح[662]، ومثال ذلك أن ينصح المتعاقد الزبون بشراء المعدات اللازمة لإجراء عملية البحث في بنك المعلومات التي تسهل حدوث الاتصال والتفاعل بينه وبين بنك المعلومات. ومن الأمثلة أيضا إعداد الزبون فنيا عن طريق بث دورات تعليمية من خلال شبكة الإنترنيت[663]، أو ينصحه بشراء المعدات المناسبة والوثائق والمستندات الضرورية والإعداد الفني اللازم لرفع الخدمة، وينبغي كذلك تحذير العميل من كل ما من شأنه الإضرار بمصالحه المادية والأدبية، كلفت انتباهه إل عدم الدخول على مواقع معينة وخطر استخدام البرامج المعلوماتية إلا بأسلوب محدد، وعدم إساءة استخدام المعلومات[664]

وكقاعدة عامة فإن التزام المورد بأداء خدمة هو التزام بتحقيق نتيجة ما لم يتضح من نصوص العقد وطبيعة الالتزام أن الأمر يتعلق ببذل عناية، لذا لا يستطيع المورد التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة، أو خطأ الغير أو خطأ المضرور[665]، ويجب أن يلتزم مورد الخدمة بتوريد معلومات صحيحة شاملة مع التزامه بالحفاظ على سرية مطالب الزبون بشأن الخدمات الموردة.

---

[659] أسامة الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص.107.

[660] محمد امين الرومي، المرجع السابق، ص125 .

[661] عمر خالد زريقات، الرجع السابق، ص.295-296.

[662] محمد امين الرومي، المرجع السابق، ص125

[663] أسامة الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص.108.

[664] محمد حسين منصور، *المسؤولية الالكترونية*، المرجع السابق، ص.95.

[665] مناني فراح، المرجع السابق، ص.209-210.

ممّا سبق يمكن القول، أن تنفيذ العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت ممكن كلما كانت طبيعة الخدمة أو السلعة تسمح بذلك، فقد يحصل تنفيذ العقد بصورة كلية عبر الإنترنت كما هو الحال عند اللجوء إلى أحد الفنين لتصميم موقع على شبكة الإنترنت، فيصمم هذا الموقع باستعمال الحاسب الآلي، ثم يتم إرساله من خلال شبكة الإنترنت. كما قد يتم تنفيذه جزئياً عبر شبكة الإنترنت، مثلا في حالة الاستشارات الطبية أو الاقتصادية فالتنفيذ في هذه الحالة يكون عبر شبكة الإنترنت، غير أنه قد يتطلب في بعض الأحيان القيام بدراسة تطبيقية أو عملية، كما أن إجراء تصميم هندسي يتطلب الانتقال إلى عين المكان لإجراء بعض المعاينات، كما يمكن تنفيذ العقد الإلكتروني كلياً خارج شبكة الإنترنت في حالة ما إذا كان محل العقد شيء مادي[666].

المطلب الثاني

التزامات المستهلك الالكتروني

يقع على عاتق المستهلك الالكتروني جملة من الالتزامات أهمها التزامه بدفع الثمن، وهذا النوع من الالتزامات يقودنا للحديث عن طريقة جديدة من طرق الوفاء تناسب العملية التجارية الالكترونية والمتمثلة في أسلوب "*الدفع الالكتروني*"، الذي يعد وافدا جديدا يضاف إلى أساليب الدفع البنكية التقليدية، وهو ما يطرح إشكالات عديدة تتعلق بطبيعته ومدى ملائمته لتنفيذ العقد ومستويات الأمان والموثوقية فيه.

الفرع الأول

الالتزام بدفع الثمن

يترتب عن التزام المنتج أو المورد بتسليم السلعة أو بتقديم الخدمة، التزام المشتري أو الزبون بأداء ثمن مقابل السلعة أو مقابل الخدمة، وتكون وسائل الدفع التي يعتمد عليها هذا الأخير سائلة كالنقود الورقية أو المعدنية أو التي تحل محلها من وسائل أخرى كالشيكات. غير أن الطابع المادي لهذه الوسائل لا يصلح لتسهيل التعامل الذي يتم في بيئة غير مادية كالعقود الالكترونية التي تتم في شبكة الإنترنيت أين تزول المعاملات الورقية[667]، ومن هنا كان لابد من البحث عن وسيلة سداد تتفق مع طبيعة التجارة الالكترونية التي

---

[666] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص156 .

[667] تحرص العقود في الغالب على النص بأن يتم الوفاء بها على الخط، أي على شبكة الانترنيت نفسها بواسطة بطاقات بنكية، أو حافظة نقدية الكترونية أو غيرها، أو يؤجل الوفاء لحين التسليم، أو كان بنفس الطريقة التقليدية المتبعة في التعاقد بين غائبين، كإرسال شيك، 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 ومقتضيات السرعة فيها، فضلا عن أنها تنطوي على مخاطر

تتم عبر الإنترنيت، ومن هنا ظهر ما يسمى بـ "*أنظمة الدفع والسداد الالكتروني*". حيث أشارت المادة 16 من قانون التجارة الالكترونية الجزائري رقم 18-05 على أنه: " *ما لم ينص العقد الإلكتروني على خلاف ذلك، يلتزم المستهلك الإلكتروني بدفع الثمن المتفق عليه في العقد الإلكتروني بمجرد إبرامه*"، وتكلمة لذلك ورد بالمادة 27[668] من ذات القانون على أن الدفع في المعاملات التجارية الالكترونية يتم إما عن بعد، وذلك بتخويل أمر الدفع على شبكة الانترنيت، تبعاً لمقتضيات البيئة الالكترونية، التي تسمح بالاتصال المباشر بين طرفي العقد، وقد يكون الدفع بواسطة أنظمة بنكية أو مؤسسات بريدية موصولة بمحطات دفع الكتروني.

أولاً.– تعريف الدفع الإلكتروني:

نظرا لكون هذه الوسائل ترتبط ارتباطا مباشرا بالتجارة الالكترونية، فلذلك تعد وسائل الدفع الالكترونية من ضمن الأشكال الحديثة للنقود، كما هو الحال بالنسبة للأوراق التجارية كالصك والكمبيالة والسفتجة. ومصطلح "*وسائل الدفع الالكترونية*" يشير إلى تلك العملية غير الملموسة ماديا والتي يتم استعمالها والمتاجرة بها من خلال إبرام العقود والتصرفات القانونية عن طريق شبكة المعلومات الدولية[669] .وعليه، فالدفع الالكتروني يرتبط ارتباطاً وثيقاً ومباشراً بموضوع النقود والتي تستخدم في تنفيذ الكثير من الالتزامات القانونية، بل وانعكس هذا الارتباط الوثيق بين الدفع الالكتروني ومسألة النقود عموما والنقود الالكترونية خصوصا على تعريف هذه الأخيرة، كما سيتضح لاحقا الاختلاف الفقهي بشأن ذلك.

في العموم تعرف النقود على أنها: "*أي شيء يلقى قبولا عاما كوسيلة لتسديد الديون، أو هي أي شيء مقبول عموما كوسيلة دفع مقابل السلع والخدمات وتسديد الديون*"[670]. وإذا كانت النقود التقليدية الورقية أو المعدنية تعتبر أي سلعة أو بضاعة أو مال تؤدي به الأغراض المتوخاة من استعمالها، فإنها أي النقود

فض سرية رقم الحاسب والكارت البنكي وسوء استخدامها، وربما يكون السداد النقدي لقيمة البضائع عند الاستلام، وذلك يمكن للعميل إنهاء طلب الشراء الخاص به، بحيث يقوم مندوب الشحن باستلام قيمة البضاعة. مقتبس من، ميكائيل رشيد علي زيباري، المرجع السابق، ص.204.

[668] تنص المادة 27 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية على ما يلي: " *يتم الدفع في المعاملات التجارية الإلكترونية إما عن بعد أو عند تسليم المنتوج، عن طريق وسائل الدفع المرخص بها، وفقا للتشريع المعمول به. عندما يكون الدفع إلكترونيا، فإنه يتم من خلال منصات دفع مخصصة لهذا الغرض، منشأة ومستغلة حصريا من طرف البنوك المعتمدة من قبل بنك الجزائر وبريد الجزائر وموصولة بأي نوع من أنواع محطات الدفع الإلكتروني عبر شبكة المتعامل العمومي للمواصلات السلكية واللاسلكية*".

[669] *An e-Payment System* is a Way of Making Transactions or Paying for Goods and Services Through an Electronic Medium, Without the use of Checks or cash. it's also Called an Electronic Payment System or Online Payment System; Adapted from: 10/04/2017, Available at : https://securionpay.com/blog/e-payment-system/

[670] أشار إليه، حنان الجشعم، تعريف النقود، ص.01، تاريخ الاقتباس: 2017/12/15، بحث متاح على الرابط التالي:
www.kau.edu.sa/Files/0003222/Subjects/1-%20طالبات%20النقود%20تعريف.doc.

وعلى حد قول الفقه[671] قد استخدمت بشكل أكثر تحديد في عملية تبادل العملات، ولكن مع ذلك فإن التساؤل يبقى قائما حول *المفهوم القانوني لوسائل الدفع الالكترونية والتي هي الوجه الثاني للنقود الالكترونية؟*

عرف القانون النموذجي للتحويلات الدولية للأموال الصادر سنة 1992[672] عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي التحويل المصرفي على أنه: "*مجموعة العمليات التي تبدأ بأمر الدفع الصادر عن الآمر بهدف وضع قيمة الحوالة تحت تصرف المستفيد*". ويشمل هذا التعريف أمر الدفع الصادر عن بنك الأمر أي بنك الوسيط الذي يهدف إلى تنفيذ أمر الدفع الصادر عن الآمر[673].

كما عرف المشرع الأمريكي تقنية أمر الدفع، وبالتحديد في المادة 4A-103[674] تحت عنوان "*الأمر بالدفع*" من القانون التجاري الموحد (*UCC*) سالف الذكر بأنها مجموعة الخطوات التي تبدأ بأمر التحويل الصادر من المستفيد بهدف الدفع للمستفيد من الآمر، ويتم ذلك شفويا، الكترونيا أو كتابيا، ويشمل ذلك أي أمر صادر من بنك الآمر، أو البنك الوسيط يهدف إلى تنفيذ أمر الآمر بالتحويل، ويتم نقل القبول بنك المستفيد دفع قيمة الحوالة لمصلحة المستفيد المبين في الأمر[675].

أما تشريع الخدمات والأسواق المالية في المملكة المتحدة الصادر سنة 2000 والمعدل بتشريع تنظيم النشاطات المالية الصادر سنة 2001[676] فقد عرف النقود الالكترونية وذلك في المادة الأولى منه على أنها قيمة

---

[671] أشار إليه، عوض فاضل إسماعيل، *النقود والبنوك*، ط.1، دار الحكمة للطباعة، الموصل، العراق، 1990، ص.ص.24 وما بعدها.

[672] Loi Type de la CNUDCI sur les Virements Internationaux (1992), Commission Des Nations Unies Pour Le Droit Commercial International : Adoptée par la CNUDCI le 15 Mai 1992, la Loi type traite des opérations commençant par l'instruction donnée par un donneur d'ordre à une banque de mettre à la disposition d'un bénéficiaire un montant spécifié. Elle régit des questions telles que les obligations de l'expéditeur d'une instruction et de la banque réceptrice, le moment du paiement de la banque réceptrice et la limitation de la responsabilité d'une banque envers son expéditeur ou envers le donneur d'ordre lorsque le virement est retardé ou qu'il se produit des erreurs, Date de Citation: 16/12/2017, Disponible à: http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/payments/1992Modelcredittransfers.html

[673] أشار إليه، عبد الصمد حوالف، *النظام القانوني لوسائل الدفع الالكتروني في الجزائر: دراسة مقارنة*، ط.1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، ص.35.

[674] Article 4A-103: "*Payment order" means an instruction of a sender to a receiving bank, transmitted orally, electronically, or in writing, to pay, or to cause another bank to pay, a fixed or determinable amount of money to a beneficiary if:**(i)** the instruction does not state a condition to payment to the beneficiary other than time of payment,**(ii)** the receiving bank is to be reimbursed by debiting an account of, or otherwise receiving payment from, the sender, and **(iii)** the instruction is transmitted by the sender directly to the receiving bank or to an agent, funds-transfer system, or communication system for transmittal to the receiving bank*". Adapted by, cornell, Citation Date: 16/12/2017, Available at : https://www.law.cornell.edu/ucc/4A/4A-103

[675] أشار إليه، عبد الصمد حوالف، المرجع السابق، ص.36.

[676] *The Financial Services and Markets Act 2000 (Regulated Activities) Order 2001*, Made 26th February 2001،Laid before Parliament27th February 2001, 2001 No. 544. Available at: http://www.legislation.gov.uk/uksi/2001/544/made

نقدية، ممثلة بناء على طلب المصدر المنشئ لها والتي تكون إما مخزونة على جهاز الكتروني أو صادرة على وصل الاعتمادات، وتكون مقبولة كأداة للدفع من قبل الأشخاص الآخرين غير المصدرين المنشئين لها[677].

عرف المشرع الجزائري وسيلة الدفع الالكتروني من خلال المادة السادسة الفقرة الخامسة من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية على أنها: "*كل وسيلة دفع مرخص بها طبقا للتشريع المعمول به تمكن صاحبها من القيام بالدفع عن قرب أو عن بعد، عبر منظومة إلكترونية*". كما عرفت وسائل الدفع الالكترونية كذلك المادة 69 من قانون النقد والقرض رقم 03-11[678] والتي جاء فيها: "*تعتبر وسائل دفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل الأموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل*"، الملاحظ على هذا التعريف أنه جاء واسعا، وفتح المجال لكل وسيلة من وسائل الدفع مهما تكن الدعامة أو الطريقة المستعملة سواء كانت تقليدية أو حديثة[679]. وبالعودة إلى التعديل الأخير للقانون التجاري بموجب القانون 05-02[680] فقد تضمن في الفصل الثالث منه الإشارة إلى بطاقات السحب والدفع في المواد 543 مكرر 23 و 543 مكرر 24، وعدا هذه المواد لا يوجد نص تشريعي ينظم هذا الأسلوب من الدفع أيّ الدفع الإلكتروني.

أما القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية رقم 83 لسنة 2000[681] فقد عرف وسائل الدفع الالكترونية وذلك في الفصل الثاني منه والذي ينص على: "*يقصد في مفهوم هذا القانون بوسيلة الدفع الالكتروني الوسيلة التي تمكن صاحبها من القيام بعمليات الدفع المباشر عن بعد عبر الشبكات العمومية للاتصالات*". في حين قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 58 لسنة 2001[682] فقد وردت فيه إشارة أيضا لوسائل الدفع الالكترونية، إذ جاء الفصل الخامس من هذا القانون على فكرة الدفع الالكتروني والتي تنص على: " *يعتبر تحويل الأموال بوسائل الكترونية وسيلة مقبولة لإجراء الدفع، ولا يؤثر هذا القانون بأي صورة كانت على حقوق الأشخاص المقررة بمقتضى التشريعات ذات العلاقة النافذة المفعول*". ومن جهته

---

[677] Article 01 : «*Electronic Money Is Defined In Article 3/1, As Monetory Value,As Replesuted By A Claim On The Issuer, Which Is – (A) Stored On An Electronic Device, (B) Issued On Receiet Of Funds, And (C) Accepted As Ameans Of Payment By Persons Other Than Issuer*» .

[678] *الأمر رقم 03-11، المؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض*، معدل ومتمم بموجب الأمر رقم 10-04، مؤرخ في 26 أوت 2010، الجريدة الرسمية الصادرة في 27 أوت 2003، عدد 52.

[679] أشار إليه، عبد الصمد حوالف، المرجع السابق، ص.36.

[680] أمر 05-02 مؤرخ في 06 فيفري 2005، *يعدل ويتمم الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري*، المرجع السابق.

[681] *القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الالكترونية رقم 83 لسنة 2000*، المرجع السابق.

[682] *قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 58 لسنة 2001*، المرجع السابق.

عرف نظام التجارة الالكترونية السعودي الصادر في 09 من جويلية سنة 2019 سالف الذكر وفق المادة الأولى الفقرة 17 وسيلة الدفع الالكتروني بأنها: "*أي تقنية استعمال من وسائل تقنية الاتصالات والمعلومات سواء كانت كهربائية، أو كهرومغناطيسية، أو بصرية، أو ضوئية أو رقمية أو أي شكل آخر من وسائل التقنية المشابهة*".

هذا على مستوى التشريع، أما على مستوى الفقه فالملاحظ هو أن وسائل الدفع الالكترونية أشير على أنها ما هي في الحقيقة إلا نقود الكترونية (*ELECTRONIC MONEY*) [683]، وفي أحيان أخرى يشار إلى أنها السيولة الالكترونية أو العملة الالكترونية أو العملة الرقمية أو النقود الرقمية أو السيولة الرقمية، وهي عموما "*تلك النقود التي يتم تبادلها بشكل الكتروني*"[684]، وهذا المفهوم يضم استخدام هذه الوسيلة من خلال شبكات الانترنت وأنظمة خزن القيم الرقمية.

كما عرف البعض الأخر الدفع الإلكتروني بأنه: " *منظومة متكاملة من النظم والبرامج، بهدف تسهيل إجراء عمليات الدفع الإلكتروني الآمنة، وتعمل هذه المنظومة تحت مظلة من القواعد والقوانين التي تضمن سرية تأمين وحماية إجراءات الشراء وضمان وصول الخدمة* "[685].

وفريق آخر من الفقه عرف الدفع الالكتروني في إطار الوفاء الالكتروني، واعتبر ان له معنيان: معنى واسع ومعنى ضيق، إذ يقصد بالوفاء الإلكتروني بمعناه الواسع: "*كل عملية دفع لمبلغ من النقود تتم بأسلوب غير مادي لا يعتمد على دعامات ورقية، بل بالرجوع إلى آليات إلكترونية* "[686]، أما الوفاء الإلكتروني بالمعنى الضيق، فينحصر فقط في: "*عمليات الوفاء التي تتم دون وجود اتصال مباشر بين الأشخاص الطبيعيين* "[687].

---

[683] يفرق البعض بين وسائل الدفع الالكتروني بشكل عام والنقود الالكترونية، حيث إن هذه الأخيرة ما هي إلا صور من صور وسائل الدفع الالكتروني، ومنه فإن مفهوم وسائل الدفع الالكتروني أوسع من مفهوم النقود الالكترونية، إذ ان نظام الوفاء الالكتروني يقوم على إيجاد وسيط للوفاء، حيث يقوم هذا الوسيط بإدارة عملية الوفاء لحساب العملاء والموردين وتسوية ما ينشأ عن التصرفات والعقود المبرمة بينهم من ديون وحقوق وتفادي تداول البيانات على شبكة الانترنت ، في حين ان النقود الالكترونية او الافتراضية يتم شحنها مقدما برصيد مالي ويتم تسجيلها في بطاقة خاصة ويمكن للعميل الذي يرغب في التعامل بهذه النقود ان يحصل من احد البنوك او المؤسسات المالية الوسيطة على ترخيص يسمح له باستعمال هذه النقود السائلة الالكترونية. مقتبس من، محمد حسن قاسم، *التعاقد عن بعد*، ط.1، الإسكندرية، 2005، ص.12.

[684] Adapted fom, BERENSTEN.Aleksander, *Electronic cash (e-cash*) "*Monetary Plicy Implications of Digital Money*", Kyklos, Vol. 51, no 1, 1998, p.90.

[685] مقتبس من، عبد الصمد حوالف، المرجع السابق، ص.35.

[686] مقتبس من، المرجع نفسه، ص.33-34.

[687] مقتبس من، ناجي الزهراء، المرجع السابق، ص.13-14.

كما عرفها البنك المركزي الأوروبي بأنها: "*مخزون إلكتروني لقيمة نقدية على وسيلة تقنية يستخدم بصورة شائعة للقيام بمدفوعات لمتعهدين غير من أصدرها، دون الحاجة إلى وجود حساب بنكي عند إجراء الصفقة وتستخدم كأداة محمولة مدفوعة مقدماً*[688]"، ويعد هذا التعريف هو الأقرب إلى الصحة نظراً لدقته وشموله لصور النقود الإلكترونية واستبعاده للظواهر الأخرى التي يمكن أن تتشابه معها.

ثانياً.– خصائص الدفع الالكتروني:

للدفع الالكتروني العديد من الميزات يمكن إجمالها فيما يلي:

1.– الدفع الالكتروني قيمة مخزونة الكترونيا:

تشتمل وسائل الدفع الالكترونية على وحدات نقدية لها قيمة مالية، فوسائل الدفع وخلافا للنقود العادية القانونية المطبوعة والمسكوكة؛ هي عبارة عن بيانات مشفرة يتم وضعها أو شحنها على دعائم الكترونية في شكل بطاقات بلاستيكية، أو على ذاكرة الكمبيوتر الشخصي. ويترتب على ما تقدم أن بطاقات الاتصال التليفوني لا تعتبر من قبيل أدوات الدفع الالكتروني، إذ أن القيمة المخزونة على بطاقات الاتصال عبارة عن وحدات اتصال هاتفية بمدة زمنية معينة وليست لها قيمة نقدية قادرة على شراء السلع والخدمات. ويتفرع على ما تقدم أيضا القول أن شحن القيمة النقدية بطريقة الكترونية على بطاقة بلاستيكية أو على الكمبيوتر الشخصي لصاحب (حامل) وسيلة الدفع الالكتروني؛ هو الذي يميز هذه الأخيرة عن النقود القانونية أو الائتمانية التي تعد وحدات نقدية مصكوكة أو مطبوعة[689].

2.– الطابع الدولي للدفع الالكتروني:

الدفع الإلكتروني يتسم بطبيعة دولية، لأنه يتم عبر شبكة الانترنت فأطراف العقد فيه لا تلتقي ماديا على مائدة المفاوضات واحدة؛ إنما يتم إبرام ذلك العقد فيما بينهم عن بعد عبر هذه الشبكة العنكبوتية، لأن وسيلة الدفع الإلكتروني تستجيب لمثل هذه المعاملات الدولية باعتبارها من بين الوسائل التي تتم عن بعد[690]، ويكون ذلك بإعطاء أمر الدفع عبر شبكة الانترنت وفقا لمعطيات إلكترونية تسمح بالاتصال المباشر بين طرفي

---

[688] Adapted from., European Central Bank (1998), "*Report on Electronic Money*", Frankfurt, Germany, August, p.7.

689 رضوان رأفت، *عالم التجارة الإلكترونية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية*، مكتبة المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 1999، ص.93-97.

[690] فاروق محمد الأباصيري، *عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت*، ط.1، دار الجامعة الجديدة، للنشر، الإسكندرية، 2002، ص.100.

العقد[691]، كل ذلك بفضل وسائل الاتصال اللاسلكية. فالدّفع يتم إذن من خلال المسافات عبر تبادل المعلومات الإلكترونية، والنقود التي يتم من خلالها تسوية المعاملات عن طريق الدفع الإلكتروني يمكن أن تكون مخصصة سلفا لمباشرة هذا الغرض بحيث أن الدّفع لا يتم إلاّ بعد الخصم من هذا المبلغ[692].

3.– عدم ارتباط الدفع الالكتروني بالحسابات البنكية:

تتضح أهمية هذا العنصر في تمييزه للنقود الإلكترونية عن وسائل الدفع الإلكترونية (*Electronic Means of Payment*)، فهذه الأخيرة عبارة عن بطاقات إلكترونية مرتبطة بحسابات بنكية للعملاء حاملي هذه البطاقات تمكنهم من القيام بدفع أثمان السلع والخدمات التي يشترونها مقابل عمولة يتم دفعها للبنك مقدم هذه الخدمة. ومن أمثلة وسائل الدفع الإلكترونية بطاقات الخصم (*Debit Cards*)، وهي عبارة عن بطاقات يقتصر استخدامها خصماً على حسابات دائنة للعملاء؛ يتم بموجبها تحويل قيمة نقدية من حساب إلى حساب آخر، فهي بمثابة المفتاح الذي يسمح بالنفاذ إلكترونياً إلى الودائع البنكية المملوكة لحامل هذه البطاقة. وتعتبر بطاقات الائتمان (*Credit Cards*) من قبيل وسائل الدفع الإلكترونية، حيث يتم استخدام هذه البطاقات خصماً على حسابات بنكية مدينة نظير فائدة يقوم بدفعها حامل أو مالك هذه البطاقة إلى المؤسسة المصرفية التي منحته هذا الائتمان.

من الواضح إذاً أن النقود الإلكترونية تتشابه مع الشيكات السياحية (*Travelers Checks*) التي هي عبارة عن استحقاق حر أو عائم على بنك خاص أو مؤسسة مالية أخرى، وغير مرتبط بأي حساب خاص[693]. وهذا ما دعا البعض إلى اعتبار النقود الإلكترونية بمثابة تيار من المعلومات السابحة أو الطوافة[694].

4.– تمتع الدفع الالكتروني بخاصية الآمان:

إن الدفع الإلكتروني يكون مصحوبا بوسائل أمان فنية من شأنها أن تحدد المدين الذي يقوم بالدفع، والدائن الذي يستفيد منه، فالدفع الالكتروني يتم من خلال فضاء معلوماتي مفتوح. ولذلك، فإن فرضية

---

[691] لزعر وسيلة، المرجع السابق، ص.18.

[692] محمد حسين منصور، *أحكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك*، ط.1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص.308.

[693] Cf. WHITE L.H., *The Technology Revolution and Monetary Evolution in The Future of Money in the Information Age*, Cato, nstitute's 14th annuel monetary confernce, May 23 1996, Washington, D.C., p.16.

[694] Cf. PHILIPS J., "*Bytes of Cash: Banking, Computing and Personal Finance*", First Monday Review, Vol. 1, N^{O} 05, November, 1996, p.3. Available at: https://journals.uic.edu/ojs/index.php/fm/article/view/495/416

السطو على رقم البطاقة أثناء عملية السداد تكون قائمة، بل وأن فرصة حدوثها كبيرة نسبيا. وعليه، فإن عملية الدفع غالبا ما تتم بطريقة مشفرة، وذلك عن طريق استخدام برنامج معد لهذا الغرض، بحيث لا يظهر الرقم البنكي على شبكة الويب (*web*). كما يتم عمل أرشيف للمبالغ التي يتم السحب عليها، مما يسهل الرجوع إليها[695]، ويقوم بهذه المهمة الجهة التي تقدم خدمة الدفع الالكتروني[696]. ولتفادي تداول البيانات على الشبكة تم ابتكار نظام للوفاء يقوم على فكرة الأجهزة الوسيطة بإدارة عمليات الدفع لحساب المتعاقدين، وذلك بتسوية الديون والحقوق الناشئة عن التصرفات المختلفة التي تبرم بينهما، وهذا من شأنه توفير الثقة بني أطراف التعامل، ويضمن فعاليتها الأكيدة كوسيلة من وسائل الدفع التي تيسر التجارة الالكترونية[697].

الفرع الثاني
وسائل الدفع الالكتروني

القصد 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 متفقاً وخصوصية العقود الالكترونية ومقتضيات السرعة فيها. حيث لعبت أنظمة وبرمجيات المعلومات دوراً بالغاً في تطور العقود الالكترونية ووسائلها، فقد تم استبدال الوسائل التقليدية المكتوبة بالوسائل الالكترونية سواء أكانت وثائق الكترونية أم توقيع الكتروني. لذلك تضائل دور النقود والدفع التقليدي، بشكل تدريجي ومطرد أمام ازدهار عمليات الدفع الالكتروني، وهذه الوسائل هي:

أولاً. – التحويل الالكتروني:

تعتبر التحولات المالية ما بين المؤسسات المصرفية والنقدية، من أهم العمليات والنشاطات التي ترتكز عليها لتحقيق الأهداف المسطرة منها في إطار التعاون المصرفي ما بين هذه المؤسسات، ويعتبر التحويل المصرفي من المسائل الهامة التي مسها التطور التكنولوجي. وذلك راجع إلى السرعة في تنفيذ هذه العقود والثقة ما بين المتعاملين في مجال التحولات المصرفية التي تعتبر عملية لانقضاء الالتزام الناتج عن الدفع الإلكتروني ما بين المشتري الذي فضل أن يستعمل وسيلة إلكترونية لاقتناء حاجاته من سلع وخدمات[698].

---

[695] واقد يوسف، *التنظيم القانوني للدفع الإلكتروني*، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2011، ص.25.

[696] للمزيد من التفصيل، راجع المواد 27 و28 و29 *من قانون المعاملات الالكترونية الأردني*.

[697] محمد فاروق أحد الاباصيري، المرجع السابق، ص.102.

[698] واقد يوسف، المرجع السابق، ص.96.

والتحويل الإلكتروني هو تأمين عملية التحويل من حساب المدين إلى حساب الدائن (*Télé virement*) ليتم الوفاء، وذلك بإعطاء أمر مصرفي يتضمن تحويل مبلغ محدد من المال من حساب إلى حساب أخر ويتم ذلك عبر الإنترنت أو من خلال جهاز الصراف الآلي التي تكون مرتبطة بشبكة البنوك وتسمح بالتحويل الداخلي أو من بنك لآخر[699]. فالمشتري ليست لديه وسيلة الدفع بواسطة البطاقة أو الكارت التي تتم من خلالها عملية الدفع الالكتروني بطريقة مباشرة عبر الانترنيت، بل يتولى عملية التحويل الالكتروني الجهة التي تقوم على إدارة عملية الدفع، وربما تكون بنكاً أو جهة خاصة أنشئت لهذا الغرض[700]. ومن أمثلة التحويل الالكتروني استعمال الوسائط الإلكترونية المصرفية التي يستطيع بموجبها الزبون أن يطلب من البنك تحويل مبلغ من المال إلى رصيد البائع مقابل الخدمة أو السلعة التي اشتراها عبر الإنترنيت، حيث يتم الاتصال بالبنك بواسطة الهاتف (المصرفي)[701].

اعتبر المشرع الأردني تحويل الأموال بطرق إلكترونية وسيلة مقبولة لإجراء الدفع، ولا يؤثر هذا القانون بأي صورة كانت على حقوق الأشخاص المقررة بمقتضى التشريعات ذات العلاقة النافذة المفعول[702]. أمّا المشرع الجزائري فقد أشار وفق المادة 51 من قانون القرض والنقد سالف الذكر إلى أنه: "*يمكن لبنك الجزائر أن يجري كل العمليات المصرفية مع البنوك والمؤسسات المالية العامة الجزائرية، ومع كل بنك مركزي أجنبي*"[703]. يتضح من هذه المادة أن التحويل المصرفي الإلكتروني عملية قانونية منصوص عليها في النظام البنكي الجزائري، ويُستشف ذلك من عبارة"*كل العمليات*"، التي تصدق على العمليات الالكترونية[704]. كما ورد في المادة 27 من قانون التجارة الالكترونية رقم 18-05 إلى إمكانية إجراء عمليات الكترونية من طرف البنوك بجانب الانترنيت وبريد الجزائر.

---

[699] أشار إليه، محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص.94.

[700] محمد حسين منصور، *المسؤولية الالكترونية*، المرجع السابق، ص.124؛ بشار دودين، *الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنيت*، المرجع السابق، ص.202.

[701] هناك خدمة ظهرت حديثا وهي شراء السلع والخدمات وإضافة ثمنها على فاتورة الهاتف النقال. مقتبس من، محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص.142.

[702] المادة 25 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني تنص على أنه: "*يعتبر التحويل الإلكتروني وسيلة مقبولة لإجراء الدفع، ولا يؤثر هذا القانون بأي صورة كانت على حقوق الأشخاص المقررة بمقتضى التشريعات ذات العلاقة النافذة المفعول*".

[703] المادة 51 من الأمر رقم 03-11، المؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، المرجع السابق.

[704] واقد يوسف، المرجع السابق، ص.99.

ثانياً.– بطاقات الدفع الالكتروني:

بطاقات الدفع الالكتروني هي إحدى أهم وسائل الدفع الالكتروني[705]، التي انتشرت على مستوى العالم انتشارا واسعا، ومن الناحية التقنية بطاقات الدفع عبارة عن بطاقات بلاستيكية مستطيلة ممغنطة تصدرها البنوك لعملائها للتعامل بها بدلا من حمل النقود مستطيلة تحمل اسم المؤسسة المصدرة لها، وشعارها، وتوقيع حاملها بشكل بارز على وجه البطاقة، ورقمها، واسم حاملها، ورقم حسابه، وتاريخ انتهاء صلاحيتها. ويمكن لحاملها سحب المبالغ النقدية من ماكينات سحب النقود الخاصة بالنقود أو تقديمها كأداة وفاء للسلع، والخدمات، وقد تكون أداة ائتمان[706]. كما تتضمن هذه البطاقة الرقم السري الذي يتكون من أربعة أرقام، ويسلم في ظرف مغلق عند استلام البطاقة، ويستخدم في السحب النقدي من أجهزة الصراف الآلي[707]. واشهر بطاقات الدفع أمريكان اكسبريس (*American Expreees*)، والماستر كارت (*Master card*)، والفيزا كارت (*visa card*) [708].

---

[705] *بطاقات الدفع على عدة أنواع منها*:

1.– بطاقة السحب الآلي (*Cash Card*) : يمكن 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 العميل. 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 (*Credit Card*) : هذه الوسيلة يمنح البنك لحاملها تسهيلا ائتمانيا ً 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، علماً بأن البنوك لا تمنح هذا النوع من البطاقات إلا بعد التأكد من ملاءة العميل أو بعد الحصول منه على ضمانات عينية أو شخصية كافية؛

5.– بطاقة الصرف البنكي (*Charge Card*): وهي عبارة عن وسيلة دفع الكتروني، تتم لدى البنوك الالكترونية، ويسميها البعض بطاقات الصرف الآلي (*Atms*)، وتكون فترة الائتمان في هذه الوسيلة قصيرة، وبذلك يتعين على العميل السداد أولا بأول، خلال مدة الائتمان أو السحب؛

6.– البطاقة الذكية (*Smart Card*) : هي عبارة عن رقيقة الكترونية لها القدرة على تخزين جميع البيانات الخاصة بعميلها، وتعد حاسباً متنقلا يؤمن حماية كبيرة ضد التزوير، وسوء الاستخدام، وتتيح أجهزة قراءة البطاقات التي توضح في المواقع التجارية التدقيق في تفاصيل الحسابات المالية لصاحبها؛

7.– بطاقة الموندكس (*mondex card*): هي بطاقات ذكية تتسم بمرونة كبيرة في الاستخدام، حيث تجمع ما بين مميزات النقود الورقية التقليدية وبطاقات الدفع الالكتروني الحديثة، ويمكن استخدامها كبطاقة ائتمان أو كبطاقة خصم فوري رغبة للعميل، وتكون بديلاً للنقود في كافة عمليات الشراء، ويتم الخصم الفوري من حساب البطاقة، وإضافة القيمة إلى حساب التاجر المدون على ذاكرة الكترونية داخل نقطة البيع، ويتم الدفع دون اللجوء إلى البنك، حيث يمكن إجراء التحويل من رصيد الحساب الجاري للعميل إلى رصيد البطاقة من خلال آلات الصرف الذاتي أو الهاتف. مقتبس من، محمد حسين منصور، *المسؤولية الالكترونية*، ص.ص.125 وما بعدها؛ بشار دودين، المرجع السابق، ص.ص.204 وما بعدها.

[706] أشار إليه، نضال إسماعيل برهم، المرجع السابق، ص.86.

[707] أشار إليه، محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص.76.

[708] أشار إليه، راجع محمد حسين منصور، *المسؤولية الالكترونية*، ص.ص.125 وما بعدها.

وتمتاز بطاقات الدفع بعدة فوائد كسهولة الدفع من قبل حاملها، وكذا الاستفادة من الاعتماد، وإمكانية سحب الأموال من الموزعات الأوتوماتيكية ومؤسسة الإصدار في مصدر الملاءة التي تمنحها البطاقة لحاملها، وتؤمن مؤسسة الإصدار السهولة في استيفاء المدفوعات عن طريق الاقتطاع الشهري من حساب العميل، وعند عدم وجود حساب تجري حسب الاتفاق. وتمنح بعض مؤسسات الإصدار عملائها بعض الامتيازات، كالتأمين للرحلات الجوية التي تمنحها مؤسسة أمريكية. ويستفيد العميل من بعض الحسومات في المخازن والمحال التجارية، ونفقات الانضمام إلى هذه البطاقات تكون زهيدة. ويستفيد التجار من ضمانات الدفع التي تؤمنها مؤسسة الإصدار، ويتجنبون في نفس الوقت مخاطر الشيكات بدون رصيد[709].

أحاط ببطاقات الدفع الالكتروني العديد من التساؤلات التي تتعلق بتعريفها وتحديد مفهومها، ومما زاد من أهمية هذا الشأن تعدد التعريفات الخاصة بها وتباينها فيما بينها ضيقا واتساعا، وذلك تبعا للزاوية التي تعرف منها هذه البطاقات، بل هناك العديد من المصطلحات التي تطلق على هذه البطاقات وتعتبر بطاقات الائتمان هي الأكثر شيوعا[710].

خلافا لبعض التشريعات العربية، ومحاولة منه لمجاراة التطور السريع الحاصل في مجال وسائل الدفع، انتهج المشرع الجزائري نهج التشريعات الغربية التي أرست معالم النظام القانوني لبطاقة الدفع، حيث تبنى وسائل دفع أكثر حداثة وتطورا من وسائل الدفع التجارية التقليدية، ويتجلى ذلك من خلال تعديل القانون التجاري سنة 2005. إذ ورد في المادة 543 مكرر 23 تعريف لبطاقة الدفع على أنها: "*تعتبر بطاقة دفع كل بطاقة صادرة عن البنوك و الهيئات المالية المؤهلة قانوناً و تسمح لصاحبها بسحب أو تحويل الأموال. وتعتبر بطاقة سحب كل بطاقة صادرة عن البنوك أو الهيئات المالية المؤهلة قانونا وتسمح لصاحبها فقط بسحب الأموال*"[711]. وهو تقريبا نفس التعريف الذي تبناه المشرع الفرنسي بصدور المرسوم المتعلق بأمن الشيكات وبطاقات الدفع[712]، ضمن أحكام المادة 57 الفقرة الأولى[713]، وكذلك المادة 132 الفقرة الأولى من القانون النقدي والمالي الفرنسي[714].

---

[709] نضال إسماعيل برهم، المرجع السابق، ص.87.

[710] إيهاب فوزي السقا، *الحماية الجنائية والأمنية لبطاقات الائتمان*، ط.1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص.10.

[711] الأمر رقم 05-02 مؤرخ في 06 فيفري 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري، المرجع السابق.

[712] Décret-Loi du 30 Octobre 1935 *Unifiant le Droit en Matière de Chèques et Relatif aux Cartes de Paiement*, Modifié par loi N° 91-1382 du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement, JORF N°1 du 1 janvier 1992 p.12.

ووفقا للمادة 70 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض سالف الذكر اكتفى المشرع الجزائري بتحديد جهة واحدة مخول لها إصدار بطاقات الدفع الالكتروني ألا وهي: "*البنوك*"، حيث أشارت المادة سالفة الذكر إلى أنه: "*لا يمكن للمؤسسات المالية تلقي الأموال من العموم، ولا إدارة وسائل الدفع أو وضعها تحت تصرف زبائنها، وبإمكانها القيام بسائر العمليات الأخرى*". وبذلك، يكون المشرع الجزائري قد خالف المشرع الفرنسي بحصره للجهة المخول لها إصدار هذه البطاقات في البنوك فقط دون سواها، ولو أنه اتفق معه في تحديد وظيفة الدفع الالكتروني[715].

عرف بعض الفقهاء بطاقة الائتمان على أنها: "*بطاقة بلاستيكية أو ورقية مصنوعة من مادة يصعب العبث بها تصدرها جهة ما - بنك أو شركة استثمار - يذكر فيها اسم العميل الصادر لصالحه ورقم حسابه حيث يملك الحامل تقديم تلك البطاقة للتاجر لتسديد ثمن مشترياته، حيث يقوم التاجر بتحصيل تلك القيمة من الجهة المصدرة التي تقوم بدورها باستيفاء تلك المبالغ من الحامل*"[716]. لكن اقرب تعريف لتوضيح حقيقة بطاقات الدفع الالكتروني، هو التعريف الذي أورده المجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته السابعة لسنة 1992[717]، حيث عرف بطاقات الائتمان على أنها: "*هو مستند يعطيه مصدره لشخص معين بناءً على عقد بينهما يمكنه من شراء السلع والخدمات ممن يعتمد المستند دون دفع الثمن حالاً لتضمينه التزام المصدر بالدفع، ومنها ما يمكن من سحب النقود من المصارف*"[718].

---

[713] Article 57-1 : « *Constitue une carte de paiement toute carte émise par un établissement de crédit ou par une institution ou un service mentionné à l'article 8 de la loi N° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit et permettant à son titulaire de retirer ou de transférer des fonds. Constitue une carte de retrait toute carte émise par un établissement, une institution ou un service visé au premier alinéa et permettant exclusivement à son titulaire de retirer des fonds* ». Décret-Loi du 30 Octobre 1935 *Unifiant le Droit en Matière de Chèques et Relatif aux Cartes de Paiement*, Op.cit.

[714] *Code monétaire et financier*, Modifié par Ordonnance N°2009-866 du 15 Juillet 2009, La Lettre de Change est Régie par les Articles L. 511-1 à L. 511-81 du *Code de Commerce*.

[715] أشار إليه، عبد الصمد حوالف، المرجع السابق، ص.131.

[716] مقتبس من، جلال عايدة الشورى، وسائل الدفع الإلكتروني، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص.21؛ علي جمال الدين عوض، *عمليات البنوك من الوجهة القانونية*، مكتبة رجال القضاء، مصر، 1989، ص.663.

[717] القرار رقم 63 (7/1)، الفقرة "*رابعا: بطاقة الائتمان*"، قرار بشأن الأسواق المالية، الدورة السابعة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي لمنظمة التعاون الإسلامي بجدة، المملكة العربية السعودية من 7-12 ذي القعدة 1412، الموافق 09 - 14 ماي (ايار) 1992م، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، ج2، ص.1273، والعدد السابع، ج1، ص.73، والعدد التاسع، ج2، ص.5، قرار بشأن الأسواق المالية. تاريخ الاقتباس: 2018/05/20 نص القرار متاح على الرابط التالي: http://www.iifa-aifi.org/1845.html

[718] أشار إلى ذلك، عبد الصمد حوالف، المرجع السابق، ص.128-129؛ جلال عايدة الشورى، المرجع السابق، ص.22.

ثالثاً.– النقود الالكترونية (*Monnaie électronique*):

النقود الإلكترونية هي إحدى إفرازات التقدم التكنولوجي وعالم الاتصالات، إذ وردت عدة تسميات للنقود الإلكترونية نذكر منها: العملة الرقمية، والنقود القيمية، والنقود الرقمية، والنقود الرمزية، ونقود الإنترنت، ونقود الشبكة[719]، وعلى الرغم من هذا الاختلاف في التسمية إلا أنها تؤدي وظيفة واحدة وهي الوفاء بالثمن. وقد اختلف الفقه في تعريفه للنقود الإلكترونية كم هو الحال في مسمياتها، وانقسم إلى اتجاهين:

1.– الاتجاه الموسع في تعريف النقود الالكترونية:

عرفت اللجنة المختصة بحقوق المواطنين والشؤون القانونية التابعة للمفوضية الأوروبية وفق التوجيه الأوروبي رقم 46/2000[720]، وحددت النقود الإلكترونية كقيمة للعملة[721]، بحيث تكون مخزنة على أداة أو وسيلة إلكترونية كالرقائق الإلكترونية أو نقود الحاسب، وتكون مقبولة كوسائل للدفع بواسطة شخص عادي أو شخص اعتباري يتمتع بسلطة قانونية من غير المؤسسة المصدرة للنقود الإلكترونية أو من يتبعها، وهي قابلة للانتقال والتحويل، وتعتبر كبديل إلكتروني عن العملات الورقية المعدنية والأوراق التجارية[722]. إلا أن ما يعاب على هذا التعريف أنه ليس مانعا وتنقصه الدقة، حيث أنه لا يستبعد دخول وسائل الدفع الالكتروني في

---

[719] محمد سعيد أحمد إسماعيل، ط.1، *أساليب الحماية القانونية للمعاملات التجارة الإلكترونية*، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص.328.

[720] Directive 2000/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 *concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements*, Journal officiel N° L 275 du 27/10/2000 p. 0039 - 0043. Disponible à: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32000L0046

[721] Sur cette notion, v .DAVID Bounie., *La monnaie électronique Principes, fonctionnement et organization* (GET/ENST, département EGSH) – Sébastien Soriano (Ingénieur des télécommunications), LCN, volume 4, N° 1-2003, p.71 à 92, p.84.

[722] «*Comme un substitut électronique des pièces et des billets de banque qui est stocké sur un support électronique tel qu'une carte à puce ou une mémoire d'ordinateur et qui est généralement destiné à effectuer des paiements électroniques de montants limités . La monnaie électronique peut être alors définie comme une valeur monétaire représentant une créance sur l'émetteur, qui est : – stockée sur un support électronique, – emise contre la remise de fonds d'un montant dont la valeur n'est pas inférieure à la valeur monétaire émise, – acceptée comme moyen de paiement par des entreprises autres que l'émetteur* », Directive 2000/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000, Op.cit.

نفس المضمون[723]، ونفس الشيء يقال عن تعريف بنك التسويات الدولية (*BIS*) سنة 1996[724] للنقود الالكترونية، حيث ذهب إلى اعتبارها: "*قيمة نقدية في شكل وحدات ائتمانية مخزونة بشكل الكتروني أو على أداة الكترونية يحوزها المستهلك*"[725].

ومن جهة الفقه، يرى أنصار الاتجاه الموسع في تعريف النقود الالكترونية أنها تشمل كل أنظمة الدفع الالكترونية، حيث عرفها البعض بأنها: "*تلك النقود التي يتم تداولها عبر الوسائل الالكترونية*"[726]، بينما عرفها آخرون بأنها: "*عبارة عن منتجات دفع متنوعة مخصصة للمستهلك تستخدم لدفع المستحقات بطريقة إلكترونية بدل من استخدام الطرق التقليدية*"[727]، بل وذهب البعض الآخر إلى إعطائها تعريفا شاملا بقوله بأنها: "*نقود يتم نقلها الكترونيا*"[728].

2.– الاتجاه المضيق في تعريف النقود الالكترونية:

عرفها البنك المركزي الأوروبي على أنها: "*مخزون إلكتروني لقيمة نقدية على وسيلة إلكترونية، قد تستخدم في السحب النقدي أو تسوية المدفوعات لوحدات اقتصادية أخرى غير تلك التي أصدرت البطاقة*"[729]. ويعد هذا التعريف هو الأقرب إلى الصواب، لأنه استهل تعريفه للنقود الالكترونية بأنها قيمة

---

[723] للمزيد راجع، محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص.328.

[724] *Bank For International Settlements, Implications For Central Banks of The Development of Electronic Money*, Basle October 1996, p.01. Citation Date:10/06/2017, Available at : https://www.bis.org/publ/bisp01.pdf

[725] مقتبس من، عبد الصمد حوالف، المرجع السابق، ص.176.

[726] أشار إليه، نفس المرجع، نفس الموضع.

[727] أشار إليه، جلال عايدة الشورى، المرجع السابق، ص.57.

[728] أشار إليه، عبد الصمد حوالف، المرجع السابق، ص.176.

[729] European Central Bank (1998), "*Report on Electronic Money*", Frankfurt, Germany, August, p. 7
أشار إليه، محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص.329.

نقدية؛ فهي بذلك ليست بطاقة اتصال هاتفي، لأن هذه الأخيرة ليست قيماً نقدية ومن ثمة غير قادرة على شراء السلع والخدمات[730].

وفي جانب الفقه، عرف الاتجاه المضيق في تعريف النقود الإلكترونية[731] بأنها: "*قيمة نقدية مخزنة على وسيلة إلكترونية مدفوعة مقدماً وغير مرتبطة بحساب بنكي، وتحظى بقبول واسع من غير من قام بإصدارها، وتستعمل كأداة للدفع لتحقيق أغراض مختلفة*"[732]. كما عرفت بأنها: "*عبارة عن نقود غير ملموسة تأخذ صورة وحدات إلكترونية تخزن في مكان آمن على دعامة الكترونية (القرص الصلب أو البطاقة الذكية) للحاسوب الخاص بالعميل يعرف باسم المحفظة الالكترونية، ويمكن للعميل استخدام هذه المحفظة في القيام بعمليات البيع أو الشراء أو التحويل*" [733].

بناء على ما سبق، يمكن استيفاء تعريف راجح للنقود الالكترونية على أنها: "*عملة نقدية الكترونية تتمثل في الوحدات الرقمية الموثقة والخاصة بالقيمة المحددة من قبل الجهة المصدرة لها، والمخزنة على اداة او وسيلة الكترونية تحفظ وتتداول بين المتعاملين بها الكترونيا، وتتمتع بقوة إبرائية نهائية مصدرها اتفاق المتعاملين*"[734].

وتجدر الإشارة إلى أنه رغم ما تقدمه النقود الالكترونية أو الافتراضية من تيسير للتجارة عبر الانترنيت، فإن هذه التقنية لا تخلو من المخاطر، فالحائز لهذه النقود الالكترونية ليس في مأمن من حادث فني يترتب عليه

---

730 محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص.329.

731 للمزيد حول هذا الاتجاه الفقهي، راجع محمد إبراهيم محمود الشافعي، *الآثار النقدية والاقتصادية والمالية للنقود الالكترونية*، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، المنعقد في الفترة 09-11 ربيع الأول 1424 هـ، الموافق لـ ماي 2003، جامعة الإمارات العربية المتحدة، دبي، ص.133-134. مقتبس من، عبد الصمد حوالف، المرجع السابق، ص.177؛ نسرين عبد الحميد نبيه، المرجع السابق، ص.77.

732 مقتبس من، حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص.428.

733 مقتبس من، طارق عبد العال حماد، *التجارة الالكترونية: المفاهيم، التجارب، التحديات*، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص.140؛ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص.100-101.

734 علاء التميمي، *التنظيم القانوني للبنك الالكتروني على شبكة الانترنيت*، ط.1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص.406. أشار إليه، عبد الصمد حوالف، المرجع السابق، ص.177.

مسح ذاكرة جهازه، وهنا سوف يفقد كل نقوده التي بحافظة النقود الالكترونية دون رجعة. هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإنه في حالة إفلاس من أصدر هذه النقود الالكترونية، فإن العميل يتعرض لخطر عدم استرداد قيمة الوحدات التي لم يستعملها بعد، كما يتعرض التاجر لخطر عدم استيفاء الوحدات التي حولها له العميل[735].

رابعاً.– الوسائط الالكترونية المصرفية:

هناك عدة وسائط مصرفية نتعرض إليها كما يلي:

1.– الهاتف المصرفي (*Phone bank*):

وهو نوع من تطور الخدمات المصرفية المقدمة للعملاء، يعمل الهاتف المصرفي مدار الساعة في العام بدون إجازات، حيث يمكن العميل بواسطة رقم سري خاص، سحب مبالغ من حسابه وتحويلها لسداد المبالغ المطلوبة. وبذلك يتم الحصول على القروض وفتح اعتمادات مستندية، حيث يوجد اتصال مباشر بين الحاسب الخاص وحاسب البنك. ومنه، يختفي المفهوم التقليدي للبنك الثابت، ويصبح عبارة عن رقم مخزن في ذاكرة الهاتف أو عبارة عن عنوان الكتروني على شبكة الانترنيت العالمية، ولذلك يطلق عليه اسم البنك المحمول أو الهاتف المصرفي[736]، ويتم الاتصال بالبنك إما عن طريق الهاتف العادي أو الهاتف النقال. كما ظهرت خدمة حديثة أخرى وهي شراء السلع والخدمات وإضافة ثمنها على فاتورة الهاتف النقال، وهو مطبق في مصر من طرف شركة موبينيل[737].

---

[735] أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص.100-101.

[736] بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص.206.

[737] محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص.142؛ بشار دودين، المرجع السابق، ص.210.

2.– خدمات المقاصة الالكترونية المصرفية (*Bankers automated clearing services*):

هذا النظام حل مكان أوامر الدفع المصرفية، وظهر ما يسمى بنظام التسوية الإجمالية بالوقت الحقيقي. ويتم من خلاله المدفوعات بين المصارف، وذلك ضمن نظام المدفوعات الالكترونية للمقاصة، وهو نظام الكتروني للمقاصة ينطوي على عنصر اليقين حيث تتم المدفوعات في نفس اليوم بدون إلغاء أو تأخير، وبنفس قيمة اليوم[738].

3.– الانترنيت المصرفي:

أتاحت شبكة الانترنيت للبنوك التعامل مع العملاء من خلال خدمات المصرف المنزلي، حيث يتم إنشاء مقار لها على الانترنيت بدلا من المقار العقارية لها. وبذلك يسهل التعامل بين العميل من منزله، أو مكان عمله والبنك عبر الانترنيت، وبإمكانه محاورة موظف البنك وإجراء العمليات المصرفية عبر شاشة الحاسوب الخاص به[739].

خامساً.– وسائط الالكترونية أخرى:

هناك عدة وسائط الكترونية أخرى باعتبارها من طرق الوفاء والتعامل عبر الانترنيت، وهي:

1.– الشيكات الالكترونية:

وبالنظر إلى التشريع الجزائري، نجد أن المشرع عرف الشيك بعنوان الصك البريدي بموجب القانون رقم 18-04 مؤرخ في 10 من ماي سنة 2018 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات

---

[738] محمد حسين منصور، *المسؤولية الالكترونية*، المرجع السابق، ص.127.

[739] محمد حسين منصور، *أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك*، المرجع السابق، ص.128.

الإلكترونية[740]؛ وذلك بموجب المادة التاسعة الفقرة 12، حيث عرفت الصك البريدي على أنه: " أمر مكتوب وموّقع عليه يعطيه صاحب حساب بريدي قصد خصم مبلغ مالي من حسابه لصالحه أو لصالح الغير، أو إيداعه في الباب الدائن لحساب آخر، ويعد الصك البريدي الأداة الأساسية لسير الحساب البريدي الجاري". وبخصوص المادة 472 من القانون التجاري الجزائري فقد اكتفت بذكر بياناته[741]. كما أنّه لم ينص هذا الأخير على ما إذا أمكن إصدار الشيك إلكترونيا أم لا، وإنما يظهر ضمنيا في قانون النقد والقرض[742]، وكذلك في الفقرة الثانية من المادة الثالثة من التنظيم رقم 97-03 المتعلق بغرف المقاصة[743].

الشيكات الالكترونية هي عبارة عن رسالة الكترونية موثقة، ومؤمّنة يرسلها مصدر الشيك إلى مستلم الشيك (حامله)، ليعتمده ويقدمه للبنك العامل عبر الانترنيت، ويقوم البنك أولاً بتحويل قيمة الشيك المالية إلى حساب حامل الشيك، ثم يقوم بإلغاء الشيك وإعادته الكترونياً إلى مستلم الشيك (حامله) لكي يكون دليلا على أنه تم صرف الشيك فعلا، وبإمكان مستلم الشيك التأكد الكترونياً من تحويل المبلغ لحسابه[744].

وتتميز الشيكات الإلكترونية بأنها تصرف في دفع الصفقات الالكترونية بطريقة آمنة غبر البريد الالكتروني، وهي تخضع لذات الإطار القانوني الذي تضع له الشيكات العادية. كما يعتبر دفتر الشيكات

---

[740] قانون رقم 18-04 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018 ،يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 27 شعبان عام 1439 الموافق لـ 13 ماي 2018، العدد 27، ص.3.

[741] تنص المادة 472 من القانون التجاري على ما يلي: "*يحتوي الشيك على البيانات الآتية:*

1- *ذكر كلمة شيك مدرجة في نص السند نفسه باللغة التي كتب بها،*
2- *أمر غير معلق على شرط بدفع مبلغ معين،*
3- *اسم الشخص الذي يجب عليه الدفع (المسحوب عليه)،*
4- *بيان المكان الذي يجب فيه الدفع،*
5- *بيان تاريخ إنشاء الشيك ومكانه،*
6- *توقيع من إصدار الشيك (الساحب).*

[742] أشار إليه، بهلولي فاتح، المرجع السابق، ص.310.

[743] تنظيم 97-03، مؤرخ في 16 رجب 1418 هـ، الموافق لـ 17 نوفمبر 1997، *المتعلق بغرف المقاصة*، الجريدة الرسمية عدد 17، الصادرة بتاريخ 25 مارس 1998.

[744] أشار إليه، عبد المنعم راضي، فرج عزت، *اقتصاديات النقود والبنوك*، البيان للطباعة والنشر، الإسكندرية،2001، ص.32؛ يحيى فلاح يوسف، *التنظيم القانوني للعقود الالكترونية*، ص.110.

الالكترونية أكثر أمنا من الدفتر التقليدي، نظرا لقلة احتمال التزوير وإضافة لما سبق فإن الشيك الالكتروني يقلل من تكلفة إدارة الآليات الخاصة بالدفع[745]. وباعتبار أن الشيك من أكثر الأوراق التجارية استعمالا فمن الممكن الاستفادة منه خاصة في مجال تقنية المعلومات والمعالجات الإلكترونية، فالشيكات تجعل البنوك تستخدم وبشكل دائم المعالجة الإلكترونية وبشكل دائم وسائل المعالجة الإلكترونية[746]. وتعتمد فكرة الشيكات الالكترونية على وجود وسيط بين المتعاملين يطلق عليه اسم جهة التخليص (*clearing house*)، وحتى يتم سداد الثمن عبر هذه الوسيلة يجب المرور بعدة خطوات تتمثل فيما يلي:

أولاً يجب أن يكون لكل من المشتري والبائع اشتراك لدى جهة التخليص وغالبا ما يكون بنك، وذلك بفتح حساب جاري بالرصيد الخاص بكل منهما، أو خصما من حساب جاري متفق عليه، ويتم تحديد التوقيع الإلكتروني الخاص لكل واحد منهما والذي يسجل في قاعدة بيانات الوسيط. ثم يقوم المشتري باختيار السلعة أو الخدمة من موقع البائع، والاتفاق على أسلوب الدفع ثم يحرر شيكا ويوقعه إلكترونيا ومشفرا ثم يرسله بالبريد الالكتروني للبائع. وفي الأخير يقوم البائع باستلامه وتوقيعه توقيعا مشفرا، ثم يرسله إلى جهة التخليص لصرفه، فتقوم هذه الأخيرة بالتحقق من صحته ومن كفاية الأرصدة ثم تخطرها بتمام الإجراءات المالية، من حيث خصم الرصيد من المشتري إضافته لحساب البائع[747].

وتجدر الإشارة أن الشيك الالكتروني يختلف عن بطاقة الشيكات (*chèque garante card*) إذ تصدر البنوك هذا النوع من البطاقات لزبائنها من حاملي الشيكات، ويضمن البنك بمقتضى هذه البطاقات الوفاء في حدود معينة بقيمة الشيك الذي يصدره حاملها. وعليه يتعين على حامل البطاقة عند سحب

---

[745] عبد الحميد بسيوني، *أساسيات ومبادئ التجارة الإلكترونية*، دار الكتب العلمية، مصر، 2004، ص.74 و78.

[746] ناهد فتحي الحموري، الأوراق التجارية الإلكترونية، دراسة تحليلية، مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص.184.

[747] *في ضوء الإقبال الهائل للتعامل بالشيكات الإلكترونية*، قامت شركات عديدة بتوفير البرامج والنظم الخاصة بإدارة وإصدار الشيكات الإلكترونية، ومنها شركة (*Net*) وشركة (*Scottsdale*) كما تقوم شركة (*chese*) بإجراء العمليات بتخليص الشيكات الإلكترونية على الحسابات الجارية بالبنوك العادية، وتوفير البرامج الخاصة بذلك. مقتبس من، محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص.145-146.

الشيك لأحد التجار من إبراز البطاقة وتدوين رقمها على ظهر الشيك وعلى التاجر أن يتحقق من طبيعة والبيانات المدونة على البطاقة مع البيانات المدونة على الشيك.

2.- الدفع بواسطة محفظة النقود الالكترونية:

هي عبارة عن بطاقة مصرفية صالحة الدفع لغاية مبلغ محدد، ومشحونة مسبقاً 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 بمستقبل الشبكة تكون محفظة نقود افتراضية، وهي تماثل من الناحية الفنية المعلومات المخزنة في ذاكرة الكومبيوتر، وبإمكان العميل الذي يرغب التعامل بهذه النقود، أن يتعاقد مع أحد البنوك للسماح له باستعمال النقود الالكترونية[748].

3.- الدفع بالاستعانة بوسيط:

إن الخشية من القرصنة التي تطال الأرقام السرية لبطاقة الائتمان أدت إلى البحث عن وسائل آمنة للدفع الالكتروني، كالاستعانة بوسيط الكتروني. فالوسيط يتولى إجراءات الدفع بين البائع والمشتري عبر الانترنيت، ويقوم بالتوسط بين بنك التاجر وبنك الزبون؛ وبواسطته يتم عملية الدفع سواء بالنقود الالكترونية أو باستخدام بطاقات الائتمان[749].

---

[748] نضال برهم، *أحكام عقود التجارة الالكترونية*، ص.168-169.

[749] نضال برهم، *أحكام عقود التجارة الالكترونية*، المرجع نفسه، ص.ص.168 وما بعدها.

المبحث الثاني

الحماية القانونية المكرسة للمستهلك وأسماء النطاق في إطار الفضاء الرقمي

تشمل الحماية عموما مسائل حفظ الحقوق وضمان عدم التعدي عليها بكافة أوجه الاعتداء، وفي نطاق التجارة الالكترونية تشمل كل من هو طرف فيها سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. ومن جملة هؤلاء طائفة المستهلكين في الفضاء الرقمي فهم أولى بالحماية كونهم هم المحرك الأساسي للتعاقدات الالكترونية، فهم بمثابة المغذي الطاقوي للشبكة العنكبوتية، حيث لولاهم لما شهدت شبكة المعلومات هذا النشاط الواسع والحركية الدائمة، ولهذا من البديهي إفراد الحماية لهم سواء كانوا بصفتهم مستهلكين للسلع أو الخدمات أو المعلومات.

ويكمن أساس حماية المستهلك في العقود كافة وخاصة العقد الإلكتروني من جانب حالة الضعف الذي يميزه؛ بسبب اختلال التوازن بينه وبين المهني مقدم السلعة أو الخدمة بصفته الطرف ذو القوة الاقتصادية، الذي يفرض شروطه على المستهلك، في حين أن السلعة لا توجد أمامه ولا يلمسها بيدية، وإنما يشاهدها فقط على الشاشة الإلكترونية. والتعاقد عبر الشبكة الإلكترونية يثير كثيرًا من الموضوعات المتعلقة بحماية المستهلك، إذا كان الطرف الآخر في بلد غير بلد المستهلك فالتعاقد الإلكتروني يعتبر بيئة مناسبة للغش والخداع والتحايل، فمن خلال التزايد في إبرام المعاملات الإلكترونية أصبح المستهلك عرضة للتلاعب بمصالحه وضماناته، فقد يسعى المهني إلى وسائل غير مشروعة من أجل الترويج لمنتجاته وتسويقها، وتضليل المستهلك بوجود ميزات غير حقيقية في السلع والخدمات، أو من خلال عدم توفير متطلبات الأمن والسلامة في المنتجات. لهذا لا بدّ من البحث عن الوسائل اللازمة لحماية المستهلك في البيئة الإلكترونية. *ومن هذا المنطلق يثور التساؤل بشأن مدى نجاح الاصلاحات التشريعية في تحقيق نظم حمائية كافية وفعالة للمستهلك الالكتروني؟*

وبجانب المستهلك الالكتروني يوجد وافد آخر جديد على التجارة الالكترونية فرض نفسه بقوة في المجال التجاري وهو ما يطلق عليه باسم "*أسماء النطاق*"، حيث أصبحت كثيرة الاستخدام كعناوين تقنية لها مدلولات تجارية قد تتنازع "*العلامة التجارية*" في حالة التطابق بينهما. هذا الاحتكاك خلق حالة من النزاع القائم بين الطرفين بحكم حالة الارتباط الوظيفي بينهما. *لهذا يطرح التساؤل حول مدى فعالية الحلول المقررة لفض التنازع بين أسماء النطاق والعلامات التجارية؟*

للاستفاضة في موضوع البحث ومناقشة الإشكاليتين سنتطرق بدايةً إلى الحماية القانونية للمستهلك الالكتروني (**المطلب الأول**). ثم سنتكلم عن الحماية القانونية لأسماء النطاق (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول
الحماية القانونية للمستهلك الالكتروني

يختلف المستهلك الالكتروني عن المستهلك العادي في الوسيلة المقررة للوصول إلى السلعة أو الخدمة، والتي عادة تكون محلاً للتعاقدات الالكترونية. فهذه الأخيرة خلافاً للبيئة العينية أو الواقعية محفوفة بالمخاطر، فالمستهلك التقليدي يجري تعاملاته التجارية في ظل وضع ملموس ظاهر للعيان لديه فكرة مسبقة عنه. من هذا المنطلق يحتاج المستهلك الالكتروني إلى تقرير نظام حمائي خاص به يتجاوز القواعد العامة التي بقيت عاجزة تقرير الحماية الكافية والفعالة للمستهلك.

للإحاطة بالموضوع سنتكلم عن مفهوم المستهلك الالكتروني (**الفرع الأول**). ثم سنتطرق إلى أوجه الحماية القانونية للمستهلك الالكتروني (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول
مفهوم المستهلك الالكتروني

إن تحديد مفهوم المستهلك الإلكتروني يتطلب في بادئ الأمر تعريف المستهلك بشكل عام وكذا الخصائص المميزة له، إذ أن نطاق تعريف المستهلك يتوقف على تحديد مفهوم أو معنى الاستهلاك. ذلك أن الاستهلاك لا ينصرف إلى فئة أو طبقة أو مجموعة معينة إنما هو ضرورة يمارسها المجتمع، ومن ثم فإن كافة أفراد المجتمع يندرجون في عداد المستهلكين.

أولاً.– التعريف بالمستهلك الإلكتروني:

المستهلك في مجال معاملات التجارة الالكترونية هو نفسه المستهلك في مجال عمليات التعاقد التقليدية، غير أنه في معاملات التجارة الالكترونية يتعامل عبر وسيلة الكترونية ومن خلال شبكة اتصالات عالمية. وهذا يعني أن للمستهلك الالكتروني نفس حقوق المستهلك العادي ويتمتع بنفس الحماية القانونية التي يقررها له المشرع، مع الأخذ في الاعتبار القواعد الخاصة المتعلقة بخصوصية العقد الإلكترونية وكونه من العقود التي تبرم عن بعد عبر شبكة الكترونية.

كلمة مستهلك تعبير اقتصادي بالأصل يقصد به: "*هو الشخص الذي يقوم بعملية الاستهلاك*"، ويعرف الاستهلاك من وجهة نظر الاقتصاديين بأنه: "*آخر العمليات الاقتصادية التي تخصص فيها القيم الاقتصادية لإشباع الحاجات*"[750].

وطبقا للمادة الثانية الفقرة الثانية من التوجيه الأوروبي رقم 97-07 بشأن حماية المستهلكين في العقود عن بعد سالف الذكر، فإن تعبير المستهلك يعني أي شخص طبيعي يبرم عقدا ويكون خاضعا لهذا التوجيه، لتحقيق الأهداف التي لا تدخل في نطاق نشاطه المهني[751].

عرف قانون التجارة الالكترونية الجزائري رقم 18-05 سالف الذكر المستهلك الالكتروني بموجب المادة السادسة الفقرة الثالثة بأنه: "*كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي* ". كما عرف المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش سالف الذكر المستهلك بأنه: "*كل شخص يقتني بثمن أو مجانا منتوجا أو خدمة معدين للاستعمال الوسيطي النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص أخر أو حيوان يتكفل به*". ونفس التعريف نقله المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك[752]. حيث عرفت المادة الثالثة منه المستهلك بأنه: "*كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به*"، كما عرف المشرع الجزائري أيضا المستهلك بموجب القانون رقم 02-04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[753] بأنه: "*كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني*".

أما في فرنسا، فإن قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 لم يحدد المقصود بالمستهلك أو المهني، ومبرر ذلك أن هذه التعابير يمكن تعيينهما من خلال القوانين الأخرى ذات الصلة بحماية المستهلك[754]،

---

[750] مقتبس من، عاطف عبد الحميد حسن، *حماية المستهلك*، ط.01، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص.18.

[751] Article 02/02: «*consommateur: toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle*». DIRECTIVE 97/7/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 20 mai 1997, Op.cit.

[752] القانون رقم 09-03، المؤرخ في 25 فبراير 2009، *المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش*، الجريدة الرسمية عدد 15 الصادرة في 08 مارس 2009، ص.12.

[753] القانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 يونيو 2004، *المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية*، الجريدة الرسمية عدد 41 الصادرة في 27 يونيو 2004، ص.3.

[754] للمزيد من التفصيل راجع محمد حسن قاسم، *التعاقد عن بعد*، ط.1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص.17.

وكذلك باللجوء لأحكام القضاء الفرنسي[755]، غير أن الأمر لم يدم طويلا حتى صدر القانون رقم 2014-344[756] المؤرخ في 17 من مارس سنة 2014 والمعروف باسم قانون هامون (*loi Hamon*)[757] نسبة إلى وزير الاقتصاد الفرنسي آنذاك بنوا هامون (*Benoît Hamon*)[758]، والذي كان استجابة للتوجيه الأوروبي رقم 83/2011 الصادر عن البرلمان الأوروبي والمجلس بتاريخ 25 من أكتوبر سنة 2011 بشأن حقوق المستهلكين[759]، الذي من خلاله حدد المشرع مفهوم المستهلك ولأول مرة عن طريق إدراج مادة تمهيدية في صدر قانون الاستهلاك، والتي أشارت إلى أن المستهلك هو أي شخص طبيعي يتصرف لأغراض لا تشكل جزءا من نشاطه التجاري أو الصناعي أو الحرفي أو الليبرالي أو الزراعي ؛ كما يجب التمييز بين المستهلك والمحترف، فكلاهما لا يخضعان لنفس النظام القانوني سواء في إطار عقد بيع منتج أو تقديم خدمة، كما أن النظام المطبق على المستهلك يمتاز بالخصائص الحمائية.

نخلص إلى القول بأن اصطلاح المستهلك الالكتروني هو تعبير مستحدث ولا يختلف عن مفهوم المستهلك التقليدي، إلا من حيث الأداة أو الوسيلة التي يستخدمها المستهلك للتعاقد عن بعد.

ثانياً.– أهمية تقرير نظام حمائي للمستهلك الالكتروني:

يتساءل البعض، لماذا نحمي المستهلك الالكتروني؟[760] وفي سبيل الإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول أن طبيعة العقود التي تبرم عن بعد تفرض عدة صعوبات تنتج عن عدم الحضور المادي لأطراف العقد،

---

[755] Cass. 1e civ. 29-3-2017, N°16-10007. Disponible à: https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000034339076&fastReqId=912244157&fastPos=1

[756] LOI N° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consummation, Op.cit.

[757] *loi Hamon*: La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 *relative à la consommation*, dite « *loi Hamon* » du nom de *Benoît Hamon*, alors ministre délégué à l'Économie sociale et solidaire et à la consommation, est un texte de loi français ayant pour objet de renforcer les droits des consommateurs. *loi Hamon*, Date de Publication: 10/01/2020, Date de Citation: 24/04/2020, Disponible à: https://fr.wikipedia.org/wiki/Loi_Hamon

[758] *Benoît Hamon*, né le 26 juin 1967 à Saint-Renan (Finistère), est un homme politique français. Président du Mouvement des Jeunes socialistes de 1993 à 1995, il est député européen entre 2004 et 2009 et porte-parole du Parti socialiste (PS) de 2008 à 2012. Élu député en 2012, il devient membre du gouvernement du 16 mai 2012 au 25 août 2014, en tant que ministre délégué à l'Économie sociale et solidaire et à la consommation puis ministre de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche. *Benoît Hamon*, Date de Publication: 21/01/2020, Date de Citation: 24/04/2020, Disponible à: https://fr.wikipedia.org/wiki/Beno%C3%AEt_Hamon

[759] DIRECTIVE 2011/83/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 25 octobre 2011 *relative aux droits des consommateurs*, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, JOUE L 304 du 22 novembre 2011 p.64. Disponible à: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0083&from=FR

[760] عامر قاسم القيسي، *الحماية القانونية المستهلك*، دارسة في القانون المدني والمقارن، ط.01، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص.07-08.

حيث لا يمكن لأي من المتعاقدين التحقق من أهلية الآخر وصفته في التعاقد. كما أنه من الصعوبة التحقق من تلاقي الإيجاب والقبول، ولا يمكن التحقق من تاريخ التصرفات ولن يكون بوسع المستهلك الحكم الدقيق على السلعة محل التعاقد، فقد يتشكك من جودة المنتج الذي يشتريه، ومدى مطابقته للعلامة التجارية التي يحمل اسمها ومدى ملاءمته للغرض الذي يبتغيه، وقد يشكك في مصداقية الشركة وما كانت ستقوم بتنفيذ العقد بشكل سليم أم لا.

يضاف إلى ما سبق، أن زيادة التنافس بين الشركات والمنتجين أنتج طرقا ذكية للتسويق والتوزيع قد تكون مضللة خاصة في ظل وجود مشتري يفتقر إلى القدرة الفنية، مما أدى إلى ازدياد فرص التعاقدات غير الواعية المتسرعة. بمعنى أن التطور في أساليب الإنتاج والتوزيع واكبه تهديد خطير للمستهلك الضعيف في تعامله مع هذه المنتجات[761]. إن ذلك كله يفرض أن يمنح المستهلكين الذين يجرون تعاقدهم إلكترونياً بالإضافة إلى الحماية التقليدية التي يتمتع بها المستهلك العادي؛ حماية أخرى من نوع خاص تكفل حل الإشكالات التي سبق ذكرها، والناتجة عن خصوصية الوسائل الالكترونية التي يتم التعاقد من خلالها.

لا شك في استقلال طبيعة المعاملة الإلكترونية وبروز سماتها الذاتية، من حيث أسلوب الإعلان عنها والتفاوض بشأنها وكيفية إبرامها وتنفيذها ونمط التسليم والدفع والإثبات فيها. أضف إلى ذلك، أن المعاملات الإلكترونية تتم عبر شبكة دولية للإنترنيت لا تعرف الحدود، ومن ثم فهي تمتد لتشمل كل مناحي الكرة الأرضية، لهذا كان من الطبيعي بروز الحاجة لتوحيد النظام القانوني لتلك المعاملات، التنسيق بين المراكز القانونية للمتعاقدين واتساع نطاق الحماية الخاصة بالمستهلكين.

من هذا المنطلق، تعددت المحاولات في هذا الشأن فقد تبنت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (*CNEDCI*) في 16 من ديسمبر سنة 1996 نموذج قانون للتجارة الإلكترونية عن الغرفة التجارية الدولية (*CCI*)، وكذلك التعليمات الأوربية الصادرة في 20 من ماي سنة 1997 فيما يتعلق بحماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد، وكذا التعليمات الصادرة في 13 من ديسمبر سنة 1999 لوضع نموذج أوربي بشأن أحكام التوقيع الإلكتروني، والتعليمات الصادرة بشأن بعض الملامح القانونية لخدمات شركات المعلومات والتجارة الإلكترونية على صعيد السوق المحلية، وينبغي الإشارة بصفة خاصة إلى الإرشادات التوجيهية لضمان حماية المستهلك الإلكتروني أو ما يطلق عليه (*Consommateur Cyber*) الصادرة عن منظمة التعاون

[761] جمال النكاس، *حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون المدني الكويتي*، مجلة الحقوق، السنة 13، جوان 1989، عدد 2، ص.ص.45 وما بعدها.

الاقتصادي والتنمية (*L'OCDE*) في 09 من ديسمبر سنة 1999[762]. وتكريسا لحقوق المستهلكين أصدر البرلمان الأوروبي والمجلس التوجيه الأوروبي رقم 83/2011 بتاريخ 25 من أكتوبر سنة 2011 بشأن حقوق المستهلكين سالف الذكر.

تتسم التشريعات الخاصة بحماية المستهلك في هذا الصدد بالطبيعة الآمرة، وتتعدد أوجه ومجالات تطبيقها فيما يتعلق بتأمين المعاملات الإلكترونية في مجال الوفاء والتسليم والإثبات، وفي مجال حماية البيانات الشخصية للأفراد والمتعاملين منذ سن القوانين الخاصة بحماية المستهلك في دول العالم والتساؤل المطروح عما إذا كان المستهلك في التجارة الإلكترونية يتمتع بنفس الحماية التي يحظى بها على صعيد التجارة التقليدية، وبعبارة أخرى هل يلائم قانون المستهلك التجارة الإلكترونية؟.

الفرع الثاني
أوجه الحماية القانونية للمستهلك الالكتروني

تسعى قواعد القانون المدني إلى توفير كافة الضمانات القانونية والإجرائية عن طريق حماية المستهلك من السلوكيات المنافية للممارسة المهنية النزيهة اتجاه المستهلك وفي هذا الصدد سنتطرق إلى جملة من الآليات الحمائية الخاصة بحماية المستهلك، والتي قررت لصالحه في مواجهة الطرف القوي في العلاقة كالالتزامات التي ترد على كاهل التاجر أو المورد اتجاه المستهلك من ناحية الالتزام بإعلامه والالتزام بضمان سلامته وحماية بياناته الشخصية...الخ.

أولاً.– حق المستهلك في مكافحة الشروط التعسفية:

يعتبر المستهلك في عقد التجارة الالكترونية عبر الانترنيت هو الطرف الضعيف دائما، لذلك فإن اعتبارات العدالة تقتضي اعتبار هذه العقود بمثابة عقود إذعان حتى يكون للمستهلك الحق في إبطالها أو رد الشروط التعسفية فيها. العلة في ذلك ترجع إلى أن هذه العقود يصعب التفاوض في شأنها، ومنه، فإن أي شرط تعسفي يستطيع المستهلك المطالبة بإبطاله لأنه يمثل اعتداء على مصلحته[763].

---

[762] Pour plus d'informations,V.*Organisation de Cooperation et de Développement Économiques*,J.O.C.E (L),144,4 Juin 1997,013, 19 jan 2000, 128 . 08 Mai 2000.

[763] هدى حامد قشقوش، *الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية عبر الانترنيت*، ط.01، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص.67.

لهذا يرى بعض الفقهاء[764]، أن عقد التجارة الالكترونية هو عقد إذعان بالنسبة للمستهلك –كما سلف بيانه– نظرا لظروفه الاقتصادية بوصفه الطرف الأضعف في هذه العلاقة أمام الطرف الآخر الذي يكون غالبا شركات قوية وعملاقة من الناحية الاقتصادية لها قدرة هائلة على الإعلان والتسويق. وعليه، فإن اعتبارات العدالة تقتضي النظر إلى المستهلك بوصفه طرفاً مذعناً في عقد التجارة الالكترونية[765]. حيث أن هذه الشركات العملاقة غالباً ما تشبَّه على أنها شركات احتكار في عقود الإذعان في مواجهة المستهلك الضعيف في عقد التجارة الالكترونية؛ أياً كانت الحرية الممنوحة له في المفاضلة بين السلع والخدمات المعروضة عليه. لذلك، فإن الدعاية الهائلة التي تتم عبر شبكة الانترنيت، وكذلك القوة الاقتصادية للشركات التي تعرض السلعة أو الخدمة تجعل المستهلك في حاجة إلى الحماية، وذلك برفع مظاهر الإذعان التي يكون قد تعرض لها، المتمثلة في الشروط التعسفية التي قد يجري تضمينها في العقد.

نخلص مما سبق، إلى أن القواعد العامة في المعاملات المدنية خاصة فيما يتعلق بعقود الإذعان طالما أنها تحمي الطرف المذعن بوصفه الطرف الضعيف في العقد. فإن هذه القواعد نفسها حين تطبق على المستهلك في عقد التجارة الالكترونية ستحقق له حماية كاملة، سواء تعلق الأمر بتفسير شروط العقد أو ما غمض منه، وكذلك فيما يتعلق بإبطال ورفع الشروط الجائرة عنه[766]. لهذا نجد أن قانون التجارة الالكترونية الجزائري رقم 18-05 جاء خالياً من الإشارة إلى الشروط التعسفية، ويستنتج ذلك من خلال الإحالة التي أشارت إليها المادة السادسة من القانون سالف الذكر بصدد تعريف العقد الالكتروني إلى القانون رقم 05-02 المتضمن تعريف العقد الالكتروني من خلال الفقرة الرابعة من المادة الثالثة منه. وعليه، فكل ما يلحق العقد الالكتروني يمكن نجده بالقانون رقم 05-02 ومن ذلك مسألة الشروط التعسفية، حيث عرفت المادة الثالثة الفقرة الخامسة منه الشرط التعسفي بأنه: "*كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد*"، وهو ما ذهبت إليه المادة 132 الفقرة الأولى من قانون الاستهلاك الفرنسي[767]. وحمايةً للمستهلك الالكتروني من الشروط التعسفية أشارت

---

[764] من بين هؤلاء الفقهاء: الفقيه الفرنسي جاك غستان، *المطول في القانون المدني، تكوين العقد*، ترجمة منصور القاضي، ط.1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2000، ص.96؛ عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، 243؛ نضال إسماعيل برهم، *أحكام عقود التجارة الالكترونية*، المرجع السابق، ص.143.

[765] أشار إليه، عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع نفسه، ص.238.

[766] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص.243.

[767] Article L132-1: «*Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat*». Code de la Consommation, Op.cit.

المادة 14 من القانون 18-05 إلى الجزاء المترتب على ذلك والمتمثل في إبطال العقد والتعويض بقولها: " *في حالة عدم احترام أحكام المادة 10 أو أحكام المادة 13 أعلاه، من طرف المورد الإلكتروني، يمكن المستهلك الالكتروني أن يطلب إبطال العقد والتعويض عن الضرر الذي لحق به*".

ثانياً.– التزام المهني بإعلام وتبصير المستهلك الالكتروني:

إن التزام المهني بإعلام وتبصير المستهلك ينشأ من أجل حماية هذا الأخير باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وبموجبه ينبغي على البائع أن يعلم المشتري بكل ما يمكن أن يؤثر على قراره في إبرام العقد الالكتروني من عدمه، وبذلك تكون إرادة المستهلك حرة في التعبير عن القبول[768]. وعليه فالالتزام بالإعلام التعاقدي إعطاء المستهلك جميع المعلومات الضرورية اللازمة لمساعدته في اتخاذ القرار بالتعاقد من عدمه، ويعني ذلك حق المستهلك في الإعلام المتعلق بالمنتجات المعروضة وثمنها، ويدرج ذلك ضمن عقود التجارة الإلكترونية، ومنها الإعلام بقوانين المعلوماتية والحريات.

ورد الالتزام بالإعلام في المادة الرابعة الفقرة الأولى من التوجيه الأوروبي رقم 07/97 سالف الذكر، حيث نصت على ضرورة توافر جملة من البيانات كهوية المورد والخصائص الرئيسية للسلع والخدمات وسعرها وتكاليف التسليم وإجراءات الدفع...الخ[769]، وأشارت الفقرة الثانية من نفس المادة إلى قواعد ومبادئ حسن النية وكذا حماية القاصرين[770]. ومن جهته، قنن المشرع الفرنسي الالتزام بالإعلام صراحة وفق المادة 1112 الفقرة الأولى من القانون المدني الفرنسي[771]، بعد تعديلها بموجب الأمر 16-131 المؤرخ في 10 من فيفري

---

[768] عبد الله حسين محمود، *حماية المستهلك من الغش التجاري والصناعي*، دار النهضة العربية، القاهرة، ط.01، 2002، ص.124.

[769] Article 4-1: «*Informations préalables*
1. *En temps utile avant la conclusion de tout contrat à distance, le consommateur doit bénéficier des informations suivantes:* ***a)*** *identité du fournisseur et, dans le cas de contrats nécessitant un paiement anticipé, son adresse;* ***b)*** *caractéristiques essentielles du bien ou du service;* ***c)*** *prix du bien ou du service, toutes taxes comprises;* ***d)*** *frais de livraison, le cas échéant;* ***e)*** *modalités de paiement, de livraison ou d'exécution;* ***f)*** *existence d'un droit de rétractation, sauf dans les cas visés à l'article 6 paragraphe 3;* ***g)*** *coût de l'utilisation de la technique de communication à distance, lorsqu'il est calculé sur une base autre que le tarif de base;* ***h)*** *durée de validité de l'offre ou du prix;* ***i)*** *le cas échéant, durée minimale du contrat dans le cas de contrats portant sur la fourniture durable ou périodique d'un bien ou d'un service*». Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997, Op.cit.

[770] Article 4-2: «*Les informations visées au paragraphe 1, dont le but commercial doit apparaître sans équivoque, doivent être fournies de manière claire et compréhensible par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée, dans le respect, notamment, des principes de loyauté en matière de transactions commerciales et des principes qui régissent la protection des personnes frappées d'incapacité juridique selon leur législation nationale, telles que les mineurs*». Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997, Op.cit.

[771] Art. 1112-1: « *Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la*

سنة 2016[772]. وحسب القانون الفرنسي رقم 78-17 الصادر في 06 من جانفي سنة 1978 والخاص بالمعلوماتية والحريات[773]، يحق للمستهلك الإطلاع على البيانات الخاصة به للتحقق منها، وأنه لا يجوز الاحتفاظ بالبيانات الخاصة ببطاقة المصرفية إلا خلال المدة اللازمة للتعامل. كما عالجت المادتان 111 الفقرة الأولى[774] و113 الفقرة الأولى[775] من قانون الاستهلاك الفرنسي سالف الذكر هذه الموضوعات.

كما تحرص بعض العقود في مجال التجارة الإلكترونية على إعلام المستهلك بالأعباء الضريبية والجمارك التي يتحملها، وذلك بطريقة مفصلة، مثلما هو الحال في بعض العقود الأمريكية، بل تصل الرغبة أحيانا بإعلام المستهلكين بالقوانين التي تتعلق بحمايتهم حتى يمكن لهم الرجوع إليها قبل إبرام العقد[776]. وتكريسا لحماية قصوى للمستهلك الإشارة أوجب العقد النموذجي الفرنسي في شأن التجارة الإلكترونية الصادر عام 1997 تحديد ما إذا كان المستهلك قد وافق صراحة أو ضمنا على استعمال بياناته الاسمية التي يتم تلقيها

---

valeur de la prestation. Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties…»

[772] Ordonnance N° 2016-131 du 10 février 2016 *Portant Réforme du Droit des Contrats, du Régime Général et de la Preuve des Obligations*, JORF N°0035 du 11 Février 2016 Texte N° 26.

[773] Loi N° 78-17 du 6 Janvier 1978 *Relative à L'informatique, aux Fichiers et aux Libertés*, Journal Officiel, 1978-01-07, p.15

[774] Article L111-1: «*Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes :**1°** Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, compte tenu du support de communication utilisé et du bien ou service concerné ; **2°** Le prix du bien ou du service, en application des articles L. 112-1 à L. 112-4 ; **3°** En l'absence d'exécution immédiate du contrat, la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service ; **4°** Les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte ; **5°** S'il y a lieu, les informations relatives aux garanties légales, aux fonctionnalités du contenu numérique et, le cas échéant, à son interopérabilité, à l'existence de toute restriction d'installation de logiciel, à l'existence et aux modalités de mise en œuvre des garanties et aux autres conditions contractuelles ; **6°** La possibilité de recourir à un médiateur de la consommation dans les conditions prévues au titre Ier du livre VI.*

La liste et le contenu précis de ces informations sont fixés par décret en Conseil d'Etat. Les dispositions du présent article s'appliquent également aux contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité, lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ainsi que de chauffage urbain et de contenu numérique non fourni sur un support matériel. Ces contrats font également référence à la nécessité d'une consommation sobre et respectueuse de la préservation de l'environnement». Code de la Consommation, Op.cit.

[775]Article L113-1:« *Le fabricant, le producteur ou le distributeur d'un bien commercialisé en France transmet au consommateur qui en fait la demande et qui a connaissance d'éléments sérieux mettant en doute le fait que ce bien a été fabriqué dans des conditions respectueuses des conventions internationales relatives aux droits humains fondamentaux, toute information dont il dispose portant sur un des éléments ci-après : origine géographique des matériaux et composants utilisés dans la fabrication, contrôles de qualité et audits, organisation de la chaîne de production et identité, implantation géographique et qualités du fabricant, de ses sous-traitants et fournisseurs.*

Lorsque le fabricant, le producteur ou le distributeur ne possède pas l'information demandée, il est tenu d'en informer le consommateur à l'origine de la demande.

La liste des conventions mentionnées au premier alinéa est précisée par décret». Code de la Consommation, Op.cit.

[776] مقتبس من، أحمد الرفاعي، *الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي*، دار النهضة العربية 1994، ص.ص.105 وما بعدها.

بمناسبة هذا العقد، الهدف من ذلك حماية أسرار المستهلك وخصوصياته[777]. وهو ما تم تكريسه من خلال التوجيه الأوروبي الصادر في رقم 66/97 الصادر في 15 من ديسمبر سنة 1997، حيث تبنى الحق في حماية المستهلك وحماية بياناته الشخصية[778].

وفي الجزائر، دعماً للمستهلك الالكتروني[779] أوجبت المادة 11 من قانون التجارة الالكترونية رقم 18-05 على المورد الالكتروني أن يكون عرضه التجاري الالكتروني مفهوما ومقروءاً ومرئيا ويتضمن –على سبيل المثال– جملة من المعلومات كطبيعة وخصائص وأسعار السلع أو الخدمات، وحالة توافر السلعة أو الخدمة وطريقة حساب السعر وشروط الفسخ، وكذا رقم التعريف الجبائي والسجل التجاري ورقم هاتف المورد الالكتروني...الخ، كما أن المادة 12 أشارت إلى المراحل الإلزامية الثلاثة التي يجب أن تمر بها طلبية المنتوج، في حين أوجبت المادة 13 أن يجب أن يتضمن العقد الالكتروني على وجه الخصوص بعض المعلومات كشروط وكيفيات التسليم، وشروط الضمان وخدمات ما بعد البيع، وشروط فسخ العقد الإلكتروني، وشروط وكيفيات الدفع...الخ.

مما سبق، نخلص إلى أن المتعاقد في التجارة الالكترونية ملزم بتبصير المستهلك عن سلعته أو خدمته التي يعرضها، وملزم بذكر البيانات الجوهرية على نحو يحقق علم كاف وشامل للمستهلك؛ حتى يمكن الحكم على أن إرادة المستهلك كانت حرة حال تقاعده. وأن الإخلال بهذا الالتزام يؤدي إلى فسخ العقد في حالة وقوع المستهلك في غلط أو تدليس، كما يمكن للمستهلك الذي أصابه الضرر أن يطالب بالتعويض عن الأضرار إن كان لهذا التعويض مقتضى[780].

ثالثاً.– حق المستهلك في العدول عن إبرام العقد:

يعتبر حق المستهلك في العدول أو الانسحاب من التعاقد الالكتروني من أهم مظاهر الحماية القانونية للمستهلك الالكتروني، وذلك لأن المستهلك ليس لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة المنتج والعلم بخصائص الخدمة

---

[777] أسامة مجاهد، المرجع السابق، ص.109.

[778] DIRECTIVE 97/66/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 15 décembre 1997 *concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications*, Journal officiel N° L 024 du 30/01/1998 p. 0001 - 0008, Disponible à: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997L0066&from=FR

[779] مما يلاحظ على القانون 18-05 من خلال المادتين 11 و12 المحددتان لجملة من البيانات والمعلومات يجب أن يتقيد بها المورد الالكتروني في إطار الالتزام بالإعلام والتبصير أن القانون جاء خالياً من تحديد الجزاء المدني لتخلفها، لكن بالرجوع إلى بعض القوانين المقارنة وخاصة قانون الاستهلاك الفرنسي نجد أنه أوجب على المحترف مجموعة من البيانات الإعلامية وقرر جزاء في غالب الأحيان يكون هو البطلان.

[780] عبد الحميد حميش، *حماية المستهلك الإلكتروني*، المرجع السابق، ص.128.

قبل إبرام العقد، لذلك يجب أن يتمتع بحق العدول[781]، إذ لا جدوى من إحاطة المستهلك علما بالبيانات عن السلع والخدامات دون إعطائه وقتا للتفكير قبل الإقدام على إبرام العقد. حيث يعتبر التفكير هو المكمل للإعلام، والقانون لا يجبر المستهلك على التفكير، ولكن يلزم المتعاقد معه أو المهني الذي يترك فرصة للمستهلك أن يفكر قبل الإقدام على التعاقد. والهدف من هذا الإلزام للمتعاقد أو المهني قبل المستهلك هو القضاء على ظاهرة شائعة تتمثل في لجوء بعض المهنيين إلى رفض تسليم نماذج العقود للمستهلكين إلا بعد التوقيع عليها، على نحو يحرم المستهلك بهذه الطريقة من إمكانية للتفكير المسبق في شروط العقد قبل إبرامه، وبهذا الالتزام يصبح تسليم نماذج العقود إلى المستهلك قبل إبرام العقد أمرا إلزاميا.

ونظرا للارتباط الوثيق بين حق العدول وخيار الرؤية؛ يرى جانب من الفقه بأن المستهلك الالكتروني يتمتع بحق خيار الرؤية[782]، ويعرف هذا الحق بأنه: "*إثبات حق المشتري في إمضاء العقد أو فسخه عند رؤية المعقود عليه، إذا لم يكن رآه عند العقد أو قبله، والمستهلك الالكتروني الذي يشتري السلعة عن طريق الانترنيت لم يكن قد رأى البضاعة وإنما رأى صورتها أو علم بأوصافها المكتوبة على الشاشة أمامه، فإذا ما استلم السلعة يكون له حق خيار الرؤية في إمضاء العقد أو فسخه*"[783].

من بين التشريعات التي أقرت هذا الحق، التوجيه الأوروبي رقم 07/97 الصادر في 20 من ماي سنة 1997 بشأن حماية المستهلك في العقود عن بعد ضمن المادة السادسة منه[784]، وكذلك قانون الاستهلاك

---

[781] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.125.

[782] يرى الأستاذ عبد الحق حميش بأن *دليل مشروعية خيار الرؤية للمستهلك الالكتروني*، ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله: ((*من اشترى شيئا لم يراه فهو بالخيار إذا رآه*))، أخرجه البيهقي، (10204).268/05. عبد الحق حميش، *حماية المستهلك الالكتروني*، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، المنعقد في الفترة 09-11 ربيع الأول 1424 هـ، الموافق لـ 10-12 ماي 2003 م، جامعة الإمارات العربية المتحدة، دبي، ص.120-1291.

[783] عماري إبراهيم؛ رباحي أحمد، *مشروعية خيار الرؤية في الفقه الإسلامي*، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية الإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جانفي 2016، عدد 15، ص.ص.107-113؛ متاح على الرابط التالي:

https://www.univ-chlef.dz/ratsh/la_revue_N_15/Article_Revue_Academique_N_15_2016/Science_eco_admin/Article_11.pdf

[784] Article 6: «*Droit de rétractation:*

1. Pour tout contrat à distance, le consommateur dispose d'un délai d'au moins sept jours ouvrables pour se rétracter sans pénalités et sans indication du motif. Les seuls frais qui peuvent être imputés au consommateur en raison de l'exercice de son droit de rétractation sont les frais directs de renvoi des marchandises.

Pour l'exercice de ce droit, le délai court:

- pour les biens, à compter du jour de leur réception par le consommateur lorsque les obligations visées à l'article 5 ont été remplies,..». Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997, Op.cit.

الفرنسي رقم 14-344[785] في المادة 21/121[786] التي أشارت إلى أنه يجوز للمشتري في كل عمليات البيع عن بعد إرجاع المنتج إلى البائع من أجل استبداله أو استرداد ثمنه في مدة 14 يوما كاملة محسوبة من تاريخ تسلم بضاعته، وذلك دون أية جزاءات باستثناء نفقات الإرجاع.

أشار المشرع الجزائري إلى حق العدول بموجب المادة 11 من قانون التجارة الالكترونية بقولها: "*شروط وأجال العدول عند الاقتضاء*"، خلافاً للتشريعات المقارنة التي حددت مدة العدول بدقة؛ ما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يحددها، وهذا لا يتفق مع مقتضيات حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في رابطة عقدية الكترونية يصنفها الكثير ضمن خانة الإذعان، خصوصا في ظل الحرية الممنوحة للمورد الالكتروني الطرف الأقوى في العلاقة في تحديد ما يشاء من آجال ومدد تخدمه مصلحته على حساب المستهلك الالكتروني.

يقضي قانون الاستهلاك الفرنسي والتعليمات الأوروبية بأحقية المستهلك في العدول عن الصفقة التي قبِلها، دون أن يتعرض لجزاء ودون إبداء الأسباب، ففي قانون الاستهلاك الفرنسي عدلت المدة من سبعة أيام إلى عشرة 14 يوماً، وتزيد تلك المدة في التوجيهات الأوروبية بالنسبة للخدمات، حيث تقضي بأنه في حالة عدم احترام المورد لالتزامه بالإعلام المكتوب، فإن هذه المدة تصل إلى ثلاثة أشهر[787]. أما في قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي لعام 2000 فقد خول للمشتري حق العدول ضمن عشرة أيام.

وهذا الالتزام كان محل اهتمام المشرع الفرنسي من قبل، حيث أشار إليه القانون الصادر بتاريخ 12 جويلية 1971 في شأن التعليم بالمراسلة[788]، إذ يشير إلى أنه يجب مضي ستة أيام كاملة على الأقل بين تلقي المستهلك (الدارس) للعرض المقدم إليه، وتوقيع هذا العرض وإلا كان باطلا. وكذلك ما نص عليه قانون 13 جويلية 1979 في شأن الإقراض العقاري[789].

---

[785] LOI N° 2014-344 du 17 mars 2014 *relative à la consommation* ، JORF N°0065 du 18 mars 2014 p.5400, texte N° 1, Disponible à: https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000028738036

[786] Article 121-21: «*Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation d'un contrat conclu à distance, à la suite d'un démarchage téléphonique ou hors établissement, sans avoir à motiver sa décision ni à supporter d'autres coûts que ceux prévus aux articles L. 121-21-3 à L. 121-21-5. Toute clause par laquelle le consommateur abandonne son droit de rétractation est nulle*».

[787] مقتبس من، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.125.

[788] Loi N° 71-556 du 12 Juillet 1971 *Relative à la Création et au Fonctionnement des Organismes Privés Dispensant un Enseignement à Distance Ainsi qu'à la Publicité et au Démarchage Faits par les Établissements D'enseignement* (J.O. 13 Juillet 1971) Modifiée par la Loi N° 89-421 du 23 Juin 1989.

[789] Loi N°79-596 du 13 Juillet 1979 *Relative à L'information et à la Protection des Emprunteurs dans le Domaine Immobilier*.

رابعاً.– حماية المستهلك من الإعلانات الإلكترونية الخادعة:

الإعلان التجاري يكتسي من ناحية الحماية في حق المستهلك أهمية قصوى في البيئة الافتراضية، نظرا لكون هذه الأخيرة غير ملموسة مما يسهل عملية التضليل وإيقاع الإبهام والإيهام في ذهن المتعاقد. إذ قد يقع المستهلك فريسة سهلة للإعلانات الخادعة ولا يكتشف ذلك إلا بعد أن يكون قد دفع ثمن المنتج أو الخدمة محل الإعلان يحل وربما استلمها أيضا، ولذلك يجب حماية المستهلك من الإعلانات التجارية المضللة عن كل ما يعرضه التاجر في الواجهة (المحل) الإلكترونية.

1.– تعريف الإعلان الإلكتروني المضلل:

أفرد المشرع الجزائري للإشهار الالكتروني فصلاً كاملا مستقلاً ضمن الفصل السابع تحت عنوان "الإشهار الالكتروني"، وخصصت له خمسة مواد من المادة 30 إلى المادة 34، وهذا وإن دل على شيء يدل على خطورة الإشهار الالكتروني على المستهلك الالكتروني. عرف المشرع الجزائري الإعلان الالكتروني تحت عنوان "*الإشهار الالكتروني*" وفق نص المادة السادسة الفقرة السادسة من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية بقولها: "*الإشهار الإلكتروني هو كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع سلع أو خدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية*".

وقد عرف توجيه المجلس الأوروبي رقم 450/84 الصادر في 10 من سبتمبر سنة 1984 المتعلق بالإعلانات المضللة[790] بالمادة الثانية الفقرة الثانية منه الإعلان المضلل أو الخادع بأنه أي إعلان بأي طريقة كانت، يحتوي في طريقة تقديمه على أي تضليل، أوقد يؤدي إلى تضليل لهؤلاء الذين يوجه أو يصل إليهم الإعلان[791].

[790] Directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984 *relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse*, Journal officiel N° L 250 du 19/09/1984 p. 0017 – 0020, Didponible à: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31984L0450&from=FR

[791] Article 2/2: «*publicité trompeuse: toute publicité qui, d'une manière quelconque, y compris sa présentation, induit en erreur ou est susceptible d'induire en erreur les personnes auxquelles elle s'adresse ou qu'elle touche et qui, en raison de son caractère trompeur, est susceptible d'affecter leur comportement économique ou qui, pour ces raisons, porte préjudice ou est susceptible de porter préjudice à un concurrent*». Directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984, Op.cit.

2.- اشتراط وضوح الإعلان الإلكتروني:

استجابة لمقتضيات وضوح الإعلان الالكتروني، نصت المادة 30 من قانون التجارة الالكترونية الجزائري رقم 18-05 على أنه: "*دون المساس بالأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في هذا المجال، كل إشهار أو ترويج أو رسالة ذات طبيعة أو هدف تجاري تتم عن طريق الاتصالات الإلكترونية يجب أن يلبي المقتضيات الآتية :أن تكون محددة بوضوح كرسالة تجارية أو إشهارية، أن تسمح بتحديد الشخص الذي تم تصميم الرسالة لحسابه، ألا تمس بالآداب العامة والنظام العام. أن تحدد بوضوح ما إذا كان هذا العرض التجاري يشمل تخفيضا أو مكافآت أو هدايا، في حالة ما إذا كان هذا العرض تجاريا أو تنافسيا أو ترويجيا، التأكد من أن جميع الشروط الواجب استيفاؤها للاستفادة من العرض التجاري، ليست مضللة ولا غامضة*".

وفي نفس السياق تقريباً، ذهبت المادة 113 الفقرة الثالثة من قانون حماية المستهلك الفرنسي، المعدلة بمرسوم رقم 2009-866، المؤرخ في 15 من جويلية سنة 2009[792] على وجوب تحديد الثمن مشمولا للرسوم وبالعملة المتداولة في فرنسا. كما يوجب هذا القانون على المورد (المعلن) إعلام المستهلك بالخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة محل التعامل والشروط العامة للبيع والتاريخ المحدد لتسليم السلعة أو تقديم الخدمة. ولذلك فإن العرض الذي يتضمن أن الإيجاب يسري لحين نفاذ المخزون، هذا العرض لا يستجيب للاشتراطات القانونية ما دام العرض على شبكة اتصال إلكترونية لا يقوم على دعائم مادية، ومنه لا يمكن تحديد تاريخ بداية ونهاية هذا العرض على نحو دقيق[793].

ومن جهتها، أجملت المادة الرابعة من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الالكترونية بين التجار والمستهلكين الذي اعتمد سنة 1998[794] معظم هذه المسائل، حيث أوجبت التاجر أن يقدم الإيجاب باللغة

---

[792] Ordonnance N° 2009-866 du 15 Juillet 2009 Relative Aux Conditions Régissant la Fourniture de Services de Paiement et Portant Création des Etablissements de Paiement, JORF N°0162 du 16 juillet 2009 P11868 Texte N° 13.

[793] Article L113-3 Modifié par Ordonnance N°2009-866 du 15 Juillet 2009 - Art. 16 : «*Tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la vente, selon des modalités fixées par arrêtés du ministre chargé de l'économie, après consultation du Conseil national de la consommation* ». Pour une analyse plus détaillée voir:

1.- OLIVIER Dauzon., *le Droit du Commerce Electronique*, éd.Puits Fleuri., France, 2005.p.51.

2.- Olivier Iteanu., *Internet et Le Droit : Aspects Juridriques du Commerce éléctronique*, éd Eyrolles, Paris, juin 1998, p.4.

[794] العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الالكترونية بين التجار والمستهلكين المعتمد في 1998/06/29، من طرف كل من غرفة التجارة والصناعة في باريس، وكذا اللجنة القانونية للجمعية الفرنسية للتجارة والمبادلات الالكترونية.

الفرنسية، ويجوز أن تصاحبها ترجمة باللغة الإنجليزية[795]. كما أكد الاتحاد الفرنسي للتجارة التبادلية ممثلا في غرفة الصناعة والتجارة بباريس سنة 1988 على أهمية أن يتضمن الإيجاب بيانات محددة وتفصيلية لحماية المستهلك[796]. وقد سار في هذا الاتجاه كذلك القانون التونسي المتعلق بالمبادلات الالكترونية رقم 83 لسنة 2000 ضمن الفصل 25 من الباب الخامس بعنوان: "*في المعاملات الالكترونية*"[797]، وذلك باشتراط البيانات في الإيجاب بغرض حماية المستهلك.

كما أشار من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الالكترونية بين التجار والمستهلكين لسنة 1998 سالف الذكر إلى أن تكون العمليات التجارية الإلكترونية والدعاية المصاحبة لها واضحة وغير غامضة، ويجب الالتزام باستخدام اللغة الفرنسية في الإعلان عن السلع والخدمات عبر شاشة الإنترنيت[798]، وتزويد المستهلك بمعلومات واضحة عن المنتج أو الخدمة المعروضة بما يسمح للمستهلك إعطاء الموافقة على التعاقد عن وعي وإدراك كاملين[799]، وهو ما ذهب إليه القانون الفرنسي رقم 1067/86 الصادر في 30 من سبتمبر سنة 1986 بشأن حرية الاتصالات[800] وفق المادة 43 منه[801].

إن التضليل في الإعلان التجاري لم يعد قاصرا على خداع المستهلك فقط بل امتد لينال من قيمة وسلع وخدمات المنشآت التجارية المنافسة، وذلك عن طريق ما يسمى بالإعلان المقارن (*comparative*

---

[795] Cité par, HUET Jérôme., *Droit du Multimédia, de la Télématique à Internet*, Rapport Réalisé Sous la Direction de Pierre Huet, AFTEL, 1996, p.159.

[796] فادي محمد عماد الدين توكل، *عقد التجارة الالكترونية*، ط.01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص.77.

[797] نص الفصل 25 القانون التونسي المتعلق بالمبادلات الالكترونية رقم 83 لسنة 2000 سالف الذكر على أنه: "*يجب على البائع في المعاملات التجارية الالكترونية، أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة، قبل إبرام العقد المعلومات التالية:*

1.- هوية وعنوان وهاتف البائع أو مسدي الخدمات؛ 2.- وصفا كاملا لمختلف مراحل انجاز المعاملة؛ 3.- طبيعة وخاشيات وسعر المنتوج؛ 4.- كلفة تسليم المنتوج ومبلغ تأمينه والادعاءات المستوجبة؛ 5.- الفترة التي يكون خلالها المنتوج معروضا بالأسعار المحددة؛ 6.- شروط الضمانات التجارية والخدمة بعد البيع؛ 7.- طرق وإجراءات الدفع؛ 8.- وعند الاقتضاء شروط القروض المقترحة؛ 9.- طرق وأجال التسليم وتنفيذ العقد ونتائج عدم انجاز الالتزامات؛ 10.- إمكانية العدول عن الشراء واجله؛ 11.- كيفية إقرار الطلبية؛ 12.- طرق إرجاع المنتوج أو الإبدال وإرجاع المبلغ؛ كلفة استعمال تقنيات الاتصالات حين يتم احتسابها عل أساس مختلف عن التعريفات الجاري بها العمل؛ 13.- شروط فسخ العقد إذا كان لمدة غير محدودة أو تفوق السنة؛ 14.- المدة الدنيا للعقد؛ 15.- في ما يخص العقود المتعلقة بتزويد المستهلك بمنتوج أو خدمة خلال مدة طويلة أو بصفة دورية؛ 16.- يتعين توفير هذه المعلومات الكترونيا ووضعها على ذمة المستهلك للاطلاع عليها في جميع مراحل المعاملة".

[798] Cité par, HUET Jérôme., *Droit du Multimédia, de la Télématique à Internet*, p.159.

[799] Cf. DEPREZ Pierre et FOUCHOUX. Vincent., *Les Contrats Relatifs à La Vente et à L'achat d'espace Publicitaire sur Internet*, Légipresse., Mars 1997, pp.30 et s.

[800] Loi N° 86-1067 du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication*, Disponible à: https://www.alain-bensoussan.com/wp-content/uploads/10195384.pdf

[801] Article 43: «*toute forme de publicité accessible par un service de communication audiovisuelle doit être clairement identifiée comme telle. Elle doit également permettre d'identifier la personne pour le compte de laquelle elle est réalisée*». modifié par la loi N° 2000-719 du 1er août 2000 et par Loi N° 2004-669 du 9 juillet 2004 *relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, JORF 10 juillet 2004.

vertiring) الذي أصبح يلعب دورا كبيرا في تشويه منتجات المنافسين، إذ أنه يستهدف التقليل من قيمة السلع والمنتجات أو الخدمات المنشآت المنافسة أو إيقاع المستهلك في لبس. ومنه، يصبح أداة للمنافسة غير المشروعة. والإعلان التجاري المقارن إما أن يكون إعلانا محبطاً للقيمة أو إعلانا مفضياً إلى لُبس.

خامساً.– حماية البيانات الشخصية للمستهلك:

إن المعاملات الإلكترونية تتضمن بيانات شخصية يتم إرسالها من المستهلك إلى التاجر الإلكتروني في إطار التحقق والتأكيد على عملية البيع، وقد تكون هذه المعلومات عبارة عن بيانات اسمية، أو عدّة صور في شكل إلكتروني، كما قد تشمل مقر إقامة المستهلك وطبيعة العمل الذي يقوم به. فحماية خصوصية المستهلك أمر ضروري يفرض إيجاد الآليات التي تمنع استعمال هذه المعلومات الناتجة عن التعاملات الإلكترونية[802]، وهذه البيانات تشكل جزءا من الحياة الخاصة للمتعاقد عبر الإنترنت، فلا يجوز إفشائها للغير بقصد أو بدون قصد ولا يحق للباعة تداولها فيما بينهم في سبيل الترويج لسلع أو خدمات أخرى. كما لا يجوز للبائع نفسه استخدامها طالما انتهت العلاقة العقدية بينهما، ولا يحق له أيضا الاحتفاظ بها فيما وراء المدة المعلنة أو المحددة لغايات العلاقة العقدية الأولى[803].

إن تخزين المعلومات الاسمية لا يعني أن هذه المعلومات قد انتقلت من الخصوصية إلى العلانية، كما أن رضاء المستهلك بتجميع هذه البيانات وتخزينها لا يعني حرية تداول ونقل المعلومات إلى الكافة[804]. وليس هناك صعوبة في إلزام الجهة المشرفة على الحاسب الآلي بالمحافظة على سرية المعلومات؛ متى كانت الجهة ملتزمة قانونا بعدم إفشاء السر. مثال ذلك ما تشترطه قوانين التجارة الالكترونية بالنسبة لمن رخص لهم اعتماد شهادات التصديق على التوقيع الالكتروني بالكشف عن هذه التوقيعات الالكترونية أو الشفرة الخاصة بها.

افرد المشرع الجزائري مؤخراً اهتماماً كبيراً لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي وصل إلى إدراجها في الدستور وفق المادة 46 الفقرة الرابعة[805]، كما نصت على حماية البيانات الشخصية كذلك المادة 26 من

---

[802] إبراهيم بختي، المرجع السابق، ص.49.

[803] هدى حامد قشقوش، المرجع السابق، ص.248–249.

[804] عمرو أحمد حسبو، *حماية الحريات في مواجهة نظم المعلومات*، دراسة مقارنة، ط.01، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص.155.

[805] أدرج التعديل الدستوري لسنة 2016 مفهوم المعطيات الشخصية لأول مرة في الدستور، وذلك بإضافة الفقرة الرابعة من المادة 46 والتي تنص على أن: " *حماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخص ي حق أساس يضمنه القانون ويعاقب على انتهاكه*". المادة 04/46 من الدستور الجزائري، المعدلة بالقانون رقم 16-01، المؤرخ في 2016/03/06، *المتضمن التعديل الدستوري*، الجريدة الرسمية عدد 14، الصادرة بتاريخ 2016/03/07، ص.3.

قانون التجارة الالكترونية الجزائري رقم 18-05 الالكتروني[806]، حيث أوجبت على المورد الإلكتروني أن لا يجمع إلا البيانات الضرورية لإبرام المعاملات التجارية شرط موافقة المستهلكين مع ضمان أمن نظم المعلومات وسرية البيانات. الجدير بالذكر أنه تأكيداً لحماية البيانات الشخصية صدر مؤخراً قانون خاص بالمعطيات الشخصية، وهو القانون رقم 18-07 بتاريخ 10 جوان 2018 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي[807].

المطلب الثاني

حماية أسماء النطاق

Les noms des domaines

مع ظهور شبكات المعلومات والتي ارتبطت في الذهنية العامة بشبكة الانترنت كمعبر عنها وعن التفاعل والدمج بين وسائل الحوسبة والاتصال؛ ظهرت أنماط جديدة من المصنفات أو عناصر مصنفات يصطلح عليها باسم "أسماء النطاق"[808]. حيث لم تعد هذه الأخيرة مجرد نظام تقني يقوم بتحديد المواقع وتميزها عن غيرها، بل أصبحت تقوم بوظيفة حقوق الملكية الفكرية في تحديد المشروعات وتميز منتجاتها و/أو خدماتها على شبكة الإنترنت. ولهذا تزداد الأهمية الحمائية في ظل حقوق متنازع عليها؛ مما أنتج إشكالات قانونية خاصة عندما يكون الاسم مطابقا أو مقاربا أو مشابها لاسم تجاري أو علامة تجارية. وما زاد الطين بلة انتشار تقليد أسماء النطاق والاعتداء غير المشروع على مالكيها، الأمر الذي ترك انطباعا بالتشابه بين أسماء النطاق والعلامات التجارية. *مما يحتم التساؤل عن مدى التطابق بينهما ثم في حالة نشوب نزاع هل نتبع الطرق التقليدية في فض النزاع أم نبتكر طرقاً جديدا تناسب بيئة التجارة الالكترونية؟*

---

[806] تنص المادة 26 من قانون 18-05 على أنه: "*ينبغي للمورد الإلكتروني الذي يقوم بجمع المعطيات ذات الطابع الشخصي ويشكل ملفات الزبائن والزبائن المحتملين، ألا يجمع إلا البيانات الضرورية لإبرام المعاملات التجارية. كما يجب عليه: الحصول على موافقة المستهلكين الإلكترونيين قبل جمع البيانات، ضمان أمن نظم المعلومات وسرية البيانات، الالتزام بالأحكام القانونية والتنظيمية المعمول بها في هذا المجال. يتم تحديد كيفيات تخزين المعطيات ذات الطابع الشخصي وتأمينها وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما*".

[807] القانون رقم 18-07 المؤرخ في 01 يونيو 2018 *المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي*، الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 34 الصادرة في 10 يونيو 2018.

[808] تم إنشاء نظام اسم النطاق (*DNS*) وأول خادم لل (*DNS*) في عام 1984. حيث أن مصطلح ال (*DNS*) يرمز إلى نظام اسم النطاق أو خادم اسم النطاق. تعمل هذه التقنية على تحويل أسماء النطاقات إلى عناوين إلكترونية يسهل للحواسب فهمها. حيث أن كل أسماء النطاقات مكتوبة بحروف أبجدية يسهل على المستخدم تذكرها أيضا. يقوم الـ (*DNS*) بترجمة أسماء النطاقات كـ (*sahara.com*) أو (*google.com*) إلى عناوين إلكترونية تستخدمها الآلات في التعامل مع بعضها البعض. وبهذا تسهل عملية توصيل المستخدم إلى خادم الويب ليتصفح الموقع الذي يريده. مقتبس من، *نظام أسماء النطاقات*، تاريخ النشر: 2015/04/13، تاريخ الاقتباس: 2016/09/05، متاح على الرابط التالي: https://ar.wikipedia.org/wiki/

للإجابة على هذا التساؤل والاستفاضة في الموضوع سنتطرق إلى النظام الذي يحكم أسماء النطاق (**الفرع الأول**). ثم نعرج إلى الحديث عن وسائل الحماية الممثلة في دعوى المنافسة غير المشروعة على اسم النطاق، ثم دعوى المسؤولية التقصيرية على الإخلال بالالتزامات القانونية المفروضة في هذا المجال (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول
نظام أسماء النطاق على شبكة الانترنيت

يعد اسم النطاق بمثابة العلامة التجارية في مجال التجارة الالكترونية، فهو عنوان أو نطاق معين على شبكة الانترنيت، يمكن من خلاله الوصول إلى ركن أو مؤسسة أو مجموعة اقتصادية، من اجل التسوق لديها بصدد سلع ننتجها أو خدمات تقدمها، كما يميز اسم الدومين المنتج أو الخدمة المعروضة على الشبكة عن غيره[809].

يتميز كل حاسوب متصل بشبكة الإنترنت بعنوان فريد خاص به، لذلك فإن الحاسبات يمكن تحدد مكان كل مضيف عندما يكون متصلا بالشبكة العالمية، ويتم ذلك من خلال بروتوكول عناوين الانترنت (ip)[810] ويتألف هذا البروتكول من 12 رقماً، وهذه الأرقام موزعة إلى أربعة مجموعات، وكل مجموعة تتألف من ثلاثة أرقام على شكل متوالية (111،131،211،131)، وكذلك فإن أسماء النطاق تمثل عناوين لمواقع الويب على الشبكة العالمية، وهي أيضا عبارة عن أرقام ونظرا لصعوبة حفظها والتعامل بها، فقد تم استبدالها بحروف، وتشكل هذه الحروف في الكثير من العناوين علامات تجارية مشهورة.

ويتضمن نظام اسم النطاق (*DNS*)[811] من جزئيين هما:

- (*name*): وهو الجزء الذي يحتوي على الاسم أو الغرض من هذا الحاسب؛
- (*domain*): وهو النطاق الذي يزودنا بمعلومات عن الشبكة التي ينتمي إليها أو الموقع الفعلي[812].
-

---

[809] Citée par, Ravillon L. «*Le recours à la technique du « premier arrivé, premier servi» dans le droit des nouvelles technologies…. Ou comment gérer la rareté des ressources naturelles ou informatiques*», J.C.P., éd. G, N°47. 2000, p.2111.

[810] IP: *Internet Address Protocol*.

[811] DNS: *Domain Name System*.

[812] فاروق سيد حسين، *الانترنت: شبكة المعلومات*، ط.01، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 2002، ص.15-16.

أولاً.– تعريف أسماء النطاق:

اختلف الفقه والاجتهاد القضائي حول تعريف أسماء النطاق، فذهب البعض إلى أن أسماء النطاق هي: "*العناوين الفريدة المخصصة للحاسبات التي تتصل بالشبكة الانترنت على وجه الخصوص*"[813]، ويستند هذا التعريف إلى الوظيفة التي تؤديها أسماء النطاق على شبكة الإنترنت. ويعرفها البعض الآخر بأنها: "*العنوان الشخصي لصاحب الحاسوب المتصل بشبكة الإنترنت، والذي يكون عادة في شكل حروف يسهل تذكرها أو تمييزها عن غيرها*[814]"، ويقوم هذا التعريف على بيان ماهية أسماء النطاق ووظيفتها.

ويذهب جانب آخر من الفقه[815] إلى تعريفها بأنها:" *عنوان للمشروعات عبر شبكة الإنترنت*". ويرى بأن هذا العنوان افتراضي لأنه لا يحدد مواقع المشروعات على أرض الواقع ولكنه يحددها على شبكة الانترنت. وفي هذا المعنى ذهبت محكمة استئناف باريس في قرار صادر لها بتاريخ 28 من جانفي سنة 2000، إلى التأكيد على أن العنوان الالكتروني أصبح وسيلة الاتصال بالشركات والمنظمات الدولية والهيئات المختلفة على شبكة الانترنيت، ثم أشارت إلى العنوان الالكتروني بأنه "مجرد عنوان افتراضي (***Simple adresse virtuelle***) يحدد مواقع المشروعات على الانترنيت[816].

عرف المشرع الجزائري أسماء النطاق من خلال المادة السادسة الفقرة الثامنة من قانون التجارة الالكترونية رقم 18-05 سالف الذكر على أنها: " *عبارة عن سلسلة أحرف و/أو أرقام مقيَّسة ومسجلة لدى السجل الوطني لأسماء النطاق، وتسمح بالتعرف والولوج إلى الموقع الإلكتروني*". بينما عرفتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية بأنها:"*عناوين الكترونية مبسطة تسهل الاستخدام البشري للانترنيت وتحديد المواقع بصورة سهلة*".

---

[813] Cité par, EGENIE Marie., *Droit des marques et Noms de domaine*, Poitiers France, 2005, p.28; GARLIN FERRARD Odile., Nature et Régime juridiques du nom de domaine au travers des conflits avec la Marque, Paris, p.2.

[814] مقتبس من، حاج صدوق ليندة، *أسماء المواقع الإلكترونية بين التقنية والقانون*، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، جوان 2018، عدد 2، ص.230-231؛

Citée par, BLAISE Bernard et HERTJEAN Jérôme, *Commerce électronique et code de Commerce*, France, p.10.

[815] مقتبس من، شريف محمد غنام، *حماية العلامات التجارية عبر الانترنت في علاقتها بالعنوان الالكتروني*، ط.01، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص.15؛

Citée par, GILERON Philippe., *Noms De Domaine, Protection Et Resolution Des Conflits Par La Voie Judiciaire*, Université de Lausanne, Suisse, 2012, p.2.

[816] مقتبس من، بلعزام مبروك، *العناوين الالكترونية وتنازعها مع العلامة التجارية*، مجلة بحوث، الجزء 11، عدد3، ص.75.

مما يلاحظ على هذه التعريفات أنها تتفق على اعتبار أسماء النطاق كعنوان سواء كان للحاسب المتصل بشبكة الانترنت أو لمواقع الويب. وعليه يمكن تعريف اسم النطاق بأنه:" *عنوان الكتروني يتحدد على شبكة الانترنت في شكل حروف بدلا من أرقام لتمييز مشروع أو موقع الويب الخاص به*".

ثانياً.– تسجيل أسماء النطاق:

يختلف نظام تسجيل أسماء المواقع حسب نوعها، فبالنسبة لأسماء المواقع العامة تكون أهام هيئات دولية مختصة وهي: "اتحاد منح الأسماء والأعداد في الانترنيت"، حيث باللغة العربية اشتهرت باسم "*الإيكان*"[817]، نسبة إلى الحروف الأولى من الاسم الكامل المشار إليه باللغة الإنجليزية ("*ICANN*")[818]. تقوم هذه الأخيرة على التحكم في الأسماء والأرقام، مما يعني ذلك السيطرة على آلية المعاملات والاتصالات عبر الإنترنت[819].

في البداية كانت المهمة موكلة إلى شركة "*IANA*" الأمريكية؛ ومع الوقت ونظرا لكثرة طلبات تسجيل أسماء النطاقات العليا المكونة من أسماء عامة "*GTLD*"، منحت الإيكان هذه المهمة لشركات تعمل حسب موقعها الجغرافي، فنجد الجهة المسؤولة عن تسجيل الأسماء في أوروبا شركة "*NCC Ripe*"، وفي أسيا شركة "*APNIC* "، وفي الوليات المتحدة الأمريكية شركة "*Inter Nic* ". ويمكن لأي شخص في أي مكان أن يطلع على قائمة أمناء التسجيل المعتمدين المتاحة على موقع الهيئة[820].

نص قانون التجارة الالكترونية الجزائري رقم 18-05 وفق المادة الثامنة من الفصل المعنون بـ"*شروط ممارسة التجارة الالكترونية*" على شرط التوطين الالكتروني للنشاط التجاري بمعرفة "*اسم النطاق*" وذلك بقولها: "*يخضع نشاط التجارة الإلكترونية للتسجيل في السجل التجاري أو في سجل الصناعات التقليدية والحرفية، حسب الحالة، ولنشر موقع إلكتروني أو صفحة إلكترونية على الإنترنت، مستضاف في الجزائر بامتداد" com.dz*"،

---

[817] الإيكان: هي منظمة غير ربحية تأسست عام 1998 يقع مقرها في كاليفورنيا، وهي مختصة بتوزيع وإدارة عناوين الاي بي (ip) وأسماء المجال وتخصيص أسماء المواقع العليا، مثل:"info. com." وغيرها في جميع أنحاء العالم، ولها وظيفة إدارة الموارد الرئيسية للبنية التحتية للشبكة مثل الحواسيب القاعدية."root servers ". مقتبس من، آيكان، تاريخ النشر: 2019/09/08، تاريخ الاقتباس: 2019/18/18، متاح على الرابط التالي: https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%A2%D9%8A%D9%83%D8%A7%D9%86

[818] lCANN : *Internet Corporation for Assigned Names Nunibers*.

[819] عمر محمد بن يونس، الايكان–ICA N N: *منظمة تحديد الأسماء والأرقام عبر الانترنيت*، ط.1، (دون دار نشر)، الجزائر، 2005، ص.17.

[820] باقدي دوجة؛ تسوية *النزاعات بين أسماء النطاق والعلامات التجارية على شبكة الانترنيت*، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 04، كلية الحقوق؛ جامعة بومرداس، 2018، عدد 1، ص.202.

يجب أن يتوفر الموقع الإلكتروني للمورد الإلكتروني على وسائل تسمح بالتأكد من صحته". أما الهيئة المختصة لمنح اسم الموقع على شكل "dz" في الجزائر فهي: "مركز البحث والإعلام العلمي والتقني (*CERIST*)[821]، وذلك منذ جوان 1999، ويختص هذا المركز بمنح أسماء المواقع المحلية مثلاً "com.dz" بالنسبة للشركات ذات الطابع التجاري...الخ[822].

من المبادئ التي تحكم اسم النطاق مبدأ "*من يصل أولاً يخدم أولاً*" (*premier arrivé premier servi*)، يعني هذا المبدأ أنه يحق لأي شخص أن يختار اسم ويسجله كاسم نطاق، ولا يوجد أي مانع من ذلك، مادام هذا الاسم متاحاً ولم يسبق إليه مشروع أو شخص آخر[823]. ولم يأتي هذا المبدأ من فراغ، وإنما جاء بعد فكر قانوني كبير نتيجة التطور الذي يقابله نظام الملكية الفكرية وتدخله عبر الانترنت. وتحسن الإشارة إلى أنه تم الاستعانة بهذا المبدأ منذ زمن طويل؛ بهدف تقسيم المصادر الطبيعية للفضاء بين الدول طبقا لأحكام القانون الدولي العام.

فإذا توفرت الأسبقية لاسم النطاق كان من حق مقدم الطلب أن يحصل على ذلك الاسم، ولا يوجد شروط للحصول على اسم النطاق سوى شرط واحد وهو عدم تسجيل ذلك الاسم مسبقاً. أما بالنسبة للعلامات فيما يخص مبدأ الأسبقية عند التسجيل، فإذا قدم صاحب المشروع طلبا لتسجيل علامة تجارية، فلا يجوز لغيره أن يقدم طلبا بتسجيل علامة مماثلة أو مشابهة تطبيقا لمبدأ الأسبقية، لكون مصلحة التسجيل ترفض الطلب اللاحق لتسجيل نفس العلامة من شخص آخر[824]. والجدير بالذكر، أن تطبيق مبدأ الأسبقية في التسجيل أدى إلى إثارة نزاعات متعددة بين مالكي العلامة التجارية ومسجلي العنوان الإلكتروني[825]، نظر

---

[821] للمزيد حول المركز راجع، "*التأطير القانوني لاستغلال الانترنيت كنشاط اقتصادي*"، الفصل الأول من الباب الأول من هذه الدراسة، ص.ص.79 وما بعدها؛ وراجع كذلك، الموقع الالكتروني الرسمي للمركز التالي: http://cerist.dz/index.php/ar/appropos-ar-2/734-historique

[822] جمال وادي، *العلامة والانترنيت*، مذكرة ماجستير، فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003/2002، ص.ص.48 وما بعدها.

[823] باقدي دوجة؛ المرجع السابق، ص.204.

[824] قريب من هذا المعنى، هدى حامد قشقوش، *الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية عبر الانترنيت*، ط.01، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص.ص.81 وما بعدها.

[825] *من التطبيقات القضائية للنزاع بين العلامات التجارية وأسماء النطاق*؛ منع مالك العلامة من استخدامها على الإنترنت، والمثال التطبيقي لذلك هو الحكم القضائي الصادر في قضية *Alice* الفرنسية، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن شركة (*Snalice*) وهي شركة تعمل في مجال الإعلانات والدعاية الإعلانية، أرادت أن تسجل عنوانا إلكترونيا لها على شبكة الانترنيت وهو "*alice.fr*" ردت شركة (*afnic*) الفرنسية المختصة بتسجيل العناوين الإلكترونية في الإقليم الفرنسي بأن هذا العنوان الإلكتروني غير متاح لسبق تسجيله من قبل شركة (*Saalice*) التي تعمل في مجال برامج الكمبيوتر.... أكدت محكمة الدرجة الأولى ومن بعدها محكمة الاستئناف بأن تسجيل العنوان الالكتروني"*Alice.fr*" الذي تم منحه لشركة (*Saalice*) كان مطابقا لقواعد التسجيل التي وضعتها شركة (*Afnic*)، وبصفة خاصة مبدأ الأسبقية في التسجيل، ومنثمة لا يوجد أي اعتداء

لاختلاف نظامها القانوني خصوصا من ناحية التسجيل، ويتجلى أثر هذا المبدأ في حرمان مالك العلامة من تسجيل عنوان إلكتروني يمثلها على شبكة الإنترنت، والاعتداء على حقوق المالكين الشرعيين للعلامات التجارية، وهو ما يخلق نوعاً من القرصنة الإلكترونية.

بناءً على ما سبق، يمكن القول أن أسماء الدومين بوصفها علامة لتمييز السلع والخدمات عبر الشبكة لا تقع تحت حصر، غير أنها تتمتع بالحماية القانونية، وتُقرر تلك الحماية طبقا لأسبقية التسجيل. أي انه في حالة التزاحم بين عدة شركات لها ذات الاسم بالنسبة لإحدى السلع أو الخدمات، فإن الحماية القانونية المقررة تكون لمن بادر وسبق غيره في التسجيل، في إطار المبدأ سالف الذكر "*أسبقية الوصول تعطي الأولوية في الخدمة*". وتطبيقاً لذلك، فإن نظام تسجيل الأسماء على الشبكة يمنع تكرار استخدام نفس الاسم، ومن ثمة فأول من يقوم بتسجيل العلامة كعنوان للاسم يكون صاحب الحق في الاستخدام المشروع لها، ولا يمكن لأحد غيره أن يعيد تسجيلها مرة أخرى[826].

كما أن هناك مبدأ آخر يحكم أسماء النطاق المتمثل في "*مبدأ التخصيص*"، ويقصد به: "*أن القانون يحمي العلامة بالنسبة للمنتجات أو السلع أو الخدمات المحددة في ظل تسجيل العلامة*"، وعليه، فإن الحماية لا تمتد إلى المنتجات المماثلة أو المشابهة لتلك المحددة في ظل التسجيل[827]. هذا المبدأ لا يمكن تطبيقه على أسماء النطاق، لأن هذه الأسماء تمنح لشخص واحد فقط كان السباق إلى تسجيله، ولا يهم المجال الذي يستخدم فيه، فإذا قام شخص بتسجيل اسم نطاق يمثل علامته في المجال الدولي "*.com*."، فإن هذا الاسم يصبح غير متاح داخل المجال لباقي الأشخاص أو المشروعات الأخرى حتى ولو كانت في مجال وأنشطة مختلفة[828].

يطرح تطبيق هذا المبدأ صعوبات كبيرة على الانترنيت في حالة كون مسجل العنوان الالكتروني غير مالك للعلامة التجارية التي يمثلها العنوان، ففي هذه الحالة سيؤدي إلى حرمان المشروع صاحب الحقوق

على الحقوق المشروعة لشركة (*Snalice*). مقتبس من، شريف محمد غنام، *حماية العلامات التجارية عبر الانترنيت في علاقتها بالعنوان الالكتروني*، ط.01، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007، ص.ص.75 وما بعدها.

[826] Cf, VAN Ostveen., *Le Choix d'un Nom-les Noms des Domaines*, RD aff.int, 1998, p.280.

[827] مقتبس من، كوثر مازوني، *الحماية القانونية للعلامة التجارية عبر الشبكة الرقمية في علاقتها مع أسماء الدومين "Domain Name"*، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 3، جامعة الجزائر، 2008، ص.303.

[828] باقدي دوجة، المرجع السابق، ص.205.

المشروعة عليها المتمثلة في تسجيل علامة على شبكة الانترنيت بسبق تسجيلها من جانب مشروع آخر[829]. يضاف إلى ذلك، مشكل الإقليمية في تدوين أسماء النطاق في مجال رقمي عابر لحدود الدولة الوطنية، وهو ما ينجم عنه عدة مشكلات لا حصر لها.

الفرع الثاني

تقرير الحماية المدنية لأسماء النطاق

تستند الحماية المدنية المقررة لأسماء النطاق على القواعد العامة في القانون المدني، وهي تخول لصاحبها الحق في الحصول على تعويض إذا ما وقع اعتداء على علامته، وذلك بطريقين هما:

أولاً.– دعوى المنافسة غير المشروعة:

يقصد بدعوى المنافسة غير المشروعة: "*استعمال وسيلة غير مشروعة للسيطرة على السوق التجارية أو الاستئثار بالمستهلكين بغية إلحاق الضرر بفئة معينة من الناس بصورة مقصودة*"[830].

وعليه، فإن صاحب اسم النطاق له الحق حماية حقوقه من خلال قواعد المنافسة غير المشروعة، إذا وقع الاعتداء عليه المتمثل في حالة اللبس والغموض والخلط الذي بثه المنافس المتعدي في ذهن الجمهور؛ بسبب تسجيل اسم نطاق أو علامة تجارية مطابقة أو مشابهة لما عند مالك اسم النطاق المتضرر. لذلك يمكن لمالك العلامة أن يرفع الدعوى ضد مسجل اسم النطاق. ففي مثل هذه الفروض يكون تحريك دعوى المنافسة غير المشروعة بشكل أصيل ومستقل عن دعوى التقليد، أو رفعها من بجانب دعوى التقليد باعتبارها دعوى تكميلية لها. وتطبق دعوى المنافسة في الحالات التي لا تطبق فيها دعوى التقليد لعدم توافر شروطها، ومن بين هذه الحالات حالة العلامات التجارية التي لم تسجل ولكنها محل استعمال من جانب صاحبها، فمالك هذه العلامة لا يمكنه حمايتها جنائيا بسبب عدم تسجيلها، إلا انه يستطيع حمايتها مدنياً عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة. ولا يختلف الأمر على شبكة الانترنيت، فمستغل العلامة التجارية التي لم تسجل، يمكنه حماية

---

[829] كوثر مازوني، المرجع السابق، ص.303.

[830] مقتبس من، كريم مغبغب، *الماركات التجارية والصناعية*، ط.1، (بدون دار نشر)، لبنان، 2005، ص.199.

علامته بدعوى المنافسة غير المشروعة ضد مالكي أسماء النطاق المماثلة أو المشابهة لهذه العلامة، ونفس الأمر ينسحب على الحالات التي يتم فيها تجديد تسجيل العلامة التجارية أو تقادم دعوى التقليد[831].

ويمكن تحديد شروط دعوى المنافسة غير المشروعة على شبكة الانترنيت وفق شروط عامة وشروط خاصة بطبيعة هذه الدعوى كما يلي:

1.– الشروط العامة:

تتمثل الشروط العامة في عنصري الخطأ والضرر على النحو الآتي:

آ.– **عنصر الخطأ:** يتمثل في ارتكاب عمل من شأنه تحقيق الالتباس لدى مستخدمي شبكة الانترنيت، مما يؤدي إلى إلحاق ضرر في صورة العلامة التجارية لدى مستخدمي شبكة الانترنيت، وكلما كانت البضائع أو الخدمات متشابهة كلما زاد الالتباس المستخدم بشكل اكبر[832].

ب.– عنصر الضرر: يجب أن يؤدي فل الالتباس الحاصل في ذهن المستهلك الالكتروني إلى إلحاق ضرر بمالك العلامة التجارية، كانصراف المستهلك عن بضائع أو خدمات مالك العلامة، مما يلحق به خسائر مالية وكذا الأذى المعنوي بسمعة وصورة العلامة التجارية لدى جمهور المستهلكين[833].

من التطبيقات القضائية في هذا الصدد، القرار الصادر عن محكمة المرافعة الكبرى بمرسيليا (*TGI à Marseille*) سنة 1998[834]. ففي هذه القضية توصلت المحكمة إلى وجود منافسة غير مشروعة من جانب احد العمال القدامى لدى شركة (*Lumiservice*)، أين قام هذا الأخير بتسجيل اسم النطاق (*Lumipharma.com*) مقلدا بذلك العلامة التجارية التي تمتلكها الشركة. والى جانب تقليد العلامة، انتهت المحكمة إلى وجود منافسة غير مشروعة من جانب هذا العامل،

---

[831] قريب من هذا المعنى، فتحية حواس، *حماية المصنفات الرقمية وأسماء النطاقات على شبكة الانترنيت*، ط.01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017، ص.395-396.

[832] كريم مغبغب، المرجع السابق، ص.199.

[833] Cf. G. DECOCQ, *Note Sous Conseil de la concurrence 9 Juin 2000*, Com.com.électr, N° 11, Novembre. 2000, p.22.

[834] TGI.Marseille, 18 déc 1998 ; *Ste Lumisevice c/Thierry,Rev Lamy dr de L'informatique*, Bulletin D'actualité, N^0 111, Février 1999, p.07.

أشار إليه، فتحية حواس، المرجع السابق، ص.ص.397 وما بعدها.

تتمثل في انه استخدم اسم الشركة كاسم نطاق له على شبكة الانترنيت، وقام بعرض منتجات تماثل المنتجات التي تخص الشركة (*منتجات الدواء عبر الانترنيت*). فالمحكمة اعتمدت على تماثل المنتجات بين اسم النطاق والعلامة التجارية لتقدير وجود منافسة غير مشروعة للعلامة التجارية.

2.– الشروط الخاصة:

آ.– يجب أن تقتصر الحماية على أصحاب الحق في الاسم الذي تم اكتسابه بطريقة مشروعة، مؤدى ذلك أن الحماية لا تمتد للاسم الذي تم اتخاذه تعديا على حقوق الآخرين؛

ب.– يجب إقامة الدليل على أسبقية استعمال اسم النطاق على شبكة الانترنيت. إعمالا للمبدأ القائل بأن "*الأسبق في الوصول هو الأولى بالحق*"؛

ج.– ضرورة وجود حالة الخلط في أذهان الجمهور بسبب تشابه أو تطابق الاسمين؛

د.– يجب أن تكون أسماء النطاقات مميزة تميزها عن باقي النطاقات حتى تتميز السلع والخدمات وفق ذلك، كما يجب أن تكون جديدة لم يسبق وجوده، وكذلك مشروعة أي غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة، شانها في ذلك شان العلامات التجارية[835].

ثانياً.– دعوى المسؤولية التقصيرية:

من حق كل متضرر من كل اعتداء على حقوقه المرتبطة بأسماء النطاق أن يرفع دعوى تعويض لجبر الضرر الذي أصابه، حيث تنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري على أنه: "*كل فعل يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض*". لذلك يمكن لصاحب العلامة التجارية أن يلجأ إلى القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية في نزاعه مع مسجل اسم النطاق، وفي هذه الحالة يلتزم

[835] حسين إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص.207-208.

صاحب العلامة أن يثبت عناصر المسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية تربطهما. فلو قام شخص بتسجيل اسم نطاق يطابق أو يشابه علامة تجارية ما، فإن المستخدم سيتفاجأ بأن الموقع لا يخص مالك العلامة، أو أن الموقع غير مفعل على الشبكة، أو انه يعرض سلفا سلعا مشابهة ومقلدة لسلع مالك العلامة واقل جودة، مما يلحق الضرر الكبير بصورة العلامة التجارية لدى المستخدمين، وهذا هو الخطأ المتصور في الدعوى. وبذلك فإن تسجيل العلامة التجارية في صورة اسم نطاق من جانب الغير يشكل تقليلا أو إنقاصا منها نتيجة الاعتداء على صورتها في نظر العملاء، ويتمثل الضرر في هذه الحالة في ضياع ثقة الجمهور في العلامة التجارية[836].

وتطبيقا لفكرة الخطأ المتمثل في الاعتداء على صورة العلامة التجارية صدر قرار عن محكمة المرافعة الكبرى لنانتير (*TGI à Nanterre*) سنة 1999 في قضية فيشي (*Vichy*)[837]. ففي هذه القضية أكدت المحكمة أن: "*تسجيل اسم النطاق "Vichy.com" أدى إلى حدوث التباس لدى المتعاملين بالشبكة المعلوماتية، لأنهم كانوا يتوقعون أن المنتجات المعروضة على الموقع هي منتجات "Vichy" التي تملكها شركة "L'orèal". فهذا الوضع يصيب الشركة مالكة العلامة بضرر فادح في صورتها، الأمر الذي يؤدي إلى قيام المسؤولية التقصيرية*"[838].

---

[836] شريف محمد غنام، *حماية العلامات التجارية عبر الانترنيت في علاقتها بالعنوان الالكتروني*، ط.01، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص.164.

[837] Tribunal de Grande Instance de Nanterre (TGI) Ordonnance de Référé du 16 Septembre 1999, Le 10 Août 1999 la société L'Oréal a assigné en référé la société Vichy.Com, Monsieur Elie Z. , Monsieur Elie A., Monsieur PatrickA, Date de Citation: 01/08/2018, Disponible à : https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-de-nanterre-ordonnance-de-refere-du-16-septembre-1999-2/,

[838] مقتبس من، فتحية حواس، المرجع السابق، ص.403.

المبحث الثالث

إثبات العقد الالكتروني

إن للإثبات أهمية قصوى[839] في كافة الأنظمة القانونية باعتباره أولى الخطوات لحماية الحق خاصة أن الإثبات الخطي الذي يرتكز على كتابة موضوعة على دعامة مادية تتمثل في محرر ورقي مختوم بتوقيع صاحبه إلا انه ونتيجة لإمكانية إنشاء الحقوق وترتيب الالتزامات بالوسائل الإلكترونية، تبعاً لما توفره من السرعة والسهولة في الإبرام، أدى إلى تغيير مفهوم الإثبات ولاستغناء في غالب الأحيان عن الكتابة الورقية .إذ ظهر نوع جديد من الإثبات يتسم بصفة "*الإلكترونية*"[840].

الإثبات لغة مأخوذ من مصدر ثَبَتَ، أي استقر وحبس، يقال ثبت فلان بالمكان إذا أقام فيه ولا يفارقه[841]، والتثبّت بالتحريك، الحجة والبينة، وأثبت حجته، أقامها وأوضحها[842].

من الناحية القانونية يعرف الإثبات على أنه: "*إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المحددة في القانون على صحة واقعة قانونية، يترتب على ثبوتها ضرورة الاعتراف بالحق الناشئ عنها، فالإثبات هو تأكيد لحق متنازع عليه، يترتب له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون، لإثبات ذلك الحق*"[843]، أي أن الإثبات هو تقديم البرهان على حقيقة فعل أثناء المحاكمة، من قبل أحد فرقاء النزاع، ويقوم الفريق الآخر بإنكاره. أما في

---

[839] ندب الشارع الحكيم من خلال القرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة، إلى كتابة العقود وتوثيق الديون، وإقامة الشهادة ويمين المدعي خوفاً من الجحود والإنكار، عند التنازع والخلاف، قال الله تعالى :﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ** ﴾، سورة البقرة، من الآية 282؛ ومن السنّة ما جاء عن ابن عباس رضي الله عنهما، أن النبي قال: ((**لو يُعْطَى الناس بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى نَاسٌ دِماءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ وَلَكِنَّ الْيَمِينَ على الْمُدَّعَى عليه**))، ، أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب التفسير، سورة آل عمران، باب: ﴿ **إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمانِهِمْ ثَمَناً قَلِيلاً** ﴾، رقم (4277)؛ وفي رواية البيهقي: ((**ولكن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر**))، أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الدعوى والبيانات، باب البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه رقم (2099)، 252/10، وهذه الرواية إسنادها صحيح، ورجالها كلهم ثقات رجال الشيخين، إلا الحسن بن سهل، وهو ثقة، ومعنى الحديث أن كل دعوى تحتاج إلى إثبات فيما ادعاه، وإلا أدى إلى قتل وأكل أموال الناس ظلماً وجورا.

[840] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص.266.

[841] ابن الأثير، *النهاية في غريب الحديث والأثر*، تحقيق علي بن حسن بن علي بن عبد الحميد الحلبي، ط.1، دار ابن الجوزي، 2001/1421، ص.205.

[842] جمال الدين ابن منظور الافريقي، لسان العرب، المرجع السابق، 20/02.

[843] مقتبس من، بشار محمود دودين، *الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت*، المرجع السابق، ص.218.

الفقه الإسلامي فعرف الإثبات على أنه: "*إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو على واقعة معينة تترتب عليها آثار شرعية*"[844].

إن التطور التكنولوجي لوسائل الاتصال الحديثة ومنها الانترنت، وتزايد الاعتماد يوماً بعد يوم على هذه الوسائل التقنية في إبرام العقود المختلفة، وإدارة وإنفاذ الأعمال المتنوعة، أتاح التعامل بنوع جديد من الدعامات، فظهرت الكتابة الالكترونية كبديل للكتابة التقليدية، والتوقيع الالكتروني كبديل للتوقيع الكتابي التقليدي، والسجل الالكتروني كبديل للمحررات أو الأوراق التقليدية وغيرها، ولكون العقود الالكترونية مستحدثة، فلابد أن تكون طرق إثباتها عند التنازع مستحدثة أيضا. لذا يعد الإثبات من أهم المعوقات التي تواجه العقود الالكترونية وارتقائها، لأنها لا تعترف بهذه الوسائط في الإثبات، لما تقوم عليه من اتصال القبول بالإيجاب في محيط الكتروني غير ملموس، لتقدم بذلك نوعاً جديداً من الكتابة والتوقيع يتمثل في الكتابة في الشكل الالكتروني وكذا التوقيع الالكتروني. حيث يتم التحميل على دعامات غير ورقية داخل أجهزة الاتصال أو خارجها والتوقيع عليها من مرسل الرسالة الالكترونية بأسلوب التشفير أو الكود. *على هذا الأساس يثار الإشكال حول هل تشكل طرق الإثبات الحديثة بديلاً عن الطرق التقليدية للإثبات؟*

لمناقشة الإشكال ولإحاطة بموضوع البحث سنتطرق إلى الكتابة في الشكل الالكتروني ودورها في الإثبات (**المطلب الأول**). ثم سنعرج إلى الحديث عن التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول
الكتابة في الشكل الالكتروني ودورها في الإثبات

تعد الكتابة أحد الأساليب المستخدمة في التعبير عن إرادة طرفي العلاقة، وهي عبارة عن تسطير الحروف في شكل مادي ظاهر معبراً عن المعنى الكامل أو فكرة مترابطة صادرة من الشخص الذي نسبت إليه، وتكون الكتابة بلغة المتعاقدين أو اللغة المعتمدة لتحرير العقد. وإذا كانت أهمية وقيمة الكتابة في الشكل التقليدي تقوم أساسا على دعاماتها المادية فلم يطرح يوما تساؤلا أو تخوف حولها، لأن كل مساس بها يكون بيناً للعيان، أما الكتابة في الشكل الالكتروني فتختلف عنها. فالشكل الجديد للكتابة الذي قدمته وسائل الإلكترونية المستحدثة يتمثل في وضع البيانات في صورة رقمية تخزن كبيانات إلكترونية على شرائط ممغنطة أو

[844] مفتبس من، جمال عبد الناصر، *موسوعة الفقه الإسلامي*، ط.1، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، (دون سنة النشر)، 136/2.

أقراص مرنة، فالدعامة أصبحت لا مادية والوصول إلى محتوى الكتابة لم يعد متاحاً بالعين المجردة، بل لابد من الاستعانة بأجهزة، وأنظمة معلوماتية للوصول إليها والإطلاع عليها.*لهذا يطرح التساؤل حول المقصود بالمحررات الالكترونية ثم فيما تتجلى حجيتها في الإثبات؟*

لمناقشة التساؤل والاستفاضة في الموضوع سنتطرق إلى تعريف الكتابة في الشكل الإلكتروني (**الفرع الأول**). ثم سنتكلم عن القوة الثبوتية للكتابة في الشكل الالكتروني (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول
تعريف الكتابة في الشكل الالكتروني

لم يعرف القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية[845] الكتابة الالكترونية بذاتها، وإنما عرف رسالة البيانات في المادة الثانية الفقرة الأولى، والتي تنص على أنه: "*هي المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية، أو البريد الالكتروني، البرق*". ما يلاحظ أن هذا التعريف أنه لم يشترط شكلا، ولا لغة معينة، من خلال التعامل مع العقود الكترونياً، بل استوعبت أية طريقة تستخدم لتبادل البيانات الكترونياً كالإنترنت.

أما بالنسبة للمحرر الالكتروني، فقد ورد في المادة التاسعة الفقرة الثانية من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005[846] على أنه: "*حيثما يشترط القانون أن يكون الخطاب أو العقد كتابيا أو ينص على عواقب لعدم وجود كتابة، يعتقد ذلك الاشتراط* قد استوفى بالخطاب الإلكتروني ...الخ". وأشارت المادة الرابعة الفقرة الثانية من نفس الاتفاقية على أنه: " *يقصد بتعبير الخطاب الإلكتروني أي خطاب تواجهه الأطراف بواسطة رسالة بيانات* ". كما عرفت المنظمة العالمية للتقييس (*ISO*)[847] وبخصوص المواصفات الخاصة بالمحررات أكدت أن المحرر هو: "*مجموعة المعلومات والبيانات المدونة على دعامة مادية... يسهل قراءتها عن طريق الإنسان أو باستخدام آلة مخصصة لذلك*".

---

[845] *قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996*، تاريخ الاعتماد 12 جوان 1996، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، المرجع السابق.

[846] *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux* (New York, 2005), Date d'adoption: 23 November 2005, Entrée en vigueur: 1er Mars 2013.

[847] *International Organization for Standardization, Organisation internationale de normalization,* Available at : https://www.iso.org/fr/home.html.

أما المشرع الفرنسي، فعرف الكتابة الإلكترونية في المادة 1365 من القانون المدني المعدل بالأمر رقم 131/2016 المؤرخ في 10 من فيفري سنة 2016 بشأن إصلاح قانون العقود والنظام العام وإثبات الالتزامات[848]، والتي ورد فيها أن الإثبات الخطي، أو الإثبات بالكتابة ينتج من كل تدوين للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي رموز أو إشارات ذات دلالة تعبيرية مفهومة وواضحة أيا ما كان دعامتها أو وسيلة نقلها[849]، وأشارت المادة 1366 من ذات القانون على أن الكتابة تحت شكل إلكتروني يكون لها نفس القوة في الإثبات الممنوحة للكتابة على دعامة ورقية شريطة أن يكون في الإمكان تحديد هوية الشخص الذي أصدرها وان يكون تدوينها وحفظها قد تم في ظروف تدعو إلى الثقة[850]. ما يلاحظ على هذا التعريف هو أن المشرع الفرنسي لم يفرق بين أنواع الدعامات التي تتم عليها الكتابة، فجعل هذا المعنى ينصرف إلى الكتابة اليدوية والكتابة الإلكترونية. المهم أن تحقق الكتابة التعبير الدال والواضح والمفهوم[851].

أما المادة الثانية من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي[852] فاقتربت من التعريف الوارد في التشريع الفرنسي سالف الذكر، حيث عرفت السجل الالكتروني بأنه: "*سجل يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجه، أو نسخه، أو إرساله، أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة الكترونية، على وسيط ملموس، أو على وسيط الكتروني آخر، ويكون قابلا للاسترجاع بشكل يمكن فهمه*"، وعرفت المراسلة الالكترونية بأنها: "*إرسال واستلام الرسائل الالكترونية*"، *أما الرسالة الإلكترونية فعرفتها بأنها: " معلومات الإلكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه*".

---

[848] Ordonnance N° 2016-131 du 10 février 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, JORF N°0035 du 11 février 2016 texte N° 26. Disponible à : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004939&categorieLien=id

[849] Article 1365: «*L'écrit consiste en une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quel que soit leur support*». Modifié par Ordonnance N°2016-131 du 10 février 2016, art. 4.

[850] Article 1366: « *L'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.*». Modifié par Ordonnance N°2016-131 du 10 février 2016, art. 4.

[851] لم تتقيد المادة بدعامة أو حامل معين ويمكن أن تختلف تبعا لذلك حوامل الكتابة بين السند الورقي والالكتروني كالأقراص اللينة والمضغوطة أو أية وسائط الكترونية أخرى، فلا ينظر عندئذ وسيلة الاتصال أو تبادل تلك الكتابات والبيانات بقدر ما ينظر إلى مفهومية الكتابة وقابليتها للقراءة التي تحفظ بشكل آمن ودائم مع إمكانية التصرف فيها بطلبها والاستدلال بها. بل وقد مدد ووسع التعريف الفرنسي ليشمل كل من العقود الرسمية والعرفية على حد سواء بتضمينه الكتابة الالكترونية في نفس الفقرة تحت عنوان "أحكام عامة"، وهذه العبارة تسبق الفقرات التي تنظم هذين النوعين من العقود مما يفيد أنها تخضع لنفس الأحكام.

Citée par, Didier. Gobert et Etienne. Montero, *L'ouverture De La Preuve Litterale Aux Ecrits Sous Forme Electronique*, in, J.T., 6000 ième, 17 février 2001, pp. 114 à 128. pp.114 Ets ; Disponible à : https://www.droit-technologie.org/wp-content/uploads/2016/11/annexes/dossier/38-1.pdf.

[852] القانون رقم 02 لسنة مؤرخ في 12 فيفري 2002 *بشأن المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي*، المرجع السابق.

ومن جهته، عرف المشرع الأردني الكتابة الالكترونية ضمن المادة الثانية من قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001[853] من خلال تعريف نظام تبادل البيانات الالكترونية بأنه: "*نقل المعلومات الكترونيا من شخص إلى آخر، باستخدام نظم معالجة المعلومات*". وعرفت نفس المادة السجل الالكتروني بأنه: "*القيد أو العقد أو رسالة المعلومات التي يتم إنشاؤها، أو إرسالها، أو تسلمها، أو تخزينها بوسائل الكترونية*". الملاحظ أن تعريف قانون المشرع الأردني لرسالة المعلومات مطابق لتعريف رسالة البيانات التي تضمنها قانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية، والاختلاف فقط في اللفظ لا غير.

تناول المشرع المصري الكتابة الالكترونية في قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004[854]، حيث أشارت المادة الأولى الفقرة الأولى إلى أنه: "*يقصد بالكتابة الإلكترونية كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك*". وعرفت الفقرة الثانية من ذات المادة المحرر الالكتروني بأنه: "*رسالة تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة*".

ورد بالمادة الرابعة من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000[855] على أنه: "*يعتمد قانونا حفظ الوثيقة الإلكترونية، كما يعتمد حفظ الوثيقة الكتابية ويلزم المرسل إليه بحفظ هذه الوثيقة في الشكل الذي تسلمها به*".

يتضح من النصوص السابقة أنها تبنت مفهوما موسعا للكتابة، وذلك استجابة للتطورات الحاصلة على الدعائم الالكترونية التي تشكل قاعدة المحررات الالكترونية، حتى لا تصاب مستقبلا القواعد القانونية بالعجز والقصور عن الاستجابة للتطورات التقنية.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فالقاعدة العامة طبقا للمادة 333 من القانون المدني[856] التصرفات القانونية المدنية الغالب فيها هو الكتابة فيما زاد التصرف عن 100 000.00 دينار جزائري، وكذلك أشارت

---

[853] القانون رقم 85 لسنة 2001 مؤرخ في 11 ديسمبر 2001 *المتعلق بالمعاملات الالكترونية*، المرجع السابق.

[854] القانون رقم 15 لسنة 2004 المتعلق *بتنظيم التوقيع الالكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات*، تاريخ صدور التشريع 21 أفريل 2004، تاريخ بدء النفاذ 02 أفريل 2004. تاريخ الاقتباس: 2016/02/20، متاح على الرابط التالي:
http://www.wipo.int/wipolex/ar/details.jsp?id=13546.

[855] القانون رقم 83 لسنة 2000 مؤرخ في 09 أوت 2000 *المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية*، المرجع السابق.

[856] الأمر 75-58 بتاريخ 26 سبتمبر 1975 *المتضمن القانون المدني الجزائري*، المرجع السابق.

المادة 324 مكرر 1[857] من ذات القانون على أنه: "*زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها...*الخ"[858].

لكن بصدور القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري[859] انتقل المشرع من النظام الورقي في الإثبات إلى النظام الإلكتروني، حيث أصبح للكتابة في الشكل الإلكتروني مكانا ضمن قواعد الإثبات في القانون المدني الجزائري. فقد ورد في المادة 323 مكرر المعدلة تعريفا للكتابة الالكترونية بأنها: "*ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف وأوصاف وأرقام وأية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها*"[860]. فالمقصود بالكتابة في الشكل الإلكتروني[861] حسب هذا النص، ذلك التسلسل في الحروف أو الأوصاف أو الأرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، المكتوبة على دعامة إلكترونية ومهما كانت طرق إرسالها، ومثال ذلك تلك المعلومات والبيانات التي تحتويها الأقراص الصلبة أو المرنة، أو تلك التي يتم كتابتها بواسطة الكمبيوتر وإرسالها أو نشرها على شبكة الإنترنيت.

الملاحظ أن المادة 323 مكرر من القانون المدني، تعتبر أول مادة عرف من خلالها المشرع الكتابة التي يمكن استعمالها كوسيلة إثبات للتصرفات القانونية بصفة عامة والتصرفات الإلكترونية بصفة خاصة، وذلك لتفادي الجدل الذي قد يثور حول الاعتراف بالكتابة الإلكترونية كدليل إثبات. كون الكتابة بمفهومها "*التقليدي*" كانت مرتبطة بشكل وثيق بالدعامة المادية أو الورقة، إلى درجة عدم إمكانية الفصل بينهما، ومن

---

[857] المضافة بالقانون 88-14 بتاريخ 3 ماي 1988، الجريدة الرسمية العدد 18، مؤرخة في 04 ماي 1988، ص. 749، المعدل والمتمم للأمر 75-58 لـ 26 سبتمبر 1975 *المتضمن القانون المدني الجزائري*.

[858] ناجي الزهراء، المرجع السابق، ص.10.

[859] القانون 05-10 المعدل والمتمم للأمر 75-58 *المتضمن القانون المدني الجزائري*، الجريدة الرسمية، العدد 44، بتاريخ 2005/06/26.

[860] القانون 05-10 المعدل والمتمم للأمر 75-58 *المتضمن القانون المدني الجزائري*، المرجع نفسه.

[861] واستعمل المشرع أيضا *مصطلح الكتابة في الشكل الالكتروني* في المادة 323 مكرر 01 وليس الكتابة الالكترونية، كون شكل الكتابة هو الذي تغير وليس طبيعتها. مقتبس من، نذير برني، المرجع السابق، ص.47.

- في هذا السياق يقول الأستاذ Eric Caprioli :

" *Nous préférons également l'expression écrit sous forme électronique à celle d'écrit électronique car ce ne sont que les formes de l'écrit qui changent et non sa nature، s'il peut exister plusieurs formes de preuve littérale، les écrits، à condition qu'ils remplissent les exigences fixées par le législateur sont de même nature et d'une force probante équivalente*".

V. ERIC Caprioli., *Le Juge Et La Preuve Electronique, Reflexion Sur Le Projet De Loi Portant Adaptation De La Preuve Aux Technologies De L'information Et Relatif A La Signature Electronique*، Disponible à : http://www.caprioli-avocats.com/fr/informations/le-juge-et-la-preuve-electronique-reflexions-sur-le-projet-de-21-197-0.html.

ثمة لم يكن القانون يعترف بالكتابة المدونة على دعامة إلكترونية افتراضية، والتي لا تترك أثرا ماديا مدونا له نفس الأثر المكتوب على الورق في الإثبات[862].

يفهم من العبارة الواردة في المادة 323 مكرر والتي مضمونها: *"ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها"*؛ أن المشرع قد وسع من مفهوم الكتابة كدليل ثبوتي، والملاحظ أن المشرع استعمل في تعريف الكتابة عبارة *"مهما كانت الوسيلة التي تضمنتها "* والصحيح هو *" أيا كانت الدعامة التي تتضمنها"*، حسب الترجمة الفرنسية للنص*" quels que soient leur support"*، يفهم من العبارة *"مهما كانت الوسيلة التي تضمنتها* " أن المشرع يعتد لإثبات التصرفات القانونية بأي دعامة كانت عليها الكتابة سواء كانت على الورق أو على القرص المضغوط أو على قرص مرن أو أي دعامة جديدة تظهر في المستقبل[863]. وبذلك المشرع الجزائري وعلى غرار مشرعي الدول الأخرى لا يفرق بين مختلف أنواع الدعامات الالكترونية، والتي تتجدد وتتولد يوميا مع التطور التكنولوجي الحاصل[864].

ويعتد المشرع أيضا في مفهوم الكتابة بأية وسيلة من وسائل نقلها، فيشمل بذلك تعريف الكتابة في الشكل الإلكتروني التي تكون منقولة عن طريق اليد، والتي تكون منقولة على شبكات الاتصال المختلفة. كما اشترط المشرع أن تكون هذه الكتابة مفهومة (*signification intelligible*) ومنه يجب أن تكون هذه الأحرف أو الأشكال أو الإشارات أو الرموز أو الأرقام لها دلالة قابلة للإدراك وللقراءة. والمقصود بذلك أنه لو كان هذا التتابع للعلامات أو الرموز، وبمعنى آخر هذا المحتوى المعلوماتي للكتابة المعبر عنها في الشكل الإلكتروني كان مشفرا بحيث لا يمكن إدراك معاينته من قبل الإنسان بل من قبل الحاسوب فقط؛ فإن هذه الكتابة لا تصح لتكون دليل إثبات، لأنه لا يمكن للقاضي إدراك محتواها في حالة النزاع[865].

---

[862] برني نذير، المرجع السابق، ص.47.

[863] أشار إليه، بن جديد فتحي، *مدى حجية الكتابة والتوقيع الالكترونيين في إثبات العقد المبرم عبر الانترنيت*، مجلة دراسات قانونية، جانفي 2013، عدد 16، ص.98.

[864] وهذا المبدأ الذي أخذ به المشرع الجزائري في عدم التفرقة بين الدعامات الالكترونية سماه الفقيه ***Caprioli*** بـ "*مبدأ الحياد التقني*":
« *Principe de neutralité technique et de non discrimination à l'encontre d'un support ou d'un média* »
وهو نفس المبدأ الذي كرسه قانون الأمم المتحدة للتجارة الالكترونية ***CNUCDCI*** في مادته 09، والقانون المدني الفرنسي في مادته 1316.

[865] مناني فراح، المرجع السابق، ص.172.

الفرع الثاني
الشروط الواجب توافرها في الكتابة الالكترونية

لكي تكون للكتابة الالكترونية نفس الحجية القانونية المقررة للكتابة التقليدية لا بد من توافر عدة شروط وهي:

أولاً.– قابلية الكتابة الالكترونية للقراءة:

يجب أن يكون المحرر الكتابي مقروءًا، حتى يتم الاحتجاج به في مواجهة الآخرين. بمعنى آخر يجب أن يكون مدونًا بحروف أو رموز معروفة ومفهومة لدى الشخص الآخر[866].

إن فكرة الكتابة قد تطورت بسبب التقدم العلمي، وظهور وسائل التعاقد المستحدثة، ولم تعد الكتابة ترتبط بالورقة التقليدية، وإنما أصبح الفكر القانوني ينادي بالكتابة الإلكترونية المستخرجة من أجهزة الحاسب الآلي والإنترنت، ما دامت هناك إمكانية للتأكد من مضمونها، لإثبات المعاملات المدنية بين المتعاقدين[867].

لا فرق بين المحرر العرفي والمحرر الإلكتروني في ضرورة توافر هذا الشرط، ولو تم الرجوع إلى المحرر الإلكتروني، فإنه يتم عبر وسائط إلكترونية بلغة الآلة المكونة من توافيق وتباديل بين الصفر والواحد، وبذلك يعجز الإنسان عن فهم هذه اللغة اللوغاريتمية المعقدة، مما دفع إلى إيجاد برامج خاصة تحمل على الحاسب الآلي، لتقوم بترجمة لغة الآلة إلى لغة الإنسان، وتحويل رموز الآلة إلى حروف مقروءة للإنسان، وشرط القراءة يكون قد تحقق تبعًا لذلك[868]. فعلى الرغم من أن قراءة المحررات الإلكترونية لا تتم مباشرة، وإنما تحتاج إلى الحاسب الآلي لقراءتها بالنظر إلى طريقة التدوين والرموز المستخدمة فيه، إلا أنه يمكن قراءتها، وهذا يعني أن شرط القراءة قد تحقق بها، ويمكن فهمها، واللغة التي تظهر على شاشة الجهاز هي لغة مفهومة ومقروءة للمتعاقد[869].

---

[866] حسن عبد الباسط جميعي، *إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت*، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص.20.

[867] بشار طلال المومني، *مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، دارسة مقارنة*، ط.1، عالم الكتب الحديثة، إربد، الأردن، 2004، ص.12.

[868] أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.64.

[869] حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص.20.

ثانياً.– بقاء الكتابة الالكترونية وعدم زوالها:

ينبغي أن تدون الكتابة على دعامة تحفظها لفترة طويلة من الزمن، بحيث يمكن خلالها الرجوع إليها عند الحاجة، وسواء أكانت ذلك على دعامة ورقية، أم دعامة الكترونية على ذاكرة الحاسوب، أو الأقراص الممغنطة(CD-Rom) ونحوها. وهو ما أشارت إليه بعض التشريعات الحديثة في مسألة استمرارية الكتابة الالكترونية وحفظها، فقد ورد بالمادة السادسة الفقرة الأولى من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية سالف الذكر ما يلي: "*عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط، إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا*". كما أشارت المادة العاشرة من نفس القانون إلى أنه: "*عندما يقضي القانون بالاحتفاظ بمستندات، أو سجلات، أو معلومات بعينها، يتحقق الوفاء بهذا المقتضى، إذا تم الاحتفاظ برسائل البيانات، شريطة مراعاة الشروط الآتية:*

1.– تيسر الإطلاع على المعلومات الواردة فيها، على نحو يتيح استخدامها عند الرجوع إليها لاحقا؛

2.– الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشئت أو أرسلت أو استلمت به، أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشئت أو أرسلت أو استلمت؛

3.– الاحتفاظ بالمعلومات إن وجدت، التي تمكن من استبانة منشأ رسالة البيانات ووجهة وصولها وتاريخ و وقت إرسالها واستلامها"[870].

قد يبدو للوهلة الأولى أن هذه الصفة لا تتوفر في الكتابة الالكترونية؛ لأن الدعائم الالكترونية التي تحفظ الكتابة تتصف بالحساسية، قد يعرضها للتلف بسبب سوء التخزين، أو بسبب تغير قوة التيار الكهربائي. بل يمكن التغلب على هذه المشكلة، باستخدام الأجهزة المتطورة التي توفر إمكانية حفظ الكتابة الالكترونية بصفة مستمرة، وعلى نحو أفضل من حفظ المستندات الورقية التقليدية[871].

تغير الشكل الذي يتخذه المحرر لا يغير شيئا من طبيعته القانونية، لذلك أوصت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (*CNUDCI*) بإعادة النظر في القواعد القانونية التي تعوق استخدام سجلات

---

[870] وهو ما ذهبت إليه المادة 08 من *قانون المعاملات الالكترونية الأردني*، والفصل 04 من *قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي*، والمادة 01/08 من *قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي*.

[871] سمير حامد عبد العزيز، *التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة*، المرجع السابق، ص.201.

الحواسب كأدلة إثبات في الدعاوى القضائية؛ وهو ما أخذت به بعض التشريعات الأوروبية وبالأخص التشريعات الفرنسية[872]. يضاف إلى هذا، اشتراط الكتابة في التجارة الالكترونية يجب أن تأخذ في الاعتبار تسجيل المعاملات ونقلها في شكل مقروء عبر وسائل غير ورقية، وتدخل في نطاقها كل كتابة استخدمت فيها وسائل كهربائية أو مغناطيسية.

ثالثاً.– عدم قابلية الكتابة الالكترونية للتعديل:

من المعلوم أنه يشترط لكي يكتسي الدليل الكتابي حجية في الإثبات ألا يكون قابلاً للتعديل أو التغيير، بمعنى أن تكون الكتابة خالية من أي عيب يؤثر في صحتها، كأن يكون هناك تعديل أو حذف أو محو أو حك أو تحشيه وغيرها من العيوب المادية التي يمكن أن تشوب الكتابة الورقية. والهدف من هذا الشرط توفير عنصر الأمان في الدليل هو إمكانية التمسك به ومنحه الحجية القانونية[873].

في الكتابة التقليدية من السهل اكتشاف التعديل الوارد عليها لأن الوسيط ورقي وتركيبه مادي، فالكتابة تتم بالحبر الذي يتصل بالكتابة كيميائيا، في حين الكتابة الإلكترونية تكون غير مادية، فهي تتميز بقدرة أطراف التصرف على تعديل الكتابة الإلكترونية، سواء بالإضافة أو الإلغاء، أو إعادة تنسيق المحرر الإلكتروني دون ترك أي أثر مادي يمكن ملاحظته. ونتيجة الاختلاف بين طبيعة الكتابتين الورقية والإلكترونية، ولما تفتقر إليه هذه الأخيرة من الثقة والطمأنينة؛ تصدى التطور التكنولوجي لمشكلة تعديل الكتابة الإلكترونية، وذلك من خلال استخدام برامج الحاسوب التي تسمح بتعديل النص الإلكتروني إلى صورة ثابتة لا يمكن تعديلها[874]. فإن وجد شيء من ذلك، فإن للمحكمة أن تقدر ما يترتب على هذه العيوب من إسقاط قيمتها في الإثبات أو إنقاصها. ويمكن معالجة هذه المشكلة أيضا باستخدام برامج متطورة قادرة على الكشف

---

[872] V. par. ex.,

1- Loi N° 96-659 du 26 juillet 1996 de *réglementation des telecommunications***,** JORF N°174 du 27 juillet 1996 p.11384: **2-** Décret no 98-101 du 24 février 1998 *définissant les conditions dans lesquelles sont souscrites les déclarations et accordées les autorisations concernant les moyens et prestations de cryptologie***,** JORF N°47 du 25 février 1998 p.2911; **3-** Arrêté du 13 mars 1998 *définissant la forme et le contenu du dossier concernant les déclarations ou demandes d'autorisation relatives aux moyens et prestations de cryptologie***,** JORF N°63 du 15 mars 1998 page 3886; **4-** Décret no 98-206 du 23 mars 1998 *définissant les catégories de moyens et de prestations de cryptologie dispensées de toute formalité préalable*, JORF N°71 du 25 mars 1998 p.4448; **5-** Décret no 98-207 du 23 mars 1998 *définissant les catégories de moyens et de prestations de cryptologie pour lesquelles la procédure de déclaration préalable est substituée à celle d'autorisation*, JORF N°71 du 25 mars 1998 p.4449.

[873] حمودي محمد ناصر، نفس المرجع، ص.28؛ الياس ناصيف، المرجع السابق، ص.216.

[874] الياس ناصيف، المرجع السابق، ص.217؛ إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص.194-195.

عن أي تعديل في البيانات الالكترونية، وأن تحدد البيانات المعدلة، تاريخ تعديلها بدقة[875]. وأخذت بهذا الشرط المادة العاشرة الفقرة الأولى من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة التي تنص على أنه: "*الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشأت أو أرسلت أو استلمت به، أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشأت أو أرسلت أو استلمت*"[876].

وفي نفس السياق، ذهب المشرع الفرنسي وفق المادة 1366 من القانون المدني[877]، وذلك بورود عبارة: *et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à* ***en garantir l'intégrité***"، يُفهم من عبارة "*تضمن سلامتها*" عدم تعديل من مضمون البيانات والحفاظ على صورتها التي دونت بها في أول مرة. كذلك كرس المشرع الجزائري هذا الشرط وفق المادة 323 مكرر 1 بقولها: "...في ظروف تضمن سلامتها "[878].

من خلال هذه الخصائص يتضح أن المفهوم الجديد للكتابة[879] أدخل مسحة من التطور على مفهوم الكتابة مما آل إلى التخلي عن التعريف التقليدي المرتكز على المفهوم الورقي والمادي، فالاعتراف بالكتابة في الشكل الالكتروني قد أدى في الحقيقة إلى تقويض ثنائية المحتوى والوعاء (*contenu – support*)، التي كانت تشكل إحدى أهم خصائص الكتابة التقليدية، ولكن الفصل بين مضمون الكتابة والشكل الذي ترد فيه يثير مسألة الثقة في هذا النوع من الكتابة، ويصيب قيمتها القانونية بالنقصان. فالكتابة في الشكل الإلكتروني على خلاف الكتابة التقليدية معرضة للتبديل وللتحوير اللاحق مما يمس قوتها الثبوتية، الشيء الذي جعل المشرع يحيطها بعدة ضمانات[880]. وهو ما سنتطرق إليه بالحديث عن القوة الثبوتية للكتابة في الشكل الالكتروني في الفرع الموالي.

---

[875] سعيد السيد قنديل، *التوقيع الالكتروني*، ط.1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص.ص.105 وما بعدها.

[876] القرار رقم 51/162، *قانون الأونسيترال النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996*، المرجع السابق.

[877] Article 1366: « *...et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité*.». Modifié par Ordonnance N°2016-131 du 10 février 2016, art. 4.

[878] المادة 323 مكرر 1: "... *وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها*". مضافة بالقانون 05-10 المعدل والمتمم للأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري.

[879] للمزيد من التفصيل، راجع كمال العياري، *التطور العلمي وقانون الإثبات، الندوة العالمية حول الإثبات باستعمال وسائل المعلوماتية والتكنولوجية الحديثة*، المنعقدة بين 06-08 جانفي 2003، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، بيروت، لبنان.

[880] بربي نذير، المرجع السابق، ص.48.

الفرع الثالث
القوة الثبوتية للكتابة في الشكل الالكتروني

ذهبت جل التشريعات إلى المساواة بين المحررات الالكترونية والمحررات التقليدية في الإثبات؛ وبذلك أضفت الحجية القانونية على الكتابة في الشكل الالكتروني، ومن ذلك القانون النموذجي للجنة القانون التجاري الدولي للأمم المتحدة ضمن المادة السادسة لم يشترط توافر كل شروط المحررات التقليدية في المحررات الالكترونية، رغم انه ساوى بينهم، وبالمقابل نص على بعض المتطلبات الأخرى مثل وجوب استنساخ وقراءة رسالة البيانات، وأن تكون في المتناول بحيث يمكن الرجوع إليها، وورد بالمادة الخامسة من نفس القانون أنه: "*لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها في شكل رسالة بيانات*". هذا يعني أن يكون للكتابة الالكترونية في شكل رسالة بيانات نفس الحجية المقررة للكتابة التقليدية في الإثبات. كما دعا المجلس الأوروبي الدول الأعضاء للاعتراف بالوسائل الإلكترونية، وذلك بصدور التوجيه رقم 93/1999 المتعلق بالتواقيع الإلكترونية سالف الذكر أين اعترف فيه بالحجية القانونية في الإثبات للمحررات الإلكترونية ذاتها المقررة للمحررات التقليدية، شريطة أن يكون موثوقاً ومستوفياً لشروطه.

ومن التشريعات الداخلية التي بادرت إلى تبني نصوص قانونية تعترف بالقوة الثبوتية للمحرر الالكتروني مسترشدة بالقانون النموذجي وكذا توجيهات الاتحاد الأوربي، نجد المشرع الفرنسي الذي اعترف للسجلات الالكترونية بذات القوة الثبوتية المعترف بها للمحررات التقليدية في الإثبات، وذلك بموجب المادة 1366 من القانون المدني، التي أشارت إلى أن الكتابة على دعامة الكترونية لها نفس قوة الإثبات المقررة للدعامة الورقية[881].

ومن جانبه تطرق المشرع الجزائري بمناسبة تعديله للقانون المدني بموجب الأمر رقم 05-10 إلى مسألة الإثبات الالكتروني، واعترف بموجبه بحجية الكتابة في الشكل الالكتروني، حيث نصت المادة 323 مكرر1 على أنه:"*يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق...الخ*" . نستنتج من هذا النص أن المشرع الجزائري كرس مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة على الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق. لكن عند القيام بمقارنة القيمة القانونية للقوة الثبوتية للمحررات الالكترونية مع القيمة القانونية للقوة الثبوتية للمحررات التقليدية نجد أن هناك عدم توازن بين نوعي الكتابة، هذه اللامساواة خلقت نوع من التنازع في حجية كل منهما وهو ما اصطلح عليه بـ"*مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة في الشكل الالكتروني والكتابة على الورق*". فلو سلمنا

---

[881] Article 1366: «*L'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier…*»
للمزيد من التفصيل، راجع خالد عبد التواب، المرجع السابق، ص.340.

جدلا أن أحد الأطراف تمسك بالمحرر الالكتروني فيما تمسك الثاني بالمحرر التقليدي؛ *فأي الدليلين يستند إليه القاضي للفصل في النزاع؟*

وبذلك، ظهر جدل فقهي حول ما إذا كانت الكتابة الإلكترونية تعادل حجية الكتابة الرسمية، واحتدم النقاش حول إمكانية إثبات العقود التي يستلزم في إثباتها الكتابة الرسمية بالكتابة الإلكترونية. لذلك انقسم الفقه في فرنسا إلى اتجاهين، الاتجاه الأول يوسع من مفهوم الكتابة الإلكترونية ليشمل الكتابة الرسمية؛ أمّا الاتجاه الثاني فيضيق من مفهوم الكتابة الإلكترونية لتشمل فقط الكتابة العرفية، كون المشرع أراد حماية رضا المتعاقدين لاشتراطه الكتابة الرسمية في بعض العقود، والتي تتطلب حضور الضابط العمومي وتوقيعها. ويميل البعض إلى الرأي الثاني في عدم إثبات التصرفات والعقود التي يشترط فيها المشرع لإثباتها الكتابة الرسمية، كما هو الحال بالنسبة للمادة 324 من القانون المدني الجزائري[882]. وتطبيقاً لهذا الاتجاه الفقهي فأحكام الكتابة العرفية هي التي تطبق على الكتابة الإلكترونية[883].

أما على مستوى الجزائر، لم تكن تثار مسألة تنازع أدلة الإثبات قبل تعديل القانون المدني بموجب الأمر رقم 05-10، الذي اعترف بموجبه المشرع بحجية الكتابة في الشكل الإلكتروني في إثبات العقود والتصرفات القانونية التي توازي في قيمتها القانونية حجية الكتابة الورقية، وذلك لسبب بسيط هو أن قانون الإثبات لم يكن يعترف قبل هذا التاريخ إلا بالكتابة التي تكون على دعامة ورقية أو مادية. وبذلك لم يكن من الممكن تصور حدوث تنازع بين أدلة الإثبات الكتابية فيما بينها، فلكل منها قوتها الثبوتية ودرجتها المحددة قانونا، فكانت المحررات الرسمية الأقوى ثم الكتابة العرفية المعدة للإثبات فالمحررات العرفية غير المعدة للإثبات. أما والحال قد تغير لاحقا بظهور المحررات الالكترونية والتي أصبحت تنافس المحررات الورقية وتزاحمها، أصبح السؤال يطرح نفسه حول قوتها الثبوتية. *لذلك يثور التساؤل حول القيمة القانونية في الإثبات للوثيقة الالكترونية مقارنة بالوثيقة العادية في شكلها الرسمي؟*

بالنسبة للتشريع الفرنسي، عالج المشرع مسألة تنازع أدلة الإثبات الورقية والالكترونية وفق المادة 1368 التي أشارت إلى انه عندما لا ينص القانون على قواعد مخالفة أو عندما لا يكون هناك اتفاق متكافئ في إثبات الالتزامات والحقوق بين الأطراف يبت القاضي في النزاعات القائمة حول الإثبات بالكتابة عبر تحديد السند

---

[882] المادة 324: "*العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه*". القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[883] مقتبس من، مناني فراح، العقد *الالكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري*، المرجع السابق، ص.177.

الأكثر مصداقية، أيا كانت دعامته، وذلك عن طريق استخدام كافة الطرق المتوفرة لديه[884]. ما يمكن ملاحظته حول هذا الحل التشريعي الذي اعتمده المشرع الفرنسي أنه أعطى للقاضي سلطتين، الأولى صلاحية البت بالنزاعات القائمة حول وسائل الإثبات وتحديد السند الأكثر مصداقية، والثانية هي سلطة تقديرية واسعة في عملية التحديد، فهو الذي يرجح واسطة إثبات دون أخرى بمعزل عن الدعامة ورقية كانت أو إلكترونية، وذلك باستخدام كافة الطرق المتوفرة لديه. كذلك إمكانية وضع اتفاقات بين المتعاقدين تخالف قواعد الإثبات الموجهة للقاضي، وبذلك الاعتراف بأن هذه القواعد يمكن الاتفاق على خلافها [885].

وهذه القواعد التي جاء بها القانون الفرنسي يمكن الاستعانة بها في الجزائر[886] كونها لا تخرج عن القواعد العامة المتعلقة بالإثبات، فالقاضي الجزائري في غياب النص الذي يفصل في تنازع أدلة الإثبات بإمكانه استعمال سلطته التقديرية لترجيح أحد الأدلة على غيرها، كما في حالة ما إذا عرض عليه محرران عرفيان ورقيان، إلا إذا اتفق طرفا العقد على ترجيح إحدى الوثائق على الأخرى، كأن يتفقا على ترجيح وثيقة إلكترونية على الوثيقة الخطية، وهذا الاتفاق جائز لأن قواعد الإثبات الموضوعية ليست من النظام العام[887].

في واقع الأمر يصعب على القاضي ترجيح الوثيقة الإلكترونية على الوثيقة الورقية لسببين: أولهما سبب نفسي، فالقاضي الذي تعود على الوسائل الورقية والتوقيع باليد في إثبات العقود والتصرفات، سيكون منحازا عفويا إلى الوسيلة التي تعودها، فيكون في الأمر قرينة هي ترجيح المستند الورقي حتى إثبات العكس، وقد يصعب أخذ القاضي به للسبب نفسه. وثانيهما سبب واقعي، فمعرفة القاضي متصلة بالقانون وليس بالآلة أو بالتقنية، وهي متميزة وفي غاية الدقة في هذا المجال المتطور، مما سيلغي مبدأ التكافؤ الوظيفي بين الوسائل الإلكترونية والتقليدية في الإثبات، الذي أقره المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني[888].

---

[884] Article 1368:«*A défaut de dispositions ou de conventions contraires, le juge règle les conflits de preuve par écrit en déterminant par tout moyen le titre le plus vraisemblable*». Modifié par Ordonnance N°2016-131 du 10 février 2016 - art. 4.

[885] للمزيد من التفصيل، راجع سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص.ص.360 وما بعدها.

[886] وفي نفس السياق يقول الأستاذ يحي بكوش: *" تبقى القواعد الموضوعية الخاصة الإثبات التي تمس بالحقوق الخاصة خاضعة لإرادة الخصوم يتصرفون فيها طبقا لرغباتهم"*؛ للمزيد من التفصيل، راجع يحي بكوش، *أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي*، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، (دون سنة النشر)، ص.53

[887] يوجد اتجاهان فقهيان في هذا الشأن: *الاتجاه الفقهي الأول* يرى أن قواعد الإثبات الموضوعية من النظام العام، وبذلك يمنع كل اتفاق يحصل بين المتخاصمين حولها، كونها مرتبطة بوظيفة الدولة وإقامة العدالة. *أما الاتجاه الفقهي الثاني* فيفرق بين قواعد الإثبات الموضوعية وبين الإجراءات الخاصة بالإثبات، فيجيزون الاتفاق حول الأولى، باعتبارها حقوق ترجع إلى الخصوم، وأن من حقهم التنازل عنها. ويمنعون الاتفاق حول الثانية ويصنفونها ضمن قواعد النظام العام، ولذلك يمنعون الاتفاق على إجراءات الإثبات وغلى شروط قبول قواعد الإثبات، والشكليات المقررة في ذلك، وقيمة تلك القواعد والحجج التي ينبغي أن تعطى لها. مقتبس من، يحي بكوش، المرجع السابق، ص.ص.52 وما يليها.

[888] سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص.367.

المطلب الثاني
التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات

تتمثل وظيفة التوقيع عموما في تحديد هوية الموقع، والتعبير عن رضاه بالتصرفات التي صدرت من قبله، ولا تعتبر الكتابة دليلا كاملا في الإثبات إلا إذا كانت مرفقة بالتوقيع، ويعتبر التوقيع العنصر الثاني من عناصر الدليل الكتابي المعد أصلا للإثبات، وبدون التوقيع يفقد الدليل الكتابي حجيته. والتوقيع شأنه شأن الكتابة فهو رديف لها في التطور، إذ خضع تقريبا لنفس التساؤلات والإشكالات القانونية التي ميزت الكتابة. فالتوقيع التقليدي بدأ ينحصر في حياة الناس وحل محله التوقيع الالكتروني. الأمر الذي استدعى تنظيم تشريعي له ببيانه وإرساء أحكامه وإضفاء الحجية على قوته الثبوتية، وهو ما سنعالجه تحت هذا العنوان. *لهذا يثار الإشكال عن خصوصية التوقيع الالكتروني إزاء نظيره التقليدي من زاوية القوة الثبوتية؟*

للجواب على الإشكال سنتطرق إلى مفهوم التوقيع الالكتروني (**الفرع الأول**). ثم سنتناول حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول
مفهوم التوقيع الالكتروني

اختلفت التشريعات والفقه في تعريفها للتوقيع الالكتروني، ومرد ذلك طبيعة التقنية المستعملة في التوقيع التي تنطوي على التعقد والتجدد والتنوع.

أولا.– التعريف التشريعي والفقهي للتوقيع الالكتروني:

سنتطرق إلى التعريف التشريعي ثم سنتكلم عن التعريف الفقهي للتوقيع الالكتروني كما يلي:

1.– التعريف التشريعي للتوقيع الالكتروني:

جاء في المادة الثانية الفقرة الأولى من قانون الأونسيترال النموذجي، بشأن التوقيعات الالكترونية لسنة 2001 على أن التوقيع الالكتروني هو: "*بيانات في شكل الكتروني، مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة إليها مرتبطة بها منطقيا يجوز أن نستخدم لتعيين هوية الموقع، بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات*".

أما التوقيع الالكتروني في توجيهات الاتحاد الأوربي فعرف من خلال المادة الثانية الفقرة الأولى من التوجيه الأوربي رقم 99/1993 المتعلق بالتوقيعات الالكترونية سالف الذكر فقد عرّف بأنه بيان أو معلومة معالجة الكترونياً، ترتبط منطقياً بمعلومات أو بيانات الكترونية أخرى (كرسالة أو محرر) التي تصلح كوسيلة لتمييز الشخص وتحديد هويته[889]. كما عرفه القانون الفرنسي في المادة 1367 من القانون المدني الفرنسي بأنه التوقيع الضروري لإتمام التصرف القانوني الذي يميز هوية من وقعه، ويعبر عن رضائه بالالتزامات التي تنشأ عن هذا التصرف، وعندما يكون إلكترونيا فيجب أن يتم باستخدام وسيلة آمنة لتحديد هوية الموقع وضمان صلته بالتصرف الذي وقع عليه[890].

أما بالنسبة للتشريعات العربية، فقد عرفته المادة الأولى الفقرة الثالثة من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 14 لسنة 2004 سالف الذكر بأنه: "*ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره*". في حين عرف المشرع الأردني التوقيع الالكتروني في قانون المعاملات الالكترونية المؤقت رقم 85 لسنة 2001، في المادة الثانية منه بأنه: "*البيانات التي تتخذ هيئة حروف، أو أرقام، أو رموز، أو إشارات، أو غيرها وتكون بشكل الكتروني، أو رقمي، أو ضوئي، أو أي وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات أو مضافة عليها، أو مرتبطة بها، ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها، ويميزه عن غيره*". كما عرفته المادة الثانية من القانون الإماراتي رقم 23 لسنة 2002، بأنه: "*توقيع مكون من حروف، أو أرقام، أو رموز، أو صوت، أو نظام معالجة، ذي شكل الكتروني، وملحق أو مرتبط منطقياً برسالة الكترونية، وممهور بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة*".

هذا بالنسبة للتشريعات الأجنبية، أما بالنسبة للتشريع الجزائري قام المشرع بإدراج التوقيع الالكتروني للمرة الأولى بواسطة القانون رقم 05-10 الذي تم من خلاله تم الاعتراف بالكتابة الالكترونية كوسيلة إثبات؛ وذلك بإضافة المادتين 323 مكرر و 223 مكرر1 كما سبق القول. وفي المادة

---

[889] Article 2-1: «*signature électronique", une donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de méthode d'authentification*;». Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, Op.cit.

[890] Article 1367 : «*La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie son auteur. Elle manifeste son consentement aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte.*

Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat». Modifié par Ordonnance N°2016-131 du 10 février 2016 - art. 4

327 الفقرة الثانية المعدلة بالقانون سالف الذكر؛ اعتد المشرع الجزائري بالتوقيع الالكتروني كحجية في الإثبات، التي ورد فيها ما يلي: *" ... ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر1 أعلاه...الخ"*. وبذلك أضفى المشرع الجزائري الحجية على المحررات الإلكترونية. ثم فيما بعد اتبعه بالمرسوم التنفيذي[891] رقم 07-162 المؤرخ في 30 من ماي سنة 2007 المعدل والمتمم للمرسوم 01-123 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، حيث نصت المادة الثالثة مكرر الفقرة الأولى على تعريف بسيط للتوقيع الالكتروني بأنه: "*معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و 323 مكرر1 من القانون المدني*". أما الفقرة الثانية من ذات المادة فقد عرفت ما سمته بـ*"التوقيع الالكتروني المؤمن"*، وهو ذلك التوقيع الالكتروني الذي حتى يحوز الاعتراف القانوني به لا بد أن يفي بثلاث شروط حددتها المادة وهي: أن يكون التوقيع الالكتروني خاصا بالموقع، وأن يتم بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية، وأن يضمن مع الفعل المرتبط به صلة، بحيث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلا للكشف عنه. أما الفقرة الموالية فعرفت شخص الموقّع كونه شخص طبيعي يعمل لحسابه الخاص.

بقي الوضع على حاله إلى غاية صدور القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01 من فيفري سنة 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين[892]، حيث عرفت المادة الثانية الفقرة الأولى منه التوقيع الالكتروني بأنه: " *بيانات في شكل الكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات الكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق* ". الملاحظ على هذا التعريف هو أن المشرع الجزائري أقر بالتوقيع الالكتروني كوسيلة توثيق إلا أنه لم يبين لنا الطريقة التي يستخدم بها، كما أنه قام بتعريفها تعريفاً عاماً مما يسمح باتساع نطاقها، وذلك خلافاً لبعض التعاريف التي وردت في التشريعات الأجنبية كالتشريع الإماراتي والأردني والمصري، حيث استعملوا للدالة على مصطلح البيانات عدة أنماط كالحروف والأرقام والرموز. وتحسن الإشارة إلى أن تعريف المشرع الجزائري للتوقيع الالكتروني يقترب من التعريف الوارد في المادة الثانية الفقرة الأولى من قانون الأونسيترال لعام 2001، وكذا التعريف الوارد بالتوجيه الأوربي رقم 93 لسنة 1999 الوارد في المادة الثانية الفقرة الأولى. ومن جهتها، أشارت المادة السادسة من القانون رقم 15-14 إلى الغرض من التوقيع الالكتروني بقولها: "*يستعمل التوقيع الالكتروني لوثيق هوية الموقع وإثباته قبوله مضمون الكتابة في الشكل الالكتروني*".

---

[891] المرسوم 07-162 يعدل ويتمم المرسوم 01-123 *المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية*، المرجع السابق.

[892] القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01 فيفري 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية، الصادرة في 10 فيفري 2015. عدد 6، ص.06.

تحسن الإشارة إلى أنه ما يسجل على التعاريف سابقة الذكر أنها تشير إلى أن التوقيع الالكتروني يعتبر كبديل للتوقيع التقليدي؛ بالتركيز على الوسيلة التي يتم بها إنشاءه، مثل الرموز والأرقام ليتم إخراجه في شكل رسالة إلكترونية.

2.- التعريف الفقهي للتوقيع الالكتروني:

عرف بعض الفقهاء[893] التوقيع الالكتروني بأنه: "*بيان مكتوب بشكل إلكتروني يتمثل في حرف أو رقم أو رمز أو إشارة أو صوت أو شفرة خاصة ومميزة ينتج من إتباع وسيلة آمنة، وهذا البيان يلحق أو يرتبط منطقيا ببيانات المحرر الإلكتروني في الدلالة على هوية الموقع على المحرر والرضاء بمضمونه*"[894]. بينما عرفه البعض الآخر[895] بأنه: "حروف، أو أرقام، أو رموز، أو إشارات، لها طابع منفرد، تسمح بتحديد شخصية صاحب التوقيع، وتميزه عن غيره، ويتم اعتماده من الجهة المختصة"[896]. ويعرف أيضاً بأنه: " *مجموعة من الإجراءات والوسائل التقنية التي تتيح استخدامها عن طريق الرموز أو الأرقام أو الشفرات لإخراج علامة مميزة لصاحب الرسالة المنقولة إلكترونياً* "[897]. وعرف كذلك بأنه: " *تعبير شخص عن إرادته في الالتزام بتصرف قانوني معين، عن طريق تكوينه لرموز سرية يعلمها هو وحده، تسمح بتحديد هويته*"[898]. كما عرف التوقيع الالكتروني بأنه : " *عبارة عن كلمات أو إشارات أو رموز مشفرة، خاصة بصاحبه، أو بالهيئة المتخصصة المعترف بها من قبل الحكومة، ومحددة لهوية الشخص أو الجهة المختصة الذي وقعها، ومعبرة عن مضمون التصرف الذي من أجله صدر هذا التوقيع* "[899].

الملاحظ من استقراء التعريفات السابقة أن الفقه يحاول تعريف التوقيع الإلكتروني من خلال التركيز على كيفية إنشاء التوقيع أو من خلال التركيز على الوظيفة التي يؤديها التوقيع في الحياة العملية تاركا المجال لظهور أنواع جديدة من أشكال التوقيع الإلكتروني مثله مثل التعريفات التشريعية.

---

[893] من بين هؤلاء الفقهاء: عبد الفتاح بيومي الحجازي، المرجع السابق .ص.67؛ وعلاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص.30.

[894] مقتبس من، أحمد شرف الدين، *ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التجارة الإلكترونية*، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2000، ص.20.

[895] من بين هؤلاء الفقهاء: منير محمد الجنبهي وممدوح محمد الجنبهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.194-195؛ ثروت عبد الحميد، *التوقيع الالكتروني*، ط.02، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 2002، ص.32.

[896] مقتبس من، يوسف أحمد النوافلة، *حجية المحررات الالكترونية في الإثبات*، ط.1، دار وائل للنشر، 2007، ص.70.

[897] مقتبس من، حمودي ناصر، المرجع السابق، ص.285.

[898] مقتبس من، أيمن سليم، *التوقيع الالكتروني*، ط.01، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص.22.

[899] مقتبس من، ميكائيل رشيد علي زيباري، المرجع السابق، ص.287.

ثانياً.– الفروق الجوهرية بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع التقليدي:

لكل من التوقيع الالكتروني والتقليدي خصائصه المميزة له، ذلك أن كل منهما له بيئته الخاصة التي نشأ فيها، وكذا إطاره الزماني الذي تموقع فيه.

1.– من حيث صوره أو شكل التوقيع:

إن التوقيع التقليدي يتم في صورة إمضاء أو التوقيع بالختم أو بصمة الإصبع، وإن للموقع حرية في اختيار أي صورة من هذه الصور، أما بالنسبة للتوقيع الإلكتروني فإنه لا يشترط فيه صورة أو شكل معين حيث يمكن أن يتم بطرق لا حصر لها كالحروف أو الأرقام أو الرموز أو الإشارات. كل ذلك بشرط أن يكون لها طابع فردي، يسمح بتمييز الشخص صاحب التوقيع وتحديد هويته، وإظهار رغبته في إقرار العمل القانوني والرضا بمضمونه. فالتوقيع الإلكتروني على رسالة ما أو وثيقة هو عبارة عن بيانات متجزئة من الرسالة ذاتها (جزء صغير من البيانات) يجرى تشفيره وإرساله مع الرسالة، بحيث يتم التوثق من صحة صدور الرسالة من الشخص عند فك التشفير، وانطباق محتوى التوقيع على الرسالة.

2.– من حيث الوسيط أو الدعامة التي يوضع عليها التوقيع:

بالنسبة للتوقيع التقليدي، يتم عبر وسيط مادي ملموس ومحسوس وهو في الغالب وسيط ورقي، بحيث تذيل به الكتابة، كما هو الحال بالنسبة للتوقيع الكتابي. أما التوقيع الإلكتروني فيتم عبر وسيط إلكتروني غير محسوس سواء بطريقة كلية أو جزئية، وذلك من خلال أجهزة الكمبيوتر أو عبر الإنترنيت. بحيث يكون بإمكان أطراف العقد الاتصال ببعضهم البعض والإطلاع على وثائق العقد، والتفاوض بشأن شروطه وإفراغ هذا العقد في محررات إلكترونية، وأخيرا التوقيع عليها إلكترونيا[900].

3.– من حيث الوظائف التي يؤديها التوقيع:

التوقيع التقليدي يقوم بوظيفتين:

آ.– أنه يحدد هوية وشخصية الموقع ويميزه عن غيره من الأشخاص؛
ب.– أنه دليل على الحضور المادي لأطراف التصرف في وقت التوقيع أو حضور من يمثلهم قانوناً أو اتفاقاً.

---

[900] محمد بودالي، *التوقيع الالكتروني*، 2003، مجلة الإدارة، عدد 02، ص.57.

أما التوقيع الإلكتروني فيحقق عدة وظائف:

آ.– أنه يحدد هوية وشخصية الموقع ويميزه عن غيره من الأشخاص؛
ب.– أنه يسمح بالتعاقد عن بعد؛
ج.– أنه يحقق قدراً من الأمن والثقة في صحة التوقيع وانتسابه لصاحبه؛
د.– إن التوقيع الإلكتروني يمنح المستند صفة المحرر الأصلي وبالتالي يجعل منه دليلاً معداً مسبقاً للإثبات له نفس منزلة الدليل الكتابي الذي يتم إعداده مسبقاً قبل أن يثور النزاع بين الأطراف[901].

ثالثاً.– صور التوقيع الإلكتروني:

من أهم صور التوقيع الإلكتروني وأكثرها انتشارا، التوقيع البيومتري والتوقيع الرقمي والتوقيع بالقلم الإلكتروني.

1.– التوقيع البيومتري (Signature biométriques):

تمكن آلية عمل هذا النوع من التواقيع في التحقق من شخصية المتعامل بالاعتماد على الخواص الذاتية والصفات الفيزيائية والطبيعية والجسدية والسلوكية للإنسان لتمييزه وتحديد هويته، فالتوقيع البيومتري يعتمد على الخواص الذاتية للإنسان التي تميزه عن غيره وتختلف من شخص إلى آخر مثل: بصمة اليد التي تختلف من شخص إلى آخر، وبصمة قزحية العين التي تختلف أيضا من شخص إلى آخر، وهي التي تتمثل في الجزء الموجود خلف قرنية العين ويعطي للعين لونها، والتي تختلف من شخص إلى آخر، وكذلك بصمة أو نبرة الصوت فهي تختلف من شخص إلى آخر، وكذلك درجة ضغط الدم، وغيرها من الصفات الجسدية والسلوكية والبيولوجية للإنسان. ويتم التأكد والتحقق من شخصية الموقع المتعامل مع هذه الطرق البيومترية عن طريق إدخال المعلومات إلى الحاسب الآلي، مثل الفأرة ولوحة المفاتيح التي تقوم بالتقاط صورة دقيقة لعين الموقع أو صورته أو يده أو بصمته الشخصية، ويتم تخزينها بطريقة مشفرة في ذاكرة الحاسب الآلي، ويعاد فك هذا التشفير للتحقق من صحة التوقيع وذلك بمطابقة صفات وسمات العميل المستخدم للتوقيع مع الصفات التي يتم تخزينها على جهاز الحاسب الآلي، ولا يسمح له بالتعامل إلا في حالة المطابقة الكاملة.

وقد اختلف الفقهاء في مدي تمتع هذه الوسيلة بالحماية، حيث يرى جانب من الفقه ضعف هذه الوسيلة نظرا لكون هذه الوسيلة يتم تخزينها والاحتفاظ بها في ذاكرة الحاسب الآلي، أو على قرص ممغنط فإنه

---

[901] ممدوح محمد علي مبروك، *مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات*، دار النهضة العربية، القاهرة، ص.49.

يمكن مهاجمتها أو نسخها بواسطة التقنيات التي يستخدمها قراصنة الحاسب الآلي، أو عن طريق نظام فك التشفير، كما يمكن لقراصنة الحاسب الآلي استخدام أنواع معينة من العدسات اللاصقة بنفس اللون والشكل والخواص التي يتم تخزينها على الحاسوب، كما يمكن تسجيل بصمة الصوت وإعادة بثها[902].

ما يمكن قوله أن استخدام هذه الوسيلة يعتمد في المقام الأول على وضع نظام معلوماتي آمن يوفر الحماية والأمان لهذه الوسائل، ويمكن أن يتحقق ذلك من خلال تأمينه عن طريق التصديق عليه من جهات معتمدة مرخص لها بممارسة هذا العمل وتخضع لرقابة الدولة، بحيث تكفل التحقق على نحو دقيق من شخصية الموقع، والحفاظ على سرية هذا التوقيع، وحمايته، وتوفير وسائل الأمان له مما يضفي عليه مزيدا من الثقة لدى المتعاملين عبر تقنيات الاتصال الحديثة.

2.- التوقيع الرقمي (La signature numérique):

وهو عبارة عن رقم أو رمز سري، ينشئه صاحبه، باستخدام برنامج حاسوبي ينشئ دالة رقمية مرمزة لرسالة الكترونية، يجري تشفيرها بإحدى خوارزميات المفتاح العام والمفتاح الخاص[903]، ويقوم هذا النوع من التوقيع باستخدام اللوغاريتمات المعقدة من خلال معادلة رياضية، تعمل على تحويل الأحرف (النص العادي المكتوب) إلى أرقام ورموز، بحيث لا يمكن لأحد أن يعيدها إلى صيغتها الأولى، إلا الشخص الذي يملك المعادلة الأصلية أو ما يسمى بالمفتاح الخاص بفك التشفير، ثم يسجل التوقيع الرقمي بشكل رسمي عند جهات تعرف بسلطات التوثيق (*Autorités de certification*). ويتم هذا التوقيع بوجود مفتاحان، مفتاح العام وهو معروف للكافة ومفتاح خاص يتوفر فقط لدى الشخص الذي أنشاه ويمكن بهذه الطريقة لأي شخص يملك المفتاح العام أن يرسل الرسائل المشفرة، ولكن لا يستطيع أن يفك شفرة الرسالة إلا الشخص الذي لديه المفتاح الخاص.

يعد التوقيع الرقمي حالياً من أكثر صور التوقيع أماناً للعقود المبرمة عبر الانترنيت[904]، فهو يحقق التوثيق من هوية الموقع، والسلامة من صحة محتويات المحرر، والسرية للمعلومات المدونة، وعدم إمكانية إنكاره

---

[902] أشار إليه، سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص.215.

[903] علاء محمد نصيرات، *حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات*، ط.01، دار الثقافة، 2005، ص.30.

[904] *ويمكن تلخيص مزايا هذا التوقيع في الآتي*: 1.- أنه يؤدي إلى إقرار المعلومات التي يتضمنها السند أو التي يهدف إليها صاحب التوقيع؛ 2.- يسمح بإبرام العقود عن بعد، وذلك دون حضور المتعاقدين جسديا في ذات المكان، الأمر الذي يساعد في ضمان وتنمية التجارة الإلكترونية؛ 3.- يعد وسيلة مأمونة لتحديد هوية الشخص الذي قام بالتوقيع. *أما أكبر سلبية من سلبيات التوقيع الرقمي* فتتمثل في أن احتمال تعرض الرقم السري أو الكودي للسرقة أو الضياع أو التقليد، مما يجعل صاحبه ملزما بسرية رقمه، وفي حالة تسرب الرقم للآخرين فيعد هو المسؤول عن الآثار المترتبة

من جانب الموقع، وذلك للارتباط التام بين المفتاح العام والمفتاح الخاص. كما يستخدم هذا النظام خاصة في التعاملات البنكية، وأوضح مثال على ذلك بطاقة الائتمان التي تتضمن رقما سريا لا يعرفه إلا الزبون، الذي يدخل بطاقته في آلة السحب، عندما يطلب الاستعلام عن حسابه أو يبدي رغبته في صرف جزء من رصيده.

3.- التوقيع بالقلم الإلكتروني (Pen. Op):

تتم هذه الصورة من التوقيع عن طريق قيام الموقع بكتابة توقيعه باستخدام قلم إلكتروني ضوئي خاص وحساس يمكنه الكتابة على شاشة جهاز الحاسب الآلي عن طريق برنامج خاص يقوم بخدمة التقاط التوقيع والتحقق من صحته بالاستناد إلى حركة هذا القلم على الشاشة والأشكال التي يتخذها من دوائر أو انحناءات أو التواءات أو نقاط ودرجة الضغط بالقلم وغير ذلك من سمات التوقيع الشخصي الخاصة بالموقع، والذي يكون قد سبق تخزينه بالحاسب الآلي[905]. غير أن هذا النوع من التوقيع يحتاج إلى تقنية عالية ونوع خاص من الحاسبات يقبل الكتابة على شاشة مباشرة، ويتم استخدامه غالباً من طرف أجهزة الأمن.

ينتقد غالبية الفقهاء هذا النوع من التوقيع، وذلك لكون استعماله يثير العديد من المشكلات، نظرا لكونه محفوف بالعديد من المشكلات التي لم تجد طريقها للحل إلى الآن، وهى مشكلة إثبات العلاقة بين التوقيع والمحرر، حيث لا توجد تقنية تمكن من قيام هذه الرابطة، إذ بإمكان المرسل إليه الاحتفاظ بنسخة من التوقيع التي وصلته على أحد المحررات الإلكترونية، ثم يعيد وضعها على أي محرر إلكتروني آخر ويدعي أن هو صاحب التوقيع الفعلي، وهو ما سيؤدي إلى انعدام الثقة والأمان في هذه الطريقة[906].

ومهما كانت الانتقادات التي يمكن أن توجه لهذا النوع من أنواع التوقيع الإلكتروني، غير أنه لا يمكن إنكار الجهود المبذولة التي يبذلها علماء التقنية والاتصالات لتطوير هذه الوسائل والوصول إلى أفضل الحلول، والتي يمكن أن تضفي على هذا النوع من التوقيع مزيدا من الحماية والأمان. وبذلك توفر الثقة لدى المتعاملين في مجال الحماية الإلكترونية، وهذا يؤدي في النهاية إلى مواكبة ركب التطور في هذا العالم الإلكتروني الجديد.

على ذلك طالما أنه لم يراعي قواعد الحيطة والحذر، إلا إذا قام بالإبلاغ عن سرقته أو فقدانه إلى سلطات التوثيق أو البنك. مزايا وسلبيات التوقيع الرقمي، تاريخ الاقتباس، 2017/10/15، متاح على الرابط التالي: https://lahodod.blogspot.com/2014/06/blog-post_8914.html

[905] ممدوح محمد علي مبروك، المرجع السابق، ص.14.

[906] أشار إليه، ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص.61؛ حسن جميعي، المرجع السابق، ص.35.

الفرع الثاني
حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

بما أن للتوقيع أهمية كبيرة في الإثبات حيث أن قواعد الإثبات بوجه عام لا تقبل المستندات العرفية إلا إذا كانت موقعة، ولا تقبل المستندات غير الموقعة إلا كمبدأ ثبوت بالكتابة يستلزم بينة أخرى. لذا كانت قوانين الإثبات تستوجب بالإضافة إلى شروطها الموضوعية، كالتوقيع على المستندات الورقية بالإمضاء، أو الختم أو بصمة اليد. مما يعني أن أي شكل آخر لا يكون له أثر قانوني، بل نظراً لأهمية العقود الالكترونية في وقتنا الحاضر؛ وضع مشرعو الدول قوانين اعترفت بحجية التوقيع الالكتروني ضمن شروط موضوعية. لذا اتجهت النظم القانونية إلى قبول حجية التوقع الالكتروني في الإثبات، شريطة حفظ المعلومات عن طريق نظام خدمة التصديق الالكتروني.

غني عن البيان، أن قبول القضاء للتعاقد الإلكتروني يتطلب إقرار حجية التوقيع الإلكتروني وهو توقيعها في المنازعات، ونظرا لأهمية المعاملات الإلكترونية في وقتنا الحالي، وتنامي التجارة الإلكترونية، وظهور مفاهيم جديدة كالسندات الرقمية والنقود الالكترونية والمعلومات الالكترونية؛ اعترفت معظم دول العالم في تشريعاتها بحجية التواقيع الإلكترونية ضمن شروط موضوعية، حيث كان أول اعتراف بالتوقيع الالكتروني سنة 1989 في مجال البطاقات الائتمانية[907]. وبتاريخ 13 من ديسمبر سنة 1999 أصدر الاتحاد الأوربي التوجيه رقم 93/1999 يتعلق بالتوقيع الالكتروني سالف الذكر، حيث ورد في المادة الثانية الفقرة الثانية منه أن التوقيع الالكتروني يجب أن يكون التوقيع مرتبطا بشخص الموقع وحده، وأن يسمح بتعريف هوية الموقع، وأن يكون قد وجد بوسائل تمكن الموقع من إبقائها تحت رقابته الحصرية، إضافة إلى أن يكون التوقيع مرتبطا بالبيانات التي يشار إليها بشكل يسمح بكشف كل تعديل لاحق عليها[908]. ثم لاحقاً صدر قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيع الالكتروني سنة 2001. حيث جاء في المادة السادسة منه الشروط المتطلبة في التوقيع الالكتروني حتى يتمتع بحجية في الإثبات، وهذه الشروط هي:

---

[907] للمزيد من التفصيل، راجع طوني ميشيل عيسى، *التنظيم القانوني لبيئة الانترنت*، ط.1، صادق للنشر، بيروت، 2001، ص.315.

[908] Article 2-2: «*signature électronique avancée: une signature électronique qui satisfait aux exigences suivantes:* ***a)*** *être liée uniquement au signataire;* ***b)*** *permettre d'identifier le signataire;* ***c)*** *être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif et* ***d)*** *être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable*». Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, Op.cit.

أولا.- ارتباط التوقيع بشخص الموقع؛

ثانيا.- تحديد وقت و تاريخ نشوء الكتابة الالكترونية؛

ثالثا.- تحديد مصدر نشوء الكتابة الالكترونية ودرجة سيطرته على الوسيط المستخدم؛

رابعا.- عدم وجود تدخل بشري في نشوء وصدور الكتابة الالكترونية؛

خامسا.- إمكان كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الالكتروني[909].

وفي نفس السياق، ذهبت المادة 1367 من القانون المدني الفرنسي إلى اشتراط جملة من الشروط حتى يعتد بالتوقيع الالكتروني ويحوز الحجية اللازمة كدليل إثبات، من حيث ارتباطه بالموقع دون غيره، وان يسمح بتحديد هوية الموقع وسلامة التوقيع، ويعبر عن موافقة الأطراف على الالتزامات الناشئة، ويكون بمعرفة موظف عمومي[910].

أما على مستوى التشريعات العربية فقد أصدر المشرع المصري القانون رقم 15 لسنة 2004 حيث ورد في المادة 18 الاعتراف بحجية التوقيع الالكتروني في الإثبات، إذ نصت على أنه: "*يتمتع التوقيع الالكتروني، والكتابة الالكترونية، والمحررات الالكترونية بالحجية في الإثبات إذا ما توافرت فيها الشروط الآتية*:

أولا.- ارتباط التوقيع الالكتروني بالموقع وحده دون غيره؛

ثانيا.- سيطرة الموقع دون غيره على الوسيط الالكتروني؛

ثالثا.- إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الالكتروني، أو التوقيع الالكتروني، وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون، الضوابط الفنية، والتقنية اللازمة لذلك".

ورد في المادة العاشرة الفقرة الأولى من قانون المعاملات الالكترونية الأردني على أنه: "*إذا استوجب تشريع نافذ توقيعاً على المستند، أو نص على ترتيب أثر على خلوه من التوقيع، فإن التوقيع الالكتروني على السجل الالكتروني يفي بمتطلبات ذلك التشريع*". وأشارت الفقرة السابعة

---

[909] للمزيد من التفصيل، راجع نضال إسماعيل برهم، المرجع السابق، ص.177-178.

[910] Article 1367: «*La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie son auteur. Elle manifeste son consentement aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte.*
Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat». Modifié par Ordonnance N°2016-131 du 10 février 2016 - art. 4.

من نفس المادة إلى أنه: "*يتم إثبات صحة التوقيع الالكتروني، ونسبته إلى صاحبه إذا توافرت طريقة لتحديد هويته والدلالة على موافقته على المعلومات الواردة في السجل الالكتروني الذي يحمل توقيعه، وكانت تلك الطريقة مما يعول عليها لهذه الغاية في ضوء الظروف المتعلقة بالمعاملة، بما في ذلك اتفاق الأطراف على استخدام تلك الطريقة*".

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد ورد في المادة 327 الفقرة الثانية ما يلي: "*ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفقا للشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه* "، وبذلك يكون المشرع قد سوى في الحجية بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني، وهو ما يسمى بالتعادل الوظيفي بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني، أي أن التوقيع الالكتروني يمكن أن يقوم بذات الوظائف التي يقوم بها التوقيع الخطي من حيث تحديد هوية صاحبه وإقراره بمضمون التعامل الذي استخدم هذا التوقيع في إنجازه[911]. وفي نفس الوقت أحال المشرع على الشروط المنصوص عليها في المادة 323 مكرر 1 للاعتداد بهذا التوقيع وهي:

أولا.- إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدره؛

ثانيا.- أن يكون معدا ومحفوظا في ظروف تضمن سلامته.

من المعلوم بأنه يصعب تحقق هذين الشرطين إلا بوجود جهات وسيطة تصادق على صحة هذا التوقيع، وضمان أن صدوره كان من الشخص المنسوب إليه، وتأكيد أنه لم يحدث أي تحريف أو تعديل فيه. وتطبيقا لذلك، وفى المشرع الجزائري بوعده إذ قام بإصدار القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01 من فيفري سنة 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، حيث أشارت المادة السادسة منه إلى الغرض من التوقيع الالكتروني بقولها: "*يستعمل التوقيع الالكتروني لتوثيق هوية الموقع وإثباته قبوله مضمون الكتابة في الشكل الالكتروني*"، في حين ورد بالمادة السابعة الشروط المتطلبة في التوقيع الالكتروني حتى يعتد به القانون، والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

أولا.- أن ينشأ على أساس شهادة تصديق الكتروني موصوفة؛

ثانيا.- أن يرتبط بالموقِّع دون سواه؛

---

[911] بديع منصور، المرجع السابق، ص.365.

ثالثا.- أن يمكِّن من تحديد هوية الموقِّع؛

رابعا.- أن يتم بوسائل يستطيع الموقع من خلالها الاحتفاظ به، والسيطرة عليه بشكل حصري؛

خامسا.- أن يرتبط ببيانات تخرجه في شكل يسمح بإمكانية كشف كل تعديلات لاحقة تمسها.

وتكريسا لهذه الشروط المتطلبة في التوقيع الالكتروني حتى يعتد به من الناحية القانونية ويحوز القوة الثبوتية، ووفق المادة الثانية الفقرة 12 منح هذا القانون سلطة إضفاء الإقرار أو الاعتماد على التوقيع الالكتروني لجهة مهيئة لهذا الغرض سماها: "*مقدمو خدمات التصديق الالكتروني*". وبذلك حقق المشرع الجزائري مبدأ التعادل الوظيفي بين التوقيع الالكتروني والتوقيع التقليدي من الناحية العملية بموجب نظام خدمات التصديق الالكتروني الذي يمنح شهادات مصادقة واعتماد للتعاقدات الالكترونية عموما والتوقيع الالكتروني خصوصا.

كان هذا كل ما ورد بالباب الأول من هذه الدراسة المتضمنة التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية، انطلاقاً من الإطار التشريعي الضابط لها وصولاً إلى الأحكام القانونية الناظمة للعقد الالكتروني من جميع جوانبه. غير أن هذه الأحكام سالفة الذكر ستكون في مهب الريح ما لم تتوج بنظم حمائية فعالة وكافية، ويزداد الأمر أهمية تعلق هذه الأحكام بوافد جديد على حياة الأفراد لم يعتادون ويتأقلمون بعدُ مع أدبياته ألا وهو في وسائل الاتصال الالكترونية، ولتتحقق هذه الحماية لا بد من إقرار نظام مسؤولية فعال يحمي الحقوق من أشكال الاعتداء المختلفة، يضاف إلى ذلك ضرورة وجود آليات قانونية وقضائية فعالة لتسوية النزاعات في الفضاء الرقمي بما يتناسب ويتلائم مع الطبيعة الالكترونية لمثل هذه الخصومات. كل هذا سنتطرق إليه في الباب الموالي ضمن ثلاثة فصول مستقلة.

ورد بالقانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية الجزائري ضرورة أن يتضمن العقد الالكتروني شروط وكيفيات التسليم ومصاريف وأجال التسليم، كما أوجب العقد النموذجي وقانون الاستهلاك الفرنسي على المحترف تحديد تاريخ التسليم خلال 30 يوماً وإلا يجوز إنهاء العقد ورد المبالغ المدفوعة، بينما أشارت المادة 22 من القانون رقم 18-05 سالف الذكر إلى آثار عدم التزام المورد الالكتروني بمدد التسليم وهو حق المستهلك في إعادة المنتج خلال أربعة أيام مع التعويض، وعلى المورد إرجاع المبلغ مع التكاليف خلال 15 يوما من استلام المنتج. القوانين الخاصة بالتجارة الالكترونية لم تعالج مكان التسليم وإنما تطبيق القواعد العامة، ووفقا للمادة 27 من القانون 18-04 الخاص بالاتصالات الالكترونية الدفع الالكتروني يتم إما عن بعد أو بواسطة أنظمة بنكية أو مؤسسات بريدية، وعدا بطاقات السحب المذكورة في القانون التجاري الجزائري لا يوجد نص تشريعي ينظم الدفع الالكتروني، لوسائل الدفع الالكتروني قيمة مخزونة الكترونيا وتمتاز بالطابع الدولي وبخاصية الآمان، كما تم استبدال الوسائل التقليدية المكتوبة بالالكترونية كالتحويل الالكتروني وبطاقات الدفع الالكتروني والنقود الالكترونية والوسائط الالكترونية المصرفية. يعرف القانون 18-05 المستهلك الالكتروني بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي، وللإشارة صدر قانون هامون الفرنسي سنة 2014 استجابة للتوجيه الأوروبي رقم 83/2011 المتعلق بحقوق المستهلكين، حيث حدد مفهوم المستهلك وأن المستهلك والمحترف لا يخضعان لنفس النظام القانوني سواء في إطار بيع منتج أو تقديم خدمة، وحمايةً للمستهلك الالكتروني من الشروط التعسفية أشارت المادة 14 من القانون 18-05 إلى الجزاء المتمثل في إبطال العقد مع التعويض، كما أدرج المشرع الفرنسي الالتزام بالإعلام صراحة في المادة 1/1112 من القانون المدني بعد تعديلها بموجب الأمر 131/16، وتكريسا لحماية قصوى للمستهلك أوجب العقد النموذجي الفرنسي لسنة 1997 تحديد ما إذا كان المستهلك قد وافق صراحة أو ضمنا على استعمال بياناته الاسمية بمناسبة التعاقد، أيضاً أوجب القانون 18-05 على المورد الالكتروني أن يستجيب عرضه التجاري لمقتضيات الوضوح والشفافية وضرورة مرور طلبية المنتوج بمراحل محددة، كما اقر قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 14-344 حق المشتري في إرجاع المنتج في مدة 14 يوما من تاريخ التسليم وبدون جزاء. لقد أفرد المشرع الجزائري للإشهار الالكتروني فصلاً كاملا مستقلاً، وحمايةً للمعطيات ذات الطابع الشخصي أدرجها في المادة 46 من الدستور. يفهم من العبارة الواردة في المادة 323 مكرر أن المشرع قد وسع من مفهوم الكتابة ليشمل الكتابة الالكترونية شريطة قابليتها للقراءة وبقائها وعدم زوالها، وذهبت جل التشريعات إلى المساواة بين المحررات الالكترونية والمحررات التقليدية في الإثبات ومنها التشريع الجزائري الذي أقر التوقيع الالكتروني كوسيلة توثيق إلا أنه لم يبين الطريقة التي يستخدم بها، كما أنه قام بتعريفها تعريفاً عاماً مما يسمح باتساع نطاقها. من المعلوم أن التوقيع الإلكتروني يهدف إلى تحديد هوية المؤَقِّع ويحقق قدراً من الأمن والثقة لذلك سوى المشرع الجزائري في الحجية في الإثبات بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني، ولغرض ذلك استحدث جهة وسيطة تصادق على صحة التوقيع ألا وهي جهات التصديق الالكتروني، ولأجل هذا أصدر المشرع الجزائري القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين.

البـــاب الثـــاني

الحمـــاية القـــانونية للتجـــارة الالكترونيـــة

إن أحكام المسؤولية بكافة جوانبها هي السلاح البارز الذي يتصدى بواسطته رجل القانون لمواجهة كل خطر يداهم امن الفرد وحقوقه ويهدد استقرار الجماعة[912]. ولكن قواعد المسؤولية رغم تطورها الدائم إلا أنها كشفت عن قصورها النسبي في مواجهة المعاملات والمخاطر الالكترونية، فقد بدت الحاجة ماسة إلى توفير الحماية الوقائية للفرد من تلك المخاطر، دون انتظار حدوث خطأ ووقوع الضرر، يضاف إلى ذلك صعوبة الإثبات وتحديد الشخص المسؤول. لهذا، فإن التنظيم التشريعي ينبغي أن يستهدف في المقام الأول وضع الضمانات الوقائية لحماية حريات وحقوق المواطنين وتكريس استقرار الجماعة. كما أنه وفي ظل الطابع العالمي للمعاملات والمخاطر الالكترونية؛ باتت التشريعات الوطنية بمفردها عاجزة عن التصدي لها بحلول مستقلة ومنعزلة لحكم العلاقة القانونية الالكترونية المنطوية على عنصر أجنبي. حيث يطفو إلى السطح تنازع الاختصاص القضائي والتشريعي، في إطار تحديد الجهة القضائية المختصة بنظر النزاع وكذا القانون الواجب التطبيق على النزاع. لذلك، ظهرت الحاجة إلى ميلاد قواعد قانونية ذات طابع دولي وتستجيب في نفس الوقت لمتطلبات البيئة الرقمية، ذلك أن دولية العلاقة القانونية تقتضي دولية القواعد القانونية التي تحكمها. *ومنه، وجب التساؤل حول مدى كفاية القواعد القانونية التقليدية في تجسيد الحماية الكافية لمشتملات التجارة الالكترونية وفي نفس الوقت تكون كفيلة بحل النزاع الالكتروني؟*

وللإجابة على التساؤلات سابقة الذكر، والإحاطة بموضوع البحث، سنطرق بداية إلى المسؤولية المدنية الالكترونية عن سوء استخدام الانترنيت (**الفصل الأول**). ثم سنتحدث عن الاختصاص القضائي الدولي بحكم منازعات التجارة الالكترونية والطرق البديلة لحل النزاع (**الفصل الثاني**). وأخيراً سنتناول مسألة القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الالكترونية (**الفصل الثالث**).

---

[912] في سياق التأكيد على المسؤولية والوفاء بالعهود ورد بمحكم التنزيل العديد من آي الذكر الحكيم، كقوله جل ذكره: **{وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالبَصَرَ وَالفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا}** الإسراء، الآية 36، وفي سياق ضرورة التيقن من صحة المعلومة من مصدرها الحقيقي؛ ورد قوله تعالى:**{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ}** الحجرات، الآية 06، وقوله تعالى كذلك في وجوب ردع المخالف: **{ وَقِفُوهُمْ إِنَّهُمْ مَسْئُولُونَ}** سورة الصافات، الآية، 24، وقال جل ذكره في معرض ربط منظومة العقود بمبدأ المسؤولية: **{وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا}** الإسراء، الآية 34، وقال سبحانه وتعالى أيضاً في سياق التأكيد على المسائلة: **{فَوَرَبِّكَ لَنَسْأَلَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ}** الحجر، الآية 92، وقال تعالى أيضاً: **{ فَلَنَسْأَلَنَّ الَّذِينَ أُرْسِلَ إِلَيْهِمْ وَلَنَسْأَلَنَّ الْمُرْسَلِينَ فَلَنَقُصَّنَّ عَلَيْهِمْ بِعِلْمٍ وَمَا كُنَّا غَائِبِينَ}** الأعراف، الآية 07، وروى ابن حبان في صحيحه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: **((إنَّ الله سائلٌ كل راعٍ عمَّا استرعاه: حفظَ أم ضيَّع؟ حتى يسأل الرجل عن أهلِ بيته))**، رواه النسائي في سننه الكبرى، 374/5 رقم 9174، وابن حبان في صحيحه، 345/10 رقم 4493، وقال ناصر الدين الألباني: "حسن"، انظر حديث رقم : 1774 في صحيح الجامع، المصدر: *"أرشيف ملتقى أهل الحديث"*، تاريخ الاقتباس: 2019/09/20، http://www.islamport.com/b/4/aammah/B%203%20346.html

الفصل الأول

المسؤولية المدنية الالكترونية عن سوء استخدام الانترنيت

إن ظهور الوسائل الالكترونية أسهم في تقدم الحياة البشرية وتسهيل الاتصال بين الشعوب في الدول، فكما أنه لكل تقنية في العالم جوانبها الايجابية وجوانبها السلبية، فإن شبكة الانترنيت قد تلعب دورا سيئا تفوق خطورته أي تصور في ظل التنامي المرعب والمتسارع لعدد مستخدميها في العالم[913]. فهي تمنح وبمقابل زهيد شبكة دولية للمجموعات المتطرفة والعنصرية والماجنة أو المخالفة للنظام العام بصفة عام، في بث سمومها وأفكارها. فقد جاء في الكلمة الافتتاحية التي ألقاها المفوض الأعلى للأمم المتحدة لحقوق الإنسان: "*أن الإنترنيت، تحولت في أيدي بعض المجموعات إلى سلاح لبث رسائل الكراهية والتفرقة*". وهذا ما أدى بلجنة الوزراء في المجلس الأوروبي إلى إصدار بيان تضمن ما يلي: " *يتعين على الدول الأعضاء في الاتحاد ضمان احترام حقوق الإنسان والكرامة الإنسانية، وبالخصوص الحريات المتمثلة في الحق في التعبير أو حرية التعبير وحماية الفرد ضد كل أشكال التمييز العنصري، عند استعمال وتطوير التكنولوجيات الحديثة للاتصال*". وهو نفس التوجه الذي نهجه البرلمان الأوروبي الموحد المنعقد في أفريل 1997، والذي دعا إلى عمل أوروبي ودولي موحد لمكافحة الجوانب العنصرية التي يمكن لشبكة الإنترنيت أن تبثها والقضاء عليها.

ففي جانب المسائلة القانونية المتعلقة بخروق البيئة الرقمية حاولت بعض التشريعات المتطورة كالتشريعات الأوروبية والأمريكية إيجاد إطار قانوني وتنظيمي لقواعد المسؤولية الالكترونية. غير أنها عادة ما تصطدم بصعوبة تحديد المسؤول الالكتروني. ويزداد الأمر صعوبةً في ظل تضافر جهود العديد من الأشخاص وتنوع أدوارهم بدءاً من مورد بمستخدم الانترنيت بصفته العادية أو الاحترافية وما يتعلق بضرورة حمايته القانونية، وانتهاءً بالفنيين الذين يقدمون الخدمات التقنية والفنية لمستخدمي الانترنيت، الأمر الذي يؤدي إلى

---

913 *Statistiques d'usage d'Internet* :

- 4,12 milliards d'internautes, soit 54% de la population mondiale (+8% entre juillet 2017 et juillet 2018).
- 3,36 milliards d'inscrits sur les réseaux sociaux, soit 44% de la population mondiale (+11% entre juillet 2017 et juillet 2018).
- Taux de pénétration d'Internet dans le Monde :
- 73% en Amérique (+3% entre janvier 2017 et janvier 2018).
- 80% en Europe (+6% entre janvier 2017 et janvier 2018).
- 34% en Afrique (+20% entre janvier 2017 et janvier 2018).
- 48% en Asie du Sud (+5% entre janvier 2017 et 2018).

Thomas Coëffé, Chiffres Internet, 2018, le 29 août 2018, Date de citation: 20/09/2018, Disponible à : https://www.blogdumoderateur.com/chiffres-internet/,

صعوبة تحديد مسئولية كل منهم عن الأضرار الناتجة عن تبادل المعلومات، والمعطيات على الشبكات الرقمية، وخاصة شبكة المعلومات الدولية.

وعليه، لتحديد مسؤولية أي من هؤلاء لابد من الوقوف على من مساهمة كل طرف في انتشار المضمون غير المشروع في الفضاء الرقمي. فمن المعلوم أن المحتوى المعلوماتي حتى يخرج إلى البيئة الرقمية يمر بعدة مراحل ابتداء من تأليف وإنتاج المعلومة بمعرفة كاتب أو شاعر أو أي شخص في شكل كتابي أو سمعي أو بصري، وهو ما يصطلح بمورد المعلومات. ثم تأتي المرحلة الثانية، وهي إتاحة هذه المعلومات للمستخدمين ويتم ذلك بواسطة مقدمي خدمات الانترنت التقنية كمتعهد الإيواء ومورد منافذ الدخول. *ومنه، يمكن لنا التساؤل عن ملامح وحدود المسؤولية الالكترونية لكل فاعل في الفضاء الرقمي*؟

لمعالجة هذه الإشكالية ارتأينا تناول الموضوع في نقطتين أساسيتين هما: المسؤولية المدنية لمقدمي ومستخدمي خدمات الانترنت المعلوماتية (**المبحث الأول**). والنقطة الثانية مسؤولية مقدمي خدمات الانترنيت التقنية (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول

المسؤولية المدنية لمقدمي ومستخدمي خدمات الانترنيت المعلوماتية

من الطبيعي أن نبدأ بالشخص المتصل بموقع الانترنيت (*L'intenaute*)، فهو الشخص المألوف والظاهر، وهو الطرف رئيسي في خدمة الانترنيت، بل إن الانترنيت من دونه لن تظهر إلى العيان. عرف الأستاذ محمد حسين منصور[914] كل من مقدم ومستخدم خدمات الإنترنت المعلوماتية بأنه: "*الشخص الذي يلتحق بشبكة الشبكات* (*Celui qui ce connecte au réseau des réseaux*)، *إنه يسبح في فضاء الانترنيت بقصد الحصول على المعلومات أو بهدف بثها، فهو في الحالة الأولى يكون بمثابة مستهلك سلبي أو مسالم* (*Consommateur passif*)، *وفي الحالة الثانية يكون بمثابة مورد للمضمون المعلوماتي* (*Fournisseur de contenus informationnels*)"[915]. وعليه، طالما أن كل متصل بالانترنيت يكون بمثابة فاعل أساسي في المعلومات الالكترونية؛ فإنه يوصف بأنه مقدم أو مستخدم محتوى معلوماتي.

---

[914] سبق الإشارة إليه في الفصل الثاني من الباب الأول.

[915] مقتبس من، محمد حسين منصور، *المسؤولية الالكترونية*، دار الجامعة الجديدة، ط.1، الإسكندرية، 2007، ص.197.

طبقاً لهذا التعريف، يمكن القول أن الشخص المتصل بموقع الانترنيت قد يكون متصفحا لها فقط، وقد يستقي منها المعلومات، كما قد يضيف إليها بصفته منتجاً لمحتوى معلوماتي معين، وقد يجمع بين هذه العمليات جميعا. لذلك، سمي بـ "*مستخدم ومقدم خدمات الانترنيت المعلوماتية*" بدلا من زائرها أو متصفحها أو غيرها من التسميات التي تطلق بهذا الخصوص، كي تشمل التسمية جميع هذه العمليات[916]. بالرغم من اختلاف أماكن تواجد مستعملي الإنترنت، فإنهم يشتركون في شيء واحد وهو العمل والاشتراك في خروج المحتوى المعلوماتي إلى العلن وانتشاره. ولذلك، فإنه على عكس المستخدمين لوسائل الإعلام التقليدية، فدور مقدم ومستخدم المحتوى المعلوماتي ليس سلبياً، لأنه قد يقوم بإنتاج أو إرسال المعلومات. وبذلك، تنعقد مسئوليته، وإن كان نظام هذه المسئولية يختلف بحسب ما إذا كان يقوم بتوجيه رسالة خاصة أو أنه يوجه هذه المعلومات للجمهور[917]. ومن بين العقبات التي تواجه نظام المسؤولية المتعلقة بالمحتوى المعلوماتي هو تحديد المسؤول عن الفعل الضار في ظل تعدد المتدخلين في الفضاء الرقمي سواء من ناحية صناعة ونشر المعلومة في حد ذاتها، أو من ناحية التمكين للوسائل التقنية والفنية اللازمة لصناعة ونشر هذه المعلومة. *لهذا، يثور الإشكال حول حدود المسؤولية بين صانع المحتوى المعلوماتي "مورد المعلومات" والذي قام بالإطلاع عليه ونشره "مستخدم المحتوى المعلوماتي؟*

بناء على ما سبق، سنتطرق بداية إلى المسؤولية المدنية لمقدمي خدمات الانترنيت المعلوماتية (**المطلب الأول**). ثم المسؤولية المدنية لمستخدمي خدمات الانترنيت المعلوماتية (**المطلب الثاني**).

---

[916] عايد رجا الخلايلة، *المسؤولية التقصيرية الالكترونية: المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب والانترنيت: دراسة مقارنة*، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص.54.

[917] عبد الكريم شمسان، *بحث حول المركز الوطني للمعلومات والانترنيت في اليمن*، المؤتمر التاسع للاتحاد العربي للمكتبات والمعلومات، دمشق، أكتوبر 1998، ص.ص.12 وما بعدها.

المطلب الأول

المسؤولية المدنية لمقدمي خدمات الانترنيت المعلوماتية

تبرز أهمية مسئولية مقدم خدمات الانترنيت المعلوماتية أو ما يسمى بـ "*مورد المعلومات*" في مجال النشر الإلكتروني، حيث انتشر استخدام الإنترنت في نشر المعلومات على شبكة المعلومات الدولية. وقد يتمثل ذلك في نشر المؤلفات والمجلات والصحف بموضوعاتها المختلفة، وذلك بصورة رقمية تتيح استعراضها مقابل اشتراك مالي. إذ أوجدت كبرى مؤسسات النشر مواقع لها على الإنترنت إلى جانب أنشطتها التقليدية. وكما أن كثيراً من وجهات النشر الناشئة حديثاً قد وجدت في الإنترنت بيئة عمل مناسبة لها، إذ ليس لديها مطابع أو مكاتب واقعية. والمعلومات والبيانات المعالجة إلكترونيا هي إبداع فكري لمنتجها، وبذلت في سبيل الوصول إليها مجهودات مضنية واستثمارات ضخمة. لذا، فهي تتمتع بقيمة اقتصادية كبيرة، بيد أنها تكون في صورة أموال غير مادية، وهي ما يطلق عليها اسم الأموال المعلوماتية[918]، حيث يمكن نسبتها إلى مبتكرها، ويتحدد سعرها بوصفها سلعة قابلة للتداول، كما يمكن حمايتها وحيازتها بغض النظر عن الدعامة المثبتة عليها وكذا إمكانية نقلها للغير، بل يمكن تشبيهها في بعض صور الطاقة مثل التيار الكهربائي. ومن ثمة، يمكن اعتبار المعلومة سلعة، ومن يقوم بتأليفها أو بثها عبر الشبكة يسمى بـ "*المرود المعلوماتي*" ووصف من يستخدم هذه المعلومة بصفة "*المستهلك المعلوماتي*"[919].

قبل التطرق إلى مسؤولية مورد المحتوى المعلوماتي لابد من تحديد المقصود بمورد المحتوى المعلوماتي، (**الفرع الأول**). ثم سنتكلم عن إثارة المسؤولية المدنية لمورد المحتوى المعلوماتي (**الفرع الثاني**). ثم سنعرج للحديث عن مدى مسؤولية وسائل التواصل الاجتماعي عن المحتوى المعلوماتي غير المشروع (**الفرع الثالث**).

---

[918] من الناحية اللغوية مفردة "معلومة-*information*" مأخوذة من كلمة(*inFormer*)، التي تعني القابلية لاتخاذ شكل معين، أما من الناحية الاصطلاحية، فهناك اختلاف فقهي في تعريفها، حيث حددها الفقيه كاتالا-*Catala* بأنها: "*كل رسالة يمكن إيصالها للغير بأي وسيلة كانت*"، أما الفقيه "*Galloux*" فقد حددها بأنها: "*شكل أو حالة خاصة للمادة أو نشاط قابل للتفسير*"؛ ارتكز هذان التعريفان على ضرورة إبلاغ هذه الرسالة أو هذه المادة من الغير لكي نعتبرها معلومة. بينما ذهب البعض الآخر إلى اعتبار المعلومة شيء كالفقيهة ***Danjaume*** والفقيه ***Toubol*** والفقيه ***Lemarchand***.... للمزيد من التفصيل، راجع أودين سلوم الحايك، *مسؤولية مزودي خدمات الانترنيت التقنية*، ط.1، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2009، ص.ص.88 وما بعدها؛

تجدر الإشارة إلى أن التشريع المقارن لا يتضمن ولغاية الوقت الحاضر، نصاً قانونيا يعطي تعريفا جامعا مانعا للمعلومة. ومع ذلك، يشير القانون الفرنسي لسنة 1982 الخاص بالاتصالات السمعية والبصرية إلى تعريف عام للمعلومة بوصفها "*صوت وصور لوثائق وبيانات رسائل من أي طبيعة*". للمزيد راجع القانون رقم 82-652، المؤرخ في 1982/07/29 المتعلق بالاتصالات السمعية والبصرية، متاح على الرابط التالي:
Loi N° 82-652 du 29 Juillet 1982 Sur la Communication Audiovisuelle, JORF du 30 Juillet 1982, P 2431.

[919] جمال عبد الرحمان محمد علي، *الخطأ في مجال المعلوماتية*، ط.1، مطبعة كلية علوم بني سويف، مصر، 2003، ص.18-19.

الفرع الأول

المقصود بمورد المحتوى المعلوماتي

إن مورد المعلومات أو مورد المضمون أو متعهد الخدمات كما يحلو للبعض تسميته[920] هو أهم أشخاص الانترنيت من حيث المسؤولية القانونية سواء أكان مؤلفاً للمعلومة باعتباره مصدرها ومنتجها، وقد يكون مجرد صاحب حق في نشرها وبثها عبر الانترنيت. فهو الذي يغذي الشبكة بالمعلومات، فهو يعتبر بمثابة القلب النابض لبث الحياة في هذه الشبكة[921]، وتدفق المعلومات إليها. وكون مورد المحتوى المعلوماتي شخص مهني فهو يعد المسؤول الأول عن تلك المعلومات التي يتم بثها بواسطة الشبكة[922]، لأنه هو الذي يملك سلطة رقابة مشروعية هذه المعلومات، والتحكم في بثها عبر الإنترنت. كما أنه هو الذي يقوم بتحميل النظام بالمعلومات الذي قام بتأليفها أو جمعها حول موضوع معين ويتولى الاختيار والتجميع والتوريد للمادة المعلوماتية حتى تصل إلى الجمهور عبر الشبكة[923].

عرفه المشرع الفرنسي مورد المحتوى المعلوماتي وفق التعديل الذي أجراه على قانون حرية الاتصالات الصادر سنة 1986[924]، بعد أن أطلق عليه تسمية: "*الشخص القائم على تقديم خدمة الانترنيت*" بأنه ذلك الشخص الذي يكون نشاطه توفير خدمات الاتصال السمعية والبصرية، كما عرفت المادة الثانية الفقرة الأولى الاتصالات بأنها كل نقل أو إذاعة أو استقبال لعلامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو معلومات أيا كانت طبيعتها بالأسلاك أو بالضوء أو بالراديو أو بالكهرباء أو بأي نظام كهرومغناطيسي[925]. بينما عرفت الفقرة الثانية من ذات المادة خدمة الاتصال بالجمهور بالوسائل الالكترونية على أنها كل شيء يوضع تحت تصرف الجمهور بأي وسيلة من وسائل الاتصال كالعلامات أو الكتابات أو الصور أو الأصوات

---

[920] يسمى كذلك بالمسئول عن الموقع أو منظم الموقع، ويطلق عليه باللغة الانجليزية: *Information Provider*، أو Information *Content Provider*، ويطلق عليه باللغة الفرنسية: *fournisseur d'information* أو *fournisseur de contenu*

[921] في حالة الإعلان بالبريد الالكتروني، يعتبر هو الشخص الذي يمتلك هذا البريد، ويقوم باستخدامه في إرسال الإعلانات إلى الغير. ولهذا مورد المعلومات يشبه المعلن في الدعامات الإعلانية الأخرى. كما هو الحال في الصحافة المكتوبة أو الإذاعة والتليفزيون أو الفضائيات المختلفة. مقتبس من، شريف محمد غنام، *التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الانترنيت*، المرجع السابق، ص.142.

[922] عايد رجا الخلايلة، المسؤولية التقصيرية الالكترونية، المرجع السابق، ص.324.

[923] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.199.

[924] Loi N° 86-1067 du 30 Septembre 1986 *Relative à la Liberté de Communication*, Parue au JO du 01 Octobre 1986, Décision du Conseil constitutionnel N° 86-217 du 18 Septembre 1986. Modifié par Loi N°2004-669 du 9 juillet 2004 - art. 109 (V) JORF 10 juillet 2004 en vigueur le 1er août 2004, Disponible à: https://www.alain-bensoussan.com/wp-content/uploads/10195384.pdf

[925] Article 2-1: «*On entend par communications électroniques les émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électromagnétique*». Loi N° 86-1067 du 30 Septembre 1986, Op.cit.

أو الرسائل أيا كانت طبيعتها والتي لا تتخذ صورة المراسلات الخاصة[926]. اعتبر جانب من الفقه الفرنسي[927] أن هذا التعريف جاء موسعا حيث شمل كل وسيلة سمعية أو بصرية ومنها الانترنيت[928]. وبهذا الوصف، يكون مورد خدمات المعلومات هو الشخص المسؤول عن الأضرار الناجمة عن المعلومات سواء تضرر منها الغير أو مؤلف هذه المعلومات، باعتباره هو الوحيد الذي يملك سلطة حقيقية في رقابة محتوى هذه المعلومات. وبذلك، فهو ملزم باحترام القواعد والأحكام القانونية التي تفرضها النصوص المختلفة المتعلقة بحق النشر وحماية الحياة الخاصة للآخرين وكذا حماية حقوق المؤلف[929].

أما قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي، فقد أطلق وفق المادة السادسة الفقرة الثالثة على مختلف خدمات شبكة الانترنت المتمثلة وظيفتها الأساسية في المساعدة على نشر المضامين وصف "*ناشر خدمة الاتصال الموجه للجمهور عبر الانترنت*"[930]، سواء كان نشاطها يمارس بصفة مهنية أو غير مهنية[931]، غير أن المشرع الفرنسي لم يعط تعريفا لهذه الوظيفة مكتفيا بتصنيفها وترتيب التزامات قانونية على عاتق القائم بها تختلف بحسب ما إن كان مهنيا أو غير مهني.

أما المشرع الجزائري، فقد ذهب تقريبا إلى ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في تعريفه للاتصالات الالكترونية وفق المادة العاشرة من القانون رقم 18-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية سالف الذكر. حيث عرفها بأنها: "*كل إرسال أو تراسل أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو بيانات أو معلومات مهما كانت طبيعتها، عبر الأسلاك أو الألياف البصرية أو بطريقة كهرومغناطيسية*". في حين عرفت الفقرة 16 من نفس المادة خدمة الاتصالات الإلكترونية للجمهور بأنها: "*كل خدمة تتمثل كليا أو أساسا في تزويد الجمهور بالاتصالات الإلكترونية، وكذا الخدمات التي تستعمل قدرات شبكات الاتصالات الالكترونية والتي تتطلب زيادة على خدمة الاتصالات الإلكترونية القاعدة، وظائف المعالجة أو التخزين*".

---

[926] Article 2-2: «*On entend par communication au public par voie électronique toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de communication électronique, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée*». Loi N° 86-1067 du 30 Septembre 1986, Op.cit.

[927] أشار إليه، عايد رجا الخلايلة، *المسؤولية التقصيرية الالكترونية*، المرجع السابق، ص.59. نقلاً عن،

SEDALLIAN. Valérie., *controlling illégal content over the internet, the french situation*, Disponible à: http:// www.aui.fr/groupes/GFRPS/papier_IBA.Html

[928] أشار إليه، عايد رجا الخلايلة، *المسؤولية التقصيرية الالكترونية*، المرجع السابق، ص.325.

[929] عايد رجا الخلايلة، *المسؤولية التقصيرية الالكترونية*، المرجع السابق، ص.59.

[930] *éditeurs des services de communication au public en ligne.*

[931] *à titre professionnel, ou non professionnel.*

ومن جهته، عرف قانون التجارة الالكترونية الجزائري رقم 18-05 سالف الذكر المورد الالكتروني وفق المادة السادسة الفقرة الرابعة بأنه: "*كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية* ". لهذا يمكن القول أنه هناك علاقة وطيدة بين المورد المعلوماتي وخدمات التجارة الالكترونية، حيث قد يشكل نشاط هذا الأخير مضموناً غير مشروع يستوجب مسؤوليته كأن يعرض صورا دون إذن أصحابها، أو يدلي ببيانات كاذبة أو غامضة تتعلق ببضائع أو خدمات معدة للاستهلاك.

عرف البعض[932] مورد المعلومات بأنه: "*الشخص الذي يزود الوسطاء الآخرين بالمعلومات والبيانات التي يحددها هذا المورد، قد تكون في شكل نصوص مكتوبة أو صور أو قطع موسيقية أو علامات تجارية يعلن عنها*"[933]. بينما عرفه الأستاذ "محمد حسين منصور" بأنه: "*شخص طبيعي أو معنوي يتوسط بين مؤلف مضمون الموقع ومستخدم الانترنيت الذي يرغب في الإطلاع على ذلك الموقع. فهو يقوم بتحميل النظام بالمعلومات التي قام بتأليفها أو جمعها حول موضوع معين، إنه يتولى الاختيار والتجميع والتوريد للمادة المعلوماتية حتى تصل إلى الجمهور عبر الشبكة*"[934].

في حين ذهب الأستاذ "الياس ناصيف" إلى تعريف مورد المعلومات على أنه: "*كل شخص طبيعي أو معنوي، يقوم ببث المعلومات والرسائل المتعلقة بموضوع معين على الانترنت، بحيث يتمكن مستخدم هذه الشبكة من الحصول عليها مجانا أو بمقابل مادي*"[935].

الفرع الثاني
إثارة المسؤولية المدنية لمورد المحتوى المعلوماتي

لقد أحدث هذا النوع الجديد من الأموال فيما يصطلح عليه بـ "الأموال المعلوماتية" جدلاً كبيراً بين الفقهاء فيما يتعلق بالمسئولية المدنية لموِّرد المعلومة. نظراً لأن نشاط التوريد يصطدم بعدة صعوبات، منها أنه نشاط جديد وفي تطور دائم، وهو ما يجب أخذه في الاعتبار عند التحليل القانوني. وقد دفعت الرغبة في

---

[932] Cité par, STROWEL (A.) et IDE (N.), *Responsabilite de Intermediaires: Actualites Legislatives et Jurisprudentielles*, Droit et Nouvelle Technologies, 10 Octobre 2000, p.1. Disponible à: "http://www.droit-technologie ogr.

[933] مقتبس من، شريف محمد غنام، *التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الانترنيت*، ط.1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص.142.

[934] مقتبس من، محمد حسين منصور، *المسؤولية الالكترونية*، المرجع السابق، ص.169-170.

[935] مقتبس من، الياس ناصيف، *العقود الدولية: العقد الالكتروني في القانون المقارن*، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص.269.

توسيع مجال تطبيق المعلوماتية بعض المفكرين إلى العمل على نشر قانون خاص بالمعلوماتية مستقل عن القانون العام، ويكونون بذلك مبشرين بظهور قانون جديد[936]، يمهد لظهور خبراء متخصصين في هذا المجال يتفردون بدراسة مسئولية المورد على الشبكة.

الرأي السابق وان كان وجد قبولاً واهتماماً كبيراً من جانب البعض غير أن الفقه الغالب لم يقتنع بهذا الرأي، وفضل تطبيق المنطق القانوني الموجود في مجال القانون الخاص على نظام المعلوماتية (التليماتيك)، على اعتبار أنه لا يكفي لحل الصعوبات التي يمكن مواجهتها في هذا المجال. وبذلك، فإن الصعوبات تكمن في حلها بموجب نصوص تشريعية وتنظيمات قانونية مدعمة بأحكام القضاء، وهو ما يؤدي مع الوقت إلى ظهور قانون للمعلوماتية ثم قانون المعلوماتية (التليماتيك)، ولكن في النهاية يعتبر جزءاً من المنظومة القانونية الموجودة وليس منفصلاً عنها[937].

أولاً.– موقف التشريعات المقارنة من مسؤولية مورد المعلومات:

وفقاً لأحكام التوجيه الأوربي رقم 2000–31 بشأن التجارة الإلكترونية سالف الذكر، فإن مورد المعلومات يعتبر هو المسئول الأول عن مضمون المعلومات التي يتم بثها عبر تقنيات الاتصال الحديثة. ويلاحظ أنه إذا كان المورد شخصاً معنوياً فإن مديره يعتبر هو المسئول بصفته مديرا حسب القانون الفرنسي، أو رئيساً للتحرير وفقاً للقانون المصري. ولكنه وفقاً للمادة 14 الفقرة الأولى من ذات التوجيه تنتفي مسئولية مورد المعلومات إذا أثبت أنه لا يعرف مضمون هذه المعلومات غير المشروعة، ولا الوقائع أو الظروف التي نشرت فيها هذه المعلومات، وأن يوقف بث أو نشر هذه المعلومات فور علمه بعدم مشروعيتها، أو منع الاتصال بها أو الحصول عليها[938].

---

[936] ظهرت في فرنسا نصوص قانونية منذ خمسة وعشرين عاماً تقريباً لدراسة مسئولية المورد على الشبكة، كما اهتم بذلك الفقه والقضاء، غير أن هذه المحاولات تحتاج إلى تدعيم لأنها ترتبط بالمعلوماتية (التليماتيك). وهذا الأخير يحتاج إلى نظام خاص لأنه مرتبط بالمعلوماتية، والمعلوماتية ترتبط بخصائص المعلومة التي هي متجددة دائماً، ومرتبطة بوسائل الاتصالات، وكذلك صعوبة وضع معاني قانونية محددة في هذا المجال نظراً لتداخلها مع القوانين الأخرى التي تنظم الاتصالات.

[937] قريب من هذا المعنى، أحمد كمال أحمد صبري، *المسؤولية المدنية للمورد على شبكات المعلومات*، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر؛ تاريخ النشر: 2009/08/15، تاريخ الاقتباس: 2015/09/25، متاح على الرابط التالي:
http://www.alnodom.com/thumbnail.php?file=logs/alnodom_889238087.jpg&size=summary_large

[938] Article 14-1: «*Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que: a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparent ou b) le prestataire, dès le moment où il a de telles*

اعتبر القانون الفرنسي رقم 92-546 الصادر بتاريخ 20 من جوان سنة 1992[939] مورد المعلومات مودعاً لديه يسأل عن الوديعة القانونية التي أوجدها واقع حيازته للمعلومات وقدرته على التصرف فيها وتسهيل تداولها وبثها عبر أية وسيلة اتصال وبخاصة عبر شبكة الانترنيت. في حين اعتبره المجلس الأوروبي المسؤول الأول عن المحتويات المعلوماتية في إطار الاتصالات الالكترونية[940].

ووفقاً للمادة السادسة الفقرة الثانية من القانون الفرنسي المتعلق بـ "*الثقة في الاقتصاد الرقمي*" سالف الذكر؛ يتمتع كل شخص طبيعي أو معنوي بحق الرد على أيَّة مادة معلوماتية منشورة على شبكة الإنترنت، تمس بشرفه، أو بسمعته، أو تنتهك حقوقه، ويجب عليه أن يُقدم هذا الرد إلى مدير النشر المسؤول خلال مدة أقصاها ثلاثة شهور تبدأ من تاريخ وقف بث المضمون غير المشروع على شبكة الإنترنت، وليس من تاريخ بدء البث. كذلك يقع على عاتق مورِّد المعلومات التزام عامٍ بتأمين الوسائل التقنية والمعلوماتية اللازمة لتمكين الشخص المضرور من ممارسة هذا الحق، ومن نشر رده مباشرةً على شبكة الإنترنت. كما يجب عليه وفقاً لنص المادتين الثالثة والرابعة الفقرة الثانية، والمادة السادسة من ذات القانون وتحت طائلة المسؤولية؛ تمكين الشخص المضرور من المطالبة بتصحيح أو حتى بشطب المادة المعلوماتية غير المشروعة من على صفحات الويب[941].

ثانياً.– نطاق مسؤولية مورد المعلومات:

إن مورد المعلومات غالباً ما تتجه إليه أصابع الاتهام، ودعاوى المسئولية عن الأضرار التي تسببها المعلومات التي يتم بثها عبر الإنترنت[942]، سواء لحقت هذه الأضرار بمنتج المعلومات أو مؤلفها، أو لحقت

---

connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible». Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, Op.cit.

للمزيد من التفصيل، راجع الياس ناصيف، المرجع السابق، ص.271.

[939] Loi N° 92-546 du 20 Juin 1992 *Relative au Dépôt legal*, JORF N°144 du 23 Juin 1992, p.8167.

[940] AUVRET (P.)., *L'application du Droit de la Presse au Réseau Internet*, JCP 1999. I. 108, p.259-260.

أشار إليه، عايد رجا الخلايلة، *المسؤولية التقصيرية الالكترونية*...، المرجع السابق، ص.59.

[941] Cité par, THIBAULT Verbiest., Pascal.Reynaud,*Comment Exercer Un Droit de Réponse sur L'internet* ?, Date de publication: 21/05/2006; Disponible à: https://www.droit-technologie.org/actualites/comment-exercer-un-droit-de-reponse-sur-linternet/

[942] لقد حرم الفقه الإسلامي الحديث تداول المعلومات والشائعات ضمن مساقات التواصل الاجتماعي دون روية أو تثبت بل الواجب هو التوثق من صحتها والتيقن من مصدره، مع وجوب ضن الخير بالغير والتماس الأعذار والستر من التشهير على الناس؛ فالقرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة رسما طريق التعامل مع المعلومة؛ وقد أسهمت اجتهادات الفقه الاسلامي في ذلك قديما وحديثا، ويتجلى ذلك من خلال قوله تعالى: **{يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ}**، الحجرات، الآية 06؛ وقد قرأ الجمهور ((فتبينوا)) من التبين، وقرأ حمزة والكسائي ((فتثبتوا)) من التثبت، والمراد من التبين هو: "التعرف والتفحص"، والمراد من التثبت هو: "الأناة وعدم العجلة والتبصر في الأمر الواقع والخبر الوارد حتى يتضح ويظهر. مقتبس من، أبو القاسم محمود بن عمرو بن احمد، الزمخشري جار الله

بالجمهور، أو بباقي وسطاء الإنترنت الذين قد يلحقهم الضرر نتيجة مرور هذه المعلومات غير المشروعة عبر تقنياتهم، وأدواتهم المعلوماتية.

وعليه، نقدم هذا البحث المدعم بالتشريعات المقارنة والإيضاءات الفقهية، دون إغفال دعم ذلك بحالات تطبيقية كانت محلا للاجتهادات القضائية إسهاما في تحديد المسؤولية المدنية لمورد المعلومة.

1.– المسؤولية العقدية لمورد المعلومات:

تقوم المسئولية العقدية لمورد المعلومات عند مخالفته لأحد بنود عقد التوريد الذي يربطه بمتعهد الدخول إلى الإنترنت، أو أحد الوسطاء المهنيين في مجال الخدمات المعلوماتية، وكذا عند إخلاله بأحد بنود عقد الاشتراك الذي يربطه بأحد عملائه. حيث انه بموجب عقد الاشتراك –الذي يريد من خلاله العميل الحصول على المعلومة– يكون هو الدائن صاحب الحق بالمطالبة بالمعلومات في مواجهة المدين (المورد) الملتزم بتقديمها طبقا للشروط التعاقدية المتفق عليها. إذ تثور المسؤولية العقدية للمدين في حال ثبوت عدم صحة المعلومات المقدمة عن الأضرار الناجمة عنها، وذلك عن الخطأ المرتكب بصدد تنفيذ التزامه المتعلق بالمضمون المعلوماتي[943].

تكريساً للطابع الحمائي للطرف الضعيف في عقود التجارة الالكترونية المتمثل في المستهلك الالكتروني، ورد بالمادة 18 الفقرة الأولى[944] من قانون التجارة الالكترونية الجزائري رقم 18–05 المسؤولية العقدية للمورد الالكتروني اتجاه المستهلك الالكتروني بقولها: "*بعد إبرام العقد الإلكتروني، يصبح المورد الالكتروني مسؤولا بقوة القانون أمام المستهلك الإلكتروني عن حسن تنفيذ الالتزامات المترتبة على هذا العقد،*

(ت: 538هـ)، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، ط.03، دار الكتاب العربي، بيروت، 1987، ج.03، ص.360. وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((كفى بالمرء كذبا أن يحدث بكل ما سمع))، رواه مسلم في " مقدمة صحيحه" (107/1–نووي)، وأبو داود (4992/298/4)، وابن حبان (30/213/1–إحسان)، وأبو نعيم في "*المستخرج*" (67/95/1)، والحاكم في "المدخل" (ص.107–108).

[943] Cf. CHRISTIANE Féral-Schuhl., *Cyberdroit: Le Droit à L'épreuve de L'internet*, 3e éd., Dunod Dalloz, paris, 2002, p.129; Disponible à : https://www.decitre.fr/livres/cyber-droit-9782100059423.html.
V. aussi, BENSOUSSAN Alain., *Le Multimedia et Le Droit*, 2ème éd., revue et corrigée, Hermes Science Publications, paris,1998, p.478 ; Disponible à : https://www.eyrolles.com/Droit/Livre/le-multimedia-et-le-droit-9782866016630/.

[944] هذه المادة تتوافق مع المادة 15 من القانون الفرنسي المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي، والتي تنص على ما يلي:
«*Toute personne physique ou morale exerçant l'activité définie au premier alinéa de l'article 14 est responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci.*
Toutefois, elle peut s'exonérer de toute ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable, soit à l'acheteur, soit au fait imprévisible et insurmontable d'un tiers étranger à la fourniture des prestations prévues au contrat, soit à un cas de force majeure ». L'article 15 de la Loi Française sur la Confiance dans L'économie Numérique (LCEN), Op.cit.

سواء تم تنفيذها من قبله أو من قبل مؤديي خدمات آخرين، دون المساس بحقه في الرجوع ضدهم". بينما نصت الفقرة الثانية على إمكانية انتفاء مسؤولية المورد الإلكتروني أو جزء منها إذا أثبت أن عدم التنفيذ أو سوءه يعود إلى المستهلك الإلكتروني أو إلى قوة قاهرة. وتجسيداً للالتزامات الملقاة على عاتق المورد الالكتروني، حدّد المشرع الجزائري في المادة 11 من قانون التجارة الإلكترونية معلومات؛ وجب على التاجر الإلكتروني أن يضمنها في عرضه التجاري الإلكتروني بطريقة تكون مرئية ومقروءة ومفهومة، وفي المادة 12 من نفس القانون أكد المشرع على أن طلبية أي منتوج أو خدمة تمر عبر ثلاثة مراحل إلزامية.

ومن جهتها، ذهبت الأستاذة "أروى تقوى"[945] إلى القول بأن: "*طبيعة مسؤولية الإعلامي تكون مسؤولية عقدية في مواجهة مالك الموقع الإلكتروني لارتباطه بعقد عمل مع الأخير، في حين أنَّها تكون تقصيرية في مواجهة الغير الذي أصيب بضرر ناتج عما نشره الإعلامي في الموقع الإلكتروني من محتوى (مقال، صورة،...الخ)، وهذا هو الغالب، في حين تبقى المسؤولية محتفظة بطبيعتها العقدية في حال كان هناك اتفاق بين الإعلامي والمضرور، وذلك عملاً بالقواعد العامة في المسؤولية المدنية*"[946].

ومن التطبيقات القضائية في هذا المجال، الحكم بمسؤولية وكالة الاستعلامات التجارية عن تزويدها العميل بمعلومات مقتضبة وقديمة انتهت صلاحيتها لأن ذلك يعتبر خطأً، وقضي في أحد القرارات القضائية بمسؤولية البنك الذي يزود العميل بمعلومات متحصلة من مجرد مكالمة تلفونية ليس بمقدوره إثباتها أو تحديد مضمونها[947].

2.- المسؤولية التقصيرية لمورد المعلومات:

أما فيما يتعلق بالمسئولية التقصيرية لمورد المعلومات، فإنها تقوم عند مخالفته للقواعد العامة التي تفرض عليه ضرورة احترام حقوق الغير وعدم الإضرار بهم. وبذلك، تنشأ هذه المسئولية في حالة بثه لمعلومات تمثل

---

[945] أروى محمَّد تقوى، حقوقية سورية تحصلت سنة 2003 على إجازة في الحقوق بجامعة دمشق بجمهورية سوريا، وفي 2005 على دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، وفي 2010 على ماجستير في القانون الخاص بعنوان: "*المسؤولية المدنية للصيدلي: دراسة مقارنة*"، ثم على الدكتوراه بعنوان: "*المسؤولية المدنية في مجال الاتصال الإلكتروني*"، حالياً مدرسة متمرنة متفرغة كليا في كلية الحقوق بجامعة دمشق. مقتبس من، طاقم التدريس، سيرة ذاتية، أروى محمَّد تقوى، تاريخ الاقتباس: 2017/05/10، متاح على الرابط التالي: https://svuonline.org/ar/tutor-cv/tatakwa

[946] أروى تقوى، *المسؤولية المدنية للمواقع الالكترونية الإعلامية*، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 30، 2014، عدد الأول، ص.451؛ متاح على الرابط التالي:
http://www.damascusuniversity.edu.sy/mag/law/images/stories/1-2014/ar/443-472.pdf

[947] أشار إليه، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.220-221.

اعتداء على الحياة الخاصة للغير أو تمس بسمعته وشرفه، أو في حالة كونها تمثل اعتداء على حقوق الملكية الفكرية أو تحرض على ارتكاب جريمة، أو في حالة بث معلومات خاطئة أو ناقصة أو شائنة[948]. وعليه، فإن جميع المخالفات الجنائية التي يمكن أن تقع من مورد المعلومات تصلح أساساً لقيام مسئوليته التقصيرية في مواجهة الغير الذي لحق به ضرر مادي أو معنوي من جراء هذه المخالفات، حتى ولو لم يرتبط معه بعلاقة عقدية. ففي مجال الصحافة والإعلام والأدب تكثر دعاوى التعويض المرفوعة من الأفراد ضد الناشر أو المؤلف لنشره أو كتابته إعمالا تتضمن معلومات غير صحيحة تلحق بالمدعين أضرارا شخصية[949].

ووفقاً للقواعد العامة في المسئولية التقصيرية، فإن كل شخص ارتكب خطأ، أو فعلاً غير مشروع يتولد عنه ضرر للغير، يلزم من ارتكبه بالتعويض. وفيما يتعلق بمستخدمي الإنترنت، فإن المشرع[950] والقضاء[951] الفرنسيين قد ميزا بين مورد المعلومة الذي ينشرها على الإنترنت سواء أكان مؤلفاً أم ناشراً أم مستخدماً عادياً وبين الوسيط الفني كمورد خدمة الاتصال أو ناقل المعلومة، أو مشغل الإنترنت الذي يقتصر دوره على مجرد التوسط في إجراء النشر[952]، ولا يكون في وضع مسئول عن مدى مشروعية المعلومات التي يؤمن خدمة الوصول إليها للمشتركين، إلا إذا كان يعلم بمضمونها غير المشروع[953]. لذلك، أُعتبر مورد المعلومة مسئولاً عن مضمون المعلومات التي ينشرها على الشبكة. في كل الفروض السابقة فإن ثبوت المسؤولية يترتب عليه غالباً القضاء بالتعويض مع الالتزام بتصحيح المعلومات غير الصحيحة بالوسيلة المناسبة كنوع من التعويض العيني[954]. وفي سياق ذلك، نورد ما قضت به محكمة المرافعة الكبرى لباريس بتاريخ 13 من أفريل سنة 2010 بموجب أمر على عريضة بإلزام شركة فيسبوك (*Facebook*) بسحب صور وتعليقات عليها، والتي تتناول

---

[948] الياس ناصيف، المرجع السابق، ص.270.

[949] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.222.

[950] En ce sens, V. Article 6 : « *Les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible.*
L'alinéa précédent ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle de la personne visée audit alinéa ». Loi N° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, Op.cit.

[951] V. Par ex., Cour de Cassation Première Chambre Civile Arrêt du 12 Juillet 2012. Disponible à : https://www.legalis.net/jurisprudences/cour-de-cassation-premiere-chambre-civile-arret-du-12-juillet-2012-3/
V. aussi, Cour de Cassation Chambre Criminelle Arrêt du 30 Octobre 2012. Disponible à : https://www.legalis.net/jurisprudences/cour-de-cassation-chambre-criminelle-arret-du-30-octobre-2012-3/

[952] Cité par, TRUDEL Pierre., *La Responsabilité des Médias en Ligne, Faculté de Droit*, Université de Montréal, Avril 2010, p.5.

[953] محمد حسين عبد الظاهر، المرجع السابق، ص.21-22.

[954] المرجع نفسه، ص.23.

المستدعي، وبعدم توثيق الصفحة مع منع نشرها لاحقا. وتحسن الإشارة إلى أن المحكمة أضفت على فيسبوك صفة مقدم خدمات تقنية على الانترنيت تماما كمستضيف البيانات[955].

كما أوجب القضاء الفرنسي على مورد المعلومات بالإدلاء بجميع البيانات المتعلقة ببرنامج المعلومات، وهو ما يعبر عنه الفقه الفرنسي بمسميات مختلفة منها الالتزام بالمشورة والتبصير والالتزام بالنصيحة والإعلام. والتزام طالب الخدمة بالتعاون يقتضي بأن يوضح احتياجاته بدقة، حتى يتمكن مقدم الخدمة من إتمام عمله بشكل دقيق، فهو يلتزم بتوفير الوسائل الفنية اللازمة لتنقية المواد المحملة على الشبكة بتحديد برامج تصنيف تلك المواد، مثل برامج القوائم السوداء التي تسمح بغلق باب الدخول إلى مواقع خاصة، وكذا القوائم البيضاء التي يمكن الدخول إليها والبرامج المحايدة التي تسمح بتحديد هوية بعض المواقع[956].

ولم يفت القضاء الفرنسي تحديد أُسس مساءلة مورد المعلومات على شبكة الإنترنت، فقد اعتبرت محكمة المرافعة لبوتو (*Puteau*) في قرارها الصادر في 28 من سبتمبر سنة 1999[957] أن مورد المعلومات ونظراً لطبيعة الخدمة التي يُؤديها يعد هو المسؤول الأول عن بث المعلومات الإلكترونية غير المشروعة عبر الشبكة. وقامت بمساءلته جنباً إلى جنب مع متعهد الإيواء بوصفهم مسؤولين عن تقديم الخدمة المعلوماتية. كما أكدت محكمة المرافعة الكبرى لفرساي (*TGI à Versailles*) في قرارها الصادر بتاريخ 08 من جوان سنة 2000 على أن قيام مسؤولية مورد المضمون المعلوماتي غير المشروع يجب أن لا يكون سبباً لاستبعاد مسؤولية متعهد الإيواء في حال ثبوت خطئه. وفي قرارها الصادر في 31 من جويلية سنة 2000[958] استندت محكمة الدائرة الكبرى لباريس في مساءلتها لمورد المعلومات على المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي. وقد جاءت مساءلته نتيجةً لاستخدامه على شبكة الإنترنت اسم رجل سياسي كأيقونة إحالة على صفحات

---

[955] TGI Paris, 13/4/2010, n 10/53340, H. Giraud c/Facebook, Légipresse 2010, N° 272, RLDI 2010/61, N° 2019.

[956] مقتبس من، فيصل محمد محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص.105.

[957] وقد أقرَّت محكمة بوتو (*Puteaux*) هذا الاستئناف في قرارها الصادر بتاريخ 28 سبتمبر 1999، وجاء فيه:
« *Le fournisseur d'hébergement n'a aucune maîtrise sur le contenu des informations avant que celles-ci ne soient disponibles sur Internet. Il s'en déduit que le fournisseur d'hébergement de pages personnelles ne peut être considéré comme un directeur de publication* ». Voir à ce propos, Tribunal d'instance de Puteaux, 28 septembre 1999, Communication et Commerce Électronique, Février 2000, p.24, Note A. LEPAGE. Date de Citation: 20/12/2018, Disponible à: https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-dinstance-de-puteaux-jugement-du-28-septembre-1999/

[958] TGI Paris, 31 Juillet 2000, Disponible à : https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-de-paris-ordonnance-de-refere-du-31-juillet-2000/, Date de citation: 20/12/2018).

الإنترنت إلى موقع إلكتروني إباحي، وعدّت المحكمة أن هذه الإحالة تُؤدي إلى إلحاق الضرر بصاحب الاسم المستخدم، مما يستوجب قيام مسؤوليته وتضمينه الضرر الحاصل[959].

ومما قضت به كذلك محاكم القضاء الفرنسي بمسؤولية مورد المعلومات، حكم محكمة باريس بمناسبة نشر كتاب عن الفواكه والنباتات المفيدة؛ ورد فيه وصف وصورة للجزر البري، ولكن بطريقة غير واضحة، على نحو أثار اللبس مع نبات آخر مشابه له هو: نبات الشوكران[960] (*La cigue*) الذي يحتوي على مادة سامة، حيث تناوله أحد القراء وتوفي بسببه. ونتيجة ذلك، قضت المحكمة بمسؤولية الناشر نتيجة خطئه، حيث كان يتعين عليه تأمين استعمال القراء للنباتات الموضوعة في الكتاب دون مخاطر، ومؤدى ذلك أن الناشر يتحمل نتائج إهمال المؤلف، حيث ترتب على نقص وإبهام المعلومات المقدمة إثارة مسؤولية الناشر[961].

كما يمكن أن تجتمع المسئولية العقدية والتقصيرية لمورد المعلومات في حالة بثه لمعلومات غير مشروعة، والتي يكون مؤلفاً أو منتجاً أو ناشراً لها على موقعه على الإنترنت، بحيث تلحق الضرر بعملائه الذي يرتبط معهم بعقد اشتراك أو توريد، وكذا إلحاق الضرر بالغير من الجمهور الذي لا يرتبط معهم بعقد[962].

الفرع الثالث

مدى مسؤولية وسائل التواصل الاجتماعي عن المحتوى المعلوماتي غير المشروع

إن وسائل التواصل الاجتماعي (*les plates-formes de réseaux sociaux*) هي إحدى تطبيقات الجيل الثاني الويب (web 2.0 - 2,0)[963] والذي يسمح لكل شخص ليس فقط بالوصول إلى

---

[959] أشار إليه، أحمد فرح، المرجع السابق، ص.361-362.

[960] نبات الشوكران: "*من الفصائل النباتية شديدة السمية التي تنمو في المناطق الباردة، ويمكن تمييزه بالزهور البيضاء أو الخضراء التي يحملها وتبدو في شكل مظلة، قد يشار إليه باسم الجزر الأبيض. أُعدم به الفيلسوف الإغريقي "سقراط"* ". مقتبس من، الحدث، أخطر خمسة نباتات سامة لا تقترب منها، تاريخ النشر: 2016/02/06 21:50، تاريخ الاقتباس: 2019/06/18، متاح على الرابط التالي:
https://www.alhadath.ps/article/32635/

[961] أشار إليه، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.221.

[962] محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سبق، ذكره، ص.43.

[963] تطبيقات الجيل الثاني للواب (*wep* 2,0): تتمثل تطبيقات ذلك فيما يقوم به بضعة من وسطاء الشبكة يتميزون عن غيرهم من المتعاملين الذين تم ضبط نشاطهم قانونا، من عدة أوجه أساسية، نشاطهم من ناحية يتعدى كونه يقتصر على تقديم خدمة الإيواء ليشمل توريد المعطيات وبثها من خلال الشبكة، ومن ناحية أخرى فإن التي غيرت من وظيفة(wep) ، نشاطهم يقوم أساسا على تقنية الجيل الثاني للواب 2.0 فلم يعد دوره قاص ا ر فقط على تلقي المعلومة، بل أصبح مستخدم الشبكة مساهما بشكل أساسي في إعدادها وتأليفها وبثها من خلال الشبكة، الأمر الذي جعل من الممكن اعتباره - أي المستخدم -متعاملا كغيره من باقي المتعاملين للشبكة. مقتبس من،
ETIENNE Montero., *Les Responsabilités Liées au Web 2.0*, Revue du Droit des Technologies de L'information, N°32/2008, p.363.

المحتوى على الانترنت، بل حتى بتحرير المحتوى وبتحميله والتعليق عليه وتعديله. ومن تطبيقات ذلك موقع فيسبوك (*Facebook*) ومواقع تبادل المحتوى كيوتيوب (*YouTube*) ومواقع الويكي (*wiki*)، التي تسمح بالتحرير المشترك للمحتوى كعمل جماعي مثل موسوعة ويكيبيديا (*Wikipedia*). يمكن القول أن وسيلة التواصل الاجتماعي هي هيكلية خاصة مكوّنة من كيانات وعلاقات ترابط بينها، وهذه المكونات هي بمثابة العُقَد وتمثل أفراداً أو م مؤسساتٍ مرتبطة بين بعضها البعض بواسطة علاقات أو عمليات تفاعل، والعلاقات قد تكون علاقات مالية أو صداقة أو خصام أو علاقات حميمة أو غيرها. هناك تحدي الخيار بين تحقيق سرية وخصوصية المعلومات الناتجة عن وسائل التواصل الاجتماعي وبين المنافع الناتجة عن تحليل هذه المعلومات. وقد أصبحت وسائل التواصل الاجتماعي موضع أهمية لجهة تحليل البيانات الضخمة[964] (*data mining*) بفعل التطور التقني الذي يسمح بتجميع البيانات العائدة للأشخاص والمؤسسات[965].

أولاً.– تطبيق قواعد مستضيفي البيانات على وسائل التواصل الاجتماعي:

يميز القانون الفرنسي رقم 2004-575 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي بين مستضيفي البيانات (*Hébergeurs*) وبين الناشرين (*Editeurs*)، فمستضيفو البيانات وفق المادة السادسة من ذات القانون هم الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الذين يؤمنون، ولو دون مقابل، من أجل الوضع بتصرف الجمهور، بواسطة خدمات الاتصالات، تخزين النصوص والصور والصوت أو أي رسالة من أية طبيعة مقدمة من قبل المستخدمين. بينما يمكن تعريف الناشر بأنه المقدم أو المورد الذي له سلطة تحديد المحتوى الموضوع بتصرف الجمهور. وبذلك، يتم التفريق بين الناشر وبين المستضيف تبعاً لقدرته على التصرف بخصوص المحتوى الموضوع على الانترنت[966].

---

[964] إن حجم هذه البيانات المتداولة يومياً على وسائل التواصل الاجتماعي هو حجم هائل من المعلومات عن الأحوال الشخصية للفرد منى صور إلى أفلام فيديو ...وقد تتناول أصغر تفاصيل حياته الخاصة أو الحميمة. وتنتج وسائل التواصل الاجتماعي كميات كبيرة من المعلومات، ففيسبوك تنتج يومياً 500 ترابايت متضمنة 2,7 مليار تعليق و 300 مليون صورة جديدة. وهذا هو نطاق خصب لتحليل البيانات الضخمة (Big Data). وتخضع هذه المعلومات لقوانين حماية البيانات الشخصية. للمزيد راجع الرابط التالي:

NEMONE Franks., *Social media and the law: A handbook for UK companies*, January 2014, Available at: http://www.linklaters.com/pdfs/mkt/london/TMT-Social-Media-Report.pdf, p.18.

[965] Cf. LIAN Liu; WANG Jie; JINZE Liu; Jun ZHANG., *Privacy Preserving in Social Networks Against Sensitive Edge Disclosure, Laboratory for High Performance Scientific Computing and Computer Simulation, Department of Computer Science*, University of Kentucky. *Privacy Preserving in Social Networks*…, Citation Date: 12/10/2019, Available at: https://pdfs.semanticscholar.org/8fa9/3f0388e0806c498513696fdea49def2fabcc.pdf, p1.

[966] Cité par, MARINE de Montecler., *Le Droit à L'heure des Reseaux Sociaux*, Mémoire de Recherché, HEC Paris, 2011, p.9. Disponible à: https://www.lepetitjuriste.fr/wpcontent/uploads/2011/10/droit%20@%20l%20heure%20 des%20r%c3%a9seaux%20sociaux%20- %20Marine%20de%20Montecler.pdf

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة العدل في الاتحاد الأوروبي في قضية "*Google Adwords*" بأن مشغلي الويب ومن ضمنهم وسائل التواصل الاجتماعي، يستفيدون من نظام المسؤولية المطبّق على مستضيفي البيانات بالنظر لانعدام دورهم الفاعل في اختيار المحتوى[967]. وفي نفس السياق، ذهب الاجتهاد القضائي الفرنسي، فقد أعطت محكمة المرافعة الكبرى في باريس فيسبوك صفة مقدم خدمات تقنية على الانترنت تماماً كمستضيف البيانات[968]. كما اعتبرت محكمة الاستئناف في باريس يوتيوب كمستضيف بيانات[969]. ومن جهتها اعتمدت الغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية سنة 2012 وصف مستضيف بيانات لنشاطات غوغل فيديو (*Google vidéo*) وغوغل صور (*Google images*)[970]. وقد سبق لها أن اعتبرت سنة 2011 أنه يعد مستضيف بيانات بمثابة الوسيط التقني الذي يوفر للجمهور خدمات على الانترنت دون لعب دور فاعل في تحديد المحتوى أو التحقق منه، وذلك بصرف النظر عن قيامه بنشر إعلانات تجارية أم لا[971].

وفي الولايات المتحدة الأميركية، تستفيد مواقع التواصل الاجتماعي من الحماية بموجب سياسة حكومية أقرت في التسعينات، إذ القسم 230 المسمى "*Good Samaritan*" من قانون آداب الاتصالات الفيدرالي "*Communications Decency Act*" لسنة 1996[972]؛ يحمي مواقع التواصل الاجتماعي كفيسبوك. حيث ينص على أنه لا يمكن معاملة مقدّم أو مستخدم لخدمة كمبيوتر تفاعلية كناشر أو كمؤلف لأية معلومات مقدّمة من قبل مقدّم آخر للمحتوى، والذين ترتيب المسؤولية عليهم. ويستهدف هذا القانون بشكل خاص المحتوى المنشور الذي يوصف بأنه فاحش أو بذيء أو غير لائق[973]. كما ينص قانون الألفية للملكية الرقمية الفيدرالي الأمريكي *"Digital Millennium Copyright Act (DMCA)"*

---

[967] Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), 23 Mars 2012, c-236/08, aff. Google Adwors, Google Ad Words et Contrefaçon de Marque, par Raphaël RAULT, 04 avril 2012. Disponible à : http://www.brmavocats.com/2012/04/quid-de-la-liceite-du-detournement-de-consommateurs-du-titulaire-dune-marque-par-un-annonceur-a-travers-le-referencement-payant/

[968] TGI Paris 20 avril 2010, RLDI 2010/61 N°2019.

[969] CA Paris 16 septembre 2009 Jurisdata N°2009-016552.

[970] Cassation Commerciale, 12/7/2012, 3 Arrêts, Société Google/ A Rau et Autres. Date de Citation : 25/11/2016, Disponible à : http://www.legalis.net

[971] Cassation, 1ére Chambre civile, 17/2/2011, 3 arrêts, M.O.X./Sté Bloobox.net N° 09-13.202, sté Nord-Ouest/ c. Daily motion n 09-67.896, Société Agence des Médias Numériques/ M. K. X. N° 09-15.857.

[972] Cité par, SEVANIAN, ANDREW M., *Section 230 of the Communications Decency Act* (C.D.A): A "*Good Samaritan*" Law Without the Requirement of Acting as a "*Good Samaritan*", Journal "UCLA Entertainment Law Review, 21 (1)", ISSN "1939-5523", *Section 230 of the Communications Decency Act*, Publication Date: 01/01/2014, Citation Date: 20/05/2019, Available at: https://cloudfront.escholarship.org/dist/prd/content/qt7g87m864/qt7g87m864.pdf,

[973] *Communications Decency Act (CDA),* also called Title V of the Telecommunications Act of 1996, legislation enacted by the U.S. Congress in 1996. Available at: https://www.britannica.com/topic/Communications-Decency-Act;

والصادر في 28 من أكتوبر سنة 1998[974] على انتفاء مسؤولية مستضيف البيانات بشأن الانتهاكات المتعلقة بالملكية الفكرية بشروط حددها نفس القانون.

في الواقع، يطبق قانون آداب الاتصالات الفيدرالي الأميركي سالف الذكر مبدأ "*استثناء الفضاء السيبراني من القواعد التقليدية*"، كونه خاص وفريد ومختلف، ولذلك يجب أن يُنظّم بشكل مختلف، وعليه، فإن النشر على الانترنت يختلف عن النشر التقليدي، بحيث أن الأول قد لا يؤدي إلى المسائلة القانونية بعكس الثاني[975]. كما تشير المادة 27 الفقرة الأولى من القانون الكندي المتعلق بالإطار القانوني لتكنولوجيا المعلومات الصادر سنة 2001[976] على استبعاد واجب مراقبة المعلومات من قبل الوسطاء التقنيين[977].

الجدير بالذكر، أن الاجتهاد القضائي الراجح في لبنان لا يعد النشر على وسائل التواصل الاجتماعي من قبيل النشر بواسطة مطبوعة ورقية، أي لم يعتبره من قبيل العمل الصحفي[978].

ثانياً.– تحديد المسؤول عن معالجة البيانات الشخصية في مواقع التواصل الاجتماعي:

يثور التساؤل عما إذا كانت مواقع التواصل الاجتماعي تسأل وحدها عن معالجة البيانات[979] أم أن المستخدم يسأل أيضا معها عن ذلك. وقد ظهر في فرنسا اتجاهان في هذا الصدد كما يلي:

---

[974] *The Digital Millennium Copyright Act (DMCA)* was signed into law by 1 President Clinton on October 28, 1998. The legislation implements two 1996 World Intellectual Property Organization (*WIPO*) treaties, Available at :https://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf

[975] Cité par, CHRISTOPHER F. Spinelli., *Social Media: No 'Friend' of Personal Privacy*, The El on Journal of Under graduate Research in Communications, Vol 1, No 2, Fall 2010, p.60.

[976] *ACT To Establish a Legal Framework For Information Technology*. Available at: http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/ShowDoc/cs/C-1.1

[977] Article 27-01 : « *A service provider, acting as an intermediary, that provides communication network services or who stores or transmits technology-based documents on a communication network is not required to monitor the information communicated on the network or contained in the documents or toidentify circumstances indicating that the documents are used for illicit activities* », Act To Establish A Legal Framework For Information Technology, Op.cit.

[978] القاضي المنفرد الجزائي، كسروان، لبنان، الحكم الصادر بتاريخ 19 سبتمبر 2012، مجلة العدل، 2013، عدد1، ص.512.

[979] من بين التعاريف الموفقة للبيانات الشخصية (*Données à caractère personnel/Personal Data*) ما ورد في المادة 12/01 من القانون اللبناني للمعاملات الإلكترونية والبيانات ذات الطابع الشخصي، على النحو التالي: "*يقصد بالبيانات ذات الطابع الشخصي، جميع أنواع المعلومات المتعلقة بشخص طبيعي، والتي تمكن من التعريف به، مباشرة أو غير مباشرة، بما في ذلك عن طريق مقارنة المعلومات المتعددة المصادر أو التقاطع بينها* ". قانون رقم 81 الصادر بتاريخ 10 أكتوبر 2018، المتعلق بالمعاملات الإلكترونية والبيانات ذات الطابع الشخصي، الجريدة الرسمية عدد 45، الصادرة في 18 أكتوبر 2018. متاح على الرابط التالي:
https://www.lp.gov.lb/Resources/Files/f67b348c-6d35-42a0-8ddb-c18bcc2a5e8d.pdf
للإشارة يبدو واضحا من هذا التعريف، ذي النطاق الواسع، استناده إلى القانون الفرنسي المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي.

ذهب الرأي الأول[980] إلى القول بالمسئولية الفردية لإدارة موقع التواصل الاجتماعي، ويستند هذا الرأي إلى من قانون المعلوماتية والحريات الفرنسي رقم 78-17 الصادر سنة 1978[981] وفق المادة الثالثة من الفقرة الأولى[982] التي أشارت إلى أن المسئول عن معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي هو الشخص أو السلطة العامة أو المرفق أو الهيئة التي تحدد أهدافه ووسائله. وفي حالة موقع "فيس بوك" مثلاً فإن إدارة الموقع هي التي تحدد الغرض من معالجة هذه البيانات ووسائله في كافة الدول التي يكون الدخول إلى الموقع فيها متاحا. وفي نفس السياق، ذهب التوجيه الأوروبي رقم 46/95[983] المتعلق بحماية البيانات الشخصية إلى أن يفرض على الكيانات التي تجمع البيانات الشخصية وتعالجها أن تتخذ تدابير لضمان أمانها ومصداقيتها والمسؤولية عنها، وأن تأخذ الإذن من الشخص المعني قبل جعل البيانات الشخصية متاحة للجمهور. ويطبق التوجيه الأوروبي على أية صور أو أفلام فيديو. وبذلك، فأي شخص يستضيف أو ينشر أعمال رقمية أو محتوى متعلق بالغير يمكن أن يواجه مسؤولية قانونية[984].

بينما يرى الاتجاه الثاني[985] الأخذ بفكرة المسئولية المشتركة (*co-responsabilité*) بين إدارة الموقع والمستخدم. وفقا لهذا الاتجاه فإن إدارة الموقع ليست وحدها المسئول عن معالجة البيانات، لأن دورها يقتصر على إتاحة وسائل المعالجة دون تحديد الغرض منها، والمستخدم نفسه هو وحده من يقرر وضع هذه البيانات وتعديلها وتحديد الغرض منها. ومن ثمة، يجب اعتباره مسئولا أيضا عن معالجة هذه البيانات. وتأخذ بهذا الرأي الجمعية الوطنية للمعلوماتية والحريات (*CNIL*)[986]، حيث أكدت في نشرتها الصادرة عام 2005 على

---

[980] أشار إلى ذلك، أشرف جابر سيد، وخالد بن عبد الله الشافي، *حماية خصوصية مستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي في مواجهة انتهاك الخصوصية في موقع فيس بوك " دراسة مقارنة في ضوء النظام السعودي"*، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، (دون ذكر العدد)، 2013، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر، ص.9. تاريخ الاقتباس: 2019/06/20، بحث متاح على الرابط التالي:
https://opac.cndp.ma/doc_num.php?explnum_id=161 .

[981] Loi N° 78-17 du 6 janvier 1978 *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, Modifié par Loi N°2004-801 du 6 août 2004 - art. 1 JORF 7 août 2004.

[982] Article 3/1: «*Le responsable d'un traitement de données à caractère personnel est, sauf désignation expresse par les dispositions législatives ou réglementaires relatives à ce traitement, la personne, l'autorité publique, le service ou l'organisme qui détermine ses finalités et ses moyens*». Modifié par Loi N°2004-801 du 6 août 2004 - art. 1 JORF 7 août 2004.

[983] Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 *on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such, data*, Official Journal L 281 , 23/11/1995 p. 0031 – 0050, Available at:
https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML.

[984] Cited by, CYNTHIA Wong, JAMES X. Dempsey., *Mapping digital media, THE MEDIA AND LIABILITY FOR CONTENT ON THE INTERNET*, May 2011, p.9. Available at:
www.mappingdigitalmedia.org, www.soros.org/initiatives/media

[985] أشار إليه، أشرف جابر سيد؛ وخالد بن عبد الله الشافي، *حماية خصوصية مستخدمي مواقع التواصل...*، المرجع السابق، ص.9.

[986] *La Commission Nationale de L'informatique et des Libertés (CNIL)* de France est une Autorité Administrative Indépendante Française. La CNIL est Chargée de Veiller à ce que L'informatique soit au Service du Citoyen et qu'elle ne porte Atteinte ni à L'identité Humaine, ni aux Droits De L'homme, ni à

اعتبار المدون مسئولا عن معالجة البيانات. وعلى الرغم من أن فكرة المسئولية المشتركة لا تستند إلى نصوص قانون المعلوماتية والحريات، إلا أنها تجد سندها في المادة الثانية الفقرة الرابعة[987] من التوجيه الأوربي رقم 46/95 سالف الذكر، والتي عرفت المسئول عن معالجة البيانات بأنه ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي أو السلطة العامة أو المرفق العام أو أي هيئة أخرى، يتولى وحده أو بالاشتراك مع الغير، تحديد أغراض ووسائل معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي.

المطلب الثاني

مسؤولية مستخدم خدمات الانترنيت المعلوماتية

عرف جميل عبد الباقي الصغير مستخدم الانترنيت بأنه: "*كل شخص يتصل بموقع من مواقع الإنترنت بهدف الحصول على المعلومات، أو إرسالها، أو تبادلها عبر الشبكة*"[988]. بينما عرف الأستاذ "***P.T Gauter***" مستخدم الانترنيت بأنه: "*كل شخص يقوم بإتاحة محتوى ما عبر شبكة الإنترنت بشكل غير مهني وغير اقتصادي وبدون هدف تحقيق الربح* "[989]، كما عرف البعض بأنه: "*الشخص الذي يلتحق بشبكة الشبكات والذي يسبح في فضاء الانترنت من وقت لأخر، لغرض الحصول على المعلومات أو بثها*"[990].

بخلاف الأشخاص المهنيين، لا يولى غير المهنيون أية أهمية لتصرفهم على الشبكة، فدافعهم الأساسي في بث المضامين عبر الشبكة هو الرغبة الشخصية، وتتنوع فئاتهم وتتعدى أدوارهم وأغراضهم على الشبكة، وهم مجرد هواة ومتطفلون هدفهم التعارف وتبادل الأفكار. فعندما يرغب المستخدم في الحصول على المعلومات بصفته كمستهلك، يجب عليه العمل على الاستعمال المشروع لها، وان يحترم حقوق الآخرين،

---

la Vie Privée, ni aux Libertés Individuelles ou Publiques. Elle Exerce ses Missions Conformément à la Loi N° 78-17 du 6 Janvier 1978 modifiée le 6 août 2004.

[987] Article 2/4: «responsable du traitement: *la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou tout autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel; lorsque les finalités et les moyens du traitement sont déterminés par des dispositions législatives ou réglementaires nationales ou communautaires, le responsable du traitement ou les critères spécifiques pour le désigner peuvent être fixés par le droit national ou communautaire;*». Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, Op.cit.

[988] مقتبس من، جميل عبد الباقي الصغير، *الانترنيت والقانون الجنائي –الأحكام الموضوعية للجرائم المتعلقة بالانترنيت*، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص.165.

[989] Cité par, GAUTER (P.T.)., *Le contenu généré par l'utilisateur* , LEGICOM, 2008, I N°41, p.8.

[990] مقتبس من، عباس عبيد شعواط، *المسؤولية العقدية لمتعهد الإيواء المعلوماتي: دراسة مقارنة*، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، السنة الثامنة، 2016، عدد 3، ص.180.

وبصفة خاصة حق الملكية الذهنية والحقوق اللصيقة بالشخصية، والحق في الخصوصية أو حرمة الحياة الخاصة[991].

كما قد يتبادر إلى الذهن أن الإساءة من طرف المستخدم لا يمكن أن تتم إلا إذا قام مستخدم الانترنيت بالحصول على المعلومة أو قام بإرسالها عبر الانترنيت. لكن بالتدقيق يمكن لنا تصور نشوء إساءة من مجرد تصفح الانترنيت، كما هو الحال في تصفح موقع غير مسموح الدخول إليه، فهذا بحد ذاته قد يشكل فعلا تقوم عليه المسؤولية[992]. وعليه، فالمستخدم للانترنيت يتحمل تبعة الأضرار الناجمة عن المعلومة التي يبثها عبر الشبكة أو يسيء تصفح الانترنيت، سواء في إطار المسؤولية التقصيرية في إخلاله بالواجب العام المتمثل عدم المساس بحقوق الآخرين (**الفرع الأول**). أو يسأل في إطار المسؤولية العقدية ضمن العلاقات التعاقدية التي تربطه بالقائمين على الشبكة وخدماتها (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول
المسئولية التقصيرية لمستخدم الإنترنت

لا تقوم في اغلب الأحوال علاقة عقدية بين مستخدم الشبكة وبين كل من مورد الخدمات على الشبكة ومنتج المعلومة نفسه. ولذلك، قد لا يخضع المستخدم باعتباره مستهلكا للمعلومة لأي شروط خاصة في استخدامه للمعلومات التي يتلقاها، ويكون حراً في هذا الاستخدام، وان كانت حريته هنا مقيدة بالقواعد العامة المتعلقة بعدم التعسف في استعمال حقه في الاتصال بالمعلومة. كما يتقيد بالواجب العام الذي يفرض عليه ضرورة احترام حقوق الآخرين وخاصة حقوق الملكية الفكرية، وعدم الاعتداء على الحياة الخاصة للأفراد من خلال إذاعة أسرارهم أو التعرض بأشخاصهم وسمعتهم[993].

ومن أشهر حالات إساءة مستخدمي الانترنيت التي وصلت إلى القضاء، الفضية التي صدر بشأنها القرار المؤرخ في 05 من ماي سنة 1997 عن محكمة المرافعة الكبرى لباريس[994]، بمناسبة قيام طالب متخصص في فن الاتصالات بإعادة عرض صفحات خاصة من كتاب بعنوان: "*مئة ألف مليار قصيدة*"

---

[991] محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، المرجع السابق، ص.198.

[992] عايد رجا الخلايلة، المسؤولية التقصيرية الالكترونية، المرجع السابق، ص.55.

[993] فتحية حواس، *حماية المصنفات الرقمية وأسماء النطاقات على شبكة الانترنيت*، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط.01، 2017، ص.147.

[994] TGI Paris, Ord.Ref, 05 Mai 1997, N022956. Disponible à: https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-de-paris-ordonnance-de-refere-du-5-mai-1997/

(*cent mille milliards de poèmes*)؛ لمؤلفه ريمون كوينو (*Raymond Queneau*)[995] ، على كثير من مواقع الانترنيت، وعندما علم ورثة المؤلف بذلك سارعوا إلى حماية المصنف مستندين إلى غياب الإذن المسبق بإعادة الطرح. وقد حكم في هذه القضية بمسؤولية مستخدم الانترنيت عن السماح للغير بزيارة موقع الانترنيت المشترك فيه واخذ صورة للمعلومات المطروحة عليه. وقد كان مبرر المحكمة أن: "*السماح للغير بالاتصال بشبكة الانترنيت وزيارة الصفحات الخاصة واخذ المصنف منها يشكل استعمالا جماعيا لإعادة عرض المصنف من جانب المستخدم، ولا يهم في ذلك القول أنه لم يتخذ من جانبه أي تصرف ايجابي للنشر، فالسماح بأخذ صور تم بطريقة ضمنية عن طريق الحق في زيارة هذه الصفحات الخاصة*"[996].

وتكريسا لحقوق الغير وحماية الحياة الخاصة، يشير التوجيه الأوروبي حول التجارة الالكترونية في المادة 15 منه[997]، والقانون الفرنسي رقم 2004-575 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي[998]، والكثير من القوانين الوطنية الأخرى على واجب مقدمي الخدمات التقنية على الانترنت بالحصول على البيانات الشخصية التي تعرّف عن الشخص غير المحترف الذي يستعمل خدماتهم لنشر المحتوى على الانترنت، والذي يحق له إبقاء اسمه مغفلاً. أما الناشر المحترف، فعليه التعريف عن نفسه مباشرةً على الانترنت من خلال ما ينشره. ويعتبر المستخدم صاحب الصفحة على الفيسبوك كمحرر للمحتوى الذي ينشره ومسؤول عن طابعه غير المشروع. كما يكون مسؤولاً عن تغريداته وتعليقاته التي يطلقها على وسائل التواصل الاجتماعي. ويكون في حكم مستضيف البيانات بالنسبة للتعليقات التي يتلقاها على صفحته على فيسبوك[999].

ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن، حكم محكمة الاستئناف في الولايات المتحدة الأميركية الصادر بتاريخ 18 من سبتمبر سنة 2013، حيث اعتبر أن كبس زر إعجاب "*like*" من قبل المستخدم يؤدي إلى نشر بيان بأن المستخدم يعجب بشيء والذي هو بيان مبدئي، وهو بهذه الطريقة التفاعلية على

---

[995] Raymond Queneau: *né au Havre le 21 février 1903 et mort à Paris 13e le 25 octobre 1976, est un romancier, poète, dramaturge français, cofondateur du groupe littéraire Oulipo.* Cité par, https://www.espacefrancais.com/raymond-queneau/

[996] مقتبس من، حسين محمد عبد الظاهر، *المسؤولية القانونية في مجال شبكات الانترنيت*، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص.23.

[997] Article 15 : « *Le secret des communications est garanti par l'article 5 de la directive 97/66/CE. Conformément à cette directive, les États membres doivent interdire tout type d'interception illicite ou la surveillance de telles communications par d'autres que les expéditeurs et les récepteurs, sauf lorsque ces activités sont légalement autorisées*». Directive Européenne 2000/31/CE du Parlement Européen et du Conseil du 8 Juin 2000 Relative à Certains Aspects Juridiques des Services de la Société de L'information, et Notamment du Commerce Electronique, dans le Marché Intérieur "*Directive sur le commerce électronique*", Op.cit.

[998] Loi N° 2004-575 du 21 Juin 2004 *pour la Confiance dans L'économie Numérique*, Op.cit.

[999] Adapted by, FABRICE Mattatia., *Internet et les Réseaux Sociaux, que dit la Loi?* Eyrolles, 2ème éd., 2016, p.43-44.

الانترنت يتشابه مع نشر موقف سياسي معين[1000]. وفي قرار آخر اعتبرت أن المستخدمين الذين يبدون إعجابهم بخاصية إعجاب (*like*) بصفحة على فيسبوك؛ لإظهار دعمهم لمرشح سياسي، يعبرون عن رأي محمي قانوناً"[1001]. وذلك ما يستوجب تعديل في دستور الولايات المتحدة الأميركية يشمل الخطابات على الانترنت. وعلى نفس النحو ذهب اجتهاد المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان[1002] بأن: "*التعبير عن الآراء السياسية يُعطى الحماية الأقوى؛ مقارنة بالتعبير الفني أو التجاري، وأن هناك حق بالتعبير قد يكون هجومي صادم أو منزعج*"[1003].

وفي سياق مماثل، قضت محكمة التجارة في باريس بتاريخ 26 من جويلية سنة 2011 بإلزام مدير شركة بدفع مبلغ عشرة ألاف يورو (*10 000.00 EUROS*) كتعويض لتعابيره المعيبة بحق مقدم خدمات كان مغتاظاً منه[1004]. كما اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 30 من أفريل سنة 2014 أن زيارة مواقع التعارف الالكترونية بشكل مكثف من أجل إنشاء علاقات جديدة يشكل إخلالاً خطيراً بموجبات الزواج ويبرر الطلاق على مسؤولية الزوج المخطئ[1005].

ويكون المستخدم أيضاً مسؤولاً عن المحتوى الذي يشكل تعرضاً للحياة الخاصة للغير أو لخصوصيته أو يشكل تشهيراً أو قذفاً به أو تهديداً له أو احتيالاً عليه أو ابتزازاً له أو قدحاً أو ذماً[1006] أو يشكل اعتداء على الملكية الفكرية[1007] أو التعرض لحرمة الحياة الخاصة[1008] وكذا البيانات الشخصية أو العلامات التجارية

[1000] Adapted by, RICHMOND 4th U.S. *Circuit Court of Appeals*, USA, 18/9/2013, Bland et al v. Roberts, N°. 12-1671, p.39. Avalable at : http://www.ca4.uscourts.gov/Opinions/Published/121671.pdf

[1001] Adapted by, STEMPEL (J)., "*Facebook ‹like› deserves free speech protection: U.S. court*", Reuters, 18 September 2013. Citation Date: 10/12/2016, Available at: http://reut.rs/1dipEFg

[1002] *European Court of Human Rights* (*ECHR*).

[1003] Adaped by, HANDYSIDE (N 22), EHRR 737 [49]; Ross v Canada 18 October 2000, Communication N°. 736/1997, *UN Human Rights Committee*, General Comment 34: Freedoms of Opinion and Expression, CCPR/C/GC/34 (GC 34) 12th September 2011, p.11.

[1004] *Tribunal de commerce de Paris*, 26/7/2011, Cité par, FABRICE. Mattatia, *Internet et les Réseaux Sociaux, que dit la Loi? Eyrolles*, 2ème éd., 2016, p.22.

[1005] *Cour de cassation*, 30/4/2014, Cité par, FABRICE. Mattatia, Ibid, p.101.

[1006] اعتبرت محكمة المرافعة الكبرى لباريس في قرارها الصادر بتاريخ 16 أفريل 1996 محقا طلب حذف مزاعم تتضمن قدحا وذما بأحد الأشخاص منشورة على شبكة الانترنيت، وللمضرور حق وقف التعرض له مع تحرير المستضيف (متعهد الإيواء) من المسؤولية، على أساس طبيعة الفعل.

TGI Paris, 16 Avril 1996, Bouchurberg L.,internet et commerce électronique, 2001, 2eme éd. Delmas, p.330.

[1007] أول قرار قضائي صدر في هذا الإطار كان في قضية أقدم فيها طلاب مدرسة مهمة على استنساخ أعمال جاك بريل (Jacques Brel) (مغني وكاتب غنائي وممثل ومخرج بلجيكي، 08 أفريل 1929، 09 أكتوبر 1978)، فاعتبرت محكمة باريس في حكمها الصادر في 14 أوت 1996، أن أية عملية استنساخ رقمية لقطعة موسيقية يحميها حق المؤلف، ووضعها بمتناول المشتركين في شبكة الانترنيت يجب أن يسمح بها بصورة جازمة أصحاب الحق أو المتنازل لهم TGI Paris, 14 Août 1996, JCP éd.G,1996, II, note Olivier et Barby

أو الإخلال بالنظام العام في الدولة[1009]. ويمكن للمتضرر في حال كون فعل المستخدم مؤلفاً لجرم جزائي أن يطالب على أساس المسؤولية التقصيرية بالتعويضات الشخصية عن الأضرار اللاحقة به والناشئة عن الجرم. كما له أن يطالب على أساس المسؤولية المدنية التقصيرية القائمة على الخطأ الشخصي بالتعويضات عن الضرر، وبإزالة المحتوى الضار وبنشر اعتذار أو تكذيب، وذلك في حال كان الفعل لا يشكل جرم جزائي. كما للمتضرر أيضاً أن يسند طلباته إلى المسؤولية التعاقدية إذا كان مرتبطاً بعقد مع المستخدم صاحب المحتوى الضار، وكان العقد يتعلق بهذا المحتوى الضار.

وتختلف مسئولية مستخدم الإنترنت عن المعلومات التي يرسلها بحسب ما إذا كان قد أرسلها في شكل رسالة خاصة، أم بثها للجمهور عامة. حيث تعظم مسئوليته القانونية في مواجهة الجمهور عن المعلومات الخاطئة، أو المغرضة التي قام بإرسالها. وهي مسئولية تقصيرية إذا استطاع المضرور إثبات عناصرها؛ مع الوضع في الاعتبار الصعوبات التي قد تعترض المضرور في إثبات هذه المسئولية، نظراً لأن هذه المعلومات تكون في صورة غير مادية، وكذا غياب الوسيط الذي يتولى رقابة المعلومات المرسلة إلى الجمهور، مما قد يؤدي إلى إفلات مرسل المعلومة من المسئولية[1010].

وتجدر الإشارة إلى انه إذا كان مرسل المعلومة مهنياً متخصصاً تقوم مسئوليته عن المعلومات المرسلة عبر الإنترنت. إذ يضع القاضي في اعتباره هذه الصفة عند تقديره الخطأ. هذا بخلاف ما إذا كان مرسل المعلومة غير مهني، أي يضع المعلومة للجمهور بشكل مجاني وبطريقة غير منظمة. إذ يتم تقدير خطئه بشكل أقل من المهني المتخصص، حيث ينظر في هذا الشأن إلى أن الأصل في مستخدم الإنترنت أنه متلقي للمعلومة وليس مرسلاً لها. ومن ثمة، يكفيه بذل العناية المطلوبة، وهي عناية الشخص المعتاد في تلقي المعلومة واستخدامها[1011].

للمزيد من التفصيل، راجع اودين سلوم الحايك، *مسؤولية مزودي خدمات الانترنيت التقنية*، ط.1، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس/لبنان، 2009، ص.ص.128 وما بعدها.

[1008] TGI Nanterre, 08 Décembre 1999, comm.com.élec.Mars 2000, chr.n.40.

[1009] ذهبت المحكمة الفدرالية الألمانية (*Bundesgerichtshof*) إلى تطبيق قانون العقوبات الألماني، وبصورة خاصة المادة 130 منه على كل من يحث ويحرض على البغض العنصري. للمزيد من التفصيل، راجع راجع اودين سلوم الحايك، المرجع السابق، ص.118-119.
Bundesgerichtshof. 12 décembre 2000: No. 1 StR 184/00 ; Neue Juristische Wochenschrift, 2001, p.624-628.

[1010] Cf. EMMANUEL Netter., *La Liberté D'expression sur les Réseaux Sociaux en Droit Français, Droit et Réseaux sociaux*, Laboratoire D'études Juridiques et Politiques, Lextenso éd., Octobre 2015, p.50-51.

[1011] قريب من هذا المعنى، *عايد رجا الخلايلة، المسؤولية التقصيرية الالكترونية*، المرجع السابق، ص.311.

كما أن الخدمات المجانية لا تؤدي إلى قيام مسئولية مؤديها إلا بصفة استثنائية، ولهذا ولكي تستمر منتديات المناقشة والمجموعات الإخبارية في تقديم خدماتها، فإنه لابد من مراعاة أن المستخدمين والقائمين عليها من المتطوعين الذي يؤدون خدماتهم مجاناً. ولذلك، لا يجوز تحميلهم أية مسئولية في هذا المجال. وإذا كان مستخدم الإنترنت قاصراً، فإن المسئولية عن تصرفاته تقع طبقاً للقواعد العامة على عاتق متولي الرقابة، سواء أكان الولي أو الوصي أو المدرسة أو معلم المهنة أو الحرفة. ولذلك ينبغي توخي الحذر في هذا المجال، وتحديد المواقع التي يسمح للقصر بارتيادها[1012].

الفرع الثاني
المسؤولية العقدية لمستخدم الانترنيت

يسعى مستخدم الإنترنت إلى الاستعانة بمقدمي الخدمات الوسيطة في مجال شبكة المعلومات الدولية، لكي يتمكن من الاستفادة بالخدمات المتعددة التي تتيحها هذه الشبكة، وذلك عن طريق الاشتراك الخاص بالشبكة أو بموقع محدد عليها. ويتم تنظيم هذا الاشتراك عن طريق العقد المبرم بين مستخدم الإنترنت والمهني في مجال الاتصال والمعلوماتية أياً كان تكييفه. كما ينبغي أن يتضمن هذا العقد تحديد المعلومات التي يريدها المستخدم، وما إذا كان يجوز له الاحتفاظ بها أو معالجتها وإعادة بثها مرة أخرى[1013]. ويجوز أن يتضمن هذا العقد أيضاً شروطاً بشأن الإعفاء من المسئولية، والتي تعد صحيحة وفقاً للقواعد العامة، إذ أشارت المادة 178 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري[1014] إلى أنه: "*وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على تنفيذ التزامه التعاقدي، إلاّ ما ينشأ عن غشه، أو عن خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش، أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه*". ولكن يقع في جميع الأحوال باطلا كل اتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية، حيث ورد بالمادة 178 الفقرة الثالثة من القانون المدني أنه: "*ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي*".

إن المشكلة الأساسية في نشر المعلومات على شبكة المعلومات الدولية تتمثل في كيفية التعرف على ناشر هذه المعلومات، لأن هذه الشبكة العالمية تعطيه مجالاً واسعاً، وسهلاً للتخفي تحت غطاء إغفال اسمه، أو التخفي تحت اسم مستعار، أو غصب أو انتحال اسم شخص من الغير. ولذلك، فإن القانون الفرنسي رقم 2000-719 والصادر في 01 من أوت سنة 2000 بشأن تعديل بعض أحكام قانون حرية الاتصالات

[1012] محمد حسين منصور، *المسؤولية الالكترونية*، المرجع السابق، ص.199.

[1013] حسين محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص.19.

[1014] الأمر 75-58 *المتضمن القانون المدني الجزائري*، المرجع السابق.

رقم 86-1067 والصادر في 30 من سبتمبر سنة 1986[1015]، قد ألزم ناشري المعلومات عبر تقنيات الاتصال السمعية والبصرية بضرورة ذكر الاسم والموطن، وإذا كان الناشر شخصاً معنوياً فيشترط ذكر اسم الشركة ومركزها، وعنوانها، واسم مدير النشر، أو المسئول عنه[1016].

كما يجب على مستخدم الإنترنت بوصفه مستهلكاً للمعلومات أن يستفيد من العمل الذهني المعروض على الشبكة في نطاق الاستعمال الشخصي البحت. ومن ثمة، فإنه يكون مسئولاً في حالة استغلال هذا العمل تجارياً أو استعماله بصورة جماعية، أو بأي صورة تمثل تعدياً على حق المؤلف دون إذن صاحبه[1017]. وقد لا يخضع مستخدم الإنترنت باعتباره مستهلكاً للمعلومات لأية شروط تعاقدية خاصة بشأن استخدام المعلومات التي يتلقاها، ويكون حراً في هذا الاستخدام. بيد أن حريته هنا مقيدة بالقواعد العامة المتعلقة بعدم التعسف في استعمال هذه الحرية أو إساءة استخدام حقه في الاتصال بالمعلومة. كما يجب عليه أن يستعمل المعلومات التي حصل عليها استعمالاً مشروعاً، وأن يحترم حقوق الآخرين وبخاصة حقوق الملكية الفكرية[1018]، والحقوق اللصيقة بالشخصية، والحق في الخصوصية وحرمة الحياة الخاصة، والقواعد المنظمة لحرية النشر، والقواعد الواردة في القانون الجنائي، وكذا القواعد الخاصة بحماية المستهلك[1019].

ويرى البعض[1020] أنه يتم الحكم على سلوك مستخدم الإنترنت كونه مستهلكاً للمعلومات

[1015] LOI N° 2000-719 du 1er Août 2000 Modifiant la Loi N° 86-1067 du 30 Septembre 1986 Relative à la *Liberté de Communication*, JORF N°177 du 2 Août 2000, p.11903.

[1016] Article 43-10 : « - *I. - Les Personnes Dont l'activité est D'éditer un Service de Communication en Ligne Autre que de Correspondance Privée Tiennent à la Disposition du Public :*
- S'il s'agit de Personnes Physiques, Leurs Nom, Prénom et Domicile ;
- S'il s'agit de Personnes Morales, Leur Dénomination ou Leur Raison Sociale et Leur Siège Social ».

[1017] ماجد عمار، *المسؤولية القانونية الناشئة عن استخدام فيروس برامج الكمبيوتر ووسائل حمايتها*، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص.50.

[1018] أدرج المشرع الجزائري لأول مرة عبارة "*برامج الحاسوب*" بدل عبارة "*قواعد البيانات*"، وذلك في المادة 01/04، وكذلك أشارت المادة 08/02/27 إلى عبارة "*إبلاغ المصنف إلى الجمهور بأية منظومة معالجة معلوماتية*"، كل ذلك أدرجه بموجب الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، والمعدل للأمر رقم 97-10، في 19 جويلية 2003، الجريدة الرسمية عدد 44 صادرة في 23 جويلية 2003، ص.3.
وكذلك الحال بالنسبة لمصر حيث صدر قانون رقم 38 لسنة 1992، بتاريخ 1992/06/04 بشأن تعديل بعض أحكام قانون حماية حق المؤلف رقم 354 لسنة 1954 وقانون تنظيم الرقابة على الأشرطة السينمائية ولوحات الفانوس السحري والأغاني والمسرحيات والمنولوجات والأسطوانات وأشرطة التسجيل الصوتي رقم 430 لسنة 1955، حيث ورد بالمادة 02: تشمل الحماية المنصوص عليها في هذا القانون مؤلفي: "... *مصنفات الحاسب الآلي من برامج وقواعد بيانات وما يماثلها من مصنفات تحدد بقرار من وزير الثقافة. وتشمل الحماية، مؤلفي المصنفات التي يكون التعبير عنها بالكتابة، أو الصوت، أو الرسم، أو الحركة، أو التصوير، كما تشمل كذلك عنوان المصنف إذا كان متميزاً بطابع ابتكاري ولم يكن لفظياً جارياً للدلالة على موضوع المصنف*".

[1019] حسين محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص.20.

[1020] *من بين هؤلاء:* الأستاذ حسين محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص.19؛ والأستاذ محمد حسين منصور، *المسؤولية الالكترونية*، المرجع السابق، ص.199.

بمعيار الرجل العادي، ويفرض هذا المعيار على مستخدم الإنترنت عدم السماح للغير بالإطلاع على مواقع الإنترنت محل الاشتراك، وحصر ذلك في نطاق ضيق يكاد يقتصر على المقيمين معه، أو من تربط بهم علاقة قرابة كالزوجة والأولاد. وهو ما يعني التوسع في فكرة الاستعمال الشخصي أو العائلي الذي يعد استثناء من الاعتداء على هذه المعلومات. وعلى هذا، فإذا تصرف مستخدم الإنترنت في المعلومات التي تلقاها على نحو يخالف القواعد السابقة، أو بشكل يتعارض مع ما يوجبه معيار الرجل العادي، فإن مسئوليته تقوم في مواجهة كل من أصابه ضرر بسبب هذه المخالفات، سواء أكان المنتج أو المورد للمعلومة أو شخصاً من الغير تتعلق به المعلومة التي أسيء استخدامها. ويقع على عاتق من يدعي الضرر إثبات خروج المستخدم في استعماله للمعلومة عن حدود المألوف في التعامل، أو إساءة استعمال حقه في الحصول على المعلومة[1021].

إلا أن جانباً من الفقه[1022] خالف هذا الاتجاه، لأن ما يتحمله مستخدم الإنترنت يفوق ما تم ذكره من التزامات، حيث إن المعيار الأمثل الذي يجب أن يقاس عليه سلوك مستخدم الإنترنت هو: "*معيار الرجل الحريص*" وليس مجرد الرجل العادي. وقد تضمن القانون الألماني إعفاء متعهد الإيواء أو مضيف المواقع من المسؤولية ما لم يثبت علمه بالمحتوى الضار، وكذلك القانون الأميركي الذي نص على جهل مضيف المواقع بعدم مشروعية المحتوى. أما في فرنسا فقد حصر القانون رقم 2000-719[1023] المتعلق بحرية الاتصالات المسؤولية المحتملة في حالة وحيدة هي عدم مبادرة متعهد الإيواء إلى إزالة المشكو منه بناء على طلب السلطة القضائية، كما قضت المحكمة العليا في أميركا أن متعهد الوصول لا يمكن أن يسأل عن المعلومات المذاعة من خلاله، حيث إنها صادرة من الغير، ورفض القضاة وجود أي تشابه مع محرري الصحافة المكتوبة أو المرئية،

[1021] حسين محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص.20-21.

[1022] من بين هؤلاء الفقهاء: الأستاذ عايد رجا الخلايلة والأستاذ يعقوب عبد العزيز الصانع، حيث يرى الأستاذ عايد رجا الخلايلة عكس هذا تماما، حيث يرى أنه يجب أن يقاس سلوك مستخدم الانترنيت بمعيار "*الرجل الحريص*"، لأن استخدام الانترنيت يتطلب مزيدا من العناية والحرص في دخوله إلى المواقع واستيفائه المعلومات، خوفا من أن يؤدي ذلك إلى العبث بهذه الأخيرة، هذا من جهة، ومن جهة ثانية، يصعب تأييد إلزامه بعدم السماح للغير بالاطلاع على المواقع محل الاشتراك وحصر ذلك في نطاق محدد، يكاد يقتصر على من يقيم معه وتربطه علاقة به. عايد رجا الخلايلة، *المسؤولية التقصيرية الالكترونية*، المرجع السابق، ص.311.

[1023] Loi N° 2000-719 du 1er Août 2000 Modifiant la Loi N° 86-1067 du 30 September 1986 *Relative à la Liberté de Communication*, Op.cit.

ورأوا أن سرعة نقل الخبر على الإنترنت تجعل من المستحيل إخضاعه للرقابة الفعلية[1024].

ويمكن قيام المسئولية العقدية لمستخدم الإنترنت في الحالات التي يفرض فيها المنتج أو مورد المعلومة أو صاحب الموقع على كل من يتلقى معلومات من هذا الموقع شروطاً يتعين عليه احترامها، سواء تعلقت هذه الشروط بكيفية استخدام المعلومة، أو بمن يسمح له بالإطلاع عليها. وهذه الشروط العامة يخضع لها كل مستخدم يمكنه الدخول إلى الموقع[1025]. إذ أن هذه المعلومات غالباً ما تتضمن مسائل مهمة ذات طابع اقتصادي أو سياسي أو اجتماعي. وفي مثل هذه الحالات تنشأ علاقة عقدية بين المسئول عن الموقع، وبين كل مستخدم يتصل بهذا الموقع، من شأنها أن تفرض التزامات على عاتق أطرافها، وفي حالة مخالفة أحد هذه الالتزامات تقوم المسئولية العقدية متى توافرت شروطها[1026].

كما أن مستخدم الإنترنت يكون مسئولاً عن الأضرار الناجمة عن اختياره لمعلومات غير مشروعة. وإذا كان المستخدم شخصاً عادياً وليس مهنياً، فإنه وفقاً لأحكام المسئولية العقدية "*لا يكون مسئولاً إلا عن الأضرار التي كان يمكن توقعها عادة وقت إبرام العقد، ما لم يكن قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً*"[1027]. ومن ثمة، يمكن أن تثور المسئولية العقدية لمستخدم الإنترنت في إطار العلاقات التعاقدية التي تربطه بالقائمين على شبكة المعلومات الدولية ومقدمي خدماتها، وذلك في حالة إخلاله بالشروط التي التزام بها في العقد كالشرط الذي يسمح أو يحظر عليه الدخول إلى مواقع معينة. كما يجري العمل على وضع بعض الشروط في عقود الاشتراك تلزم المستخدم عند دخوله إلى مواقع الإنترنت مراعاة المعتقدات الدينية والثقافية للمشتركين الآخرين، والتزامه بعدم توجيه أو بث آراء أو أفكار عنصرية أو مهينة. وبذلك، تقوم المسئولية العقدية لمستخدم الإنترنت في حالة مخالفة هذه الالتزامات، وذلك في مواجهة مقدم الخدمة، كما تثار المسئولية التقصيرية للمستخدم في مواجهة الغير المضرور[1028].

[1024] مقتبس من، يعقوب عبد العزيز الصانع، *مسؤولية أشخاص "الانترنيت"* ، مجلة القبس الالكترونية، مقال منشور بتاريخ 18 مارس 2018، تاريخ الاقتباس: 2018/07/20، متاح على الرابط التالي؛ https://alqabas.com/513973/.

[1025] Cf. LAURENCE Neuer., *Les agressions sur les réseaux sociaux ne tombent pas dans un puits d'impunité. Leurs auteurs risquent licenciement. amendes et le paiement d'indemnités*, Le Point.fr, Modifié le 07/01/2013 à 12:36, Publié le 07/01/2013 à 11:51, Date de Citation: 16/12/2019, Disponible à:| https://www.lepoint.fr/editos-du-point/laurence-neuer/denigrement-et-insultes-sur-twitter-et-facebook-que-dit-le-droit-07-01-2013-1609294_56.php

[1026] قريب من هذا المعنى، عايد رجا الخلايلة، *المسؤولية التقصيرية الالكترونية*، المرجع السابق، ص.311.

[1027] محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص.32.

[1028] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.199.

المبحث الثاني

مسؤولية مقدمي خدمات الانترنيت التقنية

Les prestataires techniques

أدى استخدام شبكة الانترنت إلى سهولة تدفق المعلومات والبيانات المختلفة فيما بين الناس أو المؤسسات، غير أن هناك العديد من الأشخاص يتقاسمون فيما بينهم الأدوار، وهؤلاء هم مقدمو الخدمات التقنية عبر الانترنت. يطلق عليهم عدّة مسميات منها: "الوسطاء التقنيون (*intermédiaires techniques l'internet de*)، أو مورّدي وسائل الاتصالات (*Les fournisseurs de communication*). ويعمل هؤلاء على ضمان وتوفير الوسائل والإمكانيات التقنية اللازمة لبث مختلف المضامين على شبكة الانترنيت، وتسهيل المعاملات التجارية بين مختلف المتعاملين في حقل التجارة الالكترونية.

فعندما يرغب مستخدمو الإنترنت الالتحاق بالشبكة، بقصد الحصول على المعلومات، أو بهدف بثّها، يجب عليهم عدم تجاوز حدود الاستعمال المشروع لها. ذلك أن الطابع العالمي للإنترنت يجب ألا يكون وسيلةً لاستبعاد تطبيق القانون، أو لإفلات البيانات والمعلومات المتداولة عبر الشبكة من السيطرة والرقابة. والواقع أن حصول الجمهور على المعلومات، أو بثها عبر شبكة الإنترنت، لا يُمكن أن يتم دون الاستعانة بخدمات القائمين عليها، وهم كما عرفتهم المادة 14 من التوجيه الأُوروبي حول "*التجارة الإلكترونية*" والمادة *2/1/6* من القانون الفرنسي حول "*الثقة في الاقتصاد الرقمي*" الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون الذين يتولُّون، ولو بالمجان، تخزين البيانات والسجلاَّت المعلوماتية لعملائهم، ويضعون تحت تصرُّفهم الوسائل التقنية والمعلوماتية التي تُمكِّنهم من الوصول إلى هذا المخزون الإلكتروني على مدار الساعة.

لهذا، فإن دخول أي فرد إلى شبكة الانترنيت يمكن أن يتم بطرق عديدة ولكنه يقتضى في جميع الأحوال الاستعانة بمتعهد الإيواء لضمان المساحة اللازمة للتخزين أو العرض في الشبكة المعلوماتية، أما مقدم منافذ الدخول إلى الانترنيت فبدونه لا يتم أصلاً ربط المستخدمين بالشبكة المعلوماتية. وللاستفادة أكثر من مزايا الانترنيت خصوصاً في مجال التجارة الالكترونية وحفظاً للمحررات الالكترونية لابد من الاستعانة بفني آخر من طبيعة خاصة يسمى بـ"*مقدم خدمات التصديق الالكتروني*"، ودور هذا الأخير لا يقل أهمية عن دور مختلف المتدخلين في الفضاء الرقمي لارتباطه بأخطر مجال وهو قواعد الإثبات في التعاقد الالكتروني. وعلى هذا، فالجهود تتضافر والأدوار تتنوع في النشاط الالكتروني، ويتميز دورهم بأنه دور فني ولهذا الأخير أهمية في تحديد مسؤولية هؤلاء الأشخاص، فنظراً لتداخل نشاطاتهم وارتباطها ببعضها البعض يطرح إشكال الفصل بين

مسؤوليات هؤلاء في حالة حصول ضرر مصدره الفضاء الرقمي الذي يشترك هؤلاء جميعاً في صياغة أدبياته كل بطريقته الخاصة. *وعليه، يطرح الإشكال حول مستويات التأطير القانوني على مستوى التشريع الوطني وكذا التشريعات المقارنة لمسؤولية هؤلاء الأشخاص وحدود الفصل بين هذه المسؤوليات؟*

من خلال هذا التعريف ندرك تنوُّع الخدمات التي يقدمها القائمون على إدارة شبكة الإنترنت، وبالنتيجة اختلاف طبيعتها القانونية وتعدُّد صفة مقدميها. فمن هذه الخدمات من يلعب فيها دور الوسيط بين الجمهور بصفته مستخدم للشبكة كما سبق بيانه كمتعهد الإيواء (**المطلب الأول**). ومنها ما يهدف إلى توفير الوسائل الفنية اللازمة لربط شبكات الاتصال (**المطلب الثاني**). أو تمكين العملاء من خدمة التصديق الالكتروني على محرراتهم (**المطلب الثالث**).

المطلب الأول

المسؤولية المدنية لمتعهد الإيواء

Le fournisseur d'hébergement

يعد مزودو خدمات الاستضافة (المستضيف) على الشبكة من أهم مزودي الخدمات على الشبكة، فلولا قيامهم بتخزين محتوى المواقع الإلكترونية الإعلامية لما تمكن مستخدمو الشبكة من دخولها أو تصفحها والإفادة من محتوياتها. ونظرا لعدم وجود تنظيم قانوني خاص في الجزائر يضبط العلاقة بين متعهد الإيواء والمستخدم، تثير المسؤولية المدنية لمتعهد الإيواء المعلوماتي من الناحية القانونية العديد من التساؤلات، سواء تلك الخاصة بنطاقها أو موقف التشريعات والقضاء منها.

للإحاطة بالموضوع سنتطرق بدايةً إلى التعريف بمتعهد الإيواء (**الفرع الأول**). ثم سنعرج للحديث عن إثارة مسؤولية متعهد الإيواء (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول

تعريف متعهد الإيواء

قبل التطرق إلى المسؤولية المدنية لمتعهد الإيواء المعلوماتي لابد أن نبين من هو متعهد الإيواء المعلومات، حيث يطلق علية تسميات متعددة منها المورد والمستضيف أو مقدم خدمة الاستضافة وكذلك مورد المحتوى المعلوماتي، إلا أن التسمية الشائعة والأكثر استخداماً هي تسمية "متعهد الإيواء".

أولا.– التعريف الفقهي:

هو "كل شخص طبيعي أو معنوي يعهد إليه بعرض صفحات الويب (*Web*) على حاسباته الخادمة مقابل أجر، وكأن متعهد الإيواء هنا هو (*المؤجر*) ومحل التأجير هو المكان على شبكة الانترنت (المستأجر) هنا هو الناشر. ومن ثمة، يقوم هذا الأخير بإنشاء ما يريده من نصوص أو صور، كما له أن ينظم مؤتمرات للمناقشة، أو ينشئ روابط معلوماتية مع المواقع الأخرى[1029].

بينما عرفه سمير حامد عبد العزيز الجمال بأنه: *"كل شخص طبيعي أو معنوي يتولى تخزين وحفظ البيانات والمعلومات لعملائه، ويوفر الوسائل الفنية والمعلوماتية التي تسمح لهم بالحصول على هذه البيانات، والمعلومات طوال ساعات اليوم، وذلك عبر الإنترنت"*[1030]. ومن جهته، عرفه سادري بورلون (*Sadry Porlon*)[1031] بأنه:" يضمن تخزين الإشارات والكتابات والصور والأصوات أو الرسائل من أي نوع على شبكة الانترنت"[1032].

[1029] فاطمة الزهراء عكو، *المسؤولية المدنية لمقدمي الخدمة الوسيطة في الانترنيت*، رسالة دكتوراه، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2015/2014، ص.151.

[1030] سمير حامد عبد العزيز الجمال، *التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة*، ط.2 ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص.305.

[1031] *Sadry Porlon*, Spécialiste des Droits des TIC, Avocat au barreau de Paris (2008), Docteur en Droit (Avignon 2006), DEA Informatique et Droit (Montpellier 2001)… depuis 2010, chargé d'enseignements au sein d'une Ecole de commerce (Paris Pôle Alternance. PPA) et de deux écoles d'ingénieurs que sont l'ESGI. Citée par, *Me Sadry PORLON, Sadry PORLON*, Date de Citation: 12/12/2019, Disponible à: https://www.porlon-avocats.com/me-sadry-porlon

[1032] Le fournisseur d'hébergement: "Le *Stockage de Signaux, D'écrits, D'images, de sons ou de Messages de Toute Natur*e ", Disponible à: Date de Publication: 09/05/2013 à 00h00, Date de Citation: 20/08/2019. https://bfmbusiness.bfmtv.com/01-business-forum/comment-distinguer-un-hebergeur-dun-editeur-de-contenu-595659.html.

ثانياً.– التعريف القانوني:

عرفت المادة السادسة من قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي (*LCEN*)[1033] مزودي خدمات الاستضافة على الشبكة بأنهم الأشخاص الطبيعيون أو الاعتباريون الذين يؤمنون ولو بالمجان، بغية وضع خدمات الاتصال مع العموم على الشبكة في متناول الجمهور، تخزين الرموز، أو الكتابات، أو الصور، أو الأصوات، أو الرسائل أياً كانت طبيعتها المقدمة من قبل المستفيدين من هذه الخدمات. ومن ثمة يتمثل الدور الذي يقوم به مزود خدمات الاستضافة على الشبكة في توفير مساحة على القرص الصلب لحاسوبه الخادم لتخزين محتوى الموقع الإلكتروني الإعلامي[1034].

أما المشرع الجزائري، فقد عرف متعهد الإيواء بموجب القانون رقم 09-04 المتعلق بالوقاية من جرائم الإعلام والاتصال[1035]، حيث ورد بالمادة الثانية الفقرة "د" البند الثاني على أنه: "... *أي كيان آخر يقوم بمعالجة أو تخزين معطيات معلوماتية لفائدة خدمة الاتصال المذكورة أو لمستعمليها*". ويلاحظ أن متعهد الإيواء يقدم لعميله ما لديه من أجهزة وأدوات فنية تتصل بالإنترنت ويضعها تحت تصرفه لمدة معينة، وبمقابل معين. ومنه فإنه يعتبر بمثابة عقد إيجار أشياء. حيث أن متعهد الإيواء يسمح لعميله بالانتفاع بأجهزته مع احتفاظه بملكيتها، ويتنازل له عن حيازته لبعض الإمكانيات التي تتيحها هذه الأجهزة. ومن ثمة، فإن هذه العلاقة التعاقدية يمكن أن تخضع لأحكام المادة 467[1036] المعدلة بقانون 07-05 بتاريخ 13 من جويلية سنة 2007 من القانون المدني الجزائري[1037]، والمقابلة للمادة 558 من القانون المدني المصري، وكذا المادة 1712 من القانون المدني الفرنسي.

يميز القانون الفرنسي رقم 575/2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي سالف الذكر بين مستضيفي البيانات (*Hébergeurs*) وبين الناشرين (*Editeurs*)، فمستضيفو البيانات وفق المادة السادسة الفقرة

[1033] Loi N° 2004-575 du 21 Juin 2004 pour la Confiance dans L'économie Numérique, Op.Cit.

[1034] أروى تقوى، المرجع السابق، ص.458.

[1035] قانون رقم 09-04 ممضي في 05 أوت 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، الجريدة الرسمية عدد 47 مؤرخة في 16 أوت 2009، ص.05.

[1036] المادة 467 (معدلة): "*الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم...*"

[1037] قانون رقم 07-05 ممضي في 13 ماي 2007، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 31 مؤرخة في 13 ماي 2007، ص.3.

الثانية[1038] المعدلة بالقانون رقم 766/2020 المؤرخ في 24 من جوان سنة 2020[1039] هم الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الذين يؤمنون، ولو دون مقابل، من أجل الوضع بتصرف الجمهور، بواسطة خدمات الاتصالات، تخزين النصوص والصور والصوت أو أي رسالة من أية طبيعة مقدمة من قبل المستخدمين. بينما يمكن تعريف الناشر بأنه المقدم أو المورد الذي له سلطة تحديد المحتوى الموضوع بتصرف الجمهور[1040]. وعلى هذا، يتم التفريق بين الناشر وبين المستضيف تبعاً لقدرته على التصرف بخصوص المحتوى الموضوع على الانترنت.

عموماً، ومن خلال التعاريف السابقة يمكن القول أن دور متعهد الإيواء ينحصر في تقديم خدمة التخزين، وذلك عن طريق جزء من القرص الصلب لإيواء المعلومات التي يتلقاها؛ حتى يتمكن مستخدمو الشبكة من الإطلاع عليها.

الفرع الثاني
إثارة مسؤولية متعهد الإيواء

قد يقتصر دور متعهد الإيواء على الجانب الفني فقط فتنعدم مسؤوليته تبعاً لذلك، وقد يلعب دور المنتج والمؤلف للمعلومة فيكون مسؤولا عنها. وقد كان للقضاء كلمته في جملة من الاجتهادات الخاصة بمسؤولية هذا الأخير سواء بثبوتها أو انتفائها.

أولاً.– الأصل عدم مسؤولية متعهد الإيواء عند قيامه بدور الوسيط والمحايد في نقل المعلومات:

سجلت التشريعات مواقف متتابعة في التأسيس لمسؤولية متعهد الإيواء، حيث ظهرت بواكير ذلك مع التشريع الألماني، وعموما كلها اتفقت على إعفائه من المسؤولية عن المحتوى المعلوماتي الضار. فوفقاً للمادة 14[1041] من التوجيه الأوروبي رقم 31/2000[1042] بشأن التجارة الإلكترونية سالف الذكر؛ فإنه يشترط

[1038] Article 6-2: «*Les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services…*».

[1039] Loi N° 2020-766 du 24 juin 2020 *visant à lutter contre les contenus haineux sur internet*, JORF N°0156 du 25 juin 2020 texte N° 1, Disponible à: https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000042031970&categorieLien=id

[1040] Cité par, MARINE de Montecler, *Le droit à l'heure des réseaux sociaux*, Mémoire de recherche sous la direction de Marie Serna, HEC Paris, 2011, p.9. Date de Citation : 25/09/2019, Disponible à: https://www.lepetitjuriste.fr/wpcontent/uploads/2011/10/droit%20@%20l%20heure%20des%20r%c3%a9seaux%20sociaux%20-%20Marine%20de%20Montecler.pdf

[1041] Article 14: «Hébergement: ***1***. *Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à*

لقيام المسئولية الجنائية والمدنية لمتعهد الإيواء ثبوت علمه بالمضمون غير المشروع ظاهراً، وأن يكون لديه الوسائل والتقنيات الفنية التي تمكنه من التحكم في المعلومات التي يبثها عبر تقنياته، ووقف بث المعلومات غير المشروعة فور علمه بصفتها غير المشروعة. ووفقاً لأحكام المادة 15[1043] من ذات التوجيه، فإنه لا ينبغي لقوانين الدول الأعضاء في الإتحاد الأوربي أن تفرض على متعهد الإيواء التزاماً عاماً بمراقبة المعلومات التي يقوم بنقلها أو تخزينها، أو البحث النشط عن الوقائع والظروف التي تظهر الأنشطة غير المشروعة.

وعلى صعيد التشريعات الداخلية، كانت ألمانيا هي السباقة إلى إصدار تشريع يعالج مسؤولية متعهد الإيواء، حيث كان ذلك من خلال قانون التيليميديا (*Telemediengesetz.TM*) الذي أصبح نافذاً في 01 من مارس سنة 2007[1044]، المعدل لقانون استخدام الخدمات عن بعد *Teledienstegesetz.* (*TDG*) الصادر في 01 من أوت سنة 1997 والملحق بقانون خدمات الإعلام والاتصال. وقد تضمن هذا القانون في مادته العاشرة[1045] إعفاء متعهد الإيواء – عبر عنه القانون بمضيف المواقع– من المسؤولية ما لم يثبت علمه بالمحتوى الضار، أو إذا عجز عن توفير الوسائل التقنية اللازمة لمنع الوصول إلى هذا المحتوى.

وفي أمريكا، أصدرت الولايات المتحدة الأمريكية قانون الألفية الأمريكي حول حق المؤلف (*DMCA*)[1046]، الصادر في 28 من أكتوبر سنة 1998[1047]، حيث جاء هذا القانون معدلاً لقانون حق

---

condition que: ***a)*** *le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente ou* ***b)*** *le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible.* ***2****. Le paragraphe* ***1*** *ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire.* ***3****. Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation et n'affecte pas non plus la possibilité, pour les États membres, d'instaurer des procédures régissant le retrait de ces informations ou les actions pour en rendre l'accès impossible*». Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, Op.cit.

[1042] *Directive 2000/31/EC of the European, Directive on Electronic Commerce*, Op.Cit.

[1043] Article 15: «*Le secret des communications est garanti par l'article 5 de la directive 97/66/CE. Conformément à cette directive, les États membres doivent interdire tout type d'interception illicite ou la surveillance de telles communications par d'autres que les expéditeurs et les récepteurs, sauf lorsque ces activités sont légalement autorisées*». Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, Op.cit.

[1044] Telemediengesetz (TMG), Geltung ab 01.03.2007, Zuletzt Geändert Durch Artikel 11 G. v.11.07.2019 BGBl. I S. 1066. Citation Date: 20/08/2019, Available at: https://www.buzer.de/gesetz/7616/index.htm

[1045] Artikel 10: « *Diensteanbieter Sind für Fremde Informationen, die sie Für Einen Nutzer Speichern, Nicht Verantwortlich, sofern:* ***1.****- Sie Keine Kenntnis Von der Rechtswidrigen Handlung Oder der Information Haben und Ihnen im Falle von Schadensersatzansprüchen auch Keine Tatsachen oder Umstände Bekannt Sind, aus Denen die rechtswidrige Handlung oder die Information Offensichtlich Wird, Oder* ***2.****- Sie Unverzüglich Tätig Geworden sind, um die Information zu Entfernen Oder den Zugang zu ihr zu Sperren, Sobald sie diese Kenntnis Erlangt Haben. Satz 1 Findet Keine Anwendung, Wenn der Nutzer dem Diensteanbieter Untersteht oder von ihm Beaufsichtigt wird*». *Speicherung von Informationen, Telemediengesetz* (TMG) Geltung ab 01.03.2007, Op.cit.

[1046] DMCA: *The Digital Millennium Copyright Act*.

المؤلف الصادر سنة 1976[1048]. ووفق هذا القانون فإن المضيف للمعلومات والمواقع يعفى من المسؤولية المباشرة وغير المباشرة. أي استبعاد مسئولية متعهد الإيواء عن المعلومات غير المشروعة، طالما أنه لم يكن يعلم بهذه الصفة، ولم يتلق فائدة مادية من وراء بثه لهذه المعلومات، وقيامه بوقف بث أو نشر هذه المعلومات غير المشروعة فور إخطاره بذلك من المضرور.

أما في فرنسا، فقد أصدر المشرع بتاريخ 01 من أوت سنة 2000 القانون رقم 2000-719[1049] بشأن تعديل بعض أحكام القانون المتعلق بحرية الاتصالات رقم 86-1067 والصادر في 30 سبتمبر 1986. وفقاً للمادة 43 الفقرة الثامنة[1050] منه فإن الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين يتعهدون -بشكل مجاني أو بمقابل-بالتخزين المباشر والمستمر للمعلومات من أجل أن يضعوا -تحت تصرف الجمهور-إشارات، أو كتابات، أو صوراً، أو أغاني، أو رسائل، وكل ما من طبيعته إمكان استقباله، فإنهم يكونون غير مسئولين جنائياً أو مدنياً عن مضمون هذه المعلومات، أو الخدمة، إلا إذا أصبحوا مختصين برقابتها بأمر من السلطة القضائية، وامتنعوا عن أن يوقفوا وبسرعة بث أو نشر هذه المعلومات عبر مواقع الإنترنت.

أيضاً، وفقاً للمادة 43 الفقرة التاسعة[1051] من ذات القانون، فإنه يجب على متعهد الإيواء أن يزود عملاءه بالوسائل الفنية التي تسمح بتحديد هوية كل من يسهم في وضع مضمون المعلومات على الإنترنت، وذلك حتى يمكن تحديد الشخص المسئول عن المعلومات غير المشروعة. بينما أشارت المادة 43 الفقرة العاشرة[1052] من ذات القانون إلى ضرورة الالتزام بالشروط الواردة في القوانين المنظمة للاتصال السمعي

[1047] The Digital Millennium Copyright Act (DMCA), Rep. Coble, Howard [R-NC-6] , Introduced 07/29/1997, 10/28/1998 Became Public Law No: 105-304. Citation Date: 25/08/2019, Available at: https://www.congress.gov/bill/105th-congress/house-bill/2281

[1048] *The Copyright Act of 1976 is a United States copyright law and Remains the Primary Basis of Copyright Law in the United States*, as Amended by Several Later Enacted Copyright Provisions. *The Act Spells out the Basic Rights of Copyright Holders*. Citation Date: 25/08/2019, Available at: https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/us/us352en.pdf

[1049] Loi N° 2000-719 du 1 Août 2000 Modifiant la Loi N° 86-1067 du 30 Septembre 1986 Relative à la Liberté de Communication.

[1050] Article 43-8: « *Les personnes physiques ou morales qui assurent, à titre gratuit ou onéreux, le stockage direct et permanent pour mise à disposition du public de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature accessibles par ces services, ne sont pénalement ou civilement responsables du fait du contenu de ces services que: si, ayant été saisies par une autorité judiciaire, elles n'ont pas agi promptement pour empêcher l'accès à ce contenu*». Loi N° 2000-719 du 1 Août 2000, Op.cit.

[1051] Article. 43-9: «*Les prestataires mentionnés aux articles 43-7 et 43-8 sont tenus de détenir et de conserver les données de nature à permettre l'identification de toute personne ayant contribué à la création d'un contenu des services dont elles sont prestataires. Ils sont également tenus de fournir aux personnes qui éditent un service de communication en ligne autre que de correspondance privée des moyens techniques permettant à celles-ci de satisfaire aux conditions d'identification prévues à l'article 43-10*». Loi N° 2000-719 du 1 Août 2000, Op.cit.

[1052] Article. 43-10: «*Les personnes dont l'activité est d'éditer un service de communication en ligne autre que de correspondance privée tiennent à la disposition du public : s'il s'agit de personnes physiques, leurs nom, prénom et domicile ; s'il s'agit de personnes morales, leur dénomination ou leur raison sociale et leur siège*

والبصري، ومنها أحكام القانون رقم 82-652 الصادر في 29 من جويلية سنة 1982 المتعلق بقواعد تنظيم الاتصالات السمعية والبصرية سالف الذكر. وعلى هذا، يجب على متعهد الإيواء أن يحدد اسمه وموطنه، وإذا كان شخصاً معنوياً فيجب تحديد اسم الشركة، ومركزها، واسم ديرها، أو المسئول عنها، وذلك حتى يسهل على المستخدمين تحديد الشخص المسئول عن الضرر[1053]. وكذلك، وفقاً لأحكام المادة 11/43[1054] من ذات القانون، فإنه لا يجوز أن يفرض على متعهد الإيواء التزام عام بمراقبة المعلومات التي يقوم بنقلها، أو تخزينها، ولا التزام عام بالبحث عن الوقائع أو الظروف التي تكشف الأنشطة غير المشروعة. ويلاحظ أن هذه المادة تقابل المادة 15 من التوجيه الأوربي 31-2000 بشأن التجارة الإلكترونية سالفة الذكر.

وفي نفس السياق، ووفقا لأحكام الفقرتين الثانية والثالثة من المادة السادسة من قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي رقم 2004-575 لسنة 2004؛ تنتفي مسؤولية مزود خدمات الاستضافة على الشبكة، إذا لم يتوافر لديه العلم الحقيقي بالطابع غير المشروع للنشاط أو المعلومات التي يقوم بتخزينها، أو العلم بالوقائع الظروف التي يكون فيها النشاط أو المعلومات غير المشروعة واضحا.

إن ما يميز ما جاء به القانون الفرنسي عن القانونين الألماني والأمريكي وكذا التوجيه الأوروبي، أنه لم يكتف بتأكيد مبدأ عدم مسؤولية متعهد الإيواء فحسب، بل ذهب إلى ابعد من ذلك في حصر مسؤوليته المحتملة في حالة وحيدة وهي: عدم مبادرة هذا المتعهد إلى إزالة المشكو منه بناء على طلب السلطة القضائية وحدها، فلا يسأل إذا ورد مثلاً هذا الطلب إليه من غير السلطة القضائية، سواء من قبل المتضرر أو من قبل الغير[1055].

وبالنسبة للتشريع الجزائري، فعلى الرغم من أن المادة 12 من القانون رقم 09-04[1056] المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها لم تذكر مقدم خدمة الإيواء من حيث اللفظ، إلا أنه قد ورد بها وضمن المفهوم العام ما نصه: " *زيادة على الالتزامات المنصوص*

---

social ؛ le nom du directeur ou du codirecteur de la publication et, le cas échéant, celui du responsable de la rédaction au sens de l'article 93-2 de la loi no 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle; le nom, la dénomination ou la raison sociale et l'adresse du prestataire mentionné à l'article 43-8...». Loi N° 2000-719 du 1 Août 2000, Op.cit.

[1053] عبد المهدي كاظم ناصر، المرجع السابق، ص.246.

[1054] Article. 43-11: «*Les Fournisseur d' Hébergement ne Sont Pas Soumis à Une Obligation Générale de Surveiller Les Informations Stockent, ni à une Obligation Générale D'activités Illicites*». Loi N° 2000-719 du 1 Août 2000, Op.cit.

[1055] عايد رجا الخلايلة، المرجع السابق، ص.319.

[1056] القانون رقم 09-04 ممضي في 05 أوت 2009، *يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها*، الجريدة الرسمية عدد 47 الصادرة في 16 أوت 2009، ص.5.

عليها في المادة 11 أعلاه يتعين على مقدمي خدمات الانترنت...الخ" . وبذلك، فإن مقدم خدمة الإيواء يعد من ضمن مقدمي خدمات الانترنت، بل و يعتبر من أهم الأشخاص الذين يمكنهم الإطلاع على المحتوى المخالف للقوانين و للنظام العام والآداب العامة؛ و من ثم يمكنهم سحبه فورا و بمجرد الإطلاع عليه أو العلم به وإلا كان مقدم خدمة الإيواء مسؤولا مدنياً و جنائياً[1057].

كما ذهب اغلب الفقه إلى أن دور مزود خدمات الاستضافة يقتصر على مجرد توفير الوسائل الفنية ووضع أجهزته تحت تصرف الزبون مدة معينة، إذْ يعد في هذه الحالة بمنزلة وسيط محايد في نقل المحتوى، ولذلك فهو لا يكون مسؤولاً عن الأضرار التي يلحقها هذا المحتوى، لاسيما أنه لا علاقة له بهذا المحتوى، وليس من واجبه ممارسة الرقابة عليه، وتحديد مدى مشروعيته. إذ يرى الأستاذ ميشال فيفان (***Michel Vivant***) أن مسؤولية الوسطاء تقدر وفق القانون العام حيث تطبق القاعدة ذات الأبعاد الثلاثة (*القدرة، المعرفة، عدم التصرف*)؛ والتي تشكل أساس هذه المسؤولية[1058]، أي القدرة على التدخل لسحب المحتوى، ومعرفة الطبيعة غير المشروعة لهذا المحتوى، وعدم التصرف بخصوصه

تحسن الإشارة إلى أنه يجوز أن يتم تحديد مسئولية متعهد الإيواء طبقاً للشروط التي يتضمنها العقد المبرم بين المتعهد وعملائه، وبالتالي، فإنه يجوز الاتفاق على أن يبذل المتعهد العناية والحرص الملائم في عمله للحيلولة دون مباشرة الأنشطة غير المشروعة، وتوفير الوسائل الفنية التي من شأنها أن تحدد مصدر المعلومات غير المشروعة.

ثانياً.– الاستثناء إثارة مسؤولية متعهد الإيواء إذا أخل بعقد الاشتراك أو قام دور المنتج والمورد للمعلومة:

إن متعهد الإيواء بحسب الأصل لا يكون مسئولاً عن مضمون المعلومات الخدمات التي يوفرها لعملائه؛ إذا ما اقتصر دوره على مجرد توفير الوسائل الفنية، ووضع أجهزته تحت تصرف العميل لمدة معينة، حيث يعتبر في هذه الحالة بمثابة وسيط محايد في نقل المعلومة دون أن يكون مسئولاً عن مضمونها. وعلى هذا، فإنه لا يسأل عن الأضرار التي تلحقها هذه المعلومات بعملائه، لاسيما وأنه قد لا يمكنه التحكم في مضمون المعلومات التي تمر عبر أجهزته، أو رقابتها وتحديد مدى مشروعيتها، واحترامها لحقوق الآخرين؛ غير أنه إذا

[1057] بعجي محمد، *التزامات مقدمي الخدمة عبر الانترنت*، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 4، 2019، عدد 01، ص.28.

[1058] Cité par, MICHEL Vivant., *La responsabilité des Intermédiaires de l'Internet*, JCP., 10 Novembre 1999, Doctrine, p.2021-2025.

ثبت أنه قد التزم تجاه عميله بأن يقوم بمسئولية فحص المعلومات التي يوفرها لعملائه، والوقوف على مدى مشروعيتها، وعدم اعتدائها على حقوق الآخرين، فإنه يكون مسئولاً في هذه الحالة عن الأضرار التي يسببها لعملائه.

وعليه، يكون متعهد الإيواء مسئولاً في حالة إيوائه لمعلومات أو بيانات غير مشروعة، ولم يعمد بسرعة لمنع دخول ووصول هذه المعلومات، وذلك في لحظة علمه الحقيقي بهذه الصفة غير المشروعة، أو إذا كانت الوقائع والظروف تظهر بجلاء هذه الصفة غير المشروعة. ويلاحظ أن مسئولية متعهد الإيواء هنا مرهونة بعلمه الحقيقي بالصفة غير المشروعة لهذه المعلومات أو البيانات التي يقوم بتخزينها أو بنقلها. وبذلك، تنتفي مسئولية متعهد الإيواء إذا لم يتوافر لديه هذا العلم الحقيقي[1059]. أنه يمكن مساءلة مقدمي خدمة الإيواء عن عدم اتخاذ الاحتياطات المناسبة في حالة تحذيرهم بعدم مشروعية المضمون. وقد حدد هذا القانون المسئولية في حالتين هما: أولا في إذا تم اللجوء إلى القضاء ولم يقم القائم بالتخزين أو متعهد الإيواء مع ذلك باتخاذ اللازم نحو منع وصول هذا المضمون إلى الجمهور؛ وثانيا إذا أخطره الغير بأن المحتويات التي يتولى تخزينها غير مشروعة وتسبب له أضراراً إلا انه لم يقم باتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع بثها ونشرها[1060].

بناء على ما سبق، يمكن القول أن مسؤولية متعهد الإيواء لا تقوم على أساس الضرر وإنما على أساس الخطأ، وأن الخطأ يتحقق في حالة إحاطة هذا الأخير علماً هذا طرف السلطة القضائية أو من طرف الغير بالمحتوى المعلوماتي غير المشروع الذي يشغل مساحة من القرص الصلب التابع لمتعهد الإيواء؛ ولم يتخذ أي موقف ايجابي يفيد منعه من البث أو حذفها نهائيا من الوجود. وعليه، تكون القاعدة العامة هي عدم مسئولية الأشخاص القائمين على تخزين المعلومات أو الممارسين للإيواء عن هذه المعلومات لا جنائياً ولا مدنياً، إلا إذا تم إلزامهم قضائيا برقابه مضمون ومحتوى هذه المعلومات. ففي هذا الفرض تقوم مسئوليتهم عن الأضرار التي تسببها هذه المعلومات.

[1059] Cf. PIERRE Breese; KAUFMAN Gautier., *Guide juridique de l`internet et du Commerce Électronique, Vuibert*, Paris, 2000, p.335.

[1060] فيصل محمد عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الالكترونية، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص.155.

وبذلك، تقوم مسؤولية المزود المضيف إذا علم بمحتوى الموقع الذي يربط بينه وبين مستخدمي الشبكة، واستطاع أن يمنعهم من الوصول إليه ولم يفعل. فيعد مسؤولاً من لحظة علمه بمحتوى الموقع، ما لم يثبت أنه اتخذ الجهود الكافية لمنع الوصول إلى هذا المحتوى واستخدم كل الوسائل التي تمكنه من ذلك[1061].

ثالثاً.– تطبيقات قضائية لمسؤولية متعهد الإيواء عن سوء استخدام الانترنيت:

من التطبيقات القضائية في مجال تجاوز متعهد الإيواء لوظيفته وتدخله في صناعة المحتوى المعلوماتي؛ ما إليه ذهبت محكمة المرافعة الكبرى لباريس (*TGI à Paris*) بموجب القرار الصادر في 10 من جويلية سنة 1997[1062] إلى أن متعهد الإيواء إذا كانت ممارسته لعمله عبر موقع له على الإنترنت تتمثل في التحكم في المعلومات والخدمات التي يوفرها لعملائه. كأن يضع تحت تصرفهم على هذا الموقع بعض الأغاني أو الرسائل أو الصور على وجه طابع العموم مما يفقدها طبعها الخاصة. فيكون في هذه الحالة قد تجاوز كونه وسيطا في نقل المعلومات، وبذلك، يكون مسؤولا عن الأضرار التي تلحق بعملائه أو بموردي المعلومات، كما يكون مسؤولا أيضاً عن الأضرار التي تلحق بالغير تجاه أي اعتداء على حقوقهم نتيجة نشاطه المهني[1063].

كما تم الحكم بمسؤولية متعهد الإيواء في قضية جمعت بين إحدى عارضات الأزياء المعروفة ليندا لاكوست (*Linda Lacoste*) وثلاثة ممونين للتوطين، حيث قاموا بتوطين مواقع تعرض صور عارية لعارضة الأزياء. فأصدر قاضي الأمور الاستعجالية لدى محكمة المرافعة الكبرى بنانتير (*TGI à Nanterre*) أمر استعجالي بتاريخ 08 من ديسمبر سنة 1999، جاء فيه أنه يتعين على ممولي التوطين وضع آليات على مستوى الموزعات تسمح بالكشف عن المواقع المخالفة للنظام العام ومنع وصولها للعامة[1064]. وهو الأمر الذي كان لاحقاً محل مصادقة من المحكمة الإستئنافية بفرساي (*cour d'appel de versaille*)[1065].

[1061] أكمل يوسف السعيد يوسف، *المسؤولية الجنائية لمقدمي المواد الإباحية للأطفال عبر الإنترنت*، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، 2011، ص.36.

[1062] TGI Paris, 10 Juillet 1997. Cité par, *Guide Permanent Droit et Internet*, E 3.3 Hébergement du site, Précité, Nº 25, p.18.

[1063] « *La participation de l'hébergeur à la diffusion des propos poursuivis pourrait seulement, si son caractère délibéré était établit, constituer une complicité des délits susceptibles d'avoir été commis* ». TGI Paris, 10 Juillet 1997, Op.cit.

[1064] TGI Nanterre, 8 Dec. 1999. Date de Citation: 25/05/2018, Disponible à: www.jursiscom.net/jurisfr la cost

[1065] CA Versailles, (12e ch.), 8 juin 2000, *Société Multimania production* c/ L. Heineman , épouse Lacoste et autres, V. *Légipresse* N° 174-III, p. 140, note C. Rojinsky.

وفي سياق عدم استجابة متعهد الإيواء لتحذير المتضرر، قضت المحكمة العليا في لندن سنة 1999 بمسؤولية متعهد الإيواء الذي كان يأوي رسالة سب وقذف على أجهزته. وعدّته مسؤولاً عن مضمون حلقات النقاش التي كانت تعبُر من خلاله، حيث تمَّ تحذيره من قِبل الشخص المتضرِّر بضرورة وقف ذلك، إلاَّ إنه لم يستجيب لطلبه[1066].

كما أن مسئولية متعهد الإيواء تقوم عن الأضرار التي يسببها استعمال العميل لأجهزته، حيث تتحدد بالقدر الذي يتخلى فيه عن حيازته لإمكانات أجهزته. فإذا وصل ذلك إلى الحد الذي يمكن معه اعتبار أنها قد خرجت من تحت حراسته، فإنه لا يكون مسئولاً عن الأضرار التي تلحق بالغير بسبب استعمال العميل، ما لم يلبث أن المتعهد كان يعلم بما قام به العميل. كما تقوم مسئوليته أيضاً في الحالات التي لا يتخلى فيها عن حيازته لإمكانات أجهزته. ولا يخرج ذلك عن القواعد العامة المقررة بشأن مسئولية حارس الأشياء[1067].

ومن جهتها، أكدت محكمة استئناف فرساي (*CA Versailles*) بفرنسا وفق قرارها الصادر في 08 من جوان سنة 2000[1068] على مجموعة من الالتزامات التي تقع على عاتق متعهد الإيواء كالالتزام بالإعلام والالتزام باليقظة، وباتخاذ موقفٍ ايجابي. وأدانت المحكمة متعهد الإيواء نتيجة إخلاله بالتزاماته هذه استناداً لنص المادة 1382 سابقاً أي المادة 1112 الفقرة الأولى[1069] حالياً من القانون المدني الفرنسي. بالمقابل، كيَّفت المحكمة هذه الالتزامات على أنها التزامات ببذل عناية، وأوضحت المحكمة أن هذا النوع من الالتزامات لا يفرض الرقابة السابقة والفحص الدقيق لمحتوى المواقع الإلكترونية المأوية، وإنما يُوجب فقط اتخاذ التدابير الضرورية اللازمة للتعرُّف على هويَّة صاحب الموقع الإلكتروني وإعلامه بوجوب احترام القوانين

[1066] أشار إليه، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.178.

[1067] أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص.60-61.

[1068] CA Versailles, (12e ch.), 8 juin 2000, Op.cit.

[1069] Article 1112-1: «*Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.*
Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.
Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.
Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.
Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.
Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants». Créé par, Ordonnance N°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2, Op.cit.

والأنظمة، وعدم الإساءة للآخرين من جهة، وبذل العناية المناسبة لالتقاط المواقع الإلكترونية ذات المحتوى المعلوماتي غير المشروع لتصحيحها أو إقفالها، إذا لزم الأمر، من جهةٍ أُخرى[1070].

وبخصوص علم متعهدي خدمات الإيواء بالمضمون غير المشروع أو الضار للمواقع الإلكترونية التي يؤوونها، فقد بينت محكمة استئناف فرساي أن هذا العلم ليس مفترضاً، وأنه لا يُمكن مساءلتهم لعدم اتخاذهم موقفاً ايجابياً طالما أنهم يجهلون وجود المضمون المعلوماتي غير المشروع. وحيث إنهم غير ملزمين بممارسة الرقابة الدقيقة، أو البحث النشط عن المواقع الإلكترونية ذات المضمون المعلوماتي غير المشروع، فإن علمهم بها يتأتى غالباً عند طلب وقف بث المضمون المعلوماتي غير المشروع المقدم من السلطة العامة أو غير المضرور[1071].

في نفس هذا الاتجاه العام، صبَّ قرار المحكمة التجارية البلجيكية في بروكسيل الصادر في 02 من نوفمبر سنة 1999[1072]، والذي أعلنت فيه مسؤولية متعهد الإيواء عن إيوائه لبعض المواقع الإلكترونية التي تتضمن عروضاً بتزويد مستخدمي الشبكة بعناوين مواقع إلكترونية أجنبية تُمكِّنهم من إجراء عملية شحن إلكتروني لمقطوعات موسيقية مقرصنة. وقد تمَّ إخطار متعهد الإيواء المعني من صاحب الشأن بضرورة التوقُّف عن إيواء هذه المواقع لعدم مشروعية عملها، إلاَّ أنه لم يستجيب لهذا الطلب، رغم تأكُّده من صحَّة الإخطار.

وفي اتجاه مخالف، انتهت محكمة روما بإيطاليا في حكمها الصادر في 04 من جويلية سنة 1998 إلى عدم مسئولية متعهد الإيواء، وأسست المحكمة حكمها على أن متعهد الإيواء غير ملزم برقابة المحتوى غير المشروع للموقع. فلا يوجد في قانون الصحافة ما يفرض عليه هذا الالتزام كما انه لا توجد نصوص خاصة تلزمه بذلك. غير أن المحاكم الأخرى اتجهت إلى إقامة مسئولية متعهد الإيواء ولكن على أساس قانوني جديد، هو فكرة الرقابة التوجيهية واعتبرت المحاكم أن طبيعة عمل المتعهد تفرض عليه هذه الرقابة، فأساس الرقابة هنا ليست نصوص قانون الصحافة، إنما طبيعة الدور الذي يقوم به متعهد الإيواء وتفرض هذه الرقابة التوجيهية انه

[1070] « *Considérant qu'à l'occasion de l'exercice de son activité, une société prestataire d'hébergement est tenue à une obligation de vigilance et de prudence qui s'analyse en une obligation de moyens portant sur les précautions à prendre et les contrôles à mettre en œuvre pour prévenir ou faire cesser le stockage et la fourniture de messages contraires aux dispositions légales en vigueur ou préjudiciables aux droits des tiers concernés*». CA Versailles, (12e ch.), 8 juin 2000, Op.cit.

[1071] أحمد فرح، *النظام القانوني لمقدمي خدمات الانترنيت*، مجلة المنارة، المجلد 13، سنة 2007، عدد 9، ص.336.

[1072] Cité par, SOPHIE Malengreau., *Responsabilité de l'hébergeur: Un Fournisseur Condamné en Belgique*, Date de publication: 05/02/2000, Date de Citation: 20/08/2018, Disponible à: https://www.droit-technologie.org/actualites/responsabilite-de-lhebergeur-un-fournisseur-condamne-en-belgique/

إذا علم بعدم مشروعية المحتوى الذي يقوم بإيوائه عليه أن يتوقف عن الإيواء ويحاول سحب هذا المحتوى ما أمكنه ذلك[1073].

إن تصدي القضاء لتحديد نطاق التزامات متعهدي الإيواء ومضمونه كان محلاً للنقد، إلاَّ إنه كان خطوةً في الاتجاه الصحيح، ولا أدل على ذلك من تبني المشرِّع الأوروبي ومن بعده الفرنسي للمبادئ التي استقرَّ عليها القضاء في هذا المجال. وقد قضى القضاء الفرنسي في هذا الشأن بأنه ينبغي على متعهد الإيواء أن يضمن التخزين المباشر والمستمر للرسائل والمعلومات، ووضعها تحت تصرف عملائه، ولا يكون مسئولاً عن العرض الشائن أو الفاضح الذي يقدم للمستخدمين إلا إذا امتنع عن وقف بث هذه المعلومات بسرعة فور علمه بطبيعتها غير المشروعة.

بجانب متعهد الإيواء، يوجد متعهد آخر دوره تمكين مستخدمي الشبكة من النفاذ إليها ومسؤوليته لا تقل أهمية عن مسؤولية متعهد الإيواء، لأنه هو حلقة الربط الرئيسة بين المستخدم والمستخدمين الآخرين أو المواقع المختلفة. إذ لولا العمل الفني الذي يقوم به ما كان للمستخدم أن يبحر في الشبكة المعلوماتية، وهو ما سنتطرق إليه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

مسؤولية مورد منافذ الدخول إلى الانترنيت

Le fournisseurs d'accès a l'internet (FAI)

إن دخول أي فرد إلى شبكة الانترنت يمكن أن يتم بطرق عديدة، ولكنه يقتضي في جميع الأحوال اللجوء إلى مقدم الخدمة الفنية والذي يدير الآلة المتصلة فعلا بالإنترنت ويتيح للمستخدم الوصول إلى الشبكة عن طريق عقد اشترك يربط بينهما. فمورد خدمة الاتصال عن بعد يقدم خدمات ذات طبيعة فنية تتمثل في ربط المشتركين بالمواقع أو بالمستخدمين الآخرين بالشبكة[1074]، وكذا توفير جميع المستلزمات الفنية والتقنية مثل: المودم (*Modem*). ولهذا تتعدد طرق الوصول إلى الانترنت (*Dial Up، Leased Line، IDSL، ISDN*)، غير إنه في كل الأحوال يجب وجود مقدم خدمة. وعليه، فمورد منافذ الدخول لا علاقة له

[1073] Cité par, LEBRUN (N.) et MBEUTCHA (E.)., *Évolution de la Responsabilité des Intermédiaires Techniques en Italie*, p.2., Date de Citation : 25/11/2018, Disponible à: : http://www.juriscom.net/variations/responsabilité des intermédiaires techniques en Italie.html

[1074] تشير آخر الإحصائيات المنشورة من قبل "اتصالات الجزائر" في جوان 2018 إن عدد المتصلين بالانترنت بالجزائر وصل لغاية 20 مليون نسمة بنسبة 47% من النسبة الإجمالية لعدد السكان. لأرقام جد ايجابية وتدل على التطور والنمو الهائل في عدد مستخدمي الانترنت مقارنة بسنة 2000. فحجم مستخدمي الانترنت تضاعف ثلاثة مرات منذ 2014؛ عدد مستخدمي الإنترنت في الجزائر يتجاوز 20 مليون مستخدم. مقتبس من، اتصالات الجزائري، إحصائيات، تاريخ الاقتباس: 2019/05/20، متاح على الرابط التالي: https://www.androydi.com/

بتوريد المعلومات أو التصرف فيه، إذ دوره يقتصر فقط على التوسط التقني في نقل المعلومات. ولهذا غالباً ما يشَبه بساعي البريد.

قد يطلق على مقدم الخدمة تسميات كثيرة، منها متعهد الخدمة مزود الخدمة، ومورد خدمة الاتصال عن بعد، وناقل المعلومة، ومتعهّد الوصول، ومقدم خدمات الدخول. وقد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً. وأن عمله ذو طبيعة فنية فهو الذي يمكن مستخدمي الانترنت من الوصول إلى المواقع أو البريد الالكتروني للأشخاص الذين يريدون مخاطبتهم في أي مكان في العالم. ويتمثل دور مزود الخدمة في ربط مستخدمي الانترنت بالشبكة عن طريق عقود اشتراك تؤمن لهم الدخول إلى هذه الخدمة[1075].

طالما أن مورد منافذ الدخول إلى الانترنيت يضع تحت تصرف مستخدمي الانترنيت الوسائل التقنية والفنية لبث المحتوى المعلوماتي، فإنه بهذا الشكل يساهم بطريقة غير مباشرة في خروج هذا المحتوى إلى العلن. لذلك يثار الإشكال حول حدود مسؤولية مورد منافذ الدخول، فيما يتعلق بالمحتوى المعلوماتي غير المشروع، سواءً بجانب مستخدم الانترنيت صاحب المحتوى غير المشروع، أو بجانب من مكنه من تخزين واستيعاب المحتوى أي "*مقدم خدمة الإيواء*"، *ومنه، يثور الإشكال حول حدود مسؤولية مورد منافذ الدخول إلى الانترنيت عن المحتوى المعلوماتي غير المشروع؟*

للاستفاضة في النقاش سنتعرض إلى تعريف مورد منافذ الدخول (**الفرع الأول**). ثم سنتطرق إلى موقف التشريعات من مسؤولية مورد منافذ الدخول (**الفرع الثاني**). ثم سنتكلم عن إثارة مسؤولية مورد منافذ الدخول (**الفرع الثالث**). وأخيراً سنتحدث عن تطبيقات قضائية لمسؤولية مورد منافذ الدخول (**الفرع الرابع**).

الفرع الأول
تعريف مورد منافذ الدخول

حسب "الأستاذ إلياس ناصيف"[1076] مورد منافذ الدخول هو: "*كل شخص طبيعي أو معنوي يوفر لعملائه الوسائل التقنية والفنية التي تسمح لهم بالحصول على الخدمات المعلوماتية عبر الانترنيت، ويؤمن*

[1075] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.209.

[1076] *الدكتور إلياس ناصيف:* حقوقي وأستاذ جامعي لبناني له العديد من المؤلفات منها: العقد الالكتروني، عقد الليزينغ، عقد البوت، عقد المفتاح في اليد...كما له العديد من الموسوعات منها: موسوعة العقود المدنية والتجارية، موسوعة الوسيط في القانون التجاري، موسوعة الشركات،

الاتصال بين مستخدمي الانترنيت، وكذا مقدمي الخدمات المعلوماتية. كما يمكنهم من الدخول إلى المواقع التي يرغبونها والحصول على حاجاتهم من المعلومات والخدمات المتاحة عبر شبكة المعلومات الدولية"[1077].

بالرجوع إلى طبيعة النشاط الرئيسي الذي يُمارسه متعهد الوصول، كعامل فني للاتصالات عن بُعد، نجد أن المادة 15/32 من القانون الفرنسي للاتصالات البريدية والالكترونية (CPCE)[1078] المعدلة بالقانون رقم 1331/2016 المؤرخ في 07 من أكتوبر سنة 2016[1079]؛ حيث تُعرِّفه بهذه الصفة، على أساس أنه كل شخص طبيعي أو معنوي يستغل شبكة الاتصالات عن بُعد، والمفتوحة للجمهور، أو يُورِّد لهم خدمة الاتصالات عن بُعد[1080]. ولغايات تطبيق هذا النص؛ أوضحت المادة 32 الفقرة الثانية[1081] من نفس القانون أن المقصود بشبكة الاتصالات عن بُعد هو كل تجهيز أو مجموعة التجهيزات التي تُؤمِّن نقل وتوجيه إشارات الاتصالات عن بُعد، وتُمكِّن من تبادل المعلومات، ومن إدارتها بين نقاط النهاية لهذه الشبكة[1082]. كما عرفت المادة السادسة الفقرة الأولى[1083] من القانون الفرنسي رقم 2004-575 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي سالف الذكر موردي منافذ الدخول بأنهم أشخاص يَنصَبُّ نشاطهم على إتاحة الاتصال بخدمات الفوري للجمهور على الخط.

أما على صعيد التشريعات العربية، فقد عرف قانون الاتصالات المصري رقم 10 لسنة 2003 في

[1077] مقتبس من، الياس ناصيف، المرجع السابق، ص.261.

[1078] CPCE: *Le code des postes et des communications électroniques* est un code juridique qui regroupe, en droit français, des dispositions législatives et réglementaires relatives au service postal et aux communications électroniques. Il a été créé en 1952, Cité par, *code des postes et des communications électroniques*, Date de Publication: 19/09/2019, Date de Citation: 02/11/2019, Disponible à: https://fr.wikipedia.org/wiki/Code_des_postes_et_des_communications
Code des Postes et des Communications Électroniques, Disponible à: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=4C57C85000B8107AC37237212C918EE8.tplgfr32s_2?cidTexte=LEGITEXT000006070987&dateTexte=20200501

[1079] LOI N° 2016-1321 du 7 octobre 2016 *pour une République numérique*, JORF N°0235 du 8 octobre 2016 texte N° 1.

[1080] Article 32/15: Opérateur: «*On entend par opérateur toute personne physique ou morale exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public ou fournissant au public un service de communications électroniques*». Modifié par LOI N°2016-1321 du 7 octobre 2016 - art. 68, Op.cit.

[1081] Article L32/02: Réseau de Communications Électroniques: «*On entend par réseau de communications électroniques toute installation ou tout ensemble d'installations de transport ou de diffusion ainsi que, le cas échéant, les autres moyens assurant l'acheminement de communications électroniques, notamment ceux de commutation et de routage. Sont notamment considérés comme des réseaux de communications électroniques : les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres, les systèmes utilisant le réseau électrique pour autant qu'ils servent à l'acheminement de communications électroniques et les réseaux assurant la diffusion ou utilisés pour la distribution de services de communication audiovisuelle*». Modifié par LOI N°2016-1321 du 7 octobre 2016 - art. 68, Op.cit.

[1082] للمزيد من التفصيل، راجع احمد فرح، المرجع السابق، ص.330.

[1083] Article 6-1: «*Les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne informent leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner et leur proposent au moins un de ces moyens*.». Modifié par LOI N°2020-766 du 24 juin 2020 , Op.cit.

المادة الأولى الفقرة السابعة مورد خدمة الانترنيت بأنه: "*كل شخص طبيعي أو اعتباري مرخص له بتقديم خدمة من خدمات الاتصال للغير*". ونص القرار الوزاري الكويتي رقم 70 لسنة 2002 بشأن أسس وضوابط الترخيص لمقدمي خدمات الانترنيت في المادة الأولى على أنه: "*مقدمي خدمات الانترنيت هم مزودو خدمات الانترنيت ويشمل شركات الانترنيت الرئيسة والفرعية المرخصة من قبل وزارة المواصلات لتقديم خدمات الانترنيت للمشتركين، ومن المشتركين من مقدمي خدمة الانترنيت*".

ومن جانبه، عرف المشرع الجزائري مورد منافذ الدخول من خلال المادة الثانية الفقرة الرابعة البند الأول من القانون رقم 09-04 المتعلق بالقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحته سالف الذكر التي نصت على أن مورد منافذ الدخول هو: "*أي كيان عام أو خاص يقدم لمستعملي خدماته القدرة على الاتصال بواسطة منظومة معلوماتية أو نظام للاتصالات*".

والجدير بالذكر، أن دور مورد منافذ الدخول إلى الانترنيت يتسم بالطابع الفني، لأنه يقتصر على توفير الوسائل الفنية التي تسمح لعملائه بالدخول إلى الشبكة والتجول فيها مقابل قيمة الاشتراك، من دون أن يكون موردا للمعلومات أو الخدمات، أو متدخلا في مضمونها. غير انه يكون مسؤولاً مسؤولية تعاقدية وبصورة استثنائية[1084]، كما سنبين ذلك لاحقاً.

الفرع الثاني

موقف التشريعات من مسؤولية مورد منافذ الدخول إلى الانترنيت

استناداً إلى التوجيه الأوربي رقم 31/2000 المتعلق ببعض المظاهر القانونية لخدمات مجتمع المعلومات[1085]، وخصوصاً التجارة الالكترونية في السوق الداخلية "توجيه التجارة الالكترونية"؛ وفق أحكام الفقرة الأولى من المادة 12[1086] لا يكون مزود خدمة الدخول إلى شبكة الاتصال مسؤولاً عن المعلومات المرسلة. شريطة ألا يكون هو مصدر الإرسال، وألا يختار مستلم الإرسال، وألا يختار أو يعدل في المعلومات

[1084] عايد رجا الخلايلة، المرجع السابق، ص.321.

[1085] Directive 2000/31/CE du Parlement Européen et du Conseil du 8 Juin 2000 (Relative à Certains Aspects Juridiques des Services de la Société de l'information, et Notamment du Commerce Électronique, Dans le Marché Intérieur), Directive sur le Commerce Électronique, Journal Officiel des Communautés Européennes 178/1 17/7/2000.

[1086] Article 12-1: «*…le prestataire de services ne soit pas responsable des informations transmises, à condition que le prestataire: **a)** ne soit pas à l'origine de la transmission; **b)** ne sélectionne pas le destinataire de la transmission et **c)** ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission*.». Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, Op.cit.

موضوع الإرسال[1087]. وتنص الفقرة الثانية من ذات المادة[1088] على أن عمل مزود الخدمة يتضمن تخزين مؤقت للمعلومات التي يقوم بنقلها، بيد أن هذا التخزين المؤقت لا يجعله مسئولا ولا يجعل عمله يرقى إلى عمل متعهد الإيواء. ومن ثمة، لا يمكن مساءلته. بينما تجيز الفقرة الثالثة[1089] من ذات المادة للدول الأعضاء أن تنص في قوانينها الداخلية على التزام مزود الخدمة بأن يوقف الخدمة ويستبعد المحتوى غير المشروع للموقع[1090].

لقد كانت ألمانيا السباقة إلى سن قوانين بتنظيم مسؤولية الوسطاء الفنيين عبر شبكة الانترنيت، حيث تجلَّت بواكير ذلك بصدور قانون المعلومات والاتصالات (*TDG*)[1091] بتاريخ 22 من جويلية سنة 1997، والذي دخل حيز النفاذ في 01 من أوت سنة 1997[1092]، حيث يعد هذا القانون في الواقع نقطة البداية التي انطلق منها التوجيه الأوربي للتجارة الالكترونية رقم 31/2000 الخاص بالجوانب القانونية لخدمات مجتمع المعلومات سالف الذكر في تنظيمه لمسئولية المتدخلين في الشبكة المعلوماتية. حيث بموجب أحكام المادة الخامسة الفقرة الأولى من هذا القانون لا يعد مزود الخدمة مسئولا عن المحتوى غير المشروع؛ إلا إذا كان عالما بعدم مشروعية هذا المحتوى وكان يستطيع من الناحية الفنية تجنب الوصول إليه أو كان من العدل أن يطلب منه ذلك. بينما أشارت الفقرة الثالثة من ذات المادة إلى إعفاء مزود الخدمة الذي يقتصر دوره على مجرد توفير وسيلة الاتصال بالموقع من المسئولية؛ عن عدم مشروعية البيانات والمحتوى غير المشروع للموقع. وتحسن

[1087] للمزيد من التفصيل، أروى تقوى، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 30، عدد الأول، 2014 ، ص.457.

[1088] Article 12-2: «*Les activités de transmission et de fourniture d'accès visées au paragraphe 1 englobent le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations transmises, pour autant que ce stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communication et que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission*». Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, Op.cit.

[1089] Article 12-3: «*Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation*». Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, Op.cit.

[1090] أشار إليه، محمد عبد الظاهر حسين، *المسئولية القانونية في مجال شبكات الانترنت دار النهضة العربية*، القاهرة،2003–2004، ط.1، ص.100.

[1091] TDG: Tele Dienst Gesetz (*nformations- und Kommunikationsdienste-Gesetz*).

[1092] *Tele Dienst Gesetz* (TDG): *Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz*,, Erlassen am: 22. Juli 1997 (BGBl. I S. 1870, 1871, Inkrafttreten am: 1. August 1997, Nr.52, p.1870-1880, Letzte Änderung durch: Art. 3, 4 Abs. 2 G vom14. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3721, 3724. Adapted by, Bundesanzeiger, Available at: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/text.xav?SID=&tf=xaver.component.Text_0&tocf=&qmf=&hlf=xaver.component.Hitlist_0&bk=bgbl&start=%2F%2F*%5B%40node_id%3D%27557711%27%5D&skin=pdf&tlevel=-2&nohist=1

الإشارة إلى أن بعض الفقه يرى أن القانون الألماني يشابه مزود الخدمة بالمسئول عن الاتصالات التليفونية للموقع[1093].

أما القانون الفرنسي رقم 2004-575 الخاص بالثقة في الاقتصاد الرقمي سالف الذكر، والذي يعد أحدث القوانين الأوربية في هذا المجال خصص المواد من المادة الخامسة إلى المادة التاسعة في الفصل الثاني منه لتنظيم عمل المؤديين الفنيين (*Les Prestataires Techniques*). فوفقا للمادة السادسة الفقرة الأولى منه[1094] الأشخاص الذين يقتصر عملهم على تقديم خدمة الاتصال عبر الانترنت (يقصد مزود الخدمة)؛ يجب أن يخطروا المشتركين في الخدمة عن وجود وسائل تقنية تسمح بغلق الخدمة أو توقع جزاءات عليهم، إذا توافرت شروط توقيعها[1095]. وأكدت الفقرة السابعة من هذه المادة[1096] على أن مزودي الخدمة ليس عليهم التزام بالإشراف والرقابة على مضمون البيانات التي يقومون بنقلها، كما أنهم غير ملتزمين بالبحث عن الوقائع التي تشير إلى الأنشطة غير المشروعة. حيث يقتصر دور مزود خدمة الدخول إلى الشبكة على تمكين مستخدمي الشبكة من الدخول إليها، ومن ثمة الدخول إلى الموقع الإلكتروني الإعلامي، دون أن يكون له من حيث المبدأ دور في تزويد الموقع الإلكتروني الإعلامي بالمحتوى أو إدارته أو تعديل مضمونه[1097].

غير أن التشريع الأمريكي نص على أحكام من أجل حماية حق المؤلف عبر شبكة الانترنت بموجب قانون الألفية للملكية الرقمية (*DMCA*)[1098] الصادر في 28 من أكتوبر سنة 1998 ودخل حيز النفاذ في

[1093] Cf. Strowel (A).et Ide (N), Responsibilitiés des Intermediaries Actualités, Legislatives et Jurisprudentielles http://www.droitTechnologie.com, Droit et Nouvelles Technologies.org, 10/10/2000, p.16.

[1094] Article 6-1: «*Les Personnes dont L'activité est d'offrir un accès à des Services de Communication au public en Ligne Informent Leurs Abonnés de L'existence de Moyens Techniques Permettant de Restreindre L'accès à Certains Services ou de les Sélectionner et Leur Proposent au Moins un de ces Moyens*…». Loi N° 2004-575, Relative à la Confiance dans L'économie Numérique, Op.Cit.

[1095] في 15 ماي 2009 أقر مجلس الشيوخ الفرنسيين مشروع قانون مسؤولية مقدمي خدمات الانترنت للقرصنة على الانترنت نهج استجابة تلزم مقدمي خدمات الإنترنت بالرد على انتهاكات حقوق الملكية الفكرية؛ والتي تتكرر على شبكاتهم، من خلال إرسال تحذيرات لهؤلاء العملاء في المقام الأول، وقطع خدمتهم في نهاية المطاف، إذا ما فشلت في الاستجابة للتحذيرات المتكررة وغيرها من التدابير. متاح الرابط التالي:

Press Release: Federation Against Copyright theft, *French Bill enacts ISP responsibility for piracy*, Publication Date: Friday, 15 May 2009, 3:43 pm, Citation Date: 20/03/2019, Available at: http://www.scoop.co.nz/stories/BU0905/S00428.htm .

[1096] Article 6-7: «*Les personnes mentionnées aux 1 et 2 ne sont pas soumises à une obligation générale de surveiller les informations qu'elles transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites*…». Loi N° 2004-575, Relative à la Confiance dans L'économie Numérique, Op.cit.

[1097] أروى تقوى، المرجع السابق، ص.456.

[1098] DMCA: *The Digital Millennium Copyright Act.*

01 من أكتوبر سنة 2000[1099]، حيث قررت المادة الثانية الفقرة الخامسة منة بإعفاء مزود الخدمة من المسؤولية، لأن يقتصر دوره على مجرد نقل بسيط للمعلومات من الغير إلى الموقع من أية مسئولية ناتجة عن المحتوى غير المشروع لهذه المعلومات.

أما في مصر فقد أشارت المادة التاسعة من قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 على أنه: "*التزام مقدم الخدمة بإعادة مقابلها أو مقابل ما يجبر النقص فيها أو إعادة تقديمها إلى المستهلك وذلك في حاله وجود عيب أو نقص بها*"[1100]. وتضمنت المادة 14 من قانون المعاملات الالكترونية العماني رقم 69-2008 ما يلي: "*لا يسأل وسيط الشبكة مدنيا أو جنائيا عن أية معلومات واردة في شكل سجلات الكترونية-تخص الغير-إذا لم يكن وسيط الشبكة هو مصدر هذه المعلومات واقتصر دوره على مجرد توفير إمكانية الدخول عليها. وهذا القانون لم يضع أي التزام قانوني على عاتق وسيط الشبكة يفرض عليه القيام بالمراقبة على المعلومات الواردة على شكل سجلات الكترونية تخص الغير*"[1101].

الفرع الثالث

إثارة مسؤولية مورد منافذ الدخول إلى الانترنيت

تتأرجح مسؤولية مورد منافذ الدخول بين قيام المسؤولية وانتفائها؛ وذلك حسب درجات اتصاله بالمحتوى المعلوماتي كما سنرى لاحقاً.

[1099] *The Digital Millennium Copyright Act (DMCA),* Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (Oct. 28, 1998). *Digital Millennium Copyright Act (DMCA),* is a United States copyright law that implements two 1996 treaties of the World Intellectual Property Organization (WIPO). It criminalizes production and dissemination of technology, devices, or services intended to circumvent measures (*Commonly known as Digital Rights Management or DRM*) that control access to copyrighted works. It also criminalizes the act of circumventing an access control, whether or not there is actual infringement of copyright itself. In addition, the DMCA heightens the penalties for copyright infringement on the Internet. *Passed on October 12, 1998 by a unanimous vote in the U.S. Senate and signed into law by President Bill Clinton on October 28, 1998, the DMCA amended Title 17 of the United States Code to extend the reach of copyright, while limiting the liability of the providers of on-line services for copyright infringement by their users*. Adapted by, *The Digital Millennium Copyright Act*, Citation Date:: 20/08/2018, Available at**:** https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-105publ304/pdf/PLAW-105publ304.pdf

[1100] مقتبس من، عبد الفتاح محمود كيلاني، المرجع السابق، ص.195.

[1101] للمزيد من التفصيل، راجع منتدى القانون العماني، تاريخ النشر: 2016/05/15، تاريخ الاقتباس: 2017/01/06، متاح على الرابط التالي: http://www.omanlegal.net/vb/showthread.php?t=256

أولاً.– القاعدة العامة عدم مسؤولية مورد منافذ الدخول عن المحتوى المعلوماتي:

بما أن مورد منافذ الدخول ليس منتجاً ولا مورداً للمعلومة أو الخدمة، فإنه لا يكون مسؤولاً عن مضمونها، كما لا يتوجب عليه الإطلاع على مضمون المعلومات والبيانات التي تمر عبر وسائله الفنية كما هو الحال بالنسبة للبريد الالكتروني. وأكثر من ذلك، فإن سرية الاتصال عن بعد قد تحظر عليه الإطلاع على المعلومات التي تتضمنها الرسائل التي تمر عبر أدواته، باستثناء بعض الحالات التي يحددها المشرع. كما لا يجوز له القيام بالرقابة على الرسائل المرسلة عبر أدواته الفنية التي من شانها توفير خدمة البريد الالكتروني. بل ومن الناحية العملية فإن وفرة إعداد المشتركين والرسائل التي تمر عبر أدواته وسرعة نقلها، يتعذر عليه معها القيام بالرقابة على مضمون المعلومات والتحقق من مشروعيتها[1102].

إن ناقل المعلومات يتولى مهمة النقل المادي لها بوسائله الفنية، يقوم بالربط بين الشبكات تنفيذا لعقد نقل المعلومات بين الحاسبات المرتبطة بمواقع الانترنيت أو بمستخدمي الشبكة، وتتولى تلك المهمات الكبرى عادة الهيئة العامة للاتصالات، حيث تتعاقد عادة مع موردي خدمات الإنترنيت والمشروعات والمنظمات صاحبة الاشتراكات على الشبكة العامة أو تستأجر خطوطا متخصصة. ينحصر دور الناقل في تأمين نقل المعلومة والربط بين الوحدات المختلفة. ولذلك، من المفترض كقاعدة عامة عدم مراقبته أو علمه بالمعلومات التي تعبر الشبكة بواسطته. ومن ثمة لا تثور مسؤوليته عما قد يشوبها من أوجه عدم المشروعية، بل إنه يلزم بالحفاظ على سرية المرسلات التي تتم عبر شبكة الاتصالات، والحياد التام اتجاه مضمون الرسائل المنقولة[1103].

وعليه، استقر القضاء كقاعدة عامة على عدم مسؤولية مورد منافذ الدخول عن المضمون المعلوماتي، ويمكن أن تثور تلك المسؤولية في حالتين هما: أولاً إخلاله بالتزامه كناقل، حيث تطبق في هذه الحالة قواعد المسؤولية العقدية طبقا لأحكام العقد الذي يلتزم بمقتضاه في مواجهة العميل. وثانياً إذا ثبت علمه بالطابع غير المشروع للمعلومات التي تعبر من خلال شبكته، فقد قضي بأن هيئة الاتصالات الفرنسية ملزمة بضمان احترام أسس النظام العام، وذلك في حدود ممارسة حرية الاتصال والتعبير عن الإعلام المرئي والمسموع.

تثور بالنسبة لمورد منافذ الدخول مشكلة هامة تتعلق بمدى شرعية النسخ المؤقت للمضمون المعلوماتي كخطوة أولية ولازمة لنقله إلكترونيا، والذي يقوم به ناقل المعلومات كجزءٍ من عمله، وكخطوة

[1102] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.199.

[1103] سمير حامد عبد العزيز جمال، المرجع السابق، ص.298.

تمهيدية وضرورية لنقل الرسائل والمعلومات عبر شبكة الإنترنت، وهذا ما يطلق عليه التصوير الفني الإلكتروني، ثار الجدل حول مدى جواز ذلك تلقائيا أو يقتضى أمر الحصول على تصريح. وفقاً لأحكام التوجيه الأوروبي رقم 29/2001 الصادر بتاريخ 22 من ماي سنة 2001 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة في مجتمع المعلوماتية[1104]، ضمن المادة الخامسة الفقرة الأولى منه[1105]. ووفقاً لما جاء به القانون رقم 2006-961 الصادر بتاريخ 01 من أوت سنة 2006، والمتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة[1106]، في المادة الأولى الفقرة الأولى البند الثالث[1107]؛ فإن عملية النسخ المؤقَّت لا تُشكِّل انتهاكاً لحق المؤلِّف والحقوق المجاورة له، بشرط انحصار العملية في نطاق وحدود وضرورة إيصال المعلومات كما هي دون إجراء أيِّ تعديلٍ أو تحديثٍ عليها من قِبل ناقل المعلومات؛ أي دون التأثير على حق مؤلِّف المضمون، خاصةً إذا ما التزم الناقل بسحب النسخة التي تم تخزينها بشكل مؤقَّت، وبمنع الوصول إليها في حال أن علم بصدور قرار قضائي أو إداري يقضي بعدم مشروعية المضمون المخزَّن.

ولذلك، يتجه الرأي إلى السماح بذلك كاستثناء على حق المؤلف والحقوق الأخرى المجاورة له، حيث يعد ذلك ضروريا ولا مفر منه لعملية النقل التي تتم غالبا من خلال حزم عبر الحاسبات، ومن ثمة لا تثور مسؤولية الناقل إذا قام بذلك لأنه جزء من عمله. لكن ينبغي أن ينحصر الاستثناء في نطاقه وحدود الغرض منه ومدى ضرورته، فلا يجوز اللجوء لاستخدام ذلك بطريقة تؤثر على حق صاحب المضمون[1108]. عموماً، يجوز تخزين نسخ من المعلومات المنقولة، شريطة عدم تعديلها والالتزام بشروط استخدامها وتحديثها، وعدم إعاقة الوصول المشروع لها، وضرورة سحب النسخة المخزنة، ومنع الوصول إليها بمجرد العلم بصدور حكم أو قرار إداري بذلك بالنسبة للأصل.

[1104] Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 *sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information* Journal officiel N° L 167 du 22/06/2001 p. 0010 – 0019.

[1105] Article 5-1: «*Les actes de reproduction provisoires visés à l'article 2, qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre: **a)** une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, ou **b)** une utilisation licite d'une oeuvre ou d'un objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante, sont exemptés du droit de reproduction prévu à l'article 2*». Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001, Op.cit.

[1106] LOI N° 2006-961 du 1er août 2006 *relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information***,** JORF N°178 du 3 août 2006 p.11529 texte N° 1.

[1107] Article 1-1-3: «*La reproduction provisoire présentant un caractère transitoire ou accessoire, lorsqu'elle est une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et qu'elle a pour unique objet de permettre l'utilisation licite de l'oeuvre ou sa transmission entre tiers par la voie d'un réseau faisant appel à un intermédiaire ; toutefois, cette reproduction provisoire qui ne peut porter que sur des oeuvres autres que les logiciels et les bases de données ne doit pas avoir de valeur économique propre*». LOI N° 2006-961 du 1er août 2006, Op.cit.

[1108] أشار إليه، سمير حامد عبد العزيز جمال، المرجع السابق، ص.300.

غير أن عدم التزام مورد منافذ الدخول بالرقابة على مشروعية مضمون المعلومات مشروط باقتصار دوره على مجرد كونه وسيطاً بأدواته الفنية بين مستخدمي الانترنيت ومقدمي الخدمات والمعلومات عبر الشبكة الدولية. أما إذا تعدى هذا الدور وأصبح منتجا أو موردا للمعلومات والخدمات، فإن صفته القانونية تتغير ويكون مسؤولا عندئذ عن مضمون هذه المعلومات والخدمات[1109]. ومما يسجل في هذا السياق، أن آلية عمل ناقل المعلومات قريبة جداً من آلية عمل والتزامات متعهد الوصول والتزاماته[1110].

ثانياً.– المسؤولية التقصيرية لمورد منافذ الدخول إلى الانترنيت:

يكون مورد منافذ الدخول مسؤولاً كلما ارتكب خطأً ألحق ضررا بالغير ممن لا يرتبط معه بعقد اشتراك. كما لو قام بأعمال غير مشروعة أو تعدى على حقوق الغير، أو إذا كان على علم بعدم مشروعية مضمون المعلومات أو الخدمات التي تتم عبر أدواته الفنية، ولم يقم باتخاذ الإجراءات اللازمة لوقف نشرها والحيلولة دون إتمامها. ويقع على عاتقه إبلاغ جهات التحقيق المختصة عما يكشفه من أعمال غير مشروعة تتم عبر أدواته الفنية، كما عليه أن يبلغ جهات التحقيق بالبيانات الخاصة بعملائه. وكذلك يقع على عاتقه الاحتفاظ ببيانات عملائه الخاصة بتحديد هويتهم لمدة معقولة[1111].

ولقد أثارت مسألة مقدم الخدمة باعتباره فاعل أصلي في الجريمة الكثير من الجدل؛ رأي يرى[1112] أنه ليس ثمة أي مسؤولية جزائية قد تثار في مواجهة مورد خدمة الدخول إلى شبكة الإنترنت عن المضامين غير المشروعة التي يتم بثها عبر الشبكة، نظراً للدور الفني المحض الذي يتميز به هذا المتعامل، فهو معروف بحياده إزاء ما يتم نقله بواسطتهم، فليس من المنطقي ولا من الإنساني التحقق من المضمون ومراقبته مسبقا بسبب حجم هاته المضامين التي يعملون على تأمين الوصول إليها للمشتركين[1113]. كما أنه ليس لمورد خدمة الدخول أن يلعب دور القاضي ويحكم على مشروعية المعلومات فيما كانت شرعية أو غير مشروعة تكتسي صفة الأفعال المجرّمة، ويتوسع أصحاب هذا الاتجاه في هذا الرأي إلى أبعد من ذلك بالقول أن مورد خدمة

[1109] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص.261–262.

[1110] أشار إليه، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.199.

[1111] المرجع نفسه، ص.266.

[1112] من بين هؤلاء الفقهاء: خالد ممدوح إبراهيم، *حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية*، دراسة مقارنة، الدار الجامعية الإسكندرية، 2008، ص.60؛ متولي عبد المؤمن، *الجريمة عبر الانترنت: منتدى جامعة المنصورة على الانترنت*، 2008، متاح على الرابط التالي:
http:// www.f-law.net/nedex.php

[1113] أشار إليه، أحمد حسام طه، *الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي*، رسالة دكتوراه، كلية حقوق جامعة طنطا، 2000، ص.81.

الدخول لا يمكن مساءلته جنائيا حتى ولو تعدى دوره من مجرد ناقل وقام بالعمل على إيواء واستضافة المحتويات، ما يؤهله لأن يكون قادراً من الناحية التقنية على إيقاف المضامين غير المشروعة[1114].

إلا أن هذا الاتجاه الفقهي تعرض للانتقاد؛ على أساس أن دور مورد منافذ الدخول قد لا يقتصر فقط على الحياد وذلك باكتفائه بتزويد المشتركين بخدمة الانترنيت. بل قد يتعدى ذلك إلى صناعة المحتوى المعلوماتي والإشراف على توزيعه، فضلا عن إمكانية ممارسته لوظيفة مقدم خدمات الإيواء.

بينما يرى اتجاه فقهي ثاني[1115] وهو الغالب أن مسئولية مزود الخدمة تتوقف على نوع الخدمة التي يؤديها، فإذا قام بدور الناقل الذي يربط بين كمبيوتر العميل الشخصي والخادم؛ فهو غير مسئول عن عدم مشروعية الإعلانات التي تبث عبر الموقع، أما إذا تعدى دوره هذا الدور البسيط وقام بوظيفة متعهد الإيواء الذي يسمح لشركة الإعلانات أو مستغل الموقع من نشر إعلانه، هنا يمكن مساءلته مدنيا عن الأضرار التي يسببها للغير نتيجة الإعلانات غير المشروعة. فهذا الدور الجديد يمكنه من الإطلاع على محتوى الإعلان قبل نشره. ومن ثمة، يكون مسئولا عن المحتوى غير المشروع للإعلان[1116].

في حين تمسك الاتجاه الفقهي الثالث[1117] بأن دور مزود الخدمة عبر الشبكة يقتصر على ربط المستخدم بالموقع الذي يريده فهو مجرد دور فني خالص لا يتضمن أية رقابة على مضمون أو محتوى الموقع الذي يختاره المستخدم بمحض إرادته، ولتوضيح علة عدم مسئوليته يشبه البعض عمل مزود الخدمة بشخص نصح أو أشار على المستخدم الذي يشتري الصحيفة التي بها إعلان كاذب أو يشاهد قناة التليفزيون التي تبث هذا الإعلان ذو المحتوى غير المشروع. وفي ذات الاتجاه ذهب الفقه والقضاء الايطاليين إلى عدم مسئولية مزود الخدمة لأنه لا يقوم بتوريد المعلومات ولكنه يؤمن خدمة الوصول إليها فقط[1118].

[1114] أشار إليه، محمد عبد الكريم حسين الداوودي، *المسؤولية الجنائية لمورد خدمة الانترنت*، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017، ص.146.

[1115] أشار إليه، شريف محمد غنام، *التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الانترنت*، ط.1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص.149.

[1116] المرجع نفسه، ص، الموضع نفسه.

[1117] أشار إليه، محمد حسين منصور، *المسئولية الالكترونية*، المرجع السابق، ص.13.

[1118] Cté par, LEBRUN (N.) et MBEUTCHA (E.)., Op.cit., p.02.

ثالثاً.– المسؤولية التعاقدية لمورد منافذ الدخول إلى الانترنيت:

بما أن مقدم خدمة الانترنيت يرتبط مع المشترك بموجب عقد يسمى "*عقد الاشتراك*"، فإن الخطأ العقدي يتمثل في عدم قيام مقدم الخدمة بتنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد الاشتراك في شبكة الانترنيت، أو التأخر في تنفيذه، أو القيام بتنفيذه بشكل معيب". ويترتب على ذلك أن مقدم الخدمة يعد مخطئاً إذا لم يقم بإيصال المشترك بشبكة الانترنيت على النحو المتفق عليه، أو لم يقم بإعلام المشترك بجميع المعلومات الضرورية للخدمة ونوعية الخط وجودته. وتتجلى صور الخطأ العقدي لمقدم الخدمة في عدة صور منها:

1.– عدم إيصال المشترك بالخط وتجهيزه بالوسائل الفنية[1119]؛

2.– التأخير في تقديم خدمات الانترنيت للمشترك في الوقت المتفق عليه[1120]؛

3.– الاختلاف في موضوع العقد بالنظر إلى الاختلاف بين الإعلان الوارد في الإيجاب الصادر من مقدم الخدمة من جهة، وبين ما تم تقديمه من خدمة للمشترك؛

4.– عدم الرد على خط خدمات المشتركين للمساعدة الهاتفية كتقديم الأجوبة والنصائح والمعلومات...الخ؛

5.– زيادة أسعار الخدمات دون إعلام المشتركين، أو الخطأ في الفواتير؛

6.– إفشاء المعلومات والبيانات الشخصية نتيجة إبرام العقد مع المشترك، كبيانات التوقيع الالكتروني؛

7.– عدم إعطاء النصيحة والمعلومات الكافية للمشترك كالرقم السري واسم الخط.

ولكن قد يتضمن العقد إعفاء المورد من المسؤولية، أو التخفيف منها، وتكون هذه الشروط صحيحة ومنتجة لأثارها، ما لم يثبت إنها تتصف بالتعسف أو بانطوائها على الغش أو الخطأ الجسيم. وقد يلتزم المورد بمقتضى العقد بتقديم معلومات أو خدمات إضافية إلى جانب عمله كمورد لمنافذ الدخول، وعندئذ يكون مسؤولا عن مضمون هذه المعلومات والخدمات. كما يكون مسؤولا إذا التزم اتجاه عملائه بمراقبة مضمون المعلومات والبيانات المعروضة عبر أدواته الفنية.

تثار صعوبة تحديد الخطأ في جانب المسؤول إذا ما كان الالتزام التزاما ببذل عناية أو تحقيق نتيجة، وإذا كنا بصدد تكييف التزام المسؤول؛ فإن بإمكان مقدم الخدمة والمشترك الاتفاق على تشديد الالتزام ليصبح

[1119] قرار المحكمة الابتدائية بالموصل، رقم 4717–2007، بتاريخ 2008/03/03. مقتبس من، ندى محمود ذنون، المصدر السابق، ص.12.

[1120] حكم محكمة التمييز بدبي، تاريخ 2004/04/24، الطعن رقم 2003–494، طعن حقوق. مقتبس من، فؤاد الشعبي، *التنظيم القانوني لعقود خدمات الاتصال*، ط.1، منشورات الحلبي، بيروت، 2014، ص.197.

التزام مقدم الخدمة من التزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة والعكس صحيح. لهذا يذهب البعض إلى أن مورد منافذ الدخول انطلاقا من كونه من المهنيين المتخصصين في مجال المعلوماتية يكون مسئولا على أساس الالتزام بتحقيق نتيجة. ومن ثمة تتحقق مسؤوليته لمجرد عدم تحقق النتيجة، ولا يعفيه من المسؤولية إلا إثبات السبب الأجنبي الذي حال دون تحققها، ولا يجديه نفعاً التذرع بأنه بذل كل ما في وسعه من جهد لتحقيق النتيجة المطلوبة ولكنه لم يستطع ذلك[1121].

وذهب البعض[1122] إلى إضفاء وصف المهنيين على مقدمي خدمة الانترنيت، وبذلك فإن الأخطاء التي تصدر منهم إما أن تكون أخطاء مهنية أو أخطاء عادية، ومنه فإنه عند تقدير سلوك مقدم الخدمة، يجب أن يؤخذ بنظر الاعتبار مدى التفاوت بين مركز مقدم الخدمة بصفته مهني والمشترك بصفته شخص طبيعي في الأغلب. ومن ثمة يجب التشديد على مقدم الخدمة ومحاسبته وفقا لمعيار المهني المتخصص في مجال الانترنيت، وليس وفق معيار الرجل المعتاد. وعليه، يسأل مقدم الخدمة باعتباره مهنيا متخصصا عن أي خطأ يصدر منه سواء أكان خطأ عاديا أو مهنيا[1123].

كما يُوجب القضاء الفرنسي على متعهدي الوصول[1124] – وذلك تنفيذاً لعقد تقديم خدمات الدخول– تبْصِرة العملاء بالمخاطر التي من الممكن أن يتعرضوا لها خلال عملية إبحارهم في عالم الإنترنت، ودخولهم إلى مواقع إلكترونية معينة أو التعامل معها. كما يضع على عاتقهم الالتزام بإعلام عملائهم بضرورة احترام القوانين والأنظمة السارية، ووجوب عدم استخدام شبكة الإنترنت كوسيلة للاعتداء على حقوق الغير. كذلك يتوجب على متعهدي الوصول، وفقاً لأحكام المادة 14 الفقرة الثالثة[1125] من التوجيه الأوربي رقم 31/2000 الخاص بالتجارة الالكترونية سالف الذكر؛ وانطلاقاً من مبدأ حُسن النية في إدارة شبكة الإنترنت

[1121] أشار إليه، محمد شكري سرور، *التأمين ضد الأخطار التكنولوجية*، ط.01، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986، ص.27.

[1122] أشار إليه، بصيرة عبد الله محمود الجاف، المرجع السابق، ص.58.

[1123] أشار إليه، رزكار عبدول محمد امين، *المسؤولية المدنية لمقدمي خدمات الانترنيت: دراسة مقارنة*، ط.1، دار الكتب القانونية، مصر، 2017، ص.150.

[1124] « *Considérant qu'à l'occasion de l'exercice de son activité, une société prestataire d'hébergement est tenue à une obligation de vigilance et de prudence qui s'analyse en une obligation de moyens portant sur les précautions à prendre et les contrôles à mettre en oeuvre pour prévenir ou faire cesser le stockage et la fourniture de messages contraires aux dispositions légales en vigueur ou préjudiciables aux droits des tiers concernés* ». CA. Versailles, 8 juin 2000, Comm. Com. Électr., juillet-août 2000, p.31, note, J.-Ch. GALLOUX. Cité par, Rubrique Jurisprudence, Disponible à: www.droit-technologie.org

[1125] Article 14-4: «*Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation et n'affecte pas non plus la possibilité, pour les États membres, d'instaurer des procédures régissant le retrait de ces informations ou les actions pour en rendre l'accès impossible*». Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, Op.cit.

التعاون مع جميع المعنيين بالخدمات المقدمة على الشبكة من جهات إدارية وقضائية ومن جمهور المستخدِمين ومن العاملين في قطاع خدمات الإنترنت. ويأتي هذا الالتزام مكمِّلاً لالتزاماته الأخرى ذات الطبيعة التقنية[1126].

الفرع الرابع

تطبيقات قضائية تتعلق بعدم مسؤولية مورد منافذ الدخول إلى الانترنيت عن المحتوى غير المشروع

سبق القول أنه من المفترض كقاعدة عامة أن مورد منافذ الدخول في حالة عدم مراقبته أو علمه بالمعلومات التي تعبر الشبكة بواسطته؛ لا تثور مسؤوليته عما قد يشوبها من أوجه عدم المشروعية، ولقد شهد بذلك أغلب الاجتهادات القضائية، ومن بين تلك الاجتهادات قضية زيران.ف (*ZERAN. V*). حيث تتلخص وقائع هذه القضية في حكم صدر عن المحكمة العليا في أمريكا في 22 من جوان سنة 1998 في دعوى أقامها المواطن زيران (*ZERAN. V*) [1127]، والذي وقع ضحية مزاح صدر من شخص مجهول الهويَّة. قام بالنشر على صفحات إحدى المواقع الإلكترونية عن رغبته ببيع قمصان يمتلكها مطبوعٌ عليها شعارات متصلة بالحادث المأساوي لمدينة أوكلاهوما (*Oklahoma*) الأمريكية، والتي انفجرت في أحد أحيائها قنبلة أودت بحياة المئات من الأشخاص. وحيث إنه لم يكن بالإمكان تحديد هويَّة ناشر الخبر؛ توجَّه زيران (*ZERAN*) إلى القضاء، وأقام دعوى تعويض ضد متعهد الوصول شركة "*AOL*"، مستنداً إلى أنه كان يعلم بمضمون الرسالة المتداولة عبر الإنترنت، ولكنه لم يتَّخذ الإجراءات اللازمة للحيلولة دون وصولها إلى العملاء، مما ألحق ضرراً معنوياً فادحاً بهم". وقضت المحكمة في هذا الصدد: "*بعدم إمكانية مساءلة شركة "AOL" بصفتها متعهداً للوصول عن المعلومات التي قام الآخرون ببثِّها من خلالها*". كذلك رفضت المحكمة في قرارها

[1126] أحمد فرح، المرجع السابق، ص.346.

[1127] *The first major challenge to Section 230 was in Zeran v. AOL, a 1997 case decided at the Fourth Circuit.* The case involved a person that sued America Online (AOL) for failing to remove, in a timely manner, libelous ads posted by AOL users that inappropriately connected his home phone number to the Oklahoma City bombing. The court found for AOL and upheld the constitutionality of Section 230, stating that Section 230 "*creates a federal immunity to any cause of action that would make service providers liable for information originating with a third-party user of the service*." This rule, cementing section 230's liability protections, has been considered one of the most important case laws affecting the growth of the internet, allowing websites to be able to incorporate user-generated content without fear of prosecution. however, at the same time, this has led to section 230 being used as a shield for some website owners as courts have ruled section 230 provides complete immunity for isps with regard to the torts committed by their users over their systems. Adapted by, *Zeran v. AOL*, Citation Date: 20/08/2018, Disponible at: https://en.wikipedia.org/wiki/Section_230_of_the_Communications_Decency_Act

الصادر وللمرَّة الأولى: "*إقامة أي تشابه بين متعهد الوصول ومحرري الصحافة المرئية والمكتوبة، وذلك لأن سرعة انتقال المعلومات عبر شبكة الإنترنت تجعل من المستحيل إخضاعها للرقابة الفعلية*"[1128].

وفي نفس الاتجاه كذلك، قضت إحدى المحاكم الأمريكية بعدم مسئولية مزود خدمة الانترنت عما يرتكبه الآخرون من جرائم، وفق قانون الأخلاق والاتصالات الأمريكي الصادر سنة 1966. حيث قضت احد المحاكم الأمريكية بأن: "*وضع كاميرا الانترنت في غرفة تغيير ملابس الرياضيين في الجامعة لمراقبتهم دون علمهم يعفى مزود خدمة الانترنت من المسئولية، حيث أن دوره يقتصر على خدمة الاتصال فقط*"[1129].

كما جاءت أحكام القضاء الفرنسي[1130] في هذا المجال لتؤكِّد هذا الدور ولتُقرِّر: "*انحصار دور متعهد الوصول في تأمين نقل البيانات والمعلومات بطريقة فورية. وبذلك، لا يقع على عاتقه التزام عام بمراقبة مضمون المادة المعلوماتية التي تمر من خلاله*". وتمَّ تبنِّي نفس الموقف من قِبل مجلس الدولة الفرنسي، والذي أعلن صراحةً في تقريرٍ له صدر عام 1998[1131] "*إعفاء متعهد الوصول من واجب الرقابة السابقة للمضمون المعلوماتي الذي يمر من خلاله*". وقد حاول بعضهم إقامة التوازن ما بين مبدأين أساسيين: أولهما الحياد التام لمتعهدي الوصول، وثانيهما واجب أخذ الحيطة والحذر الذي يتعيَّن على كل مهني مراعاته[1132].

وفي قضيَّةٍ من نوعٍ آخر، تتعلَّق هذه المرَّة بمتعهد خدمات الوصول ياهو "*Yahoo*"، اتخذ قاضي الأُمور المستعجلة لمحكمة المرافعة الكبرى بباريس (*TGI à Paris*)[1133] من القواعد العامة في المسؤولية أساساً لمساءلته، فحدَّد قواعد هذه المسؤولية بما يتلاءم مع طبيعة الخدمة التي يُقدمها متعهد الوصول، وقرَّر إدانته وإلزامه بتنقية المضمون المعلوماتي الإلكتروني غير المشروع؛ لمنع وصول مستخدمي الشبكة في فرنسا إلى هذا المضمون، والذي تمثل بعرض أدوات وشعارات نازيَّة وبيعها على بعض المواقع الإلكترونية التي يسمح الدخول

[1128] مقتبس من، عايد رجا الخلايلة، المرجع السابق، ص.322.

[1129] مقتبس من، عمر محمد بن يونس، *أشهر المبادئ المتعلقة بالإنترنت لدى القضاء الأمريكي*، ط.1، (بدون دار نشر)، 2004، ص.83؛ اشار إليه، خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص.61.

[1130] Cour de Cassation Criminelle, 15 novembre 1990, Bulletin criminelle, N° 388, 1990, CA Pau, 1re Ch., 14 octobre 1999, précité, Tribunal du Commerce de Paris, ord. Réf., 14 mars 2001, Revue fiduciaire, 2001, p.16.

[1131] Cf. Conseil d´Etat, Section du Rapport et des Etudes, *Internet et les Réseaux Numériques*, Étude Adoptée Par: l´Assemblée Générale du Conseil d´État, le 2 Juillet 1998, La Documentation Française, 1998, p.185.

[1132] احمد فرح المرجع السابق، ص.347.

[1133] TGI Paris, 30 Octobre 2001; *Communication et Commerce Electronique*, 2002, Comm., p. 8, note Ch. LE STANC, Voir à ce propos, REIDENBERG (J.-R)., "*L´affaire Yahoo! et la Démocratisation Internationale d´Internet*", Communication et Commerce Electronique, 2001, Chronique, p. 21, « *La responsabilité de la société Multimania Production est recherchée sur le fondement de l'article 1383 du Code civil* ».

إليها. ولكون نشاطه الرئيسي يقتصر على تقديم الوسائل والأجهزة الفنية اللازمة لإيصال المشتركين بالإنترنت، دون أن يتدخل في المضمون المعلوماتي الإلكتروني. فما كان من المحكمة إلاَّ أن أعلنت صراحةً إعفاء متعهد الوصول من المسؤولية لكونه قد التزم بأمر المحكمة، ومنع الوصول إلى هذه المواقع انطلاقاً من الأراضي الفرنسية. وقد تمَّ التأكيد على هذا القرار في 16 من ماي سنة 2002 من قِبل محكمة استئناف فرساي (*CA.Versailles*)[1134]. ليُسجِّل بذلك القضاء الفرنسي توافقاً تامَّاً في هذا المجال مع موقف التشريعات اللاحقة له، وعلى وجه الخصوص مع موقف المشرِّع الأُوروبي ومن بعده الفرنسي.

ومن تطبيقات القضاء الألماني في هذا الصدد، الحكم الصادر في 28 من ماي سنة 1998 عن محكمة "*Amtgerich de Munich*" في قضية "*Compu Serve*" وتتمثل وقائع هذه القضية في: "*قيام وزير الاتصالات الألماني بإخطار الشركة الألمانية بالمحتوى غير المشروع للمنتدى، وطالبها بوقف تزويد هذا المنتدى بخدمة الوصول إليه، حتى لا يتمكن الألمان من الدخول إلى الموقع. نقلت الشركة الألمانية هذا الإخطار إلى شركة "Compu Serve Inc" الأمريكية التي زودتها بطريقة تسمح للآباء برقابة المنتدى وتمكينهم من غلق الوصول إليه بأنفسهم. رفع الوزير دعوى أمام القضاء الألماني، فأدان الشركة الألمانية (مزودة الخدمة) على أساس وقوع خطأ من جانبها، تمثل في عدم غلق كل الوسائل التي تؤدى إلى الوصول للمنتدى " n'avait pas bloqué tous trafic"؛ مع علمها بعدم مشروعية محتوى المنتدى، أقرت المحكمة ما ورد بإخطار الوزير ورأت أن الشركة المدعى بها قد علمت علماً فعلياً بهذا المحتوى غير المشروع للمنتدى، خاصة بعد إخطار الوزير الموجه إليها، ولم تتخذ كل الإجراءات الضرورية لغلق الوصول إليه*"[1135].

إن المتتبع لمجمل قرارات القضاء السابقة، يكتشف مدى ارتكازها على مبدأ جوهري واحد، وهو المسؤولية عن الخطأ. وبذلك، لا يُتصوَّر إمكانية تهرُّب مقدمي خدمات الإنترنت على اختلاف أعمالهم، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، من هذه القاعدة، والتي تتفق في حيثياتها مع ما جاءت به تشريعات بعض الدول الأُوروبية والأمريكية التي رسمت ملامح وأساس مسؤولية مقدمي خدمات الإنترنت، فرفعت بذلك عن كاهل القضاء عبء التصدي وحده لتقرير القواعد الخاصة بالمسؤولية في هذا المجال[1136].

[1134] CA Versailles, 12ème Chambre, Section 1 Arrêt du 16 Mai2002 , *Association UEJF / SA Multimania Production (Lycos France)*, Devoirs de Surveillance de Prudence et de Diligence - hébergeur – Responsabilité, Cité par, *UEJF / SA Multimania Production*, Date de citation: 20/08/2018, Disponible à: https://www.legalis.net/jurisprudences/cour-dappel-de-versailles-12eme-chambre-section-1-arret-du-16-mai-2002/

[1135] مقتبس من، شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص.153.

[1136] احمد فرح، المرجع السابق، ص.362-363.

المطلب الثالث

مسؤولية مقدمي خدمات التصديق الالكتروني

Les prestataires des services de certification

تحظى التعاملات الإلكترونية بأهمية قصوى ويبقى الهاجس الأبرز في هذا النوع من التعاملات هو افتقارها لعنصري الأمان والثقة، ونظراً لأهمية التعاملات الإلكترونية وتشجيعا لانتشارها وبث الثقة فيها فقد تضافرت الجهود الدولية والإقليمية والوطنية لتذليل ما يعتريها من عقبات، والعمل على تهيئة البنية القانونية التي تتماشى مع هذه التعاملات، سواء من حيث انجازها أو من حيث المصادقة عليها وإثباتها.

ولتحديد هوية المتعاملين وكذا حقيقة التعامل ومضمونه، فقد استلزم ذلك وجود طرف ثالث محايد موثوق به، يقوم بطريقته الخاصة بالتأكد من صحة صدور الإرادة التعاقدية الإلكترونية ممن تنسب إليه، خاصة وأن التعامل الإلكتروني يتم من خلال شبكات مفتوحة مثل الإنترنيت، حيث يجهل المستعمل من يقف وراء جهاز الكمبيوتر ولمن تعود المنظومات العمومية للتشفير. ولذلك، فالاستعانة بمؤسسة مقدم خدمات المصادقة الإلكترونية بات ضرورة ملحة. حيث إن المصادقة بمعناها العام كانت تعني المطابقة لضوابط ومعايير وشروط معينة، فإن المصادقة في المجال الإلكتروني تعني بشكل خاص، ضمان سلامة وتأمين التعاملات الإلكترونية، سواء من حيث أطرافه أو من حيث مضمونه أو من حيث محله. وبعبارة أخرى، يعمل التوثيق الإلكتروني على خلق بيئة إلكترونية آمنة للتعامل عبر الإنترنيت، والتوثيق بهذا المعنى هو أهم الشروط الواجب توافرها لقيام المحرر الإلكتروني ولإعطائه الحجية الواجبة في الإثبات. فإذا كان المحرر التقليدي يقوم على دعامتين اثنين هما الكتابة والتوقيع، فإن مقومات المحرر الإلكتروني هي الكتابة والتوقيع والحفظ والقدرة على الاسترجاع بالحالة التي نشا عليها.

من خلال ما سبق، تتجلى أهمية عملية التصديق الالكتروني وخطورتها في آنٍ واحد، لأنها تتعلق بقواعد الإثبات التي بدونها ستضيع الحقوق لضياع الدليل على ثبوتها. لهذا فمسؤولية القائم على خدمة التصديق الالكتروني لا تقل أهمية عن مختلف أنماط المسؤولية الالكترونية التي تناولناها سلفاً. *لهذا يطرح الإشكال حول نوعية مسؤولية مقدم خدمات التصديق الالكتروني وكذا حدودها؟*

للجواب على الإشكال والإحاطة بالموضوع سنتعرض إلى التعريف حقيقة مقدمي خدمات التصديق الالكتروني (**الفرع الأول**). ثم سنتطرق إلى مسؤولية جهات التوثيق طبقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية

(**الفرع الثاني**). وأخيرا سنتحدث عن مسؤولية جهات التوثيق الإلكتروني وفقاً للقانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين (**الفرع الثالث**).

الفرع الأول
حقيقة مقدمي خدمات التصديق الالكتروني

تأتي الثقة والأمان في مقدمة الضمانات التي يتعين توافرها لازدهار المعاملات الإلكترونية، الأمر الذي يستوجب توفير الضمانات الكفيلة بتحديد هوية المتعاملين، وتحديد حقيقة التعامل ومضمونه. ولتحقيق ذلك يستلزم وجود طرف ثالث محايد موثوق به، يتمثل هذا الطرف في أفراد أو شركات أو جهات مستقلة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق تعاملاتهم الالكترونية عن طريق منح شهادة التصديق الالكتروني. *فمن هي هذه الجهات المانحة؟ ثم ما طبيعة شهادة التصديق التي يمنحونها؟*

أولا.– التعريف بمقدمي خدمات التصديق الالكتروني:

لقد اختلفت تسميات جهة التصديق، فالبعض أطلق عليها اسم مزود خدمات التصديق، والبعض الأخر أطلق عليها اسم جهة التوثيق أو سلطات التصديق الالكتروني. لكن ما يهم هو أنها تؤدي نفس المعنى وهو تدخل طرف ثالث يبعث الثقة والأمان في المعاملات الالكترونية التي تتم بين المتعاقدين، وتنشأ هذه السلطة بناءا على تدخل الدولة باستحداث سلطة عمومية أو الترخيص لجهة خاصة تتولى مهام التصديق.

لا يوجد تعريف فقهيّ متفق عليه لجهات التوثيق الإلكتروني، لذلك سوف نعرض لبعض التعريفات القانونية التي جاءت بها تشريعات بعض الدول مع التسميات المختلفة لها.

تعرف جهة التصديق الالكتروني على أنها: "*جهة أو منظمة عامة أو خاصة مستقلة أو محايدة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين، لتوثيق معاملاتهم الإلكترونية، وذلك بإصدار شهادات التصديق اللازمة لهم*"[1137]. عرف الأستاذ " نصيرات علاء محمود عيد" جهة التصديق الالكتروني على أنها: "*هيئة عامة أو خاصة، تعمل على ملء الحاجة إلى وجود طرف ثالث موثوق في التجارة الإلكترونية، بأن يصدر شهادات تثبت صحة حقيقة معينة متعلقة بموضوع التبادل الإلكتروني، كتأكيد نسبة التوقيع الإلكتروني إلى شخص*

[1137] مقتبس من، إيمان مأمون أحمد سليمان، *إبرام العقد الإلكتروني وإثباته*، ط.01، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص.390.

معين، وتأكيد نسبة المفتاح العام المستخدم إلى صاحبه"[1138]. بينما عرفها الفقيه الفرنسي كابريولي إريك (*CAPRIOLL Eric*)[1139] على أنّها: "*كل من يقدم خدمات التصديق للجمهور ويخضع في عمله لأحكام التشريع الوطني الموضوعة لتنظيم المسؤولية*"[1140]. بينما عُرِّفت المصادقة الإلكترونية على أنها: " *وسيلة فنية آمنة للتحقق من صحة التوقيع أو المحرر، عن طريق جهة محايدة يطلق عليه مقدم خدمات المصادقة، وتعد سلطات المصادقة إحدى أهم وسائل حماية التوقيع الإلكتروني*"[1141].

أما على صعيد التشريعات، فقد أطلق قانون الأونسيترال النموذجي على جهة التوثيق الإلكتروني اسم: "مقدم خدمات التصديق" (*Provider Certification Service*)، وورد تعريفه في المادة الثانية الفقرة الخامسة بأنه: "*شخص يصدر الشهادات ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الإلكترونية*"[1142]. مما يُسجل على هذا التعريف أنه ألزم جهة التوثيق بضرورة توفير خدمات التصديق الإلكتروني كحد أدنى، ومع ذلك هناك إمكانية لتقديم خدمات أخرى يكون لها علاقة بالتوقيع الإلكتروني. وهذا يعني إمكانية أن يكون نشاط أو خدمة التصديق الإلكتروني هو النشاط الوحيد الرئيسي لجهة التوثيق، كما يمكن أن يكون هذا النشاط هو أحد الأنشطة الفرعية لهذه الجهة.

أطلق التوجيه الأوروبي رقم 93/1999 الخاص بالتوقيعات الإلكترونية سالف الذكر مصطلح: "*مقدم خدمات التصديق*"، وعرفه في المادة الثانية الفقرة 11[1143] بأنه كل كيان أو شخص طبيعي أو معنوي يقدم شهادات التوثيق إلكترونية أو تقديم خدمات أخرى متصلة بالتوقيعات الإلكترونية. ويقصد بالخدمات المرتبطة بالتوقيع الإلكتروني: "*التقنيات التي تسمح بإصدار توقيع نموذجي، أو خدمات النشر والإطلاع والخدمات المعلوماتية الأخرى كالحفظ في الأرشيف*"[1144]. بينما سماه المشرع الفرنسي "*المكلف بخدمة التوثيق الإلكتروني*"،

[1138] مقتبس من، نصيرات علاء محمد عيد، *حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات "دراسة مقارنة"*، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص.145.

[1139] Éric A. CAPRIOLI: est Avocat à la Cour de Paris, spécialiste en droit de l'informatique et des nouvelles technologies et en droit de la propriété intellectuelle. Il est habilité à diriger des recherches en droit et membre de la délégation française aux Nations unies.Cité par, eyrolles, Biographie de Éric Caprioli, Date de Citation: 15/10/2019, Disponible à: https://www.eyrolles.com/Accueil/Auteur/eric-a-caprioli-123763/

[1140] Cité par, CAPRIOLL Eric, *Règlement des Litiges Internationaux et Droit applicable dans le Commerce Électronique*, Litec, éd.Juris-Classeur, Paris, 2002, N°70, p.56.

[1141] مقتبس من، عايض راشد المرعي، *مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية*، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998، ص.112.

[1142] أنظر المادة 05/02، من *قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام 2001.*

[1143] Article 2-11: «*prestataire de service de certification", toute entité ou personne physique ou morale qui délivre des certificats ou fournit d'autres services liés aux signatures électroniques*». Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, Op.cit.

[1144] مقتبس من، ثروت عبد الحميد، *التوقيع الإلكتروني*، ط.1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص.163.

بموجب المرسوم رقم 2001-272 الصادر في 30 من مارس سنة 2001 يتعلق بتطبيق المادة 1316 الفقرة الرابعة من القانون المدني والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني[1145]، وطبقاً للمادة الأولى الفقرة 11[1146] بأنه كل شخص يصدر شهادات إلكترونية أو يقدم خدمات أخرى متعلقة بالتوقيع الإلكتروني.

مما يُسجل على التعريفات الثلاثة السابقة والواردة في قانون الأونسيترال والتوجيه الأوروبي والقانون الفرنسي؛ أنها اتفقت على أن من يقوم بخدمات التوثيق يمكن أن يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً، وإن كان التوجيه الأوروبي قد ذكر ذلك صراحة، فإن القانون الفرنسي وقانون الأونسيترال ذكرا كلمة "*شخص*" فقط، فهي عامة تشمل الشخص الطبيعي والمعنوي. وفي الواقع العملي ليس من المتصور أن يقوم الشخص الطبيعي بهذا العمل. وذلك لأن خدمات التوثيق الإلكتروني تحتاج إلى إمكانيات مادية وتقنية مكلفة وعالية جداً لا يستطيع القيام بها إلا الشخص المعنوي، سواء أكان شخصاً معنوياً عاماً أم شخصاً معنوياً خاصاً.

تطرق المشرع الجزائري إلى مؤدي خدمات التصديق الالكتروني في المرسوم التنفيذي رقم 07-162[1147] المؤرخ في 30 من ماي سنة 2007 من خلال المادة الثالثة الفقرة العاشرة منه، والتي تنص على ما يلي: "*مؤدي خدمات التصديق هو كل شخص في مفهوم المادة 08 من القانون رقم 2000-03 المؤرخ في 05 جمادى الأول عام 1421، الموافق لـ 05 أوت 2000 المتعلق بالقواعد العامة المرتبطة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية*[1148]*، يسلم شهادات إلكترونية ...*الخ". ولتغطية النقص الموجود في المادة سالفة الذكر أصدر المشرع قانون خاص، وهو القانون رقم 15- 04 المتعلق بالقواعد العامة للتوقيع والتصديق الإلكترونيين[1149]. بينما عرف جهة التصديق الالكتروني من خلال المادة الثانية الفقرة 12 من القانون سالف الذكر بقوله: "*مؤدي خدمات التصديق الالكتروني شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكترونية موصوفة، وقد يقدم خدمات التصديق أخرى في مجال التصديق الالكتروني*". خلال هذا التعريف

[1145] Décret N°2001-272 du 30 mars 2001 *pris pour l'application de l'article 1316-4* du code civil *et relatif à la signature électronique*, JORF N°0229 du 31 mars 2001 p.5070-5072, NOR: JUSC0120141D.

[1146] Article 1-11: «*Prestataire de services de certification électronique : toute personne qui délivre des certificats électroniques ou fournit d'autres services en matière de signature électronique*».Modifié par Décret N° 2016-1278 du 29 septembre 2016, art. 1 (V), Op.cit.

[1147] المرسوم التنفيذي رقم 07-162 الصادر في 30 ماي 2007 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 01-123، المؤرخ في 09 ماي 2001، *المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات الموصلات السلكية واللاسلكية*، الجريدة الرسمية عدد 37، 2007.

[1148] القانون رقم 2000-03 مؤرخ في 05 جمادى الأول عام 1421، الموافق ل 05 أوت سنة 2000، *يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية ولا السلكية*، الجريدة الرسمية عدد 48، سنة 2000.

[1149] قانون رقم 15-04 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436الموافق لـ 01 فيفري 2015، *يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين*، الجريدة الرسمية عدد 06، 2015.

نستخلص أن مهمة جهة التصديق تتمثل في إصدار ومنح شهادات تصديق إلكترونية مع إمكانية تقديم خدمات أخرى في مجال التصديق الالكتروني.

وبالرجوع إلى المادة الثامنة من القانون رقم 2000-03 المتعلق بالقواعد العامة المرتبطة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية سالف الذكر؛ نجدها عرفت مزود الخدمة على أنه: "*كل شخص معنوي أو طبيعي يقدم خدمة مستعملا وسائل الموصلات السلكية و اللاسلكية*".

ثانياً.- المقصود بشهادة التصديق الالكتروني:

عرفتها قواعد الأونسيترال بشأن التوقيعات الإلكترونية بأنها:"*رسالة بيانات أو سجلا آخر يؤكدان الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع*"[1150]، هذا ما يجعل قواعد الأونسيترال قد عرفت الشهادة على أنها سجل إلكتروني يتضمن مفتاحا عموميا إلى جانب اسم المشترك في الشهادة باعتباره موضوع الشهادة، وقد يؤكد أن الموقع المحدد هويته في الشهادة يحمل المفتاح الخصوصي المناظر.[1151]

أما المشرع التونسي، فقد عرف شهادة التصديق الإلكتروني في قانون المبادلات والتجارة الالكترونية بموجب الفصل الثاني المادة الثالثة[1152] على أنها: " *الوثيقة الإلكترونية المؤمنة بواسطة الإمضاء الالكتروني للشخص الذي أصدرها والذي يشهد من خلالها إثر المعاينة على صحة البيانات التي تتضمنها*". الملاحظ أن المشرع التونسي عرف شهادة التصديق الالكتروني على أساس تحديد الهدف من إصدارها وهو تحديد هوية صاحب التوقيع والتأكد على صحة بيانات الموقع عليها.

لقد عرف المشرع الجزائري وفق القانون رقم 15- 04[1153] المحدد للقواعد المتعلقة بالتصديق والتوقيع الالكترونيين شهادة التصديق الالكتروني بأنها:" *وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع*". مما يلاحظ على هذا التعريف أن المشرع

[1150] *قانون الأونستراال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001*، المرجع السابق.

[1151] لينا إبراهيم يوسف حسان، *التوثيق الالكتروني ومسؤولية الجهات المختصة*، ط1، دار الراية للنشر والتوزيع، سنة 2009، ص.70.

[1152] *قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي لسنة 2000*، المرجع السابق.

[1153] القانون رقم 15-04 *يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين*، المرجع السابق.

الجزائـري عـرف شـهادة التصـديق الإلكـتروني بالاسـتناد إلى وظيفتهـا ولم يربطهـا بالجهـة المصـدرة لهـذه الشهادة.

عرفت شهادة التصديق الإلكتروني كذلك على أنها :"*سجل إلكتروني صادر من الجهة المختصة وهذا السجل يتضمن عدة معلومات عن الشخص الذي يحملها ومعلومات أخرى عن الجهة المصدرة لهده الشهادة، وهذه الشهادة تصادق على توقيعه الإلكتروني والمعاملات التي يجريها عبر الانترنيت*"[1154]. بينما يعرف "الأستاذ يوسف أمين فرج" أن شهادة التصديق الالكتروني بأنها: "*مستند إلكتروني يؤكد به الشخص وقائع معينة*"[1155].

الفرع الثاني
مسؤولية جهات التصديق الالكتروني طبقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية

إن المسؤولية عن الأضرار التي تحدث بصفة عامة هي أحد الموضوعات القانونية ذات الأهمية الخاصة التي تتعرض لها الأنظمة القانونية، وتضع لها قواعد عامة تحكمها، والى جانبها تنبهت بعض التشريعات إلى الأهمية المترتبة على تنظيم مسؤولية هذه الجهات، فأفردت لها نصوصا خاصة وذلك لعدم كفاية القواعد العامة لتنظيمها، في حين أغفلت بعض التشريعات الأخرى ذلك التنظيم. عموما، تقوم مسؤولية مقدم خدمات التصديق الالكتروني في تعويض الضرر الناتج عن إهماله وإخلاله بالالتزامات للقواعد العامة للمسؤولية المدنية. وبالرجوع إلى طبيعة النشاط المسند لمقدم خدمات التصديق الإلكتروني نجد أنه لا يفلت من أحكام المسؤوليتين العقدية والتقصيرية متى توافرت أركانهما وشروطهما.

أولاً.– المسؤولية العقدية لمقدمي خدمات التصديق الالكتروني:

من المعلوم أنه لا تقوم المسؤولية العقدية إلا بتوافر أركانها الثلاثة المتمثلة في الخطأ الذّي يرتكبه أحد الطرفين ضد طرف ثاني من شأنه إحداث ضرر يمس بمصلحة من مصالحه أو حق من حقوقه، إضافة ضرورة إسناد خطأ المسؤول إلى الضرر المتحقق عن طريق ما يصطلح عليه بالرابطة السببية[1156]. كما أن المسؤولية العقدية لمقدم خدمة التصديق الإلكتروني تجاه صاحب الشهادة، لا تقوم إلا إذا كان هناك عقد يربط المضرور

[1154] مقتبس من، نصيرات علاء محمد عيد، المرجع السابق، ص.139.

[1155] مقتبس من، يوسف أمين فرج، *التوقيع الإلكتروني*، ط.1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص.81.

[1156] منذر الفضل، *الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام وأحكامها: مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي معززة بآراء الفقه وأحكام القضاء*، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص.253.

مع جهة التصديق[1157]. بموجبه تضمن هذه الجهة بموجب العقد صحة المعلومات التي تتضمنها شهادة التصديق الإلكتروني. وفي حالة ثبوت تقصير أي طرف من أطراف التعاقد بهذه الالتزامات، ونتج عنه ضرر أصاب الطرف الأخر فإن المسؤولية العقدية هي التي تسري طالما توافرت باقي أركانها[1158].

1.– الخطأ العقدي:

يتمثل هذا الإخلال إما في عدم تنفيذ المدين لالتزاماته بشكل كامل أو جزئي أو تنفيذها بشكل معيب أو حتى عن التأخر بالتنفيذ. وتطبيقًا لذلك، قد يلحق العميل صاحب شهادة التوثيق أضرار نتيجة إخلال مزود خدمات التوثيق بأحد الالتزامات الملقاة على عاتقه؛ بموجب عقد التوثيق المبرم بينهما أو بموجب نص القانون. حيث يحق لمزود التوثيق والعميل صاحب الشهادة وضع ما يريدان من شروط والتزامات متبادلة؛ طبقا لمبدأ الحرية التعاقدية وسلطان الإرادة، فإذا أخل مزود خدمات التوثيق أو العميل بإحدى هذه الالتزامات تنعقد مسؤوليتهما العقدية[1159]. فإذا قام مزود التوثيق بإصدار شهادة غير دقيقة أو تخالف البيانات التي قدمها له العميل، ونتج عن ذلك ضرر لهذا العميل تثور مسؤوليته العقدية[1160]. كذلك من موجبات جهات التصديق الالتزام بالسرية، والعمل على إيقاف شهادة التوثيق أو إلغائها إذا توافرت الأسباب الموجبة لذلك وغيرها من الالتزامات.

الأصل في المسؤولية العقدية افتراض وقوع الخطأ من جانب المدين إذا لم ينفذ التزامه في مجمله أو في جزء منه، أو تأخر في تنفيذه، ولا يستطيع المدين نفي افتراض الخطأ عن نفسه إلا إذا اثبت أن عدم التنفيذ راجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه. ومثال ذلك، ثبوت أن عدم تنفيذ جهات التوثيق لالتزامها المتعلق بضمان صحة البيانات يرجع إلى فعل المدين نفسه، كأن يقدم أوراقا مزورة أو وهمية، وان عدم إصدارها شهادة التوثيق في الوقت المتفق عليه يرجع إلى تأخر صاحب الشهادة في إرسال البيانات المتعلقة بهويته، أو أن تقوم جهة التوثيق بإفشاء أي من الأسرار الخاصة بصاحب الشهادة بناء على قرار قضائي[1161].

[1157] أنظر المادة 106: "*العقد شريعة المتعاقدين*"؛ والمادة 107: "*يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية*"، والمادة 164 التي تجبر المدين بعد إعذاره على حسب المادتين 180 و181 على تنفيذ التزاماته عينيا متى كان ذلك ممكنا.

[1158] ألاء احمد محمد حاج علي، مذكرة ماجستير، *التنظيم القانوني لجهات لتصديق الالكتروني على التوقيع الالكتروني*، قانون خاص، جامعة النجاح الوطنية كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2013، ص.79.

[1159] عبد الفتاح حجازي، *التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة*، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص.189.

[1160] Cf. TRUDEL (P.), ABRAN (F.), BENYEKHELF (K.), HEIN (S.)., *Droit Du Cyberspace, Montreal*, éd. themis, 1997, p.3.

[1161] لينا إبراهيم يوسف حسان، المرجع السابق، ص.163-164.

كما يمكن تصور مسؤولية المزود العقدية تجاه الغير، إذا كان هذا الأخير قد ارتبط بعلاقة عقدية مباشرة مع مزود التوثيق الإلكتروني، ونتج عن الإخلال بتنفيذ هذا العقد أضرار أصابت. حيث قد يعول الغير على الشهادة التي اطلع عليها نتيجة عقد أبرمه مع المزود، ثم يتضح عدم صحة هذه الشهادة أو أنها كانت ملغية أو موقوفة دون أن يعلن مزود خدمات التوثيق عن ذلك، مما سبب أضرارًا له لأنه أبرم عقودًا مع العميل صاحب الشهادة بناء على الثقة التي استمدها من الشهادة الإلكترونية[1162]. هناك من يرى[1163] إمكانية تصور قيام المسؤولية العقدية عن الأضرار التي تلحق الغير؛ الذي يعول على الشهادة في مواجهة المزود على أساس نظرية الاشتراط لمصلحة الغير. حيث يؤسس هذا الجانب رأيه على اعتبار أن صاحب التوقيع الإلكتروني يشترط على مزود خدمات التصديق؛ أن يضمن كل الأضرار التي يمكن أن تلحق الغير جراء اعتماده على شهادة التوثيق الإلكتروني وتعويله عليها[1164].

2.- الضرر العقدي:

يعد الضرر الركن الأساسي في قيام المسؤولية المدنية، فهو السبيل نحو المساءلة المدنية فلا مسؤولية عند انتفاء الضرر لتخلف هذا الركن الجوهري، ويقع عبء إثبات الضرر على من يدعيه، والضرر بوجه عام هو الأذى الذي يصيب حقا أو مصلحة مشروعة للشخص المتعاقد معه. وهذا الأذى أو التعدي قد ينشأ عن الإخلال بالتزام يفرضه القانون[1165]. وفي ضوء ما تقدم، يتضح أنه يلزم لقيام مسئولية المصدق العقدية، أن يتسبب الإخلال بالالتزام أي الخطأ في المساس بحقوق المصدق له أو المرسل إليه العقدية (الضرر)، سواء أكان هذا المساس يعد من قبيل الضرر المادي (*Le dommage matériel*)، كتحقق خسارة مالية، أو كان بمثابة ضرر أدبي (*Le dommage moral*)، كالإساءة للسمعة في مجال التعامل الإلكتروني [1166]. ولا غرو أنه يقع على عاتق المدعى (*المصدق له أو المرسل إليه*)، إثبات الضرر الذي لحق به طبقاً لقاعدة "*البينة على من ادعى*".

[1162] عبد الفتاح حجازي، *مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية "الكتاب الأول"*، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2003 ، ص.186.

[1163] من هؤلاء الفقهاء: إبراهيم أبو الليل، *الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية*، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2003 ، ص.1887.
BRUN (B.)., *Nature et Impacts Juridiques de la Certification Dans le Commerce Electronique sur Internet,* p.50. Date de citation : 15/05/2019, Disponible à: http : //www.lex-electronica.org, mars 2000, Vol 7

[1164] عدنان السرحان، نوري خاطر، *مصادر الحقوق الشخصية*، دار النشر للثقافة والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص.364.

[1165] زهيرة كيسي، النظام القانوني لجهات التوثيق (التصديق) الالكتروني، دفاتر السياسة والقانون، المركز الجامعي بتمنراست "الجزائر"، جوان 2012، عدد السابع، ص.224.

[1166] عبد الحميد عثمان، *المسؤولية العقدية للمصدق المعلوماتي في ضوء* القانون البحريني: دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الحقوق، المجلد السابع، ص.154.

حتى تقوم مسؤولية مقدم خدمات التصديق الالكتروني، لا يكفي أن يكون هناك خطأً عقدياً فقط، وإنما يجب أن يكون هناك ضرر لحق بصاحب الشهادة جراء هذا الخطأ. فإذا توافر سبب موجب لتعليق العمل بشهادة التصديق، أو إلغائها ولم يقم مقدم خدمات التصديق الالكتروني بهذين الإجرائيين، تكون قد أخلت بالتزام مفروض عليها إذا لحق ضرر بصاحب الشهادة نتيجة لهذا الإهمال. وتتم مسائلة مقدم خدمات التصديق الإلكتروني المسؤول عن ذلك ويلتزم بالتعويض للمضرور وفقا لأحكام المسؤولية العقدية. فإذا فقد صاحب الشهادة مفتاحه الخاص وطلب من جهة التصديق إلغاء العمل بشهادة التصديق ولم يستجيب لطلبه، وترتب عن ذلك استعمال الغير لهذا المفتاح باسم صاحب المفتاح دون ترخيص منه أو علم به، فهنا كنتيجة حتمية تقوم المسؤولية العقدية في مساءلة مقدم خدمة التصديق الالكتروني؛ لتعويض صاحب الشهادة عن الضرر الذي لحق به[1167].

3.– علاقة السببية بين الخطأ والضرر:

لا يكفي أن يكون هناك خطأ وضرر بل يجب أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر، أي أن تكون هناك علاقة سببية بينهما. فقد يكون هناك خطأ من المدين وضرر للدائن دون أن يكون ذلك الخطأ هو السبب في الضرر. تعرف العلاقة السببية أنها الصلة التي تربط بين الخطأ العقدي والضرر[1168]، فتجعل الضرر نتيجة للخطأ، فإذا انعدمت انتفت المسؤولية لانعدام ركن من أركانها، وتنتفي رابطة السببية عموما إذا تدخل سبب أجنبي[1169]، ليفصل بين الضرر الذّي أصاب صاحب الشهادة، وبين الخطأ الذّي صدر من مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني[1170].

لذلك، يجب أن يكون الضرر الذي أصاب صاحب الشهادة سببه الخطأ الذي ارتكبته جهة التوثيق والممثل بإخلالها بأي من التزاماتها العقدية[1171]، كأن تصدر جهة التوثيق شهادة توثيق معيبة مما يؤدي إلى تفويت الصفقة على صاحب الشهادة، وبالنتيجة، تعرضه لخسارة مادية فادحة. أما إذا كان الضرر الذي أصاب صاحب الشهادة مرجعه سبب آخر لا علاقة له بالإخلال الحاصل من جهة التوثيق، تنتفي علاقة

[1167] لينا إبراهيم يوسف حسان، المرجع السابق، ص.160-161.

[1168] محمد صبري السعدي، *الواضح في شرح القانون المدني*، ط.04، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص.81.

[1169] *السبب الأجنبي*: هو ذلك السبب الذي ينشأ غنه الضرر غير أن المشرع يشترط عادة عدم نسبته للمسئول وتارة أخرى عدم توقعه. للمزيد من التفصيل، راجع على فيلالي، *الالتزامات "الفعل المستحق للتعويض"* ، ط. 1، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص.327.

[1170] دريد محمود علي، *النظرية العامة للالتزام*، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص.301.

[1171] عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، *الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول "مصادر الالتزام"* ، مصادر الالتزام، 1980، ص.239.

السببية، ومنه لا تقوم المسؤولية العقدية بحق جهة التوثيق. كأن تصدر جهة التوثيق شهادة معيبة ويصيب صاحب الشهادة ضرر، غير أن هذا الضرر يرجع إلى إفشاء صاحب الشهادة سر منظومة إحداث التوقيع الإلكتروني، وليس الشهادة المعيبة الصادرة عن جهة التوثيق، هنا تنقطع علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر الذي أصاب صاحب الشهادة.

يجب أن يكون ضررا مباشر ينحصر داخل الالتزامات التي تقع على عاتق مقدم خدمات التصديق الإلكتروني، كالالتزام ببذل عناية، مثل التحقق من صحة البيانات والمعلومات الشخصية، والحفاظ على سرية المعلومات التي مكنت منها، لأنه المبدأ الأساسي الذي يعطيها مصداقية العمل في مجال التصديق الإلكتروني والغاية المرجوة من المتعاملين. كذلك الالتزام بتحقيق نتيجة، والذي في إصدار جهات التوثيق لشهادة تصديق مراعية للغاية التي صدرت من أجلها ومستوفية لجميع الشروط اللازمة لإصدارها، وتكون ذات حجية للمتمسك بحجيتها بما يخدم صاحبها[1172].

من المعلوم أن علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر قائمة، فلا يكلف الدائن إثباتها، بل إن المدين هو الذي يكلف بنفي هذه العلاقة إذا ادّعى أنها غير موجودة. بمعنى أن الإثبات يقع عليه لا على الدائن، ولا يستطيع المدين نفي علاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنبي، بأن يثبت أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي متى توافرت شروطه، أو يرجع إلى خطأ الدائن. كأن يقدم صاحب الشهادة مستندات مزورة أو معلومات غير صحيحة لجهة التوثيق، أو أنه لم يحافظ على منظومة إحداث التوقيع. وقد يرجع الضرر إلى فعل الغير كأن يسرق الغير المفتاح الخاص لصاحب الشهادة، ويستعمله في إبرام صفقات باسم صاحب الشهادة مما يلحق به خسائر مادية فادحة.

وفي هذا المعنى، تشير المادة 127 من القانون المدني الجزائري إلى أنه: "*إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك*". وكذلك نصت المادة 165 من القانون المدني المصري: "*إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث*

[1172] ألاء محمد حاج علي، المرجع السابق، ص.81.

مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك"[1173].

ثانياً.– المسؤولية التقصيرية لمقدمي خدمات التصديق الالكتروني:

هذه المسؤولية تنشأ عندما لا توجد علاقة عقدية بين جهة التصديق والغير المتضرر، طبقاً للمادة 124[1174] من القانون المدني الجزائري، بحيث يندرج تحت وصف الغير هنا أي شخص لا تربطه علاقة مباشرة بعقد ما مع جهة التصديق الالكتروني، ولم يكن ممن مشترط لمصلحته لتوقيع الكتروني ما. فالقانون هو المصدر المباشر والرئيسي لالتزامات جهة التصديق، لذلك فإن أي إهمال أو تقصير يسجل على صعيد تلك الالتزامات من شأنه أن يقيم مسؤولية مزود خدمة التصديق، وفقا لأحكام المسؤولية المدنية التقصيرية، متى توافر الخطأ والضر والعلاقة السببية بينهما. وعلى المضرور إثبات الخطأ التقصيري لجهة التصديق وإقامة الدليل على ذلك.

1.– الخطأ التقصيري:

يقوم الإخلال بالالتزام القانوني العام لجهة التصديق إذا لم تبذل العناية اللازمة من الحيطة والتبصر، لذلك على المضرور إثبات أن جهة التصديق لم تبذل العناية اللازمة؛ وفقا للمعيار الموضوعي في تقدير الخطأ التقصيري. ومن أمثلة إخلال جهة التصديق بالالتزامات التي يفرضها القانون، إخلالها بالواجب القانوني الذي يفرض عليها تعليق العمل بالشهادة أو إلغائها لأي سبب من الأسباب رغم توافر السبب الموجب لذلك، مما أدى للأضرار بالغير الذي استند إلى الشهادة المفروض تعليق العمل بها أو إلغائها. فأنها تكون مسؤولة عن تعويض الضرر الذي لحق بالغير[1175].

2.– الضرر التقصيري:

لا يكفي لقيام المسؤولية توافر الخطأ، بل يجب أن ينجم عن الفعل التقصيري ضرر، فإذا انتفى الضرر فلا تقبل دعوى المسؤولية التقصيرية، لأنه لا دعوى بغير مصلحة، والمكلف بإثبات الضرر هو المضرور وذلك

[1173] زيد حمزة مقدم، *النظام القانوني للتوثيق الالكتروني: دراسة مقارنة*، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، أوت 2014، عدد 24، ص.ص.155 وما بعدها.

[1174] أورد المشرع الجزائري القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية، وهي المسؤولية عن العمل الشخصي في المادة 124 من القانون المدني، والتي تنص على أنه: "*كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض*".

[1175] لينا إبراهيم يوسف حسان، المرجع السابق، ص.169–170.

بكافة طرق الإثبات. والضرر نوعان ضرر مادي وضرر أدبي، فالضرر المادي هو إخلال بمصلحة المضرور ذات القيمة المالية، ويجب أن يكون هذا الإخلال محققا ولا يكفي أن يكون محتمل الحدوث. أما الضرر الأدبي هو الضرر الذي لا يصيب الشخص في ماله وإنما يصيب مصلحة غير مالية والضرر الأدبي قابل للتعويض بالمال.

وعليه، فإن شرط التعويض يرتبط بتحقق الضرر، فمتى تحقق هذا الأخير يلتزم مسبب الضرر الذي هو مقدم خدمة التصديق الالكتروني بالتعويض بقدر حجم الضرر، أما في حالة العكس إذا أثبتت جهة التصديق الإلكتروني أن الضرر خارج عن التزاماته لا يمكن مساءلته.

3.– العلاقة السببية:

لقيام علاقة السببية بين الضرر والخطأ، يجب أن يكون الخطأ هو السبب في حصول الأذى للمتضرر، فإذا لم يتحقق هذا الشرط لا تقوم المسؤولية التقصيرية لانتفاء هذه الرابطة، فإذا تدخلت عوامل أخرى قطعت ارتباط الضرر بالخطأ، فلا تتحقق هذه السببية لأن النتيجة ليست مرتبطة بالسبب ارتباطا طبيعيا. والعلاقة السببية هي الركن الثالث للمسؤولية التقصيرية، تتمثل في العلاقة السببية بين الخطأ والفعل الضار والضرر بأن يكون الفعل هو السبب في حدوث الضرر، فإذا انتفت علاقة السببية لأي سبب لا يد للمدين فيه فلا تقوم المسؤولية التقصيرية[1176].

إذ تنتفي مسؤولية مقدم خدمات التصديق الالكتروني إذا أثبت أن الضرر يرجع إلى سبب أجنبي، أو إلى فعل الغير، أو فعل الطرف الآخر في العقد، وهو ما تضمنته المادة 127 من القانون المدني سالفة الذكر. ومنه نستنتج أنه لا يكفي تحقق الضرر حتى تقوم المسؤولية العقدية لمقدم خدمات التصديق الالكتروني وإنما على المضرور أي صاحب شهادة التصديق إثبات أن الضرر نتيجة لإهمال هذا الأخير وإخلاله بالتزاماته.

وتنتفي مسؤوليته أيضا، إذا تبين أن البيانات والمعلومات المقدمة من المشترك لم تكن صحيحة. كما يجوز لمقدم خدمات التصديق أن يحدد نطاق مسؤوليته، كأن يضع بعض القيود على استخدام الشهادة التي يصدرها، كتحديد مدة سريانها، أو قيمة التصرف الذي تتضمنه. بحيث لا يكون مسؤولا عن تجاوز هذه

[1176] معيزي ندا، *النظام القانوني للتصديق الالكتروني*، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2016/2015، ص.19.

القيود، سواء من قبل صاحب الشهادة، أو من قبل الغير الذي يولي ثقته بها، شرط أن يكون بوسع الغير العلم بهذه القيود بوسيلة تقنية ميسورة[1177].

كما تنتفي مسؤولية مقدم خدمات التصديق الإلكتروني كذلك في حال ما إذا رخص صاحب الشهادة كتابيا أو إلكترونيا في نشرها أو الإعلام عنها، أو في حال صدور حكم قضائي يجيز نشر تلك البيانات أو الإعلام عنها. هذا وقد ألزم المشرع الأوروبي مقدم خدمات التصديق الإلكتروني الحفاظ على البيانات ذات الطابع الشخصي، بحيث لا يحصل عليها إلا الشخص نفسه أو برضا صريح متى كانت هذه البيانات ضرورية لإصدار الشهادة. كما ألزم المشرع التونسي مقدم خدمات التصديق الإلكتروني وأعوانه الحفاظ على سرية المعلومات؛ التي عهد بها إليهم في إطار تعاطي أنشطتهم باستثناء تلك التي رخص بها صاحب الشهادة كتابيا أو إلكترونيا في نشرها أو الإعلام عنها [1178]، أو في الحالات المنصوص عليها في التشريع.

ثالثا.– الطبيعة القانونية لالتزام مقدم خدمات التصديق الالكتروني:

يكاد يجمع اغلب الفقه واغلب قوانين التجارة الالكترونية على أن التزام جهة التصديق هو التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق نتيجة، وهذا يعود إلى التكييف القانوني الخاص بالعقد المبرم بين مركز التوثيق والعميل. حيث لا يتردد الفقه من تصنيفه "*كعقد مقاولة*"، مشيراً إلى أن الالتزامات الناشئة عن هذا العقد هي من قبيل الالتزام ببذل عناية، وبغض النظر عن مقدار العناية المطلوبة، سواء أكانت هذه العناية هي العناية المعتادة المعقولة أم عناية المحترفين[1179]. ومن أمثلة الالتزام ببذل عناية الالتزام بضمان صحة البيانات الواردة في الشهادة. حيث يرى البعض[1180] أن التزام المزود بضمان صحة البيانات هو التزام ببذل عناية، إذ يلتزم مزود خدمات التوثيق الإلكتروني ببذل عناية الرجل المعتاد[1181]. وعليه، فإن عبء الإثبات الخاص بالإخلال بمضمون الاتفاق يقع على صاحب التوقيع الالكتروني، ويترتب على ذلك أن خطأ مزود التوثيق الإلكتروني

[1177] إلياس ناصيف، *العقد الالكتروني القانون المقارن*، ط .1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص.277.

[1178] لينا إبراهيم يوسف حسان، المرجع السابق، ص.114.

[1179] محمد حاتم البيات، *المسؤولية المدنية عن الخطأ في المعاملات التي تتم عن طريق الوسائط الالكترونية*، مؤتمر المعاملات الالكترونية، جامعة الإمارات، 2009، ص.836.

[1180] من بين هؤلاء الفقهاء: طارق كميل، *مقدمو خدمات المصادقة الإلكترونية "التنظيم القانوني واجباتهم ومسؤولياتهم"*، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، مجلد5 ، أكتوبر 2009، عدد 3، ص.256؛ عيسى الربضي، *القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني*، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص.276؛ محمد حاتم البيات، المرجع السابق، ص.838؛ عبد الفتاح حجازي، التوقيع الإلكتروني، المرجع السابق، ص.172؛ لينا إبراهيم حسان، المرجع السابق، ص.108.

[1181] مقتبس من، عيسى الربضي، *القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني*، المرجع السابق، ص.276.

ليس مفترضًا بل خطأ واجب الإثبات. وبذلك يكون على المتضرر أن يثبت أن المزود لم يبذل العناية المطلوبة والمعتادة، وأن يثبت إهماله في التأكد من دقة وصحة البيانات الواردة في الشهادة.

وبذلك، يكون مزود خدمة التصديق الالكتروني منفذاً لالتزامه بإصدار شهادة تحمل بيانات دقيقة، طالما أنه بذل العناية المطلوبة منه للتحقق من هذه البيانات مضمون تلك الشهادة، حتى ولو لم تكن تلك البيانات صحيحة. وبخلاف ذلك إذا لم يكن قد بذل العناية المطلوبة منه، فإنه يكون قد ارتكب خطأً عقدياً يستدعي قيام مسؤوليته العقدية[1182]. وباتخاذ الاحتياطات اللازمة للتأكد من صحة البيانات الواردة في الشهادة؛ فلا يلتزم المزود بالتعويض إذا كان قد تحقق من صحة البيانات المقدمة له، كما لو كانت تلك البيانات مستمدة من وثائق أو مستندات مزورة أو محرفة[1183].

وبخلاف الاتجاه الفقهي الأول، يرى أنصار هذا الاتجاه[1184] بأن التزام المزود في هذا المجال يعد التزامًا بنتيجة، بحيث يلتزم مزود خدمات التوثيق الإلكتروني بضمان صحة البيانات الواردة في الشهادة خلال مدة صلاحيتها، وهو ما يتفق مع أهمية الدور الذي تلعبه هذه الشهادة وأهمية البيانات التي تشتمل عليها، مما تشديد مسؤولية المزود. حيث تثبت مسؤوليته لمجرد عدم دقة وصحة البيانات في الشهادات الإلكترونية، ولا يلزم المتضرر بإثبات عدم بذل المزود للعناية المعقولة فيما يخص صحة ودقة بيانات الشهادة، ولا تنتفي مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي[1185]. وعليه، فإن جهة التصديق الالكتروني مهما بذلت من عناية لازمة للتحقق من صحة ودقة البيانات موضوع الشهادة؛ فإنه تعتبر مسؤولة مسؤولية عقدية، لا سيما وأن البيانات التي تحملها الشهادة الصادرة عنه تقدم له في الغالب من الغير المتمثل في صاحب التوقيع الالكتروني محل التوثيق بمعرفة شهادة التصديق الالكتروني.

مهما يكن من أمر، يمكن القول أن التزام جهة التصديق الالكتروني هو التزام ذو طبيعة مزدوجة، فهو إما يكون التزاماً بتحقيق نتيجة إذا تعلق الأمر بإصدار الشهادة حين طلبها من الطرف المعول، ويكون التزاماً ببذل عناية في التحقق من مضمون الشهادة وبياناتها ومشتملاتها.

[1182] محمد حاتم البيات، المرجع السابق، ص.838.

[1183] عيسى الربضي، *القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني*، المرجع السابق، ص.276.

[1184] من بين هؤلاء الفقهاء: كامران الصالحي، *الطبيعة القانونية لمسؤولية مزودي خدمات التوثيق الإلكتروني*، *مؤتمر المعاملات الإلكترونية*، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2009، ص.655؛ إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.276؛ سمير حامد جمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال، المرجع السابق، ص.352.

[1185] مقتبس من، كامران الصالحي، *الطبيعة القانونية لمسؤولية مزودي خدمات التصديق*، المرجع السابق، ص.658.

الفرع الثالث

مسؤولية جهات التصديق الإلكتروني وفقاً للقانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين

بجنب آليات المسائلة القانونية طبقاً للقواعد العامة لجهات التصديق الالكتروني كما رأينا سلفاً؛ هناك آليات مسائلة طبقاً لأحكام القانون رقم 15-04 المتعلق بالتصديق والتوقيع الالكترونيين، والذي أفرد لها المواد من 53 إلى 75، التي تشمل عدة نظم للمسائلة، وذلك حسب المركز القانوني للقائم بالفعل محل المسائلة، من جهة، وحسب نوعية الفعل المقترف، من جهة ثانية.

أولا.- المسؤولية المدنية لجهات التصديق الإلكتروني:

لقد وضع المشرع الجزائري القانون رقم 15-04[1186] لينظم عمل مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، والمسؤولية المترتبة عن إخلاله بأحد التزاماته العقدية أو القانونية. فمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني يكون مسؤولا عن الأضرار التي تلحق الشخص الطبيعي أو المعنوي؛ بسبب عدم التأكد من صحة المعلومات الواردة في شهادة التصديق الإلكتروني، وعدم التيقن عند منح شهادة التصديق الإلكترونية من أن المؤَقع هو الّذي تم تحديد هويته في شهادة التصديق، والتأكد من أنها تحتوي على بيانات إنشاء التوقيع الموافقة لبيانات التحقق من التوقيع المقدمة و/أو المحددة في شهادة التصديق الإلكتروني. ويكون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني مسؤولا أيضا إذا لم يتأكد من إمكانية استعمال بيانات إنشاء التوقيع، والتحقق منه بصفة متكاملة. وتسقط هذه المسؤولية عن مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني عندما يثبت أنه لم يرتكب أي إهمال.

وفقاً لأحكام نص المادة 53 من القانون رقم 15-04، فإن مزود خدمات التصديق الإلكتروني يكون مسؤولا مسؤولية تامة عن كل ضرر يلحق بأي هيئة أو شخص طبيعي أو معنوي اعتمد على شهادة التصديق الالكتروني تلك التي استخرجها لصاحبها. وورد بالمادة 54 من القانون رقم 15-04 على ما يلي:" *يكون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الذي سلم شهادة التصديق إلكتروني موصوفة، مسؤولا عن الضرر الناتج عن عدم إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني هذه، والذي يلحق بأي هيئة أو شخص طبيعي أو معنوي اعتمدوا على تلك الشهادة، إلا إذا قّدم مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني ما لم يثبت أنه لم يرتكب أي إهمال*". من خلال هذه المادة نفهم أن مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني مسؤولا عن الضرر الذي يلحق بهيئة أو

[1186] القانون 15-04 *يتضمن تحديد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين*، المرجع السابق.

شخص طبيعي أو معنوي بسبب عدم إلغائه لشهادة التصديق الإلكتروني، متى وجد حالات الإلغاء المنصوص عليها في قانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

كما تقوم مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني عند عدم احترام الحالات التالية:

1.- يمكن لمقدم خدمات التصديق الإلكتروني أن يشير في شهادة التصديق الإلكتروني إلى الحدود المفروضة على استعمالها، بشرط أن تكون الإشارة واضحة ومفهومة من طرف الغير. ففي هذه الحالة لا يكون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني مسؤولا عن الضرر الناتج لاستعمالها عند تجاوز الحدود المفروضة على استعمالها؛

2.- يمكن لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أن يشير في الشهادة إلى الحد الأقصى لقيمة المعاملات التي يمكن أن تستعمل في حدودها شهادة التصديق الإلكترونية، شريطة أن تكون واضحة ومفهومة للمتلقي. وفي هذه الحالة لا يكون مقدم خدمات التصديق مسؤولا عن الضرر الناتج عن تجاوز ذلك الحد الأقصى؛

3.- يجب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني إعلام السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني برغبته في وقف نشاطه المتعلق بتأدية خدمات التصديق الإلكتروني، أو بأي فعل يؤدي إلى ذلك؛

4.- يجب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الذي يوقف نشاطه لأسباب خارجة عن إرادته أن يعلم السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني بذلك فورا، وتقوم هذه الأخيرة بإلغاء شهادته للتصديق الإلكتروني الموصوفة بعد تقدير الأسباب المقدمة؛

5.- يتعين على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أن يكتتب عقود التأمين المنصوص عليها في سياسة التصديق الإلكتروني للسلطة الاقتصادية.

وأخيرا مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني لا يكون مسؤولا عن الضرر الناتج عن عدم احترام صاحب الشهادة الموصوفة لشروط استعمال بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني[1187].

ثانياً.- المسؤولية المدنية لصاحب شهادة التصديق الالكتروني:

بموجب أحكام المادة 61 من القانون رقم 15-04 يعتبر صاحب شهادة التصديق الالكتروني فور التوقيع على الشهادة؛ المسؤول الوحيد عن سرية جميع بيانات إنشاء التوقيع. فإذا كان هناك شك في مدى سرية تلك البيانات، أوفي حالة ما إذا أصبحت غير مطابقة للمعلومات

[1187] أنظر من المادة 53 إلى المادة 60 من قانون 15-04 المتضمن تحديد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، المرجع السابق.

المتضمنة في شهادة التصديق الإلكتروني، فما على صاحب الشهادة إلا العمل على إلغائها من طرف مزودي خدمات التصديق الإلكتروني، ويعدّ هذا الأمر إلزاميا، يتحمل بنفسه مسؤولية ذلك. كما لا يجوز له عند انتهاء صلاحية الشهادة أو عند إلغائها أن يستعمل بيانات إنشاء التوقيع الموافقة لها؛ من أجل توقيع وتصديق تلك البيانات نفسها من طرف مزود خدمات تصديق آخر، أو أن يستعمل تلك الشهادة لأغراض أخرى غير تلك التي منحت له من أجلها، وإلا عدّ مسؤولا عن ذلك.

ثالثاً.– المسؤولية المالية والإدارية لجهات التصديق الالكتروني:

قد تتحمل جهات التصديق الالكتروني مسؤولية إدارية ومالية وفق المادة 64 من القانون رقم 15-04، عندما لا يحترم أحكام دفتر الشروط أو سياسة التصديق الالكتروني الخاصة بالسلطة الاقتصادية صاحبة الترخيص. كحالة عدم إبلاغه السلطة الاقتصادية مانحة الترخيص بالتوقف عن نشاطه، أوفي حال ممارسته لنشاط التصديق من دون ترخيص أو بعد سحب الترخيص، أو في حال الجمع والاستغلال غير المشروع للبيانات الشخصية للموقع. إذ قد يتحمل عقوبات مالية محصورة بين مائتي ألف دينار جزائري (200.000 دج) وخمسة ملايين دينار جزائري (5.000.000 دج)، وذلك حسب درجة الخطأ.

رابعاً.– المسؤولية الجزائية:

وفقاً لأحكام المادة 65 من ذات القانون فإن مزود خدمات التصديق الالكتروني يعاقب بالسحب الفوري للترخيص من طرف السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني في حالات انتهاكه للمقتضيات التي يتطلبها الدفاع الوطني والأمن العمومي. وقد تكون تجهيزات هذا المزود محل تدابير تحفظية، وذلك دون الإخلال بالمتابعة الجزائية.

كما أشار القانون رقم 15-04 إلى العديد من العقوبات و الجزاءات التي قد تسلط على مزودي خدمات التصديق في أحكام المواد من 66 إلى 75، ومن بينها الحبس من شهرين إلى سنة واحدة وغرامة مالية من مئتي ألف دينار جزائري (200.000 دج) إلى مليون دينار جزائري (1.000.000دج) أو بإحدى هاتين العقوبتين، إذا أخل مزود الخدمة بالتزام إعلام السلطة الاقتصادية بالتوقف عن نشاطه في الآجال المحددة قانونا. كما يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاثة

سنوات، وبغرامة مالية من عشرين ألف دينار جزائري (20.000 دج) إلى مائتي ألف دينار جزائري (200.000دج) أو بإحدى هاتين العقوبتين، إذا أخل عمدا بالتزام تحديد هوية طالب شهادة تصديق الكتروني موصوفة.

تجدر الإشارة إلى أنه وتكريساً لمسؤولية جهات التصديق الالكتروني، جاءت المادة السادسة من المرسوم التنفيذي رقم 15-315[1188] المؤرخ في 10 من ديسمبر سنة 2015 المتعلق بإصدار ونسخ وثائق الحالة المدنية بطريقة الكترونية مدعماً لذلك بقولها: "*يتحمل الطرف الثالث الموثوق لوزارة الداخلية والجماعات المحلية اتجاه الأشخاص الذين تم التصديق على توقيعهم واتجاه الغير المسؤولية القانونية المرتبطة باستصدار نسخ الوثائق الالكترونية*"[1189].

كان هذا الفصل المعنون بـ "*المسؤولية الالكترونية عن سوء استخدام الانترنيت*"، الذي تضمن أُطر المسائلة القانونية لأشخاص الانترنيت كلٌ حسب موقعه ومساهمته في إحداث الضرر الحاصل؛ إلا أن الحماية الكافية والوافية لمشتملات التجارة الالكترونية لا تتحقق بالمسائلة وحدها فقط، بل لابد من آليات أخرى لا تقل أهمية عن قواعد المسؤولية المدنية، تلكم هي المسائل المرتبطة بقواعد الاختصاص القضائي وشبه القضائي المطبقة على المنازعات الالكترونية ومدى ملائمة آلياتها لحكم العلاقة المنطوية على عنصر أجنبي. ذلك ما سنتطرق إليه في الفصل الموالي الموسوم بـ "*قواعد الاختصاص القضائي وشبه القضائي لتسوية منازعات التجارة الالكترونية*".

[1188] مرسوم تنفيذي رقم 15-315 ممضي في 10 ديسمبر 2015، *يتعلق بإصدار نسخ وثائق الحالة المدنية بطريقة إلكترونية*، الجريدة الرسمية عدد 68 الصادرة في 27 ديسمبر 2015، ص.06.

[1189] يوسف رحمان، الآليات القانونية للمسؤولية المدنية لمزود خدمات التصديق الإلكتروني في القانون المقارن، مجلة الدراسات الحقوقية، مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، الجزائر، المجلد 04، العدد 08، 2017، ص.178-179.

لقد كانت ألمانيا السباقة إلى سن قوانين تخص مسؤولية الوسطاء الفنيين بصدور قانون المعلومات والاتصالات (*TDG*) سنة 1997، الذي كان نقطة البداية للتوجيه الأوربي 31/2000 في تنظيمه لمسئولية الوسطاء الفنيين، عرف المشرع الفرنسي مورد المحتوى المعلوماتي بأنه الشخص الذي يكون نشاطه توفير خدمات الاتصال السمعية والبصرية، وفي نفس السياق ذهب المشرع الجزائري وفق القانون 18-04 المتعلق بالتجارة الالكترونية، ووفقاً للتوجيه الأوربي 31/2000 فإن مورد المعلومات يعتبر المسئول الأول عن المعلومات التي يبثها وتنتفي مسئوليته إذا أثبت أنه لا يعرف مضمون هذه المعلومات غير المشروعة، ولا الوقائع أو الظروف التي نشرت فيها، وأن يوقف بث أو نشر هذه الأخيرة فور علمه بعدم مشروعيتها أو منع الاتصال بها أو الحصول عليها. وفقا للقانون المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي يتمتع كل شخص بحق الرد على أيَّة مادة معلوماتية تنتهك حقوقه. كما تقوم المسئولية العقدية لمورد المعلومات عند مخالفته لأحد بنود عقد التوريد الذي يربطه بمتعهد الدخول إلى الإنترنت أو بأحد بنود عقد الاشتراك الذي يربطه بعملائه، وتقوم مسئوليته التقصيرية في حالة بثه لمعلومات تنتهك حقوق الغير. وحماية لحرمة الحياة الخاصة تشير أغلب التشريعات إلى واجب مقدمي الخدمات التقنية الحصول على البيانات الشخصية التي تعرّف عن الشخص غير المحترف، أما الناشر المحترف فعليه التعريف عن نفسه. كما يعتبر المستخدم صاحب الصفحة على الفيسبوك كمحرر للمحتوى الذي ينشره ومسؤول عن طابعه غير المشروع، ويكون في حكم مستضيف البيانات بالنسبة للتعليقات التي يتلقاها على صفحته، بينما تنتظم المسؤولية العقدية للمستخدم وفق عقد الاشتراك الخاص بالشبكة بينه وبين المهني المعلوماتي. يتمثل الدور الذي يقوم به مزود خدمات الاستضافة على الشبكة في توفير مساحة على القرص الصلب لحاسوبه الخادم لتخزين محتوى الموقع الإلكتروني الإعلامي. لقد سجلت التشريعات مواقف متتابعة في التأسيس لمسؤولية متعهد الإيواء، وعموما كلها اتفقت على إعفائه من المسؤولية عن المحتوى المعلوماتي الضار، ولا تقوم إلا في حالة ثبوت علمه بالمضمون غير المشروع مع تمكنه من التحكم في المعلومات دون إيقافها، كما تقوم مسؤوليته إذا أخل بعقد الاشتراك أو قام بدور المنتج والمورد للمعلومة. بما أن مورد منافذ الدخول ليس منتجاً ولا مورداً للمعلومة أو الخدمة، فإنه لا يكون مسؤولاً عن مضمونها، كما لا يتوجب عليه الإطلاع على مضمون المعلومات، لأن دوره ينحصر في تأمين نقل المعلومة والربط بين الوحدات المختلفة، يمكن أن تثور مسؤوليته العقدية في حالة إخلاله بالتزامه كناقل، وتقوم مسؤوليته التقصيرية في حال علمه بالطابع غير المشروع للمعلومات، أو تعدى على حقوق الغير. إن عملية النسخ المؤقَّت لا تُشكِّل انتهاكاً لحق المؤلِّف والحقوق المجاورة شريطة انحصارها في نطاق محدود ودون تغيير. مؤدي خدمات التصديق الالكتروني هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكترونية موصوفة، وتقوم مسؤوليته العقدية في حالة إخلاله بأحد الالتزامات الملقاة على عاتقه كإصداره لشهادة غير دقيقة أو غير مطابقة، وتقوم مسؤوليته التقصيرية في حالة إخلاله بواجب تعليق الشهادة أو إلغائها، يكاد يجمع اغلب الفقه واغلب قوانين التجارة الالكترونية على أن التزام جهة التصديق هو التزام ببذل عناية، حيث لا يتردد الفقه في وصف العقد بأنه عقد مقاولة. وفقا للقانون 15-04 فإن مزود خدمات التصديق مسؤول مسؤولية تامة عن الشهادة التي يقدمها، وعليه احترام القوانين الناظمة لخدمة التصديق الالكتروني، وإلا يتحمل المسؤولية المدنية والإدارية والجزائية.

الفصل الثاني

الاختصاص القضائي والاختصاص شبه القضائي بنظر منازعات التجارة الالكترونية

لقد بدت قواعد الاختصاص القضائي وعلى غرار قواعد منهج التنازع ضامرة أمام العلاقات القانونية الناشئة عبر وسائل الاتصال الحديثة، وبشكل دقيق الشبكة العالمية للمعلومات (الانترنيت)، ويعود ضمورها إلى أسباب تتعلق بطبيعة شبكة الانترنيت وأثر استخدامها. أما عن طبيعتها فهي شبكة اتصال عابرة للدول، تجعل مستخدميها كأنهم في ظل خيمة واحدة، وهي بذلك وسيلة تتيح إمكانية إنشاء علاقات وتنفيذها بشكل الكتروني، وإما عن أثر استخدامها فيظهر من خلال مجهولية المستخدمين وصعوبة تركيزهم المكاني، وشمول نطاق الضرر على الانترنيت كله لفعل ضار واحد. فضلا عن آلية الاتصال الميسرة التي تسمح للأفراد أن يتصلوا ببعضهم البعض في أي مكان باستخدام المواقع الشبكية (*Web.Sites*) أو البريد الالكتروني (*E-mail*)، وهذه مسألة تجعل الوصف القانوني والدولي للعلاقة على المحك وتهيئ لصعوبة تركيز ضوابط الاختصاص[1190]. لذلك يثار التساؤل حول مدى نجاعة الجهات المختصة بالفصل في منازعات التجارة الإلكترونية، وهذه الجهات هي إما المحاكم الوطنية وإما مراكز التحكيم والوساطة التي نقلت عملها من العالم المادي إلى العالم الإلكتروني، وأصبحت تعمل هي الأخرى عبر شبكة الانترنت تحت مسمى "*الحسم الفوري أو التسوية الالكترونية للنزاع*". حيث ظهرت فكرة الاستعانة بالطرق الإلكترونية لحل النزاع، على أساس أن التعامل الذي يجري عبر الوسائل الإلكترونية يستلزم حل نزاعاته عبر قنوات مشابهة لتلك التي أبرم من خلالها العقد[1191].

و إذا كان الاختصاص القضائي بنظر منازعات التجارة التقليدية لا يثير أي إشكال فيما يتعلق بالمحكمة المختصة بالنظر في النزاع، لأنه وفقا للمعايير التقليدية للاختصاص القضائي جميع مكونات العقد تكون مرتبطة ارتباطا قويا بهذه الدولة، سواء من حيث الجنسية أو مكان الإبرام أو التنفيذ. غير أن الإشكال يثار إذا تعلق الأمر بمنازعات التجارة الالكترونية حول المحكمة المختصة بالنظر في مثل هذه النزاعات، خصوصا وأن هذه النزاعات تدور حول عقد إلكتروني له من الخصوصيات التي ينفرد بها، والتي تميزه عن باقي العقود الأخرى، وذلك بسبب الطابع التقني الذي يتميز به هذا الأخير.

[1190] نافع بحر السلطان، *الاختصاص القضائي الالكتروني للمحاكم العراقية*، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، السنة 1، عدد 1، ص.201.

[1191] صالح جاد المنزلاوي، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية*، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص.160.

من خلال استقراء الأنظمة القانونية في مختلف دول العالم، نجد عدم كفاية القواعد القانونية فيها لحل المنازعات التي تطرحها المنازعات الالكترونية، أي أنها لا توفر حلول كاملة وكافية، فهي تكتفي بالحلول الجزئية فقط، وان القسم الغالب من هذه التشريعات لم تعالج بشكل مباشر حل مشكلة تنازع الاختصاص. *لهذا يثور التساؤل حول نجاعة قواعد الاختصاص القضائي وشبه القضائي في تسوية النزاع*؟

وللإحاطة بمختلف جوانب هذا الموضوع، سنتطرق بداية إلى دراسة الاختصاص القضائي بنظر منازعات التجارة الالكترونية (**المبحث الأول**). ثم سنتناول اختصاص جهات التسوية الالكترونية بنظر منازعات التجارة الإلكترونية (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول

الاختصاص القضائي الدولي بنظر منازعات التجارة الالكترونية

تنفرد كل دولة بوضع مجموعة من القواعد التي تحدد اختصاص محاكمها بنظر الخصومات، ولا يقيد سلطتها هذه إلا الالتزام باتفاقية دولية تنظم الاختصاص القضائي لإطرافها، وكذا مبدأ المساواة في السيادة بين الدول جميعها الذي أقرته المادة الثانية الفقرة الأولى[1192] من ميثاق الأمم المتحدة.

وقد درجت الدول – بتأثير زيادة تعاملات الأفراد عبر الحدود واحترام حقوق الإنسان وبشكل خاص الحق في التقاضي– على سن نوعين من قواعد الاختصاص، يسمى النوع الأول بقواعد الاختصاص القضائي الدولي التي تحدد ولاية المحاكم الوطنية بنظر المنازعات الناشئة عن العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، وعادة ما يجري النص عليها في القوانين الإجرائية أو في القوانين الموضوعية كالقانون المدني. أما النوع الثاني فيسمى بقواعد الاختصاص الداخلي التي تحدد اختصاص كل محكمة داخل الدولة وموقعها في القوانين الإجرائية[1193].

وعليه، يعرف الاختصاص القضائي الدولي بصفة عامة بأنه تحديد المحكمة المختصة بالبث في النزاع، وذلك بمقتضى القواعد القانونية التي تحكمه. والاختصاص كما هو معروف يكون إما نوعيا أو مكانيا، كما

[1192] المادة 2-1: "*تعمل الهيئة وأعضاؤها في سعيها وراء المقاصد المذكورة في المادة الأولى وفقاً للمبادئ الآتية: تقوم الهيئة على مبدأ المساواة في السيادة بين جميع أعضائها*". مقتبس من، ميثاق هيئة الأمم المتحدة، الفصل الأول، في مقاصد الهيئة ومبادئها، متاح على الرابط التالي: https://www.un.org/ar/sections/un-charter/chapter-i/index.html

[1193] نافع بحر السلطان، المرجع السابق، ص.200.

يمكن أن ينقسم الاختصاص إلى اختصاص دولي أو داخلي، وذلك بحسب ما إذا كان أحد أطراف النزاع عنصرا أجنبيا أم لا. ويقصد بقواعد الاختصاص القضائي الدولي هي القواعد التي تحدد نصيب محاكم الدولة من ولاية القضاء إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى. أما تنازع الاختصاص القضائي هو أن يدفع المدعى عليه بعدم الاختصاص أمام المحكمة المعروض عليها النزاع. وبذلك، يتم إلزامها بالبحث فيما إذا كانت مختصة من أجل تجنب ضياع الوقت، وذلك بأن تصدر أحكاما وهي ليست أصلا مختصة بالنظر في النزاع.

إن أسباب ظهور الخلافات والنزاعات بين الأطراف في عقود التجارة الالكترونية في الغالب ترجع إلى الغياب المادي للمتعاقدين لحظة إبرام العقد، ففي غالب الأحيان يكون الأطراف متواجدين في دول مختلفة، ويقومون بتنفيذ التزاماتهم الكترونيا عبر حدود تلك الدول[1194]. ونظرا لأن هذه العلاقات التي تنشأ بين أطراف متباعدة جغرافيا، وكذا استعمالهم لوسيلة مفتوحة على العالم؛ جعل هذه العلاقات مجالا خصبا لتنازع الاختصاص القضائي للنظر في منازعاتها[1195]. وبالنتيجة، صعوبة تحديد الجهة القضائية للفصل في النزاع القائم بينهما. فالأطراف في هذا المقام يتعين عليهم البحث الجهة القضائية المختصة للنظر في الخلاف الناتج عن العقد من بين محاكم الدول التي لها علاقة بالعقد، مما يطرح مسألة تنازع الاختصاص القضائي، وتحديد الجهة القضائية المختصة[1196]. ومما زاد الطين بلة، كثرة وتنوع التعامل على شبكات الاتصال الالكترونية، والتوسع في إنجاز معاملات التجارة الالكترونية سواء في ما يتعلق بإبرام عقودها أو تنفيذها، وذلك عبر قنوات اتصال إلكترونية يفرض اختراقها الحواجز الإقليمية بين الدول. الأمر الذي يجعلها مجالا خصبا لتنازع الاختصاص القضائي بخصوص النزاعات الناشئة في هذا الإطار.

إن الإشكال الذي المتعلق بالاختصاص القضائي يدور أساسا حول معرفة المحكمة أو الدولة التي تختص محاكمها في البث في النزاع من أجل إيجاد حل له، وبمعنى أوضح المعايير التي يمكن أن تساعد على تحديد المحكمة المختصة من جهة، ومن جهة أخرى، تلك الحلول التي حاولت الدول إيجادها لفض هذا الإشكال. وعموما هذه المعايير لا تخرج عن جملة الضوابط التي يستعين بها القاضي في الحكم باختصاص أو عدم اختصاص المحكمة المطروح عليها النزاع. ومسألة الضوابط تطرح إشكالية مدى قدرتها على استيعاب خصوصية النزاع الالكتروني في العلاقة الدولية الخاصة. فكما سبق القول للنزاع الالكتروني خصوصية عدم

[1194] اناس الخالدي، *التحكيم الالكتروني*، ط.1، دار النهضة العربية، مصر، 2009، ص.69-70.

[1195] أحمد شرف الدين، *جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية*، النسر الذهبي للطباعة، مصر، 2003، ص.5.

[1196] محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية*، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004، ص.157.

التركيز المكاني للأطرف والضوابط تحمل صفة التركيز الجغرافي، *فالسؤال المطروح هل وُفّقت هذه الضوابط في تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع الالكتروني؟*

لمعالجة مختلف جوانب هذا الإشكال، سنتطرق إلى ضوابط الاختصاص القضائي الدولي ودورها في تحديد المحكمة المختصة (**المطلب الأول**). ثم مدى ملائمة قواعد الاختصاص القضائي الدولي للتطبيق على منازعات التجارة الالكترونية (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

ضوابط الاختصاص القضائي الدولي ودورها في تحديد المحكمة المختصة

تتطلب غالبية الأنظمة القانونية لاختصاص محاكمها بالنزاع المعروض عليها؛ وجود علاقة أو صلة تربط بين العقد المعروض على محاكمها وبين هذه الدولة، كأن يجري إبرام العقد أو تنفيذه على إقليمها، أو أن يكون أحد أطراف العقد مقيم على إقليم هذه الدولة أو يحمل جنسيتها وغير ذلك من الروابط. وكل ذلك معلق على عدم وجود شرط خاص في العقد يحدد المحكمة المختصة بنظر النزاع.

وبذلك، يتم تحديد المحكمة المختصة بنظر نزاع ما إما باللجوء إما إلى ضوابط شخصية أو ضوابط موضوعية، فالضوابط الشخصية يكون فيها الشخص هو مركز الثقل في تحديد الضابط كالجنسية أو إرادة الأطراف أو موطن المدعى عليه. أما الضوابط الموضوعية أما المعيار الثاني فهو إقليمي إذ يمكن عن طريقه ينعقد للمحكمة اختصاص النظر الدعوى، إذا كان أحد عناصر المنازعة يرتبط ارتباطا إقليميا بالدولة التي تتبعها المحكمة، كموطن أو إقامة الأطراف أو أحدهم أو موقع المال أو نشوء الالتزام أو مكان تنفيذه أو مكان وقوع الفعل الضار. والملاحظ على كل هذه الضوابط سواء الشخصية أو الإقليمية هو تركيزها المكاني لتحديد الجهة القضائية المختصة، وهذا ما يخالف طبيعة النزاع الالكتروني المتميز بعدم التوطين أو عدم التركيز الجغرافي.

وعليه، ينجر عن تطبيق الأساس الإقليمي للاختصاص القضائي القائم على روابط مكانية إثارة التساؤل عن كيفية تطبيق هذا المعيار – الموصوف بالتقليدي- وضوابطه على المنازعات المترتبة عن العقود التجارية المبرمة بالطرق الإلكترونية، والتي لا تسمح طبيعة القنوات التي يجري من خلالها المعاملة بتركيزها في حدود جغرافية معينةإلا على سبيل الافتراض، أي اعتبار مكان معين من أماكن عديدة هو المكان الذي ترتبط به المعاملة، أو العلاقة ارتباطا ماديا[1197] . والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن هو: كيف يتحدد هذا المكان في

[1197] فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، *الحماية القانونية لعقود التجارة الالكترونية*، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص.719.

حالة التعامل من خلال موقع تم إنشاؤه على شبكة الإنترنت؟ من الواضح أن إنشاء موقع في الفضاء الإلكتروني يمكن النفاذ إليه من أي دولة في العالم؛ قد يبرر اختصاص محاكم العديد من الدول بنظر منازعات المعاملات التي جرى إنجازها من خلال هذا الموقع. وهو ما يتطلب وفقا للمعايير التقليدية للارتباط المادي تحديد مكان إبرام التعامل أو تنفيذه، أو موطن أطرافه في المواد العقدية، وتحديد مكان العمل غير المشروع، أو حدوث ضرر في المواد الغير عقدية. وهذه مسائل يكتنفها الكثير من الغموض والصعوبات. ومن ثمة كانت محلا للخلاف أيضا بالنسبة لتحديد الاختصاص التشريعي[1198].

وللإحاطة بمختلف جوانب هذا الموضوع سنتكلم عن الضوابط الشخصية ودورها تسوية منازعات التجارة الالكترونية (**الفرع الأول**). ثم سنعرج إلى الضوابط الموضوعية ودورها في تسوية منازعات التجارة الالكترونية (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول

الضوابط الشخصية ودورها في تسوية منازعات التجارة الالكترونية

سنتطرق إلى ضابط الموطن أو مقر إقامة المدعى عليه ثم ضابط الإرادة أو الخضوع الاختياري أي الاتفاق الرضائي على عقد الاختصاص لمحكمة معينة، وأخيرا ضابط الجنسية ودوره في تحديد المحكمة المختصة.

أولاً.– ضابط موطن أو مقر إقامة المدعى عليه:

يرى البعض انه إذا أبرم عقد دولي عبر شبكة الإنترنت سواء تعلق الأمر بسلعة أو خدمة، فالظاهر أنه ليس هناك ما يدعو للخروج عن القاعدة العامة في الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم حيث يمكن رفع الدعوى أمام محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه، عملا بما هو مستقر عليه من أن الأصل براءة ذمة المدعى عليه حتى يثبت عكس ذلك. بل على المدعي أن يسعى إلى المدعى عليه في محكمته عملا بقاعدة "*الدين مطلوب وليس محمول*"، لذلك على المدعي أن يطالب بدينه في موطن المدعى عليه[1199]. كل ذلك مراعاة لاعتبارات العدالة وحاجة المعاملات الدولية التي تهدف إلى حماية المدعى عليه، وهو ما أشارت إليه

[1198] أحمد شرف الدين، *جهات الاختصاص القضائي...*، المرجع السابق، ص.11.

[1199] عباس لعبودي، *التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني*، ط.1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص.183.

اتفاقية بروكسل (*Bruxelles*) لسنة 1968[1200] بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المواد المدنية والتجارية بين دول الاتحاد الأوروبي[1201].

وقد أخذت بهذا المبدأ العديد من التشريعات، ومن ذلك التشريع الجزائري. فقد ورد بالمادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1202] بأنه: "*يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وان لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي قع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك*". ونص على هذا المبدأ كذلك قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968[1203] وذلك بإسناد الاختصاص لمحاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار في الخارج[1204].

وتقرير هذا المبدأ له ما يبرره على مستوى العلاقات الدولية، وهي أنه لكي يكون الحكم ساريا على المدعى عليه وملزما له، يجب أن يصدر من محاكم دولة لها الولاية عليه؛ وإلا كان تنفيذه غير ممكن، ومن أسباب هذه الولاية كون الشخص من رعايا الدولة أو مستوطنا فيها أو على الأقل مقيما أو موجودا بأرضها أو خضع باختياره لقضائها[1205]. ويستوي في موطن المدعى عليه كضابط للاختصاص القضائي الدولي أن يكون موطنا للشخص الطبيعي أو الشخص الاعتباري، ولذلك حدد المشرع الجزائري في المادة 50 من القانون المدني موطن الشخص الاعتباري على انه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، كما يأخذ حكم الموطن كذلك إذا كان جزء من نشاطه يمارس في الجزائر عن طريق فرع له، حتى ولو كان مركز إدارته الرئيسي موجود في الخارج[1206].

[1200] *Convention de Bruxelles de 1968 Concernant la Compétence Judiciaire et L'exécution des Décisions en Matière Civile et Commerciale* Version Consolidée CF 498Y0126(01), Journal Officiel N° L 299 du 31/12/1972 p. 0032 – 0042.

[1201] أشار إليه، عبد الفاضل كامل، *التعاقد بالبيع الالكتروني وضوابط الاختصاص التقليدية*، مجلة المقال، 2011، عدد 3-4، ص.134.

[1202] المادة 37 من *قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09* المؤرخ في 25 من فيفري سنة 2008 *المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية*، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 23 من أفريل سنة 2008، عدد 12.

[1203] قانون رقم 13 لسنة 1968 *قانون المرافعات المدنية والتجارية*، الصادر بتاريخ 09 صفر سنة 1388، الموافق لـ 07 من ماي سنة 1968.

[1204] للمزيد من التفصيل، راجع احمد عبد الكريم سلامة، *القانون الدولي الخاص النوعي: القانون الالكتروني، السياحي، البيئي*، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص.70.

[1205] ضياء علي أحمد نعمان، *المسؤولية المدنية الناتجة عن الوفاء الإلكتروني بالبطائق البنكية: دراسة مقارنة*، الجزء الثاني، ط.1، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2010، ص.374.

[1206] أنظر، المادة 15-10 من القانون المدني الجزائري.

ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ، قضية " *CD.solutions* "، حيث رفضت المحكمة المحلية لولاية تكساس (*Texas*) في حكمها الصادر في 17 من سبتمبر سنة 1997[1207] أن تمارس الاختصاص الشخصي على المدعى عليه "*CD.solutions*" رغم أصوله التكساسية، وحولت القضية إلى محكمة منطقة أوريغون (*Oregon*) حيث يقيم المدعى عليه، باعتبار أن هذا الأخير لا يقيم في ولاية تكساس على الرغم من أن أصله من ولاية تكساس. وهنا تبرز أولوية قاعدة الاختصاص الإقليمي على مبدأ شخصية القوانين.

وكذلك قضية الشركة الأمريكية " *AOL* " [1208]، حيث وجدت محكمة كولومبية أن هذا الفعل من قبل المدعى عليها سونس (*Sonus*) لم يكن كافيا لإخضاعه للحكم الشخصي لمحكمة منطقة كولومبيا. والسبب الحقيقي في ذلك يرجع لكون سونس (*Sonus*) غير مقيمة في النطاق الإقليمي لمحكمة كولومبيا[1209].

بقي أن نشير إلى أن هذا الضابط تعرض لمجموعة من الانتقادات فيما يخص تطبيقه على منازعات التجارة الالكترونية، نظرا لصعوبة بل استحالة تحديد موطن أو محل إقامة المدعى عليه في حالة ما إذا كان موقعه منشأ على شبكة الانترنيت[1210]، وهو ما سنراه لاحقا.

ثانياً.– ضابط الاتفاق ألرضائي على عقد الاختصاص لمحكمة معينة:

في حقيقة الأمر، يعد هذا المبدأ إعلاء لمبدأ سلطان الإرادة، إذ فيه تتجلى مُكنة الخروج عن القاعدة العامة في الاختصاص الإقليمي (قاعدة موطن المدعى عليه)، وذلك باتفاق الخصوم على تقرير الاختصاص لمحكمة أخرى خلاف المحكمة التي يقع في دائرتها موطن أو محل إقامة المدعى عليه. وهو ما يعرف بشرط الاختصاص القضائي، أو ما يصطلح عليه بمبدأ الخضوع الإرادي في النزاعات ذات الطابع الدولي. فمن باب التيسير على المدعى حتى يتمكن من الحصول على حقوقه والمحافظة على مركزه القانوني فإنه يمكن الخروج عن

[1207] *CD Solutions, US District Court for the Northern District of Texas, Inc. v. Tooker*, 965 F. Supp. 17 (N.D. Tex. 1997). Adapted by, *CD Solutions, US District Court for the Northern District of Texas, Inc. v. Tooker*, Citation Date: 25/12/2019, Available at: https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/965/17/2138729/

[1208] America Online (AOL): *America Online is the name of a popular online service. It is often abbreviated as* AOL. *The company was founded in 1985 and is considered an early Internet pioneer*, providing many Internet services in the 1990's including dial-up Internet access, email and instant messaging. AOL was purchased in 2015 by Verizon. It is now a mass media corporation.; for more information: https://en.wikipedia.org/wiki/AOL; (citation date: (11/11/2019)

[1209] *Mallinckrodt Medical, Inc. v. Sonus Pharmaceuticals, Inc*., 989 F. Supp. 265 (D.D.C. January 5th, 1998), District Court, District of Columbia, Civil Action No. 97-1732(PLF).Adapted by, Mallinckrodt Medical, Inc. v. Sonus Pharmaceuticals, Inc, Available at: https://www.courtlistener.com/opinion/1528500/mallinckrodt-medical-inc-v-sonus-pharmaceuticals-inc/

[1210] عبد الفتاح الزيتوني، *تنازع الاختصاص في العقد الالكتروني: دراسة مقارنة*، ط.1، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2010، ص.242.

تلك القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي الدولي وذلك بإسناد الأطراف الاختصاص لمحكمة من اختيارهم، وهو ما يسمى كذلك بـ "*شرط المحكمة المختصة*".

ومسألة الخضوع الاختياري أو الإرادي لاختصاص دولة معينة مستقر عليه كمبدأ في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، ومن ذلك، اتفاقية بروكسل لسنة 1968 بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المواد المدنية والتجارية بين دول الاتحاد الأوروبي سالفة الذكر، واتفاقية لوجانو(*Lugano*) لعام 1988[1211] التي تبنت إمكانية الأطراف على تحديد المحكمة المختصة، وتأكد هذا في المادة 23[1212] من لائحة الاتحاد الأوروبي رقم 2001/144 الصادرة عن المجلس في 22 من ديسمبر سنة 2000 المتعلقة بالاختصاص القضائي والاعتراف بالأحكام في المجالين المدني والتجاري[1213].

كما نص التشريع الجزائري على هذا المبدأ ضمن المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية سالف الذكر، التي أجازت للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا. وهذا ما يؤكد على أن قواعد الاختصاص القضائي الإقليمي ليست من النظام العام نظرا إلى إمكانية الاتفاق على مخالفتها[1214]. في الواقع إن طبيعة هذا الضابط عامة تقتضي شموليته لكل أنواع الدعاوى في مجال المعاملات الالكترونية وغيرها وبصرف النظر عن جنسية الخصوم.

و يشترط لصحة اتفاق المتعاقدين على تحديد المحكمة المختصة بالنظر في النزاع توفر على عدة شروط، وهي: ألا يكون الاتفاق منطويا على غش، وأن تكون هناك مصلحة مشروعة لجعل الاختصاص لمحكمة معينة بالذات، وضرورة توافر رابطة جدية بين النزاع والمحكمة التي اتفق على تقدير الاختصاص لها. كما أن اختيار المحكمة المختصة من طرف الأطراف يمكن أن يكون صريحا، كأن يدرج هذا الشرط في صلب العقد

[1211] *Convention Concernant la Compétence Judiciaire et L'exécution des Décisions en Matières Civile et Commerciale*, Faite à Lugano le 16 Septembre 1988, 88/592/CEE, Journal Officiel N° L 319 du 25/11/1988 p.0009 – 0048.
Convention Conclue à Lugano le 16 Septembre 1988 Entre les États de la Communauté Européenne et Ceux de l'AELE, la Convention de Lugano, dite "*Convention Parallèle*", Édicte des Règles Identiques à Celles de la Convention de Bruxelles de 1968. Elle est entrée en Vigueur depuis le 1er Janvier 1992.

[1212] Article 23 : *« Si les parties, dont l'une au moins à son domicile sur le territoire d'un État membre, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État membre sont compétents. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties…* ». Règlement (CE) N° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 *concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Journal officiel N° L 012 du 16/01/2001 p. 0001 – 0023.

[1213] أشار إليه، أبو هشيمه محمود حوته، *عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص*، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004، ص.333.

[1214] للمزيد من التفصيل، راجع القرار رقم 49-898 مؤرخ في 03 من جوان سنة 1978، المجلة القضائية الجزائرية، سنة 1990، عدد 3، ص.36.

أو في وثيقة مستقلة على جعل الاختصاص لمحكمة معينة يتم اللجوء إليها عند حدوث أي نزاع يتعلق بأي مرحلة من مراحل التعاقد[1215]، أو يتم الاتفاق صراحة بعد حدوث النزاع. كما يمكن أن يكون ضمنيا وذلك كأن يرفع المدعى دعواه أمام محكمة دولة معينة، ويحضر المدعى عليه ويقدم دفوعه في الموضوع دون الدفع بعدم الاختصاص[1216].

كما يعتد بالاتفاق المكتوب الذي يتم من خلاله تعيين المحكمة المختصة وذلك بإدراج بند في العقد يولي الاختصاص لمحاكم دولة معينة أو بإدراج بند تحكيمي. ففي هذه الحالة يخرج النزاع بصفة كلية من ولاية القضاء. وهو ما ذهبت إليه اتفاقية بروكسل سالفة الذكر ضمن المادة 17[1217]. كما قام مجلس الاتحاد الأوروبي بإدخال تعديلا على المادة 17 من معاهدة بروكسل لتتلائم مع طبيعة العقد الالكتروني، إذ اعتبر في حكم الكتابة كل ما يتداول بالطريقة الالكترونية ويمكن الاحتفاظ به بصورة دائمة. وتطبيقا لذلك، يمكن اعتبار شروط اختيار الاختصاص القضائي صحيحا؛ إذا جرى تأكيده بموجب رسالة الكترونية شرط أن تحفظ هذه الرسالة في ذاكرة جهاز المتعاقد على نحو يسمح بالإطلاع عليها فيما بعد[1218].

ثالثاً.– ضابط جنسية المدعى عليه في منازعات التجارة الالكترونية:

يعد ضابط الجنسية من الضوابط الشخصية التي تعتمد على المركز القانوني للمدعى عليه[1219]، فبموجبه ينعقد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة التي ينتمي إليها المدعى عليه بجنسيته. لذلك يعده الكثير من الفقهاء ضابطا قانونيا شخصيا عاما، إذ لا يقتصر على نوع معين من المنازعات دون غيرها[1220]. ويقصد بهذا الضابط: "أن توافر الجنسية الوطنية للمدعى عليه يعتبر عنصرا كافيا في ذاته لانعقاد الاختصاص لمحكمة

[1215] أحمد عبد الكريم سلامة، *القانون الدولي الخاص النوعي*، المرجع السابق، ص.70.

[1216] إلياس ناصيف، *العقود الدولية: العقد الالكتروني في القانون المقارن*، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص.315.

[1217] Article 17 : « *Si, par une convention écrite ou par une convention verbale confirmée par écrit, les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État contractant ont désigné un tribunal ou les tribunaux d'un État contractant pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État sont seuls compétents…* ». *Convention de Bruxelles de 1968*, Op.cit.

[1218] أشار إليه، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص.315.

[1219] *لهذا الضابط عدة اعتبارات، وهي كما يلي*: **1.–** الاعتبار السياسي: مفاده أن الشخص يجب أن يختصم أمام محاكمه لان تقرير ذلك مظهر من مظاهر السيادة للدولة على مواطنيها. **2.–** الاعتبار الواقعي: يعني أن منح الاختصاص على أساس جنسية المدعى عليه يحقق مصلحة هذا الأخير. **3.–** الاعتبار القانوني: مفاده أن الحكم الذي سيصدر عن هذه المحاكم سيكون من السهل تنفيذه عل المدعي عليه ما دام صادرا عن محاكم دولته. مقتبس من، مصطفى موسى العجارمة، *التنظيم القانوني للتعاقد عبر الانترنت*، ط.1، دار النشر الكتب القانونية، مصر، ص.134.

[1220] حفيظة السيد حداد، *النظرية العامة في الاختصاص القضائي الخاص*، ط.01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص.54.

الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، دون حاجة لاشتراط توافر عنصر أو رابطة أخرى بين النزاع وتلك الدولة التي يحمل جنسيتها المدعى عليه"[1221].

ولقد نصت العديد من المواثيق والمعاهدات الدولية المتعلقة بالاختصاص القضائي على قاعدة جنسية المدعى عليه كاتفاقية بروكسل لسنة 1968 سالفة الذكر وكذا اتفاقية لوجانو المبرمة بين دول الجماعة الأوروبية سنة 1988. كذلك ورد هذا الضابط في المادتين 14[1222] و15[1223] من القانون المدني الفرنسي، فحسب هاتين المادتين الاختصاص الدولي يثبت للمحاكم الفرنسية كلما كان أحد الخصوم في الدعوى يحمل الجنسية الفرنسية، سواء اتخذ صفة المدعى أو صفة المدعى عليه ولو كان في بلد أجنبي.

ومن جهته، أشار كذلك التشريع الجزائري إلى ضابط جنسية المدعى عليه ضمن المادة العاشرة الفقرة الأولى من القانون المدني فيما يتعلق بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم، وكذلك ضمن المادة 18 الفقرة الثانية فيما يخص الالتزامات التعاقدية. وكذلك ورد هذا الضابط بالمادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث ورد بالمادة 41 على انه: "*يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي، حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري.*

كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين". بينما أشارت المادة 42 من نفس القانون على انه: "*يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي، حتى ولو كان مع أجنبي*".

من استقراء مضمون المادتين سالفتا الذكر، يتبين حصر المشرع الجزائري لنطاق تطبيق ضابط الجنسية على نوع واحد فقط من الدعاوى، وهي تلك الدعاوى المتعلقة بالالتزامات التعاقدية دون غيرها. وهذا خلافا

[1221] أسامة أبو الحسن مجاهد، *خصوصية التعاقد عبر الإنترنت*، ط.1، دار النهضة العربية، 2000، ص.39.

[1222] Article 14: « *L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français* ». Modifié par Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 - art. 1 JORF 30 juillet 1994, Op.cit.

[1223] Article 15: « *Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger* ». Modifié par Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 - art. 1 JORF 30 juillet 1994, Op.cit.

لما ذهب إليه المشرع الفرنسي ضمن المادتين 14 و15 من القانون المدني، المقابلتين للمادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري. إذ طبقهما على جميع الالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية[1224].

والجدير بالذكر، أن هذا الضباط يثير إشكال يتعلق بالشخص مزدوج الجنسية وكذلك عديم الجنسية، فالنسبة لازدواج الجنسية أي الشخص له أكثر من جنسية في آن واحد يثار التساؤل التالي: *أي محكمة ستكون المختصة من بين جملة المحاكم المرتبطة بجنسية هذا الأخير*؟ رغم كثرة الاقتراحات في هذا الصدد حول هذه الإشكالية؛ فإن ما استقر عليه الفقه والقضاء من انه يمكن فض هذا التنازع الايجابي للجنسيات بالتعرف عل أي من هذه الجنسيات جنسية فعلية أو واقعية. أما فيما يخص منعدم الجنسية فالقاضي يجب عليه أن يعتمد عل معيار آخر أو الأخذ بفكرة الجنسية الفعلية لأن توطن شخص في دولة معينة يعني أن مصالحه ترتكز بها وأن له رابطة قوية بها[1225].

كما أن هذا الضابط محل انتقاد فقهي، إذ هناك جانب من الفقه يرى بأن ضابط الجنسية يتنافى مع مبدأ قوة النفاذ الذي يعد الأساس الجوهري لقواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية. كما عيب عليه كونه عمليا قليل الجدوى في تحديد المحكمة المختصة. لهذا فهو يحتاج إلى رابطة مادية تربط احد إطراف الدعوى بالإقليم الوطني، كأن تكون له فيه أموال حتى تملك المحكمة الوطنية سلطة فعلية عليه[1226]. بينما يرى جانب آخر من الفقه، بأن انعقاد الاختصاص القضائي الدولي استنادا إلى ضابط الجنسية هو في جوهره امتياز مقرر لصالح حاملي تلك الجنسية[1227].

الفرع الثاني

الضوابط الموضوعية ودورها في تحديد الاختصاص القضائي الدولي

إذا انعدمت ضوابط الاختصاص الشخصية القائمة على موطن أو محل إقامة المدعى عليه، أو جنسيته أو الخضوع الاختياري وقبول الاختصاص، فلا مناص في هذه الحالة من الرجوع إلى ضوابط اختصاص نوعية ذات طابع موضوعي لارتباطها بالعقد موضوع النزاع، ألا وهو ضابط محل إبرام العقد وضابط تنفيذه.

[1224] في هذا المعنى، راجع محند إسعاد، *القانون الدولي الخاص: قواعد التنازع*، ج.1؛ ترجمة: فائز انجق، ط.1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

[1225] عبد الفتاح بيومي حجازي، *التوقيع الالكتروني في النظم القانونية المقارنة*، ط.1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص.419.

[1226] أشار إليه، هشام علي صادق، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية*، ج.2، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، ص.69.

[1227] أشار إليه، أعراب بلقاسم، *القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين*، دار هومة، الجزائر، 2000، ص.32.

أولاً.– ضابط مكان إبرام أو تنفيذ العقد الالكتروني:

نتطرق أولا إلى ضابط مكان إبرام العقد، ثم ضابط مكان تنفيذه.

1.– ضابط مكان إبرام العقد الالكتروني:

عموما، يقصد بهذا المبدأ اختصاص محكمة المكان الذي نشأ فيه الالتزام، ويطبق هذا الاختصاص في اغلب الأحيان على الأطراف الأجنبية التي ليس لها موطن أو محل إقامة في البلد الذي تم فيه إبرام العقد محل النزاع، أو الدعوى التي تتعلق بمال موجود على إقليم تلك الدولة أو كانت متعلقة بالتزام نشأ فيها[1228].

ولقد تبنت هذا الضابط العديد من التشريعات والقوانين، حيث ورد بالمادة الخامسة الفقرة الأولى[1229] من اتفاقية بروكسل لسنة 1968، وكذا المادة 15 الفقرة الرابعة[1230] من قانون الأونسيترال النموذجي للأمم المتحدة الصادر سنة 1996[1231]، وكذلك تضمنه قواعد غرفة التجارة الدولية بشأن التعاقد الالكتروني لسنة 2004[1232]، ومن التشريعات الوطنية ورد بالمادة 18 الفقرة الثالثة[1233] من القانون المدني الجزائري، وكذلك المادة 30 الفقرة الثانية من قانون المرافعات المصري سالف الذكر[1234]، وقانون الإجراءات المدنية الإماراتي لسنة 1992[1235] في المادة 29 منه[1236].

[1228] أحمد شرف الدين، *الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها في العقود والاتفاقات في التجارة الالكترونية*، أوراق ندوه عقود التجارة الالكترونية ومنازعاتها، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2007، ص.169-170.

[1229] Article 5-1: «*en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée*». Convention de Bruxelles de 1968,Op.cit.

[1230] المادة 15-4: "*ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه*". قانون الأونسيترال النموذجي للأمم المتحدة لسنة 1996، المرجع السابق.

[1231] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص.32.

[1232] أشار إليه، عمر بن يونس، *قواعد غرفة التجارة الدولية بشأن التعاقد الالكتروني لسنة 2004، المؤتمر الدولي الأول لقانون الانترنيت Cyber Law*، مصر، 2005، ص.4.

[1233] المادة 18 (معدلة): "...وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد". القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[1234] المادة 30-2: "*تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية ...إذا كانت الدعوى متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجب تنفيذه بالجمهورية*". القانون رقم 13 لسنة 1968 المتضمن قانون *المرافعات المدنية والتجارية*، المرجع السابق،

[1235] القانون رقم 11 لسنة 1992 بشأن إصدار قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية العدد 235 مكرر، السنة الثانية والعشرين، بتاريخ 08 من مارس سنة 1992، يعمل به من تاريخ 08 من جوان سنة 1992.

[1236] المادة 29: "*تختص المحاكم بنظر الدعوى على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الدولة. إذا كانت الدعوى متعلقة بالتزام أبرام أو نفذ أو كان مشروط تنفيذه أو أيراد توثيقه فيها*". القانون رقم 11 لسنة 1992 بشأن إصدار قانون الإجراءات المدنية، المرجع السابق.

ولما كانت العقود الدولية المبرمة عبر الإنترنت تعتبر ما بين حاضرين في الزمان، وما بين غائبين في المكان؛ فإن العبرة تكون بالمكان الذي علم فيه الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. وفي العقود الالكترونية، يعتبر الموجب موجودا دائما في بلد الطرف الآخر. حيث أن عرضه للسلعة أو الخدمة يكون دائما وبصفة مستمرة، الأمر الذي يجعل إيجابه هذا صالحا لأن يقترن بقبول، وهو ما يتحقق بالقبول الذي يثبته المتعاقد على صفحة موقع الموجب بشبكة الإنترنت. وهذا يعني أن هذه المعاملات تختص بها محكمة الطرف الذي صدر عنه الإيجاب، بمجرد أن يصل إلى علمه القبول. لكن رغم ذلك موقف الدول بشأن تحديد مكان إبرام العقود الالكترونية يختلف، وذلك على أساس تبنيها لنظريات متضاربة بشأن تحديد مكان الإبرام في التعاقد الكترونيا بين غائبين[1237].

بالرجوع إلى القانون النموذجي للتجارة الالكترونية، نجده تبنى نظرية تسلم القبول، لكن الصعوبة تكمن في تحديد المكان الحقيقي للمرسل أو مصدر الإيجاب. رغم ذلك القانون النموذجي عالج المشكلة بمنهج افتراضي، بحيث أشار إلى أن الرسالة يفترض أنها قد سلمت في مقر عمل المرسل إليه[1238]. تجدر الإشارة إلى أن العمليات الالكترونية مادامت تتم على نطاق دولي؛ فذلك يؤدي إلى حتماً إلى تداخل القوانين الوطنية. ومنه، يصعب إيجاد حل واحد لأن القوانين تختلف حول ذلك.

2.- ضابط مكان تنفيذ العقد الالكتروني:

يقوم هذا الضابط على منح الاختصاص لمحكمة دولة التنفيذ، لأن الأطراف في هذا المكان سيقومون بجني ثمار تعاقداتهم، إذ تقوم فيه مسؤولياتهم عن عدم تنفيذ التزاماتهم. بحيث أن هذا الضابط يعبر عن مركز الثقل في الرابطة العقدية. أضف إلى ذلك، انه يعتبر المكان الذي تتجسد فيه الالتزامات التعاقدية لأن قيام الأطراف بإبرام عقد معين يكون بهدف تنفيذه. هذا ويمكن أن يمنح الاختصاص لمحكمة دولة تنفيذ العقد دون الالتفات إلى مكان إبرام العقد، بحيث يرجع في تحديد مكان تنفيذ الالتزامات التعاقدية إلى قانون القاضي مسترشدا في ذلك بنية الأطراف وطبيعة العقد[1239]. وتظهر أهمية هذا الضابط في أنه المكان الذي تتجسد فيه

[1237] في هذا المعنى، راجع عباس العبودي، *تحديات الإثبات في السندات الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني*، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص.149.

[1238] أحمد عبد الكريم سلامة، *القانون الدولي الخاص النوعي*، المرجع السابق، ص.32.

[1239] احمد عبد الكريم سلامة، *القانون الدولي الخاص النوعي*، المرجع السابق، ص.42.

الالتزامات التعاقدية، كما انه يحقق مصالح المتعاقدين على اعتبار أن تنفيذ العقد هو هدف المتعاقدين والغاية التي يسعيان إلى تحقيقها[1240].

يمثل مكان تنفيذ العقد في أحد الضوابط المعتمدة من طرف القاضي عندما يبحث عن مركز الثقل في الرابطة العقدية، فعن طريق مكان تنفيذ العقد يتوصل القاضي إلى تحديد القضاء المختص بحكم النزاع. حيث أقرت المادة الخامسة الفقرة الأولى[1241] من اتفاقية بروكسل لسنة 1968 سالفة الذكر حق المدعي في رفع دعواه أمام محكمة محل إقامته المعتادة، إذا تلاقى مع محل إقامة المدعى عليه، متى كان مكان تسليم الأشياء أو تقديم الخدمات أو مكان تنفيذ الالتزام الأساسي للصفقة يقع في دائرة اختصاصه[1242].

إلا أنه في مجال التعاقد الالكتروني، يجب التمييز بين فرضين هما: أولا إذا كانت المعاملات المبرمة الكترونيا ولكن تنفيذها يكون ماديا (*OFF-LINE*)؛ فهنا لا إشكال لأن مكان التنفيذ يكون من سهل معرفته. غير أن الإشكال يطرح في الحالة الثانية بالنسبة للمعاملات التي تولد وتنفذ الكترونيا (*ON-LINE*)[1243]. وقد أثيرت هذه التفرقة عند محاولة وضع قواعد للاختصاص القضائي الدولي بشأن العقود الالكترونية من خلال مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص لسنة 2000، حيث ناقش الخبراء مشروع اتفاقية دولية للاختصاص القضائي للمحاكم وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المواد المدنية والتجارية، وذلك بالنظر إلى التطورات الحاصلة في مجال التجارة الالكترونية[1244].

[1240] صلاح علي حسين، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي*، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص.484.

[1241] Article 5-1: « *Le défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant peut être attrait, dans un autre État contractant : 1. en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée*». *Convention de Bruxelles de 1968*, Op.cit.

[1242] خالد ممدوح إبراهيم، *التقاضي الالكتروني: الدعوى الالكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم*، ط.1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص.183.

[1243] إذا أخذنا مثلا أن التنفيذ كان عبارة عن تحميل البرامج الكترونيا يجب التمييز بين ما إذا كان البرنامج مهيئا أو جاهز للبث مباشرة، وبين مجموعة العمليات التي يجب القيام بها لإتمام عملية التحميل. بحيث انه في الحالة الأولى يعتبر مكان الحاسوب الذي قام بعملية البث أو التحميل هو مكان التنفيذ، وفي الحالة الثانية يعتبر مكان التنفيذ هو مكان الحاسوب المرسل إليه البرنامج الذي تم تحميله، أي المكان الذي تلق فيه المشتري أداء الخدمة. لكن إذا افترضنا أن المشتري ليس عل اتصال مباشر بالأنترنيت وبالتالي محكمة هذا المكان هي التي تنظر في هذا النزاع. مقتبس من، عباس العبودي، المرجع السابق، ص.14.

[1244] أشار إليه، سليمان احمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص.255.

ثانياً.– ضابط موقع المال والمحكمة المختصة:

تبنى هذا الضابط المادة 39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في إطار الاختصاص الإقليمي الجواري، حيث ورد بالمادة 39 الفقرة الأولى على: "*في مواد الدعاوى المختلطة، أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مقر الأموال*". المقصود بالدعاوى المختلطة هنا هي تلك الدعاوى التي تستند إلى حقين في نفس الوقت، حق شخصي من ناحية وحق عيني من ناحية أخرى ناشئين عن رابطة قانونية واحدة.

يقوم ضابط موقع المال على معيار موضوعي وواقعي[1245]، إذ يكفى وجود المال بالفعل على إقليم الدولة لتقرير الاختصاص لمحاكمها بصرف النظر عن أطراف النزاع. كما أنه ضابط إقليمي يتحدد بالنظر لإقليم الدولة، وضابط خاص لأنه يقتصر على طائفة معينة من المنازعات وهى المنازعات المتصلة بالمال.

والجدير بالذكر، أنه إذا تعددت أجزاء المال بحيث وقع كل جزء من المال في دولة فإن المحاكم الوطنية لا تختص إلا بالمنازعات المتعلقة بجزء المال الواقع بها[1246]. كما أنه يكفى لعقد الاختصاص لمحكمة موقع المال أن يكون هذا المال محلاً للالتزام، ولا يشترط نشأة الالتزام في دولة المال، بل يكفى أن يكون هذا المال محل الالتزام موجود في هذه الدولة[1247]. فأساس الاختصاص مجرد تعلق الالتزام بمال موجود في الإقليم الوطني.

والعبرة في تحديد موقع المال هو موقع المال وقت رفع الدعوى حتى ولو تغير موقع هذا المال بعد رفع الدعوى تظل المحاكم الجمهورية لموقعه الأول مختصة بنظر النزاع، وذلك حتى لا تتاح الفرصة للتحايل على القانون والتهرب من اختصاص المحكمة التي يرى المتحايل أن أحكامها ليست في صالحة[1248].

[1245] ويرجع إقرار القضاء لهذه القاعدة إلى عدة اعتبارات منها: 1.– *الاعتبار العملي*: يتمثل في أن محكمة موقع المال هي الأقدر على اتخاذ إجراءات التحقيق والمعاينة الخاصة بالمال. 2.– *الاعتبار القانوني*: يتعلق بسيادة الدولة على إقليمها حيث يقضى هذا المبدأ، بخضوع جميع المنازعات المتعلقة بأموال كائنة بها لولاية محاكمها، كما أن قوانين تنظيم الملكية متعلقة بصالح المجموع وليس هناك أحرص من محكمة موقع المال للتطبيق على المنازعات المتعلقة بهذا المال. 3.– *الاعتبار السياسي*: وذلك ككفالة تنفيذ الأحكام، فالدولة لن تعترف بتنفيذ أحكام على إقليمها صادرة من دولة أجنبية لأن، ذلك يتعلق بسيادتها. مقتبس من، بدر الدين عبد المنعم شوقي، *دراسات في القانون الدولي الخاص*، بدون دار ومكان النشر، 1990، ص.101.

[1246] في هذا المعنى راجع، نفس المرجع، نفس الموضع.

[1247] للمزيد من التفصيل، راجع عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص.710.

[1248] بدر الدين عبد المنعم شوقي، المرجع السابق، ص.712.

ثالثاً.– ضابط مكان وقوع الفعل الالكتروني الضار:

يقصد بالفعل الالكتروني الضار:"*كل ضرر جاء نتيجة عمل غير مشروع تم ارتكابه عبر الانترنيت، مثل تقليد العلامات التجارية والتشهير والإضرار بالسمعة التجارية على الانترنيت*"[1249].

تجمع النظم القانونية على خضوع دعوى المسؤولية التقصيرية لقانون الدولة التي وقع فيها الفعل الضار المنشئ للالتزام بالتعويض، ومن ذلك ما ذهب إليه اتفاقية بروكسل الخاصة بالاختصاص القضائي الدولي في المواد المدنية والتجارية في دول الاتحاد الأوروبي لسنة 1968 في المادة الخامسة الفقرة الثالثة[1250] على ضابط اختصاص محكمة محل وقوع الفعل الضار بشأن دعاوى المسؤولية التقصيرية. كذلك تبنت اللائحة رقم 44 الصادرة سنة 2001[1251] نفس الضابط بشأن الاختصاص في دعاوى المسؤولية التقصيرية، حيث نص في المادة الخامسة الفقرة الثالثة منها على اختصاص محاكم التي وقع فيها الفعل الضار أو تحقق فيها الضرر[1252].

أيضاً، التشريع الجزائري وفق المادة 39 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على أنه: " *في مواد تعويض الضرر عن جناية، أو جنحة، أو مخالفة، أو فعل تقصيري، ودعاوى الأضرار الحاصلة بفعل الإدارة، أمام الجهات القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الفعل الضار*".

ويعبر المشرع المصري عن ذلك المبدأ وفق أحكام المادة 30 من قانون المرافعات سالف الذكر على أنه: "*يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام*". ولكن يشترط لأعمال هذا المبدأ أن تكون الواقعة موضوع المسؤولية غير مشروعة في كل من القانون المحلي وقانون القاضي الفاصل في الدعوى[1253]. كما اتجه قانون الإجراءات المدنية الفرنسي[1254] إلى ذات المعنى، حيث قرر في

[1249] مقتبس من، محمد حسين منصور، *المسؤولية الالكترونية*، المرجع السابق، ص.ص.145 وما بعدها.

[1250] Article 5-3 : « *Le défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant peut être attrait, dans un autre État contractant : 3. en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit…* ». *Convention de Bruxelles de 1968*, Op.cit.

[1251] Règlement (CE) N° 44/2001du Conseil du 22 décembre 2000, *concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commercial*, Journal officiel N° L 012 du 16/01/2001 p. 0001 – 0023.

[1252] Article 05/03: « *Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attraite, dans un autre État membre: 3.en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire…*». Règlement (CE) N° 44/2001du Conseil du 22 décembre 2000, Op.cit.

[1253] محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، المرجع السابق، ص.354.

المادة 46 الفقرة الثانية[1255] خضوع دعوى المسؤولية التقصيرية لقانون الدولة التي وقع فيها الفعل الضار المنشئ للالتزام بالتعويض.

يذهب غالب الفقه المصري إلى اعتبار أن مصر تكون مكان نشأة الالتزام التقصيري إذا كان الفعل الضار قد تحقق على إقليمها، سواء كان هذا الفعل هو الخطأ أو الضرر[1256]. وهو نفس الاتجاه الذي ذهب إليه الفقه الفرنسي بإسناد الاختصاص للمحاكم الفرنسية سواء بطريق وقوع الخطأ أو الضرر على التراب الفرنسي[1257].

بعد استعراضنا لجملة هذه الضوابط سواء الشخصية أو الموضوعية، يمكن القول أن مما يُسجل عنها أنها تتشكل في الواقع انطلاقا من روابط مكانية، الأمر الذي يفترض ارتباط النزاع في احد عناصره الشخصية أو الموضوعية بمكان معين. وكما هو الحال بالنسبة للاختصاص التشريعي يتطلب تحديد الاختصاص القضائي تركيز العلاقة تركيزا مكانيا، الأمر الذي يفرض التساؤل عن كيفية تطبيق الأساس الإقليمي للاختصاص القضائي وضوابطه على منازعات التجارة الالكترونية، التي لا تسمح طبيعة القنوات التي تجري من خلالها المعاملة بتركيزها تركيزا مكانيا[1258] إلا على سبيل الافتراض. على هذا، يثور التساؤل حول آلية تحديد الاختصاص القضائي الدولي في ظل منازعات التجارة الإلكترونية؟

[1254] Décret N°81-500 Du 12 Mai 1981 Instituant Les Dispositions des Livres Iii Et Iv Du Nouveau Code De Procedure Civile Et Modifiant Certaines Dispositions De Ce Code, Jorf du 14 Mai 1981, p. 1377.

[1255] Article 46/02: « *Le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur: - en matière délictuelle, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi…*»

[1256] أشار إليه، هشام صادق وعكاشة عبد العال، *قانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، الاختصاص القضائي، الجنسية*، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص.97.

[1257] Cité par, PIERRE Mayer, VINCENT Heuzé, *Droit International Privé*, éd.Montchrestien, Paris, 2001, p.221.

[1258] احمد شرف الدين، *الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآلية تسوية منازعاتها*، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، الفترة بين 10 إلى 12 من ماي سنة 2003، المجلد الرابع، ص.1590.

المطلب الثاني

مدى ملائمة قواعد الاختصاص القضائي الدولي للتطبيق على منازعات التجارة الالكترونية

سبق وأن رأينا أن أغلبية ضوابط الاختصاص القضائي المعمول بها على مستوى التشريعات والقوانين المقارنة تقوم على الأساس الإقليمي والمكاني في تحديدها، وهذا ما يجعلنا نتطرق إلى صعوبات أعمالها على منازعات التجارة الإلكترونية. فهذه الأخيرة التي لا تسمح طبيعة القنوات التي تجري من خلالها المعاملات بتركيزها مكانيا إلا على سبيل الافتراض، أي اعتبار مكان معين من بين عدة أماكن هو المكان الذي له الارتباط بالمعاملة محل النزاع[1259]، عكس ما يتطلبه تحديد الاختصاص وفقا للمعايير التقليدية للارتباط المادي تحديد مكان إبرام التعامل أو تنفيذه أو موطن أطرافه. وهذه مسائل يكتنفها الكثير من الغموض والصعوبات، ومن ثم كانت ولا تزال محل خلاف بين العديد مستعملي هذا المجال[1260]. لذلك وفي إطار الحلول المبذولة عمدت العديد من المنظمات الدولية والإقليمية إلى وضع قاعدة جديدة تتماشى والآليات المتطورة لحل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، فظهر توجيه الاتحاد الأوروبي رقم 31/2000 سالف الذكر بشأن التجارة الإلكترونية المعني ببعض المظاهر القانونية لخدمة مجتمع المعلومات والتجارة الإلكترونية، والذي وجه خصيصاً للدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي[1261]. دون أن ننسى المشروع الأمريكي الذي تم إرساء دعائمه في مارس 1996 بشأن القاضي الافتراضي، والنظام الأساسي لمحكمة الفضاء[1262]، وغير ذلك من الأعمال والنظم القانونية التي عملت على توفير بيئة قانونية وتشريعية لمواجهة متطلبات التجارة الإلكترونية. *وعلى هذا، يثار التساؤل حول هل يمكن تطويع هذه الضوابط ذات التركيز المكاني ورفع كفائتها بما يتناسب وخصوصية منازعات التجارة الالكترونية*؟

لمعالجة هذه الإشكالية، ارتأينا التطرق إلى صعوبات تطبيق ضوابط الاختصاص القضائي الدولي على منازعات التجارة الالكترونية (**الفرع الأول**). ثم محاولة تفادى صعوبات إعمال المعايير التقليدية للاختصاص القضائي الدولي (**الفرع الثاني**).

[1259] أحمد شرف الدين، *الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية*...، المرجع السابق، ص.170.

[1260] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص.39.

[1261] أحمد شرف الدين، *جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية*...، المرجع السابق، ص.22.

[1262] إلياس نصيف، المرجع السابق، ص.316.

الفرع الأول

صعوبات تطبيق ضوابط الاختصاص القضائي الدولي على منازعات التجارة الالكترونية

سنتطرق إلى الصعوبات التي تواجه تطبيق كل ضابط من الضوابط على منازعات التجارة الالكترونية.

أولاً.– صعوبات تطبيق ضابط موطن أو محل إقامة المدعى عليه على منازعات التجارة الالكترونية:

الملاحظ أنه من السهولة بمكان إعمال هذا الضابط في مجال عقود التجارة الدولية التقليدية، إلا أن إعماله في مجال عقود التجارة الإلكترونية، وعقد الاختصاص لمحكمة موطن أو محل إقامة المدين؛ يواجه العديد من الصعوبات المنبثقة من طبيعة المعاملات الإلكترونية، التي تقوم على الأرقام والبيانات في عالم غير مادي[1263].

وعلة ذلك أن تحديد موطن أو محل إقامة المدعى عليه في المعاملات التقليدية التي تتم من خلال الوسائل الالكترونية للاتصال كالفاكس أو التلكس أو التليفون؛ يمكن معرفته من قبل الأطراف من خلال الرقم الكودي الذي يطلبونه، في الوقت الذي يفتقر فيه الإنترنت إلى ذلك التحديد[1264]. فالعنوان الإلكتروني الذي يتم التعامل من خلاله غير مرتبط ببلد معين، مثال ذلك العناوين التي يشار إليها في المقطع الخير منها بـ(*.com*) أو (*.org*)، وبذلك، فلا يشكل مثل هذا العنوان محل قامة أو موطن ثابت بالمعنى المفهوم في الاتفاقيات الدولية[1265].

ونتيجة لما سبق، يصعب التأكد من شخصية المدعى عليه ومكان وجوده، خاصة عند عدم التزامه بالإدلاء بالبيانات الشخصية له كالاسم والعنوان الجغرافي وخلافه. كما أن المدعي سيجد صعوبة في إثبات

[1263] صالح المنزلاوى، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية*، المرجع السابق، ص.367.

[1264] قد يعتقد البعض أن شبكة الإنترنت تملكها دولة أو منظمة دولية تقوم بإدارتها، ولكن الواقع أن شبكة الإنترنت لا يملكها أحد، وهي ليست ملك لجمعية معينة ولا تخضع لهيمنة منظمة أو هيئة حكومية أو غير حكومية أو إدارة مركزية، فإذا أردنا التشبيه فهي تشبه شبكة الصيد وليس شبكة العنكبوت، حيث لا توجد نقطة انطلاق مركزية، بل إنها ترابط بين كل من الكمبيوترات الحكومية التي تملكها مختلف الشعوب في العالم، والكمبيوترات التي تدار من قبل مئات الجامعات والكمبيوترات الحكومية من قبل المؤسسات التجارية الكبيرة مثل - *America on line* - *Microsoft* فلا يوجد من يسيطر على نشاط الإنترنت، وإن كان هناك بعض الحكومات مثل الصين تحاول قطع الاتصالات بشبكة الإنترنت أو تقلل الاتصال بها. مقتبس من، إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص.72.

[1265] صالح المنزلاوى، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية*، ص.354.

وتأكيد إدعائه، لأنه لا يسيطر على الأجهزة المعلوماتية، وإنما السيطرة كلها تكون للمدعى عليه؛ مما يصعب من مهمته[1266]. بالإضافة إلى ذلك، هناك عناوين إلكترونية لا تحمل أي إشارة أو مؤشر صحيح يدل على الموطن أو محل الإقامة، بل وعلى افتراض أن التاجر سيقوم بتسجيل موقعه على عنوان إلكتروني وطني يسمح بالتوطين. فلا يوجد ما يضمن مطابقة محل الإقامة أو الموطن والمؤشر الوطني الذي تم فيه تسجيل العنوان الإلكتروني، لأن سياسة منح هذه العناوين الإلكترونية تختلف من مكان لآخر ولا تطابق توطينا حقيقياً للأطراف[1267].

بناء على ما سبق، يمكن القول أن هذه الضابط لا يمكن تطبيقه بصورته التقليدية كاملة دون تعديل على عقود التجارة الإلكترونية. ومن هذا المنطلق، دعت بعض الآراء الفقهية إلى عدم تطبيق المفاهيم المحددة للاختصاص في العالم المادي على العالم الافتراضي، والاعتماد على فكرة الموطن الافتراضي كحل بديل. مما أدى بالأستاذ الأمريكي جون بيري بارلو (*John Perry Barlow*) [1268] بالدعوة إلى دعم تطبيق المفاهيم الموجودة في العالم الحقيقي على العالم الإلكتروني، وضرورة الأخذ بفكرة الموطن الافتراضي؛ لأن الموطن الحقيقي للشخص ليس لديه أي قيمة في عالم الشبكة الالكترونية. فعند وقوع نزاع مثلا بين المورد والمستخدم وأراد هذا الأخير أن يقاضي الأول، فعليه أن يرفع الدعوى في البلد الذي يوجد به مركز أعمال المورد على الشبكة أي موطنه الافتراضي. الأمر الذي فتح المجال أمام فكرة الموطن الافتراضي، والذي هو مركز أعمال المورد على الشبكة[1269].

إلا أن فكرة الموطن الافتراضي هذه مرفوضة، وذلك عل أساس انه يمكن للمدعى عليه أن يختلق موطنا مصطنعا، كما يمكن للمورد أن يستخدمه أو يخفيه كيفما شاء، وبذلك يصبح المدعي أمام أمر واقع

[1266] عادل حسونه، *عقود خدمات المعلومات الالكترونية*، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص.331.

[1267] صالح المنزلاوى، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، ص.371.

[1268] John Perry Barlow (October 3, 1947 – February 7, 2018): was an American poet and essayist, a cattle rancher, and a cyber libertarian political activist who had been associated with both the Democratic and Republican parties. He was also a lyricist for the Grateful Dead and a founding member of the Electronic Frontier Foundation and the Freedom of the Press Foundation. *He was Fellow Emeritus at Harvard University's Berkman Klein Center for Internet & Society, John Perry Barlow's "A Declaration of the Independence of Cyberspace, February 8, 1996" proposed that national governments should play no role in governing cyberspace, where he had maintained an affiliation since 1998*. Adapted by, John Perry Barlow, Publication Date: 15/08/2019, Citation Date: 27/12/2019, Available at:
Originally published as John Perry Barlow, A Declaration of the Independence of Cyberspace, ELEC. FRONTIER. FOUND. (Feb. 8, 1996).

[1269] أشار إليه، محمد اطويف، *تسوية منازعات العقود الدولية في التجارة الالكترونية*، مجلة العلوم القانونية، مخبر الدراسات القانونية والاجتماعية، تخصص قانون الأعمال والاستثمار، جامعة وجدة، 24 من سبتمبر سنة 2011.

إلا وهو إلزامية رفع دعواه في دولة بعيدة وتستخدم فيها لغة غير مفهومة بالنسبة له[1270]. وهو الأمر الذي تفطن له التوجيه الأوروبي الصادر سنة 2000 بشأن التجارة الالكترونية سالف الذكر، والذي اقر بأن وجود مسألة تقنية وتكنولوجية لتوريد المعلومات لا يمثل منشأة للمؤدي، وذلك يكفي لرفض فكرة الموطن الافتراضي.

بالعودة إلى الاتفاقية المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 2005[1271]، وكذلك القانون النموذجي للتجارة الالكترونية الصادر سنة 1996 سالف الذكر؛ نجد أن لهما موقف مغاير بشأن مسالة موطن المدعى عليه. فالقانون النموذجي عند تنظيمه لمسالة زمان ومكان إرسال البيانات الالكترونية، نص على انه إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد؛ يقع الاختيار على المقر الذي له أوثق صلة بالمعاملات المعنية أو مقر العمل الرئيسي. أما فيما يخص اتفاقية الخطابات الالكترونية في العقود الدولية ووفقاً لأحكام المادة السادسة الفقرة الخامسة[1272] فإن مجرد استخدام شخص اسم حقل أو عنوان بريدي الكتروني ببلد معين؛ لا ينشئ قرينة على أن مكان عمله يوجد في ذلك البلد. وبذلك تكون هذه الاتفاقية قد تبنت معيار موسعا يتمثل في "*معيار المقر ذي الصلة الأوثق بالعقد*" للكشف عن موطن ومقر عمل الأطراف في هذا النوع من العقود، في ظل صعوبة تحديد مكان أو مقر معين للأطراف المتعاقدة عبر الانترنيت. وبموجب هذا المعيار، منح القضاء سلطة تحديد ذلك المقر في ضوء الظروف التي كان الأطراف على علم بها أو كان عليهم أن يتوقعوها قبل أو عند إبرام العقد.

ثانياً.– صعوبات تطبيق ضابط مكان إبرام وتنفيذ العقد على منازعات التجارة الالكترونية:

سنتناول بداية صعوبات كل من ضابط إبرام العقد ثم ضابط تنفيذ العقد على التوالي.

[1270] بشري السيبي، *عقود التجارة الدولية المبرمة الكترونيا: الانترنيت نموذجا*، مذكرة ماستر، قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكدال الرباط، 2010، ص.71.

[1271] *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de Communications Électroniques dans les Contrats Internationaux* (New York، 2005)، Date d'adoption: 23 Novembre 2005, Entrée en Vigueur: 1er mars 2013.

[1272] Article 6-5: « *Le seul fait qu'une partie utilise un nom de domaine ou une adresse électronique associés à un pays particulier ne constitue pas une présomption que son établissement est situé dans ce pays* ». Convention des Nations Unies sur l'utilisation de Communications Électroniques dans les Contrats Internationaux. Op.cit.

1.- صعوبات تطبيق ضابط مكان إبرام العقد على منازعات التجارة الالكترونية:

يعتبر تحديد مكان نشأة الالتزام مسألة متعلقة بتفسير قاعدة اختصاص وطنية، مما يلزم الرجوع بشأنها إلى قانون القاضي المعروض عليه النزاع[1273]. لهذا يختلف موقف الدول بشأن تحديد هذا المكان في العقود الالكترونية، على أساس مدى تبنيها لنظريات مختلفة حاولت تحديد المكان الحقيقي لإبرام العقد في التعاقد بين غائبين[1274]. كما أن القوانين المنظمة للتجارة الالكترونية لم تقف على موقف واحد، فقانون الأونسيترال النموذجي لسنة 1996 ذهب إلى تبني نظرية تسلم القبول. ونظرا لصعوبة تحديد المكان الحقيقي لمقدم خدمة المعلومات لجأ قانون التجارة الالكترونية النموذجي إلى المنهج الافتراضي، عن طريق افتراض أن الرسالة قد سلمت في مقر عمل المرسل إليه، وذلك ضمن المادة 15 الفقرة الرابعة[1275] من هذا القانون[1276]. كما اتجهت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية سالفة الذكر إلى تطبيق نظرية تسلم القبول، فنصت على أن وقت تلقي الخطاب الالكتروني هو الوقت الذي يصبح فيه قابلا للاستخراج من المرسل إليه. كما افترضت الاتفاقية أن المكان الذي تلقى فيه المرسل إليه الخطاب هو مقر عمله (*Place of business*)[1277].

ومن جهتها، سارت غرفة التجارة الدولية بشأن التعاقد الالكتروني لسنة 2004[1278] على نفس النهج، والتي اتجهت إلى افتراض تسلم القبول من جهة، وافتراض العلم بالقبول من جهة ثانية. فمن ناحية، إذا أرسلت الرسالة إلى مقدم خدمة المعلومات الذي عينه المرسل له، فإن هذه الرسالة تعتبر قد تم استلامها بمجرد دخولها إلى نظام مقدم خدمة المعلومات (*تسلم القبول*). ومن ناحية ثانية، إذا أرسلت الرسالة إلى مقدم خدمة

[1273] هشام صادق، *القانون الدولي الخاص-تنازع الاختصاص الدولي*، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، مصر، 2007، ص.120.

[1274] احمد عبد الكريم سلامة، *فقه المرافعات المدنية الدولية*، ط.01، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص.201.

[1275] المادة 15-4: "*ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك؛ يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه*". قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996، المرجع السابق.

[1276] للمزيد من التفصيل، راجع حسام أسامة محمد، *الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية*، ط.1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص.111.

[1277] عمر بن يونس، المرجع السابق، ص.ص.50 وما بعدها.

[1278] الأمم المتحدة، الجمعية العامة، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الفريق العامل الرابع (المعني بالتجارة الإلكترونية)، الدورة الرابعة والأربعون، فيينا، 11-22 من تشرين الأول/أكتوبر سنة 2004، *الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية، قواعد غرفة التجارة الدولية بشأن التعاقد الالكتروني لعام 2004*، (ICC eTerms 2004)، دليل غرفة التجارة الدولية إلى التعاقد الالكتروني. تاريخ الاقتباس: 20 أكتوبر سنة 2018، النص متاح على الرابط التالي: https://undocs.org/pdf?symbol=ar/A/CN.9/WG.IV/WP.113

المعلومات غير الذي عينه المرسل إليه، فلا تعتبر الرسالة قد استلمت إلا في الوقت الذي يعلم فيه المرسل إليه بمضمون الرسالة (*العلم بالقبول*)[1279].

لكن ما يعاب على هذه الاتفاقيات، هو عدم تحديدها للمكان الجغرافي لشبكات الاتصال، كما أن الاعتداد بمقر العمل الأوثق علاقة بالمعاملة المتعلقة بالتعاقد الالكتروني أو تنفيذه يكون ذا جدوى إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من موطن أعمال، أي الأكثر صلة بموضوع العقد. لكن يبقى أن استخدام الموجب – وهو التاجر في الغالب–اسم نطاق أو عنوان بريد الكتروني يرتبط ببلد معين، أو تسجيله للموقع الالكتروني لدى بلد معين؛ لا يمكن أن يكون قرينة على أن مكان عمله متواجد في ذلك البلد[1280] في ظل صعوبة تحديد هذا المقر في العقود الالكترونية، مما يهدد بصعوبة التوصل إلى مكان إبرام العقد الالكتروني. كما إن لجوء الاتفاقيات والتشريعات إلى المنهج الافتراضي الذي يعتد بمقر عمل المرسل إليه كمكان لتسلم القبول ومنه كمكان لإبرام العقد، قد يكون مخالفا للواقع. حيث يمكن أن يكون المرسل إليه قد تسلم رسالة القبول على حاسوبه في مكان بعيد تماما عن مقر عمله[1281].

ومن اجل ذلك، اتجه البعض وبحق إلى ضرورة اتفاق الأطراف صراحة على تحديد مكان إبرام العقد، وذلك من خلال وضع شروط تعاقدية تفيد أن العقد قد تم في مكان محدد. أما إذا لم يتم الاتفاق فإنه يتعين على القضاء اللجوء إلى المنهج الافتراضي، والذي ينتهي إلى اعتبار مكان إبرام العقد هو مقر عمل المرسل إليه[1282]. أو يمكن الأخذ في الاعتبار مكان تسجيل المؤسسة كمعيار لتحديد مكان إبرام العقد، أو الاعتماد عل مكان الحاسوب الذي من خلاله التعاقد بالنسبة للشركات التي لا تمتلك مكان عمل مادي وتمارس نشاطها فقط عل شبكة الانترنيت[1283]. كما أن القضاء وتفاديا لتطبيق المنهج الافتراضي لعدم مطابقته للواقع وجب عليه الاسترشاد ببعض القرائن الهامة، كاستخدام الموقع الالكتروني لأرقام هواتف تنتمي لدولة معينة؛ الأمر الذي يدلل على أن المقر المادي لهذا الموقع ينتمي إلى تلك الدولة[1284].

[1279] حسام أسامة احمد، المرجع السابق، ص.113.

[1280] خالد ممدوح إبراهيم، *التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية*، ط.2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص.ص.184 وما بعدها.

[1281] حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.114.

[1282] حسام أسامة احمد، *الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية*، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص.115.

[1283] احمد شرف الدين، *جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الالكترونية*، المرجع السابق، ص.14.

[1284] حسام أسامة أحمد، المرجع السابق، ص.114.

2.- صعوبات تطبيق ضابط مكان تنفيذ العقد على منازعات التجارة الالكترونية:

يسهل تطبيق ضابط مكان تنفيذ العقد لسهولة تركيز مقتضى الأداء في العقود الالكترونية التي تنفذ خارج الشبكة لأن التنفيذ سيكون ماديا، باعتبار أن طبيعة المحل في مثل المعاملات تساعد على التنفيذ كونها مادية، وتحتل بذلك حيز مكاني مما يسمح بتوطين العلاقة العقدية، ومنه سهولة تحديد المحكمة المختصة بناء على ذلك، ومثال ذلك عقود بيع الملابس على الانترنيت حيث يبرم العقد الكترونيا على أن تسلم الملابس ماديا في محل إقامة المشتري[1285]. غير أن الصعوبة تبرز أكثر عندما يكون موضوع العقد خدمات أو أشياء غير مادية، كما هو الشأن في العقود التي تتم وتنفذ على الخط مباشرة[1286]، مما يصعب فيه توطين العقد، وعلى هذا يصعب تحديد مكان التنفيذ، لذلك من الصعوبة بمكان توطين التنفيذ الالكتروني لهذه العقود التي تولد وتنفذ الكترونيا. يعتبر عقد تحميل برامج الحاسب الآلي من أشهر العقود التي تبرم وتنفذ على الانترنيت، حيث يقوم في هذا العقد احد الأطراف بإرسال البرنامج إلى الطرف الثاني الكترونيا الذي يتعين عليه السداد الكترونيا[1287]. *فالسؤال المطروح هو كيف يتم تحديد مكان تلقي الخدمة (تنفيذ العقد)، ومن ثمة تحديد المحكمة المختصة؟*

من المعلوم أنه لا يوجد ضابط اختصاص تقليدي لمثل هذه الحالة، وضابط مكان التنفيذ لا ينسجم مع التنفيذ الالكتروني، فضلا عن عدم وجود ضابط جديد متفق عليه لتركيز الاختصاص، وإنما توجد مقترحات لضوابط وافتراضات عدة بشأن مكان التنفيذ، ومن ذلك اقتراح مكان وجود الخادم (*Server*) أو مكان وجود مزود خدمة الانترنيت (*Internet service provider*)، أو الاعتداد بمواقع الأطراف[1288]، إلا أنها تبقى مجرد حلول تقنية محدودة.

كما يثير جانب من الفقه الفرنسي[1289] التساؤل حول مكان التنفيذ في عقود إيواء المواقع، وهي تلك العقود التي يقوم فيها مقدم خدمات المعلومات بإدخال الموقع الالكتروني إلى عالم الانترنيت. لذلك في هذه

[1285] Cf. CAPRIOLL Eric., *Règlement des Litiges Internationaux et droit Applicable dans le Commerce Electronique*, éd.Lexis Nexis/Litec, Paris, November 2002, p.20.

[1286] إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص.101.

[1287] قريب من هذا المعنى، راجع عباس العبودي، المرجع السابق، ص.14.

[1288] Cf. Electronic Data Interchange, *Internet And Electronic Commerce, document drawn by Catherine Kessedjian* , Hague conference on private international law , p.19. available at: http://www.hcch.net/upload/wop/gen_pd7e.pdf.

[1289] V. par. ex., GARDET Guillaume., *Les Aspects Procéduraux du Commerce Electronique: une Confirmation Entre la Procédure Judiciaire Français et Internet*, mémoire fin d'étude, DEA Droit privé fundamental, Séminaire: Procédure Civile, Université Jean Moulin LYON III, 28 janvier 2000, p.08.

الحالة من الصعوبة بمكان الكشف عن مكان التنفيذ في هذا النوع من العقود، لذا هناك من يفضل اعتبار مكان التنفيذ هو المكان الذي يتم فيه استقبال الخدمات المعلوماتية، والذي عادة ما يكون مطابقاً لمقر عمل صاحب ذلك الموقع[1290].

ذهب البعض[1291] إلى أنه من الأفضل دائما قيام أطراف العقود الالكترونية بتحديد مكان التنفيذ صراحة في العقد، خاصة وأن القرار اللائحي رقم 44/2001 المعدل لاتفاقية بروكسل سالف الذكر، قد أضاف عبارة "*بحسب نصوص العقد*"، بعد تحديده لمكان تنفيذ العقود سواء كانت بيعا للبضائع أو أداء للخدمات. وبذلك يعتبر القاضي مكان التنفيذ هو المكان المتفق على التنفيذ فيه وفقا لنصوص العقد، حتى ولو لم يكن هو نفس المكان التي تم استقبال الاستشارات أو الملفات المحملة فيه. أما إذا لم يتفق الأطراف صراحة على مكان تنفيذ العقد، فإنه يتعين على القضاء محاولة الكشف عن المكان الحقيقي الذي استقبلت فيه الملفات أو الاستشارات محل العقد، وقد يسترشد القاضي في ذلك بوثيقة البيانات التي يملؤها المشتري عادة على الموقع الالكتروني عند إبرام العقد، والتي غالبا ما تحتوي على بيان خاص بمحل إقامة المشتري[1292].

ثالثاً.– صعوبات تطبيق ضابط الجنسية على منازعات التجارة الالكترونية:

على الرغم من أن هذا الضابط يمثل مبدأ سيادة الدولة على وطنييها، لكن الفقه التقليدي ينتقده، لأنه يسبب الأضرار بالمدعى عليه المقيم خارج الوطن، الذي عليه أن يحضر أمام القاضي الوطني متحملا مشقة السفر ونفقاته. فضلا عن أن التعامل الالكتروني قد لا يكون له أدنى صلة بالإقليم الجغرافي[1293]، فإيواء موقع الكتروني لشركة جزائرية في عنوان الكتروني أمريكي أو انجليزي قد يثير إشكالا حول جنسيتها في ظل صعوبة تحديد اسم الحقل (*Nom de domaine*)، الذي يعتبر العنصر الجوهري في التجارة الافتراضية (*Commerce virtuel*). علما أن هذا الأخير لا ينتمي إلى دولة بعينها، حيث يشار إليه في نهاية المقطع بـ " (.net) (.com) (.org) "[1294].

أشار إليه، حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.120.

[1290] أشار إليه، حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.42.

[1291] Cité par, Caprioli.(E.)., Op.cit, p.21.

[1292] حسام أسامة أحمد، المرجع السابق، ص.119.

[1293] قريب من هذا المعنى، راجع نافع بحر السلطان، المرجع السابق، ص.206.

[1294] Cité par, VERBIEST Thibault , LE BORNE Maxime., *Le Borne.*, *Le Fonds de Commerce Virtuel: une Realite Juridique ?*, Journal des Tribunaux, 23 février 2002, n°6044, p.4. Disponible à: https://www.droit-technologie.org/wp-content/uploads/2016/11/annexes/dossier/69-1.pdf

إن الأمر يزداد صعوبة إذا ما أردنا تطبيق هذا الضابط على المعاملات الالكترونية، لأن عدم الالتقاء المادي للأطراف يؤدي إلى صعوبة التحقق من الجنسية. فقد يكون التصريح بهذه الأخيرة في نطاق الانترنيت مدعاة للخديعة، كما لو افتتح شخص موقعا الكترونيا يمارس فيه نشاطا تجاريا مدعيا جنسية ما. وهنا تتجلى أهمية الموثوقية عبر الشبكة العالمية التي تحتاج إلى مؤسسات خاصة تؤكد شخصية المتعاملين وجنسياتهم باستخدام وسائل التوقيع الالكتروني والتصديق عليه[1295].

لذلك، دعا جانب من الفقه الفرنسي إلى عدم ملائمة هذا الضابط لمعطيات العالم الافتراضي الالكتروني[1296]. بحيث أن الجنسية من الصعوبة بمكان تحديدها في هذا المجال، خصوصا المواقع الالكترونية التي تمثل بعض المؤسسات أو الأفراد والتي نشأت لأول مرة على شبكة الانترنيت دون أن يكون لها وجود مادي سابق. ثم إن معظم عقود التجارة الالكترونية النموذجية تتضمن وثيقة بيانات شخصية يملئها الطرف المتعاقد قبل التعاقد، والتي غالبا ما تخلو من بيان خاص بالجنسية[1297].

كما ذهب جانب من الفقه، إلى القول بتعارض ضابط الجنسية مع مبدأ قوة نفاذ الأحكام القضائية، خاصة عندما يكون الاستناد إلى ضابط جنسية المدعى عليه لعقد الاختصاص القضائي إلى محكمة الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، من دون الاعتماد على عنصر أخر يربط هذه المحكمة بالنزاع القائم، مما يجعل التعارض مع مبدأ قوة النفاذ يظهر بصورة جلية. ومنه عدم إمكانية تنفيذ الحكم في الدولة التي يحمل المدعى عليه جنسيتها؛ لعدم وجود أموال أو مراكز عمل له على إقليمها، بحيث يمكن أن تجعل تنفيذ القرار الصادر ضده غير ذي جدوى[1298].

رابعاً.– صعوبات تطبيق ضابط موقع المال الالكتروني على منازعات التجارة الالكترونية:

من السهل تطبيق هذا الضابط على محل وجود الأموال المنقولة المادية نظرا لإمكانية تحديد الموقع الفعلي الملموس، لهذا عند إعمال هذا الضابط على عقود التجارة الإلكترونية التي تتم على الشبكة؛ نجد أننا نستبعد العقار بصور كاملة والمنقولات المادية بصورة شبه كاملة من نطاق عقود التجارة الإلكترونية التي تتم

[1295] نافع بحر السلطان، المرجع السابق، ص.207.

[1296] صالح جاد المنزلاوي، *الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية*، المرجع السابق، ص.47.

[1297] Cf. FROGER (D.)., *Les Contraintes du Formalisme de L'archivage de l'acte Notarié Etabli Sur Support Dématérialisé*, J.C.P ,N°12, Mars 2004, p.464.

[1298] أشار إليه، عبد الباسط جاسم محمد، *تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الالكترونية –دراسة مقارنة–*، ط.01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014، ص.166.

على الشبكة[1299]. إذ من العسير تحديد محل وجود الأموال غير المادية التي يتم التصرف فيها وتحويلها الكترونيا، ومنها الخدمات المعنوية كخدمات التأمين والصرفة، وخدمات الاستشارة القانونية والطبية، وكذا البرامج والكتب الالكترونية وعناوين المواقع والتعامل الالكتروني بحقوق الملكية الفكرية[1300]. هذه الأموال كلها لا يمكن للمتعاملين بها أن يمسكوها بأيديهم، وعلى هذا تدخل في مفهوم الأموال غير المادية أو ما اصطلح على تسميته الأموال الالكترونية[1301]، التي تكون محلا لكافة المراحل العقدية بدءا بالمفاوضات مرورا بمرحلة إبرام العقد وانتهاء بتنفيذه كلها تتم بطريق الانترنيت. فهي إذن ولدت في وسط الكتروني وتنفذ فيه كذلك، أي أنها لا ترتبط بجغرافية أو إقليم أية دولة إلا من خلال الأطراف فقط، وهو الأمر الذي يصعب من تركيز الأموال الالكترونية في نطاق مكاني معين. ومنه يصعب تحديد الدولة محل هذا المال حتى ولو تم تحديدها على أساس افتراض معرفتها بواسطة الموقع الإلكتروني؛ فإن المحكمة التي سيعقد لها الاختصاص قد يكون موقعها على الشبكة لا ينتمي لدولة بعينها فيكون وجودها من خلال موقع أو عنوان إلكتروني[1302].

غير أن الاعتماد على قرائن قابلة للتركيز الجغرافي قد يفي بالغرض نوعاً ما، ومثال ذلك قرينة مكان وجود الأوعية (الصناديق) التي تحرز فيها هذه الأموال كعناوين بروتوكول الانترنيت وكذا أسماء النطاقات أو الموقع الجغرافي لنظام المعلومات، غير لأن هذه القرائن لها قيمة ضئيلة ومحدودة[1303]. وقد يشار إلى قرينة أخرى ألا وهي مقر عمل أو محل إقامة أطراف العلاقة الالكترونية أو احدهما، لأنها الرابط المادي الوحيد في صفقات الانترنيت المتعلقة بالأموال غير المادية[1304]. فقد يكون الاختصاص منعقدا للموطن المشترك للمتعاقدين أو موطن احدهما، مع العلم أن اختصاص محكمة موطن المدعى عليه يعد تطبيقا لضابط عام في هذه الحالة، فالأمر الشائك الذي قد يواجهه تحديد محل وجود المال الالكتروني –بدلالة محل إقامة المتعاقد (المالك)– هو إثبات احد الخصمين ومعرفته لمقر عمل أو محل إقامة الخصم الأخر على وجه الدقة والموثوقية.

[1299] صالح المنزلاوى، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية*، المرجع السابق، ص.50.

[1300] قريب من هذا المعنى، راجع صالح المنزلاوى، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية*، المرجع السابق، ص.ص.50 وما بعدها.

[1301] «*A transaction will be regarded as having been concluded electronically if the contract for these tangible goods is negotiated or concluded in an electronic form, only the delivery of the goods taking place in the tangible world*». Adaoted by, *Electronic Data Interchange, Internet And Electronic Commerce*, Op.cit, p.17.

[1302] صالح المنزلاوي، نفس المرجع، ص.365.

[1303] أنظر الفقرة 117 من المذكرة الإيضاحية لأمانة الأونسيترال بشأن اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية.

[1304] Cf. *Geneva Round Table On E-Commerce And Private International Law*, p.3. Available at: http://www.hcch.net/upload/wop/press01e.html .

هذا بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية التي تتم على الخط كلية، أما بالنسبة للعقود التي قد يكون موضوعها أشياء مادية قد يدق الأمر في معرفة دولة هذه الأشياء، وكذلك المحكمة المختصة بمنازعاتها، ولكن لا يجب أن نغفل ذكر أن النوع الأول وهو العقود التي تتم كلية على الخط (*on line*) هي التي تتميز بها عقود التجارة الإلكترونية عن غيرها من العقود[1305].

خامساً.– صعوبة تطبيق ضابط الاتفاق الرضائي على منازعات التجارة الالكترونية:

كما يصعب في مجال عقود التجارة الالكترونية التي تتم عبر شبكة الانترنيت الاعتداد بتلك الصلة بين المحكمة المختارة من طرف الأطراف، وبين العقد قياسا على عقود التجارة الدولية التقليدية. بحيث أن التعاقد من خلال شبكة الاتصال الالكترونية يفترض فيه اتصال العقد وقت إبرامه بجميع الدول في آن واحد، نتيجة انفتاح شبكة على العالم بأسره؛ وبذلك يصعب تحديد تلك الرابطة المزعومة بين المحكمة المختصة والعقود الالكترونية[1306].

كما أن الخضوع الإرادي في شكله العام قد لا يصلح كذلك لمنازعات العقود الالكترونية الدولية، ما لم يتم تقنينه بصورة أوضح، خصوصا بالنسبة للتشريعات التي تعتمد قبول الاختصاص من المدعى عليه الأجنبي بطريقة ضمنية إضافة إلى الطريقة الصريحة. ومن ذلك ما ذهبت إليه المادة 13 من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984[1307]، إذ مجرد القبول الضمني للاختصاص قد يضر بمصالح المدعى عليه، خاصة إذا كان من فئة المستهلكين الضعيفة، خصوصا مع افتراض عدم الإلمام الكافي بقوانين التجارة الالكترونية، والتي بدأت في الدخول لحيز التشريعات منذ وقت قريب جدا. فضلا عن ذلك يرى الباحثان السودانيان الأستاذ إبراهيم قسم السيد محمد طه[1308] والأستاذ أبو سالف آدم[1309] أن تقييد المحكمة بعدم الحكم بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها؛ وفقا للمادة 13 من قانون المعاملات المدنية السوداني سالف الذكر قد لا يكون صالحا للتطبيق في مجال المعاملات الالكترونية. خاصة إذا كان مجال الدعوى غير موضح أو غير مقنن بصورة

[1305] صالح المنزلاوى، نفس المرجع، ص.17.

[1306] إيناس الخالدي، التحكيم الالكتروني، المرجع السابق، ص.31.

[1307] قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984، الصادر بتاريخ 14 من فيفري سنة 1984. تاريخ الاقتباس: 2019/02/22، متاح على الرابط التالي: http://site.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesTDetails?MasterID=201561 .

[1308] الدكتور إبراهيم قسم السيد محمد طه: حقوقي سوداني ومستشار قانوني بوزارة العدل السودانية، للمزيد راجع رابط مدونته الشخصية: http://ibrahimtahaa.blogspot.com/2018/01/v-behaviorurldefaultvmlo.html

[1309] الدكتور أبو سالف آدم، أستاذ بكلية الحقوق، جامعة الأمام المهدي، جمهورية السودان.

كافية أو يضر بمصالح المدعى عليه بصورة واضحة، مما يدفع للقول أن اعتبارات العدالة تقتضي الحكم بعدم الاختصاص من قبل المحكمة[1310].

ونظرا للإشكالات التي تواجه اختيار الأطراف للمحكمة المختصة لحل المنازعات المتعلقة بالعقود الالكترونية أدى بالمتعاقدين عل شبكة الانترنيت إلى البحث عن وسائل بديلة لحل نزاعاتهم بطرق بسيطة وسريعة وفعالة بعيدا عن إجراءات القضاء العادي والمجسدة في طرق بديلة الكترونية، خاصة وانه مازالت القوانين المطبقة لا تتلائم والبيئة الالكترونية التي يتم فيها التعاقد.

سادساً.– صعوبة تطبيق ضابط مكان وقوع الفعل الالكتروني الضار على منازعات التجارة الالكترونية:

مما لا شك فيه أن ضابط اختصاص محكمة الدولة التي وقع فيها الفعل الضار هو ضابط مكاني يرتبط تطبيقه بتحديد إقليم دولة ما حدث فيها الخطأ أو تحقق فيها الضرر، الأمر الذي يثير التساؤل حول كيفية إعماله بخصوص دعاوى المسؤولية التقصيرية الالكترونية، والحال أنها تنشأ عن أعمال غير مشروعة تتم في العالم الالكتروني الذي لا يرتبط بإقليم جغرافي محدد[1311]. إذ يحدث كثيرا في النشاط الالكتروني أن يقع الفعل في دولة والضرر يتحقق في دولة أخرى، لهذا يرى البعض تطبيق قانون مكان وقوع الفعل الضار[1312]، بينما يذهب الرأي الراجح إلى تطبيق قانون الدولة التي تحقق فيها الضرر[1313].

ومن الأمثلة على ذلك، الاعتداء على البيانات وأسرار الحياة الخاصة والحقوق الشخصية، وكذا الاعتداء على الحقوق الفكرية (*حق المؤلف، العلامة التجارية، الاسم التجاري، براءة الاختراع*)، وذلك

[1310] أشار إليه، إبراهيم قسم السيد محمد طه، أبو سالف آدم، *العقد الالكتروني الدولي: مشكلات القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي بشأن منازعاته: دراسة في إطار القانون السودان*، ص.20. تاريخ الاقتباس 2019/02/22، متاح على الرابط التالي:
http://mahdi.edu.sd/mmacpanel/includes/magazines/pdf/1_4_9.pdf

[1311] Cité par, CAPRIOLI (E.)., Op.Cit, p.02-03.

[1312] وقد اعتمد هذا الموقف في قضية (*Yahoo*)، أمام القضاء الفرنسي ففي هذه القضية ادعت الرابطة الدولية لمناهضة العنصرية ومعاداة السامية واتحاد الطلبة اليهود في فرنسا بوجه شركة (*Yahoo,inc*) ، مالكة المحرك الأكثر شهرة اليوم في عالم الانترنيت عبر فرع الشركة في فرنسا، إذ نسبا إليها استضافتها في أحد ملقماتها معلومات معادية للسامية وتعرض عبر المزاد العلني في موقع الشركة أغراض وشارات نازية، وقد طلبت الرابطة في الدعوى إلزام الشركة الموجودة في الولايات المتحدة الأمريكية عدم نشر أو عرض الرسائل التي تحض على النازية. وفي دفاعها أدلت الشركة بعدم اختصاص القضاء الفرنسي للنظر في الدعوى، وذلك لكونها شركة مسجلة في الولايات المتحدة الأمريكية، كما أن نشاطها موجه بشكل رئيسي إلى الأمريكيين، بالإضافة إلى أن اللغة المستخدمة هي اللغة الإنجليزية. وفي رد المحكمة الفرنسية بعدم اختصاصها في قرار إعدادي أقرته، أنه وبمجرد إمكانية القدرة على المزايدة وشراء الأغراض من داخل فرنسا، فإن القانون الجزائي الفرنسي قد أصبح مختصا، ويكون الموقع (*Yahoo.fr*) قد ارتكب الفعل المخالف للقانون. مقتبس من، بحث الكتروني عن العقد الالكتروني في القانون الدولي الخاص، استشارات قانونية مجانية، محاماة نت، تاريخ النشر: 2017/05/10، تاريخ الاقتباس: 2017/02/14، متاح على الرابط التالي: https://www.mohamah.net/law.

[1313] Cf. MAURO (M.)., *Compétence Territoriale : Lieu de L'acte Fautif et Lieu du Dommage*, GAZ.PAL., 1976, p.359.

أشار إليه، احمد حسين منصور، *المسؤولية الالكترونية*، المرجع السابق، ص.354. مقتبس من،

بالاستغلال غير المشروع أو غير المرخص عبر الانترنيت، أو إرسال الرسائل المضرة أو أعمال القرصنة الافتراضية على مواقع الشبكة وكذا المعلومات الشخصية، أو المنافسة غير المشروعة والاعتداء على خصوصيات الآخرين وتشويه سمعتهم ومس كرامتهم بسوء. هذه الأعمال وغيرها عن نظيراتها التقليدية الواقعية بصعوبة اكتشافه مرتكبها، وصعوبة تركيز مكان ارتكابهم لها ووقته، فضلا عن الأثر الهائل للضرر الذي قد يصل إلى جميع الدول الموصولة بشبكة الانترنيت[1314]. بحيث يقع الفعل في الدولة التي يوجد بها مركز المنشأة التي تقوم بالمعالجة الالكترونية، بينما يتحقق الضرر في دولة أخرى. كما هو الحال بالنسبة لحقوق الملكية الفكرية، حيث يمكن أن يتم إدخال المصنف أو نسخه بطريقة مشروعة على الشبكة وتحميله عليها، ويجرى البث أو الاستدعاء أو تفريغ المادة المعتدى عليها في دولة أخرى، بينما يوجد المؤلف أو صاحب الحق في دولة ثالثة.

انقسمت الآراء وتعددت الاتجاهات بين قانون دولة التحميل، وقانون دولة الاستدعاء أو البث، وقانون دولة المضرور، وقانون الدولة التي تطلب فيها الحماية، ولعل الاتجاه الأخير هو السائد لأن هذه الدولة هي التي يغلب أن يقيم فيها المضرور ويقع فيها الضرر. أضف إلى ذلك أن اغلب التشريعات تعتبر قانون حماية الملكية الأدبية والفنية من قوانين البوليس التي يتم تطبيقها مباشرة؛ على اعتبار أنها من القواعد ذات الطبيعة الآمرة التي تعمل بعيدا عن منهج التنازع، ولعل ما يخفف من ذلك الاختلاف الاتجاه العالمي نحو توحيد قواعد حماية الملكية الفكرية أعمالا لاتفاقية الجات. ونفس الحكم بالنسبة للمصنفات الأدبية التي يتم بثها من خلال التلفزيون العابر للحدود، حيث يثور التنازع بين قانون كل من دولة الإرسال ودولة البث ودولة القمر الصناعي ودولة المضرور، والدولة المطلوب الحماية منها التي يمكنان تكون إحدى هذه الدول[1315].

ومن جهته، حاولا كل من الفقه والقضاء الفرنسيين وضع حلول لهذه الإشكالية، وكذلك القضاء الأمريكي الذي سبق القضاء الفرنسي في تصديه للمشاكل القانونية للتجارة الالكترونية؛ وذلك بدعوة البعض إلى تطبيق ضابط محل ارتكاب الفعل الضار، إذ يقوم هذا المعيار على اعتماد محكمة مكان المنشأ أو دولة الإرسال أي محكمة محل تمركز مورد الخدمة الشبكية. لكن هذا الحل يواجه معارضة فقهية شديدة، وذلك لكون التسليم بمبدأ دولة أو الإرسال يؤدي إلى أمركة العالم، ومنه تضحى المحاكم والقوانين الأمريكية هي المختصة، خصوصا وأن الخدمة الشبكية في الولايات المتحدة الأمريكية هي الأكثر نموا واتساعا. وتجدر الإشارة

[1314] نافع بحر السلطان، *الاختصاص القضائي الالكتروني للمحاكم العراقية*، المرجع السابق، ص.218.

[1315] أشار إليه، محمد حسين منصور، *المسؤولية الالكترونية*، المرجع السابق، ص.355.

إلى أن التسليم بمبدأ دولة الإرسال يؤدي للعديد من السلبيات، فهو يشتمل على الكثير من المخاطر ويقود إلى تعسفية بالنسبة للدول غير المتشددة في حماية قوانينه[1316].

من بين اجتهادات الفقه الأمريكي ما يسمى بـ "*النقطة المميزة*" في تحديد المحكمة المختصة للنظر في دعوى الفعل التقصيري، إذ يرتكز هذا الحل على فكرة البحث عن نقطة اتصال مميزة في القانون الملائم الذي تربطه صلة قوية مع القضية المطروحة. ولقد أثبت الاجتهاد الأمريكي أنه وتبعا للطبيعة الخاصة لشبكة الانترنيت لا ينبغي أن تكون إمكانية الوصول للمعلومات من دولة ما كافيا لإقرار اختصاصها. حيث ينبغي تفسير قاعدة اختصاص ومكان وقوع الفعل بالنسبة للأفعال المرتكبة بأنه اختصاص للدولة الأكثر تعرضا، أي اعتماد محكمة الدولة التي وقع فيها الضرر بشكل فعلي، وليس احتمالي مع التركيز على مبدأ التخلي أو التنازل عن الاختصاص في غير ذلك[1317].

لتذليل هذه الصعوبات سالفة الذكر اتجه البعض إلى القول بضرورة البحث عن قضاء جديد خاص بالمنازعات الناتجة عن العقود المبرمة بطرق إلكترونية، وذلك مراعاة لمقتضيات هذا النوع من العقود والذي يكون بعيدا عن القضاء والتعقيدات الناجمة عن تطبيق قواعده، سعيا وراء حل الإشكالات التي فرضتها شبكة الإنترنت على صعيد الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية[1318]. ومن ذلك الجهود التشريعية والقضائية المبذولة على الصعيدين الدولي والوطني لتلافي المشكل المطروح وتجاوز الصعاب.

الفرع الثاني

محاولة تفادى صعوبات إعمال المعايير التقليدية للاختصاص القضائي الدولي

لقد أدى شيوع استخدام شبكات الاتصال الإلكترونية في إنجاز المعاملات إلى ضرورة إعادة النظر في القواعد التي تحكم اختصاص المحاكم بالمنازعات الناشئة علن تلك المعاملات، وقامت العديد من التنظيمات الإقليمية بالبحث عن كيفية تطبيق النظام التقليدي للاختصاص القضائي، وذلك لمواكبة الحاجة إلى عقود التجارة الإلكترونية. لهذا نجد عدد من المحاولات التي قام بها الاتحاد الأوروبي كصدور التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 بشأن بعض الجوانب القانونية لخدمات مجتمع المعلومات، وكذا القرار اللائحي رقم 44/2001

[1316] أشار إليه، عصام عبد الفتاح مطر، *التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والأجنبية*، المرجع السابق، ص.270.

[1317] عصام عبد الفتاح مطر، نفس المرجع، ص.240.

[1318] بولين أنطونيوس أيوب، *تحديات شبكة الإنترنت على الصعيد القانون الدولي الخاص: دراسة مقارنة*، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص.113.

المعدل لاتفاقية بروكسل الذي كرس حماية أوسع للمستهلك، إضافة إلى التنسيق بين اتجاهات الدول الأعضاء فيه بشأن الاختصاص التشريعي والقضائي لإعمال عقود خدمات المعلومات[1319]. أما بالنسبة لغير هذه العقود من عقود التجارة الإلكترونية فإن الاختصاص القضائي بمنازعاتها يخضع للقواعد الواردة في اتفاقيتي بروكسل ولوجانو وذلك بالنسبة للدول الأطراف فيها. أما على مستوى التشريعات الداخلية فقد صدر القانون الأمريكي الموحد للمعلومات المتعلقة بصفقات الحاسوب لسنة 1999 (*UCITA*) سالف الذكر.

كما حاولت بعض المحاكم من جهتها تطويع الضوابط التقليدية للاختصاص، مستخدمة أحيانا أسلوب الافتراض، لتبرير اختصاصها بنظر المنازعات المطروحة عليها. يضاف إلى ذلك بروز تطبيقات الحسم الفوري للنزاعات كبديل للقواعد التقليدية للاختصاص القضائي الدولي كمشروع القاضي الافتراضي وكذا محكمة الفضاء.

أولاً.– الجهود التشريعية لتطويع الضوابط التقليدية للاختصاص القضائي الدولي:

تتجلى الجهود التشريعية خصوصاً في صدور التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 بشأن بعض الجوانب القانونية لخدمات مجتمع المعلومات، وكذا القرار اللائحي رقم 44/2001 المعدل لاتفاقية بروكسل، وكذلك القانون الأمريكي الموحد للمعلومات المتعلقة بصفقات الحاسوب لسنة 1999 (*UCITA*).

1.– التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 بشأن بعض الجوانب القانونية لخدمات مجتمع المعلومات:

عمل الاتحاد الأوربي على تقديم بعض الحلول الخاصة بتنازع الاختصاص القضائي، حيث أصدر كل من البرلمان ومجلس أوروبا التوجيه رقم 31/2000 بتاريخ 08 من جوان سنة 2000، بشأن بعض الجوانب القانونية لخدمات مجتمع المعلومات وبصفة خاصة التجارة الإلكترونية في مجال الأسواق الداخلية سالف الذكر[1320]، والذي يهدف إلى ضمان الظروف التي تسمح تبادل المعلومات بين الدول الأعضاء في مجموعة الاتحاد الأوربي[1321]، كما يسعى إلى فرض أعلى مستوى للتكامل القانوني والتشريعي بين الدول الأعضاء[1322]، بغية تحقيق الهدف الأسمى، والمتمثل في إنشاء منطقة حقيقية لخدمات المعلومات بدون حدون جغرافية[1323].

[1319] فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص .719.

[1320] *Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000*, Op.cit.

[1321] أنظر المادة 2-1 من التوجيه الإداري باستثناء ما يقتضيه حماية النظام العام وحماية المستهلكين.

وكان من الطبيعي أن تثور مسألة تحديد الجهات المختصة بحسم منازعات عقود وإعمال خدمات المعلومات شاملة معاملات التجارة الالكترونية. وفي هذا الصدد أورد التوجيه الأوروبي المذكور حكمين فيما يتعلق بآليات تسوية المنازعات المذكورة، فمن ناحية، نص التوجيه[1324] على انه لا يستهدف وضع قواعد إضافية بشأن تنازع القوانين أو اختصاص المحاكم، إذ أن هذه المسائل تظل محكومة بقواعد القانون الدولي الخاص[1325]. ومن ناحية أخرى، يلزم التوجيه الأوروبي[1326] الدول الأعضاء بإزالة العوائق التشريعية التي تحول دون استخدام بدائل تسوية المنازعات بين موردي خدمات المعلومات والمستفيدين منها خارج المحاكم، والمتاحة وفقا للقانون المحلي شاملة الوسائل أو القنوات الالكترونية[1327]. كما يتعين على الدول الأعضاء تشجيع أجهزة تسوية المنازعات خارج المحاكم، خصوصا منازعات المستهلكين، على نوع يكفل الضمانات الإجرائية لأطراف النزاع[1328].

ثانياً.– محكمة موطن المستهلك الالكتروني كآلية حمائية جديدة في ظل تشريع بروكسل 44/2001:

جرى إدخال تعديل على اتفاقية بروكسل بمقتضى القرار اللائحي رقم 44/2001 سالف الذكر، الصادر في 22 من ديسمبر سنة 2000 ليدخل حيز التنفيذ في 01 من مارس سنة 2001[1329]، جاء هذا التعديل في إطار المحاولات التي تسعى إلى إزالة الصعوبات التي تعيق تطبيق قواعد الاختصاص القضائي على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، ليتضمن تحديد مكان تنفيذ الالتزام فيما يخص عقود البيع والوكالة والتوزيع

[1322] وفي هذا السياق الزم هذا التوجيه الدول الأعضاء بتطوير القوانين والأنظمة المحلية بما يتفق مع أحكامه، وذلك قبل 2000/01/17، وتشمل خدمات المعلومات كل خدمة يطلبها شخص مقابل اجر حين يجرى تقديمها عن بعد من خلال وسائل الكترونية لمعالجة البيانات وتخزينها (الحيثية رقم 17 من المذكرة الإيضاحية للتوجيه).

[1323] أحمد شرف الدين، *جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية*، المرجع السابق، ص .22.

[1324] للمزيد من التفصيل، راجع حيثيات التوجيه رقمي 01 و03. لذلك نص التوجيه ضمن المادة 03-02 على انه لا يجوز للدول الأعضاء تقييد حرية انسياب خدمات المعلومات من دولة عضو إلى أخرى.

[1325] أنظر المادة: 1-4 من التوجيه.

[1326] وهو ما تناولته اتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية واتفاقيتي بروكسل لسنة 1968 ولوجانو سنة 1988 في شأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المواد المدنية والتجارية، وتشترط المذكرة الإيضاحية للتوجيه الأوروبي رقم 31/2000 (الحيثية رقم 23)، ألا يترتب على تطبيق القانون المعين وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص تقييد حرية انسياب المعلومات. للمزيد، راجع.
G-De foesgtraets., *E-commerce : à New European Framework*, International Business lawyer, oct 2000, p.390.

[1327] أحمد شرف الدين، *الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها*، المرجع السابق، ص.23.

[1328] أنظر المادة 17-2 من التوجيه الأوروبي، حيث تشير المذكرة الإيضاحية للتوجيه (الحيثية رقم 51) إلى أن تعديل تشريعات الدول الأعضاء يجب أن يجرى على نحو يتيح إمكانية تسوية النزاع عبر القنوات أو النظم الالكترونية، قانونا وعملا عبر الحدود.

[1329] Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 *concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commercial*, Journal officiel n° L 012 du 16/01/2001 p. 0001 – 0023.

بالمكان الذي يتم فيه أو كان واجبا أن يتم فيه تسليم المبيع أو أداء الخدمات[1330]، وذلك أيا كان موضوع الالتزام محل الادعاء. وبذلك، تختص بنظر النزاع محاكم مكان التسليم أو أداء الخدمات ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك. وبهذا التحديد لمكان التنفيذ لن تحتاج الحكمة المطروح عليها النزاع البحث- طبقا لقواعد تنازع القوانين- عن القانون الواجب التطبيق على العقد على عكس ما هو مقرر في المواد العقدية عامة. وحيث أن القاعدة الخاصة بتحديد المحكمة المختصة تفترض أن طرفي العقد قد حددا مسبقا في العقد مكان التسليم أو أداء الخدمة، وأنه في حالة غياب الاتفاق بين الطرفين؛ فإن مكان تنفيذ الالتزام محل النزاع يتحدد وفقا للقانون الواجب التطبيق على العقد[1331].

فرض تشريع بروكسل سالف الذكر حماية أوسع للمستهلك وبصفة خاصة المستهلك الالكتروني، حيث نص على اختصاص محكمة دولة موطن المستهلك، إذا كان قد ابرم عقده مع شخص يمارس أنشطة تجارية أو احترافية في هذه الدولة، أو كان وبأي وسيلة قد وجه نشاطه نحو هذه الدولة منفردة أو معها مجموعة من الدول، وكان إبرام العقد قد تم نتيجة لهذه الأنشطة[1332].

وعلى هذا، يكون تشريع بروكسل أكثر استجابة لعالم التجارة الالكترونية بالمقارنة بما هو معمول به في ظل اتفاقية بروكسل لسنة 1968 بشأن الاختصاص القضائي. إذ استوعب هذا التشريع المستهلك الالكتروني، حيث لم ينص على ضرورة قيام هذا الأخير بالإجراءات الضرورية للتعاقد في دولته، بعد أن أثار هذا الشرط العديد من الصعوبات التي تعيق تطبيق قواعد الاختصاص الحمائية على المستهلك الالكتروني[1333].

ثالثاً.- القانون الأمريكي الموحد للمعلومات المتعلقة بصفقات الحاسوب لسنة 1999 (*UCITA*):

واجهت نفس الإشكال الولايات المتحدة الأمريكية في فض تعارض الاختصاص القضائي بين الولايات، أين أكدت مؤسساتها التشريعية أن الاقتصاد الرقمي الجديد يستلزم تدخل تشريعي يهدف إلى وضع قواعد موحدة تمنع ما أمكن من مشكلات التنازع .حيث أقرت القانون الموحد للمعلومات المتعلقة بصفقات

[1330] منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، *العقبات القانونية أمام تطوير التجارة الالكترونية*، ط.1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص.278.

[1331] فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص.723.

[1332] أنظر المادة 15 من تشريع بروكسل رقم 44/2001.

[1333] Cf. CENDER (P.)., *les Consommateurs Internautes Face au Niveau droit de la Procédure Internationale du Régime Conventionnel au Régime Communautaire*, Journal des Tribunaux, 2001. Disponible à :http//www.droit-technologie.org.

الحاسوب (*UCITA*) ، بعد إقرارها للقانون الموحد (*UCC*)[1334] الذي جرى اعتماده من قبل المؤتمر الوطني لمندوبي الولايات الموحدة في جويلية سنة 1999، حيث أقر هذا القانون مبدأ حرية الأطراف في اختيار الأطراف القانون المطبق، باعتبار أن هذا القانون أحد أهم وسائل حل منازعات التجارة الإلكترونية بيسر وسهولة. إذ أن حرية التعاقد واتفاق الأطراف على الاختصاص القضائي والولاية القانونية يساهم في توفير الثقة لدى الأطراف بالقدرة على حماية حقوقهم، ويتيح مبدئياً إمكانية المتعاقدين من إدراك نطاق التزامهم[1335]. قدم القانون ثلاثة اقتراحات ضمن القسم التاسع الفقرة الثانية، وذلك في ظل غياب اتفاق الطرفين، وهي:

1. بالنسبة للعقود المتضمنة التسليم الإلكتروني فإنها محكومة بقانون المرخص؛
2. الحالات التي يتطلب تسليم للنسخ أو المواد الرقمية في بيئة رقمية، فيعتد بقانون مكان التسليم، أو الذي يتعين أن يستلم فيه النسخة؛
3. في غير الحالتين السالفتين، فالقانون المختص والذي يحدد المحكمة المختصة بالعلاقة هو القانون الذي تتوفر له علاقة أقوى بالصفقة.

عموما تبقى هذه الحالات تتمثل في الرجوع إلى القواعد التقليدية التي تتيح للمحاكم مرونة أكثر في وزن عناصر الارتباط بين التصرف والمحكمة التي تنظر في النزاع، وهو ما يجعل من صعوبة التأكد من الصلة الحقيقية القائمة في مجال عقود التجارة الإلكترونية[1336].

ثانياً.– الجهود القضائية لتطويع الضوابط التقليدية للاختصاص القضائي الدولي:

اختلف مسلك القضاء في تحديد اختصاصه بنظر المنازعات المتعلقة بالتجارة الالكترونية بين من يرى عدم اختصاصه بنظر هذه المنازعات، وبين من يرى اختصاصه بنظر هذه المنازعات عند توافر شروط أو روابط

[1334] أشار إليه، يونس عرب، *منازعات التجارة الإلكترونية: الاختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة*، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر التجارة الإلكترونية، المركز العربي للقانون والتقنية العالية، منظمة الأسكوا، الأمم المتحدة خلال الفترة بين 8 و10 من نوفمبر سنة 2000، بيروت، لبنان، ص.13.

[1335] عادل أبو هشيمه محمود حوتة، المرجع السابق، ص.333.

[1336] يونس عرب، *منازعات التجارة الإلكترونية–الاختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة*، المرجع السابق، ص.14.

معينة[1337]. فبالنسبة للمحاكم التي تعقد اختصاصها بنظر منازعات عقود التجارة الالكترونية المعروضة عليها نجد أن كلا منها استند إلى رابطة معينة تختلف عن باقي الروابط التي استندت إليها المحاكم الأخرى[1338]، ومن هذه الروابط نذكر:

1.– ينعقد الاختصاص القضائي للمحكمة الوطنية لنظر المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، إذا كان في استطاعة كل من يقيم على إقليم تلك الدولة الدخول أو الولوج إلى الموقع الذي تم من خلاله المعاملة، وذلك بغض النظر عن مكان إنشاء الموقع أو مكان تسجيله أو جنسية مالك الموقع؛

2.– استندت بعض المحاكم لتحديد اختصاصها بنظر المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، إلى تسجيل العنوان الإلكتروني للشركة في الإدارة المختصة الواقعة في دوائر اختصاص المحكمة المطروح عليها النزاع[1339].

بعد استعراض الاختصاص القضائي ومدى ملائمة ضوابطه لمنازعات التجارة الالكترونية، وكذا الجهود الدولية المبذولة لتذليل أزمة الاختصاص، إضافة إلى اتجاه التفكير الغالب إلى الاستفادة من الإمكانات التي تتيحها شبكات الاتصال الالكترونية في مجال انجاز إجراءات الطرق التقليدية لتسوية المنازعات من خلال هذه الشبكات، بل ووجد هذا النوع من التسوية تطبيقات فعلية ومتنوعة في المجال الافتراضي[1340]. وهذا هو الاتجاه السائد في نطاق العقود الدولية المبرمة عبر الانترنيت، الذي يدفع إلى الأخذ بنظام تنازع غير قضائي، يقوم على فكرة تدخل طرف ثالث لحل النزاع، ويأخذ هذا التدخل أحد شكلين: إما التحكيم الالكتروني، أو الوساطة الالكترونية. وأمام هذا الوضع يثور التساؤل حول مدى كفاية جهات التسوية الالكترونية بنظر منازعات التجارة الالكترونية في تشكيل حل مناسب لفض منازعات التجارة الالكترونية؟ للإحاطة بمختلف جوانب هذا الموضوع سنتطرق إلى الحديث عن اختصاص جهات التسوية الالكترونية بنظر منازعات التجارة الالكترونية في المبحث الموالي.

[1337] أقرت المحاكم الأمريكية لانعقاد اختصاص محاكمها بالمنازعات الإلكترونية، أن يكون الاختصاص نتيجة تعاقد أحد طرفيها عبر شبكة الإنترنت على نطاق واسع مع المقيمين في دائرة المحكمة، أي أنه يلزم لانعقاد الاختصاص لمحكمة مكان معين، حدوث أمر إيجابي من المدعى عليه يدل على انخراطه في التعامل مع المقيمين في هذا المكان أو لجوئه لاستخدام الإمكانيات التي يقدمها موردي خدمات الإنترنت في هذا المكان. مقتبس من، أحمد شرف الدين، *جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكتروني*، المرجع السابق، ص.15.

[1338] لزهر بن سعيد، *النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية*، المرجع السابق، ص.234.

[1339] فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص.718.

[1340] احمد شرف الدين، *الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية...*، المرجع السابق، ص.1599-1600.

المبحث الثاني

اختصاص جهات التسوية الالكترونية بنظر منازعات التجارة الالكترونية

On line Dispute Résolution (ODR)

ترتب على انتشار العقود الالكترونية التي تبرم عبر شبكة الانترنيت؛ ظهور العديد من وسائل التسوية الالكترونية للمنازعات التي تنشأ عن هذه العقود[1341]، ويرجع ذلك إلى عدة أسباب، فمن جهة الأطراف الذين يبرمون عقودهم عبر الوسط الالكتروني يفضلون أن تتم تسوية المنازعات الناشئة عن هذه العقود من خلال نفس الوسط الذي تمت فيه المعاملة[1342]، ومن جهة الإجراءات تتم التسوية الالكترونية للمنازعات وفق آليات بسيطة ودون تكاليف مالية على عاتق الأطراف، فلا تحتاج إلى سفر أو انتقال، مما يجعلها تتناسب مع القيمة الضئيلة لمنازعات العقود الالكترونية؛ والتي يغلب عليها الطابع الاستهلاكي[1343]. كل هذا خلافاً لوسائل التسوية العادية التي تتم خارج بيئة الانترنيت فهي تكبد التكاليف وتستغرق في الوقت.

لذلك، أعدت بعض المنظمات الناشطة في مجال التجارة الإلكترونية أنظمة خاصة لمواجهة خصوصيات منازعات عقود التجارة الإلكترونية، بعدما أغفلتها الدول ولم تتدخل لإصدار تشريعات أو إعداد اتفاقات دولية تضع حلولا سريعة وقواعد جديدة خاصة بهذا المجال. ومن بين هذه المنظمات المنظمة العالمية للملكية الفكرية التي عملت على إنشاء مركز للتحكيم والوساطة خاصا بها، والذي يعمل على تقديم خدمات التحكيم والوساطة لتنظيم المنازعات التجارية بين الأطراف خاصة في مجال الملكية الفكرية[1344]. جاء هذا التدخل للمنظمة نتيجة ضغوطات الواقع العملي، باعتبار أن ممارسة أطراف التجارة أعمالهم عبر قنوات الكترونية يفرض حاجتهم إلى آلية للدفاع عن حقوقهم واختيار منابر لتسوية منازعاتهم؛ تعمل بأسلوب من نفس طبيعة البيئة التي يجرون معاملاتهم عليها، الأمر الذي يشكل حافزا قويا لممارسة التجارة الإلكترونية[1345].

[1341] ظهرت فكرة حل النازعات إلكترونيا في التسعينات بعد ظهور الوساطة عن طريق الهاتف، ففي نهاية الثمانينات نادي الأستاذ هنري بيرت عام 1992 ولأول مرة بفكرة حل المنازعات بطريقة إلكترونية، وذلك قبل بدأ وضع هذه الفكرة موضع التنفيذ عام 1993، وبعد عام من هذا التاريخ بدأ الأستاذ دافيد جونسون في دارسة الاحتمالات والتصورات التي تتفق مع خصائص الشبكة المعلوماتية التي تجري من خلالها التجارة الإلكترونية، لإمكانية *حل المنازعات الناشئة عن هذه التجارة بطريقة الكترونية*. مقتبس من، سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني: دارسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص.1.

[1342] Sur ce débat, V. THOMAS Schultz., *Online dispute resolution (ODR): résolution des litiges et ius numericum*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2002/1 (Volume 48), p.153 à 203. https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2002-1-page-153.htm

[1343] حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.147.

[1344] فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص.728.

[1345] أحمد شرف الدين، *جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية*...، المرجع السابق، ص.40.

ومن مميزات هذه الآليات والمنابر أنها تتيح تبادل استخراج العديد من المستندات من أي مكان بتكلفة بسيطة، واستخدام الوسائل السمعية البصرية في عقد اجتماعات وجلسات الاستماع على الخط المباشر.

لذلك، اتجهت معظم التوصيات والآراء إلى ضرورة اللجوء إلى الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الالكترونية، بحيث يمكن الاتفاق على تسوية النزاع الكترونيا على الخط، وبطريقة تكفل السرية والسرعة في نفس الوقت، والإلمام بطبيعة النزاع الالكتروني. وهو ما يسمى بالوسائل الإلكترونية لفض المنازعات، ويقصد بها تلك الوسائل غير القضائية لنظر النزاع والفصل فيه من خلال شبكات الحاسب.

هذه الوسائل الحديثة لتسوية المنازعات على الخط تأخذ أهم شكلين شهيرين، إما شكل التحكيم الالكتروني أو شكل الوساطة الالكترونية. *بناء على ما سبق، يثور التساؤل حول كيفية انعقاد الاختصاص لجهات التسوية الالكترونية للمنازعات ومدى ملائمتها للنزاع الالكتروني؟*

للإحاطة بجوانب هذا الموضوع ارتأينا التطرق إلى التحكيم الالكتروني كوسيلة لفض منازعات التجارة الالكترونية (**المطلب الأول**). ثم الوساطة الالكترونية كوسيلة ثانية لفض منازعات التجارة الالكترونية (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

التحكيم الالكتروني كوسيلة لفض منازعات التجارة الالكترونية

Electronic Arbitration

التحكيم بواسطة الانترنت أو ما يعرف بفض المنازعات عن بعد عن طريق مراكز التحكيم ذو فاعلية وأهمية كبرى في فض المنازعات بطرق عصرية حديثة لم يألفها المتقاضون من قبل وكذلك رجال القانون. حيث يقع على عاتقهم عبء مواجهة هذا التطور المذهل في ثورة الاتصالات؛ بما يتفق مع القواعد القانونية الملائمة والمساندة للتطور في مجال التحكيم عن بعد، وما فيه من إشكالات وخصائص قانونية تميزه عن التحكيم التقليدي[1346].

[1346] هند عبد القادر سليمان، *دور التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الالكترونية*، المؤتمر العلمي المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون تحت شعار: *نحو قانون مغاربي نموذجي للمعلومات*، المحور الثالث *"المعلوماتية ووسائل تسوية المنازعات"*: التحكيم الإلكتروني، المنعقد في الفترة من 28 إلى 29 من أكتوبر سنة 2009، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا، ص.3. تاريخ الاقتباس: 2019/02/28، متاح على الرابط التالي: https://archive.org/download/edarh-aqtsad-4/4000-.zip

التحكيم أمر استثنائي إذ لا يجوز لطرفي العقد الالكتروني التمسك به إلا باتفاق صريح بينهم على اللجوء إلى أسلوب التحكيم التقليدي أو الالكتروني بدلا من اللجوء إلى المحاكم العادية. وقد يكون بند التحكيم في صورة شرط في العقد الالكتروني –شرط التحكيم–كوسيلة لحل الخلافات المحتملة بين أطراف التعاقد، وقد يكون في صورة اتفاق لاحق –مشارطة التحكيم–على اللجوء في المنازعات القائمة بينهم بالفعل إلى التحكيم للفصل فيها[1347].

يثير الاتفاق على التسوية الالكترونية العديد من التساؤلات حول الصعوبات التي تعترض تطبيقه، وهو ما يطرح إشكالية مدى ملائمة الاتفاق التحكيمي الالكتروني للمنازعات الالكترونية، خصوصا مدى توافر الشرط الكتابي لاتفاقات التحكيم المبرمة عبر الانترنيت، ذلك أن غالبية التشريعات تشترط لانعقاد اتفاق التحكيم صحيحا أن يكون مكتوبا. وهو ما يمكن أن يقف حائلا في سبيل الاعتراف بصحة اتفاق التحكيم الالكتروني[1348]، كما يثور التساؤل أيضا مدى قبول الاتفاق على التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الالكترونية المتعلقة بالاستهلاك.

بناء على ما سبق، سنتطرق بداية إلى مفهوم التحكيم الالكتروني (**الفرع الأول**). ثم إجراءات التحكيم الالكتروني (**الفرع الثاني**). وكذا تطبيقات التحكيم الالكتروني (**الفرع الثالث**). وأخيرا سنتطرق إلى مدى ملائمة قواعد التحكيم الالكتروني لفض منازعات التجارة الالكترونية (**الفرع الرابع**).

الفرع الأول

مفهوم التحكيم الالكتروني

بالنظر إلى حداثة مصطلح التحكيم الإلكتروني وجدة استخدامه في الوسط القانوني فإن الأمر يتطلب التعرض إلى تحديد إطاره التعريفي العام (**أولاً**). وتمييزه عن غيره من آليات فض المنازعات إلكترونيا (**ثانياً**).

[1347] احمد السيد صاوي، *التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994، وأنظمة التحكيم الدولية*، ط.1، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة، 2004، ص.48.

[1348] عادل أبو هشيمة محمود حوتة، *عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص*، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2004، ص.307-309.

أولاً.– تعريف التحكيم الالكتروني:

تتعدد التسميات رغم وحدة المسمى فالتحكيم الإلكتروني يطلق عليه *Cyber Arbitration* أو *Electronic Arbitration* أو *Cybernation* أو *Cyberspace Arbitration* أو *Virtual Arbitration* أو *Arbitration Using On Line Techniques*[1349].

لتعريف مصطلح التحكيم الإلكتروني يجب تحليل مفرداته إلى مصطلح: *"التحكيم بمعناه التقليدي"*[1350]، وهو يعني: *"اتفاق على طرح النزاع على شخص أو أشخاص معينين لتسويته خارج إطار المحكمة المختصة"* [1351]، ومصطلح: *"الإلكتروني"* ويعني: *"الاعتماد على تقنيات تحتوي على كل ما هو كهربي أو رقمي أو مغناطيسي أو لاسلكي أو بصري أو كهرومغناطيسي أو غيرها من الوسائل المتشابهة"*[1352]. ومنه، يمكن تعريف التحكيم الالكتروني على أنه أسلوب اتفاقي على إخضاع المنازعة التي ستنشأ مستقبلا من علاقات تجارية أو عادية إلى التحكيم بإجراءات الكترونية. فهو نوع من التوصيف والتحديد لمجال نوع النشاط المحدد في التحكيم، ويقصد به إجراء التحكيم باستخدام الوسائط والأساليب والشبكات الإلكترونية ومنها شبكة الإنترنت.

استند جانب من الفقه[1353] في تعريف التحكيم الإلكتروني إلى الصفة القضائية، وعرفه على أنه: *"نظام قضائي من نوع خاص، يتفق بموجبه الأطراف على إحالة النزاع وبشكل اختياري إلى طرف ثالث محايد (مقدم خدمة التسوية الإلكترونية) لتعيين شخص أو عدة أشخاص (هيئة التحكيم الإلكتروني) لتسوية النزاع*

[1349] مقتبس من، رجاء نظام حافظ بني شمسه، *الإطار القانوني للتحكيم الالكتروني: دراسة مقارنة*، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009، ص.9.

[1350] عرفت المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الصادر سنة 2008 التحكيم الدولي على أنه: " *يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل*".

[1351] مقتبس من، يسعد حورية، *التحكيم التجاري الدولي طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية*، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، عدد 1، 2010، ص.314.

[1352] مقتبس من، خالد ممدوح إبراهيم، *التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية*، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص.246-247.

[1353] من بين هؤلاء الفقهاء: عادل أبو هشيمه محمود حوته، *عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص*، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص.293؛ إيناس الخالدي، *التحكيم الإلكتروني*، دار النهضة العربية، مصر، 2009، ص.30.

باستخدام وسائل الاتصال الحديثة وفقا لقواعد تنظيمية ملائمة لموضوع النزاع وأسلوب التسوية، وذلك لإصدار حكم ملزم للأطراف"[1354].

بينما عرف الأستاذ شاربوني مارين (*Charbonnier Marine*) التحكيم بأنه: "*التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة الإنترنت، وفق قواعد خاصة دون الحاجة إلى التقاء أطراف النزاع والمحكمين في مكان معين*"[1355]. كما يعرف التحكيم الإلكتروني بأنه اتفاق الأطراف على إخضاع منازعاتهم الناشئة أو المحتمل نشوؤها عن العقود المبرمة بينهم بوسائل إلكترونية؛ إلى شخص آخر يفصل فيها بموجب سلطة مستندة ومستمدة من اتفاق أطراف النازع، باستخدام وسائل اتصال حديثة تختلف عن الوسائل التقليدية المستخدمة في التحكيم التقليدي[1356].

إذن لا يختلف التحكيم الإلكتروني عن التحكيم التقليدي إلا من خلال الوسيلة التي تتم فيها إجراءات التحكيم في العالم الافتراضي، فقد تكون هذه الوسيلة البريد الإلكتروني، أو المحادثة عبر الانترنت أو غيرها من الوسائل التي وفرتها الثورة المعلوماتية، فهما يستندان على أساس واحد وهو اتفاق الأطراف. كما يتم إخضاع النزاع إلى محكم يستمد سلطته من هذا الاتفاق ليفصل في النزاع بحكم تحكيمي يختلف في مدى قوته الإلزامية عن حكم التحكيم في صورته التقليدية[1357].

ثانياً.– خصائص التحكيم الالكتروني:

التحكيم الالكتروني العديد من الخصائص، وهي عادة ما تنبع من طبيعة المجال الذي يشتغل عليه التحكيم ألا وهو الانترنيت. حيث تأثر التحكيم بهذه البيئة وتركت فيه بصمتها، حيث كان للمزايا التي ينفرد بها نظام التحكيم الأثر الأكبر في اختيار التحكيم كطريق بديل لنظر المنازعات؛ وهذه الخصائص هي:

[1354] مقتبس من، إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، *القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة*، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، مصر، 2006، ص.315.

[1355] L'arbitrage en ligne peut être défini comme: «*un mode alternatif de résolution du différend proposé directement sur réseau de l'internent*». Cité par, NAIMI-CHARBONNIER Marine, *La Formation et L'exécution du Contrat Électronique*, thèse pour le doctorat en droit, Université Patheon-Assas, Paris, 2003, p.238.

[1356] خالد ممدوح إبراهيم، *التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية*، المرجع السابق، ص.812.

[1357] سامي عبد الباقي أبو صالح، *التحكيم التجاري الالكتروني: دراسة مقارنة*، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص.21.

1.– سرعة الفصل في القضايا:

يعد التحكيم الإلكتروني أكثر سرعة وتوفيرا للوقت من التحكيم التقليدي أو من إخضاع النزاع لإحدى المحاكم القضائية في دولة ما، فهو لا يكلف أطرافه مشقة الانتقال إلى محكمة التحكيم والتي قد تبعد عن المكان أو الدولة التي يتواجدون بها. كما يمكن الأطراف من تبادل المستندات والأدلة فيما بينهم في وقت واحد عبر الوسائل الإلكترونية وهم في بيوتهم. إذ هناك العديد من أنظمة التحكيم الإلكتروني التي تلزم المحكم بإصدار قراره خلال 83 يوما من تاريخ تقديم طلب التحكيم. وهذا على خلاف الأمر لو أن النزاع يجري أمام محكمة قضائية وطنية فلا توجد كقاعدة عامة تلزم القاضي على حسم النزاع في وقت محدد[1358].

2.– سرية الإجراءات – *Confidentiality*:

وهي تعد من أبرز سمات التحكيم التي تدفع المحتكمين من الشركات والمستثمرين إلى اللجوء إليها، ذلك أن مبدأ العلانية والذي يعد من ضمانات تحقيق العدالة قد ينقلب وبالاً على المحتكمين؛ إذا كان من شأنه إذاعة أسرار صناعية أو تكنولوجية أو اتفاقات خاصة يحرص المحتكمون على بقائها سراً. حتى إن بعض المحتكمين يفضلون خسارة دعواهم على كشف أسرار تجارية تمثل في نظرهم قيمة أعلى من قيمة الحق موضوع النزاع[1359].

3.– تقليل نفقات التقاضي:

يعد اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني أقل كلفة من الرجوع إلى القضاء العادي أو اللجوء إلى التحكيم التقليدي، فمطالبة المشتري بدفع الثمن عن طريق التحكيم الإلكتروني يكون أقل تكلفة من سلوك طريق التحكيم التقليدي أو القضاء، والسبب في انخفاض تكلفة اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني راجع لعدم اشتراط انتقال الأطراف من مكان إلى آخر، ولا يستلزم تمركز المحكمة أو جريان التحكيم في مكان محدد[1360].

[1358] هند عبد القادر سليمان، المرجع السابق، ص.9.

[1359] مهند عزمي أبو مغلي ومحمد إبراهيم أبو الهيجاء، *الوسائل الرقمية البديلة لفض المنازعات المدنية*، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 36، ص.789.

[1360] سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص.35.

4.– الرغبة في عرض النزاع على أشخاص محل ثقة و ذوي خبرة فنية خاصة:

إن كل المنازعات الناشئة عن إبرام وتنفيذ عقود التجارة الالكترونية تتطلب شخص يتمتع بخبرات في هذا المجال والتي عادة ما لا تتوافر في القاضي الوطني[1361]. كما أن المحكم يتوافر لديه لغة العقد على خلاف القضاء الذي ليس له إلا لغة واحدة. حيث يعبر البعض عنها بالكفاية المهنية التي تجنب عدم تخصص القضاة في شتى المنازعات، وكذا اعتمادهم على ما ينتهي إليه الخبير في تقرير الخبرة بصفة مطلقة أي بدون مناقشة ما جاء فيه أو تعديله[1362]، فيسهل عرض النزاع على محكمين ذوي خبرة فنية خاصة بالمعاملات الالكترونية في تسوية المنازعات الناشئة عنها.

5.– الكفاءة:

لا يعتمد القاضي الوطني إلا على رجال القانون المتخصصين للفصل في المنازعة المطروحة أمامهم، والتي قد تشمل على أمور فنية تتطلب تخصصات مختلفة ودقيقة[1363]. غير أن أنظمة التحكيم الالكتروني لا تشترط في المحكم المعين للفصل في النزاع أن يكون قانونيا، فقد يكون مهندسا أو طبيبا أو رجل أعمال ممن تتوافر لديهم الخبرة الواسعة والإلمام بمجال المنازعة المعروضة على التحكيم الالكتروني. هذا ما يضمن مواكبة أحام التحكيم لتطورات التجارة الالكترونية في المجالين الفني والقانوني.

6.– اختيار القانون الواجب التطبيق:

عند غياب الاتفاقية الدولية التي تعين القانون الواجب التطبيق على المنازعات الدولية، فإن الوسيلة الأفضل لفض المنازعات تكون بالتحكيم؛ بسبب قيامه على الإرادة الحرة للمتنازعين في اختيار المحكم الكفء، والقواعد والقوانين الملائمة لفض النزاع. ويزداد الأمر أهمية في ظل التجارة الإلكترونية التي لا تعرف الحدود الجغرافية، إذ معظم العقود المبرمة خلالها عقودًا دولية؛ مما أدى إلى تنازع في القانون واجب التطبيق على منازعاتها، عند غياب الاتفاق على تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع لإرادة الأطراف الحرة عند إبرام العقد أو الاتفاق على إحالة النزاع للتحكيم[1364].

[1361] خالد ممدوح إبراهيم، *التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية*، المرجع السابق، ص.251.

[1362] سميحة القليوبي، *دراسات قانونية للتحكيم التجاري الدولي*، دار النهضة العربية، القاهرة،2002 ، ص.305.

[1363] خالد ممدوح إبراهيم، *التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية*، المرجع السابق، ص.251.

[1364] مهند عزمي أبو مغلي ومحمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص.788.

ثالثاً.– تمييز التحكيم الإلكتروني عن غيره من آليات فض المنازعات إلكترونيا:

تعَرف آليات فض المنازعات إلكترونيا (*Alternatives Dispute Resolution*) بأنها صيغة لحل المنازعات، تُختار فيها شبكة الإنترنت لتكون جزئيا أو كليا المكان الافتراضي لحل النزاع. ولكنها لا تعني بالضرورة أن عملية فض المنازعات برمتها تدار عن طريق شبكة الانترنت، إذ أن مجرد الاستخدام الجزئي للبريد الإلكتروني كوسيلة اتصال خلال عملية التحكيم يعد آلية لفض المنازعات إلكترونيا ولكن بشكل محدود. ومن هذه الوسائل، المفاوضات الإلكترونية، والوساطة الإلكترونية، والتوفيق الإلكتروني، والتي لقيت قبولا لا مثيل له مقارنة مع الفضاء العادي في مجال حسم منازعات التجارة الإلكترونية؛ لما توفره من سرعة في الحسم واقتصاد في التكاليف[1365].

وتتمثل آليات فض المنازعات إلكترونيا التي يمكن تمييزها عن التحكيم الإلكتروني في:

1.– التحكيم الالكتروني والتفاوض الإلكتروني :

تعد المفاوضات من أكثر الطرق البديلة انتشارا وأقلها تعقيدا في ظل حل المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية التي تكمن في الاتصال المباشر للأطراف المتعاقدة من خلال عقد اجتماعات وجاهية، دون تدخل طرف الثالث[1366].

ا.– المفاوضات الإلكترونية المبسطة:

وهي أكثر الوسائل البديلة حلا للمنازعات وأوسعها انتشارا، حيث تصل بالأطراف إلى تسوية النزاع بطريقة مُرضية لهما بتقريب وجهات النظر وإزالة العقبات التي ولدت النزاع[1367]. فهي أسلوب يساعد على الوصول إلى الاتفاق من خلال الاتصالات الثنائية المباشرة لمساعدة أنظمة تقانية عالية لنقل المعلومات وأساليب تخزينها، وآليات إدارة جلسات عن طريق شبكة الانترنت والأقمار الصناعية وسواها من الوسائل.

[1365] إناس الخالدي، *التحكيم الإلكتروني*، المرجع السابق، ص.42.

[1366] حسن فريجة، *التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل المنازعات*، *مجلة المدرسة الوطنية للإدارة*، المجلد 20، 2010، عدد 2، ص.51.

[1367] هيثم عبد الرحمن البقلي، *التحكيم الالكتروني كأحد وسائل تسويه المنازعات*، تاريخ الاقتباس: 2018/02/13، تاريخ النشر: 31 من أكتوبر سنة 2008، متاح على الرابط التالي: http://www.kenanaonline.com/blog/76756/page/3

ب.– المفاوضات ذات الطابع الآلي:

هي طريقة تمنح أطراف النزاع حق تحديد مجال التسوية وتقديم الطلبات والدفوع في صيغة تسوية تتم عن طريق الكمبيوتر، من خلال مواقع إلكترونية آمنة ومحمية بحصر الدخول إليها لمن يملكون كلمة السر الرقمية[1368].

2.– التحكيم الالكتروني والوساطة الالكترونية (*la mediation électronique*):

الوساطة شكل من الأشكال التي يتم بها التوفيق بين الخصوم، به يتدخل شخص الوسيط ليقرب بين وجهات نظر الخصوم بعد سماعهم ويقترح بعض الحلول ويعرضها عليه، فإن وافقوا عليها حرروا بها محضراً رسمياً ووقعوا عليه جميعاً، وإن رفضوا ينتهي الأمر وتتجرد هذه الاقتراحات من كل قيمة[1369]. كما تطورت الوساطة كحل بديل لحل النزاعات؛ لتتم بطرق أكثر ملائمة لما وصلت إليه وسائل إبرام العقود التجارية الدولية، فظهرت الوساطة الالكترونية التي تكون أكثر عملية وناجعة لحل النزاعات الكثيرة الناجمة عن عقود التجارة الالكترونية[1370].

لقد اختلف الفقه في تعريف الوساطة الإلكترونية، حيث عرفت بأنها: "*اتصال طرف ثالث محايد مع طرفي النزاع على شبكة الانترنت، من أجل الوصول إلى تسوية نهائية لهذا النزاع*"[1371]. وعرفت كذلك بأنها: "*وسيلة لحل نزاعات عقود التجارة الإلكترونية ، والعقود الإلكترونية عموما، عبر استخدام الوسائل التكنولوجية وعلى رأسها شبكة الانترنت، حيث الاستعانة من قبل الأطراف المتنازعين بوسيط الذي يقوم باتخاذ القرار لحل النزاع ولكنه يساعدهم على إيجاد حل مقبول لكل منهما بشكل محايد*"[1372].

كما يتميز التحكيم الالكتروني عن الوساطة الالكترونية في أنه في حالة اتفاق الأطراف على اللجوء إلى نظام التحكيم الالكتروني لحسم منازعاتهم وتتم مباشرة العملية التحكمية الالكترونية، يصدر حكم في هذا

[1368] عماد الدين المحمد، المرجع السابق، ص.1037.

[1369] يسري محمد العصار، *التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية غير العقدية*، ط.01، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص.46.

[1370] سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص.25.

[1371] مقتبس من، حسام أسامة شعبان، *الاختصاص بمنازعات التجارة الالكترونية بين القضاء الوطني والتحكيم عبر الانترنت: دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة*، ط.1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2018، ص.168.

[1372] مقتبس من، عبد الباسط جاسم محمد، *تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الالكترونية: دارسة مقارنة*، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014، ص.505.

النزاع فإنه لا يستطيع أي طرف التنصل من هذا النظام في أي مرحلة يمر بها، كما أنه يترتب على اتفاق التحكيم امتناع الأطراف عن اللجوء للقضاء الوطني للنظر في هذا النزاع[1373]. في حين أن الوساطة الالكترونية لا يكون فيها هذا الإلزام لاتفاق الأطراف، فاتفاقهم على اللجوء لنظام الوساطة الالكترونية لا يمنع أي طرف من الأطراف من اللجوء للقضاء الوطني، فهي مجرد شكل من أشكال تقديم المساعدة.

3.– التحكيم الالكتروني والتوفيق الإلكتروني (*conciliation électronique*):

هو أحد الوسائل الودية لتسوية النزاع من خلال تدخل طرف ثالث بين طرفي النزاع الإلكتروني لتقديم مجموعة حلول مرضية للطرفين يتم اختيار إحداها حسما له. وهو كالوساطة الإلكترونية أحد الوسائل البديلة لحل النزاعات الإلكترونية، أين يقوم شخص ثالث محايد يدعى" *الموفق*" بالتوفيق بين الأطراف عن طريق تقديم مقترحات، يظل أمرها معلقا إلى غاية قبولها من قبل الأطراف المتنازعة عبر الوسائل الاتصال الحديثة دون انتقال الأطراف للثلاثي ماديا [1374]. ويختلف التوفيق عن التحكيم عموما في أن قرار الموفق غير ملزم لطرفي النزاع، على خلاف التحكيم الذي يصدر حكمه ملزما للطرفين.

يعتبر جانب من الفقه أن التوفيق هو مرحلة أولية قبل اللجوء إلى الوساطة. بينما يرى الجانب الآخر أنهما مصطلحان مترادفان[1375]؛ وهو ما أقرته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "*الأونسيترال*" من خلال القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي[1376]. حيث ورد بالمادة الأولى الفقرة الثالثة منها على أنه: "*يقصد بمصطلح "التوفيق" أي عملية سواء أشير بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير أخر ذي مدلول مماثل*"[1377]. أشار البعض إلى التفرقة القائمة بين التوفيق الإلكتروني والوساطة الإلكترونية، وذلك من خلال الصلاحيات الممنوحة لكل من الموفق الوسيط. حيث يساهم هذا الأخير بصفة إيجابية وفعالة في مختلف مراحل

[1373] فتحي والي، *قانون التحكيم*، ط.1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص.22.

[1374] حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.185-186.

[1375] أشار إليه، إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، *القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الالكترونية: دراسة مقارنة*، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 2006، ص.336.

[1376] قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوفيق التجاري الدولي، قرار الجمعية العامة رقم 57/562 المؤرخ في 2000/11/19، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك 2004، متاح على الرابط التالي: www. Unistrql.org

[1377] المادة 1-3: "*أي عملية سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو المصالحة أو الوساطة، وهو الطلب المقدم من الطرفين إلى شخص أو عدة أشخاص آخرين قصد مساعدتهما في سعيهما إل التوصل لتسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو قانونية مهما كان نوعها وعلاقة متصلة بالعقد ولا يكون للموفق أية صلاحية في فرض حل للنزاع على الطرفين*". قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوفيق التجاري الدولي، المرجع السابق.

النزاع من خلال المناقشات والآراء التي يبدي بها الأطراف[1378]، على غرار الموفق الذي يلعب دورا سلبيا يتمثل في التوفيق بين الأطراف وتحفيز الحوار بينهما.

رغم هذه الآراء المتباينة، غير أن البعض يرى[1379] أنه لا تترتب عن التفرقة بين الوساطة الإلكترونية والتوفيق الإلكتروني نتائج قانونية محددة، كون تدخل كل الوسيط والموفق يتوقف على رضا أطراف النزاع. أضف إلى ذلك أن الحلول المتوصل إليها في كلتا الحالتين لا ترتب أي أثر قانوني، ولا ينتهي النزاع إلا إذا تم الإقرار بها من الطرفين. على خلاف التفرقة بين التوفيق الإلكتروني أو الوساطة الإلكترونية من جهة أخرى، والتحكيم الإلكتروني من جهة ثانية؛ فإنها ترتب أثار قانونية هامة خاصة فيما يخص القرارات التي يصدرها المحكم والتي تتمتع بصفة الإلزام والتنفيذ الجبري على الأطراف[1380].

4.- المحاكم الإلكترونية:

هي محاكم تُعقد جلساتها ويتم تقديم الدفوع والطلبات فيها وإصدار الحكم عن طريق شبكة الانترنت. إذا من بين كل آليات فض المنازعات إلكترونيا يبدو التحكيم الإلكتروني الوسيلة الأكثر ملائمة لمعطيات العولمة من حيث إمكان إجراءه و إصدار الحكم فيه عن طريق الانترنت لأن معظم الوثائق اللازمة لعملية التحكيم يمكن استبدالها بسهولة بملفات إلكترونية يمكن حفظ المعلومات فيها كتابة. وباعتبار طرفي النزاع لا يقيمان في بلد واحد بل قد يكونا في طرفي الكرة الأرضية، غير أن هذا البعد الجغرافي يتلاشى تأثيره في ظل وجود شبكة الانترنت، بما يساعد على تنامي التجارة الدولية الكترونيا[1381].

الفرع الثاني

التنظيم الإجرائي للتحكيم الالكتروني

يثير التحكيم الالكتروني عددا من الإشكاليات كتلك التي تتعلق بالمتطلبات القانونية لاستخدام الدعائم الورقية، وكذا نمط الحضور الشخصي والمادي لإطراف النزاع والذي يتنافى وطبيعة البيئة الافتراضية.

[1378] Cf. ROUSSOS Alexia., *la Resolution des Different, Leux Electronic*, Vol 06 N^0 01, Printemps 2000, p.4. Disponible à: https://www.lex-electronica.org/files/sites/103/6-1_roussos.pdf

[1379] أشار إليه، سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص.34-35.

[1380] Cf. YESSAD Houria., *L'arbitrage Commercial International*, Revue Critique de Droit et de Science Politique, N° 02, 2006, p.64.

[1381] خالد ممدوح إبراهيم، *التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية*، المرجع السابق، ص.251.

لذلك تلعب القواعد الإجرائية التي تسنها مراكز التحكيم لتنظيم سير العملية التحكمية دورا جوهريا لضمان نجاح العملية، كونها سلسلة إجراءات تبدأ منذ الفترة القبلية لعرض النزاع وصولا إلى فضه بصدور حكم بشأنه.

يتم إتباع إجراءات التحكيم التقليدي على مستوى التحكيم الالكتروني مضافا إليها أي قواعد يتفق عليها الأطراف، كيفية التواصل بين الأطراف والمحكمين وأهمية الحفاظ سرية المعلومات التجارية والصناعية موضوع النزاع[1382].

أولاً.– تقديم طلب اللجوء إلى التحكيم:

تبدأ عملية التحكيم الإلكتروني بتقديم طلب نظر النزاع للمركز عبر الموقع الإلكتروني الخاص به[1383]، ومن ثمة شروع المركز بقبول الطلب من عدمه لينتقل بعد ذلك إلى بدء إجراءات التحكيم وفق القواعد الخاصة بالمركز. وتتلخص هذه الآلية بالخطوات التالية:

1.– تعبئة نموذج التحكيم المعد على الموقع الإلكتروني التابع لمركز التحكيم بعد النقر على مفتاح (*Create a case*)، مع بيان طبيعة النزاع وإجراءاته في وثيقة التحكيم حتى يتحدد اختصاص المحكمين، وذكر اسم المحتكمين الكامل وكذا أسماء ممثلي مقدم الطلب ووكلائه مع توضيح العناوين ووسائل الاتصال بهم (هاتف، فاكس، بريد إلكتروني،...الخ)، وتحديد عدد أعضاء هيئة التحكيم، وبإغفال ذلك يعتبر مقدم الطلب أنه قد اختار محكماً وحيدا (*Sole arbitrator*) لنظر النزاع. هذا ويكون عدد أعضاء الهيئة وتراً دائمًا، ذلك أن معظم قرارات التحكيم تصدر بالأغلبية، وكذلك ضرورة بيان إيجاز عن طبيعة وظروف النزاع والحلول التي يرتئيها مقدم الطلب[1384].

2.– تقديم المستندات والوثائق والأدلة المدعمة لحق كل طرف مع إرفاق نسخة من اتفاق التحكيم، ويقوم مركز التحكيم بالاتصال بالإطراف بواسطة البريد الالكتروني لمتابعة الإجراءات وفق فترات زمنية معينة، مع أداء الرسوم الإدارية المحددة، وكذلك تحديد إجراءات نظر النزاع. وفي حال إغفال ذلك سيعد الأطراف راضين بالإجراءات التي يعتمدها المحكم.

[1382] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص.39.

[1383] يبدأ تاريخ نظر النزاع حسب مركز المنظمة العالمية للملكية الفكرية (*wipo*) باستلام هذا الأخير لطلب التحكيم سواء بعد أو قبل أداء الرسوم ليقوم بعدها بإخطار المحتكم ضده بالادعاء إن لم يكن المحتكم قد أخطره مسبقا، وذلك حتى يتمكن من إبداء دفاعه بشأن موضوع النزاع وتقديم الأدلة والبيانات المؤيدة لدفاعه. مقتبس من، سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص.135.

[1384] هند عزمي أبو مغلي، محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص.791.

3.- إرسال طلب التحكيم للمركز بالنقر على مفتاح الإرسال (*Send*)، مع تزويد المحتكم ضده بنسخة عن الطلب أو ترك ذلك للمركز[1385].

4.- تحديد تاريخ بدء نظر النزاع باستلام مركز التحكيم لطلب التحكيم الالكتروني، ويقوم بإخطار المحتكم ضده بالادعاء في حالة عدم إخطاره بطلب التحكيم، لكي يتمكن من إبداء دفاعاته بشأن موضوع النزاع وتقديم الأدلة والبيانات المؤيدة له. ووفقا للمبدأ فإن إجراءات التحكيم تبدأ منذ يوم استلام المحتكم ضده طلب التحكيم من المحتكم ما لم يتفق الطرفين على خلاف ذلك[1386].

ثانياً.- إنشاء موقع الكتروني:

تجمع اغلب الأنظمة القائمة في مجال حل المنازعات الكترونيا على ضرورة إنشاء موقع الكتروني خاص بكل نزاع على حدا، يتميز بعدم قدرة أي كان من غير أطراف اتفاق التحكيم أو وكلائهم وكذا محكمة التحكيم على الولوج إليه إلا بموجب أرقام سرية، وذلك لتسهيل إجراءات التحكيم وتمكين أطراف خصومة التحكيم من إيداع وتقديم ما يريدون إيداعه من طلبات ومستندات تحت نظر هيئة التحكيم، التي تتولى تحكيم النزاع وتوفير إمكانية استلام المستندات في أي وقت ومن أي مكان على شبكة الانترنيت[1387].

وقد اعتبر البعض أن موقع القضية يقابله" *قلم كتاب المحكمة* "بالنسبة للقضايا التي تنظر أمام القضاء الوطني، ويضم هذا الموقع طلب التحكيم والمستندات والإعلانات الخاصة بالنزاع محل اتفاق التحكيم، ووضعها تحت بصر هيئة التحكيم. ويجب إبلاغ كل من الطرفين ومحكمة التحكيم بكل مستند جديد يتم إدخاله والإعلان عنه في الموقع[1388]. كما يوفر هذا النظام إمكانية إرسال المستندات في أي وقت حتى في أيام الإجازات والعطل الرسمية بل وطوال 24 ساعة، ومن أي مكان عبر شبكة الانترنيت.

[1385] المرجع نفسه، ص.792.

[1386] خالد ممدوح إبراهيم، *التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية*، المرجع السابق، ص.304.

[1387] خالد ممدوح إبراهيم، *التقاضي الالكتروني...*، المرجع السابق، ص.14.

[1388] سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص.136.

بالإضافة إلى إنشاء موقع خاص بكل قضية نجد وسيلة أخرى تسهل عملية التحكيم الإلكتروني وهي البريد الإلكتروني[1389] الذي يسمح بنقل النصوص والرسائل المسموعة والمرئية. يمكن أن يكون من أكثر الوسائل استعمالا في تقديم الأدلة للمرافعة والجلسات في الحدود التي لا يكون فيها تبادلا فوريا[1390].

ثالثاً.– تبادل الحجج والأدلة:

تبادل الحجج والأدلة بين أطراف التحكيم الالكتروني بما يسمح للمحكم بحسم النزاع، ويتم هذا التبادل في الشكل الكتابي بإرساله بالبريد العاجل أو الفاكس أو البريد الالكتروني، أو أية وسلة أخرى للإبلاغ تسمح بإقامة الدليل عليه. حيث يتم تبادل الأدلة والحجج القانونية بين أطراف النزاع بما يسمح للمحكم بحسم النزاع. إذ ورد بالمادة الرابعة الفقرة الثانية من لائحة المحكمة الإلكترونية على أنه: "*يتعين على أطراف العملية التحكمية والأمانة العامة ومحكمة التحكيم إرسال كل البلاغات المكتوبة والإخطارات بالبريد الالكتروني على الموقع الخاص بالقضية*"، وقررت لائحة التحكيم المستعجل (*Expedited Arbitration*) الصادرة عن طرف المنظمة العالمية للملكية الفكرية *WIPO* وفق المادة الرابعة الفقرة الأولى على أن: "*كل إخطار أو أي إبلاغ يجب أن يكون طبقا للائحة، بحيث يجب أن يتم في الشكل الكتابي، وأن يتم إرساله بالبريد العاجل أو الفاكس أو البريد الالكتروني أو أية وسيلة للإبلاغ تسمح بإقامة الدليل عليه*"[1391].

تعتبر الوسائل التكنولوجية المتاحة في هذا المجال وسيلة لتبادل النصوص والصور والأصوات، بشكل فوري ولحظي بين الأطراف كما أن تقنية البريد الإلكتروني تسمح بنقل المستندات والبيانات عبر الإنترنت[1392]، وكذا إجراء المؤتمرات المرئية أين يتواجد الأطراف بطريقة افتراضية. وفي هذا الصدد نجد لائحة

[1389] رغم ما وجه من انتقادات فيما يخص إمكانية تعديل محتوى البريد الإلكتروني الذي قد يمس بوثيقة العقد، إلا أن تطور التكنولوجيا تغلب على هذه المشكلة عن طريق استعمال برنامج حاسب آلي يقوم بتحويل صيغة النص من (word) إلى صورة ثابتة لا تعدل ولا تمحى مثل صيغة (pdf) أو أن يقوم صاحب هذا المحرر بحماية هذا الأخير بكلمة سر لا يمكن الولوج إليه إلا لمن يملك هذه الكلمة

[1390] بوديسة كريم، *التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية*، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص.134.

[1391] مقتبس من، خالد ممدوح إبراهيم، *التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية*...، المرجع السابق، ص.313.

[1392] حمودي ناصر، *النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكترونية*، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص.484.

المحكمة الالكترونية تنص في المادة 21 الفقرة الثانية على أنه:" *للمحكمة أن تستخدم كل وسيلة معقولة تسمح بتبادل البلاغات بشكل مناسب بين الأطراف*[1393]".

رابعاً.– إدارة جلسات التحكيم الإلكتروني:

إن الوسائل المتاحة في المجال الإلكتروني تسمح بإدارة جلسات التحكيم في الشكل الإلكتروني، من حيث إمكانية تبادل النصوص والصور والأصوات بشكل فوري. كما أن تقنية البريد الالكتروني تسمح بنقل المستندات والبيانات عبر الانترنت، بالإضافة إلى المؤتمرات المرئية (*Teleconference*) أين يتواجد أطراف النزاع مع بعضهم البعض تواجدا افتراضيا. على أن إجراءات التحكيم الالكتروني يجب إن لا تخل بالمبادئ الأساسية للتحكيم خاصة منها مبدأ احترام حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة[1394].

أما لائحة المنظمة العالمية للملكية الفكرية (*WIPO*) الخاصة بالمنازعات الإدارية في أسماء الحقول *CCA* فقد ورد بالمادة 48 منها على أن: "*مصطلح الجلسة (Audience) يشمل المداولات التليفونية والمداولات المرئية والتبادل الفوري والموثق للبلاغات الإلكترونية بأسلوب يسمح لكل الأطراف باستقبال وإرسال هذه البلاغات*"[1395].

خامساً.– صدور حكم التحكيم الالكتروني وتوثيقه:

يتعين على المحكمين بعد الانتهاء من نظر النزاع وختام أقوال الخصوم في النزاع المنظور أمامهم إصدار حكم في موضوع النزاع، ولهذا يتوجب على المحكمين إصدار حكمهم ضمن الآجال الزمنية المحددة لهم اتفاقا أو قانونا، ويجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد ضمن المدة التي تسمح بها القوانين.

يُعرف حكم التحكيم[1396] بأنه: "*جميع القرارات الصادرة عن المحكم والتي تفصل بشكل قطعي في المنازعة المعروضة عليه سواء كانت أحكاما كلية تفصل في الموضوع ككل أم أحكاما جزئية تَفصل في شق منه،*

[1393] مقتبس من، خالد ممدوح إبراهيم، *التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية*...، المرجع السابق، ص.313.

[1394] المرجع نفسه، ص.308.

[1395] مقتبس من، المرجع نفسه، ص.313.

[1396] يتضمن حكم التحكيم الالكتروني وعلى غرار حكم التحكيم التقليدي ما يلي: 1.– تاريخ ومكان صدوره؛ أما مكان صدور قرار التحكيم الإلكتروني فيكون وفقاً لاتفاق المحتكمين؛ ذلك أن آلية صدور قرار التحكيم الإلكتروني تخلو من المادية التقليدية حيث تتم عبر القنوات الرقمية من خلال شبكة الإنترنت والتي لا تعترف بالمكان التقليدي والحدود الجغرافية المعروفة، على خلاف التحكيم التقليدي الذي يصدر في دولة معينة ضمن حدودها الجغرافية، بحيث تعتبر هذه الدولة بالذات مكان صدور قرار التحكيم. 2.– تسبيب الحكم، ما لم يتفق المحتكمان على عدم

وسواء تعلقت بموضوع المنازعة ذاتها، أو بالاختصاص أو بمسألة تتعلق بالإجراءات أدت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة"[1397]. إن حكم التحكيم يعتبر حكما حقيقياً في النزاع تتوافر فيه عناصر العمل القضائي، ولا يُصدر المحكم قراره باسم أية دولة باعتبار عدم خضوعه لأي منها، وعلى الرغم من ذلك فإن قرار التحكيم يعتبر ورقة رسمية متى تم صدورها عن هيئة التحكيم[1398].

بعد الانتهاء من تقديم البيانات يتم إعلان إنهاء المحاكمة، لغاية صدور الحكم وذلك خلال 30 يوماً من الإعلان، ما لم تحل ظروف استثنائية دون ذلك، والتي يجب توضيحها للمركز والأطراف. كما لا يشترط الإجماع لصدور الحكم، إذ تكفي موافقة الأغلبية لصدوره، شريطة توقيع الحكم من رئيس الهيئة والأعضاء مع ذكر رأي العضو المخالف، إن لم يكن الحكم بالإجماع[1399].

بعد إصدارها للحكم التحكيمي، تقوم المحكمة التحكيمية بموافاة المركز بالحكم التحكيمي ليتكفل بدوره بتبليغ الأطراف، ليصبح ملزما لهم بمجرد الاستلام؛ مع احتفاظ المحتكمين بحقهم في الرجوع على هيئة التحكيم وطلب تصحيح الأخطاء المادية التي اعترت القرار، أو سؤالها تفسير الغموض الذي يشوب حيثيات القرار[1400]. كما أن لهم الحق في طلب إصدار حكم إضافي إذا ما أغفلت الهيئة الفصل في مسألة تتعلق بالنزاع، وذلك خلال 30 يوماً من استلام الحكم. حيث تلتزم الهيئة بإجابة هذه الطلبات خلال 60 يوماً من استلامها للطلب إذا ما رأت صحته. الملاحظ أن مهلة الستين يوماً تعد طويلة، وخصوصاً أن المحتكمين قد لجئا بداية للتحكيم الإلكتروني لما يوفره لهما من سرعة في فض النزاع. وعليه كان يتوجب تخفيض هذه المهلة بما لا يزيد على عشرة أيام[1401].

تشترط مجمل القوانين الوطنية إيداع حكم التحكيم لدى قلم كتاب المحكمة التي يوجد بها القاضي المختص بتنفيذه، لكي يحصل الحكم على صيغة الأمر بالتنفيذ. وفي حالة تحديد مكان التحكيم، فإن حكم التحكيم الالكتروني يكون له جنسيته الخاصة مثل أحكام التحكيم العادية. وبذلك يمكن تقسيم أحكام

التسبيب. 3.- رسوم وأجور ونفقات المحكمين والخبراء وأية نفقات أخرى استلزمتها عملية التحكيم. مقتبس من، هند عزمي أبو مغلي، محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص.794.

[1397] مقتبس من، هند عزمي أبو مغلي، محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص.794.

[1398] خالد ممدوح إبراهيم، *التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية*...، المرجع السابق، ص.316-317.

[1399] هند عزمي أبو مغلي ومحمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص.794.

[1400] عماد الدين المحمد، المرجع السابق، ص.161.

[1401] هند عزمي أبو مغلي ومحمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص.794.

التحكيم من حيث التنفيذ إلى تنفيذ في بلد صدور حكم التحكيم، ابن يخضع لإجراءات تنفيذ أحكام التحكيم التقليدية ويعتبر كأي حكم محلي، أو تنفيذ واعتراف في البلاد الأجنبية[1402].

إن الحكم التحكيمي إلزامي التنفيذ[1403] ولكن هذه الإلزامية محدودة، فتنفيذه موقوف على رغبة الطرف المعني، ففي حالة الرفض ما على الطرف الأخر سوى التقدم إلى المحكمة المختصة بدولة التنفيذ للحصول على الصيغة التنفيذية.

وتتمثل إجراءات تنفيذ الحكم في دولة التنفيذ فيما يلي:

1- يتقدم الصادر لصالحه حكم التحكيم إلي المحكمة المختصة بدوله التنفيذ حتى يحصل علي صيغة الأمر بالتنفيذ لحكم التحكيم، وان كانت بعض الأنظمة لا تشترط ذلك.

2- يراقب قاضي التنفيذ الصحة الشكلية لحكم التحكيم الالكتروني المتعلقة بقابليته للتنفيذ بالدولة، ثم يصدر الحكم التحكيمي بعد ذلك مذيلا بالصيغة التنفيذية.

إن شروط تنفيذ حكم التحكيم هي[1404]:

1- أصل اتفاق التحكيم أو صوره رسميه منه؛
2- حكم التحكيم مترجم إلي اللغة الرسمية لدولة التنفيذ إذا كان بلغة مختلفة؛
3- إعلان الخصم الآخر إعلانا قانونيا؛
4- عدم تعارض حكم التحكيم مع النظام العام الداخلي[1405].

[1402] عماد الدين المحمد، المرجع السابق، ص.1062.

[1403] مع العلم أن مكان صدور قرار التحكيم يتوقف عليه اعتبار حكم التحكيم أجنبياً أو وطنياً بالنسبة للدولة المطلوب أمامها تنفيذ قرار التحكيم، حيث يعتبر قرار التحكيم وطنياً في الحالة التي يطلب فيها تنفيذ قرار التحكيم أمام ذات الدولة التي صدر قرار التحكيم فيها، في حين يعتبر قرار التحكيم أجنبياً عندما يطلب تنفيذ قرار التحكيم أمام دولة تختلف عن الدولة التي صدر قرار التحكيم فيها، نقلا عن: هند عزمي أبو مغلي ومحمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص.794.

[1404] ويشترط لتنفيذ حكم التحكيم سواء كان تقليديا أو الكترونيا بالجزائر ما يلي:

- أصل اتفاقية التحكيم أو نسخة تستوفي شروط صحتها.
- أصل حكم التحكيم أو نسخة تستوفي شروط صحته.
- ترجمة اتفاقية التحكيم إلى اللغة الرسمية لدولة التنفيذ (اللغة العربية طبعاً)؛ إذا صدر بلغة مختلفة، حيث تشترط المادة 08 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ترجمة جميع الوثائق المقدمة لهيئة المحكمة إلى اللغة العربية.
- عدم مخالفة حكم التحكيم للنظام العام الداخلي.

وفيما يتعلق بمسألة الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الإلكتروني، فقد ورد في اتفاقية نيويورك الصادرة في 07 من جوان سنة 1958[1406] بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، ضمن المادة الخامسة منها[1407] الأسباب التي تجيز رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم بناء على طلب الخصم الصادر ضده. بينما أضاف القضاء الأمريكي أسبابا أخرى[1408].

لا يثير حكم التحكيم العادي أي مشكلة فيما يتعلق بالحفظ، فقد ورد بالمادة 28 الفقرة الرابعة من القواعد المنظمة لغرفة التجارة الدولية على أن يودع أصل الحكم لدى أمانة المحكمة. ولكن تبدو الصعوبة في التحكيم الالكتروني؛ لان مفردات السلامة والسرية والنسخة الأصلية تبدو ذات أهمية قصوى وتحتاج إلى تدقيق ومراجعة بالنسبة لمفهوم المستندات الالكترونية. حيث لم تشر اتفاقية نيويورك ولا القواعد المنظمة للمحكمة الافتراضية إلى مسألة الحفظ، وان كانت هذه الأخيرة قد نصت في المادة 63 الفقرة السادسة على أن يعرض الحكم على موقع القضية. إلا أن المادة العاشرة من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية أشارت إلى بعض الشروط التي يجب توافرها لحفظ الوثائق الالكترونية وهي:

1- سهولة الإطلاع على المعلومات التي تتضمنها هذه الوثائق في وقت لاحق؛
2- الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشئت أو أرسلت ارتم استلامها به؛
3- الاحتفاظ بالمعلومات التي تتعلق بمنشئ رسالة البيانات، وجهة وصولها وتاريخ ووقت إرسالها واستلامها[1409].

[1405] هند عزمي أبو مغلي ومحمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص.1065.

[1406] *The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, commonly known as the New York Convention, was adopted by a United Nations diplomatic conference on 10 June 1958 and entered into force on 7 June 1959. Available at: https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-E.pdf

[1407] Article 5: «*Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that*:..». *The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, Op.cit.

[1408] أشارت إليه، بتوجي سامية، *التحكيم الالكتروني، عرض مقدم في إطار الدراسة النظرية لمقياس التحكيم الدولي*، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2009/2008، ص.34، تاريخ الاقتباس: 2018/02/20، متاح على الرابط التالي:
www.lawjo.net/vb/attachment.php?attachmentid=966&d=1270056425

[1409] مقتبس من، لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص.276-277.

الفرع الثالث

تطبيقات التحكيم الالكتروني

للتحكيم الالكتروني العديد من التطبيقات، وجدت تسوية المنازعات عبر شبكات الحواسيب الآلية تطبيقات فعلية ومتنوعة من خلال مبادرات خاصة تبنتها بعض التنظيمات الإقليمية والاتحادات المهنية. نذكر منها مشروع القاضي الافتراضي ومحكمة الفضاء، وكذا هيئة الانترنت للأسماء والأرقام المخصصة (*ICANN*).

أولاً.– مشروع القاضي الافتراضي أو المحكمة الافتراضية:

تتمثل التجربة الأولى في مجال تسوية الخصومات عبر الفضاء الالكتروني في برنامج القاضي الافتراضي[1410]، وهو مشروع أمريكي تم إرساء دعائمه في مارس سنة 1996، ويتولى إدارته والإشراف عليه عدة جهات وهي:

1- **معهد قانون الفضاء**[1411]: *Cyberspace Law Institute*

2- **جمعية التحكيم الأمريكية**[1412]: *American Arbitration Association*

3- **المركز الوطني لأبحاث المعلومات**[1413]: *National Centre for Automated Information Research*

4- **مركز القانون وقواعد المعلومات:.** *Villa Nova Center For Law and Information Policy*

والهدف الرئيسي لهذا المشروع هو إعطاء حلول سريعة للمنازعات المتعلقة بالإنترنت عن طريق وسيط يتمثل في قاضي محايد، يكون خبيرا في الفصل في المنازعات الالكترونية، والقوانين الناظمة للتجارة الإلكترونية وعقودها، وقانون الإنترنت، ومنازعات العلامات التجارية والملكية الفكرية، وغيرها من الموضوعات المتصلة بهذه التجارة[1414].

يقوم القاضي الافتراضي المتخصص بالتحاور مع أطراف النزاع الذين طلبوا الخضوع لأحكام هذا النظام عن طريق البريد الإلكتروني؛ وذلك بأن يرسل الطرف المضرور طلبة إلى سكرتير المحكمة الافتراضية،

[1410] *Virtual Magistrate Project or Virtual Tribunal.*

[1411] راجع موقع معهد قانون القضاء على الرابط التالي: http://www.11.georgetown.edu/ic/cli.htm

[1412] راجع موقع جمعية التحكيم الأمريكية على الرابط التالي: http://www.ard.org

[1413] راجع موقع المركز الوطني لأبحاث المعلوماتية على الرابط التالي: http://www.cilp.org/ncai

[1414] بن عباس نورة، *تسوية النزاعات المتعلقة بالتجارة الالكترونية*، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011/2010، ص.156.

ويقوم السكرتير بعرض الطلب على المحكمة، التي عليها أن تعلن الطرف المدعي عليه بطلب التعويض المقدم ضده، وعلى كل طرف أن يرسل كافة مستنداته ومذكراته إلى المحكمة عن طريق البريد الالكتروني، وعلى المحكمة أن تفصل في النزاع خلال 72 ساعة، ويكون حكم المحكمة نهائياً غير قابل للاستئناف. وتجدر الإشارة إلى أن القرار الذي يصدره القاضي يكون مجردا من القيمة القانونية إلا إذا قبله الأطراف، وفي العادة تقبل الأطراف القرار لأنهم لجئوا إلى المحكمة الافتراضية برغبتهم واختيارهم[1415].

وتختص المحكمة الافتراضية بكافة المنازعات الالكترونية المتعلقة بشبكة الانترنت، طالما أن النزاع المرفوع أمام المحكمة الافتراضية لم يخالف النظام العام، فإذا خالف النظام العام أصبح اختصاص المحكمة باطل، ومنه يصير الحكم الصادر عنها عديم الحجية. ويكون موضوع النزاع مخالف للنظام العام إذا كان مما لا يجوز الصلح فيه، فالمسائل الجنائية لا يمكن أن تكون محلاً للقضاء الافتراضي، باعتبار أن ما يقوم به القضاء الافتراضي وساطة وتحكيم بين الطرفين. وحيث أن الحق في التعويض من الحقوق التي يجوز التصرف فيها والصلح بشأنها، ومن ثمة فطلب التعويض الناشئ عن الفعل الضار الذي يكون محلاً لجريمة معلوماتية يجوز أن تنظره المحكمة الافتراضية[1416].

يعد الحكم الصادر في قضية "*Tierney and Email Ameica*" في 08 من ماي سنة 1996[1417]؛ أول حكم صدر بموجب نظام القاضي الافتراضي. وكانت هذه القضية تتعلق بالإعلان الذي نشرته شركة "*Email Ameica*" على شبكة الانترنيت، وفقا لنظام أمريكا المباشر على شبكة الانترنيت (*America Online System*)، وتضمن هذا الإعلان عرضا لبيع خمسة ملايين عنوان للبريد الالكتروني، الخاصة برسائل البريد الالكتروني "*Bulk*"، طالب المشتكي بإزالة الإعلان كونه كان مخادعا ويهدف للربح السريع وفيه تعدي على خصوصيته، وبعد دراسة الطلب من قبل القاضي، طلب هذا الأخير من الشركة إزالة الإعلان خلال أربعة أيام من تاريخ تسلم الشكوى، في مقابل ذلك استجابت الشركة ونفذت حكم القاضي[1418].

[1415] Cf. TILMAN.(V.)., *Arbitrage et Nouvelles Technologies: Alternative Cyberdispute Résolution*, p.6. Disponible à: http://www.droit.fundp.ac.be/textes/adr.pdf

[1416] معتز عفيفي، *المحكمة المختصة بدعوى التعويض عن المعلوماتية بين منصة القضاء ومنصة التحكيم*، ط.1، هيئة قضايا الدولة، ص.32.

[1417] Cf. Tierney v. Email Ameica, Docket N^0 96-0001, 8th May 1996.

[1418] Cf, Damian.Sturzaker, *Dispute Resolution In The New Millennium Arbitration*, ADR Bulletin, 1999, vol.02: N0 06.Article 03. Available at: http//www.epublications.bond.edu.au/adr/vol12/iss6/3 .

الشاهد من خلال هذه القضية هو أنه فعلا مشروع القاضي الافتراضي اثبت جديته من خلال تجربته العملية في صياغة الحلول؛ وفي ذلك يعبر عن وجود قواعد مادية تصدر داخل مجتمع الانترنيت. وان كان على العموم فكرة القاضي الافتراضي لا تحظى بالإجماع كما يرى بعض الكتاب باعتبارها سابقة لأوانها. كما يثور التساؤل عن الأحكام الصادرة المجردة عن أية قوة تنفيذية، لأنه إذا لم تتكون هيئات تحكيمية فعلية بالمعنى القانوني، فلا يمكن أن تحظى قرارات القاضي الافتراضي بالصيغة التنفيذية، ولا يمكن أن تنفذ إلا بصورة إرادية أو طوعية. إلا أن رأياً آخر يعتقد أن نجاح تجربة القاضي الافتراضي ستشجع في ظهور هيئات تحكيمية فعلية قادرة على مراعاة التباين بين الدول. باعتبار أن التحكيم هو وسيلة طبيعية لحل المنازعات في مجال التجارة الإلكترونية، فليس من المستحيل أن توجد هيئات تحكيمية متوافقة مع الشبكات المعلوماتية[1419].

ثانياً.– محكمة الفضاء (*cyber Tribunal*):

نشأت هذه المحكمة[1420] وتكونت في كندا بمركز بحوث القانون العام (*Centre de Recherches en droit public*) بكلية الحقوق بجامعة مونتريال في سبتمبر سنة 1996. وقد تم انطلاقها الرسمي في 04 من جوان سنة 1996، ووفقاً لنظام هذه المحكمة، تتم كافة الإجراءات إلكترونياً على الموقع الشبكي للمحكمة ابتداءً من طلب التسوية، ومروراً بالإجراءات اللازمة لسير القضية، وانتهاءً بإصدار الحكم وقيده على الموقع الإلكتروني للمحكمة[1421].

وتهدف هذه المحكمة إلى إيجاد حلول للمشكلات التي تثور في مجتمع الفضاء الإلكتروني، بالإضافة إلى توحيد القواعد القانونية المطبقة على المعاملات الموجودة على شبكة الإنترنت، وبثاً للثقة في هذا النظام تصدر المحكمة شهادات مصادقة على المواقع الإلكترونية التي تتحقق فيها الشروط المطلوبة، وتجيز هذه الشهادات لأصحاب المواقع أو المسئولين عنها تسوية منازعاتهم وفقا لإجراءات المحكمة. لذلك يجب أن يكون هؤلاء على علم تام بالمبادئ التي يكفلها هذا النظام من أجل احترامها والالتزام بقواعد السلوك التي تتضمنها[1422].

[1419] هند عزمي أبو مغلي، محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص.787.

[1420] راجع موقع المحكمة على الرابط التالي: http://www.cybertribunal.org

[1421] صالح المنزلاوى، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية*، المرجع السابق، ص.164.

[1422] المرجع نفسه، ص.165.

وبالاستعانة هيئات غير حكومية فإن المحكمة تهدف إلى وضع قواعد سلوك تستجيب لطبيعة التجارة الإلكترونية وتضمن سلامة بياناتها من ناحية. ومن ناحية أخرى، تسوية منازعاتها بموجب نظام يكفل مصداقية الإجراءات الإلكترونية وينضم إليه أطراف النزاع ويحقق الارتباط بينهم بموجب إطار تعاقدي، وذلك من خلال إيجاد حلول للمشكلات التي تثور في مجتمع الفضاء الإلكتروني، بالإضافة لتوحيد القواعد القانونية المطبقة على المعاملات الموجودة على شبكة الإنترنت[1423].

وتشترك هذه المحكمة مع باقي المحاولات المشابهة، وبصفة خاصة القاضي الافتراضي في محاولة منها خلق أو إنشاء قواعد غير رسمية تطبق على الفضاء *(cybernet)*، إذ أن إدارة إجراءات المحاكمة تخضع لسلطة المحكمة، ولا يوجد قانون إجرائي رسمي يطبق في هذا المجال[1424]. وفي كل الأحوال تسعى المحكمة الفضائية للتوصل إلى طريقة عادلة ومتوازنة تمنح لكل طرف فرصة الاستماع إليه على نحو كاف[1425].

أما عن اللغة التي تستخدمها هذه المحكمة فإن هذه المحكمة تتميز بتقديم خدماتها باللغتين الفرنسية والإنجليزية، فمجرد وجودها في دولة ذات طبيعة قانونية مختلطة وهي مونتريال تجمع بين النظامين اللاتيني والأنجلوساكسوني مما يؤدى إلى توحيد القواعد القانونية بين أنظمة ذات ثقافات متباينة[1426]. أما عن نطاق اختصاص هذه المحكمة، فالملاحظ أن هذه المحكمة تتميز عن القاضي الافتراضي في اختصاصها أو نطاق تطبيقها، حيث تشمل خمسة مجالات هي: التجارة الإلكترونية، المنافسة، وحق المؤلف، وحرية التعبير، والحياة الخاصة[1427]، ولكن هذا لا يعنى أن اختصاصها غير محدد، بل إنه محدود بالنظام العام، فهي لا تفصل في المسائل ذات الصلة بالنظام العام، ولكن تعالج المسائل ذات الصلة بالقانون الجديد للتكنولوجيا. وتقوم محكمة الفضاء بالفصل في القضايا بطريقتين بطريق الوساطة أو بطريق التحكيم، وهذه الخدمة التي تقدمها المحكمة مجانية. والمحكمة تضمن سرية المعلومات الخاصة بالقضايا المنظورة أمامها عن طريق التشفير، ويتم اختيار المحكمين الذين يقومون بالوساطة عن طريق سكرتير المحكمة من ضمن قامة خبراء قانونيين وفنيين في مجال القضاء[1428].

[1423] محمد بلاق، *ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات العقود الالكترونية بين الاتجاهين التقليدي والحديث*، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، 2016/10/03، عدد 4، ص.23.

[1424] راجع المادة 14-1 من نظام المحكمة.

[1425] راجع المادة 14-2 من نظام المحكمة

[1426] Cf, CACHAD (O.)., *Le Contrat Electronique International*, Bruylant, 2ème.éd., 2002, p.280.

[1427] محمد بلاق، *ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي*...، المرجع السابق، ص.23.

[1428] صالح المنزلاوى، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية*، المرجع السابق، ص.165.

وقد نالت حماية المستهلكين عناية المحكمة، ولهذا فإن العقود التي تفصل فيها تقوم بتفسيرها لصالح المستهلكين، والقانون الواجب التطبيق هو قانون المستهلك. ويستطيع المحكم وفقاً لنظام المحكمة أن يظهر دوراً فعالاً لكي يتسم بالمرونة في الإجراءات ولتقديم أفضل حماية للمستهلك، وبذلك يمكنه أن يبحث بنفسه عن معلومات تكميلية وعن أدلة إثبات من أجل سريان الدعوى ونظر القضية.

ثالثاً.– هيئة الانترنت للأسماء والأرقام المخصصة (*ICANN*) بعد جديد لتسوية النزاع الالكتروني:

لقد انصب الاهتمام في ميدان حل المنازعات على الشبكة، على منازعات عناوين المواقع والعلامات التجارية، حيث ركزت منظمات دولية كالمنظمة العالمية للملكية الفكرية ويبو(*wipo*)، ومنظمات متخصصة كمؤسسة الإنترنت لمنح الأسماء والأرقام الإيكان (*ICANN*)[1429]؛ على هذه الوسائل الحديثة في تسوية المنازعات المتصلة بالملكية الفكرية. حيث طور مركز المنظمة العالمية للملكية الفكرية للتحكيم والوساطة نظام حل النزاع عبر الشبكة العالمية، الذي يمكن أن يقدم وسائل حيادية وسريعة ورخيصة؛ لحل المنازعات الناشئة في نطاق التجارة الإلكترونية من دون حاجة لانتقال الأشخاص والأشياء[1430]. لذلك يمكن تحديد خصائص نظام تسوية منازعات أسماء الدومين على الإنترنت في كون إجراءات التسوية تجري من خلال آليات إلكترونية مثل البريد الإلكتروني. ويوفر مركز (*WIPO*) نماذج الشكاوى والردود عليها، كما يقوم بحفظ لقواعد البيانات لإدارة القضايا، وهو لا يعتمد في تشغيل النظام على أماكن وجود أو مواطن أصحاب الشكوى أو المدعى عليهم أو المسجلين، من حيث أنه قد روعي في تصميم النظام أن يكون نموذجيا وعالمي النطاق على الأقل بالنسبة لمنازعات أسماء الدومين من المستوى النوعي العالي، مثلما روعي فيه أن يتم تشغيله دون حاجة للوجود المادي للأشخاص في مكان محدد[1431]. ورغم توجه النظام المذكور إلى عناوين المواقع والعلامات التجارية بصورة خاصة إلا أن الخصائص التي يتمتع بها تمكن استخدامه في جوانب أخرى للتجارة الإلكترونية[1432].

يسمح نظام أسماء الدومين (*DNS*) لمستخدمي شبكة الإنترنت الاتصال بالموقع المطلوب وتبادل البيانات معه عن طريق استخدام مجموعة من الحروف توصل إليه، وفي هذا الإطار أصدرت مؤسسة الإنترنت لتخصيص الأسماء والأرقام (*ICANN*) العديد من الوثائق المتعلقة بالموضوع منها:

[1429] ICAN: *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers.*

[1430] *Wipo Arbitration rules, and wipo study.paragraphs*, p.97-101. available at: http://www.arbiter.wipo.int/arbitration/arbitratio-rules/awards.

[1431] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص.ص.259 وما بعدها.

[1432] Cf. *Unctad-Legal Dimensions of electronic Commerce*, TD/B/COM.3/EM.8/2, para.28,29, p.9-10.

1. وثيقة المبادئ الصادرة في 26 من أوت ستة 1999 دخلت حيز التنفيذ في 01 من ديسمبر سنة 1999 وتضمنت السياسة الموحدة لتسوية منازعات أسماء الدومين؛
2. لائحة الإجراءات الصادرة 24 من أكتوبر سنة 1999 المتضمنة قواعد وإجراءات نظام التسوية[1433].

كما اعتمدت مؤسسة الإنترنت لمنح الأسماء والأرقام النظام الموحد لحل منازعات عناوين المواقع[1434]، وتضمن هذا النظام آلية جديدة لحل النزاع المتعلق بعنوان موقع بتفضيل الحلول الودية على الحلول القضائية. حيث أوجدت "*ICANN*" هيئات تحكيمية معتمدة من قبلها لحل المنازعات حول عناوين المواقع، حيث تتلقى الشكاوى وتبلغها إلى الذين سَجّلوا باسمهم عناوين المواقع المشكو منها. وتطبق الهيئات التحكيمية مجموعة من القواعد والمبادئ التي تساهم في حل المنازعات الناشئة عن التشابه بين عناوين المواقع وبين علامات تجارية أو مميزة أو مشهورة بالحماية القانونية[1435].

الفرع الرابع

مدى ملائمة قواعد التحكيم الالكتروني لفض منازعات التجارة الالكترونية

ومع الأهمية لهذه المميزات التي تميز التحكيم، إلا أن فيه من المخاطر والانتقادات المصاحبة له، ما قد يشكك في مدى جدواه وفعاليته، ومن هذه الأخطار:

أولاً.– مشكلات التحكيم الالكتروني:

على الرغم من المميزات الايجابية للتحكيم الالكتروني مقارنة بالقضاء العادي وكذلك التحكيم التقليدي، غير انه لا يخلو من المخاطر والمعوقات والتي عادة ما تنبع من طبيعته الافتراضية غير الملموسة، وهو الأمر الذي لا يحول دون التشكيك في فعاليته.

ومن هذه المخاطر والمعوقات نذكر ما يلي:

[1433] يتوجي سامية، المرجع السابق، ص.19.

[1434] *The Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* (UDRP), 1999, available at: http://www.icann.org/udrp/udrp-rules -24 oct 1999.

[1435] طوني ميشال عيسى، *التنظيم القانوني لشبكة الانترنت: دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية*، ط.1، مكتبة صادر، بيروت، 2001، ص.80.

1.– عدم ملائمة التشريعات الداخلية للتحكيم الإلكتروني:

يتطلب التحكيم كأسلوب لفض المنازعات شروطا شكلية معينة لإبرام اتفاق التحكيم، وشكلية معينة لإصدار قرار التحكيم، وشروط معينة لتنفيذ حكم التحكيم، وقد يكون من المتعذر استيفاء التحكيم الإلكتروني لكل ما تتطلبه تلك القواعد القانونية التي استقرت لتحكم تعاملات تجارية مادية تتناسب نزاعاتها مع آليات تحكيم تقليدي يتم بوسائل وإجراءات تقليدية، فضلاً عن أن أغلبية النظم القانونية لازالت بعيدة عن مواكبة التطور السريع الحاصل في مجال التجارة الإلكترونية[1436].

2.– عدم تطبيق المحكمة التحكيمية للقواعد الآمرة:

يخشى الأطراف لاسيما الطرف الضعيف في العقد أو المعاملة التجارية اللجوء إلى التحكيم بصفة عامة والتحكيم الالكتروني بصفة خاصة؛ بسبب الخشية من عدم تطبيق القواعد الآمرة والحماية التي يتضمنها القانون الوطني، وبالخصوص إذا كان هذا الطرف مستهلكاً؛ مما يتولد عنه بطلان حكم التحكيم واستحالة تطبيقه وتنفيذه[1437]. وكذلك عند اختيار القانون الواجب التطبيق غير قانون المستهلك الوطني ليحكم النزاع، فإنَّ المحَكم لن يطبق هذه القواعد الحمائية المنصوص عليها في قانون المستهلك الوطني، فهو لا يطبق إلا القانون المختار، وذلك لأنه ليس قاضياً فلا يلتزم بتطبيق القواعد الآمرة، حتى في الدولة التي يوجد فيها مقر محكمة التحكيم. لذا فقد عارض كثيرون اللجوءَ إلى التحكيم، لأن حمايةَ الطرف الضعيف تكون دائماً من خلال القواعد الآمرة التي يضعها مشرعو الدول لحماية طائفة خاصة أو مصالح جماعية، ولا يهتم المحَكم إلا بحل النزاع بين الأطراف من دون النظر إلى مصالح السياسة التشريعية العليا للدول[1438].

3.– المخاطر المهددة لسرية التحكيم الالكتروني:

يعد الحفاظ على سرية النزاع والفصل فيه أحد الدوافع المهمة للجوء إلى التحكيم دون القضاء، ولاسيما فيما يتعلق بالمنازعات التجارية، وإذا كان الأمر يصدق على التحكيم التقليدي، فإن التحكيم

[1436] فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص.734.

[1437] نبيل زيد مقابلة، التحكيم الالكتروني، 2007، ص.3. بحث متاح على الرابط التالي:
http://www.arab-elaw.com/show-similar.aspx?id=81 ,.

[1438] هشام بشير، التحكيم الإلكتروني: مقال بعنوان "المزايا والعيوب"، متاح على الرابط التالي:
http://www.araa.ae/index.php?view=article&id=686:2014-06-24-10-47-17&Itemid=172&option=com_content

الإلكتروني قد لا يحقق السرية المبتغاة بذات النسبة التي يحققها التحكيم التقليدي[1439]، فإجراءات التحكيم الإلكتروني تتم غالبا عبر الإنترنت، وهذا الوسيط قد يشكل تهديدا لسرية التحكيم من أكثر من جانب[1440]. فإمكانية اختراق سرية عملية التحكيم من قبل قراصنة شبكة الانترنيت واردة بقوة مما يهدد سرية العملية التحكيمية برمتها. فالحفاظ على سرية النزاع والفصل فيه يعد من الدوافع الأساسية للجوء إلى التحكيم دون القضاء، لأن التجار والشركات التجارية يسعون للمحافظة على ما يخصهم من معلومات سرية وأسرار تجارية لمنع كشفها من قبل الشركات التجارية المنافسة. فالمحافظة على السرية تتحقق بالتحكيم العادي على اعتبار أن جلساته تقتصر على الخصوم فقط خلافاً للقضاء الذي تكون جلساته علنية دائماً إلا في بعض الحالات الاستثنائية[1441].

4.- مكان وزمان التحكيم الالكتروني المتميز بعدم التوطين:

يضاف إلى قائمة العقبات التي تواجه الاعتراف بأحكام التحكيم الصادرة بناء على إجراءات جرى انجازها عبر شبكات الاتصال الالكترونية؛ أن بعض قواعد التحكيم القائمة يرتبط تطبيقها تركيز التحكيم تركيزا مكانيا، سواء فيما يتعلق بمكان التحكيم ذاته أو فيما يتصل بمكان صدور حكم التحكيم. وعلى هذا الأساس فإن الآثار التي ترتبها القواعد المذكورة على تحديد مكان التحكيم تتطلب بحث كيفية تحديده في حالة جريان التحكيم عبر شبكات الاتصال الالكترونية. وبالمثل فإن طبيعة هذه الشبكات تثير التساؤل حول المكان والوقت الذين يعتبر حكم التحكيم قد صدر فيهما[1442]. إذ أن تحديد المكان يترتب عليه آثار كثيرة ومهمة، فما هو المكان الذي يعتبر أنه مكان التحكيم؟ هل هو مكان المحكم – فردا أو متعدداً- أو مكان المورد أو المستخدم في عقود خدمات المعلومات الإلكترونية، أو مكان إبرام العقد أو تنفيذه؟ هذه المسائل خطيرة وترتب آثاراً مهمة بالنسبة لاعتبارات التنفيذ والاعتراف بالحكم التحكيمي الإلكتروني. هذه المسائل وغيرها

[1439] سرية التحكيم الالكتروني تعتبر سلاح ذو حدين، حيث أن هناك أشخاص مثل الخبراء يتطلب دخولهم إلى المواقع الحصول على الأرقام السرية، هذا ما يعني أن معرفة الأرقام السرية، لم تعد قاصرة على أطراف النزاع وحدهم وهو ما يشكل تهديدا لسرية التحكيم. فبالرغم من حرص مراكز التحكيم الالكتروني وعملهم على توفير بيئة آمنة وعلى مستويات مختلفة، سواء لحظة إرسال البيانات أو عند التخزين، فإن الأمر لا يسلم من انتهاك داخلي أو خارجي للبيانات. مقتبس من، محمد إبراهيم ابو الهيجاء، المرجع السابق، ص.62.

[1440] خالد ممدوح إبراهيم، *التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية...*، المرجع السابق، ص .254.

[1441] أسعد فاضل منديل الجياشي، *النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني*، تاريخ الاقتباس: 2018/01/10، مقال متاح على الرابط التالي: http://profasaad.info/?page_id=66

[1442] احمد شرف الدين، *الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآلية تسوية منازعاتها...*، المرجع السابق، ص.1603-1604.

بحاجة إلى دراسات شاملة لكل جزئية من هذه المسائل، وتتطلب تدخلاً تشريعياً إضافة إلى إبرام اتفاقيات الدولية بشأنها[1443].

5.- اتفاق التحكيم بين واقع الكتابة التقليدية ومتطلبات الكتابة الالكترونية:

تتطلب بعض القوانين الوطنية لصحة طائفة من العقود ضرورة إفراغها في الشكل الكتابي، كذلك فإن ثمة تنظيمات قانونية أخرى تشترط نفس الشكل بالنسبة لبنود تسوية منازعات العقود مثل بنود التحكيم. ذلك أن بعض القوانين الوطنية[1444] والاتفاقيات الدولية[1445] تشترط الشكل الكتابي لصحة اتفاق التحكيم. حيث لا خلاف أن مصطلح الكتابة يشمل الكتابة الخطية لبنود العقد أو اتفاق التحكيم موقع عليه من الطرفين؛ غير أن استخدام وسائل الاتصال الحديثة في إبرام العقود والاتفاقيات أثار من جديد التساؤل عن معنى الكتابة المطلوبة في تحرير بنود التحكيم عندما يستخدم طرفا المعاملة الوارد فيها هذه البنود تلك الوسائل، أو عندما يستعمل الطرفان وسائل اتصال الكترونية للاتفاق على التحكيم. رغم أن ثمة اتجاها فقهيا[1446] غالبا يذهب في تفسير الشرط الكتابي لاتفاق التحكيم إلى انطباقه في حالة التلكس والفاكس. إلا انه لوحظ أن العديد من المعاهدات والاتفاقيات بشأن التجارة الدولية لا تأخذ في اعتبارها الواقع الذي فرضه انتشار التجارة الالكترونية، لأنها لم تعتبر الوسائل الالكترونية كأسلوب كتابي معترف به قانونا، ولا شك أن اختلاف القوانين الوطنية في مسألة مدى تحقق شرط الكتابة في الرسائل الالكترونية من شأنه أن يثير العديد من الصعوبات في حالة طلب تنفيذ حكم التحكيم في بلد لا يأخذ بالتفسير الواسع لشرط الكتابة.[1447]

[1443] هند عبد القادر سليمان، دور *التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الالكترونية*، المرجع السابق، ص.13-14.

[1444] المواد: 108 و1012 بالنسبة للتحكيم الداخلي، و1052 بالنسبة للتحكيم الدولي من *قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري*، وكذلك المادة 12 من قانون التحكيم المصري.

[1445] المادة 2-2: "*شرط كتابة التحكيم يتحقق إذا ورد في عقد أو في اتفاق تحكيم موقع عليه من أطرافه أو تضمنته خطابات أو برقيات متبادلة*". *اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها* لسنة 1958.

Article 2: «*The term "agreement in writing" shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams*». The New York Arbitration Conventionon the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York, 10 June 1958, Op.cit.

[1446] أشار إليه، أحمد شرف الدين، *الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآلية تسوية منازعاتها...*، المرجع السابق، ص.1604.

[1447] المرجع نفسه، ص.1604-1605.

6.– مشكلة تنفيذ الحكم الالكتروني وتوثيقه:

إن الاعتراف بحكم التحكيم الالكتروني قد يواجه عقبة كبيرة حال تنفيذه في الدول التي لا يوجد ما يلزم محاكمها بالاعتراف بالأحكام الصادرة في قضايا التحكيم التي جرت إجراءات النظر وإصدار الحكم فيها على الخط المباشر، وأيضا أحكام التحكيم التي تبنى على بنود تحكيمية واردة في عقود الكترونية. وإذا كانت اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها تلزم محاكم الدول الأطراف فيها الاعتراف باتفاقات التحكيم والأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية؛ إلا أن هذا الالتزام مشروط بشروط عديدة منها ان يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وموقعا من أطرافه وان حكم التحكيم موقعا، وهي شروط يحتاج التحقق من توافر مقتضياتها في الطرق الالكترونية لتسوية المنازعات النظر في توسيع مفهوم بالكتابة والتوقيع ليستوعب التطور الذي لحقهما في عصر ثورة المعلومات والاتصالات[1448].

كما يعد التوثيق كذلك المشكلة العامة التي تواجه نمو التجارة الالكترونية عموما والتحكيم الالكتروني خصوصا؛ لإمكانية التحايل من خلال شبكة الانترنيت واختفاء هوية المتعاقد الحقيقية ودور التوقيع الالكتروني في الحد من ذلك[1449].

ثانياً.– محاولة تفادي الصعوبات التي يثيرها التحكيم الالكتروني:

إن تحديد هوية ومنه أهلية المتعاقدين عبر الانترنيت إجراء صعب، غير انه ومع التطورات التقنية يمكن تحديدها، كالبطاقات الذكية التي توفر حلولا أكثر نجاعة، وكذلك سلطات الإشهار وآلية عملها في تحديد هوية المتعاقدين في العمليات التجارية. فمن الناحية التقنية يمكن اللجوء إلى سلطات الإشهار وتطبيقها في اتفاقيات التحكيم قصد تحديد أهلية المتعاقدين من خلال تحديد هويتهم. كما يمكن اقتراح إلزام الطرف الذي يرغب في الاتفاق على عرض نزاعه الحالي أو المستقبلي على إحدى مراكز التحكيم عن بعد بالكشف عن هويته وسنه، وفي حالة إغفال ذلك لن يسمح له بتاتا بالمضي قدما في اتفاقه[1450].

[1448] فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص.734.

[1449] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، *التحكيم الالكتروني*، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص.62.

[1450] بن عباس نورة، *تسوية النزاعات المتعلقة بالتجارة الالكترونية*، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، بن يوسف بن خدة، 2011/2010، ص.144-145.

وفي هذا الصدد، اشترط الاتفاق النموذجي الأوروبي لتبادل البيانات إلكترونياً أن تشمل الإجراءات الأمنية التحقق من منشئ الرسالة والتحقق من صحتها وعدم رفض منشئ الرسالة لها وتلقى البيانات إلكترونياً مع مراعاة سريتها[1451]. وما يؤكد عليه الاتفاق هو أن التدابير الأمنية للتحقق من منشئ الرسالة وصحتها إلزامية في حالة تبادل البيانات إلكترونياً. وللتأكد من شخصية المتعاقد يلزم أن يوقع صراحة على إعلان يوضح فيه قبوله شرط الاختصاص القضائي أو التحكيمي، ويمكن عمل ذلك بطباعته على صفحة بشبكة الإنترنت.

كذلك هناك تقنيات أخرى مستخدمة لتحديد هوية الشخص، نذكر منها تقنية الحائط الناري (*fire wall*) لتجميع الآليات البرمجية والتي عن طريقها يمكن بث رسالة تحذيرية عندما تكون الشبكة معرضة للاختراق أو التدخل الأجنبي[1452]. وكذا تقنية الاستيثاق من المواقع وتعقبها خوفاً من وجود أشخاص أو شركات وهمية[1453].

أكثر مسألة إثارة للجدل فيما يخص إثبات اتفاق التحكيم الالكتروني هي الشرط الشكلي الواجب توافره في اتفاقية التحكيم الممثل في الكتابة. يمكن القول بأنه حاليا أصبحت العديد من الدول تعترف بالوسيلة الالكترونية كوسيلة لإبرام العقود، سواء من خلال تشريعاتها الوطنية أو اجتهاداتها القضائية[1454]. ومن جانبه يرمي الفقه الأمريكي[1455] إلى تعميم إدراج شرط التحكيم في جميع العقود الالكترونية[1456].

كما أن صياغة نصوص بعض نماذج القوانين جاءت على نحو يعتبر الشكل الكتابي متحققا في تبادل البيانات الكترونيا عبر شبكات الحواسيب الآلية مثلا، فقانون الأونسيترال

[1451] أحمد عبد الكريم سلامة، *الإنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق*، المرجع السابق، ص.32.

[1452] صالح المنزلاوى، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية*، المرجع السابق، ص.380.

[1453] المرجع نفسه، ص.381.

[1454] «En Droit De L'arbitrage International, La Jurisprudence Française A Reaffirme Le Caractere Consensuel de Cet Arbitrage et La Doctrine En Deduit Qu'une Clause Compromissoire Affichee Sur La Page Web Du Commerçant Et Acceptee Par Un Clic Souris Du Client Sur Un Bouton « *j'accepte, est valable* », CHACHRD O., La régulation internationale du marché électronique, L.G.D.J, 2002 p.345_ 346. (2) RUWET Catherine, La procédure UDRP (*Uniform Domaine Name Dispute Résolution Policy*) au sein des modes complémentaires de règlements des différends, aspects procéduraux, DEA en propriété intellectuelle et nouvelles technologies, UIG – Faculté de Droit 2002 – 2003, p.20.

أشار إليه، بن عباس نورة، المرجع السابق، ص.146.

[1455] Cf. RUWET Catherine, *La procédure UDRP (Uniform Domaine Name Dispute Résolution Policy) au sein des modes complémentaires de règlements des différends*, aspects procéduraux, DEA en propriété intellectuelle et nouvelles technologies, UIG.Faculté de Droit, 2002 – 2003, p.02.

[1456] بن عباس نورة، المرجع السابق، ص.146.

النمـوذجي الـذي وضـعته الأمـم المتحـدة بشـأن التحكـيم التجـاري الـدولي لسـنة 1985[1457] يـنص صـراحة في المـادة السـابعة الفقـرة الثانيـة[1458] علـى أن شـرط الكتابـة يتحقـق في أي وثيقـة موقعـة مـن الطـرفين أو في تبـادل رسـائل أو تلكسـات أو برقيـات أو غيرهـا مـن وسـائل الاتصـال السـلكي واللاسـلكي، مـا دامـت تـوفي تـدوينا أو تسـجيلا للاتفـاق (كالاسـطوانات المدمجـة أو الشـرائط الممغنطة). فالنص إذن يتيح بهذه الصياغة تحقق شرط الكتابة في تبادل البيانات الكترونيا.

لـذلك، قـد اتجهـت بعـض المحـاكم إلى تفسـير شـرط كتابـة بنـد أو اتفـاق التحكـيم الالكـتروني المنصـوص عليـه في اتفاقيـة نيويـورك في ضـوء القـانون النمـوذجي للتجـارة الالكترونيـة، باعتبـار أن ذلـك يكفـل جعـل الاتفاقيـة أكثـر اسـتجابة للتطـورات التقنيـة المسـتخدمة في انجـاز المعـاملات[1459]. وعلـى هـذا، كـان مـن التوجيهـات الـتي أصـدرتها اللجنـة الاقتصـادية التابعـة للأمـم المتحـدة، ضـرورة التكـافؤ الكامـل في القـانون بـين التجـارة اليدويـة والتجـارة الالكترونيـة. وهـو مـا دعـا هـذه اللجنـة إلى توصـية الأونسـيترال بـالنظر في إجـراءات تسـمح بجعـل الإشـارة إلى مصـطلحات مثـل الكتابـة والتوقيـع والمسـتندات في الاتفاقيـات الدوليـة تشـمل نظائرهـا الالكترونيـة. وفي هـذا السـياق، أصـدرت لجنـة الأمـم المتحـدة للقـانون التجـاري الـدولي ملاحظـات حـول تنظـيم إجـراءات التحكـيم تضـمنت قواعـد قبـول المسـتندات المرسـلة بوسـائل الاتصـال الحديثـة خـلال مـدة التحكـيم[1460]. كمـا نوهـت بـذلك صـراحة المـادة التاسـعة الفقـرة الثانيـة[1461] مـن اتفاقيـة الأمـم المتحـدة للخطابـات الالكترونيـة في العقـود الدوليـة لسنة 2005 سالفة الذكر؛ على المساواة بين حجية الكتابة والرسائل الالكترونية في الإثبات.

[1457] *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* (1985) (as adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June 1985), United Nations document Al40117, annex I), Available at: https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf

[1458] Article 7-2: «*The arbitration agreement shall be in writing. An agreement is in writing if it is contained in a document signed by the parties or in an exchange of letters, telex, telegrams or other means of telecommunication which provide a record of the agreement, or in an exchange of statements of claim and defence in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by another. The reference in a contract to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement provided that the contract is in writing and the reference is such as to make that clause part of the contract*». UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), Op.cit.

[1459] المحكمة الاتحادية في سويسرا، 1995/01/16، مشار إليه في وثيقة الأونسيترال سالفة الذكر، ص.14، وأيضا وثيقة الأونسيترال المؤرخة في 1996/04/06 بشأن التحكيم التجاري الدولي السالف ذكرها، ص.358، النسخة العربية، وفي نفس المعنى دليل القانون النموذجي، ص05/17. مقتبس من، أحمد شرف الدين، *الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآلية تسوية منازعاتها*...، المرجع السابق، ص.1606.

[1460] أحمد شرف الدين، *الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآلية تسوية منازعاتها*...، المرجع السابق، ص.1606-1607.

[1461] Article 9-2: «*Where the law requires that a communication or a contract should be in writing, or provides consequences for the absence of a writing, that requirement is met by an electronic communication if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference*». United

ومـن جانبـه، اعـترف المشـرع الجزائـري بـالتوقيع الالكـتروني كمـا أسـلفنا الـذكر في المـادة 323 مكـرر1 مـن القـانون المـدني، وأعطـاه نفـس حجيـة الإثبـات بالكتابـة علـى الـورق، واشـترط في المـادتين 1008 و1012 مـن قـانون الإجـراءات المدنيـة والإداريـة أن تـتم اتفاقيـة التحكـيم الـداخلي كتابـة أمـا بالنسـبة للتحكـيم الـدولي فطبقـاً للمـادة 1052 مـن نفـس القـانون؛ فإنـه يمكـن إثبـات اتفاقيـة التحكـيم بنسـخ عنهـا تسـتوفي شـروط صـحتها، كمـا ورد بالمـادة 1040 الفقـرة الثانيـة مـن قـانون الإجـراءات المدنيـة والإداريـة صـراحة علـى إمكانيـة إبـرام اتفاقيـة التحكـيم بأيـة وسـيلة اتصـال أخـرى تجيـز الإثبـات بالكتابة[1462].

وفيمـا يخـص غيـاب أصـل الحكـم في حكـم التحكـيم الالكـتروني، كونـه يتضـمن مجمـوع مـن النسـخ الالكترونيـة المتشـابهة خلافـا لحكـم التحكـيم التقليـدي ذو الطـابع الـورقي المتـوافر علـى الأصـل ونسـخ عنـه؛ فـإن هـذا المشـكل يـتم حلـه بواسـطة تقنيـات الحمايـة والتشـفير أو بـاللجوء إلى خـدمات هيئـات التصـديق الالكـتروني، للتأكـد مـن صـحة الحكـم التحكيمـي الالكـتروني. وفيمـا يخـص تحديـد مكـان التحكـيم الالكـتروني يمكـن إناطـة مهمـة الفصـل في النـزاع إلى مركـز تحكـيم معـين بحيـث يجعـل مـن مقـره مكانـا للتحكـيم. أمـا مسـألة السـرية والمخـاطر المهـددة لهـا فيتعـين البحـث عـن وسـائل أكثـر فعاليـة ونجاعة قصد صيانة وضمان سرية التحكيم الالكتروني[1463].

ثالثاً.– مدى ملائمة التحكيم الالكتروني لمنازعات عقود الاستهلاك الالكترونية:

ذهـب بعـض الفقـه[1464] إلى رفـض الاتفـاق علـى التحكـيم في عقـود الاسـتهلاك اسـتناداً إلى فكـرة عـدم الملائمـة، أي عـدم ملائمـة التحكـيم بصـفة عامـة لعقـود الاسـتهلاك، وقـد رد هـذا الفقـه وجهـة نظـره إلى سـببين: أولهمـا هـو عـدم تناسـب قيمـة النـزاع الاسـتهلاكي مـع تكـاليف التحكـيم،

Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts (New York, 2005), Op.cit.

[1462] بن عباس نورة، المرجع السابق، ص.149.

[1463] المرجع نفسه، ص 148.

[1464] Adapted by, THOMAS Schultz., *Réguler le Commerce Electronique par la Résolution des Litiges en Ligne-une Approche*, Bruylant éd., Bruxelles, December 2005, p.402.

وثانيهما هو عدم ملائمة نظام التحكيم لعقود الاستهلاك من حيث القواعد المطبقة أمام هيئات التحكيم والتي صممت خصيصا من أجل عقود التجارة الدولية[1465].

وان كان الفقه السابق قد أبدى وجهة نظره قبل ظهور الانترنيت والعقود الالكترونية، وكذلك ظهور الوسائل الالكترونية لتسوية المنازعات، فإن الأسباب التي أبداها تحتاج إلى مراجعة الآن مع ظهور آليات التسوية الالكترونية للمنازعات، وذلك على النحو التالي:

1.- تناسب تكاليف التحكيم الالكتروني مع إمكانيات المستهلك الالكتروني والقيمة البسيطة للنزاع، حيث أصبح أطراف النزاع قادرين على ممارسة إجراءات التحكيم دون حاجة إلى التنقل من دولة إلى أخرى. كذلك ما يميز التحكيم الالكتروني الذي يتم من خلال برامج علامات الثقة (*Trust Mark*) ومراكز التسوق الالكتروني (*Market Places*)[1466] أن البائعين أو العارضين هم الذين يدفعون قيمة التسوية أو تكاليف التحكيم الذي تم بينهم وبين المستهلك؛ وهذا خلافا للمحاكم الوطنية التي يتحمل فيها مصاريف الدعوى وتكاليف المحامي...الخ[1467].

2.- ملائمة التحكيم الالكتروني لعقود الاستهلاك الالكترونية من حيث القواعد المطبقة، إذ أن التحكيم العادي نشأ لتسوية منازعات التجارة الدولية، اما التحكيم الالكتروني فنشأ خصيصا لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستهلاك الالكترونية. فالمراكز المتخصصة في تسوية عقود الاستهلاك الالكترونية تبدأ أولا بالوساطة الالكترونية وفي حال فشلت تلجأ إلى

[1465] حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.225-226.

[1466] المقصود بعلامات الثقة (*Trust Mark*): تمارس بعض مراكز (*ODR*) عملها من خلال استخدام علامة ثقة تعطيها للبائعين أو العارضين الذين يتمتعون بعضويتها، لكي توضع على صفحات المواقع الالكترونية الخاصة بهم، وتمنح هذه العلامة بناء على اتفاق يبرم بين مركز التسوية والبائع، يتم النص فيه على حق البائع في استخدام علامة الثقة المملوكة لمركز التسوية على موقعه الالكتروني، مقابل أن يلتزم هذا البائع بمجموعة من الالتزامات في عروضه والتي يتم إقرارها بمقتضى تقنين أو لائحة تسلم للبائع، كما يلتزم البائع بقبول تسوية منازعاته مع عملائه أمام هذا المركز. راجع، مركز *Word and Bond* الخاص بمنح علامات الثقة للبائعين، متاح على الرابط التالي: http://www.WordandBond.com

– المقصود بمراكز التسوق الالكتروني (*Market Places*): يوجد على الانترنيت العديد من المواقع الالكترونية التي تأوي بائعين وعارضين متنوعين للبضائع والخدمات، ويمكن تشبيه هذه المواقع بالمراكز التجارية الالكترونية (*internet shopping malls*)، مهمة هذه المراكز مساعدة المستهلكين في البحث عن أفضل الأسعار، ذلك أن المستهلكين يمكنهم أن يكونوا أعضاء في هذه المراكز، كما أن البائعين الذين يعرضون بضاعتهم على الموقع الالكتروني لأحد هذه المراكز يلتزمون بالتقنين الذي وضعه هذه المركز؛ والذي نص فيه على مجموعة من الالتزامات الخاصة بطريقة تقديم العروض والخدمات وتحديد الأسعار، كما ينص على إلزام البائعين بقبول التسوية التي تتم أمام هذا المركز. للمزيد راجع الرابط التالي:
HORNLE.(J.)., *Online dispute résolution Business to Consumer E-commrece Transaction*, JILT, Issue 2, 2000, p.200.

[1467] حسام الدين أسامة، المرجع السابق، ص.ص.226 وما بعدها.

التحكيم الالكتروني. علما أن غالب المنازعات تنتهي في مرحلة الوساطة. كما وضعت هذه المراكز منظومة لوائح وقواعد سلوك تطبقها من خلال علامات الثقة ومراكز التسوق، الهدف منها إلزام البائعين في هذه البرامج بمجموعة من الالتزامات تصب كلها في مصلحة المستهلك[1468].

ولذلك، يمكن القول أن القواعد والنظم السائدة داخل مراكز التحكيم الالكتروني المتخصصة في عقود الاستهلاك؛ وضعت بطريقة تلائم وضع المستهلك في مثل هذه العقود، ومن اجل ذلك فقد اتجه البعض إلى القول بأن التحكيم الالكتروني المتخصص في منازعات الاستهلاك يحقق في ظل القواعد التي تطبق من خلاله حماية أفضل من قواعد حماية المستهلك المنصوص عليها في القوانين الوطنية.

المطلب الثاني

الوساطة الالكترونية

تعد الوساطة من أقدم الوسائل البديلة لحل النزاعات، فهذا الشكل من العدالة قديم جدا وظهر قبل ظهور عدالة الدولة، فالوساطة كانت تتم في السابق بشكل بسيط قائم على إصلاح ذات البين، ونابعة من العادات والتقاليد السائدة في المجتمع، وتطورت هذه الفكرة لتصبح من الوسائل البديلة لحسم النزاعات[1469].

ولما كان موضوع الوساطة من الموضوعات المستحدثة وفي طور النشوء ولم ينتشر بصورة كبيرة كما هو شأن التحكيم، ولما كان مفهوم الوساطة يعتبر تسوية النزاع بطريقة ودية بين الطرفين عن طريق تدخل طرف ثالث محايد بتولي عملية الوساطة ويقرب وجهات النظر بين الطرفين وصولاً إلى حل يرضيهما. *لذلك يثور السؤال حول مدى مناسبة طبيعة وآلية الوساطة الالكترونية لحل نزاع في بيئة افتراضية؟*

[1468] المرجع نفسه، ص.ص.228 وما بعدها.

[1469] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم بواسطة الإنترنت...، المرجع السابق، ص.25.

ونظرا للأهمية التي تحظى بها الوساطة كأحد الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الالكترونية سنتطرق بداية إلى مفهوم الوساطة الالكترونية (**الفرع الأول**). ثم آلية عملها ومدى ملائمتها لفض منازعات التجارة الالكترونية (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول

مفهوم الوساطة الالكترونية

الوساطة عموما هي: "*نظام لا خصامي فهي على خلاف التحكيم والقضاء لا تفصل في النزاع، وإنما تساعد الأطراف المتنازعة في التوصل إلى تسوية ودية وذلك باقتراح حلول معينة عليهما يتم الاتفاق عليها*"[1470].

أولاً.– تعريف الوساطة:

عرفتها المادة الأولى الفقرة الثالثة قانون الأونيسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي بأنها: "*عملية يتم من خلالها حل النزاع وديا، سواء بالوساطة أو التوفيق، مع محاولة الوسيط الوصول لحل ودي للنزاع العقدي أو القانوني دون أن يملك سلطة إجبار المتنازعين على قبول الحل*"[1471]، وقد عرفها البعض بأنها: "*عملية يوافق طرفا النزاع من خلالها على العمل مع شخص أو طرف ثالث محايد لحل النزاع القائم بينهما، مع منح كامل السلطة للمتنازعين في قبول الوساطة أو رفضها، مع انصراف عمل الوسيط وبذل جهوده صوب نقاط الخلاف واقتراح سبل الحل*"[1472].

في ضوء ما سبق، يتبلور مفهوم الوساطة وتتحدد ماهيتها في أنها عملية الوساطة ترتكز على الجهود التي يبذلها الوسيط في إقناع المتنازعين بقبول الحل الذي يقترحه لفض النزاع القائم بينهما دونما ضغط أو إكراه قد يمارس من قبله عليهما. وبذلك يمكن القول بأن الوساطة عبارة عن عملية تطوعية يوافق طرفا النزاع من خلالها على العمل مع شخص محايد (*Neutral*) لحل النزاع القائم بينهما. مع منح كامل السلطة للمتنازعين

[1470] مقتبس من، صادق زغير محيسن، *تنازع القوانين في عقود نقل التكنولوجيا*، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2001، ص.153.

[1471] مقتبسمن، إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص.168.

[1472] مقتبس من، دليلة جلول، *الوساطة القضائية في القضايا المدنية والإدارية*، دار هومة للطباعة والنشر ولتوزيع، بدون طبعة، الجزائر، 2012، ص.20.

في قبول الوساطة أو رفضها، وكذا انصراف عمل الوسيط وبذل جهوده صوب نقاط الخلاف واقتراح سبل الحل[1473].

ونظرا لأن الوساطة محل الدراسة تتم بوسائل الكترونية، فيمكن تعريفها بأنها: " *عملية تتم بشكل فوري ومباشر على شبكة الانترنت وتهدف إلى تسهيل التعاون والتفاوض بين الأطراف المتنازعة للتوصل إلى حل عادل يقبله إطراف النزاع* "[1474]. وبذلك فهي لا تختلف عن الوساطة التقليدية من حيث الهدف والإطار العام غير أنها تختلف عنها من حيث الوسيلة، حيث تتم من خلال استخدام وسيلة من الوسائل الالكترونية، ويكون الوسيط والأطراف المتنازعة متواجدين عادة في دول مختلفة يجتمعون ويتحاورون عن بعد باستخدام وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة، والتي غالبا ما تكون شبكة الانترنت، ويتم الإشراف على العملية مراكز الوساطة الإلكترونية التي تمنح كل الوسائل المادية والبشرية لإنجاح العملية قصد الوصول إلى حل يرضي الطرفين، وتضع تحت تصرفهم المواقع الإلكترونية التابعة للمركز قصد حسن سير العملية. وذلك بخلاف ما يجري عليه العمل في الوساطة التقليدية، حيث يجتمع كل من الوسيط والأطراف المتنازعة وجها لوجه وفي إقليم دولة واحدة[1475].

ثانياً.– خصائصها:

تتمتع الوساطة بشكل عام والإلكترونية بشكل خاص بالعديد من الخصائص والمزايا التي دفعت المتنازعين للجوء إليها لفض منازعاتهم، ومن أبرز الخصائص التي تتمتع بها الوساطة الإلكترونية ما يلي:

1.– الفعالية:

فعالية الأدوات المستخدمة منذ لحظة إحالة النزاع لحين فصله في عملية الوساطة الإلكترونية، وضمان تسجيل كل ما يجري بين المتنازعين من مناقشات في برنامج مشغل على شبكة الانترنيت، بدءا من مرحلة الاتصال الأولي بين طرفي النزاع حتى الاتفاق النهائي بينهما وتوفير قنوات اتصال آمنة وقاعدة بيانات متكاملة

[1473] أشار إليه، مهند عزمي أبو مغلي ومحمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص.786.

[1474] مقتبس من، محمد أحمد علي المحاسنة، *تنازع القوانين في العقود الإلكترونية نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة*، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2006، ص.177–178.

[1475] فراس كريم شيعان، *الوساطة في المنازعات الالكترونية*، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، السنة السادسة، 2014، عدد 3، ص.251.

تشمل سير عملية الوساطة، وكيفية الإثبات وتقديم الطلبات، بالإضافة إلى أمثلة متعددة لأنواع القضايا، وتوفير قائمة بأسماء الوسطاء والدورات التي تلقوها أو التي تؤهلهم لنظر النزاع، مع ترك حرية الاختيار للأطراف[1476].

2.– المرونة:

كما تمتاز الوساطة الالكترونية بمرونتها وعدم التقييد بإجراءات مرسومة، واستغلال الوقت والحصول على حلول سريعة، والتخفيف من عدد القضايا التي تسجل أمام المحاكم، والتقليل من مشكلات الانفعال العاطفي التي يتعرض لها الأطراف في حال المواجهة، وجها لوجه. إذ يمكنهم استخدام أسلوب الوساطة الالكترونية لحل قضاياهم بطريقة مناسبة وبدون حضور مادي. ومن المزايا التي تتمتع بها الوساطة الالكترونية أيضا بساطة إجراءاتها ووضوح قواعدها، حيث يمكن استخدامها لتسوية عقود منازعات التجارة الدولية في مختلف الميادين والمجالات[1477].

3.– السرية:

الوسيط المكلف بالنزاع يحظر عليه إفشاء المعلومات التي حصل عليها في جلسات الوساطة لأشخاص آخرين إلا بموافقة المتنازعين، ومخالفته لهذه الالتزامات يترتب عليه قيام مسؤوليته وشطبه من قائمة الوسطاء المعتمدين. فهذه السرية تعد أهم الركائز الأساسية للوسائل البديلة ومنها الوساطة، فالمتنازعين يرحبون بعدم معرفة النزاعات الناشئة بينهم أو أسبابها ودوافعها، نظرا لما قد تؤدي إليه هذه المعرفة بالمساس بمراكزهم. وهذه السرية المطلقة تحيط بكافة جوانب وإجراءات الوسائل البديلة[1478].

4.– الاقتصاد في الوقت والجهد:

توفير الوقت والجهد على المتنازعين في إجراء جلسات الوساطة عن بعد من خلال شبكة الإنترنت، حيث يتم التفاوض وتقديم المقترحات والأدلة والطلبات عن بعد، دون تكليف المتنازعين عناء الانتقال لمكان الجلسة. تواجه هذه الميزة عقبة انتشار وفعالية شبكة الإنترنت، ذلك أن اشتراط تحقق هذه الميزة يتوقف على

[1476] سمير خليفي، *حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية*، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010، ص.131.

[1477] Cf. ERIC Brahm, JULIAN Ouellet., *Designing New Dispute Resolution Systems*, September 2003, Available at: https://www.beyondintractability.org/essay/designing_dispute_systems

[1478] عروي عبد الكريم، الطرق البديلة في حل المنازعات القضائية "*الصلح والوساطة القضائية*".بقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر1، 2012، ص.87-88.

توافر شبكة قوية قادرة على تمكين المتنازعين من التواصل والوسيط من خلال صفحاتها الرقمية، ومنه إذا ما حال أي مانع ودون توفير الشبكة كانقطاع التيار الكهربائي أو الخلل في جهاز الحاسب أو الخلل في الموقع الإلكتروني فسيكون الفشل مستقبل الوساطة الإلكترونية[1479].

5.– قلة التكاليف:

كذلك فإن الوساطة هي عملية قليلة التكلفة، حيث أن التكاليف المالية التي يتحملها الأطراف عند اللجوء للوساطة قليلة جدا إذا ما قورنت بتكاليف حل النزاع قضائيا أو عن طريق التحكيم، وهي وسيلة من الوسائل الأكثر فعالية لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية. حيث تؤكد إحدى الدراسات انه أكثر من 87 % من منازعات التجارة الدولية قد تم تسويتها عن طريق الوساطة[1480].

الفرع الثاني

آلية عمل الوساطة الالكترونية ومدى ملائمتها لمنازعات التجارة الالكترونية

تجري آلية الوساطة الالكترونية من خلال مجموعة من الإجراءات التي تتم بطرق الكترونية على الموقع الشبكي التابع للمركز، بداية من ملئ نموذج الكتروني لطلب التسوية، ومرورا بالإجراءات التي تفرغ في أشكال الكترونية، وانتهاء بصدور الحكم؛ ومن ثم قيده على الموقع الشبكي للقضية. وهذه الإجراءات تتم كما يلي:

أولاً.– آلية عمل الوساطة الالكترونية:

على غرار إجراءات التحكيم الالكتروني تمر الوساطة الالكترونية بعدة مراحل، ابتداءً من لحظة تقديم الطلب إلى غاية آخر مرحلة.

1.– تقديم طلب الوساطة لمركز الوساطة:

تبدأ عملية نظر النزاع من خلال الوساطة الإلكترونية، بتعبئة نموذج طلب الوساطة المخصص والمعد سلفاً على الموقع الإلكتروني للمركز والمتضمن البيانات الشخصية (*Personal Data*) (الاسم، المهنة، العنوان، الهاتف، البريد الإلكتروني...الخ)، بالإضافة إلى البيانات

[1479] مهند عزمي أبو مغلي ومحمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص.786.

[1480] فراس كريم شيعان، المرجع السابق، ص.257.

الشخصية للمتنازع معه وملخص عن الموضوع المتنازع حوله[1481]. وعند استلام المركز للطلب يقوم المركز بإرسال تأكيد على مقدم الطلب، يبلغه من خلاله انه قد تم استلامه لطلب الوساطة، ثم يقوم المركز بالاتصال بالطرف الأخر ويبلغه بذلك، ويسأله فيما إذا كان يرغب بتسوية النزاع عن طريق الوساطة، فإذا أجاب بالرفض تنتهي إجراءات الوساطة، ويتم إبلاغ طالب الوساطة بأن عملية الوساطة أصبحت غير ممكنة، أما إذا أفصح المجاوب عن رغبته بالمشاركة في عملية الوساطة عندئذ تبدأ عملية الوساطة ويتم تبليغ طالب الوساطة بذلك[1482].

حددت بعض مراكز الوساطة المدة الممنوحة للمجاوب إذا ما كان قابلا بعملية الوساطة أم لا بثلاثة أيام، يبدأ سريانها من اليوم الذي أرسلت فيه الدعوة للمجاوب للاحتكام لقواعد الوساطة ما لم تتضمن الدعوة مدة أخرى تزيد أو تقل عن هذه المدة. أما إذا قدم الطلب من كلا الطرفين يكتفي المركز عند استلامه الطلب بإرسال تأكيد إلى طرفي النزاع يخطرهما من خلاله باستلام طلب الوساطة والتاريخ المحدد لبداية عملية الوساطة[1483].

يتوفر المركز على قائمة أسماء الوسطاء ومؤهلات كل وسيط، تقدم إلى فريقي أو طرفي النزاع لاختيار الوسيط الذي سيوضح لها آليات سير النزاع، كما يطرح لهما عدة طرق للوساطة بهدف اختيار الطريقة التي التي يفضلانها لعقد جلسات الوساطة سواء من خلال البريد الإلكتروني أو المخاطبة، أو من خلال غرفة الاجتماعات أو بواسطة المؤتمر المصور ورسائل الدعوى، وكذلك يستفسر منهم الوسيط عن جملة الاعتراضات التي يقدمونها على الوسيط أن كانت موجودة أم لا[1484].

2.– استيفاء رسوم الوساطة الالكترونية:

بما أن الوساطة الإلكترونية مدفوعة الأجر، فإن الرسوم لها أهمية في بدء سير إجراءات الوساطة، وتنقسم رسوم الوساطة الإلكترونية إلى ثلاثة أنواع من التكاليف يمكن إجمالها في رسوم التسجيل وهي الرسوم التي يستوفيها المركز من طالب الإجراءات أو التسوية عند قيد الطلب لدى المركز، وكذلك المصاريف الإدارية

[1481] مهند عزمي أبو مغلي ومحمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص.788.

[1482] فراس كريم شيعان، المرجع السابق، ص.262.

[1483] .أنظر المادة 4-2 من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لسنة 2002، متاح على الرابط التالي:
http://www.squaretrade.com/cntjsp/hlp/odr.jsp;jessionid=fxjvnyfbbl?vhostid=blissstmp=squaretradeandcnt=fxjnyfbblandcate =1andques=11 .

[1484] خالد ممدوح إبراهيم، *التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية...*، المرجع السابق، ص.224.

وهي المبالغ المقررة تبعا لطبيعة النزاع وأداء حله، وتغطي تكاليف المراسلات والإخطارات، والتكاليف الإدارية اللازمة لنظر النزاع، وأخيرا الأتعاب وهي المبالغ المقررة للوسيط في عملية الوساطة[1485].

هذا وتشترط أنظمة الوساطة لبدء إجراءات الوساطة لدى المركز أن يدفع طالب الوساطة عند تسجيل الطلب كافة المصاريف الإدارية اللازمة لتسوية النزاع، وإلا فإن المركز لن يتخذ أي إجراء في الطلب، وسيقوم بتبليغ طالب الوساطة بضرورة الدفع خلال مدة معينة يحددها المركز، بحيث إذا تخلف عن الدفع بعد مضي المدة اعتبر تخلفه بمثابة سحبا للطلب من المركز. على أن المصاريف الإدارية اللازمة لسير إجراءات الوساطة وأتعاب ومصاريف الوسيط وأية مبالغ أخرى التي تم دفعها لغرض التسوية؛ لا يتحملها طالب الوساطة وحده، وإنما يتم دفعها في نهاية الأمر مناصفة بين طرفي النزاع، ما لم يتم الاتفاق بينهما على خلاف ذلك. وتعتبر الرسوم والمبالغ السابقة بعد دفعها نهائية وغير قابلة للاسترداد، ما لم تتوقف إجراءات تسوية النزاع لسبب يعود إلى المركز ولا يد لأطراف النزاع به لا من قريب ولا من بعيد[1486].

3.– بدء عملية الوساطة:

وبموافقة فريقي النزاع على الوسيط والإجراءات، يتم الانتقال للمرحلة التالية من الوساطة، وهي مناقشة موضوع النزاع وإثارة نقاط الخلاف الجوهرية، وذلك بعد أن يقوم الوسيط بإرسال بريد إلكتروني لكل من طرفي النزاع، يتضمن اسم المرور (*password*) الخاص بكل منهما، والذي يخولهما الدخول لصفحة النزاع المعدة على موقع المركز، بالإضافة لتحديد ميعاد جلسات الوساطة. ليتم الانتقال للمرحلة قبل الأخيرة من الوساطة، وهي عقد جلسات الوساطة وبحث المدى الذي يمكن أن يذهب إليه المتنازعان في طلباتهما سعيا وراء التوصل لحل مرضٍ للطرفين. ليقوم الوسيط بعدها بصياغة اتفاق التسوية النهائي والملزم (*Binding settlement Agreement*) وعرضه على المتنازعين للتوقيع عليه[1487]. ويبقى لأي طرف الحق أثناء جلسات الوساطة، تعديل أي من طلباته أو بياناته التي قدمها للمركز أو التي أرفقها بطلب الوساطة. وهي العملية التي تتم بالتوجه إلى عنوان الموقع الإلكتروني الخاص بالمركز، والنقر على اختيار الخانة المخصصة له، ثم إدخال العنوان الإلكتروني واسم المرور الذي زوده به الوسيط والخاص بالنزاع المراد إجراء التعديل عليه. وبتمام هذه الخطوات تظهر قائمة القضايا

[1485] محمد ابراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص.38.

[1486] فراس كريم شيعان، المرجع السابق، ص.264-265.

[1487] مهند عزمي أبو مغلي ومحمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص.788.

وأرقامها ليقوم بالنقر على رقم القضية المطلوبة والدخول إليها، وإجراء التعديل المراد القيام، لينقر على مفتاح (*Read and send Message*)، مع إرسال نسخ بعدد الأطراف والوسيط[1488].

4.– انتهاء عملية الوساطة:

في حالة توصل الوسيط إلى تسوية النزاع وديا بين الخصوم أو العكس تنتهي عملية الوساطة، فإذا تم التوقيع على اتفاق التسوية من قبل المتنازعين تنتهي عملية الوساطة، لأن هذا الاتفاق بعد المصادقة عليه يصبح ملزما وواجب النفاذ قانونا، ولا يخضع لأي طعون وهذا ما نصت عليه المادة الثانية من قواعد الوساطة الصادرة عن المنظمة العالمية للملكية الفكرية: "الويبو" (*wipo*) [1489]. أما إذا لم يتم التوصل إلى تسوية ودية للنزاع فهذا راجع إلى سبب من الأسباب الواردة في المادة 11 من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي.

وعند انتهاء عملية الوساطة، يجب على الوسيط بغض النظر عن النتيجة التي آلت إليها الوساطة ايجابية كانت أم سلبية أن يرسل فورا إخطارا مكتوبا إلى المركز؛ يبلغه فيه بواقعة انتهاء الوساطة والتاريخ الذي انتهت فيه، وان يرسل نسخة من ذلك الأخطار معنونة باسم المركز إلى طرفي النزاع. وبتلقي المركز للإخطار يتعين عليه المحافظة على ما ورد به من معلومات وان لا يكشف لأي شخص عن وجود عملية الوساطة لديه، أو عن النتيجة التي آلت إليها ما لم يكن مفوضا بذلك من قبل طرفي النزاع. كما يتعين عليه أن يعيد إلى طرفي النزاع المذكرات والمستندات التي قدموها أثناء عملية الوساطة، ولا يجوز له الاحتفاظ بأي صور عنها تحت طائلة المساءلة، وهذا ما نصت عليه المادة 19[1490] من قواعد الوساطة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية الويبو على انه يجوز للمركز وعلى سبيل الاستثناء أن يستخدم المعلومات المتعلقة بموضوع الوساطة في أية معطيات

[1488] إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص.180-181.

[1489] وهو ما نصت عليه المادة 02 من قواعد الوساطة الصادرة عن المنظمة الدولية للملكية الفكرية:

Article 2: «*La procédure de médiation prend fin :*
(i) *à la signature d'une transaction entre les parties réglant une partie ou la totalité des questions en litige entre elles ;*
ii) *sur décision du médiateur, si celui-ci estime que la poursuite de la médiation n'est pas de nature à aboutir au règlement du litige ; ou*
iii) *par une déclaration écrite d'une partie, faite à tout moment entre sa participation à la première réunion entre les parties et le médiateur et la signature d'une transaction*». ICOM-WIPO Mediation Rules, Available at: https://www.wipo.int/amc/en/mediation/rules/.

[1490] Article 19: «*Unless otherwise agreed by the parties, each person involved in the mediation shall, on the termination of the mediation, return, to the party providing it, any brief, document or other materials supplied by a party, without retaining any copy thereof. Any notes taken by a person concerning the meetings of the parties with the mediator shall be destroyed on the the termination of the mediation*». ICOM-WIPO Mediation Rules, Available at: https://www.wipo.int/amc/en/mediation/rules/.

إحصائية بنشرها تكون متعلقة بنشاطاته، شريطة أن يراعي عند النشر عدم الكشف عن هوية طرفي النزاع، أو تمكين الغير من معرفة هويتهم من خلال الظروف الخاصة.

وأخيرا إذا انتهت عملية الوساطة وأحيل النزاع إلى القضاء أو التحكيم لتسويته فإنه لا يجوز للوسيط أن يقوم بدور القاضي أو المحكم في أية إجراءات تحكيمية أو قضائية منظورة أو مستقبلية ذات صلة بموضوع النزاع الذي سبق وان كان محلا للتوفيق، ما لم ينص قانون المحكمة التي تنظر النزاع على جواز قيام الوسيط بدور القاضي أو المحكم أو يتفق طرفا النزاع كتابة على تفويضه القيام بهذا الدور[1491].

ثانياً.– مدى ملائمة الوساطة الالكترونية لفض منازعات التجارة الالكترونية:

تفادت الوساطة الالكترونية النقد الذي تعرض له التفاوض الالكتروني، والذي يتعلق بفكرة ترك الأطراف وحدهم يصيغون التسوية دون وجود طرف محايد يملك القدرة على صنع مشروعات التسوية، ويرجع ذلك إلى أن الوسيط وبصفة خاصة في الوسائط الفعالة يملك القدرة على اقتراح مشروعات التسوية؛ مما يقلل من الوقت المطلوب للوصول إلى تسوية مقبولة للنزاع. على أن تميز الوساطة الالكترونية على التفاوض الالكتروني، لا يمنع من وجود بعض الانتقادات التي يمكن توجيهها إليها، واهم هذه الانتقادات هو ما يتعلق بعدم إلزامية الوساطة، فالوسيط لا يملك سلطة إجبار الأطراف على الالتزام بمشروعات التسوية التي يقدمها لهم، فالأطراف دائما لهم حق رفض الاقتراحات التي يقدمها الوسيط. وهو ما يمكن أن يكون سببا في إطالة أمد النزاع ومنع الوصول إلى تسوية. ولكي تتفادى مراكز التسوية الالكترونية التي تستخدم الوساطة النقد السابق نصت في لوائحها دائما على إعطاء مدة معينة للأطراف كي يتوصلوا إلى تسوية من خلال الوساطة، فإذا انقضت هذه المدة دون تحقيق نتيجة، يعين المركز للأطراف محكما يملك القدرة على إصدار حكم ملزم للأطراف[1492].

وكما هو الشأن بالنسبة للازمة التي مرت بها قواعد الاختصاص القضائي؛ فإن منهج قواعد التنازع ومنهج القواعد المادية هي بدورها على المحك فيما يتعلق بقدرتها على الاستجابة للمستجدات الوافدة على منظومة العقود المنطوية على عنصر أجنبي؛ ولهذا *بات الإشكال مطروحاً بشأن مدى ملائمتها لحكم النزاع الالكتروني؟، وهو ما سنتعرض له في الفصل الموالي.*

[1491] فراس كريم شيعان، المرجع السابق، ص.267.

[1492] حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.176.

يـرى بعـض الفقـه أن ضـابط مـوطن أو مقـر إقامـة المـدعى عليـه يمكـن إعمالـه علـى العقـود الالكترونيـة، تطبيقـا للقاعـدة العامـة "الـدين مطلـوب ولـيس محمـول" وكـذا "بـراءة الذمـة"، لكـن تطبيـق هـذا الضـابط في التعاقـد الالكـتروني صـعب لأنـه يفتقـر إلى التحديـد المكـاني، لهـذا نـادى الـبعض بفكـرة المـوطن الافتراضـي أو معيـار المقـر ذي الصـلة الأوثـق بالعقـد. يعـد ضـابط الاتفـاق الرضـائي إعـلاء لمبـدأ سـلطان الإرادة، ولصـحته يجـب أن لا ينطـوي علـى غـش ووجـود مصـلحة مشـروعة، وصـعوبة تطبيـق هـذا الضـابط تكمـن في أن التعاقـد الالكـتروني يفـترض فيـه اتصـال العقـد وقـت إبرامـه بجميـع الـدول في آن واحـد ممـا يصـعب تحديـد الرابطـة المزعومـة بـين المحكمـة المختصـة والعقـد الالكـتروني. يـرتبط ضـابط الجنسـية بالمـدعى وكـذا بمركـزه القـانوني، إن الانفصـال المكـاني يُصـعِّب مـن التحقـق مـن الجنسـية، ولهـذا التعامـل الالكـتروني قـد لا يكـون لـه أدنى صـلة بـإقليم صـاحب الجنسـية،. يقصـد بضـابط مكـان إبـرام العقـد اختصـاص محكمـة المكـان الـذي نشـأ فيـه الالتـزام، مكمـن صـعوبة تطبيـق هـذا الضـابط هـو تبـاين الـدول والمنظمـات بشـأن تحديـد مكـان إبـرام العقـود الالكترونيـة. يقـوم ضـابط مكـان تنفيـذ العقـد الالكـتروني علـى مـنح الاختصـاص لمحكمـة دولـة التنفيـذ، ويعـبر هـذا الضـابط عـن مركـز الثقـل في الرابطـة العقديـة، يصـعب إعمالـه بالنسـبة للمعـاملات الـتي تولـد وتنفـذ الكترونيـا. أمـا ضـابط مكـان وقـوع الفعـل الالكـتروني الضـار تجمـع جـل الـنظم القانونيـة علـى خضـوع دعـواه لقـانون الدولـة الـتي وقـع فيهـا الفعـل الضـار، يصـعب إعمالـه هـذا الضـابط بشـأن أعمـال غـير مشـروعة تـتم في عـالم الالكـتروني لا يـرتبط بـإقليم جغـرافي محـدد. لتفـادي هـذه الصـعوبات يلـزم التوجيـه الأوروبي 31/2000 الـدول الأعضـاء بالإصـلاحات التشـريعية للـنظم المعلوماتيـة، وتسـوية النـزاع خـارج المحـاكم، بينمـا نـص تشـريع بروكسـل 44/2001 علـى اختصـاص محكمـة دولـة مـوطن المسـتهلك. يعـرف التحكـيم الالكـتروني بأنـه أسـلوب اتفـاقي علـى إخضـاع المنازعـة الـتي ستنشـأ مسـتقبلا إلى التحكـيم بـإجراءات الكترونيـة، ويتميـز بالسـرعة وتـوفير الوقـت والمـال وسـرية الإجـراءات، يسـتهل التحكـيم الالكـتروني بتقـديم الطلـب ثم إنشـاء موقـع ثم تبـادل الحجـج والأدلـة مـع إدارة جلسـات التحكـيم وتختـتم بصـدور حكـم التحكـيم الالكـتروني وتوثيقـه. ومـن تطبيقـات التحكـيم الالكـتروني مشـروع القاضـي الافتراضـي ومحكمـة الفضـاء وهيئـة الانترنـت للأسـماء والأرقـام المخصصـة (*ICANN*)، كمـا لـه العديـد مـن المشـكلات كعـدم ملائمـة التشـريعات الداخليـة، وعـدم تطبيـق المحكمـة التحكيميـة للقواعـد الآمـرة، وكـذا المخـاطر المهـددة لسـرية التحكـيم الالكـتروني، وكـذلك مكـان وزمـان التحكـيم الالكـتروني المتميـز بعـدم التـوطين والتركيـز، وأيضـا تموقـع اتفـاق التحكـيم بـين واقـع الكتابـة التقليديـة ومتطلبـات الكتابـة الالكترونيـة، إضـافة إلى مشـكلة تنفيـذ الحكـم الالكـتروني وتوثيقـه، غـير أن الـبعض دعـا إلى تـذليل هـذه العقبـات بواسـطة الحلـول التقنيـة كالبطاقـات الذكيـة وأنظمـة التشـفير والتصـديق.

ترتكـز عمليـة الوسـاطة علـى جهـود الوسـيط في إقنـاع المتنـازعين بقبـول الحـل بكـل تراضـي، وتتميـز بالفعاليـة والمرونـة والبسـاطة والاقتصـاد في الوقـت والجهـد والتكـاليف، وتـتم بملء نمـوذج الكـتروني لطلـب التسـوية مـرورا بالإجراءات التي تفرغ في أشكال الكترونية انتهاء بصدور الحكم؛ ومن ثم قيده على الموقع الشبكي. تفـادت الوسـاطة الالكترونيـة النقـد المتعلـق بـترك الأطـراف وحـدهم يصـيغون التسـوية، كمـا عيـب عليهـا عـدم إلزاميتهـا، لـذلك نصـت مراكـز الوسـاطة في لوائحهـا علـى إعطـاء مـدة معينـة للأطـراف لتسـوية النـزاع فـإذا انقضـت هـذه المـدة دون تحقيـق نتيجـة، يعـين المركـز للأطـراف محكمـا يملـك القـدرة علـى إصـدار حكـم ملـزم للأطراف.

الفصل الثالث

القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الالكترونية

تقوم فكرة مناهج تنازع القوانين في إطار القانون الدولي الخاص على أساس جوهري مفاده تقسيم المجتمع الدولي إلى وحدات إقليمية مستقلة لكل منها حدوده الجغرافية التي تميزها عمن سواها، ولها عليها سيادة تخولها السيطرة على كل ما يدخل في نطاقها وفق نظام قانوني يحكم العلاقات البينية بين رعايا ينتمون لدول مختلفة، وذلك بالاعتماد على ضوابط وأسس موضوعية مهمتها إيجاد النظام القانوني الملائم لحكم العلاقة محل النزاع المطروح[1493]. غير أنه مع ظهور الانترنيت أضحت مثل هذه المعايير القائمة على فكرة التوطين أو التركيز المكاني والجغرافي لحكم العلاقة غير مجدي، في ظل استحالة حصر العالم الافتراضي في نطاق جغرافي محدود، وبذلك انهارت فكرة الحدود[1494]. الأمر الذي استدعى القول بأن الانترنيت تتنافى ومناهج تنازع القوانين لانفلات علاقاتها من الخضوع للقوانين الوطنية، مما استوجب البحث عن قواعد عالمية جديدة تتناسب وعولمة الاقتصاد والتجارة التي تولدت عن استعمال الانترنيت في المجال الاقتصادي والتجاري[1495]. ومما زاد الطين بلة في ثبوت صعوبة إقامة نوع من الارتباط والانسجام بين مختلف النظم القانونية التي اتصلت بها الانترنيت في آن واحد. وفي ظل هذا النقاش المحتدم حول جدوى منهج التنازع في حل الأزمات المطروحة نطرح الإشكال التالي: *هل أضحى فعلاً منهج التنازع عاجزا عن استيعاب التطورات الحاصلة للعلاقات الدولية الخاصة في الفضاء الرقمي؟*

لذلك، ارتأينا مناقشة هذه الإشكالات من خلال مبحثين، بداية سنتطرق إلى الحديث عن أزمة منهج تنازع القوانين والعقود الالكترونية الدولية (**المبحث الأول**). ثم سنعرج إلى تطبيق منهج القواعد المادية على عقود التجارة الالكترونية (**المبحث الثاني**).

[1493] احمد عبد الكريم سلامة، *القانون الدولي الخاص النوعي...*، المرجع السابق، ص.ص.35 وما بعدها.

[1494] فاروق محمد احمد الأباصيري، *عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنيت: دراسة تطبيقية لعقود التجارة الالكترونية*، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2002، ص.107.

[1495] Cf. ERIC (A.) Capriol., *Arbitrage et Médiation Dans le Commerce Electronique*: L'expérience du Cyber Tribunal, Rev.Arb. N°2., 1999, p.225-248, p.228.

المبحث الأول

أزمة منهج تنازع القوانين والعقود الالكترونية الدولية

في العقود الدولية عادة ما يتم اختيار القانون الواجب التطبيق باتفاق طرفي العقد سواء بصفة صريحة أو ضمنية، وهو ما يسمى بقانون الإرادة، وفي حالة تخلفه يتم الاستعانة ببعض المعايير الأخرى المسماة بقواعد الإسناد الاحتياطية، كتلك الواردة في القانون المدني الجزائري بالمادتين 18 و19 المعدلتين بموجب القانون رقم 05-10، بحيث نصت الأولى على قانون الإرادة إن كان له صلة حقيقية بالعقد، أو قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك فقانون محل الإبرام، بينما أخضعت الثانية شكل العقد لقانون مكان إبرامه أو قانون الموطن المشترك للطرفين. وفي بعض القوانين الأخرى يتم الاعتماد على عدة مؤشرات لتحديد الإرادة كلغة العقد وعملة الدفع. غير انه في العقود الالكترونية الدولية المبرمة عبر الانترنيت ظهرت عدة صعوبات تعرقل إعمال منهج تنازع القوانين سواء تلك الأصلية كقانون الإرادة، أو في حالة اللجوء إلى معايير الإسناد الاحتياطية. وفي ظل هذا العجز طرحت فكرة الأداء المميز لحل الإشكال إلا أنها أضحت هي الأخرى عاجزة عن حل المشكل بصورة نهائية، وأصبحت محل تجاذبات فقهية. *لهذا يطرح الإشكال حول مدى ملائمة وفعالية الضوابط التقليدية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية؟*

لمعالجة هذه الإشكالية والاستفاضة في موضوع البحث، سنتطرق إلى مدى ملائمة الإسناد الشخصي للتطبيق على عقود التجارة الالكترونية (**المطلب الأول**). ثم سنعرج إلى الحديث عن مدى ملائمة الإسناد الموضوعي للتطبيق على عقود التجارة الالكترونية (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

مدى ملائمة الإسناد الشخصي للتطبيق على عقود التجارة الالكترونية

يسمى القانون المختار باتفاق الطرفين المتعاقدين في فقه القانون الدولي الخاص بالإسناد الشخصي الناتج عن إعمال مبدأ سلطان الإرادة المعتبر كأحد أهم المبادئ الثابتة والمستقرة في غالبية النظم القانونية وكذا القرارات التحكيمية الدولية[1496]؛ بل لم يقتصر مبدأ سلطان الإرادة على العلاقات الداخلية فحسب؛ وإنما امتد إلى العلاقات والاتفاقيات الخارجية التي يتوافر بها عنصر أجنبي. وشمل مبدأ سلطان الإرادة كافة مفردات التعاقد، بدءً بالمفاوضات العقدية إلى إبرام العقد وتنفيذ الالتزامات والوصول إلى الغاية التي يسعى لها طرفا العقد. كما لم يقتصر هذا المبدأ على فئة محدده من العقود بل ساد في كافة التصرفات ومنها العقود الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت، تلك العقود التي اتسمت بأغلب سمات العقود الدولية في أغلب التصرفات على الرغم من الاختلاف في وسيلة إبرام العقد. ذلك أن العقود الإلكترونية تبرم ضمن شبكة عالمية ليست تابعة لدولة محددة، بالإضافة لكون هذه الشبكة متداولة في معظم دول العالم بل في كافة الدول دون استثناء. فاستخدام الشبكة مباح للكافة دون تميز، حيث يستطيع أي شخص استخدام هذه الشبكة في أي مكان في العالم دون النظر إلى إقليم أو موطن المستخدم. وفي حال اعتبار أن العقد الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت يتصل بالنظام القانوني لعدة دول، فإن شبكة الإنترنت غير تابعة لدولة محددة بالذات، وإنما هي حصيلة نتاج أكثر من دولة قامت بعمل قاعدة بيانات خاصة بها وتداول من قبل العديد دون تحديد المستخدمين، وذات اختصاصات متعددة[1497].

للإحاطة بالموضوع سنتكلم عن المقصود بالإسناد الشخصي (**الفرع الأول**). ثم سنتطرق إلى الصعوبات التي تواجه الإسناد الشخصي (**الفرع الثاني**).

[1496] ما بين سبتمبر1973 وفيفري 1974 قام العقيد الليبي معمر القذافي بإبلاغ تسع شركات نفط دولية تعمل في ليبيا بأنه سيقوم بتأميم مصالحها وممتلكاتها، مما أدى إلى تحكيم دولي كبير، ولعل أهمها قرار التحكيم الصادر ضد ليبيا في قضية " *TOPCO/CALASIATIC vs Libya arbitration*"؛ الذي عبر بالقول: "*كل الأنظمة القانونية أيا كانت تطبق مبدأ سلطان الإرادة فيما يتعلق بالعقود الدولية، ويظهر هذا المبدأ على أنه مبدأ عالمي في هذه الأنظمة، حتى ولو لم يكن له دائما نفس المعنى ونفس النطاق*"؛ أشار إليه: نرمين محمد محمود صبح، *مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية*، ط.1، 2002، ص،ص.86 وما بعدها. مقتبس من،:

ROBERT (B.) VON Mehren and NICHOLAS Kourides (P.)., *The Libyan Nationalizations: TOPCO/CALASIATIC v. Libya Arbitration*, Journal Article, Natural Resources Lawyer, Vol. 12, N°. 2 (1979), p. 419-434. Available at: https://www.studocu.com/row/document/ghana-institute-of-management-and-public-administration/law/other/pil-the-libyan-nationalizations-topcocalasiatic-v-libya-arbitration/6166856/view.

[1497] مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي يدعو لقانون تجارة إلكتروني عربي موحد، راجع الرابط التالي:

www.gn4me.com/etesalat/article.gsp?art_id=4877.

الفرع الأول

المقصود بالإسناد الشخصي

أصبح الإسناد الشخصي أو ما يسمى بـ "*مبدأ قانون الإرادة*" في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع مبدأً ثابتاً في القانون المقارن، حيث تعترف به كافة التشريعات الوطنية[1498]، إذ تعتبر قاعدة خضوع العقد الدولي من حيث موضوعه لقانون الإرادة أي خضوعه للقانون الذي يختاره المتعاقدان من أشهر قواعد القانون الدولي الخاص التي تكرسها جل النظم القانونية الوطنية[1499]. وقد كرست هذه القاعدة العديد من الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية لاهاي لسنة 1955 حول القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للأشياء المنقولة المادية[1500] من خلال المادة الثانية الفقرة الأولى[1501]، وكذا اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في 21 من أفريل سنة 1961[1502] في المادة السابعة الفقرة الأولى[1503]، واتفاقية لاهاي سنة 1978 حول القانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة التجارية[1504] وفق المادة الخامسة الفقرة الأولى[1505]، وكذلك اتفاقية روما لعام 1980 بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية[1506] وفق المادة الثالثة

[1498] صالح جاد المنزلاوي، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية*، المرجع السابق، ص.263.

[1499] نذكر من هذه النظم القانون المصري (المادة 01/19 مدني) وقوانين جميع الدول العربية. وكذلك قوانين الدول الأوربية مثل الألماني لسنة 1986 (المادة 01/27 مدني) والقانون السويسري لعام 1987 (المادة 01/116) والقانون النمساوي لعام 1979 (المادة 01/35) والقانون الأسباني لعام 1974 (المادة 05/10 مدني) والقانون الكندي لعام 1979 (المادة 24) والقانون التركي لعام 1982 (المادة 24) كذلك بعض القوانين الأنجلو أمريكية نذكر منها القانون الأمريكي والأسترالي والكندي والقانون الإنجليزي.

[1500] Convention of 15 June 1955 *on the Law Applicable to International Sales of Goods*, Type: Convention, Date of signature: 15/06/1955, Place of signature: The Hague, The Netherlands, Depositary: Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands, Date of entry into force: 01/09/1964, Available at: https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/11/11-02/law-international-sales.xml.

[1501] Article 02/01: « *A sale shall be governed by the domestic law of the country designated by the Contracting Parties* ». Convention of 15 June 1955 *on the Law Applicable to International Sales of Goods*, Op.cit.

[1502] الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي، المبرمة في 21 من أفريل سنة 1961، جنيف بسويسرا، دخلت حيز التنفيذ في 07 من جانفي سنة 1964 وفقاً لأحكام المادة 08/10 باستثناء الفقرات 03 حتى 07 من المادة 04 التي أصبحت سارية المفعول في 18 أكتوبر 1965 بموجب أحكام الفقرة 04 من ملحق الاتفاقية. نصوص الاتفاقية متاحة على الرابط التالي:
http://www.uobabylon.edu.iq/uobcoleges/service_showrest.aspx?fid=7&pubid=6173

[1503] ورد بالمادة 7-1 من اتفاقية جنيف سالفة الذكر على: "*الأطراف أحرار في اختيار القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع*". الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي، المبرمة في 21 من أفريل سنة 1961، المرجع السابق.

[1504] *Convention On The Law Applicable To Agency*, Concluded 14 March 1978, Entry into force: 1-V-1992; Available at: https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=89.

[1505] Article 5-1 : « *The internal law chosen by the principal and the agent shall govern the agency relationship between them* ». Convention On The Law Applicable To Agency, Concluded 14 March 1978, Op.cit.

[1506] *Convention sur la Loi Applicable aux Obligations Contractuelles* Ouverte à la Signature à Rome le 19 Juin 1980, (JO L 266 du 9.10.1980, p. 1-19), Disponible à: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=celex%3A41980A0934.

الفقرة الأولى[1507]. وأيضا القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة بشأن التحكيم التجاري الدولي في 21 من جوان سنة 1985[1508] حيث ورد بالمادة 28 الفقرة الأولى منه على أنه: "*تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا للقانون المختار بواسطة الأطراف*"[1509]. كما كرسته المادة 18 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري التي ورد بها ما يلي: "*يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد*"، جميع النصوص السابقة تحث مجال العقود الدولية على تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف.

يقصد بالإسناد الشخصي ذلك الإسناد الذي يأخذ من الإرادة أساسا له في تحديد القانون الواجب التطبيق، أي أنه يتم اختيار القانون الذي سيطبق على العقد من طرف المتعاقدين أنفسهم والإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق تكون إما صريحة أو ضمنية. تقوم فكرة قانون الإرادة على الاعتراف لطرفي العقد بحكمها في اختيار وتحديد القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة، وبالذات على العقود الدولية التي يكون أحد طرفيها عنصراً أجنبياً. هذا الاعتراف الذي يطلق حرية الإرادة في تحديد جميع الآثار القانونية الناشئة عن العقد التي من بينها تحديد قانون العقد، والمقصود بالإرادة هي الإرادة المشتركة للمتعاقدين وليس الإرادة المنفردة لأحدهما.

فالدخول في المفاوضات العقدية يعني انتهاء دور الإرادة المنفردة، وتبدأ الإرادة بالتوحد في هذه المرحلة (مرحلة المفاوضات)، بحيث تتفاعل إرادة طرفي العقد مع بعضهما البعض للوصول إلى إرادة منتجة للآثار التي يرغب أو يسعى إليها الطرفان. وفي حال اجتماع إرادة المتعاقدين على تحديد القانون واجب التطبيق تنتهي الإرادة المنفردة نتيجة لتفاعل الإرادتين واتفاقهما على تحديد القانون الذي يتم إخضاع العقد له خضوعاً تاماً،

[1507] Article 1-3: Liberté de choix:
«1. *Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat*». Convention sur la Loi Applicable aux Obligations Contractuelles, Op.cit.

[1508] قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي أعدته الأونسيترال، واعتمدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 21 من جوان سنة 1985؛ وفي عام 2006 تم تعديل القانون النموذجي، ويتضمن الآن أحكاما أكثر تفصيلا بشأن التدابير المؤقتة. القانون النموذجي ليس ملزماً، لكن يجوز لكل دولة اعتماد القانون النموذجي عن طريق دمجه في قانونها الداخلي؛ للمزيد راجع الرابط التالي:
https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/ml-arb/07-86996_Ebook.pdf

[1509] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.267-268.

ولا يتمكن أفراد العلاقة من التدخل والحد من القواعد التي يتم إخضاع العقد لها إلا إذا تم اتفاق الطرفين على تعديل ذلك بناءً على إرادتيهما[1510].

تتمركز الفكرة الأساسية لمبدأ سلطان الإرادة في أن العقد يستمد قوته الملزمة من القوة الذاتية لإرادة طرفيه. فالإرادة هي التي توجد العقد على الكيان المادي، وأساس قوته الملزمة، وتستمد الإرادة قوتها من نفسها وليس من أي قوة خارجية عنها، كذلك العقد لا يستمد قوته ووجوده وإلزاميته من أية سلطة غير سلطة إرادة طرفي العقد التي تنظمه من مرحلة المفاوضات إلى تنفيذ آثاره[1511]. إن قيام المشرع بمنح الحرية إلى المتعاقدين في تحديد القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة بينهم لا يعني ذلك إطلاق العنان لهم، إنما هنالك عدة عوامل يتوجب الالتزام بها ليبقى العقد ضمن الإطار العام الذي حدده المشرع[1512].

تسري قاعدة قانون الإرادة على العقود الدولية المبرمة عبر الانترنيت أيا كان نوعها مثلها مثل العقود التقليدية، ومن ذلك العقود المبرمة بين مستخدمي الشبكة وشركاء تقديم المواقع، وشركاء تزويد خدمات الاشتراك في الشبكة، وكذلك العقود المبرمة عبر الشبكة بين التجار والمستهلكين. لذلك يستطيع طرفي العقد أن يتفقا على قانون معين لتطبيقه على أية نزاعات قد تنشأ إذا كانا مختلفي الموطن. وهو ما ذهبت إليه المادة السادسة الفقرة الثانية من القانون رقم 02 لسنة 2002 الخاص بالمعاملات والتجارة الالكترونية لحكومة دبي سالف الذكر على انه: "*يجوز أن يتفق الأطراف الذين لهم علاقة بإنشاء أو إرسال أو استلام أو تخزين أو معالجة أية سجلات الكترونية، على التعاقد بصورة مغايرة لأية من الأحكام الواردة في الفصل الثاني حتى الفصل الرابع من هذا القانون*". وكذلك وفق المادة الرابعة[1513] من قانون الأونيسترال بشأن التجارة الالكترونية الصادر سنة 1996.

[1510] حسن الهداوي، القانون *الدولي الخاص تنازع القوانين*، د ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص.149.

[1511] حسام الدين كامل الأهواني، *النظرية العام للالتزام: المصادر الإرادية للالتزام*، الجزء1، المجلد 1، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص.47-48.

[1512] أحمد عبد الكريم سلامة، *القانون الدولي الخاص...، المرجع السابق*، ص.82.

[1513] المادة 4: "*التغيير بالاتفاق: 1.- في العلاقة بين الأطراف المشتركة في إنشاء رسائل البيانات أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها أو تجهيزها على أي وجه آخر، وما لم ينص على غير ذلك، يجوز تغيير أحكام الفصل الثالث بالاتفاق. 2.- لا تخل الفقرة (01) بأي حق قد يكون قائما في أن تعدل بالاتفاق أية قاعدة قانونية مشار إليها في الفصل الثاني*". قانون الأونيسترال بشأن التجارة الالكترونية الصادر سنة 1996، المرجع السابق.

الفرع الثاني
الصعوبات التي تواجه الإسناد الشخصي

يذهب جانب من الفقه المؤيد لتطبيق منهج التنازع على عقود التجارة الإلكترونية إلى القول بأنه ليس ثمة صعوبة حقيقة من الناحية العملية يطرحها إعمال منهج التنازع؛ حال تطبيقه على عقود التجارة الالكترونية حينما تكون الإرادة صريحة في اختيار قانون العقد، لأن القانون يقرر لأطراف العقد الحق في تحديده. بيد أن المصاعب الحقيقة تثور في الفرض العكسي حينما تكون الإرادة ضمنية، حيث يصعب تحديد اتجاه إرادة المتعاقدين إلى اختيار قانون ليحكم العقد. بينما يذهب اتجاه آخر إلى عدم إنكار الاتجاه ما ذهب إليه الموقف السابق من وجود عقبات قانونية يطرحها منهج التنازع حينما تكون الإرادة ضمنية. ولكن في ذات الوقت لا يسلم بما انتهى إليه من انتفاء تلك الصعوبات تماما، حينما تكون إرادة الأطراف صريحة في تحديد قانون العقد[1514]. فالواقع يشهد بوجود تلك الصعوبات في الحالتين كما يلي:

أولاً.– الصعوبات المتعلقة بالاختيار الصريح لقانون العقد:

يعتبر هذا النوع من الإرادة من أقدم النظريات التي اعتمدت في القانون الدولي الخاص، وقد نصت عليه العديد من التشريعات، ومن بينها المشرع الجزائري ضمن المادة 18 الفقرة الأولى من القانون المدني سالفة الذكر. هذا وتلعب الإرادة الصريحة دورا في فض إشكالية تنازع القوانين. حيث يتفق الأطراف مسبقا على القانون الواجب تطبيقه، ومنه يعرفون مسبقا الجهة المختصة والقانون الواجب التطبيق، وهذا يعني أنه لا يطبق عليهم قانون آخر، وهذا يريح القاضي الذي سيعرض عليه النزاع من البحث عن القانون الواجب تطبيقه.

إن اختيار قانون العقد يكون صريحاً عندما يتم إدراج شرط في العقد يحدد فيه الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وإن كان الأصل أن يتم الاتفاق على اختيار قانون العقد الدولي لحظة إبرام العقد؛ فإن هذا الاتفاق يمكن أن يتراخى لما بعد الإبرام، وعند نشوء النزاع يكون للأطراف تعديل اتفاقهم بخصوص القانون الذي اختاروه دون الإضرار بحقوق الغير حسن النية. وكما أنه قد صار من المألوف في التجارة الدولية والنقل الدولي وجود عقود نموذجية يخضع كل منها لقانون معين منصوص عليها فيه، وتجرى

[1514] أشار إليه، يوسف علي، *مدى صلاحية قواعد تنازع القوانين لحكم التعاملات التي تتم على شبكة الانترنت*، بحث مقدم للمؤتمر العلمي حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية بمركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي بالإمارات العربية المتحدة 26 –28 أبريل 2003.

المعاملات بهذه العقود، ويخضع كل عقد للقانون المنصوص عليه فيه بغض النظر عن وجود أية صلة أخرى من عدم وجودها بين العقد وقانون الإرادة[1515].

لكن الإشكال الذي يطرح نفسه في هذا الإطار هو هل حرية اختيار القانون الواجب التطبيق مطلقة أم ترد عليها بعض القيود؟ لقد انقسم الفقه إلى ثلاثة اتجاهات هي:

الاتجاه الفقهي الأول يقول بحرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد، ولو لم تكن له صلة به، ما دام هذا الاختيار لا يتعارض مع النظام العام، ولا يشوبه غش نحو القانون. لذلك يحق لهم التوسع في مفهوم إسناد العلاقة العقدية، بحيث لا تقف عند حدود القانون الداخلي لدولة معينة، فيجوز إسناد العلاقة العقدية لقواعد ذات صبغة عالمية مثل القواعد العرفية التي نشأة واستقرت بين الجماعات العاملة في مجال التجارة الالكترونية. في حين الاتجاه الفقهي الثاني قيد حرية الأطراف في اختيار القانون الذي سيطبق على عقدهم، بأن يكون للقانون المختار صلة بالعقد الذي سيطبق عليه[1516]، ويقصره في القوانين الوطنية فقط الصادرة عن دولة معينة تتمتع بهذا الوصف طبقا لأحكام القانون الدولي العام[1517]. أما الاتجاه الفقهي الثالث فهو اتجاه معتدل لا يصل إلى حد تضييق نطاق قانون الإرادة ولا إلى حد إطلاق العنان للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق. فهذا الاتجاه يخول المتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية؛ عملا بحقهم المقرر بموجب قاعدة الإسناد واحتراما لتوقعاتهم. ولكنه يحرص في ذات الوقت على أن لا تصل حرية المتعاقدين في اختيار القانون على نحو يؤدي إلى غش نحو هذا الأخير أو الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين المختارة. فهذا الحل يقيم نوعا من التوازن بين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد وإسناد هذه الحرية على أسس مشروعة[1518].

من المألوف في مجال التجارة الالكترونية وجود عقود نموذجية يدرج فيها بند يحدد فيه الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وهو ما درج الفقه على تسميته بشرط الاختصاص التشريعي[1519]. ويتصور الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق في مجال التجارة الالكترونية من خلال الرسائل الالكترونية المتبادلة أو

[1515] عز الدين عبد الله، *القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، ج. 2*، ط.1، دار النهضة العربية، 1974، ص.430.

[1516] أشار إليه، عصام عبد الفتاح مطر، *التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والأجنبية*، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص.270.

[1517] أشار إليه، صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.269.

[1518] أشار إليه، قارة سليمان محمد خليد، *الحلول القانونية لمشكلة تنازع القوانين في ظل التعاقد الالكتروني*، مجلة الندوة للدراسات القانونية، مجلة علمية محكمة، عدد 3، فيفري 2015، ص.122.

[1519] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.283.

بالبريد الالكتروني، وذلك بعد الاتفاق على البنود العقدية الأخرى كالمحل والثمن والتسليم والسعر والدفع. وتجدر الإشارة إلى انه يمكن للمتعاقدين أن يختاروا قانونا ليحكم علاقتهم العقدية دون اشتراط وجود أية صلة حقيقية أو جادة بين القانون المختار والعقد، مثال ذلك العقد النموذجي للتجارة الالكترونية الذي وضعته غرفة التجارة والصناعة بباريس في 30 من أفريل سنة 1998 ليحكم المعاملات التي تتم بين المهنيين والمستهلكين[1520].

لذلك، وبالنظر للطبيعة اللامادية للتجارة الالكترونية فإنها تطرح جملة من المشاكل والعقبات في طريق اختيار القانون الواجب التطبيق. ويمكن تقسيم هذه المشاكل المتعلقة بالاختيار الصريح لقانون العقد عند إعماله على المعاملات الالكترونية التي تتم عبر الانترنت – برغم التحديد المسبق لهذا القانون من جانب الأطراف– إلى نوعين من المشاكل القانونية: الأولى معاصرة لاختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق، وأخرى لاحقة على هذا الاختيار. وعليه سنتطرق بداية إلى المشاكل المعاصرة للحظة اختيار القانون الواجب التطبيق ثم سنعرج للحديث عن المشاكل القانونية اللاحقة لاختيار القانون الواجب التطبيق..

1.– المشاكل القانونية المعاصرة للحظة اختيار القانون الواجب التطبيق:

سنتطرق بشيء من التفصيل إلى هذه المشاكل من خلال عنصرين هما: حالة صعوبة التحقق من وجود الإرادة؛ وما ينتج عن ذلك من آثار قانونية انعكست على الفقه. وكذا في حالة صعوبة التحقق من هوية الأطراف المتعاقدة.

ا.– صعوبة التحقق من وجود إرادة التعاقد:

كقاعدة عامة، ينشأ العقد متى توصل طرفا العقد إلى اتفاق بشأن أحكامه، ما لم يقض القانون بإجراءات محددة مثل الكتابة أو التوقيع أو المستند، ويترتب على ذلك أن العقد المبرم شفهيا صحيح في أغلب الأنظمة القانونية، لأن المتعاقدين يتمتعون بحرية كاملة في إبرام العقود بالطريقة التي يرونها ووفقا للشروط التي يرتضونها، ويستتبع ذلك أن العقد الذي يتم إبرامه على دعامة ورقية أو بواسطة وسيلة اتصال الكترونية سمعية كالهاتف أو سمعية مرئية كالإنترنت يجب أن يكون من حيث المبدأ عقدا صحيحاً. ويبدو انه ليس ثمة صعوبة تذكر حين يتم التعاقد بين حاضرين يضمهما مجلس عقد واحد فالحضور المادي للمتعاقدين يسمح لكليهما

[1520] أشار إليه، المرجع نفسه، ص.283–284.

بالتحقق من هوية الطرف الآخر ومن صفته في التعاقد، والتحقيق من سلامة الوثائق والمستندات وتاريخ إبرام التصرف ومن مكان انعقاده[1521]. كما أنه ليس ثمة مشكلة كذلك عندما يتم التعبير عن إدارة التعاقد – إيجابا وقبولا – عبر شاشات الحواسيب الآلية من الشخص الذي له صلاحية إصدارها ما دام لم يتم إنكارها[1522].

بيد أن الصعوبة تدق حين يتم التعبير عن تلك الإرادة دون تدخل إنساني مباشر عن طريق أجهزة ووسائط الكترونية لا تملك إرادة أصلا، وبصفة خاصة عندما يقوم الحاسب المبرمج ببث رسائل مشوبة بالخطأ بشكل يستحيل توقعه من جانب الشخص الذي يعمل الحاسوب لحسابه. مما يثير التساؤلات عن الآثار القانونية المترتبة على الخطأ في التعاقد الالكتروني، وعما إذا كان يتحملها الحاسوب أم الشخص الذي يعمل الحاسوب لصالحه، هذا من ناحية. أما من ناحية أخرى، تتضح صعوبة التحقق من إرادة العاقد كذلك حين تصدر تلك الإرادة من شخص ليس له صلاحية التصرف نيابة عن المتعاقد الأصلي، أو إذا تم التلاعب في مضمون الرسالة الالكترونية أو تم التغيير في محتواها، ففي هذه الحالات وغيرها، تنشأ عدة أسئلة وأوجه من عدم اليقين في سياق استخدام وسائل الاتصال الالكترونية لإبرام عقد من العقود، فتثار تساؤلات عديدة بشأن كيفية التحقق من أن الإرادة صادرة عن صاحبها، خاصة إذا علمنا أن الشبكة معرضة للاختراق والتدخل من جانب الغير، وكذا عن القانون الواجب التطبيق في هذا الشأن[1523].

وفيما يخص الحلول المقترحة للتحقق من وجود إرادة المتعاقد وتفادي مشكلة صعوبة التحقق منها، فإنه قد أثبتت الدراسات الأكاديمية والعلمية أن تحديد إرادة التعاقد يمكن أن تتحقق عن طريق اتفاق المتعاقدين على شفرة أو رمز يوضع على الوثيقة محل التعاقد، أو عن طريق وسيط يستوثق من هويتهم عن طريق كلمة المرور، حيث يقترن استخدام هذه الكلمة بالمتعاقد. كذلك يضمن المفتاح السري والمفتاح العلني تحديد هوية المتعاقد الحقيقي عندما يوقع الطرف المرسل الرسالة بمفتاحه السري، ويتم التحقق من قبل المرسل إليه من الرسالة عن طريق تطبيق المفتاح العلني للمرسل على المفتاح السري، وإذا ثبت صلاحيتها تأكد المرسل إليه أن الباعث بالرسالة هو المتعاقد الحقيقي[1524].

[1521] حسين عبده ماحي، *نظرات قانونية في التجارة الالكترونية*، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 2002، ص.ص.293 وما بعدها.

[1522] اناس الخالدي، المرجع السابق، ص.102.

[1523] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.353.

[1524] عبد الفتاح بيومي حجازي، *التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية*، المرجع السابق، ص.163-166.

أما فيما يخص الحلول المقترحة لإسناد الإرادة للمتعاقد فقد ظهرت ثلاثة اتجاهات: يرى الاتجاه الفقهي الأول أن الوسائط الالكترونية كالحاسوب وما يتبعه من أجهزة وبرامج الكترونية لها شخصية قانونية تتمتع بأهلية التعاقد، وهو رأي يصعب التسليم به، لان الشخصية القانونية تثبت للأشخاص الطبيعية والمعنوية، ولا تثبت لغير ذلك إلا بموجب نص قانوني صريح. بينما يذهب الاتجاه الفقهي الثاني إلى اعتبار الحاسوب نائبا عن المتعاقد إذ يتعاقد باسمه ولحسابه، ولكن النيابة تفرض أن يعبر النائب عن إرادته عند إبرام العقد والحاسوب عديم الإرادة. في حين تمسك الاتجاه الفقهي الثالث بالقول بأن الحاسوب مثله مثل الوسائط الالكترونية التي تسمح بالتعاقد عن بعد[1525]، فهو مجرد وسيلة للاتصال يقتصر دوره في نقل إرادة المتعاقدين، وهو بهذا الوصف لا يعبر عن إرادة ذاتية خاصة به، وإنما يقوم فقط بنقل إرادة المتعاقدين. وهذا هو الرأي الراجح الذي يعطي الحل لإسناد الإرادة للمتعاقد، لأن إرادة المتعاقد لا تنسب إلى الحاسوب بل تنسب للذي يستخدم الحاسوب[1526]، وهذا الرأي يتماشى مع ما اخذ به قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية وفق المادة 13 منه[1527].

ب.– صعوبة تحديد هوية الأطراف المتعاقدة:

إن غياب التواجد المادي لأطراف العقد لحظة الإبرام من المميزات الأساسية لعقود التجارة الالكترونية عبر الانترنيت عكس ما هو موجود في العقود التقليدية، مما يصعب من عملية التحقق من هوية وشخصية بل وحتى أهلية الأطراف المتعاقدة الكترونياً؛ باعتبار أن المتعاملين عبر الشبكة يفتقرون إلى معيار التحديد، نظرا لكون العنوان الالكتروني لا يكون أصلا مرتبطاً ببلد معين[1528]. ويستتبع ذلك أن التحقق من هوية وشخصية المتعاقدين قد لا تكون في مجال التعاقد الالكتروني بالسهولة نفسها التي كانت تبحث بها وفق الطرق التقليدية للتعاقد عن بعد[1529].

تتضح صعوبة التحقق من الهوية من عدة زوايا، نذكر منها: فمن ناحية أولى، نجد أن المتعاقدين من خلال وسائط الاتصال الالكترونية التقليدية كالفاكس أو التلكس أو الهاتف يعرفون مقدما الدولة التي يتصلون

[1525] أشار إليه، عماد مجدي عبد الملك، *التجارة الالكترونية*، ط.1، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2011، ص.82.

[1526] أشار إليه، عمر خالد زريقات، *عقد التجارة الالكترونية: عقد البيع عبر الانترنت*، المرجع السابق، ص.408-409.

[1527] قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996، المرجع السابق.

[1528] سلطان عبد الله محمود الجواري، *عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق*، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ط.1، ص.128-129.

[1529] Cf .PIERRE Deprez VINCENT Fauchoux., *Lois, Contrats et Usages du Multimédia*, éd.Dixit., Paris, 1996, p.144.

بها ويعرفون مكان وهوية الطرف الأخير في العقد، وذلك من خلال الرقم الكودي الذي يطلبونه. في حين أن المتعاملين عبر الانترنت يفتقرون إلى ذلك التحديد، لأن العنوان الالكتروني الذي يتعاقدون من خلاله قد لا يكون مرتبطاً ببلد معين، كما هو الشأن في العناوين الالكترونية التي يشار إليها في المقطع الأخير منها بـ (*com*) أو (*org*). ومن ناحية ثانية، كذلك من الصعب بمكان مراقبة العناوين الالكترونية التي يستخدمها المتعاقدون للتحقق من هوية الطرف الآخر. فالتجار غير مسموح لهم بتخزين عناوين العملاء على قاعدة البيانات الخاصة بهم للتحقق من هويتهم، لأن هذا العمل يعد مخالفا لقانون 07 من جانفي سنة 1978 الخاص بالحريات والمعلومات سالف الذكر، وهو يطبق بشكل آمر متى كانت قاعدة البيانات تقع على الإقليم الفرنسي أيا كانت جنسية الأشخاص المعنية[1530]. وهذا القيد يتفق مع التوجيه الأوربي رقم 46/95 الصادر في 24 من أكتوبر سنة 1995 المتعلق بحماية البيانات ذات الطابع الشخصي وحرية تداولها عبر الحدود سالف الذكر[1531].

إزاء تلك الصعوبات يجب على كل من يرغب في التعاقد عبر الانترنت أن يتحقق من هوية الشخص الذي يتعاقد معه، لأن لعقد لن يكون سليما من الناحية القانونية إلا إذا تم بين شخصين يتمتع كل منهما بالأهلية القانونية. على أن الإشكالية التي تواجهنا هنا هي أن الأهلية تحدد وفقا للقانون الشخصي لأطراف الرابطة العقدية، وهذا القانون يختلف من نظام قانوني لآخر، *فكيف يمكن التحقق من تلك الأهلية*؟

في حالة التعاقد بين حاضرين – بحكم أنهما يجمعهما مجلس واحد– يتم التأكد من الأهلية عن طريق البطاقة الشخصية التي يحملها الشخص الطبيعي، أو من خلال تسجيل الشركة إذا كان المتعاقد شخصاً اعتباريا. لكن الصعوبة تكمن في التعاقد عن بعد أو استخدام التبادل الالكتروني للبيانات، فقد يجري التعاقد وفق ذلك دون توافر أهلية التعاقد لأحد الأطراف أو لكليهما. ويزداد الأمر أهمية في ظل ما أثبته الواقع العملي من وجود عدد كبير من المتعاملين الذين تعج بهم البيئة الالكترونية من ناقصي الأهلية، بل والعديد منهم يتعمدون إخفاء أهليتهم، كما أن هناك من يدعي انه ممثل لشركة معينة، كما انه قد يكون الشخص كامل

[1530] Cf. Idem.

[1531] محمد السعيد رشدي، حجية *وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات*، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول: الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية، شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة 26 إلى 28 أبريل 2003، ص 352.

الأهلية وفق قانون دولته[1532]. لهذا، فالسؤال المطروح هنا هو *كيف يتم التأكد من الأهلية في هذه الحالة*؟[1533]

للتأكد من أهلية المتعاقدين في العقد الالكتروني لابد من وجود خبراء متخصصين في الانترنيت والتجارة الالكترونية، لأن المسألة ذات طبيعة فنية بالدرجة الأولى، ومن التقنيات المستخدمة نجد "*تقنية الحائط الناري لتجميع الآليات البرمجية*"، والتي عن طريقها يمكن بث رسالة تحذيرية عندما تكون الشبكة معرضة للاختراق، و"*تقنية الاستيثاق من المواقع وتعقبها*" خوفا من وجود أشخاص أو شركات وهمية.

ومن الحلول القانونية للتأكد من أهلية التعاقد نجد الوثائق الالكترونية، إذ يجب الاعتراف بها ومنحها الحجية اللازمة، ولا يكون ذلك إلا من خلال إمكانية التحقق من صحة صحتها وكذا هوية مرسلها. وتطبيقاً لذلك يوجب الاتفاق النموذجي لتبادل البيانات الكترونيا للمملكة المتحدة أن تحدد جميع الرسائل هوية المراسل والمرسل إليه، كما يشير الاتفاق النموذجي الأوروبي للتبادل الالكتروني إلى ضرورة أن تشمل الإجراءات الأمنية التحقق من منشئ الرسالة[1534]. أما بالنسبة لنقص أهلية أحد المتعاقدين وفق أحكام قانون جنسيته، أو أحكام قانون موطن المتعاقد الأخر؛ فإن ذلك لا يؤثر في أهليته، إذ يعتبر في حكم كامل الأهلية. ولكن إذا كان نقص الأهلية يرجع إلى تعمد القاصر إخفاء ذلك فهنا يستطيع من تعاقد معه بحسن نية الرجوع عليه طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية[1535].

غير أن الصعوبات سالفة الذكر لا يمكن أن تحول دون التأكد من شخصية المتعاقد وهويته القانونية في مجال العمليات الالكترونية التي تتم عبر شبكة الاتصالات الدولية، لأن في ذلك مصلحة ينشدها المستهلك ويرغب فيها التاجر. فبالنسبة للمستهلك تحديد هوية الطرف الأخر (المورد) يمكنه من التعرف على القانون الواجب التطبيق على العقد لأنه غالبا يكون قانون هذا الأخير[1536]. كما أن التاجر يحرص كذلك على معرفة هوية الطرف الأخر الذي يقدم له الخدمة له أو السلعة حتى يتأكد من أن الطرف الذي قبل عرضه يتمتع بأهلية التعاقد[1537]. فهناك بعض المنتجات والخدمات تقدم لأشخاص محددين دون غيرهم، الأمر الذي

[1532] احمد عبد الكريم سلامة، *الأصول في التنازع الدولي للقوانين*، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، (دون سنة النشر)، ص.998-999.

[1533] محمد كمال فهمي، *أصول القانون الدولي الخاص*، ط.1، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص.595-596.

[1534] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.381-382.

[1535] احمد عبد الكريم سلامة، *الأصول في التنازع الدولي للقوانين*، المرجع السابق، ص.1002.

[1536] عماد مجدي عبد الملك، *التجارة الالكترونية عربيا ودوليا*، ط.1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2011، ص.83-84.

[1537] سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص.130.

يوجب على التاجر التحقق من أن المستهلك يندرج ضمن الأشخاص الذين لهم الحق في الانتفاع بتلك الخدمات أو المنتجات[1538]. والحقيقة التي لا مراء فيها انه سيكون من الصعب على التاجر أمام تلك القيود والمتطلبات مراقبة كل الأشخاص الذين تتوافر فيهم الشروط القانونية بتلك الخدمة، ومنه، يمكن أن يقع تحت طائلة العقاب المقررة في قانون العقوبات الفرنسي.

2.– المشاكل القانونية اللاحقة لاختيار القانون الواجب التطبيق:

هناك مشكلتان رئيستان يمكن توقعهما عقب اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العقد، الأولى تتمثل في صعوبة إثبات اتفاق الأطراف على اختيار قانون معين يحكم العقد. أما المشكلة الثانية فتدور حول اختيار الأطراف لقانون معين لا ينظم المعاملات الالكترونية. سوف نتناول هاتين المشكلتين على التوالي:

ا.– صعوبة التحقق من جدية التعاقد وإثباته:

لقد شكلت قواعد الإثبات[1539] الخاصة بالمستندات والمحررات الالكترونية في العصر الحديث هاجساً للمشرعين والمشتغلين على الفقه؛ نظرا لما يتميز به التعاقد الالكتروني بغياب الدعامات المادية الخطية، حيث أنه يتم بواسطة وسائل معلوماتية في شكل صور وبيانات تظهر على شاشات الحواسيب، مما يصعب من تقديم أدلة الإثبات، عكس ما هو عليه في عقود التجارة التقليدية أين يلتزم الطرفان بتقديم دليل كتابي لإثبات التصرف القانوني. فالحق الذي ينكره الخصم ولا يستطيع صاحبه أن يقيم الدليل على وجوده يكون عديم القيمة، وقد يكون الحق موجودا من الناحية القانونية لكن عدم إقامة الدليل على وجوده يحول دون حصول صاحبه على طلب الحماية القانونية، ويصبح من الناحية العملية والعدم سواء. لذلك تتضح أهمية الإثبات في مجال التصرفات القانونية بوجه عام[1540].

[1538] Cf . PIERRE Deprez VINCENT Fauchoux., Op.cit., p.145.

[1539] يعد الإثبات من أهم القواعد القانونية المنظمة للحقوق والالتزامات بوجه عام والتصرفات القانونية التي تتم من خلال شبكة الاتصالات الالكترونية بوجه خاص وقد عبرت المذكرة الإيضاحية الشارحة لقانون الإثبات المصري رقم 52 لسنة 1968 عن تلك الأهمية بقولها "*إن الحق يتجرد من كل قيمة إذا لم يقم الدليل على الحادث الذي يستند إليه، فالدليل هو قوام حياته ومعقد النفع فيه، حتى صدق القول بان الحق مجردا من دليله يصبح عند المنازعة فيه هو والعدم سواء*". نقلا عن: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 357.

[1540] محمد السعيد رشدي، *حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات*، المرجع السابق، ص 363.

بيد أن تلك الأهمية تبدو أكثر إلحاحا في مجال المعاملات الالكترونية التي تتم عبر الانترنت، لاسيما في ظل غياب الدعامات المادية الخطية، فالتعاقد عبر الشبكة يتم عن طريق وسائل معلوماتية في صورة بيانات تظهر على شاشات الحواسيب الآلية، ويتم تبادل الرضا بين المرسل (*L'émetteur*) والمستقبل (*Les récepteur*)، ويتحدد موضوع المعاملة وكيفية تنفيذها دون دعامة مادية مكتوبة[1541]. فإذا كان أطراف الرابطة العقدية في مجال المعاملات التقليدية ملتزمين بتقديم دليل مادي لإثبات التصرف القانوني، فإن التعامل عبر شبكة الانترنت يتضمن إلغاءً لتلك الأدلة المادية وأيضا إلغاء لكل توقيع خطي. ولعل تلك الخصوصية هي التي أدت على وجود عقبات حقيقية تتعلق بقواعد الإثبات التقليدية حال تطبيقها على عقود التجارة الالكترونية[1542].

يظهر هذا النوع من المشكلات في صور عديدة منها ما هو فني ومنها ما هو قانوني، فالمشاكل الفنية أهمها حدوث عطل داخل الأجهزة الالكترونية يؤدي إلى ضياع البيانات المخزنة بداخلها أو انتهاء فترة الصلاحية المقررة لتخزينها، بحيث تهلك أو تصبح غير مقروءة مما يؤثر على استخدامها كوسيلة إثبات. علاوة على ذلك، قد يكون من الصعب استرجاع تلك البيانات إذا تم تحميل البرنامج على الأجهزة بشكل غير سليم، أو إذا تم استخدام أجهزة غير مناسبة، قد يتم كذلك التلاعب في مضمون السند الإلكتروني أو الإطلاع على البيانات التي يتضمنها بغرض استغلالها على نحو غير مشروع[1543]. وهناك مشاكل قانونية تتمثل في تباين التشريعات الوطنية في تنظيم أدلة الإثبات من جانب، وتبنيها نهجا مختلفا في قبول الأدلة الالكترونية من جانب آخر، وتباينها كذلك في منح الأطراف الحق في الاتفاق على تعديل تلك القواعد من جانب ثالث.

لقد أثبتت الدراسات التي أجرتها لجنة الاتحادات الأوربية في إطار برنامج نظم التبادل الالكتروني للبيانات التجارية والمهنية بالقواعد القانونية لقبول أدلة الإثبات؛ أثبتت أن هناك تباين بين النظم القانونية بصدد مسائل الإثبات، فهناك نظم تتبنى قواعد إثبات مرنة نسبيا، بمعنى أنها لا تضع طرقا محددة للإثبات تقيد بها القاضي أو الخصوم، بل تترك للأطراف حرية تقدير الأدلة التي تقنع القاضي وتطلق للقاضي الحرية المطلقة في تكوين عقيدته. وهناك نظم قانونية أخرى تعتمد منهجا صارما وتضع طرقاً محددة للإثبات لا يستطيع

[1541] Cf . PIERRE Deprez VINCENT Fauchoux., Op.cit., p.147.

[1542] Cf, POTTIER (P.)., *Securite: Authentilcation et Dematerialisation de la Preuve Dans les Transactions Electoniques*, Gaz.Pal, 1996, pp. 276 et s.

[1543] بلال عبد المطلب بدوي، *البنوك الالكترونية: ماهيتها، معاملاتها، والمشاكل التي تثيره*،ا بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرية الالكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 10 إلى 12 من ماي سنة 2003 ص.ص. 172 وما يليها.

القاضي أو أطراف العقد الحياد عنها[1544]. وقد انتهت اللجنة في تقريرها إلى أن القواعد التقليدية المعنية بالإثبات تشكل عقبة حقيقية تعترض تطوير تبادل البيانات الكترونيا[1545]. كما خلصت التحقيقات التي أجرتها أمانة الأونسيترال إلى نفس النتيجة، وأقرت بوجود مشاكل يثيرها استخدام البيانات المخزنة في الحواسيب الآلية كدليل إثبات في المنازعات. ونتيجة لذلك، أوصت اللجنة الحكومات بإعادة النظر ففي القواعد القانونية التي تعوق استخدام الوسائل الالكترونية كأدلة في الدعاوي القضائية؛ بغية تفادي ما يحول دون قبولها من عقبات لا مبرر لها، والتأكد من هذه القواعد تتفق والتطورات في مجال تكنولوجيا المعلومات، وتوفير الوسائل الملائمة لتمكين المحاكم من تقييم مصداقية البيانات الواردة في تلك السجلات[1546].

يعالج الأطراف عادة مسألة مدى قبول رسائل تبادل البيانات الكترونيا في المعاملات التي تجري بينهم في اتفاقات التبادل المبرمة بينهم، ومكمن الصعوبة هنا يأتي من أن اتفاقات التبادل النموذجية قد اعتمدت طرقا متنوعة إزاء تلك المسألة، فبعض هذه الاتفاقات ينص على أن يقبل الأطراف الرسائل الالكترونية كدليل إثبات، وثمة اتفاقات أخرى تجيز لأطراف العقد الاتفاق بينهم على إمكانية الطعن في الأدلة الالكترونية، وثمة نوع أخير يوصي بأن تأخذ الأدلة الالكترونية نفس القيمة الثبوتية المعطاة للأدلة التقليدية[1547].

بالإضافة إلى ما سبق بيانه، هناك اتفاقات تبادل نموذجية تقتصر على معالجة قواعد إثبات وطنية محددة، ومن الأمثلة على ذلك الاتفاق النموذجي لرابطة المحامين الأمريكية، فهذا الاتفاق يعالج قاعدة: "*الأدلة السمعية*" وقاعدة: "*أفضل دليل*"؛ هاتان القاعدتان تشكلان عقبة تعترض قبول الوسائل الالكترونية في الإثبات، ويستدل على ذلك من نص الاتفاق نفسه الذي يقتضي بأن: "*لا يطعن أي من الأطراف في مدى قبول نسخ الوثائق الموقعة الكترونيا كاستثناء من "قاعدة الأدلة السمعية" أو "قاعدة أفضل الأدلة" على أساس أن الوثائق الموقعة لم تصدر أو لم تحفظ في شكل وثيقة*"[1548]. وتبدو الصعوبة هنا في أن صحة الاتفاقات التعاقدية بين الأطراف في اتفاق تبادلي يتعلق بمدى قبول الأدلة الإلكترونية في الإثبات من طرف نظام قضائي

[1544] أشار إليه، اناس الخالدي، *التحكيم الالكتروني*، دار النهضة العربية، مصر، ط.2، (دون سنة نشر)، ص.103-104.

[1545] *الوثائق الرسمية للجمعية العامة للأمم المتحدة*، الدورة الأربعون 15 ماي سنة 1998، الملحق رقم 17، ص.360، متاح على الرابط التالي: www.unictral.orgen.index-htm.

[1546] Cité par, Conférence des Nations Unis sur le Commerce et le Développement*: le Commerce Electronique Considérations Juridiques*, Etude Etablie par la Secrétariat: http:www.unctad.orgtir/docs/pdf. P.43.

[1547] Cf. DUPUIS-TOUBOL Frederique., *Commerce Electronique: Comment en Apporter la Preuve*?, Revue de Droit des Affaires Internationales, 1998, N° 3? P. 329 – 347, p.357.

[1548] مقتبس من، صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 306.

معين لدولة ما، وبقدر ما تكون الأحكام المعنية بالأدلة إلزامية بقدر ما يفقد الاتفاق التعاقدي فعاليته، لذلك لا يمكن التعويل عليها في المنازعات الأخرى التي تنطوي على أطراف مختلفين.

يضاف إلى ما سبق، أن هذه الأحكام سوف تكون عديمة القيمة حيث يوجد شرط قانوني يوجب توفر دعامة مادية عامة مكتوبة، أو يتطلب وجود وثيقة، أو مستند أصلي، أو غير ذلك من الشروط الشكلية، اللهم إلا إذا كان القانون الوطني يسمح بهذا الاتفاق، وفق ما ورد في اتفاق التبادل النموذجي للجنة الاقتصادية لأوروبا، وكذا الاتفاق النموذجي الأوربي المعني بتبادل البيانات الذي يشير في المادة الرابعة إلى أنه: "*بقدر ما يجيزه أي قانون وطني قد يكون ساريا، يمكن لأطراف الاتفاق على أن سجلات وسائل تبادل البيانات الالكترونية التي يحتفظ بها وفقا لأحكام وشروط هذا الاتفاق تكون في حالة التنازع مقبولة أمام المحاكم وتشكل أدلة على الوقائع الواردة فيها، ما لم تقدم أدلة خلاف ذلك*"[1549]. وعليه، يمكن القول أن مشاكل التجارة الالكترونية في مجال الإثبات تنحصر في الكتابة والتوقيع والمستند، وهذه المفاهيم التقليدية للإثبات لم تعد ملائمة للتطبيق على العمليات الإلكترونية[1550].

ب.– عدم تنظيم القانون المختار للعمليات الالكترونية:

نظرا لعدم وجود قواعد قانونية خاصة بتنظيم المعاملات الالكترونية في اغلب الأنظمة القانونية للاستناد إليها عند وجود أي خلل يشوب العقد، هذا الأمر جعل المتعاقدين عبر الانترنت يتطلعون دائما إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق قبل الدخول في العلاقة العقدية. ولا تبدو ثمة صعوبة إذا كان القانون المختار يعترف بصلاحية العقود التي يتم إبرامها بدون مستند ورقي مكتوب من المتعاقدين، حيث يتم الرجوع إلى هذا القانون وتطبق أحكامه، لكن الإشكال يكمن في حالة ما إذا اختار الأطراف تطبيق قانون دولة معينة من بين القوانين المرتبطة بالعلاقة القانونية، ثم يظهر أن هذا القانون لا يعترف بصلاحية العقود التي تعتمد على الكتابة الالكترونية والتوقيعات الرقمية[1551]. ففي هذه الحالة تظل الكتابة اليدوية والتوقيعات الخطية هي المعتمدة قانونا[1552].

[1549] مقتبس من، المرجع نفسه، ص.361.

[1550] عصام الدين القصبي، *تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الالكترونية*، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص.269.

[1551] محمد إبراهيم عرسان، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية*، المرجع السابق، ص.122-123.

[1552] فيصل محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص.683.

الواقع أن اتفاق الأطراف على تطبيق قانون دولة معينة على المنازعات التي قد تنشأ بصدد روابطهم العقدية التي يتم عبر الانترنت تبدو مسألة ضرورية، لاسيما في ظل عدم وجود قواعد خاصة بالمعاملات الالكترونية في أغلب الأنظمة القانونية، فالمتعاقدون عبر الشبكة الدولية للمعلومات يتطلعون دائما إلى معرفة حقوقهم والتزاماتهم الناتجة عن هذه العلاقة[1553]. لهذه الأسباب يحرص المتعاملون عبر الانترنت على أن يضمنوا عقدهم شرطا خاصا يتحدد بموجبه القانون الواجب التطبيق على العقد، وهو قانون مركز إدارة الشركة الرئيسي التي يمتلكها البائع[1554]. ومن أمثلة تلك العقود نذكر عقد شركة آبل عن طريق متاجرها (*Apple store*)[1555]؛ الذي نص على أن: "*تخضع كل عقود البيع التي تكون (Apple store) طرفا فيها لقانون كاليفورنيا*"، كما نصت أحد الشروط العامة للمركز التجاري " ***Surf and buy D'ibm Europe***" على أن يخضع هذا العقد للقانون الفرنسي[1556]. وهذا التحديد لقانون العقد ورد النص عليه أيضا في العقد النموذجي للتجارة الالكترونية الذي وضعته غرفة التجارة والصناعة بباريس[1557]، وكذلك في عقد استغلال وتراخيص التجارة الالكترونية.

ثانياً.– الصعوبات المتعلقة بالاختيار الضمني لقانون العقد:

إذا تخلفت الإرادة الصريحة للأطراف في اختيار القانون الذي يرغبون في تطبيقه على عقدهم في حالة نزاع، فإن القاضي يحاول استنفاذ الإرادة الضمنية للأطراف من ظروف وملابسات العقد. والاختيار الضمني هو اختيار حقيقي ولكنه غير معلن، إذ يستخلصه القاضي من ظروف الحال[1558]، ويؤكد ذلك ما ذهبت إليه اتفاقية روما لسنة 1980 في المادة الثالثة الفقرة الأولى التي ورد بها ما يلي: "*يسري على العقد القانون الذي*

[1553] Cf. CAPRIOLI Éric (A.) et SORIEUL Renaud., *Le commerce international électronique: vers l'émergence de règles juridiques transnationales*, 2 J. D. I. 323, 1997, p.357.

[1554] Cf. Huet (J.)., *Commerce électronique: Loi applicable et règlement des litiges*, "*Propositions des grandes entreprises* (GBDe)", JCP, Octobre 1999, N° 41, p.1 Et s.

[1555] Apple Store: *est une chaîne de boutiques appartenant et exploitée par Apple, société commercialisant des ordinateurs et des produits électroniques grand public. En 2018, Apple possède 506 magasins et un magasin en ligne disponible dans 39 Pays*. Apple Store, Date de Citation: 22/02/2020, Disponible à: https://fr.wikipedia.org/wiki/Apple_Store

[1556] مقتبس من، أسامة أبو الحسن مجاهد، *خصوصية التعاقد عبر الانترنت*، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص.ص.18 وما بعدها.

[1557] أشار إليه، فيصل محمد كمال عبد العزيز، *الحماية القانونية لعقود التجارة الالكترونية*، ط.1، جامعة القاهرة، مصر، 2008، ص.681–682.

[1558] فيصل محمد كمال عبد العزيز، نفس المرجع، ص.286.

يختاره الأطراف، ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحا أو مستمدا بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد"، وكذا اتفاقية لاهاي لعام 1986[1559] وفق المادة السابعة الفقرة الأولى[1560].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فمن خلال مقارنة المادة 18 من القانون المدني مع نظيراتها في القوانين الأجنبية؛ نجدها لا تشمل على الفقرة التي تجيز اللجوء إلى الإرادة الضمنية في حال غياب الإرادة الصريحة للمتعاقدين، وهو الأمر الذي يفيد بأن المشرع الجزائري لا يعتد إلا بالإرادة الصريحة للمتعاقدين[1561].

ومن أحكام القضاء في استخلاص الإرادة الضمنية، ما ذهبت إليه محكمة الرباط بالمغرب الأقصى سنة 1920 في أحد أحكامها حيث ورد به ما يلي: "*لو كان العقد يتصل بقانون دولتين في نفس الوقت وكان قانون أحداها يتضمن أحكام لتنظيم هذا النوع من العقود خلافا لقانون الدولة الأخرى، والذي لا يتضمن مثل هذه الأحكام فقد يبدو من المنطق تطبيق قانون الدولة الأولى بوصفه قانون الإرادة*"[1562].

يمكن استخلاص الإرادة الضمنية من خلال التقنية التي حرر بها العقد، وقد أشارت بعض التشريعات إلى مسألة كون العقد قد يكون ضمنيا؛ منها المادة 19 من القانون المدني المصري، والمادة الثالثة من اتفاقية باريس التي نصت على أنه: "*يسري على العقد القانون الذي يختاره الأطراف، ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحا أو مستوحى بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف العقد*"، أي إرادة المتعاقدين الضمنية تستقي من ظروف العقد مثل اختيار المتعاقدين للغة معينة لتحرير العقد، أو استعمال مصطلحات قانونية معروفة في قانون معين، أو اختيار عملة بلد معينة للوفاء، أو اشتراط تنفيذ العقد في دولة معينة، أو جعل الاختصاص بنظر المنازعات المتولدة عن العقد بمحاكم دولة معينة مما يفيد انصراف نية المتعاقدين إلى إخضاع العقد لقانون محكمة تلك الدولة[1563].

[1559] *Convention On The Law Applicable To Contracts For The International Sale Of Goods*, The Hague 1986, Concluded 22 December 1986. Available at: https://assets.hcch.net/docs/b4698bc5-9d42-4352-934f-5232a8dcb12c.pdf.

[1560] Article 7-1: «*A contract of sale is governed by the law chosen by the parties. The parties' agreement on this choice must be express or be clearly demonstrated by the terms of the contract and the conduct of the parties, viewed in their entirety. Such a choice may be limited to a part of the contract* ». *Convention On The Law Applicable To Contracts For The International Sale Of Goods*, Op.cit.

[1561] أشار إليه، اعراب بلقاسم، *القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين*، دار هومة، الجزائر، 2000، ص.309.

[1562] حكم محكمة الرباط في 13 من أفريل سنة 1920. أشار إليه، عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص.106.

[1563] أشار إليه، احمد عبد الكريم سلامة، *علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا*، ط.1، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2001، ص.1100؛ صالح المنزلاوي، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية*، المرجع السابق، ص.287-288.

1.– صعوبة الاعتماد على القرائن والمؤشرات الدالة على الإرادة الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق:

هناك من يرى ضرورة استبعاد الاختيار الضمني لقانون العقد في العقود الالكترونية، ليس بسبب تحكم القاضي أو الإخلال بتوقعات الأطراف، وإنما لصعوبة الاعتماد على القرائن والعلامات الدالة على هذه الإرادة الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني. وهذه الصعوبة تتضح من عدة نواحي وعلى رأس ذلك اللغة، فمن المعلوم أن اللغة الانجليزية هي لغة التخاطب الغالبة في مجال العقود الالكترونية التي تتم عبر شبكة الانترنت، غير أن المواقع التي تكون متاحة بأكثر من لغة على الشبكة قد لا يكون اعتمادها للغة الإنجليزية مؤشرًا على نية المتعاقدين؛ باعتماد قانون معين ليطبق على التعاقدات الحاصلة من مستخدمي الشبكة. وعلى ذلك، فإن تحرير العقد باللغة الانجليزية عند التعاقد بواسطة شبكة الانترنت لا يشير إلى نية الأطراف بإخضاع عقدهم إلى القانون الانجليزي[1564].

أيضًا، لا يمكن الاعتماد على العملة التي يتم فيها الوفاء، للاستدلال على القانون الواجب التطبيق، بعد أن أصبح مقابل الخدمة يؤدي بطريقة آلية من خلال تحويل النقود إلكترونيًا أو بواسطة بطاقة الوفاء أو ما شابه ذلك، إذ يمكن للمتعاقد أن يسدد بهذه الوسائل بأية عملة وفي أي وقت[1565] من خلال بطاقات الائتمان[1566]، والتي يطلق عليها تسمية النقود البلاستيكية أو بواسطة النقود الرقمية أو التحويلات المصرفية[1567].

فضلاً عن أنه يصعب القول بأن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى تطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها مقر المحكمة التي اتفق الفرقاء على إيلائها الاختصاص التشريعي والقضائي، فلولا الاستقلال بين قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي وقواعد تنازع الاختصاص التشريعي؛ لطبقت كل محكمة قانونها الوطني، وانتفى سبب وجود القانون الدولي الخاص، كما انه يمكن للفرقاء أن يعتمدوا محكمة افتراضية يكون موقعها موجودًا على شبكة الانترنت من خلال موقع أو عنوان إلكتروني لا ينتمي إلى دولة بعينها. ومثال ذلك اختيار محكمة التحكم الفضائية (*Cyber tribunal*) سالفة الذكر منبرًا لحسم النزاع.

[1564] Cf. ZANOBETTI (A.)., *Contrat Law in International Electronic Commerce*, Revue de Droit des Affaires Internationales, N°5, 2000, p.552.

[1565] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.324.

[1566] *Credit Cards*.

[1567] *Electronic Fund Transfer*.

كما يصعب الاستناد إلى قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين، لأن هذه الضوابط جميعها تؤدي إلى تركيز الرابطة العقدية مكانيًا، في حين أن العقود الالكترونية خاصة تلك التي تبرم وتنفذ إلكترونيًا لا يمكن تركيزها مكانيًا بهذه الطريقة. وبهذا الوصف تقترب الإرادة الضمنية في هذا المجال من الإرادة المفروضة بواسطة القاضي[1568]. فضلاً عن انه وفي اغلب المرات يكون أطراف العقد الالكتروني من بلدين مختلفين، لا يجمعهما موطن مشترك. كما أن الجنسية المشتركة قرينة ضعيفة في التعاقد غير الالكتروني، فكيف الحال في حال كان التعاقد يتم آليًا من جهة أحد الأطراف مثلاً.

2.– التحديد الضمني وإشكالية تحكم القاضي في تحديد قانون العقد:

إن الإسناد إلى الإرادة الضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد أثار عدة انتقادات من جانب فقهاء القانون الدولي الخاص. ويعتبر جانب ممن تصدى لتشريح هذه الصعوبات أنه في حالة السكوت عن تحديد القانون الواجب التطبيق؛ فالقاضي عليه البحث عن تركيز الرابطة العقدية وإسنادها للقانون الأكثر ارتباطا بالعقد بدل البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف، أي تركيز العقد أو توطين العقد (*Localization*) بمعنى وضعه في مكان يخضع لقانونه باعتباره الأنسب لحكم المنازعات المترتبة عليه. بحيث يفترض أن طرفي العقد كانا سوف يختارانه فيما لو واجها مسألة اختيار قانون يحكم عقدهما لأنه الأكثر ارتباطاً به. فالبحث يجري هنا عن رابطة موضوعية تربط العقد بقانون معين بحيث يعتقد أو يفترض أن إرادة أطرافه اتجهت إلى تطبيق هذا القانون، وهو على وجه التحديد قانون الدولة التي ترتبط بالعقد بروابطه الأكثر وثوقاً لينتهي إلى اعتبار قانون هذه الدولة هو قانون العقد. ومن بين المؤشرات الدالة على إرادة طرفي العقد، سواء الضمنية أو المفترضة، مكان إبرام العقد ومكان تنفيذه وكذا معيار الأداء المميز[1569].

[1568] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.320.

[1569] عز الدين عبد الله، *القانون الدولي الخاص–الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين*، ط.1، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1986، ص.422.

إن سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون العقد صراحة قد يرجع إلى عدم انتباههم كون أن العنصر الأجنبي تسلل إلى العقد في وقت لاحق، أو تخوفهم من انه لو تطرقوا إلى ذلك فإن عملية التعاقد قد تتوقف. وقد يعزى سكوتهم إلى الاختلاف حول تحديد هذا القانون. ولذلك، فإن كل هذا قد يؤدي إلى تحكم القاضي في تحديد قانون العقد مستترا بذلك وراء ما يسمى بالإرادة الضمنية للمتعاقدين، وهي في حقيقتها إرادته هو. الأمر الذي قد يخل بتوقعات الأطراف، ومنه يهدد الأمان الذي تنشده التجارة الدولية[1570].

عموما، يتجلى من خلال ما سلف بيانه مقدار الصعوبات والمشاكل التي يتخبط فيها قانون الإرادة أو ضابط الإسناد الشخصي بشقيه الاختيار الصريح والاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق، إذ أن هذه المشاكل القانونية كشفت لنا عن مقدار العجز الذي أصاب ضوابط الإسناد الأصلية. لهذا، فالسؤال المطروح هو: *هل يمكن لضوابط الإسناد الاحتياطية تغطية هذا العجز*؟

المطلب الثاني

مدى ملائمة الإسناد الموضوعي للتطبيق على عقود التجارة الالكترونية

في حالة الإسناد الشخصي رأينا أن الطرفين يقومان شخصيا بتعيين واختيار القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهما، وهناك حالة موازية تماماً لهذا النوع من الإسناد وهي ما يصطلح على تسميته بـ "*الإسناد الموضوعي*". وتتصور هذه الحالة عند غياب الاتفاق سواء الصريح أو الضمني بين الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، حيث يقتضي الإسناد الموضوعي تفعيل عوامل ارتباط ومؤشرات موضوعية على القاضي الاستعانة بها لتحديد القانون الواجب التطبيق، وهذه المعايير قد تكون جامدة أي معروفة مسبقا للمتعاقدين ويضعون في حسبانهم إمكانية إعمالها، مثل معيار مكان إبرام العقد أو تنفيذه، وكذا الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك للمتعاقدين، وهو ما يسمى بـ "*الإسناد الجامد*" (**الفرع الأول**). وقد تكون هذه الضوابط مرنة حيث يصطلح على تسميتها بـ"*معيار الأداء المميز*"، وهو ما يسمى بـ "*الإسناد المرن*" (**الفرع الثاني**).

[1570] هشام علي صادق، *القانون الدولي الخاص*، المرجع السابق، ص.229-230.

V. aussi, GUILLEMARD Sylvette., *le Droit International Privé Face au Contrat de Vente Cyberpatial*, Thèse de Doctorat, Faculté des Etudes Supérieure de L'université Laval, Paris 2, Janvier 2003, p.486-487.

الفرع الأول

حالة الإسناد الجامد وصعوبة التوطين أو التركيز الموضوعي للعقود الالكترونية

يفضل القضاء أو المشرع أحيانا أن يحدد بصفة مسبقة القانون الذي يراه أكثر صلة بالعقود الدولية في حالة سكوت الأطراف عن اختيار قانون العقد صراحة أو ضمنيا، بناء على ضوابط ذات صلة وثيقة بالعقد كقانون دولة إبرام العقد أو تنفيذه، وكذا الجنسية أو الموطن المشترك للطرفين، الأمر الذي لا يشكل مفاجأة لتوقعات الطرفين بل وينسجم مع مقتضيات الأمن القانوني والثقة المتطلبين في عالم المال والأعمال[1571].

تبنت جل الأنظمة القانونية الحديثة هذا النوع من قواعد التنازع، بما فيها القانون المدني الجزائري في ضمن المادة 18 الفقرة الثانية والثالثة، حيث ورد بالفقرة الثانية ما يلي: "*وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة*، أما الفقرة الثالثة فأضافت: "*وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد*"[1572].

الأصل أنه لا يمكن الاعتماد على عوامل الارتباط التقليدية التي تقوم على تركيز العقد، تركيزًا مكانيًا ما لم يرتبط هذا التركيز بضوابط مادية يختار القانون من بينها، ما يجعل المسألة المطروحة أكثر اتصالاً بمكان مثل مكان تسجيل الموقع أو مكان تنفيذ الأعمال تنفيذًا ماديًا. فهناك تناقض بين طبيعة الانترنت الحركية والقوانين القائمة على المكان، وهو ما يجعل مسألة تطبيق القوانين التي تشير إلى مكان محدد أمراً صعبًا، إذ هناك مكان الاستخدام ومكان إبرام العقد، ومكان تنفيذ العقد، ومحل الإقامة، ومكان الخادم، ومكان المعاملات، فالمفاهيم المحددة في الوضع المذكور تكون صعبة التفسير في عالم الانترنت[1573].

لهذا، يرى البعض أن هذه الضوابط لم تعد ملائمة للتطبيق على العقود الالكترونية بسبب عدم مادية موضوعها[1574]، فإسناد العقد إلى قانون دولة معينة ينتج عادة من تطبيق معيار جغرافي، الأمر الذي يثير صعوبات عديدة عند تطبيق هذه الضوابط على العقود التي تتم عبر الانترنت. لذلك، سنتطرق إلى دراسة كل ضابط على حدا مع بيان مظاهر عجزه وقصوره، حيث سنتطرق بداية إلى ضابط الموطن المشترك وكذا الجنسية المشتركة للطرفين، ثم سنتحدث عن ضابط مكان إبرام العقد وأخيراً ضابط مكان تنفيذه.

[1571] هشام علي صادق، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية*، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، ص.550.549.

[1572] الأمر رقم 75-58 *المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم*، المرجع السابق.

[1573] أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص.227-228.

[1574] Cité par, CACHARD (O.)., *La Régulation Internationale du Marche Electronique*, L.G.D.J. Paris, 2002, p.145 et s.

أولاً.– الموطن المشترك للمتعاقدين وصعوبة تطبيقه:

تحديد الموطن يعتمد على الربط بين الشخص والمكان برباط قانوني. ولهذا يعرفه الفقه بأنه: *"المكان الذي يستقر فيه الشخص أو يتخذ منه مركزا لأعماله أو مصالحه"*[1575]. لا تزال بعض التشريعات الوطنية تطبق قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين وتفضله على محل إبرام العقد، فبالنسبة للتشريع الجزائري ورد هذا ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين في المادة 18 الفقرة الثانية[1576] من القانون المدني بموجب تعديل فيفري سنة 2005، حيث منحه المشرع الموقع الأول في الترتيب قبل ضابط الجنسية المشتركة للمتعاقدين، على غرار المشرعين المصري والبرتغالي.

على الرغم من وضوح فكرة الموطن المشترك إلا انه يصعب تطبيقها في مجال العقود الالكترونية خاصة تلك التي تتم عبر الانترنت[1577]، ذلك أن التعامل عبر الانترنت يعتمد على عناوين افتراضية الكترونية لا العادية، وهذه العناوين لا تعطي دلالة واضحة على العنوان الحقيقي، مثل العناوين التي تنتهي بـ "*NET.ORG.COM*"، والعناوين الالكترونية لم تصمم أصلا بمنظور جغرافي؛ لذلك فهي تتسم بعدم التوطين[1578] أو التركيز المكاني والجغرافي.

ثانياً.– ضابط الجنسية ودوره في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية:

تبنت بعض التشريعات الوطنية هذا الاتجاه الذي يقضي بإسناد الرابطة العقدية إلى قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين، ولقد اختلفت التشريعات في إعطاء موقع الأفضلية لهذا الرابط، فالقانونين الايطالي والاسباني منحا ضابط الجنسية موقع الأفضلية على ضابط مكان ابرم العقد. أما المشرع الجزائري فقد أخر ضابط الجنسية في الترتيب على مكان إبرام العقد الذي جعله في الصدارة، ويتجلى ذلك بوروده في آخر الفقرة الثانية من المادة 18 المعدلة بموجب القانون 05-10 كما سلف بيانه. حيث أدرج المشرع ولأول مرة ضابط الجنسية في العلاقات الدولية الخاصة[1579]. لكن يمكن القول أن هذا الترتيب لا اثر له في اختيار القاضي لأحد

[1575] مقتبس من، احمد عبد الكريم سلامة، *الأصول في التنازع الدولي للقوانين*، المرجع السابق، ص.1093.

[1576] المادة 18-02 من القانون المدني الجزائري: (معدلة): «*يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين... وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك ...*»

[1577] تحسن الإشارة إلى أن ضابط الموطن المشترك مستبعد تماما من قبل اتفاقية فيينا للبضائع التي تشترط بصريح العبارة اختلاف موطن المتعاقدين.

[1578] اشرف عبد العليم الرفاعي، *اتفاق التحكيم والمشكلات العلمية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولي: دراسة فقهية قضائية مقارنة*، ط.1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص.60.

[1579] المادة 18-2 (معدلة): «*يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين... وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون ... أو الجنسية المشتركة*». القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

الضابطين، فهو يتجه إلى أعمال احدهما دون تفضيل، نظرا لاستعمال المشرع الصيغ الموحية بالمفاضلة والتخيير وليس التدرج والأولوية.

كما تبنى المشرع الجزائري كذلك ضابط الجنسية في المسائل المرتبطة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم بموجب المادة العاشرة من القانون المدني، التي يتضح من خلالها أن المشرع قرر بأن الأهلية – ويشمل ذلك الأهلية الالكترونية– كقاعدة عامة تخضع لقانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته، غير أنه استثناء متى كان أحد المتعاقدين جزائري كامل الرشد، وكان التصرف ماليا مبرماً ومنتجاً لأثره في الجزائر، وكان نقص أهلية الأجنبي راجع لسبب فيه خفاء يصعب على الجزائري معرفته؛ فإن نقص أهلية الأجنبي لا يؤثر في صحة العقد ولا ينال من سلامة تعبير المتعاقد. وهو ما ذهبت المادة 11[1580] من اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية سالفة الذكر. وفي نفس السياق قضت محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها الصادر بتاريخ 16 من جانفي سنة 1861، وذلك بموجب قضية ليزاردي (*Lizardi*)[1581] بصحة التصرفات التي ابرمها المواطن المكسيكي ليزاردي (*Lizardi*) في فرنسا، وبعدم إمكانية إبطالها رغم نقص أهليته حسب قانون جنسيته، وذلك بسبب جهل الفرنسيين بالقانون المكسيكي.

غير أن التأكد من هوية وأهلية المتعاقد في التعاقد الالكتروني يصعب من إعمال هذا الضابط في مجال العقود التي تبرم عبر الشبكة العالمية، وليس بالضرورة أن يكون احد المتعاقدين وطني والآخر أجنبي، وذلك خلافا لما نصت عليه المادة العاشرة من القانون المدني الجزائري.

عموما إذا كان ضابط الجنسية قد لعب دورا مهما في العلاقات العائلية والأحوال الشخصية، فإن نجاحه في مجال العلاقات المالية ومنها العقود قد بدا ضئيلا لتفاهة الاعتبار الشخصي في تلك العلاقات، إذ لم يناصره إلا نزر قليل من الفقه وبقية من القوانين المقارنة، وفي مجال التعاقد الالكتروني يمكن أن تكون جنسية المتعاقدين قرينة على إرادتهم الضمنية في خضوعهم للقانون الوطني[1582].

والحقيقة أن إسناد الرابطة العقدية لقانون الجنسية المشتركة هو إسناد منتقد يصعب التعويل عليه في مجال العقود الالكترونية، لضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق وفقا لهذا الأساس والعقد، إضافة إلى صعوبة التحق من هوية الأطراف المتعاقدة وتحديد أماكن تواجدهم لحظة إبرام العقد وهو أمر لا تأبه له العقود الالكترونية. كما أن العنصر الأجنبي الذي يدخل الرابطة العقدية في عقد دولي عادة ما يكون متعلقا بجنسية

[1580] Article 11 :« Incapacité: *Dans un contrat conclu entre personnes se trouvant dans un même pays, une personne physique qui serait capable selon la loi de ce pays ne peut invoquer son incapacité résultant d'une autre loi que si, au moment de la conclusion du contrat, le cocontractant a connu cette incapacité ou ne l'a ignorée qu'en raison d'une imprudence de sa part* ». La convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Op.cit.

[1581] Cass. Req., 16 Janvier 1861, Lizardi, D.p. 1861 I 193; S. 1861 I p.305, Note G. Massé; Gadip N°5, Disponible à: https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007074337

[1582] احمد عبد الكريم سلامة، *الأصول في التنازع الدولي للقوانين*، المرجع السابق، ص.1102.

الطرفين لا سيما قوانين الصفقات العمومية، التي تحدد الطرف الأجنبي وان كان ذلك لا يعد قاعدة مطلقة. ومن جهتها لا تعير اتفاقية فيينا لسنة 1980 سالفة الذكر اهتماما لجنسية الأطراف وإنما لأماكن عملهم، وذلك وفق المادة الأولى الفقرة الثالثة التي ورد فيها ما يلي:"...*لا تؤخذ في الاعتبار جنسية الأطراف*...الخ"[1583].

ثالثاً.– ضابط مكان إبرام العقد والصعوبات التي يواجهها:

لتحديد مكان إبرام العقد أهمية بالغة في القانون الدولي الخاص، حيث انه يترتب عليه تحديد الاختصاص القضائي والتشريعي. فقد كان لتقدم وسائل الاتصالات أثرها البالغ في التجارة العالمية، فكثير من العقود تبرم بواسطة وسائل الاتصال الفوري من فاكس وتلكس وانترنيت، دون أن يجتمع المتعاقدان في مجلس واحد، مما يؤدي إلى تنازع القوانين في شأن معرفة القانون الواجب تطبيقه. ففي حالة عدم اتفاق المتعاقدين على قانون معين يلجأ القاضي إلى تطبيق قانون بلد الإبرام؛ انطلاقاً من القاعدة اللاتينية القائلة أن: "*المكان سيد العقد*" (*Locas Regit Actum*). وهو ما اخذ به المشرع الجزائري بجعل مكان إبرام العقد ضابطا احتياطياً وفق المادة 18 الفقرة الثالثة من القانون المدني[1584]، بينما جعله القضاء الفرنسي معيارا هاما لتحديد القانون الذي يحكم العقد في حالة تخلف الأطراف عن اختياره[1585].

فيما يتعلق بمسألة إسناد العقد لقانون بلد الإبرام أو بلد التنفيذ فهي تعد من أكثر المعايير شيوعاً، فبالنسبة لإسناد العقد لقانون بلد الإبرام اختلف الفقه وتضاربت التشريعات بشأن هذه القاعدة حول موضوع الأفضلية الممنوحة لهذا القانون؛ الذي يتم الرجوع إليه عند سكوت أطراف العقد صراحة أو ضمناً عن اختيار القانون الذي يحكم العقد[1586]. يعلل أصحاب هذا الاتجاه في الإسناد القانوني لمكان إبرام العقد بأنه يمثل الصلة الأقوى التي تربط العقد بمحل ميلاده، كما أنه القانون الأنسب في رجوع طرفي العقد إليه للتأكد من سلامة الشروط التي ينوون إدراجها في العقد من الناحية القانونية مع ضمانه لوحدة القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية[1587].

[1583] مقتبس من، محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية*، المرجع السابق، ص.129.

[1584] المادة 18-3 (معدلة): «... *وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد*...». القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[1585] Cité par, COUTELIER (S.). et DWINDEL (L.)., *la Loi Applicable aux Contrats Conclus sur Internet*, Disponible à : http://univ-orleans.fr/asso/dess-dicom/mémoire/loi-contractsinternet.pdf.

[1586] أشار إليه، سمية غرابي، *عقود التجارة الالكترونية ومنهج تنازع القوانين*، رسالة ماجستير، قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2009، منشورة على الانترنيت، ص.110.

[1587] أشار إليه، هشام صادق، المرجع السابق، ص.149؛ وكذلك موقف محمد أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص.90.

عند محاولة توطين العقد بغية تحديد مكان إبرامه، تطرح صعوبات عديدة في العقود التقليدية التي تتم بين غائبين، فالأنظمة القانونية قد تباينت في تعيين محل إبرام العقد. فهناك بعض الدول تأخذ بنظرية تصدير القبول كالقانون الإنجليزي. وثمة دول أخرى تأخذ بنظرية تسلم القبول كالقانون الألماني واتفاقية فيينا 1980 الخاصة ببيوع البضائع الدولية[1588]. وهناك دول أخرى تأخذ بنظرية العلم بالقبول كالقانون المصري والقانون الجزائري. وهناك دول لا تأخذ بهذه النظرية أو تلك وتترك الأمر كله لتقدير قاضي الموضوع، ومن أمثلة ذلك فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية[1589].

وعلى الرغم من أن تلك الصعوبات كانت قائمة قبل ظهور الانترنت، إلا أن النطاق العالمي للتجارة الالكترونية أدى إلى جعل تحديد المكان أكثر صعوبة منه في أي وقت مضى. وأساس تلك الصعوبة أن العالم الشبكي لا يقوم على تواجد حقيقي في مكان محدد[1590] فدولة تصدير الإيجاب قد تكون الجزائر، في حين أن العنوان الالكتروني للشركة موجود في فرنسا، وربما كانت الشركة التي تدير الموقع وسيط، وبذلك، يكون على من يدعي إبرام العقد في مكان ما أن يقدم الدليل على صحة ادعائه.

نستطيع القول أن إعمال ضابط مكان إبرام العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني يشكل صعوبة كبيرة، حيث انه من المعلوم أن البيئة الالكترونية لا تشكل مكانا محددا لأنها لا تشغل حيزا مكانيا أو جغرافيا يمكن الاستناد إليه واعتبار العقد قد تم فيه، وإنما عبارة عن مكان مستقل بذاته لا يمكن لنا أن نحدد من خلاله مكان إبرام العقد هذا من جهة. ومن جهة ثانية، يرى البعض أن العقد الالكتروني قد يبرم بصفة عارضة لا تكفي لقيام رابطة عقدية وجادة بين العقد ومحل الإبرام، كأن يتم إبرام العقد عبر الحاسوب النقال لشخص متجول من دولة لأخرى، أو يستغل جهاز غير تابع له او يبرم عقده من

[1588] *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, (Vienna, 1980) (CISG) Date of adoption: 11 April 1980 Entry into force: 1 January 1988. Available at : https://uncitral.un.org/ar/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg

[1589] عصام الدين القصبي، *تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الالكترونية*، بحث مقدم للمؤتمر العلمي حول: *الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون*، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد 04، الفترة 10-12 من ماي سنة 2003.

[1590] يوسف علي، مدى صلاحية قواعد تنازع القوانين لحكم العلاقات التي تتم على شبكة الانترنت، بحث مقدم للمؤتمر العلمي حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية، *مركز البحوث والدراسات، أكاديمية شرطة دبي*، الإمارات العربية المتحدة، الفترة 26-28 من أفريل سنة 2003، ص.243.

خلال مقهى من مقاهي الانترنيت. وهي أمور كلها تجعل من المسالة عرضية ولا تشكل معيارا يعتمد عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني[1591].

من خلال ما سبق، يتبين لنا مقدار الصعوبة التي ينطوي عليها إسناد حكم العلاقة إلى قانون مكان إبرام العقد، لهذا ذهبت بعض التشريعات إلى إيلاء أهمية كبرى لمكان تنفيذ العقد على حساب مكان إبرامه، وهو ما سنعالجه في النقطة الموالية وسنرى مدى كفاية هذا الضابط لتحقيق الغاية المرجوة منه.

رابعاً.– ضابط محل تنفيذ العقد ومدى كفايته في تحديد القانون الواجب التطبيق:

يلعب محل تنفيذ العقد دورا بالغ الأهمية في القانون الدولي الخاص إذ بإمكان القاضي الاعتماد عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد. ففي هذا المكان تتجسد الالتزامات التعاقدية وتظهر إلى الوجود، وهذا هو المهم بالنسبة للمتعاقدين فضلا عن كونه عادة محل إقامة أحد المتعاقدين على الأقل[1592].

أول من تبنّى هذا المعيار هو الفقيه الألماني: "فريدريك كارل فون سافيني" (*Friedrich Carl Von Savigny*) [1593] باعتبار أن الرابطة العقدية ترتب آثارها في هذه الدولة. ويرى جانب من الفقه مثل الفقيه: "*هنري باتيفول*" (*Henri Batiffol*)[1594] والقضاء في كل من ألمانيا وسويسرا بأن يخضع العقد لقانون الدولة أو المكان الذي يتم فيه تنفيذ العقد لأن الغاية الأساسية للمتعاقدين هي تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد[1595].

[1591] ناصر حمودي، *النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنيت*، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2009، ص.421.

[1592] أحمد عبد الكريم سلامة، *علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا*، المرجع السابق، ص.300.

[1593] فريدريك كارل فون سافيني (*Friedrich Carl Von.Savigny*): هو فقيه ومؤرخ قانوني ألماني (1779-1861)، كان أستاذاً للقانون الروماني بجامعة هومبولت في برلين (*Berlin (Humboldt-Université* (1810-1842)، وكان أول مدير لها. يعتبر مؤسس المدرسة التاريخية في القانون، تعد كتاباته في القانون الروماني أنموذجاً للدراسات التاريخية في علم القانون، أكبر مؤلفاته هي: "*تاريخ القانون الروماني في العصور الوسطى*"، في سبعة أجزاء، وكتاباته في القانون الروماني في النظم الأوروبية الحديثة تتضمن كتاب "*قانون الحيازة*"، و "*نظم القانون الروماني الحديث*". كما يعتبر مؤسس نظام القانون المدني الحديث في ألمانيا، ومؤسس نظام القانون الخاص، وله مساهمات عظيمة في الدفاع عن الفقه التاريخي في تعرف القوانين القائمة والعمل بها. مقتبس من، وكيبيديا، شخصيات، *فريدريك كارل فون سافيني*، تاريخ الاقتباس: 2019/10/20، متاح على الرابط التالي: https://fr.wikipedia.org/wiki/Friedrich_Carl_von_Savigny

[1594] Henri Batiffol: Né le 16 Février 1905 Dans le 7e Arrondissement de Paris et Mort le 20 Novembre 1989 *« à Paris, est un juriste et universitaire français. Batiffol a été successivement rattaché à la Faculté de droit de Lille (1931-1950) et à la Faculté de droit de Paris (1950-1989). À la faculté de droit de Lille, il a enseigné le droit maritime (dès 1931), le droit civil (dont il devient professeur titulaire en 1935) et le droit international privé (à partir de 1938). Il est doyen de la Faculté de 1947 à 1950. À la faculté de droit de Paris, il succède, en 1952, à Jean-Paulin Niboyet pour enseigner le droit international privé. Il n'y a professé le cours de philosophie du droit qu'à partir de 1960*. Cité par, Henri Batiffol, Date de Citation: 20/05/2019, Disponible à: https://fr.wikipedia.org/wiki/Henri_Batiffol

[1595] أشار إليه، سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص.142.

فقانون دولة التنفيذ هو الأوثق صلة بالرابطة العقدية عند سكوت الإرادة عن الاختيار الصريح أو الضمني عن تحديد القانون الذي يحكم العقد، أي تطبيق قانون دولة التنفيذ باعتباره القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية. إلاّ أنّ هناك جانب آخر من الفقهاء يرفض هذا الاتجاه بحجة أنّ مكان التنفيذ قد يتعدد تبعا لتعدد الالتزامات المتولدة عن العقد التبادلي[1596].

لقد أخذ بهذا الضابط القضاء السويسري، بحيث لأول مرة قررت فيها المحكمة الفيدرالية السويسرية صراحة كيفية تحديد تنفيذ العقد، وذلك بموجب صدور قرار قضائي بتاريخ 11 من أكتوبر سنة 1918 والمتعلق بعقد البيع الدولي. حيث اعتبر أن تحديد القانون المطبق على عقد البيع الدولي، يتم عن طريق الأطراف، وفي حالة سكوت المتعاقدين يعود الاختصاص لقانون محل تنفيذ العقد[1597]. فطبقاً لهذا الحكم تم إقرار خضوع العقد لقانون محل التنفيذ. وتلك الأهمية هي التي جعلت اتفاقية روما لسنة 1980 والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية سالفة الذكر تتبنى ضابط مكان تنفيذ العقد؛ من أجل تعيين القانون المختص بحكم المسائل الخاصة بكل طرق التنفيذ والإجراءات التحفظية وفوائد التأخير وغيرها[1598]. أما بالنسبة للمشرع الجزائري فمن خلال المادة 18 من القانون المدني يتضح أن المشرع لم يعتد بهذا النوع من ضوابط الإسناد.

لتحديد مكان تنفيذ العقد الالكتروني لابد من التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى، وفيها يتم إبرام العقد من خلال أدوات المجتمع الافتراضي، إلا أن تنفيذه يتم في المجتمع المادي، مثل عقد شراء قمح، ففي هذا الفرض ولد العقد إلكترونياً من خلال بيانات إلكترونية ونفذ مادياً من خلال الوسائل التقليدية[1599]. وفي مثل هذا الفرض يكون من اليسير تحديد مكان تنفيذ هذه النوعية من العقود، ومن ثمة يصلح ضابط محل تنفيذ العقد للتطبيق في مثل هذه الحالات كضابط إسناد احتياطي عند سكوت الأطراف عن اختيار قانون العقد، ومنه لا تثار أي مشكلة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق،

[1596] عن سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص.142.

[1597] أشار إليه، محمود محمد ياقوت، *حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق: دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة*، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، 2004، ص.168.

[1598] أشار إليه، صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.419.

[1599] ضاري تمران طلاق الشمري، *الجوانب القانونية لتنفيذ وإثبات العقد الالكتروني*، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، لسنة الخامسة، ربيع الأول/ربيع الثاني 1439 هـ، ديسمبر 2017م، عدد 4، العدد التسلسلي 20، ص.79.

لأنه عادة ما يتم تنفيذ الالتزامات المترتبة عنها خارج الشبكة، وأن إبرامها هو الذي يتم بالطريق الالكتروني، أما تنفيذها فمقترن بأشياء مادية، فيكون بذلك مكان تسليم البضاعة أو تقديم الخدمة هو محل تنفيذ العقد.

أما الحالة الثانية، فإن إبرام العقد وتنفيذه يتم في البيئة الرقمية بعيداً عن المجتمع المادي، مثل عقود البرمجيات، وهنا نكون أمام أشخاص المجتمع الافتراضي بأدواته وخصائصه، وتحيا العلاقة التعاقدية في فلك ذلك المجتمع الذي أنشأته تكنولوجيا الاتصالات. وعليه، يتعذر تحديد مكان التنفيذ لمثل هذه العقود، لذلك الصعوبة تثار في مثل هذه الحالة. ومثال ذلك عقود خدمات المعلومات الالكترونية، حيث أن إبرامها يتم عن قنوات اتصال إلكترونية، مما يجعلها لا ترتبط بعلاقة موضوعية بموضوع العقد، فضلاً عن أن إبرامها من خلال الانترنت يجعلها تتصل بكل الدول لمرتبطة بهذه الشبكة، مما يجعل من الصعب تحديد مكان التنفيذ في هذه العقود. بالإضافة إلى أن معيار محل التنفيذ يعتمد على فكرة الإقليمية، وهي فكرة لا تتناسب البتة مع العقود الالكترونية لخدمات المعلومات[1600]. وأخيراً فإن تنفيذ العقد في صور التجارة الالكترونية يتم بطريق التسليم المعنوي للسلعة، مثل الكتب والأفلام حيث يتم تسليمهما عن طريق إنزالها من على الشبكة بتقنية "*Downloade*"[1601]؛ ومن ثمة فلا مجال للحديث عن مكان مادي يكون موطنًا للعقد.

إن التجارة الالكترونية من خلال شبكة الانترنت تتميز بإمكانية تنفيذ كل مكونات العملية التجارية بما فيها تسليم السلع غير المادية على الشبكة، وذلك بخلاف أي من وسائل الاتصال الأخرى، والتي كانت تقف عاجزة عن التسليم أو تقوم بتسليم البعض (استخدام الفاكس في إرسال التقارير المتكونة)[1602]. كما هو الحال عند تحميل برنامج معين من وعلى الانترنت، *فالتساؤل الذي يطرح هنا هل مكان التنفيذ في هذه الحالة هو مكان مقدم الخدمة، أم مكان المستضيف، أم مكان وجود الحاسب الآلي المرسل إليه البرنامج المراد تحميله؟*

على الرغم من أهمية المسألة فإن النظم القانونية على اختلافها لم تقدم حلا لهذه المشكلة، كما أن التوجيه الأوروبي رقم 44/2001 المتعلق بالاختصاص وتعريف وتنفيذ الأحكام في المجالين المدني والتجاري[1603] لا يتضمن أي تفسير يتم بموجبة تحديد محل تنفيذ العقد الالكتروني الذي ينفذ بالوسائل

[1600] عادل أبو هشيمة، *عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص*، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2004، ص.92.

[1601] خالد ممدوح إبراهيم، *التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية*، ط.1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص.206.

[1602] رأفت رضوان، *عالم التجارة الالكترونية*، ط.01، مجموعة النيل العربية للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1998، ص.18.

[1603] Règlement (CE) N° 44/2001 du Conseil du 22 Décembre 2000 *Concernant la Compétence Judiciaire, la Reconnaissance et L'exécution des Décisions en Matière Civile et Commercial*, Journal Officiel N° L 012 du 16/01/2001 p. 0001 – 0023. Disponible à: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32001R0044.

الالكترونية تنفيذا كلياً أو جزئياً. ولتفادي هذه المشكلة وما يترتب عنها من آثار تمس استقرار المعاملات الالكترونية؛ قضت محكمة استئناف باريس في مارس سنة 2001 بأن: "*مكان التنفيذ في العقد المبرم بين مستخدم الانترنيت ومورد الخدمة هو مكان موطن المستخدم، أي مكان ربط المستخدم بالشبكة*" [1604]. بينما ذهب بعض الفقه إلى القول بأن أفضل الحلول هي تلك المستمدة من قانون الأونسيترال النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1996[1605]، حيث ورد بالمادة 15 الفقرة الرابعة ما يلي: "*تعتبر رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه عمل المرسل إليه*"، أي أن محل تنفيذ العقود التي تتم عبر شبكة الانترنت هو مكان المنشأ الرئيسي للبائع، وهو أيضا مكان محل إقامة المشتري.

ومن جهته يرى تيار فقهي آخر ضرورة الاعتداد بأكثر الأماكن ارتباطاً بالعقد وهو ما يمثل خروجاً وانتهاكاً للمعيار الذي استند إليه أصحابه منذ البداية فكيف تتوجه اهتمامات وتطلعات المتعاقدين لهذا البلد بالذات إن تساوت المصالح[1606]. ويذهب رأي آخر إلى تجزئة العقد وإخضاع كل جزء ينفذ منه لقانون تلك الدولة وهو ما لا يتماشى مع التجارة الدولية وتيسير أعمالها[1607].

في ظل صعوبة تطبيق قواعد الإسناد الجامدة سالفة الذكر، كان من الضروري الاستنجاد بطرق وآليات بديلة، بغية تفادي معايير التركيز المكاني أو التوطين التي تعتمد على جغرافية المكان في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية المبرمة عبر الانترنيت، كونها معايير يكتنفها الكثير من الصعوبات والتعقيدات. لذلك تراجعت قاعدة الإسناد الجامد وبرزت إلى الوجود قاعدة الإسناد المرن المتميزة بالموضوعية المتمثلة في "*معيار الأداء المميز*"، وهو ما سنتطرق إليه في الفرع الموالي.

[1604] Cour d'Appel de Paris 1ère Chambre, Section D Arrêt du 7 Mars 2001, Société Free Surf / Francis, Compétence Territoriale - Fournisseur D'accès - Hébergeur – Responsabilité. Disponible à: https://www.legalis.net/jurisprudences/cour-dappel-de-paris-1ere-chambre-section-d-arret-du-7-mars-2001/.

[1605] أشار إليه، صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.419.

[1606] أشار إليه، محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص.90-91.

[1607] للمزيد من التفصيل، راجع صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.ص.419 وما بعدها.

الفرع الثاني

حالة الإسناد المرن ومدى إمكانية إعمال فكرة الأداء المميز للعقد

لقد أدت الصعوبات التي تعيق تطبيق ضوابط الإسناد الجامدة على عقود التجارة الالكترونية إلى تبني الفقه والقضاء وبعض التشريعات لضابط موضوعي أخر يتمثل في ضابط الأداء المميز للعقد. وعليه فالسؤال المطروح هو: *ما المقصود بهذا المبدأ ثم ما مدى ملائمته لفض منازعات عقود التجارة الالكترونية؟*

أولاً.– مفهوم فكرة الأداء المميز للعقد:

ظهرت فكرة الأداء المميز للعقد (*La prestation caractéristique*) لأول مرة في الفقه السويسري في العقد الثالث من القرن العشرين[1608]، وكان القاضي الفدرالي السويسري ستوفر (*juge fédéral-stauffer*) هو أول من اقترح إسناد العقد لمحل إقامة المدين بالأداء الجوهري[1609]، وذلك في دورة القانونيين السويسريين عام 1941، والذي طالب بأن تأخذ المحكمة بقاعدة الإسناد لقانون موطن المدين بالأداء المميز للعقد[1610]. إلى أن صدر حكم المحكمة الفدرالية المدنية الأولى في 12 من فيفري سنة 1952 في قضية "*Chevalley*" ضد "*Genimportex.SA*"[1611]. وهو الموقف الذي أكدت عليه نفس المحكمة سنة 1966. ومن ثمة، توالت التشريعات الدولية والداخلية في الأخذ بهذا المبدأ، وكانت البداية من المادة الرابعة[1612]

[1608] La thèse d'Adolf Schnitzer: « *Schnitzer situe l'origine de sa doctrine de la prestation caractéristique dans son étude des contrats commerciaux en droit international privé, publiée en 1938. Tout d'abord, s'agissant de déterminer la loi applicable à un contrat international, l'auteur estime qu'il faut rechercher l'ordre juridique avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits. L'idée de soumettre un contrat international à une loi qui soit déterminée en fonction de la prestation caractéristique du contrat a véritablement pris forme en Suisse dans les années* 1940. à cette époque, les règles du droit international privé suisse, parmi d'autres, conduisaient souvent à faire régir le contrat par une multiplicité de lois applicables chacune à différents aspects du contrat, ce qui suscitait de vives critiques de la part de la doctrine, qui estimait qu'il fallait soumettre à une loi unique l'ensemble des questions relatives à la formation et aux effets du contrat». Pour plus voir : SCHNITZER, A., « *Les contrats en droit international privé suisse* », RCADI, 1968, t. 123, p.534 aux pp. 552-557. Cité par, Mémoire online, *La-doctrine-de-la-prestation-caracteristique-en-droit*, La thèse d'Adolf Schnitzer, Date de Citation: 10/12/2019, Disponible à: https://www.memoireonline.com/10/09/2783/La-doctrine-de-la-prestation-caracteristique-en-droit-international-prive-des-contrats-une-etud.html

[1609] Cf. LEIDEN Boston Martinus Nijoff., "Author: *Hague Academy of International Law*"., L'Académie de Droit International de la Haye, Recueil des cours, 1968, vol. 123, p.570, Disponible a: https://books.google.dz/books?id=Gb6zH5q5FOAC&pg=PA570&lpg=PA570&dq=juge+f%C3%A9d%C3%A9ral+stauffer+La+prestation+caract%C3%A9ristique&source.

[1610] أشار إليه، خالد عبد الفتاح محمد خليل، *حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص*، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص.155.

[1611] Arrêt de la Ire Cour civile du 12 février 1952 dans la cause Chevalley contre Genimportex S.A, Décision : 78 11 74, Date : 01. Januar 1952, Tribunal : Bundesgericht, Statut : 78 11 74, Domaine : BGE – Zivilrecht, Regeste: Art. 43 al. 1 et art. 60 litt. c OJ, Recours en réforme. Recevabilité, Renvoi à la juridiction..., S. 74 / Nr. 13 Verfahren, BGE 78 II 74, Disponible à : https://entscheide.weblaw.ch/cache.php?link=BGE-78-II-74, (date de citation : 20/05/2019).

[1612] Article 4 : « Loi applicable à défaut de choix : *1. Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Toutefois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et*

من اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية سالفة الذكر؛ حيث تبنت فكرة الأداء المميز للعقد. كما أخذت العديد من التشريعات الوطنية المعاصرة بهذه النظرية، نذكر منها القانون الدولي الخاص السويسري الصادر سنة 1987[1613] في مادته 117[1614]، والمادة 28 من القانون الدولي الخاص الألماني لسنة 1986[1615]، وكذا المادة 25 من القانون الدولي الخاص المجري لعام 1979[1616]، والقانون الدولي الخاص الروسي[1617] في مادته 1211[1618]، وكذلك أخذ بهذا المبدأ القانون الدولي الخاص التركي لعام 1982[1619]. وانتهجه كذلك القضاء الفرنسي، وتبنته محكمة استئناف لاهاي سنة 1982، ومحكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية سنة 1985[1620].

الملاحظ من استقراء نصوص القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع لم يأخذ بضابط الأداء المميز للعقد، وإنما اكتفى فقط بالضوابط الجامدة المتمثلة في قانون الموطن المشترك وقانون الجنسية المشتركة، وكذا قانون مكان إبرام العقد، وقانون مكان تواجد العقار بالنسبة للعقود المتعلقة بالعقارات، وقانون مكان تواجد المنقول المادي أو الأموال المعنوية بالنسبة للمنقول، وقانون الجنسية بالنسبة للأهلية.

---

présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application, à titre exceptionnel, à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays…». La convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Op.cit.

[1613] Loi fédérale sur le droit international privé, du 18 décembre 1987, L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse, vu la compétence de la Confédération en matière de relations extérieures, vu l'art. 64 de la constitution, vu le message du Conseil fédéral du 10 novembre 1982.

[1614] Article 117 :« b.- A défaut d'élection de droit *:1.- A défaut d'élection de droit, le contrat est régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits…*». Loi fédérale sur le droit international privé, du 18 décembre 1987, Op.cit.

[1615] Artikel 28 : *Gestez zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts Vom 25.Jui 1986*, BGBI. 1986 I, S. 1142. Available at :
https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=//*[@attr_id=%27%27]#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27I_1986_35_inhaltsverz%27%5D__1583004178243.

[1616] Article 25 : La Législation Hongroise, le 01 Juillet 1979, Entré en Vigueur le Décret-Loi N°13 de 1979 Sur le Droit International Privé, Disponible à :
https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1980_num_32_1_3638.

[1617] The Civil Code of the Russian Federation, Division VI, *Private International Law of the Russian Civil Code, The Civil Code of the Russian Federation came into force in four parts, was enacted by the State Duma in 1994 and entered into force in 1995, The first part, which deals with general provisions, The second part entered into force in 1996. The third part entered into force in 2002, The fourth part, dealing with intellectual property, was signed into law on December 18, 2006 and came into force on January 1, 2008.* Available at : http://www.russian-civil-code.com/.

[1618] Article 1211: « The Law Governing a Contract in the Case of Lack of Parties' Agreement on Applicable Law: *1. Where there is no agreement of parties on applicable law, the contract shall be subject to the law of the country with which the contract has the closest relation…*». Division VI, Private International Law of the Russian Civil Code 1995. Op.cit.

[1619] la Loi N° 2675 du 20 Mai 1982 Relative au Droit International Privé et à la Procédure Civile International, Remplacée par la Loi N°. 5718 Relative au Droit International Privé du 27 Nov. 2007; Dont une Traduction Française est disponible sur le site JAF - www.jafbase.fr/docAsie/TurquieLoiConflit.pdf

[1620] أشار إليه، بن عباس نورة، المرجع السابق، ص.77.

هناك عدة تعاريف لمبدأ الأداء المميز للعقد[1621]، عرف الأستاذ تونقي فان أوفرستراتان (*Tanguy Van Overstraeten*)[1622] الأداء المميز للعقد بأنه: "*ذلك الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجبا*"[1623]. ومنه، يعد أداء مميزا التزام البائع بتسليم المبيع، أو التزامه بنقل الملكية للمشتري، والتزام المورد بتوريد الخدمة في عقود المقاولة وعقود الوكالة، على أساس أن هذه الأداءات تعبر عن مركز الثقل الاقتصادي والاجتماعي في الرابطة العقدية[1624]. بينما عرف *م.جون بابتيست* (*M.Jean-Baptiste*) الأداء المميز بأنه: "*الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى*"[1625].

تعتبر كثير من النظم الوطنية وكذلك الاتفاقيات الدولية أن الدولة التي يرتبط بها العقد بروابطه الأكثر وثوقاً هي الدولة التي يوجد بها محل الإقامة العادية لطرف العقد المدين بالالتزام المميز له، ومن هذه النظم القانون الدولي الخاص السويسري سالف الذكر والذي تقرر المادة 117[1626] منه على أن العقد يرتبط بالدولة التي يوجد بها محل إقامة أو منشأة الطرف الذي يلتزم بالأداء المميز للعقد بأكثر روابطه وثوقاً، وتورد هذه المادة أمثلة لما يعد أداءً مميزاً في عدد من العقود.

وعلى صعيد القانون الدولي الخاص الاتفاقي للعقود، نجد اتفاقية لاهاي المبرمة سنة 1955 والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي للمنقولات المادية سالفة الذكر أخذت بفكرة الأداء المميز

[1621] prestation caractéristique: «*la prestation réelle rémunérée dont l'auteur démontre, tout au long de son ouvrage, le dynamisme et l'utilité dans notre droit contemporain. Prestation, et non obligation, c'est elle qui permet le mieux d'exprimer l'énergie inhérente au phénomène contractuel, le dynamisme propre au contrat dont on ne doit pas oublier qu'il est d'abord tourné vers l'accomplissement, c'està-dire l'exécution objective…*». Cité par, MARIE-ELODIE Ancel., *La Prestation Caractéristique du Contrat*, In, Revue Internationale de Droit Comparé, Vol. 55, N°2, Avril-Juin 2003, pp. 443-445. Date de Publication: 09/04/2018, Disponible à: https://www.persee.fr/docAsPDF/ridc_0035-3337_2003_num_55_2_5591.pdf.

[1622] *Tanguy Van Overstraeten* is Partner at Linklaters LLP, and joined the Board as Member-at-Large (Lawyer/Consultant) in December 2018. Tanguy has over 30 years of experience as a legal practitioner in business law – becoming a member of the Brussels Bar in 1987, and joining Linklaters LLP as partner in 1998. Since the mid-1990s, Tanguy has built the company's IT practice. In his current role, Tanguy is Head of the Technology, Media & Telecommunication (TMT) & Intellectual Property (IP) Practice of Linklaters in Belgium;Tanguy graduated from the University of Brussels and holds a Master in Law (University of Chicago). He is also a Fellow of the BAEF (Belgian American Educational Foundation). Adapted by, linkedin, *Tanguy Van Overstraeten*, Citation Date: 18/12/2019, Available at: https://be.linkedin.com/in/tanguy-van-overstraeten-79385814

[1623] Cité par, MICHELLE Jean-Baptiste., *Créer et Exploiter un Commerce Electronique*, éd.Litec., Paris, 1998, p.28.

أشار إليه، قارة سليمان محمد خليد، *الحلول القانونية لمشكلة تنازع القوانين في ظل التعاقد الالكتروني*، مجلة الفقه والقانون، أفريل 2014، عدد الثامن عشر، ص.69.

[1624] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.337.

[1625] Cité par, MICHELLE Jean-Baptiste., Op.cit, p.28.

[1626] Article 117 de la Loi fédérale sur le droit international privé, du 18 décembre 1987, Op.cit.

ضمن المادة الثالثة من الاتفاقية[1627]، والتي اعتدت محل الإقامة المعتادة للبائع، بوصفه الملتزم بالأداء المميز للعقد، كضابط إسناد رئيسي لتعيين قانون العقد. وهي تضع في هذا الصدد قرينة مفادها أن العقد يرتبط بالدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف المدين بالأداء المميز للعقد بأكثر روابطه قوة ووثوقاً، فإذا كان هذا الطرف شخصاً معنوياً وكان قد أبرم العقد أثناء ممارسته لنشاطه المهني، كانت الدولة التي يرتبط بها العقد بأكثر روابطه وثوقاً هي الدولة التي بها المنشأة الرئيسية لهذا الشخص أو المنشأة التي تلتزم بالأداء المميز للعقد. ولجوء القاضي أو المحكم إلى أسلوب عوامل الارتباط يجد تبريره في أن نظم تنازع القوانين ذاتها تقوم أصلاً على عناصر الارتباط أو الإسناد بين المسألة محل البحث وبين أي قانون من القوانين المتنازعة، فنقاط الإسناد ليست إلا تجسيداً لمبدأ الرابطة الوثيقة[1628].

من التطبيقات القضائية لمبدأ الأداء المميز للعقد، حكم محكمة استئناف غرونوبل (*CA Grenoble*) بفرنسا بتاريخ 31 من سبتمبر سنة 1995، وذلك بصدد عقد بيع مبرم بين شركة إيطالية يوجد مركزها الرئيسي في إيطاليا ومشتري فرنسي. حيث قررت المحكمة تطبيق القانون الإيطالي بصفته قانون المدين بالأداء المميز في العقد، واستندت المحكمة في ذلك إلى المادة الرابعة الفقرة الثانية[1629] من اتفاقية روما لعام 1980سالفة الذكر؛ والتي تطبق في حالة عدم وجود اختيار صريح أو ضمني من جانب الأطراف للقانون الذي يحكم العقد، فيكون العقد خاضعا هنا للنصوص العامة في اتفاقية روما[1630]. ومن التطبيقات القضائية كذلك لمبدأ الأداء المميز للعقد قضية الشركة الأمريكية باترسون (*Patterson*)، حيث قضت محكمة الاستئناف لولاية تكساس بقبول الدعوى تطبيقاً لفكرة الأداء المميز للعقد[1631].

[1627] Article 3 : « *A défaut de loi déclarée applicable par les parties, dans les conditions prévues à l'article précédent, la vente est régie par la loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande. Si la commande est reçue par un établissement du vendeur, la vente est régie par la loi interne du pays où est situé cet établissement…* ». La convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Op.cit.

[1628] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص.432.

[1629] Article 4-2: « Loi applicable à défaut de choix : *2. Sous réserve du paragraphe 5, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale. Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement* ». La convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Op.cit.

[1630] أشار إليه، خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص.156.

[1631] ويظهر ذلك في دعوى رفعتها شركة " *Patterson*" ضد شركة "*CompuServe*" أمام محكمة ولاية تكساس، بشأن نزاع حول عقد التزمت المدعى عليها بتحميل برامج المدعية على نظام كمبيوتر"*Computer service*"، وهذا الاتفاق تم في مدينة أوهايو بنفس الولاية، لكي يستعمله مستخدمو الانترنت بمقابل مادي تحصله الشركة المدعية، بحيث قامت هذه الأخيرة ببث 32 ملفا من البرامج تلقائيا إلى المدعى عليها، لكن هذه الأخيرة قامت بتخزين هذه الملفات واستغلالها كالموزع لبرامج"*Patterson* " منتهكة العلامة التجارية للمدعية، وقد وجدت محكمة الاستئناف أن

عموماً، تقوم فكرة الأداء المميز على تنوع معاملات العقود وتحديد القانون الذي يحكم العقد وفقا للالتزام الأساسي فيه، فعلى الرغم من تعدد الالتزامات في العقد الواحد إلا أن أحد هذه الالتزامات هو الذي يميز العقد ويعبر عن جوهره، ومنه يجب الاعتماد عليه لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد في جملته[1632].

لقد حاول العديد من فقهاء القانون الدولي الخاص تطبيق نظرية الأداء المميز في العقد لتحديد النظام القانوني الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، وذلك في حالة انعدام الإرادة الصريحة وتعذر الكشف عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين. وإذا كانت فكرة الأداء الميز والتي تقوم على تفريد معاملة العقود بحسب الوزن القانوني والواقعي للالتزام الأساسي في العقد؛ تحظى بسهم وافر من التأييد لدى العديد من الفقهاء[1633]، غير أن إعمالها في مجال عقود التجارة الالكترونية يصادفه العديد من الصعوبات والمشاكل القانونية.

ثانياً.– الصعوبات التي تواجه إعمال فكرة الأداء المميز في منازعات التجارة الالكترونية:

على غرار ضوابط الإسناد الجامدة واجه ضابط الأداء المميز عدة صعوبات يمكن إجمالها فما يلي:

01.– مكمن الصعوبة الأول يتمثل في أن صاحب الأداء المميز هو المتعاقد الذي ينفرد بوضع شروط العقد؛ وبذلك، يكون القانون الواجب التطبيق على ذلك العقد هو قانون محل إقامة أو مركز إدارة نشاط هذا المتعاقد. مما يعني أن الأمر يتعلق بعقد إذعان يسند فيه لقانون الطرف القوي في العلاقة العقدية، وفي هذا تحقيق لمصلحته وتضحية

علاقة المدعية بالمدعى عليها تفيد أن المدعى عليها قد حققت فائدة لنفسها من عملها في أوهايو، .ولذلك، قضت بقبول النظر في الدعوى. مقتبس من، إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، *القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية*، دار النهضة العربية، القاهرة، ، ص.208.

[1632] هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.350.

[1633] Sur ce débat, V. CACHARD Olivier., *La Régulation Internationale de Marché Electronique*, Thèse Pour le Doctorat en Droit, Université Panthéon: Assas, paris II , 2001, pp.144-162.

بمصلحة الطرف الضعيف اقتصادياً[1634]؛ طالما أنه قد يخضع لقوانين لا يعرفها يمكن أن تهدد حياة مشروعه أو منشأته. فالشيء الملاحظ بالنسبة لكثير من عقود التجارة الالكترونية أنها عقود تتضمن معنى الإذعان عندما تأخذ شكل العقود النموذجية المفروضة على صفحة الويب، ويكون فيها صاحب الأداء المميز هو البائع أو مقدم الخدمة، فتخضع تلك العقود لقانون دولة البائع أو قانون دولة مورد الخدمة تطبيقا لنظرية الأداء المميز، ففي ذلك حتماً إجحاف وأضرار بمصالح الطرف الآخر في العقد[1635].

02.- الملاحظ أن تحديد قانون العقد يتم وفقا لهذه النظرية على ضابط إسناد رئيسي هو محل الإقامة المعتادة للطرف الملتزم أو مركز إدارته؛ فيما لو كان شخصاً اعتبارياً بوصفه المحل لتنفيذ هذا الالتزام، فإذا كان قانون محل إقامة المدين بالأداء المميز على هذا النحو هو المعيار الواجب الأتباع لكونه الأوثق صلة بالعلاقة العقدية، فإنه مما يسجل هنا هو أنه ذو طابع إقليمي لأنه يعتمد على مرتكزات جغرافية. ومثل هذه المعطيات لا تتلاءم مع طبيعة المعاملات التي تتم عبر الشبكة الدولية للاتصالات[1636]، فالحقائق والآليات التقنية المستخدمة تجعل من الصعب معرفة الموقع الجغرافي للمتعامل الذي يملك مشروعا.

03.- إن المواقع الالكترونية التي تتم من خلالها عمليات التعاقد قد تكون مواقع مؤقتة، والإعلان عنها على الإنترنت لا يشكل اتصالاً مستمراً وجوهرياً مع النطاق المكاني إذا حدث عارض بالنسبة للمتعامل، ومن ثمة يصعب إعمال نظرية الأداء المميز لتحديد محل الإقامة المعتاد والدائم للمدين الملتزم بالأداء المميز في العقد[1637].

[1634] الطيب زروتي، *القانون الدولي الخاص الجزائري*، تنازع القوانين، ط.2، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008، ص.245.

[1635] قريب من هذا المعنى، راجع لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص.191.

[1636] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.345.

[1637] المرجع نفسه، الموضع نفسه.

04.- صعوبة أخرى تتجلى في العقود المبرمة عبر شبكة الانترنت والتي تتميز بطبيعة مركبة تتساوي فيها الالتزامات من حيث الأهمية الاقتصادية[1638]، بحيث يجوز اعتبار كل واحد منها أداء مميزا في العقد. كما لو تم إبرام عقد مقايضة عبر الشبكة يلتزم فيه كل طرف بأداء يتساوى من حيث الوزن مع أداء الطرف الآخر، ففي هذه الحلة يصعب تعيين لقانون الواجب التطبيق على العقد لصعوبة تحديد صاحب الأداء المميز فيه[1639].

إن المشاكل القانونية والفنية سالفة الذكر التي تعيق تطبيق منهج التنازع في بيئة التجارة الالكترونية تبين بما لا يدع مجالا للنقاش مظاهر عجز هذا المنهج، الأمر الذي يجعل من ضوابطه غير صالحة للتطبيق على العقود الالكترونية المبرمة عير الانترنيت. ففي ظل تراجع هذا المنهج تعالت الأصوات بالدعوة إلى منهج جديد يتلائم ومستجدات البيئة الرقمية، وفي ظل هذا النقاش برزت القواعد المادية بشقيها التقليدي والمستحدث كبديل لمنهج التنازع الذي تجاوزته التطورات التقنية الحاصلة في البيئة الالكترونية.

[1638] خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص.162.

[1639] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.346.

المبحث الثاني

تطبيق منهج القواعد المادية على عقود التجارة الالكترونية

تبرز أهمية التطرق إلى موضوع القواعد المادية للتجارة الالكترونية نتيجة ثورة الاتصالات التي حصلت في العقود الأخيرة، الأمر الذي انعكس على المعاملات البشرية ومنها المالية بشكل سريع ومعقد. في ظل ذلك وجدت قواعد الإسناد التقليدية نفسها عاجزة عن استيعاب التطور الحاصل لأنها تنطلق من مرتكزات جغرافية[1640]. وفي هذا الصدد، ينادي الأستاذ الأمريكي جون بيري بارلو (*JohnPerry Barlow*) بأنه: *"في ظل تخلف القواعد القانونية القائمة قد آن الأوان لإعلان استقلال الفضاء المعلوماتي أو الواقع الافتراضي"*، أي استبعاد تدخل ورقابة الدولة على العمليات التي تتم عبر شبكة المعلومات الدولية، ومن بين ذلك استبعاد مناهج القانون الدولي الخاص[1641].

لذلك، تعالت الأصوات وسط الفقه الحديث بعدم مناسبة مناهج القانون الدولي الخاص لحكم علاقات التجارة الالكترونية عبر الانترنيت، والتي جعلت البعض يصف منهج تنازع القوانين بأنه أصبح منهجاً زائفا وأعمى لافتقاده لروح الدولية وقصوره عن حكم روابط التجارة الالكترونية التي تستدعي الدفع بخاصية التدويل إلى الأمام. يحصل هذا في ظل ما تتصف به قواعد منهج التنازع من التركيز المكاني للقوانين الواجبة التطبيق أو ما يسمى بفكرة *"التوطين"*، هذه الأخيرة أضحت عاجزة عن إدراك واستيعاب عالم غير ملموس لأنها رُصدت أساسا لبيئة مادية ومكانية ملموسة خلافا للبيئة الالكترونية. لهذا نادى البعض بانتهاء عهد منهج تنازع القوانين حيث قتلته الحقيقة التي أراد أن يؤكدها هذا القانون ذاته، وأصبح غير قادر على حكم قواعد التجارة الدولية الالكترونية المبرمة عبر الانترنيت التي تشكل عالما مستقلا بذاته يتنافى والتقسيمات الجغرافية، مما حتم وجود منهج أخر موضوعي لا تنازعي أو إسنادي[1642].

فكان البديل هو تطبيق منهج قواعد مادية بشكل مباشر على النزاع العقدي دون الرجوع إلى قواعد التنازع، والتي يتم إرسائها وتطويرها وتنميتها، سواء كانت هذه القواعد المادية ذات التطبيق المباشر قواعد ذات نشأة مستثارة عن طريق العمل التشريعي والاتفاقي المسماة بالقواعد المادية التقليدية (*Lex mercatoria*)، والتي سبقت وجود الطائفة الثانية من القواعد المادية ذات النشأة التلقائية والمسماة بالقانون الموضوعي

[1640] Cf. ITEANU Olivier., *Internet et le Droit: Aspects Juridiques du Commerce Electronique*, éd. Eyrolles, 1996, p.31.

[1641] Cf. JOHN PERRY Barlow., *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, Elec. Frontier. Found, Feb. 8, 1996, Disponible at: https://www.eff.org/ar/cyberspace-independence.

[1642] قريب من هذا المعنى، احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص.44-45.

الالكتروني (*Lex electronica*). حيث ذهب بعض الفقه إلى القول بأن القواعد المادية ستشكل القانون الموضوعي للتجارة الدولية، وهو قانون يتميز بخصوصيته الفنية القابلة للتطوير والنمو اللازمين لملاحقة الثقافة العلمية سريعة التطور للانترنيت[1643]. *وعليه، فالإشكال المطروح هو: هل تشكل القواعد المادية المستحدثة بديلا ملائما وفعالاً لمنهج التنازع؟*

لمناقشة هذه الإشكالية والاستفاضة في البحث سنتطرق في البداية إلى القواعد المادية التقليدية (**المطلب الأول**). ثم سنعرج إلى القواعد المادية المستحدثة (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

القواعد المادية التقليدية ومنازعات التجارة الالكترونية

ترجع الأصول التاريخية للقواعد المادية التقليدية إلى العصور الوسطى من خلال تجمع التجار في الأسواق والموانئ في بعض مدن غرب أوروبا، وهي قواعد لم تتكون من عادات وأعراف تجار تابعين لدولة معينة، بل جاءت نتيجة تجسيد حقيقي لما يسود من عادات وأعراف في جميع الدول[1644].

اختلف الفقه حول تسمية هذه القواعد بالمادية أو الموضوعية أو الوضعية، حيث ذهب فريق من الفقه إلى تسميتها بـ "*القانون الموضوعي التجاري*" (*Lex mercatoria*)[1645]. بينما ذهب فريق ثاني إلى تسميتها بالقواعد الموضوعية. وفريق آخر سماها القواعد المباشرة. بينما ذهب الفقه الغالب إلى تسميتها بـ "*القواعد المادية*" (*Les matérielles du commerce électronique*)[1646]؛ وحجتهم في ذلك مسايرته واقع هذا النوع من القواعد كما أنه يفترق عما يشابهه، إذ يؤخذ على تسمية "*القواعد الموضوعية*" أنها تثير الخلط مع ما يقابلها من قواعد إجرائية، كما أن مصطلح القواعد المباشرة يثير اللبس في مشابهتها لقواعد البوليس

[1643] Cf. HUET Jérôme., *Quelle Culture dans Le "Cyber-Espace " et Quels Droits Intellectuels pour cette " Cyber-Culture* ", Recueil Dalloz, 1998, chronique, pp.185 et s.

[1644] for more information, Monika Martišková, *What is Lex Mercatoria?*, lawyr, Publication Date: 21 February 2018, Citation Date: 15/08/2019, Available at: https://www.lawyr.it/index.php/articles/reflections/1193-lex-mercatoria

[1645] Cf. FERRARI Franco., *Le Champ D'application des "Principes Pour les Contrats Commerciaux Internationaux"*, Elaborés par Uni droit, Rev.int.dr.comp,1995, p.985.

[1646] Cf, BATTIFOL (H.) et LAGARDE (P.)., *Droit International Privé*, Tome 1, 7ème éd., LGDJ, Spéc, pp. 251et s.

ذات التطبيق المباشر[1647]. واستبعد مؤيدو هذه التسمية اصطلاح" *القواعد المباشرة*" كذلك أسوة بأنصار الاتجاه الأول، نظرا لإمكانية تداخل المقصود بين هذه القواعد ومنهج القواعد ذات التطبيق المباشر .هذا فضلا عن احتمال تداخل هذه التسمية الأخيرة مع مبدأ الأثر المباشر للقانون الذي يبحث في نطاق تنازع القوانين من حيث الزمان، وهو ما يحاول الفقه المؤيد لهذه التوجه تفادي الوقوع فيه.

اختلفت التعريفات اختلاف المسميات، فهناك من ذهب إلى تعريف القواعد المادية بأنها: " *مجموعة القواعد القانونية التي تتكفل بوضع تنظيم مباشر للروابط القانونية، تستوي في ذلك الروابط الوطنية والدولية* "[1648]. بينما يعرف البعض القواعد المادية بأنها: "*القواعد التي تضع حلا موضوعيا للعلاقات ا الدولية الخاصة تحديدا، دون العلاقات الوطنية الداخلية*"، في حين عرفها "الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة"[1649] بأنها: "*مجموعة القواعد التي تضع مباشرة حلولا موضوعية لمشاكل العقود الدولية للتجارة، وبذلك فهي تفترق عن قواعد الإسناد التي تحتويها النظم الوطنية في إطار قواعد القانون الدولي الخاص*"[1650].

تتنوع مصادر القواعد المادية التقليدية إلى مصدرين أساسين هما: القواعد المادية ذات النشأة الداخلية أو الوطنية سواء كانت النشأة تشريعية أو قضائية (**الفرع الأول**). وقواعد مادية ذات نشأة دولية التي جاءت من جملة الاتفاقيات والمعاهدات الدولية (**الفرع الثاني**).

[1647] أشار إليه، جمال الكردي، *القانون الدولي الخاص*، ط.1، (دون دار أو مكان النشر)، 1994، ص.38.

[1648] مقتبس من، صالح المنزلاوي، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية*، المرجع السابق، ص.41.

[1649] أحمد عبد الكريم سلامة (1950/09/07): حقوقي مصري، ليسانس في الحقوق، جامعة القاهرة 1973، ماجستير في الحقوق، جامعة القاهرة 1975، دكتوراه في القانون من جامعة باريس 1981، حائز وسام الضابط الأكاديمي من الجمهورية الفرنسية، حائز جائزة أفضل البحوث العلمية في العلوم الإدارية من جامعة الملك سعود، له العديد من المؤلفات منها: أصول المرافعات المدنية الدولية 1984، مبدأ الواقعية في القانون الدولي العام 1990، فكرة القانون الدولي الخاص الإسلامي 1990، الوسيط في شرح نظام الجنسية 1993، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية 1996، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع 1996. مقتبس من، أحمد عبد الكريم سلامة، متاح على الرابط التالي: https://www.marefa.org/

[1650] مقتبس من، احمد عبد الكريم سلامة، *نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية: دراسة تأصيلية انتقادية*، ط.1، دار النهضة العربية، 1989، ص.286.

الفرع الأول
القواعد المادية ذات الأصل الوطني

اتجهت التشريعات الداخلية إلى سن جملة من النصوص القانونية تتفق مع خصوصية العقود التجارية الدولية، بحيث تختلف في أحكامها عن عقود المعاملات الداخلية (**أولا**). كما كان للقضاء نصيبه المعتبر في نشأة وصياغة هذه القواعد لتغطية العجز التشريعي الحاصل (**ثانيا**).

أولاً.– القواعد المادية التشريعية:

نكون أمام قواعد مادية من صنع المشرع عندما يقوم الأخير بتنظيم عقود التجارة الدولية، من خلال وضع قواعد مادية خاصة يتفق مضمونها وطبيعة هذه العقود. وفي هذه الحالة، يتضمن التشريع الداخلي للدولة تنظيماً ماديًا لعقود التجارة الدولية يختلف عن التنظيم الداخلي القانوني الخاص بالعقود الداخلية. لكن قيام المشرع بوضع تنظيم مادي شامل لعقود التجارة الدولية هو فرض نادر في الواقع العملي، كما تشير مختلف الدراسات التي عالجت هذا الموضوع، ويرجع ذلك إلى أن المشرع لا يهتم عادة إلا بالتنظيم القانوني للعلاقات الداخلية. والنماذج الشهيرة لقوانين وضعها المشرع الوطني لرعاية العقود الدولية هي: قانون التجارة الدولية التشيكوسلوفاكي لسنة 1963، وقانون العقود الاقتصادية الدولية الألماني لعام 1976، وكذا القانون التجاري الموحد الأمريكي.

يعد التشريع التشيكوسلوفاكي أول تشريع في العالم تصدى للتنظيم المادي لعلاقات التجارة الدولية من خلال قانون التجارة الدولية التشيكوسلوفاكي الصادر في 18 من ديسمبر سنة 1963[1651]، المتضمن 56 مادة تعالج علاقات الأطراف في العقود التجارية الدولية على نحو متميز عن القواعد التي تنظم هذه العلاقات في إطار العقود الداخلية[1652]. وقد ورد بالمادة الثالثة[1653] منه على أن القواعد المادية التي يتضمنها لا تنطبق إلا إذا كان القانون التشيكي هو الواجب التطبيق بمقتضى قواعد التنازع، وبصفة خاصة فيما لو كان المتعاقدان

[1651] *Law on Legal Relations in International Trade*, Czechoslovakia, (The Law of International Trade), Act N^0 101 of December 18, 1963, Sb.Z. 101/1963. 54, in force as of 01 April 1964, It was replaced by the law issued on 01/01/1992. Available at : https://www.psp.cz/eknih/1960ns/tisky/t0149_01.htm.

[1652] أشار إليه، هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.811.

[1653] المادة 03: «*في حالة تطبيق النظام القانوني التشيكوسلوفاكي، بموجب القانون الدولي الخاص، خاصة إذا اختار الأشخاص المعنيون القانون التشيكوسلوفاكي أو عينوا القانون المدني التشيكوسلوفاكي على النحو الواجب تطبيقه على تنظيم العلاقة القانونية، ينطبق هذا القانون حصريًا في حالة العلاقات التجارية الدولية بالمعنى المقصود في هذا القانون*». القانون التشيكوسلوفاكي رقم 101/63، بتاريخ 1963/12/18، المرجع السابق.

قد اتفقا على اختيار هذا القانون لحكم الرابطة العقدية، وهو ما يفيد اختصاص القانون المذكور بوصفه قانون الإرادة[1654].

أما قانون العقود التجارية الدولية الألماني (*Giw*) الصادر في 05 من فيفري سنة 1976[1655]، فقد جاء بالعديد من القواعد المادية التي تحل مباشرة مشكلات العقود التي تبرم في ميدان التجارة الدولية[1656]، وهو لا ينطبق على العقود الداخلية، التي تظل محكومة بقواعد القانون المدني والتجاري. وقد اشترط القانون الألماني لتطبيق نصوصه أن تشير قواعد الإسناد باختصاصه في شأن الرابطة العقدية المطروحة؛ وذلك وفق المادة الأولى الفقرة الأولى منه[1657]. *إن ما يثير التساؤل في هذا السياق وبحق هو هل نبقى أمام قواعد مادية عندما يكون تطبيق هذه الأخيرة ناتجاً عن قاعدة إسناد كما في القانونين التشيكي والألماني سالفا الذكر؟*

يميل الرأي الغالب[1658] إلى القول بأن مضمون القواعد المادية في القانون الدولي الخاص والهدف الذي تسعى إلى إدراكه – بوصفها قواعد شرعت أساسا لتنظيم الروابط الدولية الخاصة–يقتضي تطبيقها تطبيقاً مباشرا على العلاقات الدولية الخاصة التي تدخل في نطاق سريانها، طالما تنتمي إلى النظام القانوني الذي يتبعه القاضي؛ وذلك بصرف النظر عن اختصاص هذا النظام بمقتضى قواعد الإسناد من عدمه[1659]. وبهذا المعنى، يمكن القول أن إعمال القواعد المادية التشريعية التي تنتمي لقانون أجنبي وليس لقانون القاضي الناظر بالنزاع؛ تتم بداهة من خلال منهج التنازع، أما القواعد المادية التي تنتمي إلى النظام القانوني لدولة القاضي فيتجه الرأي الغالب إلى تمكين القاضي من تطبيقها مباشرة على النزاع المعروض أمامه دون اللجوء إلى قواعد التنازع[1660]، ما لم ينص المشرع على خلاف ذلك، كما هو الحال بالنسبة للقانونين التشيكي والألماني سالفا الذكر.

[1654] أشار إليه، أحمد عبد الحميد عشوش، *تنازع مناهج تنازع القوانين: دراسة مقارنة*، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1989، ص.21.

[1655] *Gesetz über internationale Wirtschaftsverträge* (GIW), Datum: 02/05/76, Herausgegeben : 02/10/76, 1976 Nr. 5, Seite 61-92 (Umfang: 32 Seiten), vom S. Februar. 1976, PDF (ohne Einschränkungen, voll druckfähig). Available at : https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl176142.pdf%27%5D#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27I_1976_14_inhaltsverz%27%5D__1583373767459

[1656] جمال الكردي، *القانون الدولي الخاص*، المرجع السابق، ص.89.

[1657] أشار إليه، محمد عبد الله المؤيد، *منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي*، دراسة تأصيلية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997، ص.206.

[1658] Cité par, YVON Loussouarn et JEAN DENIS Bredin., *Droit du Commerce International*, éd.Sirey., Paris, 1969, p.52.

أشار إليه، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص.712.

[1659] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص.712.

[1660] Cité par, SIMON DEPITRE Marthe., *les Règles Matérielles Dans les Conflit de Lois* , Rev. Crit.dr.int.pr.63, 1974, p.591-606, p.591.

أما بالنسبة لأمريكا فقد صدر القانون التجاري الموحد الأمريكي (*UCC*) سالف الذكر، إذ مع ازدهار التجارة واتساع دائرة التعاملات التجارية بين مدن الولايات المتحدة الأمريكية فيما بينها، أصبحت الحاجة ملحة من اجل وضع قواعد موحدة تحكم هذه المعاملات بصورة تعطي طابعًا تماثلياً من حيث حجم وكيفية التعاطي معها داخل كل ولاية أو بما يتصل بغيرها من الولايات[1661]. فكانت البداية بإقرار قانون الأوراق التجارية في سنة 1892 عن طريق لجنة القانون الموحد[1662]، الذي أخذت به كل الولايات الثماني والأربعين حتى حدود سنة 1924، ليليه في سنة 1902 إعداد قانون آخر موحد خاص بالبيوع، هذا الأخير استمد جل قواعده من قانون بيع البضائع الإنجليزي الصادر سنة 1893[1663]، ليصل عدد الولايات التي أخذت به قرابة الثلاثين ولاية[1664]. وعلى غرار هذين القانونين عرف التشريع الأمريكي فيما بعد محاولات أخرى بشأن سن قوانين أخرى موحدة لكنها كانت محدودة النطاق، إذ لم يأخذ بها إلا عدد محدود من الولايات، لكن اتسعت حركة التوحيد بانضمام جهود مؤتمر المندوبين إلى جهود المعهد الأمريكي في إعداد مشروع تقنين تجاري موحد، كانت ثمرته ظهور الطبعة الأولى من هذا المشروع، ثم الطبعة النهائية ومراجعته من قبل اللجان حيز التنفيذ ليقره في النهاية برلمان نيويورك سنة 1962 ثم فيما بعد باقي الولايات. وقد بلغ التوحيد في هذا التقنين أوجه في الآونة الأخيرة خصوصا في تنظيمه لبعض المسائل كالبيوع والتأمينات المنقولة، كما تجلى اهتمامه بالتجارة

[1661] أشار إليه، ثروت حبيب، *دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية: اتفاقية فينا سنة 1980*، ط.2، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 1995، ص.91.

[1662] *The Uniform Law Commission was formed in 1892 in part to create uniform commercial laws*. The Uniform Negotiable Instruments Law was approved in 1896, and soon enacted in every state. More commercial laws soon followed: the Uniform Sales Act and Uniform Warehouse Receipts Act in 1906; the Uniform Bills of Lading Act and Uniform Stock Transfer Act in 1909; and the Uniform Conditional Sales Act in 1918. The ULC officially took on the task of drafting a comprehensive code to provide guidelines for all commercial transactions in 1940. In 1942, the ULC and the American Law Institute joined in a partnership that put all the component commercial laws together in a comprehensive Uniform Commercial Code that was offered to the states for their consideration in 1951. Pennsylvania became the first state to adopt the UCC in 1953, and every other state followed suit over the next twenty years. Available at: https://www.uniformlaws.org/acts/ucc

[1663] *The Sale of Goods Act 1893 (56 & 57 Vict. c.71)* : was an Act of the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland which regulated contracts in which goods are sold and bought. Its purpose was to define the rights and duties of the parties (where not expressly defined in the agreement), while specifically preserving the relevance of ordinary contractual principles, The whole of this Act, except for section 26, was repealedon 1 January 1980 subject to a number of savings, Section 26 was repealedon 1 January 1982The 1893 Act is still operative in Ireland, although it has been amended on a number of occasions since it came into force. *For more see:* https://journals.openedition.org/asp/5411#tocto2n1
The text of the law is Available at:
http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1893/71/pdfs/ukpga_18930071_en.pdf

[1664] *For more see*, Uniform Law Commission, Publication Date: 13/12/2019, at 04:19
https://en.wikipedia.org/wiki/Uniform_Law_Commission

الدولية في تنظيمه لبعض عملياتها في القسم المخصص للبيوع مع تفصيل وافي لعناصرها وأثارها[1665]. *هذا بالنسبة لما يطبق على العقود عموما، لكن ماذا بشأن العقود الالكترونية*؟

إن تطبيق القواعد القانونية التي اشتملت عليها القوانين سابقة الذكر والمعنية بالتجارة الالكترونية لا تستبعد اللجوء إلى قواعد التنازع، فإذا ما أشارت قاعدة التنازع في قانون القاضي بتطبيق القانون الوطني للقاضي المعروض عليه النزاع فإن المقصود بذلك القانون الخاص بالتجارة الالكترونية في دولة القاضي، كما يجري تطبيق قانون التجارة الالكترونية لدولة ما عندما تشير إليه قاعدة التنازع الأجنبية، عندما يكون القانون الواجب التطبيق غير قانون القاضي المعروض عليه النزاع. أما في حالة ما إذا اختار الأطراف صراحة تطبيق قانون وطني للتجارة الالكترونية؛ فما على القاضي سوى تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المختار تطبيقاً مباشرا دون الرجوع إلى قواعد الإسناد، ما لم ينص القانون الوطني على خلاف ذلك، طالما يوجد قانون يعالج المعاملات الالكترونية في دولته وهو نفس التوجه الذي ذهب إليه الفقه الغالب[1666].

ثانياً.– القواعد المادية ذات الأصل القضائي:

لقد عمل القضاء الفرنسي منذ منتصف القرن الماضي على خلق بعض القواعد المادية للقانون الدولي الخاص التي تهدف إلى تنظيم بعض المسائل المتعلقة بعقود التجارة الدولية، ومن بين هذه القواعد التي استقر عليها القضاء القاعدة التي تقضي بصحة "*شرط الدفع بالذهب*" (*Gold Clause Act*) في العقود الدولية. والقاعدة التي تقرر "*حرية اختيار عملة 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 عملة أجنبية. على الرغم من بطلان مثل هذه الشروط إذا ما وردت في عقود القانون الداخلي[1667]، إلا أن القضاء الفرنسي عمل بها إسهاما منه في إيجاد حل للنزاع. إضافة إلى القاعدة التي تؤكد على حق الدولة في إخضاع الروابط العقدية الدولية للتحكيم، رغم حظر القانون لتطبيقه في العقود الداخلية[1668].

من الناحية التاريخية يعد شرط الدفع بالذهب (*أو شرط القيمة الذهبية*) أو شرط الدفع بعملة أجنبية قاعدة هدفها تأمين وحماية العلاقات الاقتصادية الدولية من مخاطر التعديل التشريعي لقيمة العملة التي يتم

[1665] أشار إليه، محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص.201-202.

[1666] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص.538

[1667] المرجع نفسه، ص.714.

[1668] محمود محمد ياقوت، *حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق*، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص.300.

الدفع بموجبها؛ ولهذا فإن هذه القاعدة قد أوجدتها ضرورات التجارة الدولية. وبدورها القوانين الوطنية تحظر صراحة على المتعاقدين أن يدرجوا التزاماتهم المالية بما يعادلها بالذهب، أو أن يختاروا عملة أخرى غير عملة موطنهم، وتقرر بطلان هذه الشروط. غير أن الاجتهاد القضائي الفرنسي لم يطبق هذه القاعدة المنصوص عليها في القانون الداخلي، عندما كان يتصدى لنزاع دولي وقد تأرجح الاجتهاد في تبرير ذلك، غير انه قرر في المحصلة منح حرية الأطراف في إدراج شرط الذهب في العقود الدولية، وحرية اختيارهم لعملة الوفاء، رغم بطلان هذين الشرطين إذ ما وردا في عقد داخلي، لكون أن هناك قاعدة مادية تقول بحرية اختيار عملة الوفاء في العقود الدولية وأخرى تقول بحرية الفرقاء في تعيين الذهب كعملة وفاء في العقد الدولي أيضًا.

ومن بين التطبيقات القضائية لما سلف بيانه، القرار الأول الصادر عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في 21 من جوان سنة 1950[1669] الذي أعلنت فيه عن صحة الشرط النقدي المعروف بـ "*شرط الذهب*" (*Gold Clause Act*)، الذي تضمنه عقد قرض دولي أبرمته "*شركة البريد البحرية الفرنسية*" (*Maritimes Messageries*)، وكان هذا العقد خاضعًا للقانون الكندي، الذي يمنع شرط الذهب سواء في التسويات أو المدفوعات الدولية أو الداخلية. ومع ذلك فقد رأت المحكمة بأن: "*للأطراف في العقد الاتفاق على شرط الذهب وإن كان مخالفًا للقواعد الآمرة في القانون الداخلي للقانون الكندي؛ ما دام القانون الفرنسي المتعلق باستقرار الفرنك وتعديل النظام النقدي، الصادر بتاريخ 25 من جوان سنة 1928*[1670] *يقر صحة هذا الشرط، متطابقًا في ذلك مع المفهوم الفرنسي للنظام العام الدولي، لأن منع الأطراف من ذلك يخالف النظام العام الدولي الفرنسي*"[1671].

هذا الموقف مكن القضاء الفرنسي من وضع قاعدة مادية في القانون الدولي الخاص تختص بفض منازعات عقود التجارة الدولية لدولة المحكمة التي تقضي بصحة شرط الذهب في العقود الدولية[1672]، على اعتبار أن هذا الشرط يعتبر شرطا صحيحا إذا ما ورد في عقد دولي، وبذلك، يعتبر من قبيل قواعد النظام العام الدولي، في حين أنه يعتبر شرطا باطلا إذا ما ورد في عقد داخلي مما يستدعي استبعاد فكرة النظام العام

[1669] Cass. 21 Juin 1950, *Grands Arrêts de la Jurisprudence Française de Droit International Privé* (5ème éd., 2006), arrêt N° 22, p. 194; Rev. crit. 1950.609, Note Batiffol; Dalloz. (1951) 749, Note Hamel; Sirey (1952) 1. 1, Note Niboyet; JCP (1950) II. 5812, Note J. Ph. Lévy.

[1670] *Loi du 25 Juin 1928 Ayant Pour Objet la Stabilisation du Franc et La Modification du Régime Monétaire* (Arrêté de Promulgation N° 424 du 28 Juin 1928), Paru in extenso au Journal Officiel 1928 N° 13 du 01/07/1928 à la page 255 dans la partie ACTES LEGISLATIFS ET REGLEMENTAIRES DE L'ETAT.

[1671] مقتبس من، محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص.301.

[1672] أشار إليه، هشام علي صادق، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية*، المرجع السابق، ص.717.

النسبي[1673]. غير أن قضاء محكمة النقض الفرنسية حاول فيما بعد الخروج عن رأيه السابق، فعمد إلى تأكيد أن :"*ما يضعه من قواعد تتعلق بعقود التجارة الدولية إنما هي قواعد واجبة التطبيق مباشرة على هذه العقود دون الاستناد في ذلك إلى منهج التنازع، وبصرف النظر عن مضمون القانون الذي تشير باختصاصه قواعد التنازع*"، وكان ذلك بمناسبة حكم صدر عنه في 07 من ماي سنة 1963 في قضية "***Gosset***"[1674]، وفيه أكدت المحكمة على: "*استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي في مجال الروابط العقدية الدولية*"[1675].

وقد كان لمحكمة النقض الفرنسية موقفاً أكثر وضوحا وصراحة بموجب حكم: "هشت" (***Hecht***) الصادر في 04 من جويلية سنة 1972[1676]، الذي أكدت فيه على: "*وجود قاعدة خاصة بالمعاملات الدولية تقضي باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وتكون واجبة التطبيق على عقود التجارة الدولية بصرف النظر عما يقضي به القاضي الداخلي المختص بمقتضى قواعد تنازع القوانين*"[1677].

ومن جهتها، اعتمدت محكمة العدل الدولية على قاعدة قيمة الذهب في تقدير القيمة الاسمية للسندات ابتداء من تاريخ إصدارها؛ وذلك بمناسبة الحكم الذي أصدرته سنة 1929 في قضية القروض البنكية الصربية (***Serbian Loans***)، والتي أصدرتها حكومات كل من صربيا وكرواتيا وسلوفاكيا سنوات 1895 و1902 و1906 و1909 و1913، مع تضمن شروط الدفع بالذهب[1678]. كذلك رفض القضاء البريطاني تذرع الحكومة اليونانية بما أدخل على القوانين اليونانية من تعديلات تعفى الحكومة من الالتزام بضمان البنك

[1673] للمزيد من النفصيل، راجع محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص.226؛ صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص.229.

[1674] Cass.Civ. 7 mai 1963, Rev.crit DIP, 1963. 615, note Motulsky, JDI 1964. 82, note J.-D. Bredin, D. 1963. 545, note J.Rôbert, JCP 1963. II. 13405, note B.Goldman.

[1675] تتلخص وقائع القضية في أن شركة إيطالية تدعى"***Carapelli***" تدعى أبرمت عقد بيع كمية من الحبوب مع شركة فرنسية تدعى"***Cos-Set***"، وقد كان هذا العقد متضمنا شرط التحكيم لكن الشركة الفرنسية لم تحصل على التصريح بالاستيراد في الوقت المحدد، ما جعل الشركة الإيطالية تلجأ إلى التحكيم مطالبة بالتعويض عن الضرر الذي نالها نتيجة عدم وفاء الشركة الفرنسية بالتزاماتها، فقضت لها محكمة التحكيم الإيطالية بذلك، ما دفع بالشركة الفرنسية إلى رفض الأمر بالتنفيذ بحجة أن العقد الأصلي باطل بطلانا مطلقا لمخالفته النظام العام الفرنسي المتعلق بالاستيراد والتصدير ، وعليه اعتبر شرط التحكيم لاغيا، فما كان على محكمة النقض إلا رفض هذا الدفع وقضت تبعا لذلك بأن اتفاق التحكيم الدولي سواء أبرم منفصلا أو تضمنه التصرف القانوني المتعلق به يتمتع دائما – ماعدا في الظروف الاستثنائية -باستقلال قانوني تام دون أن يتأثر بأي بطلان محتمل للتصرف القانوني؛ للمزيد راجع: محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص.232.

[1676] Cass. 1re civ., 4 Juill. 1972, Hecht : Rev. crit. DIP. 1974, p. 82, note P. LEVEL.

[1677] مقتبس من، هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص.722.

[1678] *Payment of Various Serbian Loans Issued in France* (Fr. v. Yugo.), 1929 P.C.I.J. (ser. A) No. 20 (July 12), *Publications of the Permanent Court of International Justice Series* A – No. 20/21; Collection of Judgments A.W. Sijthoff's Publishing Company, Leyden, 1929. Available at : http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1929.07.12_payment1.htm
Judgment is available in PDF format : Serbian Loans Case, (*French Republie v.Kingdom of the Serbe,Croats and Slovens*),Reports,Series A,No 20 (1929) (Permanent Court of lnter national justice). Available at : http:www.icj.eij.org/pcij/serie A/A20/62 Empunts Serbes Arret.pdf.

القومي اليوناني اتجاه حملة السندات التي أصدرها البنك، والتي صدرت مشمولة بهذا الضمان، مشددًا على قاعدة مادية ذات مصدر وانطباق عالميين مفادها عدم جواز تحلل الحكومة من التزاماتها بالاستناد إلى قوانينها[1679].

رغم ملائمة القواعد المادية ذات المصدر الداخلي سواء ما كان منها ذو طابع تشريعي أو طابع قضائي للروابط العقدية الدولية، غير أنها لم تسلم من الانتقادات التي وجهت لها، على أساس أن قيام كل دولة بوضع قواعدها المادية الخاصة بهذه الروابط تحت عنوان اعتبارات الملائمة الدولية؛ سوف يؤدي إلى توسيع رقعة الخلاف بين الأنظمة القانونية الداخلية في شأن الحلول واجبة الإتباع ضمن علاقات التجارة الدولية، الأمر الذي يحول المشرع الداخلي إلى مشرع عالمي[1680]، وهو ما يناقض الجهود الدولية المبذولة في هذا الشأن. كما أن فتح الطريق أمام القضاء لوضع أسس هذه القواعد قد يؤدي إلى تقرير القواعد التي يراها مناسبة لتشريعاته الداخلية دون غيرها، وهو الأمر الذي يؤدي إلى إمكانية تبني حلول قد تتفق فقط مع المعتقدات الداخلية، مما ينعكس سلبا على التوقعات العقدية للأطراف ويجردهم من فرصة العلم بالقانون الواجب التطبيق على العقد الذي يربطهم[1681].

هذه الانتقادات وغيرها حتمت التفكير في حلول أكثر ملائمة بحيث تحقق معنى الدولية والأمان المنشودين في التجارة الدولية، وذلك من خلال البحث عن اطر بديلة للقواعد المادية، فكانت المعاهدات والاتفاقيات الدولية تشكل الحل المناسب لما تحققه من استقرار العادات والأعراف الدولية السائدة في مثل هذه الحالات.

الفرع الثاني

القواعد المادية ذات الأصل الدولي

كما أسلفنا القول فقد انتهى بعض الفقه إلى أن صدور القواعد المادية عن المشرع أو القضاء الداخلي سيجعلها متأثرة إلى حد بعيد بالمصالح الوطنية، الأمر الذي حتم وجود قواعد مادية ذات نشأة دولية تتجاوز

[1679] Sur ce débat, V. GRODECKI (J. K.)., *the Grek Bond Cases*: the Modern Law Review, Vol.24 No.6 (Nov.1961), pp.701-714, published by:wiley on behalf of the Mod ern Law Review Stable. Available at : https://www.jstor.org/stable/i245558 .

[1680] محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص.303.

[1681] قريب من هذا المعنى، احمد عبد الحميد عشوش، *تنازع مناهج تنازع القوانين*، *مؤسسة شباب الجامعة*، الإسكندرية، (دون سنة نشر)، ص.24.

حدود الدولة الوطنية إلى آفاق الاعتبارات الدولية، الأمر الذي يجعلها أكثر ملائمة وموائمة لطبيعة المنازعات التجارية الدولية.

يقصد بالقواعد المادية ذات الأصل الدولي: "*تلك القواعد التي تحملها المعاهدات الدولية أو تقدمها أعراف التجارة الدولية*". إذ تعتبر الاتفاقيات والمعاهدات الدولية من أهم مصادر القواعد المادية على أساس أنها تضع قواعد ذات طابع دولي لتنظيم علاقات قانونية تتضمن عنصر أجنبي[1682]، وكذلك الحال بالنسبة للتوصيات الدولية والقوانين النموذجية الصادرة عن المنظمات الدولية والإقليمية الأساسية، كما تعتبر المعاهدات والتوصيات رافدا مهما لتنظيم بعض مسائل التجارة الالكترونية رغم الصعوبات التي تواجه تطبيقها في البيئة الالكترونية.

أولاً.– الاتفاقيات الدولية:

على خلاف القواعد المادية التي تحملها المعاهدات الثنائية والتي تتميز بالندرة، فإن القواعد المادية التي تصوغها المعاهدات الجماعية لها دور كبير في توحيد الأحكام الناظمة لعقود التجارة الدولية. تعتبر اتفاقية *برن* (*Bern*) التي عقدت في سنة 1890 ودخلت حيز التنفيذ سنة 1893[1683]؛ أول اتفاقية دولية بشأن توحيد قواعد نقل البضائع بالسكك الحديدية[1684]، وعدلت باتفاقيات لاحقة كان آخرها سنة1961[1685].

وفي مجال البحث عن أفضل الحلول التي تتلائم مع نوعية العلاقات الدولية، تم توحيد بعض القواعد الناظمة لسندات الشحن بموجب اتفاقية بروكسل المبرمة بتاريخ 25 من أوت سنة 1924[1686] والمعدلة جزئيا

[1682] مقتبس من، احمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص.24.

[1683] *Convention Signée à Berne le 14 oct. 1890* et Entrée en Vigueur le 1er Janv. 1993. Cette Convention et Ses Annexes Ont Fait L'objet de Plusieurs Modifications Ultérieures. Disponible à: https://francearchives.fr/fr/facomponent/9dc8db54b655880bfde95fb8014b15b3051fc586

[1684] تسري الاتفاقية على شحن البضائع التي تتم بموجب مذكرة شحن لنقلها على أراضي دولتين على الأقل من الدول المتعاقدة وعلى خطوط معينة محددة بموجب شروط عقد النقل بما في ذلك التسليم ودفع الرسوم مسؤولية الناقل عن التأخير أو الفقد أو التلف...؛ علاوة على ذلك تنص الاتفاقية على التزام السكك الحديدية بحمل البضائع وحقوق والتزامات سلطات السكك الحديدية المختلفة في الدول المتعاقدة. اتفاقية برن بشأن توحيد قواعد نقل البضائع بالسكك الحديدية، المرجع السابق.

[1685] *Convention Internationale Concernant le Transport des Voyageurs et des Bagages par Chemins de Fer* (CIV) [avec annexes]. Conclue à Berne le 25 Février 1961. Disponible à : Convention Internationale Concernant le Transport des Voyageurs et des Bagages par Chemins de Fer (CIV) [Avec Annexes]. Conclue à Berne le 25 Février 1961.

[1686] *Convention Internationale Pour L'unification de Certaines Règles en Matière de Connaissement', Conclue à Bruxelles* le 25 Août 1924, Approuvé par l'Assemblée Fédérale le 17 Mars 1954، Instrument D'adhésion déposé par la Suisse le 28 Mai 1954, Entrée en Vigueur pour la Suisse le 28 Novembre 1954, Modifiée par les Protocoles du 23 Févr. 1968 et 21 Déc. 1979. Disponible à: https://www.idit.fr/legislation/documents/Conv_Brlles_25aout1924_amendee1968et79.pdf

بالبروتوكول الصادر سنة 1968[1687] وكذا بروتوكول سنة 1979[1688]، وبذلك شكلت اتفاقية بروكسل لسنة 1924 النواة الأولى في مجال توحيد أحكام القانون الدولي الخاص. ولاحقاً امتدت عملية توحيد قواعد القانون الدولي الخاص لتشمل مجال النقل الجوي؛ وذلك بموجب اتفاقية *وارسو (Varsovi)* لسنة 1929 الخاصة بتوحيد قواعد النقل الجوي للأشخاص والبضائع[1689]. تعتبر هذه الاتفاقية بصيغتها المعدلة ببروتوكول لاهاي لعام 1955[1690]؛ تجسيداً وبحق لمقاربة تشريعية للمشكلات التي يثيرها نقل البضائع، كون الاتفاقية تشكل خطوة رئيسية نحو التوحيد الدولي للقواعد الناظمة لنقل البضائع عن طريق الجو[1691]، سواء تعلق الأمر بالنقل الدولي للأشخاص أو الأمتعة أو البضائع بمقابل أو بالمجان، وسواءً أكانت الطائرة ملكاً لشخص طبيعي أو شخص معنوي. والجدير بالذكر أن هذه الاتفاقية تشترط لانطباق أحكامها على عقد النقل أن تكون محطة القيام ومحطة الوصول كائنتين في دولتين متعاقدتين. وقد تضمنت الاتفاقيتين سابقتا الذكر قواعد مادية لا تنطبق إلا إذا اتسم العقد بطابعه الدولي، وهذا بصرف النظر عن جنسية السفينة أو الناقل أو الشاحن أو أي شخص آخر ذو شأن بذلك[1692].

واستكمالا لحركة توحيد القواعد المادية الناظمة للعقود التجارية الدولية؛ صدرت معاهدة جنيف لسنة 1930 الخاصة بالقانون الموحد الواجب التطبيق على سندات الصرف والسندات الإذنية[1693]. وكذلك اتفاقية

[1687] *Protocole Portant Modification de la Convention Internationale pour L'unification de Certaines Règles en Matière de Connaissement*, Signée à Bruxelles le 25 Août 1924, Conclu à Bruxelles le 23 Février 1968, Approuvé par l'Assemblée fédérale le 24 septembre 1975, Instrument de Ratification déposé par la Suisse le 11 Décembre 1975, Entré en Vigueur Pour la Suisse le 23 Juin 1977. Disponible à: https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201412/volume-1412-I-23643-French.pdf

[1688] *Protocole portant modification de la Convention internationale sur la limitation de la responsabilité des propriétaires de navires de mer du 10 octobre 1957*, Conclu à Bruxelles le 21 décembre 1979, Instrument de ratification déposé par la Suisse le 20 janvier 1988, Entré en vigueur pour la Suisse le 20 avril 1988. Disponible à: https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19790402/200502100000/0.747.331.521.pdf

[1689] *Convention Pour L'unification de Certaines Règles Relatives au Transport Aérien International*, Signée à Varsovie le 12 Octobre 1929, Modifié par le Protocole de La Haye du 28 Septembre 1955. Disponible à: http://www.toefrank.net/textes/convarso.htm

[1690] *Protocole Portant Modification de la Convention Pour L'unification de Certaines Règles Relatives au Transport Aérien International* Signée à Varsovie le 12 Octobre 1929, Conclu à La Haye le 28 septembre 1955, Approuvé Par l'Assemblée Fédérale le 20 Septembre 1962, Ratification Déposée par la Suisse le 19 octobre 1962, Entré en vigueur pour la Suisse le 1er août 1963; Disponible à: https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19550166/199602150000/0.748.410.1.pdf

[1691] Cette Convention a été complétée par *la Convention complémentaire à la Convention de Varsovie pour l'unification de Certaines Règles Relatives au Transport Aérien International Effectué par une Personne Autre que le Transporteur*, Signée à Guadalajara le 18 Sept. 1961, et Par la Convention Pour L'unification de Certaines Règles Relatives au Transport Aérien International, Signée à Montréal en Date du 28 Mai 1999

[1692] أشار إليه، هشام علي صادق، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية*، المرجع السابق، ص.739.

[1693] *Convention Portant loi Uniforme sur Les Lettres de Change et Billets à Ordre*, GEnève : 7 Juin 1930, Entrée en vigueur: 1 Janvier 1934, Conformément à L'article VII, Enregistrement: 1 Janvier 1934, No 3313, Texte: Voir le Recueil des Traités de la Société des Nations, vol.143, p.257. Disponible à: https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/LON/Volume%20143/v143.pdf

جنيف للقانون الموحد للشيكات سنة 1931[1694]. وكلتا الاتفاقيتين حاولتا تجنب مشاكل تنازع القوانين بقدر الإمكان، وذلك بخلق قواعد مادية موحدة تطبق في جميع الدول على العلاقات الداخلية والدولية على السواء[1695]، ومن ثمة العمل على الدفع بعجلة التجارة الدولية إلى الأمام، في جو يسوده الثقة والائتمان[1696]، غير أنه لم يحُل في بعض الأحيان دون قيام الخلاف في كل من هذه الدول حول تفسير النص الموحد، رغم أن الهدف الحقيقي الذي تسعى إليه الاتفاقيتان – التي جرت على توحيد القوانين الداخلية في الدول المتعاهدة– هو القضاء على هذا التنازع، ولن يتأتى إدراك هذا الهدف بغير التطبيق المباشر للقواعد الموحدة، لأن رجوع القاضي إلى قواعد الإسناد يفترض قيام التنازع بين القوانين التي حرصت دولته على تداركه بانضمامها إلى المعاهدة[1697]، لذلك تتجسد الصفة الدولية لهذه القواعد كونها من القواعد المادية في القانون الدولي الخاص من خلال القاعدة الدستورية القاضية بسمو أحكام المعاهدات على القانون الداخلي[1698].

تعتبر اتفاقية لاهاي لسنة 1964 المتعلقة بالبيع الدولي[1699] متميزة بالنظر لخصوصية أحكامها التي تضفي عليها طابعا أصيلا لا نصادفه في المألوف من المعاهدات، حيث عمد واضعو هذه المعاهدة إلى التوسع في نطاق سريانها ليمتد إلى العلاقات العقدية التي لا ترتبط بالدول المتعاهدة، وهذا في إطار سعيهم لمنحها طابعا عالميا وحتى لا تقتصر آثار تطبيقها على الإطار الضيق لمجموعة الدول المنظمة إليها. ولعل أهم ما يميز هذه المعاهدة هو وجوب احترام أحكامها من طرف الدول المتعاهدة، حتى ولو كان العنصر الأجنبي في عقد البيع لا يتعلق أو لا يقع بإقليم دولة من الدول المتعاقدة، أي بمفهوم المخالفة حتى ولو كان متصلاً بدولة غير متعاهدة. والواقع أن اتفاقية لاهاي لسنة 1964 الخاصة بالبيع الدولي للمنقول حرصت بهذا الشكل على تحديد ماهية العلاقة التي تسري في شأنها القواعد المادية، فقررت أن عقد البيع الدولي هو العقد الذي يتم بين

[1694] *Convention Portant Loi Uniforme sur les Chèques*, Genève : 19 mars 1931, Entrée en vigueur : 1 Janvier 1934, Conformément à L'article VII, Enregistrement : 1 Janvier 1934, N°3316, Texte: Voir le Recueil des Traités de la Société des Nations, vol.143, p.355. Disponible à: https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/LON/Volume%20143/v143.pdf

[1695] أشار إليه، أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص.27.

[1696] عكاشة محمد عبد العال، *تنازع القوانين والأوراق التجارية*، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1998، ص.13.

[1697] هشام علي صادق، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية*، المرجع السابق، ص.729.

[1698] المادة 150: " *المعاهدات الّتي يصادق عليها رئيس الجمهوريّة، حسب الشّروط المنصوص عليها في الدّستور، تسمو على القانون*". دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1996، المرجع السابق.

[1699] *Convention Portant Loi Uniforme Sur la Vente Internationale des Objets Mobiliers Corporels*, La Haye, 1er Juillet 1964. Disponible à: https://www.unidroit.org/fr/instruments/la-vente-internationale/international-sales-luvl-1964-fr

طرفين يقيمان على أقاليم دول مختلفة، ثم أردفت ذلك بتأكيدها على عدم كفاية ذلك لإضفاء الطبيعة الدولية على عقد البيع ما لم تتضافر مع ذلك إحدى الحالات المحددة في نصوص الاتفاقية[1700].

يضاف إلى ما سبق، "*قواعد هامبورغ*" (*Humburg*) "[1701] التي تشكل مجموعة من الآليات التي تحكم الشحن الدولي للبضائع، وهي القواعد الناتجة عن اتفاقية الأمم المتحدة الدولية لنقل البضائع عن طريق البحر، والتي اعتمدت في هامبورج بتاريخ 31 من مارس سنة 1978[1702]. كانت الاتفاقية محاولة لتشكيل قواعد قانونية موحدة لنقل البضائع على السفن العابرة للمحيطات. الملاحظ أنه ولاستكمال تطبيق قواعد الاتفاقية بصورة كافية اشترطت هذه الأخيرة أن يكون ميناء الشحن أو ميناء التفريغ واقعا في دولة متعاقدة، أو أن يكون سند الشحن صادرا في إحدى الدول المتعاهدة.

هذا النهج انتهجته أيضا اتفاقية فيينا لسنة 1980بخصوص عقود البيع الدولي للبضائع سالفة الذكر، والتي تضمنت قواعد مادية موحدة وضعت خصيصا لتنظيم هذا النوع من البيوع، بحيث يستطيع قضاء الدول المتعاهدة تطبيقها تطبيقاً مباشرا دون حاجة لإعمال منهج التنازع[1703]. حيث استبعدت وعلى غرار اتفاقية لاهاي سالفة الذكر ضابط اختلاف جنسية أطراف البيع كضابط شخصي وعوضته بضابط اختلاف أماكن منشآت أطراف البيع، على خلفية أن الاعتماد على ضابط جنسية الأطراف لوحده من شأنه أن يوسع من

[1700] محمد بلاق، *حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات التجارة الدولية*، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، 2016/2015، ص.127-128. الرسالة متاحة على الرابط التالي:
http://dspace.univ-tlemcen.dz/bitstream/112/8382/1/Dbellak.pdf

[1701] خلال السبعينيات من القرن الماضي، مارست الدول النامية ضغطًا ثقيلا داخلها مؤتمر الأمم المتحدة لتنمية التجارة والصناعة (الأونسيترال) لصالح إصلاح شامل لنظام مسؤولية الناقل البحري، التي رأت أن قواعد لاهاي لسنة 1924 كانت قد وضعت في ذلك الوقت لصالح "*الدول البحرية الاستعمارية*"، جرت إعادة التفاوض؛ ونتج عن ذلك إبرام اتفاقية الأمم المتحدة بشأن نقل البضائع عن طريق البحر لسنة 1978، المعروفة بـ"قواعد هامبورغ"، والتي تبنت نهجًا جديدًا لمسؤولية الناقل البحري. تاريخ الاقتباس: 2019/11/25، للمزيد راجع الرابط التالي:
http://www.logistiqueconseil.org/Articles/Transport-maritime/Regles-hambourg-haye-visby.htm

[1702] *United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea*, 1978, Hamburg, 31 March 1978, Entry into force: 1 November 1992, in accordance with article 30, Registration: 1 November 1992, No. 29215, Status: Signatories: 28. Parties : 34, Text: United Nations, Treaty Series , vol. 1695, p.3. Available at: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1992/10/19921001%2004-36%20AM/Ch_XI_D_3.pdf

[1703] هذه الاتفاقية لها توجه معين وهو بناء قانون موضوعي موحد يقوم مقام القوانين الوطنية للدول الأعضاء في المجال الذي تطبق فيه أحكامها، وفي ذلك يقول الفقيه "*Audit*":

"*Le droit de la vente constitue la branche la plus importante du droit des contrats et il est lie' au droit des biens. La convention de vienne est le premier instrument d'unification du droit de la vente international ou, si l'on préfère, celle dès les règle les plus largement admises par les opérateurs du commerce international*". pour aller plus loin V. BERNARD Audit., *La vente internationale de marchandises: convention des nations-unis du 11 avril 1980*, L.G.D.J., paris,1990, p.193.

نطاق تطبيق الاتفاقية إلى أكثر مما ينبغي، فقصر تبعا لذلك واضعو الاتفاقية نطاق تطبيقها على حالتين اثنتين تجمعهما فكرة واحدة وهي أن يكون لدولة متعاقدة شأن في البيع[1704].

ثانياً.– العادات والأعراف التجارية الدولية:

نتيجة عجز القوانين الوطنية في مواجهة التطور الكبير في مجال التجارة الدولية ساعد على خلق أعراف التجارة الدولية، كون التشريعات الداخلية لم تواكب تلك المستجدات الحاصلة، يمكن القول أن الأعراف والعادات التجارية الدولية نشأت بطريقة تلقائية من طرف مجتمع التجار الدولي، وهي تتضمن قواعد موضوعية تهدف إلى الاستجابة إلى متطلبات التجارة الدولية والأعمال بعيدا عن القواعد الوطنية[1705].

يشير الأستاذ حارث سليمان الفاروقي إلى التمييز بين "*usage*" و "*custom*"، فالعادة "*usage*" تستمد قوتها من قبول الأطراف ذوي الشأن بها، أما العرف "*custom*" فإنه يستمد قوته من اقتباس القانون له وصيرورته جزءًا منه. ولهذا يعتبر العرف بمثابة قانون والعادة مجرد شرط من شروط العقد[1706]. ويوجد اتجاه في القضاء الفرنسي[1707] يعتبر أن العادات التجارية تتمتع بالقيمة القانونية للقواعد العرفية، وفي تقدير الفقهاء الفرنسيين الأعراف والعادات لهما نفس المركز ونفس الدرجة، حيث نص قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد[1708] وفق المادة 1511 الفقرة الثانية[1709] بوضوح تام بأنه على المحكم أن يأخذ بعين الاعتبار في كل الأحوال بالأعراف التجارية. وفي نفس السياق ومن خلال المواد 1135، و1159، و1160 المقابلة للمادتين 107 و111 من القانون المدني الجزائري يعطي القانون المدني الفرنسي سالف الذكر للأعراف مكانة معتبرة فيما يخص تحديد مضمون وآثار الالتزامات وكذا تفسير مختلف العقود. ونحا نفس النحو التشريع الجزائري ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية سالف الذكر، حيث ورد بالمادة 1050 منه على أنه: "*تفصل محكمة*

[1704] محمد بلاق، *حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات التجارة الدولية*، المرجع السابق، ص.129.

[1705] هشام علي صادق، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية*، المرجع السابق، ص.188.

[1706] مقتبس من، حارث سليمان الفاروقي، *المعجم القانوني*، مكتبة لبنان، بيروت، 2000، ص.110.

[1707] أشار إلى ذلك، أبو العلاء النمر، *القانون الخاص الدولي*، المرجع السابق، ص.81؛ نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص.262.

[1708] *Le Code de Procédure Civile est la Principale Source du Droit de la Procédure Civile*. Il a Été Précédé par le Code Louis de 1667, Puis par le Code de Procédure Civile, Entré en Vigueur le 1er Janvier 1807. Celui-ci ne sera abrogé qu'en 1975 pour l'entrée en vigueur en 1976 du Code de procédure civile, sous la denomination « *Nouveau Code de procédure civile* » (NCPC). Comme il se substitue à l'ancien Code de procédure civile, Dernière modification: 01/01/2020. Cité par, jurispedia, Code de proc, Dispinible à: http://fr.jurispedia.org/index.php/Nouveau_Code_de_proc%C3%A9dure_civile_(fr)

[1709] Article 1511 : « *Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées.*
Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce ».

التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها مناسبة".

يعرف الفقيه *قولدمان (Goldman)*[1710] الأعراف بأنها: "*هي التي لها خصائص القاعدة القانونية في عادات التجارة الدولية، والتي تطبق في حالة غياب أي إحالة صريحة أو ضمنية من قبل الأطراف، وتعود القوة الملزمة لهذه العادات إلى شعور التجار في نطاق العلاقات التجارية الدولية بذلك*"[1711].

وقد يقصد بالعادة التجارية: "*العمل أو الموقف الذي يدرج التعامل التجاري عليه فترة من الزمن دون أن يتوافر الاعتقاد بإلزامية أو ضرورة أتباعه واحترامه، وتلتقي العادة التجارية مع العرف التجاري من حيث أتباع الأفراد لسنة معينة أو لسلوك معين فترة من الزمن، وتختلف عنه من حيث أنها لا تستمد قوتها الملزمة من داخلها، بل من عنصر خارجي عنها يتمثل في إرادة المتعاقدين واتفاقهم الصريح أو الضمني على الأخذ منها. ولهذا تسمى العادة الاتفاقية*"[1712]، ومن الأمثلة الهامة للعادات التجارية ذات النشأة التلقائية العادات السائدة في عمليات البنوك خصوصا العادات المتعلقة بعمليات الائتمان التي تبنتها غرفة التجارة الدولية[1713].

فالعادة التجارية غير ملزمة للفرقاء إلا إذا اتجهت نيتهم إلى تطبيقها والأخذ بها، وبذلك، لا يمكن للقاضي تطبيقها إلا إذا تمسك بها الخصم الذي يكون على عاتقه عبء إثباتها لعدم توافر علم القاضي بها وهي واقعة مادية. وحكم القاضي بوجودها أو تطبيقها لا يخضع في تقديرها وتفسيرها لرقابة محكمة التمييز، ويبقى لقاضي الموضوع الرأي الأول والنهائي كونها مسألة واقع. وهي تنشأ بطريقة تلقائية لتنظيم الروابط التعاقدية ذات الطابع الدولي، وتنطوي على قواعد موضوعية وضعت خصيصًا لتنظيم العلاقات القائمة في المجتمع الدولي للتجارة والأعمال. وعلى هذا، فهي قواعد غير وطنية تهدف إلى تنظيم الروابط الخاصة بالتجارة

[1710] *Berthold Goldman ((1913-1993):* Naît le 12 Septembre 1913 à Bucarest. Mais c'est la France qu'il Choisit pour Étudier, D'abord la Philosophie, Puis le Droit. En 1946, il Passe sa Thèse de Doctorat ; L'année Suivante, il est reçu à L'agrégation de Droit Privé et de Sciences Criminelles. Il Commence sa Carrière en Indochine (1947-1949), Enseigne à la Faculté de Dijon (1949-1960), puis à Paris (1960-1989), où il sera président de l'université Paris-II de 1974 à 1979, L'ultime Consécration vient en 1983 avec la publication des Études en son Honneur, Ouvrage qui fait Toujours Référence Aujourd'hui. Il Prend sa Retraite Universitaire en 1989, Même s'il Continue D'écrire, et S'éteint le 28 Avril 1993. Cité par, universalis, berthold goldman, Disponible à: https://www.universalis.fr/encyclopedie/berthold-goldman/

[1711] Cité par, GOLDMAN (B.)., *Frontières du droit et: lex mercatoria*, Archives de Philosophie du Droit, t.IX, 1964, p.177-192, p.188. Disponible à: https://mafr.fr/fr/article/goldman-berthold/

[1712] Cité par, PHILIPPE Fouchard., *L'état Face Aux Usages du Commerce International*, Travaux du Comité Français de Droit International Privé, Année 1977, 34-36, pp. 71-102، p.83. Disponible à: https://www.persee.fr/doc/tcfdi_1158-3428_1977_num_34_1973_177.

[1713] للمزيد من التفصيل، راجع موقع غرفة التجارة الدولية التالي: www.iccwbo.org

الدولية وتستجيب على هذا النحو إلى أهدافها ومتطلباتها[1714]. ولا تقوى العادة على مخالفة النصوص التجارية والمدنية الآمرة لما لها من قوة إلزام وليس مطلق، ولكن تستطيع العادة الاتفاقية مخالفة النصوص التكميلية أو المفسرة لأن تفسير مثل هذه النصوص معقود بشرط عدم وجود اتفاق مخالف لأحكامها وحسب ذلك فإن وجود عادة اتفاقية متعارضة مع هذه النصوص معناه قيام مثل هذا الاتفاق.

تحسن الإشارة إلى أنه لا يتم تطبيق هذه الأعراف بوصفها القانون المختص بمقتضى قواعد التنازع، وإنما بناء على إحالة النصوص الداخلية في قانون الدولة التي أشارت هذه القواعد باختصاصه[1715]. وقد قضت محكمة استئناف باريس 10 من فيفري سنة1981[1716] أن: "*عادات التجارة التي استقرت في مجال البيع والشراء هي قواعد قانونية تطبق حتى ولو لم يتفق الأطراف على ذلك صراحة ولا يمكن القبول بجهلها، وإن كان من الممكن الاستناد إلى الإرادة الضمنية للأطراف في تطبيق تلك العادات، فأساس ذلك أن هؤلاء الأطراف من المهنيين المفترض علمهم بعادات فرع التجارة التي يمارسونها*"[1717].

ويكفي أن نشير في هذا الصدد إلى المجالات المتنوعة التي تركت القوانين الداخلية أمر تنظيمها التفصيلي للأعراف الدولية التي يعتنقها المتعاقدون في الشروط العامة للعقود النمطية في مجال البيوع الدولية، كما هو الشأن بالنسبة لقواعد: "*Les règles Incoterms*" [1718] في مجال البيوع الدولية، بالإضافة إلى القواعد الخاصة بشأن التوريدات الدولية والبيوع الدولية، وكذا قواعد:"*Règles d'York et d'Anvers*"[1719] الخاصة بالخسائر المشتركة التي وضعتها جمعية القانون الدولي التي تعتبر شائعة في القانون البحري[1720].

[1714] هشام صادق، المرجع السابق، ص.188-189.

[1715] هشام علي صادق، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة*، المرجع السابق، ص.190.

[1716] Cass. Com., 10 Février 1981, Pourvoi N°79-15687, Bull. civ. des Arrêts Cour de Cassation Com. N. 75 Publié au bulletin des arrêts des chambres civiles des arrêts Cour de Cassation Com. N. 75. Disponible à: https://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-19810210-7915687

[1717] مقتبس من، أبو العلا علي أبو العلا النمر، *مقدمة في القانون الخاص الدولي*، المرجع السابق، ص.74.

[1718] *Les règles Incoterms* (*International Commercial Terms*) définissent les obligations du vendeur et de l'acheteur lors d'une transaction commerciale internationale. Les règles Incoterms apportent des règles internationales homogènes par l'insertion de dispositions contractuelles principalement utilisées dans les contrats relevant du commerce extérieur, afin de limiter ou supprimer les incertitudes d'interprétation divergente de clause entre pays. Non obligatoires, ces règles se révèlent très utiles aux opérateurs du commerce International. Cité par, *Les règles Incoterms*, Disponible à: https://nefablog.fr/regles-incoterms/

[1719] *Règles d'York et d'Anvers*: Règles Conventionnelles Privées Adoptées par l'International Law Association à York (1864) Puis Anvers (1877), Promulguées en 1890 et Souvent Révisées Depuis ; sans Caractère Obligatoire Mais Référence Usuelle des Connaissements, Elles Expriment la pratique Internationale Pour le Règlement des Avaries Communes. Cité par, *Règles d'York et d'Anvers*, Disponible à: http://www.logistiqueconseil.org/Articles/Transport-maritime/Regles-york-anvers.htm

[1720] أشار إليه، محمد بلاق، *حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات التجارة الدولية*، المرجع السابق، ص.138.

المطلب الثاني

القواعد المادية المستحدثة ومنازعات التجارة الالكترونية

إن منهج التنازع قوامه التركيز المكاني–للمعاملة محل النزاع، واعتبار المكان الذي ترتبط به أكثر الروابط وثوقاً "*The most signification Relationship*"، واعتبار المكان الذي ترتبط به بأكثر الروابط وثوقا، واختيار قانون ذلك المكان ليحكم العلاقة أو الرابطة محل النزاع. فكأن منهج تنازع القوانين لا يقدم حلا مباشرا لذلك النزاع، بل يحدد أو يشير إلى القانون الوطني الذي يقدم ذلك الحل، لذلك قيل أن منهج تنازع القوانين هو منهج غير مباشر. لهذا يعد القانون الموضوعي الالكتروني من القوانين التي نمت وتطورت في ظل عجز منهج التنازع عن استيعاب التطورات الحاصلة في البيئة الالكترونية[1721]، بحيث أمست الحاجة ملحة إلى قانون يتلائم مع الوضع الراهن للمعاملات التعاقدية الالكترونية في إطار التجارة الدولية، ويكون منسجما مع طبيعة المنازعات الناجمة، خاصة مع ثبوت صعوبة إقامة نوع من الارتباط والانسجام بين مختلف النظم القانونية التي اتصلت بها الانترنيت في آن واحد[1722]. لذلك يعد القانون الموضوعي الالكتروني احد الحلول الواقعية التي فرضت نفسها، بحكم انه وضع قواعد تنظيمية ومباشرة بل وخاصة ومستقلة عن القوانين الوطنية للدول، بحيث وجد ليحكم علاقات تتسم بالطبيعة الدولية[1723] والافتراضية، كون أن التعاقد عبر شبكة الانترنيت أثار مشكلات قانونية لم يكن لرجال القانون بمختلف فروعه سابق عهد بها وباتت تشكل تحديا لفكر هؤلاء، سواء على مستوى القانون المدني أو على مستوى القانون الجنائي أو على مستوى القانون التجاري[1724]، غير أن معظم المشاكل حسب البعض تضرب بجذورها في القانون الدولي الخاص.

انطلاقا مما سبق، يتبين أن هناك فوارق كبيرة بين منهج القوانين الموضوعية ومنهج تنازع القوانين القائم على قاعدة الإسناد. لذلك يذهب البعض[1725] إلى القول بأن القانون الموضوعي الدولي للمعاملات عبر الانترنيت يشكل منهجا مستقلا لتنظيم تلك المعاملات –كما سنرى

[1721] Cf. CAPRIOLI Eric., *Arbitrage Et Médiation dans Le Commerce Electronique*: *l'expérience du cybertribunal*, Rev. Arb, N°2, pp.225-248, 1999, p.228.

[1722] Pour une analyse plus détaillée.V. HANOTIAU (B.)., *Les Flux Transfontiéres de Données et La Problématique du Droit International* Privé: La Telematique, 1983, p.188; et TRUDEL (P.), ABRAN (F.), & Autres, *la Resolution des Conflits Dans le Cyberspace*, in Droit du Cyberspace, éd. Themis., 1997, pp.03-20.

[1723] احمد عبد الكريم سلامة، *القانون الموضوعي للتجارة الدولية*، المرجع السابق، ص.ص.281 وما بعدها.

[1724] Cf, (M) VASSEUR, le paiement électronique, aspects juridiques, J. C. P, 1985-1, p.320.

[1725] أشار إليه، أحمد عبد الكريم سلامة، *القانون الدولي الخاص النوعي*، *المرجع السابق*، ص.21؛ وعادل أبو هشيمه محمود حوتة، المرجع السابق، ص.102.

لاحقا- يختلف تماما عن منهج قواعد التنازع[1726]، بل هو نظير للقانون الموضوعي للتجارة الدولية، ويتشكل من مجموعة من العادات والممارسات المقبولة التي نشأة واستقرت في المجتمع الافتراضي للأنترنيت، وطورتها المحاكم ومستخدمو الشبكة وحكومات الدول في مجال تكنولوجيا الاتصال والمعلومات[1727]. فهو قانون تلقائي النشأة وجد ليتلائم مع حاجات مجتمع قوامه السرعة في التعامل والبيانات الرقمية التي تتم بها المعاملات والصفقات عبر شاشات الحواسيب، ويتوافق مع توقعات أطراف المعاملة. لهذا عمل هذا القانون على سد الفجوة بين الجانب النظري والجانب العملي، والملائمة بين الأطر التقليدية للنظم القانونية والمستجدات الحديثة لتكنولوجيا الاتصال[1728].

لمعالجة الموضوع، سنتطرق إلى مفهوم القواعد المادية المستحدثة (**الفرع الأول**). ثم سنتحدث عن مصادر القواعد المادية المستحدثة (**الفرع الثاني**). وأخيراً سنعرج للكلام عن مدى تمتع القواعد المادية المستحدثة بصفة النظام القانوني (**الفرع الثالث**).

الفرع الأول
مفهوم القواعد المادية المستحدثة

سنتطرق في البدء إلى المقصود بالقواعد المادية المستحدثة، ثم سنعرج للحديث عن الخصائص التي تميزها عن غيرها مما يشتبه بها خاصة القواعد المادية التقليدية.

أولا.- المقصود بالقواعد المادية المستحدثة:

تعددت المصطلحات المستخدمة من الفقه للتعبير عن تلك القواعد، فهناك اتجاه ذهب إلى التركيز على التقنية المستعملة عند تعريفه لمصطلح القانون الالكتروني (*Lex electronica*) ، أو القانون المعلوماتي (*lex.Informatica*) [1729] أو القانون الافتراضي (*les.Virtuels*) [1730]، أو القانون الرقمي

[1726] أشار إليه، صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.205.

[1727] Sur cette notion, V. GAUTRAIS Vincent, LEFEBVRE Guy et BEN YEKHLEF Karim, *Droit du Commerce Electronique et Normes Applicables*: *L'émergence de la Lex-Electronica, Revue Droit des Affaires International,* N° 05, 1997, p.547.

[1728] Cf. Vincent Gautrais. Guy Lefebvre et Karim Benyekhlef, «*Droit du Commerce Électronique et Normes Applicables: L'émergence de la Lex Electronica*», (1997) 5 RDAI / International Business Law Journal 547-583, p.573.

[1729] أشار إليه، صالح المنزلاوي، *القانون لواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية*، المرجع السابق ص.109.

[1730] أشار إليه، أحمد عبد الكريم سلامة، *القانون الدولي الخاص النوعي*، المرجع السابق، ص.22.

(les.numérique)[1731]، في حين سماها البعض الآخر بـ "*القواعد الفعلية*" كونها فرضت وجودها كواقع عملي في البيئة الرقمية، بينما فضل البعض باسم الوسيلة المستعملة في إبرام عقود التجارة الالكترونية كقانون الانترنت (lex.net) أو قانون الاتصال (*jus.communication*) أو القانون الموضوعي للإنترنت (*substantive. intemet .law*)[1732]، بينما يميل اتجاه آخر إلى تسميتها على غرار القواعد المادية للتجارة الدولية فأطلق عليها مصطلح قانون التجارة الرقمي (*lex.mercatoria.numerica*) أو قانون التجار الجديد (*Néo.lex merctria*)، بينما فضل البعض تسمية القواعد المادية للتجارة الالكترونية (*les règles matérielles du commerce electronique*)[1733].

يفضل الدكتور صالح المنزلاوي استخدام مصطلح: "القواعد المادية للتجارة الالكترونية" (*Les matérielles du commerce électronique*) للتعبير عن هذه القواعد، وحجته في ذلك أنها على أنها مجموعة القواعد التي تضع تنظيما مباشرا للروابط القانونية التي تتم بالوسائل الالكترونية تمييزا عن القواعد المادية للتجارة الدولية هذا من جهة، ومن جهة ثانية، تمييزا لها عن تلك القواعد المادية التي يضعها المشرع الوطني لتحكم روابط القانون الدولي الخاص بشكل مباشر، وأيضا لاختلافها عن قواعد الإسناد التي تتضمنها النظم القانونية الوطنية، كما أنها قواعد تستجيب في مضمونها وأهدافها لمقتضيات معاملات التجارة الالكترونية[1734]. وتقترب من هذه التسمية مع ما درج البعض على تسميتها بـ "*القواعد المادية المستحدثة*"، كونها تشكل فعلا قواعد جديدة وغير معهودة في الممارسات التقليدية، بل إنها تحقق التناظر والتقابل إزاء القواعد التقليدية للقانون التجاري الدولي، كما تحقق البساطة في التسمية.

تُعرف القواعد المادية المستحدثة على أنها: "*مجموعة المبادئ والنظم والقواعد المستمدة من كل المصادر التي تغذي بشكل مستمر البناء القانوني وسير جماعة العاملين في التجارة الدولية*"[1735]. وفي تعريف مشابه عرفت على أنها: "*القانون الذي يضع مباشرة تنظيما موضوعيا خاصا للتطبيق على المعاملات القانونية ذات*

[1731] Cité par, CAPRIOLT (E.) et SORIEUL (R.), *Le Commerce International Electronique Vers L'émergence de Règles Juridiques Transnationales*, J D l, 1997, p.330.

[1732] أشار إليه، أحمد عبد الكريم سلامة، *الانترنت والقانون الدولي الخاص...*، المرجع السابق، ص.ص.24 وما بعدها.

[1733] أشار إليه، صالح المنزلاوي، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية*، المرجع السابق، ص.111.

[1734] أشار إليه، أحمد عبد الكريم سلامة، *الانترنت والقانون الدولي ...*، المرجع السابق، ص.16.

[1735] مقتبس من، المرجع نفسه، ص.281-283.

الصفة الدولية، وهو عبارة عن مجموعة القواعد التي تشكل قانونا ذاتيا مستقلا وغير مرتبط بالقوانين الوطنية"[1736].

في حين عرف جانب آخر من الفقه القواعد المادية المستحدثة بأنها: "*القانون الذي تتمثل مصادره في الممارسات التعاقدية الالكترونية، والأعراف والعادات المستقرة في الأوساط المهنية للعالم الرقمي، بالإضافة إلى القواعد الموضوعية ذات الطابع الاتفاقي الدولي، والتوجيهات الأوربية وتوصيات الأمم المتحدة الصادرة في هذا الشأن*"[1737]،

بينما يرى البعض بأنها: "*مجموعة القواعد التي تضع تنظيما مباشرا وخاصا للروابط القانونية التي تتم عبر الإنترنت، تمييزا لها عند القواعد المادية الحاكمة للتجارة الدولية، وكذا عن القواعد المادية الوطنية التي تحكم روابط القانون الدولي الخاص بطريقة مباشرة*"، كما عرفت بأنها: "*مجموعة القواعد القانونية غير الرسمية المطبقة في نطاق التجارة الإلكترونية*"، وفي ذات المعنى عرفها البعض بأنها:" *مجموعة قواعد تلقائية ذات طبيعة موضوعية خاصة بالروابط القانونية التي تتم عبر الشبكات الالكترونية*"[1738].

كما وصف البعض القواعد المادية بأنها: "*مجموعة القواعد التي تنشأ تلقائيا، أي وليدة الأنشطة والممارسات العادية في الوسط المهني بعيدة عن السلطات التشريعية التابعة للدول، وكذا الإلزامية التي تتميز بها الإجراءات الرسمية لخلق القواعد القانونية العادية، فهي مستوحاة من الميدان التعاقدي لتكون مخاطبة لمجموعة معينة من الأشخاص المتعاملين في قضاء التجارة الالكترونية*"[1739].

وفي فرنسا، صدر تقرير عن مجموعة عمل يحركها الفقيه "*Kahn*"[1740] حول التنظيم الذاتي لشبكة الانترنيت أن ورد فيه ما يلي: "*أن التنظيم الذاتي لا يحل محل القانون أو القاضي، إنه توجيه ايجابي وعملي*

[1736] مقتبس من، عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة عبر الانترنيت، المرجع السابق، ص.82-83.

[1737] مقتبس من، سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص.140-141.

[1738] مقتبس من، المرجع نفسه، ص 142.

[1739] مقتبس من، عبد الصمد حوالف، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مجلة الحقيقة*، مجلة أكاديمية محكمة، جامعة ادرار، عدد 31، ديسمبر 2014، ص.171-172.

[1740] *KAHN Philippe est Directeur de Recherche au Centre National de la Recherche Scientifique* (Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux de Dijon).V. Philippe KAHN, *Lexmercatoria et Pratiques des Contrats Internationaux*: *Expérience Française* , le Contrat Economique International, Paris-Pedone, 1975.

أشار إليه، حمودي ناصر، نزاعات العقود الإلكترونية: "*أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل*"، مجلة معارف، جامعة أكلي محند أولحاج بالبويرة، السنة الثالثة، المجلد 03، ص.149-187، 2008، عدد 5، ص.164. متاح على الرابط التالي:
http://193.194.80.38:8080/jspui/bitstream/123456789/3997/1/Untitled6.pdf

يجسد بموجبه اللاعبون عادات الشبكات بشكل متوافق مع القانون"[1741]، وهذه المبادئ العامة للقانون لا تقتصر على ما أشارت إليه المادة 38 الفقرة الثالثة[1742] من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، وإنما تشمل أيضا المبادئ التي تنشأ بصورة مطردة من خلال العادات العامة والثابتة في التجارة الدولية.

ثانيا.– خصائص القواعد المادية المستحدثة:

للقانون الموضوعي الالكتروني الدولي للمعاملات عبر الانترنيت جملة من الخصائص تميزه عما يشابهه من النظم القانونية سواء الدولية كقانون التجارة الدولي أو الوطنية كالقانون الدولي الخاص، يتجلى ذلك من خلال تمتعه بجملة من الخصائص فهو طائفي ونوعي، وتلقائي النشأة، وعبر دولي، هذا ما سنستعرضه كما يلي:

1.– قانون تلقائي النشأة (*Droit Spontané*):

إن أول ما ظهر في ميدان التجارة الالكترونية من قواعد هي الأعراف والعادات التي أنشأها وتداولها المتعاملون في التجارة الالكترونية[1743]، بحيث صارت قانونهم العام أو المشترك فيما بينهم (*The Common Law of the internet*)، ويكنون لها الاحترام مع قناعتهم بأنها ملزمة لهم كونها تتلائم مع معاملاتهم عبر شبكة الانترنت. ومن المعلوم أن هذه الأعراف والعادات هي قواعد تلقائية النشأة أفلتت من يد المشرع الوطني إلى بيئة افتراضية تعج بسلوكيات المتعاملين عبر الشبكة.

يوصف هذا القانون بأنه في نشأته لم يظهر بإحدى الطرق التي تتطلب الشكلية والرسمية، بل نشأ من الأعراف والعادات التجارية وأخذ يبرز ويتطور حسب المعاملات الالكترونية عبر الشبكة، فجذروه تعود إلى القواعد القانونية النابعة من مجتمع ذاتي بطوائف مختلفة، ومن غير المرور عبر القناة الرسمية لسن القوانين، مثلما عليه الحال بالنسبة للقوانين الوضعية، خاصة وان شبكة الانترنت غير خاضعة لجهة مركزية رسمية ولا تتبع سلطة

[1741] مقتبس من، بولين أنطونيوس أيوب، *تحديات شبكة الإنترنت على الصعيد القانون الدولي الخاص*، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط.01، 2006، ص.66-68.

[1742] Article 38-3: « *La Cour, dont la Mission est de Régler Conformément au Droit International les Différends qui Lui Sont Soumis, Applique: ... Les Principes Généraux de Droit Reconnus par les Nations civilisées…*». *Statut de La Cour Internationale de Justice:* Disponible à: https://www.icj-cij.org/fr/statut

[1743] خالد ممدوح إبراهيم، *التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية*، ط.1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص.205.

معينة توجه العمل من خلالها وتهيمن على نشاطاتها، ولقد صارت هذه العادات والممارسات عبر الوقت قانونهم العام المشترك الذي يلتزمون به[1744].

كما أن تطبيق هذا القانون لا يحتاج إلى تدخل سلطة عامة تسهر على تنفيذه واحترام أحكامه فمثلما كانت نشأته تلقائية فتطبيقه تلقائي كذلك، وهذه التلقائية جعلته يتفرد بالعديد من المميزات، أهمها انه يتماشى والطبيعة الذاتية للتعامل مع البيئة الالكترونية عبر معطيات فنية وتكنولوجية بما ينسجم وتوقعات المتعاملين عبرها، ويجنبهم اختلاف القوانين الوطنية التقليدية التي لا تجاري أنماط معاملاتهم الالكترونية الدولية، بالإضافة إلى المرونة التي يتسم بها كونه وليد الظروف الواقعية التي تعبر عن حاجات المتعاملين[1745].

وكذلك تطبيق قواعد هذا القانون من طرف الأشخاص المتعاملين لا يكون إلا على أساس اتفاق مسبق للتعامل بهذه القواعد، بحيث يجب العلم بوجودها. لكن كان هناك جدل حول تطبيق قواعد هذا القانون على عمومية العقود، فاتجاه يؤكد بأنها قواعد تطبق حسب الاتفاق، وآخر ينادي بقوة القواعد لقانونية، وتطبق حتى في ظل الاتفاق الصريح من الأطراف[1746].

2.– قانون طائفي ونوعي:

قرر أنصار القانون الموضوعي الإلكتروني أن الطبيعة الخاصة التي يتميز ها المجتمع الافتراضي تتنافى وتطبيق القواعد القانونية الوطنية، كون أن هذه قواعد وضعت أساسا لحكم معاملات مادية ملموسة، وأن المجتمع المعلوماتي له معطياته وذاتيته الخاصة التي تقتضي قواعد تتفق مع ذلك، بحيث تكون مخاطبة لفئة خاصة من الأشخاص وهم المستخدمون (*Internautes*) والمتعاملون عبر الشبكة الدولية للمعلومات، لهذا الأساس سمي بالقانون الطائفي (*Droit catégriel*) اعتباره قانون موجه لطائفة معينة من الأشخاص[1747].

بالإضافة إلى ذلك، فهو قانون نوعي (*Droit générique*) حيث أن قواعده وأحكامه لا تنظم إلا نوع معين من المعاملات، وهي تلك التي تنشأ عن التجارة الإلكترونية والمعالجة الآلية للبيانات والمعلومات والمسائل التي تتم إلكترونيا، وكذلك الدعاية لترويج للسلع والخدمات، وكذا نظام التعامل مع بنوك المعلومات،

[1744] احمد عبد الكريم سلامة، *القانون الدولي الخاص النوعي*، المرجع السابق، ص.93-94.

[1745] إناس الخالدي، *التحكيم الالكتروني*، ط.2، دار النهضة العربية، مصر، (دون سنة نشر)، ص.107-108.

[1746] أشار إليه، بولين أنطونيوس أيوب، المرجع السابق، ص.70.

[1747] محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية*، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004، ص.130.

والدفع الالكتروني، والبريد الالكتروني، والعقود الدولية التي تبرم إلكترونيا. لهذا يتضمن هذا القانون قواعد مادية مهنية يطبقها محكمون متخصصون بهذه المهنة دون غيرها. كما أن لهذا القانون –الطائفي النوعي– نظام مؤسسي له أدواته وأجهزته وقضاؤه الخاص الافتراضي كالعدالة الافتراضية، لتكون متماشية مع القوانين المعمول بها في هذا المجال[1748].

كما ينادي البعض[1749] في هذا الصدد بوجود "*الفضاء الافتراضي*" وتدعيمه بمقتضى اتفاقية دولية تضمن تشكيل المحاكم في فضاء مستقل عن الأول، وتقوم بتنظيم الإجراءات أمام هذا الفضاء لتبادل المذكرات إلكترونيا وعقد جلسات عبر الدوائر المغلقة للاتصالات (*Téléconférence*). بحيث لا تكون هناك أهمية للمكان الذي توجد به المحكمة، بل ويجب أن تتضمن هذه المعاهدة تنظيم الإجراءات أمام هذا الفضاء كي يؤدي عدالة سريعة، ويكون لديه نظام فعال لتنفيذ الأحكام التي يصدرها[1750].

3.– قانون ذو قواعد موضوعية ومادية ومباشرة:

تعرف القاعدة الموضوعية (*Substantive*) بشكل عام بأنها: "*القاعدة التي تضع أحكاما تنظم جوهر العلاقات القانونية التي تتصدى لحكمها، وتحدد الحقوق والواجبات فيها*"، وبذلك تتميز عن القاعدة الإجرائية (*Procédural Rule*) التي يقتصر دورها على بيان الإجراءات الكفيلة بإعمال القانون الموضوعي وتطبيقه[1751]. أما القواعد المادية للتجارة الالكترونية فهي تقدم الحل الموضوعي للمسألة محل النزاع مباشرة ولا تحيل إلى غيره لاستمداد ذلك الحل، فالأعراف والعادات والممارسات العملية التي تشكل جسد القواعد المادية للتجارة الالكترونية عبر الانترنيت؛ هي وحدها تشكل حلولا ناجعة لمسالة القانون الواجب التطبيق على منازعات العقود الالكترونية للتجارة الدولية عبر الانترنيت. فهي إذن بخلاف قواعد الإسناد التي تستوجب الإحالة إلى قانون وطني حتما لاستخلاص الحل الموضوعي من خلال القانون المحال إليه الاختصاص. وفي نفس السياق تقريبا، تتجلى خاصية المادية والمباشرة لقواعد القانون الموضوعي الالكتروني، فمعناه انه تختلف عن قواعد القانون الدولي الخاص التي تعد أداة يستمد منها الحل ولا تحل النزاعات بطريق مباشر، فهي قواعد غير مباشرة ومحايدة، في حين أن قواعد القانون الموضوعي الالكتروني تمدنا بالحل المباشر للنزاع دون الحاجة

[1748] هشام علي صادق، *القانون الواجب على عقود التجارة الدولية*، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص.256–257.

[1749] Cité par, GIGANT (A.)., *Convention on Transfrontier Computer*: *Network Communication in Ice Patch on the Information Superhighway*, Entertainment Law Journal, 1996, p.523.

[1750] Cf. HILL (R.)., *Will Cyberspace use Cybercourts*?, International Commercial Litigation, 1997, p.32.

[1751] مقتبس من، رياض القيسي، *علم أصول القانون*، ط.1، بيت الحكمة، بغداد، 2002، ص.279.

للاستعانة بقواعد أخرى[1752]. فهي تعطي الحلول الموضوعية للمسالة محل النزاع مباشرة دون أن تستمد هذه الحلول من غيرها عن طريق نظام الإحالة المعروف في منهج التنازع التقليدي لتحديد القانون الواجب التطبيق، وبهذا لم تعط الحل المباشر وإنما أشارت إلى القانون الداخلي الواجب التطبيق الذي يضع الحل الموضوعي النهائي للنزاع[1753].

4.– قانون عبر دولي:

من المسلم به أن القواعد القانونية الوطنية يتحدد النطاق الجغرافي لتطبيقها بحدود الدولة التي أصدرت تلك القواعد، بينما تتميز القواعد المادية للتجارة الالكترونية بكونها قواعد عابرة للدول لأنها ليست من وضع سلطة وطنية محددة، على اعتبار أن الشبكة العالمية لا تخضع لهيمنة دولة أو منظمة ما، أو أي هيئة أو سلطة سواء إقليمية أو عالمية، وبذلك فلا وجود لقواعد دولية تحكم منازعات التجارة الالكترونية. يتضح مما سبق أن الخاصية عبر الحدودية للقواعد المادية نابجة من طبيعة المعاملات التي تحكمها هذه القواعد؛ لهذا سمي هذا القانون باسم: "*قانون الفضاء الافتراضي المشترك*" (*cyberspace common law*)، وكذلك أطلق عليه تسمية "*قانون غير وطني*" (*National Law non*) أو "*قانون عبر الدول*" (*Transnational law*) أو "*قانون عابر للحدود* " (*cross border*) أو "*القانون الإلكتروني* " (*lex electronica*)[1754].

مهما يكن من أمر، فإن تلك المسميات تعكس شيئًا جوهريًا، هو أن هذا القانون لم يكن من وضع سلطة وطنية، بحسبان أن الوسط الذي يسري فيه وهو عالم الإنترنت، الذي لا يخضع لهيمنة منظمة أو هيئة مؤسسة، أو سلطة إقليمية كما سبق القول. كما انه ليس من وضع هيئة عالمية أو دولية، حيث لم توجد حتى تاريخه، مثل تلك الهيئة التي يمكن أن تسهر على وضع قوانين دولية، أو عبر حدودية، لتحكم مشكلات التعامل مع شبكة الانترنت. والطابع الدولي لهذا القانون يتأتى من طبيعة المعاملات التي يحكمها كما أسلفنا، فالأخيرة وخاصة في التجارة الالكترونية، تتم عبر الحدود وتتصل في ذات الوقت بأكثر من دولة، وتتضمن انتقالاً للقيم الاقتصادية فيما بينها، وتتصل بمصالح التجارة الدولية. وهي كلها معايير تضفي على المعاملات

[1752] خالد ممدوح إبراهيم، *التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية*، المرجع السابق، ص.394-395.

[1753] احمد عبد الكريم سلامة، *الانترنيت والقانون الدولي الخاص*، المرجع السابق، ص.60.

[1754] Pour une analyse plus détaillée, V. GAUTRAIS Vincent., *L'ordre Public, Droit International Prive, Contrat Electronique*, Article Publie de La Revue, Fiscalite Europeenne Et Droit International des Affaires, N° 129, 2002.

الصفة العالمية والدولية، فهو قانون ينظم مجتمعا افتراضيا يتضمن بيانات ومعلومات تقنية قصد تنظيم التبادل بالطرق والمعطيات الجديدة التي فرضها المعاملات الافتراضية[1755].

الفرع الثاني
مصادر القواعد المادية المستحدثة

تكتسي المصادر المستمدة منها القواعد المادية للتجارة الالكترونية أهمية من حيث القوة القانونية، لذلك انعكس الخلاف حول الوجود الخاص للقواعد المادية للتجارة الالكترونية ومدى استقلالها عن القواعد المادية التقليدية؛ على تحديد المصادر القانونية التي تستمد منها القواعد المادية للتجارة الالكترونية قوام وجودها، وتمايز هذا الخلاف الفقهي إلى اتجاهين متباينين هما:

الاتجاه الأول ينكر أي وجود خاص لهذه القواعد وينكر أي استقلالية لها عن القواعد التقليدية[1756]، وان كان مناصرو هذا الاتجاه انشطروا إلى ثلاثة اتجاهات حول حصر أُطر ومكونات هذه المصادر، أما الاتجاه الثاني فهو على نقيض الأول يقر بوجود بل واستقلالية القواعد المادية الالكترونية عن التقليدية[1757]، ويقسمها إلى مصادر رسمية ومصادر ذات نشأة تلقائية[1758].

عموما، وان كان جوهر الخلاف بين هذين الاتجاهين هو مدى استقلالية هذه القواعد (وهو ما سنعالجه لاحقا بمناسبة الحديث عن الخلاف حول النظام القانوني لهذه القواعد)، غير أن الإجماع حاصل في حصر نطاق ومدى تعداد هذه القواعد. وتفادياً للتجاذبات الفقهية سوف نتولى عرض تلك المصادر بالتطرق أولاً للاتفاقيات والمعاهدات المطبقة في التجارة الالكترونية، وكذا الأدوات التعاقدية كقوانين السلوك والعقود النموذجية وقرارات التحكيم الالكتروني، إضافة إلى الممارسات التجارية والمبادئ العامة للقانون والأعراف بالمعنى الدقيق؛ وهو الأمر الذي سنعالجه وفق الترتيب التالي:

أولاً.– الاتفاقيات الدولية:

[1755] محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص.150–151.

[1756] أشار إليه، احمد عبد الكريم سلامة، *الانترنيت والقانون الدولي الخاص*، المرجع السابق، ص.61.

[1757] أشار إليه، صالح المنزلاوي، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية*، المرجع السابق، ص.ص.205 وما بعدها.

[1758] Cité par, GAUTRAIS (V.), LEFEVRE (G.), BENYEKHLF (K.), Op.cit, p.559.

من الثابت أن الاتفاقيات الدولية تعد من أهم الوسائل المتبعة في توحيد القواعد الموضوعية بين الدول الأطراف فيها[1759]، وبذلك، فهي تعد وسيلة فعالة في الحد من تنازع القوانين الذي يشكل نتيجة منطقية لوجود الاختلاف في الأنظمة القانونية بين الدول، وعليه، فالاتفاقيات الدولية[1760] التي تحكم عقود التجارة الدولية ظهرت من الناحية العملية للإجابة أصلا عن المشكلات التي تطرحها هذه الأخيرة بشكل عام.

في مجال التجارة الالكترونية ونظرا لحداثة المجال الالكتروني فإن الاتفاقيات الدولية التي تعالج مسائل التجارة الالكترونية محدودة نوعا ما، إضافة إلى عدم وجود اتفاقية دولية جماعية تنظم التجارة الالكترونية، الأمر الذي جعل منها غير كافية لتغطية العجز الحاصل أمام الكم الهائل من المعاملات الالكترونية الكثيرة والمطردة في التطور والانتشار. ومن بين الاتفاقيات التي أبرمت في هذا المجال لمعالجة القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية عندما يكون تنفيذ العقد ماديا؛ اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع لسنة 1980 سالفة الذكر، وكذا اتفاقية روما 1980 المتعلقة بالالتزامات التعاقدية سالفة الذكر[1761]. يمكن القول أن هاتان الاتفاقيتان جاءتا في وقت مبكر عن نضوج معاملات التجارة الالكترونية ،كون أن المعاملات التعاقدية السائدة آنذاك – في الثمانينات- كانت تتم بوسائل تقليدية وفي أحسن الأحوال بوسائل الاتصال عن بعد كالهاتف والفاكس والتيلكس والميناتل. كما أن هذه الاتفاقيتين ومثيلاتها ظهرت بعيدا عن الواقع المعلوماتي الذي فرضته الانترنيت، ولم توضع في الأصل لتحيط بالمناخ الرقمي الدولي المرتبط بالشبكات فالتطور المطرد لوسائل المعاملات الالكترونية حصل لاحقاً ابتداء من التسعينات في إطار ما بات يعرف بالتجارة الالكترونية، الأمر الذي انعكس على المنظومة التشريعية ككل.

يرى البعض[1762] بأن وضع اتفاقيات دولية بخصوص البيئة الالكترونية صعب المنال بسبب التباين في النظم والثقافات بين الدول، بالإضافة إلى أن إعدادها يتطلب مدة طويلة، كما يصعب جمع عدد كبير من الدول لتحقيق المعاهدة والحصول على موافقتها على الحلول المقترحة،

[1759] عادل أبو هشيمه محمود حوته، *عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص*، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004، ص.143.

[1760] تجدر الإشارة إلى أن هذه الاتفاقيات لا تتلاءم مع بيئة الانترنت، ولا تصلح إلا للتعامل في العالم الورقي. للمزيد من التفصيل، راجع عادل أبو هشيمه محمود حوته، المرجع السابق، ص.144.

[1761] صالح المنزلاوي، القانون *الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية*، المرجع السابق، ص.116.

[1762] أشار إلى ذلك، بولين أنطونيوس أيوب، المرجع السابق، ص.66.

وما يبرر هذا هو الاختلاف والتباين بين الأنظمة القانونية للدول[1763]، لذلك نجد أن الاتفاقيات الناظمة للتعاقدات الالكترونية الدولية قليلة جدا.

كل ما سلف بيانه دفع بالدول إلى إعادة التفكير من اجل إيجاد نمط تعاهدي جديد يتلائم مع طبيعة الانترنيت[1764]، ومن أهم المساعي في مجال توحيد العمل على انسجام القواعد الموضوعية؛ نذكر منها الاتفاقية اتفاقية مجلس أوروبا رقم 108 المتعلقة بحماية الأفراد فيما يتعلق بالمعالجة الآلية للبيانات الشخصية سالفة الذكر، والتي تم اعتمادها من قبل دول المجلس الأوروبي بتاريخ 28 من جانفي سنة 1981[1765]. إضافة إلى اتفاقية جنيف (*Genève*) المتعلقة بالملكية الأدبية والفنية في العالم الرقمي والتي تم التوقيع عليها سنة 1996[1766]، تحت رعاية المنظمة العالمية للملكية الفكرية (*wipo*) شريطة أن تكون الدول الأعضاء في اتفاقية برن (*Berne*) لسنة 1979[1767] أعضاء في هذه الاتفاقية[1768]، والتي تطبق–أي اتفاقية جنيف– بصفة مباشرة على أحد جوانب علاقات التجارة الدولية، وهي الفكرة التي تعتمد عليها القواعد المادية للتجارة الالكترونية[1769]. دون أن ننسى قواعد الاتحاد الأوروبي رقم 44/2001 بشأن الاختصاص القضائي والاعتراف بالأحكام في المجالين المدني والتجاري وكذا تنفيذها[1770].

[1763] أشار إلى ذلك، عبد الصمد حوالف، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية*، المرجع السابق، ص.179-180.

[1764] على المستوى الأوروبي كلف الاتحاد الأوروبي لجنة لتشكيل اتفاقية تتعلق بالإجرام المعلوماتي وكذا حقوق التأليف، أما في فرنسا ففي سنة 1996 وبمناسبة القيام بمهمة استشارية لوزراء الثقافة والاتصالات في بولونيا تم الاتفاق على وضع اتفاقية دولية الغاية منها وضع حد ادني من المبادئ التنظيمية المشتركة في مجال شبكة الانترنيت؛ لتكون النواة الأولى في وضع قواعد السلوك الحسن في استخدام شبكة الانترنيت وتوحيد بعض القواعد في مجال العقود وغيرها من المسائل الأخرى. للمزيد من التفصيل، راجع:

VALÉRIE Sédallian., *Droit de l'Internet*, éd. Net press., France, DL 1997, p.269.

[1765] *La Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à Caractère Personnel*, Conseil de l'Europe. Strasbourg, Référence: STE N°108, Ouverture du traité: 28/01/1981 - Traité ouvert à la signature des Etats membres et à l'adhésion des Etats non members, Entrée en vigueur: 01/10/1985 - 5 Ratifications, Aujourd'hui, 55 Pays ont Ratifié Cette Convention, y Compris Tous les États Membres du Conseil de l'Europe. Disponible à: https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680078b39.

[1766] *معاهدة جنيف بشأن حق المؤلف*، المنظمة العالمية للملكية الفكرية، تاريخ الاعتماد: 20 ديسمبر 1996، تاريخ بدء النفاذ: 06 من مارس سنة 2002. النص العربي للاتفاقية متاح على الرابط التالي: https://wipolex.wipo.int/ar/text/295156.

[1767] *اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية (المعدلة)*، المنظمة العالمية للملكية الفكرية، تاريخ الاعتماد: 28 ديسمبر 1979، تاريخ بدء النفاذ: 19 نوفمبر 1984. النص العربي للاتفاقية متاح على الرابط التالي: https://wipolex.wipo.int/ar/text/283692.

[1768] عادل أبو هشيمة محمود حوتة، المرجع السابق، ص.144.

[1769] بولين أنطونيوس أيوب، المرجع السابق، ص.64.

[1770] Council Regulation (EC) N° 44/2001 of 22 December 2000 *on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters*, Official Journal L 012 , 16/01/2001 p. 0001 – 0023. Available at: https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2001/44/oj.

تعد الاتفاقية الصادرة عن الأمم المتحدة والخاصة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية بنيويورك سنة 2005[1771] أهم اتفاقية كان لها الدور البارز في تكوين بعض القواعد المادية للتجارة الالكترونية من خلال عملية التوحيد للقواعد المعمول بها وإزالة العراقيل التي تحول دون استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية. خاصة تلك الناجمة عن التشكيك في القيمة القانونية للخطابات الالكترونية في العقود الدولية.

كما تعد هذه الاتفاقية خير مثال عن الاتفاقيات التي تصدت لحل مشاكل العلاقات الدولية دون الداخلية، إذ تهدف إلى تسهيل استخدام الخطابات الالكترونية في التجارة الدولية عن طريق التأكّد من أن العقود المبرمة وغيرها من الخطابات المتبادلة إلكترونيا صحيحة وقابلة للتنفيذ كمثيلاتها من العقود والخطابات الورقية التقليدية[1772]. وعليه، تشكل اتفاقية الخطابات الالكترونية مصدرًا هامًا للقواعد المادية التي تطبق على المعاملات الالكترونية، ويتم إعمالها من خلال التطبيق المباشر للاتفاقية على العلاقة العقدية المطروحة.

وتنطبق الاتفاقية على العقود الدولية أي على العقود التي تبرم بين طرفين موجودين في دولتين مختلفتين، وليس من الضروري أن تكون الدولتان كلتاهما دولتين متعاقدتين في الاتفاقية، فيكفي في هذا الصدد أن تكون إحدى الدولتين متعاقدة في الاتفاقية. ويرجع سبب ذلك إلى الرغبة في تبسيط وتوسيع من خلال السماح بتطبيقها على العقود الدولية التي تبرم بين طرفين موجودين في دولتين مختلفتين، دون اشتراط أن تكون الدولتان على السواء دولتين متعاقدتين في الاتفاقية.

كما أن تطبيق الاتفاقية لا يتوقف على جنسية الأطراف المتعاقدة[1773]، وعلى ذلك تنطبق الاتفاقية على مواطني الدول غير المتعاقدة الذين توجد مقار عملهم في دولة متعاقدة، وحتى في دولة غير متعاقدة ما دام القانون المطبق على العقد هو قانون دولة متعاقدة. فبموجب المادة الأولى الفقرة الأولى[1774] من الاتفاقية تنطبق

[1771] صدرت هذه الاتفاقية المكونة من 25 مادة وتم إقرارها من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك بتاريخ 09 ديسمبر 2005، في الدورة الستين، البند 89 من جدول الأعمال، بناء على تقرير اللجنة السادسة (a/60/515)، تاريخ الاعتماد: 23 تشرين الثاني/نوفمبر 2005، بدء السريان: 1 من آذار/مارس سنة 2013. نصوص الاتفاقية متاحة على الرابط التالي:
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/06-57450_ebook.pdf

[1772] لمزيد من التفصيل حول الاتفاقية، راجع وائل حمدي أحمد، *الخطابات الالكترونية في العقود الدولية: دراسة تحليلية مقارنة لاتفاقية الأمم المتحدة بالمتعلقة باستخدام الخطابات الكترونية في العقود الدولية*، (بدون دار النشر)، 2002، القاهرة، 2009.

[1773] المادة 1-3: "لا *تؤخذ جنسية الأطراف ...في الاعتبار لدى تقرير انطباق هذه الاتفاقية*". اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الكترونية في العقود الدولي، المرجع السابق.

[1774] المادة 1-1: " *تنطبق هذه الاتفاقية على استخدام الخطابات الالكترونية في سياق تكوين أو تنفيذ عقد بين إطراف تقع مقار عملها في دول مختلفة. يصرف النظر عن وقوع مقار عمل الأطراف في دول مختلفة عندما لا تتبين هذه الحقيقة من العقد أو من أي تعاملات بين الأطراف أو من*

هذه الاتفاقية على استخدام الخطابات الالكترونية في سياق إبرام أو تنفيذ عقد بين أطراف تقع مقار عملها في دول مختلفة. فالعبرة إذن باختلاف مقر العمل بين الطرفين ووجود هذه المقرات في دول مختلفة، ولا أهمية بعد ذلك لجنسية الأطراف، فيعد الخطاب الالكتروني دوليا مثلا في نظر هذه الاتفاقية إذا تم العقد بين جزائري مقر عمله في المغرب، وجزائري مقر عمله في تونس. كما يتبين خلال نص نفس المادة بوضوح أن تطبيق الاتفاقية يشمل العقود المبرمة والمنفذة الكترونياً، وذلك خلافا لاتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع سالفة الذكر التي تقتصر فقط على العقود التي تبرم الكترونياً وتنفذ تقليدياً.

بينما تضمنت المادة الأولى الفقرة الثانية[1775] تكريسا لمبدأ "*التوقعات المشروعة للمتعاقدين*"؛ لأنهما يفترضان مبدئياً أنهما يتعاملان في إطار نظامهما الداخلي وليس النظام الدولي. إذ لا تسري هذه الاتفاقية على عقد دولي عندما لا يتبين من العقد أو من التعاملات بين الطرفين أنهما موجودان في دولتين مختلفتين.

ولا يتوقف انطباق الاتفاقية على الصفة "*المدنية*" أو "*التجارية*" للأطراف أو العقد، ومن ثمة، فإنه لغرض تحديد نطاق تطبيق اتفاقية الخطابات الالكترونية لا يهم ما إذا كان طرف ما تاجرًا أم لا[1776]، وعلى ذلك حرصت الاتفاقية على تجنب الخلافات التي تنشأ بين ما يسمى بالنظم "*المزدوجة*"، والتي تميز بين الصفة المدنية والتجارية للأطراف أو المعاملة، والنظم القانونية "*الأحادية*"، التي لا تجري هذا التمييز.

قد يتقرر تطبيق الاتفاقية على معاملات التجارة الالكترونية عن طريق تطبيق القواعد المادية، كما يمكن أن يتم هذا التطبيق من خلال منهج قواعد الإسناد المزدوجة الجانب. وتطبق الاتفاقية كذلك في حالة اختيار طرفي العلاقة التعاقدية تطبيقها باعتبارها القانون الواجب التطبيق على العقد. كما يتصور أن تنطبق الاتفاقية عندما يكون قانون دولة متعاقدة هو القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية بين الأطراف طبقًا لقواعد القانون الدولي الخاص في دولة المحكمة المطروح عليها النزاع، إذا لم تكن الأطراف قد اختارت القانون الواجب التطبيق على معاملاتهم. وعلى هذا إذا لجأ طرف ما إلى محكمة دولة غير متعاقدة، رجعت تلك المحكمة إلى قواعد القانون الدولي الخاص بها، فإذا أشارت تلك القواعد إلى اختصاص قانون دولة متعاقدة في الاتفاقية ففي هذه الحالة تطبق الاتفاقية من خلال منهج قاعدة الإسناد المزدوجة رغم أن الدولة المطروح

المعلومات التي تفصح عنها الأطراف في أي وقت قبل إبرام العقد أو عند إبرامه". اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الكترونية في العقود الدولي، المرجع السابق.

[1775] المادة 1-2: "*بصرف النظر عن وقوع مقار عمل الأطراف في دول مختلفة عندما لا تتبين هذه الحقيقة من العقد أو من أي تعاملات بين الأطراف أو من المعلومات التي تفصح عنها الأطراف في أي وقت قبل إبرام العقد أو عند إبرامه*". اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الكترونية في العقود الدولي، المرجع السابق.

[1776] المادة 1-3: "*لا تؤخذ ولا الصفة المدنية أو التجارية للأطراف أو للعقد في الاعتبار لدى تقرير انطباق هذه الاتفاقية*". اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الكترونية في العقود الدولي، المرجع السابق.

أمامها النزاع ليست طرفًا في الاتفاقية، وبالمثل في حالة لجوء الأطراف إلى محكمة دولة متعاقدة في الاتفاقية وأشارت قاعدة الإسناد في هذه الدولة إلى اختصاص قانون دولة المحكمة أو قانون دولة أخرى طرف في الاتفاقية، ففي مثل هذه الحالات تنطبق الاتفاقية كذلك[1777]. وعلى ذلك، لن تطبق محكمة دولة غير متعاقدة أحكام الاتفاقية إلا عندما تشير قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص لديها على انطباق قانون دولة متعاقدة، وفي هذه الحالة تنطبق أحكام الاتفاقية كجزء من النظام القانوني لتلك الدولة الأجنبية[1778].

من المعلوم أن الغرض من وجود اتفاقية الخطابات الالكترونية هو توحيد القواعد القانونية في مجال العلاقات الدولية الخاصة في ظل أزمة منهج التنازع، ومحاولة إيجاد حلول مادية مباشرة لمشكلة القانون الواجب التطبيق على العقد، وهو عين ما استهدفته جملة الاتفاقيات التي أبرمت في مجال التجارة الدولية. غير أن بعض الفقه[1779] ذهب إلى وضع النقاط على الحروف فيما يخص منهج القواعد المادية عموما، إذ يرى أن القواعد المادية ليست ذات أهمية بمكان طالما لم تكلل بتوحيد القوانين الناظمة لهذا المجال، ذلك أن هناك شكوك حول جدوى هذه المحاولات التوحيدية للمعاهدات الدولية خصوصا، هذا فضلا عن العقبات التي تواجه هذا النوع من المناهج، إذ هناك معاهدات تتضمن قواعد موضوعية موحدة؛ إلا أنها لا تطبق إلا على العلاقات الدولية، دون العلاقات الداخلية التي تبقى حبيسة التشريعات الداخلية، وهو ما يبدو جلياً من خلال النطاق الدولي للتطبيق الذي أفصحت عنه بكل وضوح اتفاقية استخدام الخطابات الالكترونية.

ثانياً.– التوصيات والأعمال الدولية الأساسية:

تشكل التوصيات والتوجيهات الجماعية والأعمال نواة لاتفاقيات دولية مستقبلاً، حيث ظهرت هذه الأعمال والتوصيات الجماعية كمحاولة لتغطية العجز التشريعي الحاصل لما لها من قيمة عملية مهمة، خصوصا مع بروز توجه عام للالتزام بهذه التوصيات الدولية والقوانين النموذجية والتي تعبر عن الحلول المناسبة للمعاملات التي تتم عبر الانترنيت، كما أنها تعد مصدرا مهما من مصادر القواعد المادية[1780].

[1777] للمزيد من التفصيل، راجع المذكرة الإيضاحية للاتفاقية، المرجع السابق، ص.31.

[1778] المرجع نفسه، ص.31.

[1779] من بين هؤلاء الفقهاء: أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص.17-18؛ إيهاب السنباطي، المرجع السابق، ص.382؛ أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص.118.

V. aussi, BAEUR Hubert., *Les Traités et les Règles de Droit International Privé Matériel*, Rev .Crit, D.I.P, 1966, p.573.

[1780] قريب من هذا المعنى، احمد الهواري، المرجع السابق، ص.1663.

وانطلاقا من إدراك لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال)[1781] أن التجارة الإلكترونية أصبحت تفترض حاجة أولية تتمثل في توحيد القواعد القانونية الناظمة لها، ويسجل لها الريادة في التعامل مع هذا الهدف وذلك ابتداء من عام 1982[1782]، حيث ناقشت اللجنة خلال دورتها الخامسة عشر المسائل القانونية المتعلقة بالأداء الالكتروني خاصة النقل الالكتروني للنقود[1783]. كما أصدرت اللجنة في دورتها السابعة عشر بتاريخ 25 من جوان سنة 1984 مشروع دليل قانوني بشأن التحويلات الالكترونية الدولية للأموال[1784]. وتغطية للمشاكل القانونية المتعلقة بالتحويل الالكتروني الدولي للأموال المرتبطة بالتجارة الدولية أصدرت الأمانة العامة للجنة في الدورة 18 بتاريخ 21 من جوان سنة 1985 توصية تتعلق بالقيمة القانونية للسجلات الالكترونية عموماً[1785]، وذلك بخصوص استخدام المعالجة الالكترونية للمعلومات؛ ومفاد هذه التوصية إعادة النظر في القواعد القانونية الوطنية؛ التي تشكل عاتقا أمام استخدام تقنية المعلومات في المعاملات التجارية حتى تسمح بالتسجيل المعلوماتي للبيانات التي يمثلها المستند من جهة، وتمييز تداول هذه البيانات من جهة أخرى[1786].

كما أن هناك جملة من التوجيهات التي ظهرت مبكرا كتلك التي أصدرتها اللجنة الاقتصادية للأمم المتحدة لدول أوروبا سنة 1979 والتي حثت على استخدام تقنية المعلومات[1787]، وكذلك جهود اللجنة

[1781] *لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي* (*uncitral*): أنشئت بمقتضى قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2205 (د-21) المؤرخ 17 كانون الأول/ ديسمبر 1966، تضطلع بدور هام في تطوير ذلك الإطار عملا بالولاية المسندة إليها في تعزيز مناسقة قانون التجارة الدولية وتحديثه تدريجيا، بإعداد صكوك تشريعية وغير تشريعية في عدد من مجالات القانون التجاري الأساسية وترويج استخدام تلك الصكوك واعتمادها، وذلك بهدف العمل على زيادة السبق والتوحيد التدريجي لقواعد القانون التجاري الدولي، وتضم اللجنة في عضويتها غالبية دول العالم الممثلة لمختلف النظم القانونية الرئيسية. مقتبس من، الموقع الالكتروني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (*uncitral*)، تاريخ الاقتباس: 2019/11/20، متاح على الرابط التالي: https://uncitral.un.org/ar

[1782] عصام الدين القصبي، *تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الالكترونية*، المرجع السابق، ص.624.

[1783] UNCITRAL, *Report of the Secretary-General : Electronic Funds Transfers*, Yearbook of the United Nations Commission On \International Trade Law, Fifteenth Session 26 July - 6 August 1982, Volume XIII, (A/CN.9/221 - 17 May 1982 - Electronic funds transfer, and Corr .1- English only), pp.01-28. Available at : https://undocs.org/en/A/CN.9/221.

[1784] Uncitral, Report Of The Secretary-General : *Draft Legal Guide On Electronic Funds Transfers*, Yearbook Of The United Nations Commission On \International Trade Law, Seventeenth Session New York, 25 June - 11 July 1984, (A1cn.91250 18. April 1984 - Draft Legal Guide On Electronic Funds Transfers, and Corr .1 Until Corr .4). Available at: https://uncitral.un.org/en/commission.

[1785] لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (*UNCITRAL*)، تقرير الأمانة العامة، *القيمة القانونية للسجلات الالكترونية*، الدورة 18 فيينا، المنعقدة بتاريخ 03-21 من جوان سنة 1985،. النص العربي للتقرير متاح على الرابط التالي:

A/CN.9/265/21 February/ Arabic/Original: English 1985, Available at: https://undocs.org/ar/A/CN.9/265

[1786] Cf. CAPRIOLT (E.) et SORIEUL (R.)., Op.cit., p.335.

[1787] Economic Commission for Europe: annual report, 23 April 1978-27 April 1979, E_1979_47&E_ECE_983-EN - PDF, English, UN. ECE (34th sess. : 1979 : Geneva), New York ; Geneva : UN, 1979, 127, [35]. Available at: file:///C:/Users/MSR-PC/Downloads/E_1979_47&E_ECE_983-EN.pdf

البحرية الدولية التي دعت إلى ضرورة اعتماد القواعد المتعلقة بسندات الشحن الالكترونية سنة 1990[1788]. ورغبة في تحقيق الانسجام والتوافق في العلاقات الاقتصادية الدولية وتنميتها خاصة عبر الوسائل الالكترونية قامت اللجنة بوضع قوانين نموذجية، الغرض منها مساعدة الدول لتحديد المواد الواجب تضمينها لمثل هذا التشريع خاصة أن موضوعات التجارة الإلكترونية وتحديدا الإجرائية منها؛ ذات طبيعة دولية، وبذلك يستحسن عدم تأثرها بالقواعد القانونية الوطنية المتباينة بين الدول. وضمن هذا التوجه قامت اللجنة بوضع قانون نموذجي بشأن التجارة الالكترونية سالف الذكر، بتاريخ 12 من جوان سنة 1996[1789]، الذي تميز بنظرته التوحيدية للقواعد القانونية الناظمة للتجارة الالكترونية الدولية، كما أن الغالبية العظمى من أحكامه اختيارية، بحيث تركت قاعدة العقد شريعة المتعاقدين سيدة الموقف، ولذلك ترك القانون للأطراف حرية الاتفاق على خلاف أحكامه مما يجعل منه دليلا لتوحيد قواعد التجارة الدولية، إضافة إلى شموليته لكافة أنواع التجارة الالكترونية سواء أكانت دولية أو داخلية نظرا لوحدة طرق العمل والأسلوب والمصلحة. كما أصدرت نفس اللجنة سنة 2001 القانون النموذجي الخاص بالتوقيعات الالكترونية سالف الذكر[1790]، إذ تعد الحلول المتضمنة في هذا القانون أساسًا معتمدًا لدى غالبية الدول التي وضعت استراتيجيات أو دراسات أو وثائق مرجعية أو أدلة إرشادية متصلة بالتجارة الالكترونية.

وعلى الصعيد الأوروبي، صدر التوجيه رقم 46/95 المتعلق بحماية الفرد في مجال معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي والتدفق الحر للبيانات سالف الذكر. والتوجيه الأوروبي رقم 09/96 المتعلق بالحماية القانونية للبيانات[1791]. وكذا التوجيه رقم 93/99 الخاص بالإطار المشترك للتواقيع الالكترونية[1792]. وكذلك التوجيه

[1788] *The CMI Rules for Electronic Bills of Lading 1990*: In 1990 the CMI Rules for e-Bills, hereafter called CMI Rules, Were Published by the Committee Maritime International (CMI, 1990) with the aim of Governing Transactions Involving e-Bills by Imitating the Functions of the B/L in an Electronic Environment (Andreia Costa, 1999). The CMI Rules are not Enforceable and work only 28 Whenever the parties Incorporated Them into the Contract. They also do not Require Registration and Payment fee to "be a Member of a club" but only Require the Essential Technology to Send and Receive data to each other (Senekal, 2010), Thi Mai Anh Doan,Switching paper to Electronic Bills of Lading : Legal Perspective and Reform Options for Vietnam, World Maritime University, The Maritime Commons: Digital Repository of the World Maritime, World Maritime University Dissertations Dissertations, 11-4-2018, pp.01-63, P-27-28. Available at: https://commons.wmu.se/cgi/viewcontent.cgi?article=1663&context=all_dissertations

[1789] نص القانون النموذجي متاح على الرابط التالي:http://www.uncitral.org/pdf./arabic/texts/electcom/ml-econmm-a_ebook.pdf.

[1790] النص العربي متاح على الرابط التالي: http://www.uncitral.org/pdf./arabic/texts/electcom/ml-elecsig-a.pdf.

[1791] DIRECTIVE 96/9/CE Du Parlement Européen Et Du Conseil, 11 Mars 1996, *Concernant La Protection Juridique Des Bases De Données*, Journal Officiel De L'union Europeenne N° L 77/20 Du 27.3.1996. Disponible à : https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996L0009:fr:HTML

[1792] DIRECTIVE 1999/93/CE Du Parlement Européen Et Du Conseil du 13 Décembre 1999 *Sur Un Cadre Communautaire Pour Les Signatures Électroniques*, Journal Officiel Des Communautés Européennes N° L 13/12 du 19. 1. 2000. Disponible à : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999L0093&from=FR

رقم 31/2000 الخاص بالجوانب القانونية لخدمات مجتمع المعلومات "*توجيه التجارة الالكترونية*"[1793]. وكذا أعمال المفوضية الأوروبية المعنية بتسوية المنازعات خاصة التي تتم بين المستهلكين، حيث أصدرت مجموعة من التوصيات بخصوص حل المنازعات على الخط ولعل أبرزها التوصية رقم 257/98 لسنة 1998 الخاصة بتسوية منازعات المستهلكين خارج القضاء[1794]، وأخيرا التوصية رقم 310/2001 المتعلقة بالمبادئ الواجب مراعاتها من قبل الأعضاء عند تسوية منازعاتهم عبر شبكة الانترنت[1795].

من جهتها، قامت المنظمة العالمية للتجارة بجملة من التوصيات والأعمال[1796]، من بين تلك الأعمال اتفاقية الجوانب التجارية المتعلقة بالملكية الفكرية "تريبس (*TRIPS*)"[1797]؛ التي تتعلق بمسائل حقوق المؤلف، والعلامات والأسرار التجارية، وبراءات الاختراع، والتصاميم الصناعية، والدوائر المتكاملة، والمؤشرات الجغرافية، والقواعد العامة المتصلة بالملكية الفكرية وعلاقتها بالتجارة العلمية. أما بالنسبة للتجارة الالكترونية، فقد أصدرت المنظمة العالمية للتجارة في مطلع 1998 الدراسة الخاصة حول التجارة الالكترونية ودور المنظمة في هذا الميدان؛ التي حملت عنوان "*التجارة الالكترونية ودور المنظمة العالمية للتجارة*

[1793] European directive 2000/31/EC Of The European Parliament And Of Council,8 June 2000 *On Certain Legal Aspects Of Information Society Services, In Particular Electronic Commerce ,In The Internet Market* Official Journal N° L 178/1 du 17.7.2000. Available at:
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=EN

[1794] Recommandation de la Commission N°: 98/257/CE: Recommandation De La Commission Du 30 Mars 1998 *Concernant Les Principes Applicables Aux Organes Responsables Pour La Résolution Extrajudiciaire Des Litiges De Consommation (Texte Présentant De L'intérêt Pour L'eee)*, Journal Officiel N° L 115 du 17/04/1998, p. 0031 – 0034. Disponible à:
https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:115:0031:0034:FR:PDF

[1795] Recommandation de la Commission N°: 2001/310/CE: Recommandation De La Commission Du 4 Avril 2001 *Relative Aux Principes Applicables Aux Organes Extrajudiciaires Chargés De La Résolution Consensuelle Des Litiges De Consommation (Texte Présentant De L'intérêt Pour L'eee) [Notifiée Sous Le Numéro C(2001) 1016]*, Journal Officiel N° L 109 du 19/04/2001 p. 0056 – 0061; Disponible à:
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=EN

[1796] *عهد إلى المنظمة العالمية للتجارة مهام تنفيذ اتفاقيات* جولة الأورغواي ابتداء من 01 من جانفي سنة 1995، وهي (28) اتفاقية عالمية تؤطرها ثلاث اتفاقيات رئيسة: الأولى هي الاتفاقية العامة للتعريفة والتجارة (*GATT*)، والثانية الاتفاقية العامة لتجارة الخدمات (*GATS*)، المتعلقة بالتجارة في البضائع، والتي جرى وضعها لمواجهة النشاط التجاري المستجد في ميدان خدمات النقل والخدمات المالية والاتصالات والخدمات التقنية والاستشارية، والاتفاقية الثالثة هي اتفاقية الجوانب التجارية المتعلقة بالملكية الفكرية (*Trips*)، والتي تتعلق بمسائل حقوق المؤلف والعلامات والأسرار التجارية وبراءات الاختراع والقواعد العامة المتصلة بالملكية الفكرية وعلاقتها بالتجارة العالمية. مقتبس من، المنظمة العالمية للتجارة، تاريخ الاقتباس: 2019/11/20، متاح على الرابط التالي:
https://www.economy.gov.ae/arabic/Ministry/MinistrySectors/ForeignTradeSector/Trade-Negotiations-WTO/WTO/Pages/Agreements.aspx

[1797] *الاتفاقية حول الجوانب التجارية لحقوق الملكية الفكرية أو اتفاق تريبس* (*TRIPS*) اختصارا لـ (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*):أعتمد الاتفاق: في 15 من أفريل سنة 1994، ودخل حيز التنفيذ: في 01 من جانفي سنة 1995، هي اتفاق دولي تديره المنظمة العالمية للتجارة (*WTO*) الذي يحدد المعايير الدنيا للقوانين المتعلقة بالعديد من أشكال الملكية الفكرية (*IP*) كما تنطبق على أعضاء منظمة التجارة العالمية، تعد اتفاقية تريس (*TRIPS*) أشمل اتفاقية للملكية الفكرية متعددة الأطراف حتى الآن. نص الاتفاق متاح على الرابط التالي: https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/t_agm0_f.htm

(Electronic commerce and the role of the WTO) "[1798]، حيث توصلت هذه الأخيرة إلى اعتبار التجارة الإلكترونية من ضمن الأنشطة التجارية التي تستوعبها الاتفاقية الدولية العامة لتجارة الخدمات "*جاتس* (*GATS*) " وتطبق عليها، وقد حددت المنظمة العالمية للتجارة موقعها الرسمي من التجارة الإلكترونية في مؤتمر منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية المنعقد في أوتاوا (*OTTAWA*) بين 07 و09 من أكتوبر سنة 1998، حيث جاء على لسان مديرها آنذاك "*Renato Ruggiero*" أن المنظمة لا تسعى لوضع قواعد جديدة خاصة بالتجارة الإلكترونية وإنما تسعى لاستخدام التنظيم القانوني والمحدد ضمن الاتفاقية الخاصة بالتجارة في الخدمات "*جاتس* (*GATS*) "، والاتفاق الخاص بخدمات الاتصال[1799].

ومن ابرز أنشطة هذه المنظمة في ميدان التجارة الالكترونية المؤتمر العالمي للتجارة الالكترونية الذي عقد في الفترة من 07 إلى 09 من أكتوبر سنة 1998 في مدينة "*أوتاوا* *OTTAWA*"[1800]، الذي يعد أوسع مؤتمر عُقد في هذا السياق منطلقة من قناعة عبرت عنها أجهزتها مرارا مفادها أن التجارة الالكترونية تتطلب حلولا دولية في مرحلة تنظيمها؛ لأن الحلول المتباينة لا تتفق مع الطبيعية الكونية لهذا النمط من الأعمال، ولأن التباين قد يقيم حدودا لا تقبلها التجارة الالكترونية. ومن ابرز أنشطة هذه المنظمة في ميدان التجارة الالكترونية المؤتمر العالمي للتجارة الالكترونية الذي عقد في الفترة من 07 إلى 09 من أكتوبر سنة 1998 في مدينة "*أوتاوا* *OTTAWA*"[1801]، الذي يعد أوسع مؤتمر عُقد في هذا السياق، وقد ناقش المؤتمر على مدار يومين عدة مسائل ذات العلاقة بالتجارة الالكترونية، ولعل أبزها قواعد الاختصاص القضائي وآليات فض المنازعات الالكترونية.

[1798] Title: *Electronic commerce and the role of the WTO*, Authors: Bacchetta. Marc, Low. Patrick, Mattoo. Aaditya, Schuknecht. Ludger, Wager. Hannu, Wehrens.Madelon, Year of Publication: 1998, Series/Report no.: WTO Special Studies 2. Available at:
https://www.econstor.eu/bitstream/10419/107052/1/wto-special-study_2_e.pdf

[1799] أشار إليه، صالح المنزلاوي، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية*، المرجع السابق، ص.137-138.

[1800] *The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD):* Ministerial Conference "*A Borderless World*", Realising The Potential Of Global Electronic Commerce, Ottawa, 7-9 October 1998, Sg/Ec(99)1/Final,Olis : 23-Aug-1999, Dist. : 24-Aug-1999, Directorate For Science, Technology And Industry, English text only. Available at:
http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=SG/EC(99)1/FINAL&docLanguage=En

[1801] *The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD):* Ministerial Conference "*A Borderless World*", Realising The Potential Of Global Electronic Commerce, Ottawa, 7-9 October 1998, Sg/Ec(99)1/Final,Olis : 23-Aug-1999, Dist. : 24-Aug-1999, Directorate For Science, Technology And Industry, English text only. Available at:
http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=SG/EC(99)1/FINAL&docLanguage=En

ثالثاً.– الأعراف والعادات التجارية الدولية:

عموماً، هي: "*جملة من الأعراف والتقاليد التي استقر عليها العمل تلقائياً من قبل متعاملي الانترنيت، مما جعلها قواعد مهنية ذات طبيعة تعاونية خاصة بكل مجال من مجالات التعاون عبر الانترنيت، أرست في مجموعها حملة من قواعد القانون الموضوعي الالكتروني للأنترنيت، وانسلخت من الطابع التطوري البطيء والحذر الذي لا يلائم وسرعة معاملات التجارة الالكترونية*"[1802]. إن الخاصية التلقائية التي تميز الأعراف والعادات التجارية الدولية جعلها تشكل الحل المثالي الأنسب والمبتكر لحكم استخدام الانترنيت وتنظيم معاملاته التجارية، خصوصا وأنها أثبتت قدرتها على مواكبة التطورات التكنولوجية المتسارعة، وما قد ينجر عنها مستقبلاً في ظل وتيرة التطور البطيئة للقواعد القانونية؛ من إجراءات طويلة وآليات معقدة تحتاج للكثير من الحلول المرنة والبسيطة[1803]. هذا وتجدر الإشارة إلى أن العرف التجاري يختلف عن العادة التجارية، فالعرف التجاري الالكتروني يشتمل على تعريف العادة التجارية الالكترونية زائد عنصر الإلزام، فمتى اعتقد المتعاملون بالصفقات الالكترونية بإلزامية سلوك معين يصبح الأخذ به ملزما والإعراض عنه يترتب عليه جزاء معين[1804].

مما لا شك فيه أن التجارة الالكترونية عبر الانترنت ما زالت في مرحلة التشكل من حيث البنيان القانوني، فلم تتجلى معالمها بعد على نحو متكامل يمكن من خلاله وضع قواعد قانونية محكمة لهذا المجتمع الوليد، لهذا يذهب البعض[1805] إلى أنه لا يمكن القول بوجود عرف دولي في إطار المجتمع المعلوماتي حيث لم يظهر على نحو واضح ولم تستقر أحكامه[1806]، وما زالت السوابق القضائية في هذا الشأن قليلة ولم تصل إلى الحد الكافي لاعتبارها قواعد عرفية يمكن الرجوع إليها[1807]. بينما يرى البعض الآخر أن أوساط المتعاملين ومقدمي خدمات شبكة الانترنت ساهموا في وضع أعراف وعادات وممارسات مستقرة بطريقة تلقائية، وهذه الأعراف ذات طبيعة تعاونية، وغالبًا ما تكون خاصة بكل نوع من أنواع التعامل الذي يتم عبر الشبكة[1808]،

[1802] مقتبس من، أحمد عبد الكريم سلامة، *القانون الدولي الخاص النوعي...*، المرجع السابق، ص.50-51.

[1803] قريب من هذا المعنى، ناصر حمودي، المرجع السابق، ص.169.

[1804] أشار إليه، احمد عبد الكريم سلامة، *القانون الدولي الخاص فراق أم تلاقي*، المرجع السابق، ص.17-18.

[1805] أشار إليه، فارس كريم طه، كادم حسن، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية*، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الثامنة، 2016، ص.351.

[1806] بلال عبد المطلب بدوي، *التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية*، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد 1، 2006، ص.47-48.

[1807] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص.410.

[1808] أشار إليه، عادل أبو هشيمة، *عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص*، المرجع السابق، ص.144.

فهناك الأعراف والعادات والممارسات السائدة في مجال التجارة الإلكترونية، ومجال الدعاية والترويج للسلع والخدمات، وكذلك في مجال حماية الحياة الخاصة، وكذا حماية المستهلك والحفاظ على حقوق الملكية الفكرية[1809].

الخلاف الفقهي السابق حول القيمة القانونية للأعراف والعادات في مجال التجارة الالكترونية يمكن إجماله في طبيعة العرف نفسها المستمدة أساسا من الشعور الداخلي للأشخاص، المعبر عنه قانونا باصطلاح الركن المعنوي الذي يعد أساس القاعدة العرفية، هذا الأخير من الصعب بمكان التحقق من وجوده في بيئة افتراضية، الأمر الذي صعَّب على الفقه التوصل إلى إجابة عملية يمكن الاستفادة منها؛ وهو ما دعا الأستاذ "*V. Gautrais*"[1810] إلى القول بأنه: "*من الملائم في مجال التجارة الالكترونية إحلال مفهوم التوقع محل العنصر النفسي للتحقق من وجود القاعدة العرفية، فتعدد هذه المعايير المادية والنفسية للقاعدة العرفية يجعل من الصعب بمكان نقلها بمواصفاتها التقليدية إلى مجال العقود الالكترونية* "[1811]. فهذه الصعوبات نتج عنها اختفاء مصطلح العرف عند معالجة مسائل التجارة الدولية، وهو الأمر الملاحظ في الاتفاقيات الدولية فهي لا تتطرق إلى العادات التجارية ونادراً ما تتطرق إلى العرف في مجال العقود الالكترونية، لهذا السبب اتسعت دائرة استعمال العادات التجارية في مجال التجارة الالكترونية[1812].

وتحسن الإشارة إلى أن الكثير من عادات التجارة الالكترونية إما تم تقنينها أو هي في طريقها للتقنين، وذلك من خلال دمجها في العقود النموذجية أو في الشروط العامة الواردة في العقود اللازمة لمباشرة التجارة الالكترونية أو تلك التي تم تقنينها من قبل الهيئات أو المؤسسات

[1809] احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص فراق أم تلاقي، المرجع السابق، ص.17-18.

[1810] *Vincent Gautrais* est professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal où il enseigne plusieurs cours en droit des technologies de l'information et en droit des affaires. Il est depuis juin 2005 titulaire de la Chaire de l'Université de Montréal en droit de la sécurité et des affaires électroniques et auteur d'un blogue juridique sur ces sujets. Il oeuvre aussi comme co-directeur de la Maîtrise en commerce électronique Vincent Gautrais est diplômé de l'Université de Rennes 1 en France (Licence - Maîtrise) et de l'Université de Montréal. Sa thèse de doctorat, publiée en 2002 chez Bruylant (*Bruxelles*), s'intitule « *Le contrat électronique international* ». Il est aussi avocat au Barreau du Québec. Cité par, blog: *Vincent Gautrais*, Disponible à: https://www.gautrais.com/

[1811] مقتبس من، صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.239.

[1812] قريب من هذا المعنى، احمد عبد الكريم سلامة، *القانون الدولي الخاص النوعي*، المرجع السابق، ص.60-61.

الدولية على شكل قواعد سلوك، الأمر الذي جعل من هذه العادات ترقى إلى مرتبة وسطى بين القاعدة الاتفاقية والقاعدة القانونية[1813].

رابعاً.– العقود النموذجية (النمطية) والممارسات التعاقدية :

العقود النموذجية ضاربة في القدم حيث بدأت تظهر إلى حيز الوجود في أواخر القرن 19[1814]، وسرعان ما انتشرت انتشارا واسع النطاق في المعاملات الدولية، حتى أنها أصبحت ظاهرة عامة حاليا. وفيما يخص بيئة الانترنيت فإن وجود العقود النموذجية يعد أمرا متصورا ومنطقيا؛ لصعوبة تركيز العلاقة العقدية الالكترونية وفق احد الأنظمة القانونية، أو ما يسمى بصعوبة التوطين أو التركز المكاني والجغرافي للقانون الواجب التطبيق.

يعرف الأستاذ شميتهوف (*C.M.Schmitthoff*)[1815] العقود النموذجية على أنها: "*مجموعة من الشروط النموذجية في صيغة مكتوبة، وضعتها مسبقاً هيئة دولية وفقًا لعادات وأعراف التجارة الدولية التي قبلتها بعد تعديلها تماشياً مع متطلبات التعامل المعني بطوائف العقود النموذجية استنادًا إلى اعتبارات مختلفة، إما على وفق ماهية السلعة، أو منشئها، أو ظروف نقلها أو النطاق الجغرافي للتعامل به*"[1816]، ومن بين تلك النماذج العقدية نذكر الاتفاق النموذجي الذي وضعته غرفة التجارة الدولية بخصوص التبادل الالكتروني للبيانات"*EDI*" عبر شبكات الحواسيب الآلية، والاتفاق النموذجي الذي أعدته لجنة الاتحادات الأوروبية سنة 1994 بخصوص تبادل المعطيات المعلوماتية، وكذلك اتفاق التبادل النموذجي للجنة الاقتصادية لأوروبا سنة 1995 بغرض الاستعمال التجاري الدولي للتبادل الالكتروني للبيانات. أما على المستوى الوطني فيوجد أكثر من عشرين نموذجا ينحصر مجال تطبيقها داخل الدولة التي أعدتها، وتسري عليها القوانين الوطنية السارية فيها، ومن أمثلة ذلك اتفاق الشركاء التجاريين في الولايات المتحدة الأمريكية المعد بواسطة " *l'amirican*

[1813] طرح البحور علي حسن فرج، المرجع السابق، تدويل العقد "*دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما 19 يونيو 1980*"، ط.1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص.109.

[1814] تم وضع أول عقد نموذجي سنة 1880 من طرف: "London Commercial Trade Association". راجع الرابط التالي: www.unicitral.org

[1815] *Clive Maximilian Schmitthoff*: (*Berlin, 24 March 1903 – 30 September 1990*) was an Anglo-German legal scholar.He served as Gresham Professor of Law in London from 1976 to 1986, and is known for his contributions to trade law. he obtained his doctorate in law under supervision of Martin Wolff at the Humboldt University of Berlin in 1927. Schmitthoff received an Honorary Doctorate from Heriot-Watt University in 1978. Adapted by, wikipedia, Available at: https://en.wikipedia.org/wiki/Clive_M._Schmitthoff

[1816] C.f. SCHMITTHOFF Clive Maximilian., *The Unification or Harmonisation of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions*, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 17, Published by: Cambridge University Press on behalf of the British Institute of International and Comparative Law, No. 3 ,Jul., 1968, pp. 551-570, p.557. Available at: https://www.jstor.org/stable/757011.

bar association"، ونموذج "*Edia association*" في المملكة المتحدة، وفي فرنسا تم أعداد نموذج سنة 1999 بواسطة "*Club informatique des grandes entreprises francaises*" "*le cigref*" ، وفي ايطاليا تم إعداد نموذج "*Ediforum*"[1817].

إن العقود النموذجية أيا كان نوعها، تهدف إلى تحقيق الأمن القانوني بالنص على مجموعة من الأحكام التي تنظم العلاقات المتبادلة بين مستخدمي التبادل الالكتروني للبيانات، بما في ذلك الشروط التي يعملون بموجبها. ولهذا لها دور لا ينكر في خلق القواعد المادية كونها تعمل على تجنيب الطرفين الكثير من الخلافات والمشاكل التي قد تثير تنازع للقوانين، أو على الأقل لتخفيف حدته عند ظهوره[1818]، هذا فضلاً عن فائدتها العملية في تخفيض تكاليف التعاقد واختصار الزمن اللازم لإبرام العقد.

تعتبر الممارسات التعاقدية من المصادر المهمة لإرساء القواعد النظامية التي يقوم عليها القانون الموضوعي الالكتروني الدولي للمعاملات التي تم عبر شبكة المعلومات الدولية الإنترنت، فالممارسات التعاقدية قوامها العقد الالكتروني، فباعتبار هذا الأخير احد عناصر القانون الالكتروني، فهو يعد بذلك احد مصادر القواعد المادي للتجارة الالكترونية، لأن العقد الالكتروني قادر على أن يخلق نظامه القانوني الخاص به، ومن ثمة الخضوع له عند تنظيم العلاقة بين الأطراف المتعاقدة وفقا لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، باعتبار أن الاتفاقات المبرمة بين الأطراف بشكل صحيح تعد بمثابة قانون الأطراف المختار، فإذا كان المجتمع هو الذي يضع القانون، فإن العقد ومن باب أولى وتطبيقا لما سبق؛ يمكنه أن يؤسس مجتمعا يحكمه قانون العقد[1819].

ومن هذا المنطلق، لابد من الاعتراف بأن الممارسات التعاقدية؛ قد أرست بعض الحقوق والالتزامات في مجال البيئة الافتراضية لكل من مقدمي خدمات الانترنيت ومستخدمي الشبكة على حد سواء[1820]، ويشمل ذلك جملة العقود التي تبرم بين القائمين على تقديم خدمات تلك الشبكة، كتلك العقود الخاصة بالاشتراك في شبكة الانترنت، وهي التي تبرم بين الراغبين في استعمال الشبكة لترويج بضائعهم أو للحصول على بيانات علمية أو ثقافية أو ترفيهية، وبين الشركات التي تقدم خدمة الاشتراك (*Fournisseur de*

[1817] صالح المنزلاوي، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية*، المرجع السابق، ص.178-179.

[1818] حمزة حداد، *قانون التجارة الدولية*، المرجع السابق، ص.11.

[1819] حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص.743-744.

[1820] *عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص*، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الفترة من *10-12 من ماي سنة 2003*، المجلد الأول، ص.1663.

service)[1821]. إضافة إلى تلك العقود التي تبرم بين مقدم المادة المراد إدخالها وتحميلها على شبكة الانترنت وبين مقدم خدمة الموقع *"serveur d'hébergement"* الذي ستبث تلك المادة عليه وهو ما يعرف بعقد الإيواء أو الاستضافة. حيث أن أي موقع تجاري الكتروني لا بد أن يتم إيواؤه أو استضافته على شبكة الانترنت بموجب عقد إيواء[1822].

خامساً.– تقنينات السلوك (Code de Netiquette):

تعتبر هذه القواعد من المصادر المهمة لقواعد القانون الموضوعي الالكتروني الدولي، ينصرف مفهوم قواعد السلوك إلى: "*تلك القواعد والأحكام التي يتم تدوينها من قبل الهيئات والمؤسسات سواء كانت مهنية أو تجارية وطنية أو دولية والتي تهدف إلى تنظيم التجارة الالكترونية وسيادة السلوك الأخلاقي القويم عبر الشبكة العالمية، وذلك عن طريق إرساء أخلاقيات قويمة ومبادئ واضحة في التعامل عبر بيئة الانترنت*"[1823]، ولعل هذه المساعي لتقنين قواعد المتعاملين والمستخدمين لشبكة الإنترنت تأتي كنتيجة منطقية لتنوع أنماط المتعاملين عبر هذه الشبكة، مما يستتبع صعوبة خضوعهم لتنظيم آمر وثابت ليكون المرجع في علاقتهم، ويرتبط ذلك بطبيعة الانترنت التي تشهد تغييرات وتطورات متلاحقة يصعب على القوانين الوضعية –كما ذكرنا آنفًا – مجاراتها ومسايرتها.

يظهر دور تقنينات السلوك في أنها تُنشِئ قواعد سلوك دون أن تضفي عليها قوة الإلزام التي هي من خصائص المعاهدات والقوانين، إذ هناك تقنينات صممت لاستخدامها المحض على الصعيد الوطني، ومن أمثلة ذلك تقنين السلوك العملي لهيئة مورد الخدمات عبر الانترنيت، كما أن هناك تقنينات سلوك تم وضعها من اجل تنظيم الاتصالات التي تتم بين أطراف المعاملات؛ كالالتزامات التجارية الناشئة عن الصفقات التجارية الأساسية عن طريق استخدام التبادل الالكتروني للبيانات، كذلك هناك تقنينات أخرى أعدت من اجل أنواع محددة من الصفقات[1824]. في حين هناك تقنينات لا تنطبق على جوهر عمليات نقل البيانات التجارية ولها نطاق محدود، ومن أمثلة ذلك تقنينات السلوك الذي وضعته غرفة التجارة الدولية سنة 1987، هذه التقنينات

[1821] فؤاد الشعيبي، *التنظيم القانوني لعقود خدمات الاتصال*، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014، ص.ص.98 وما بعدها.

[1822] رشا محمد تيسير حطاب، مها يوسف خصاونة، *تطبيق النظام القانوني للمحل التجاري على الموقع التجاري الالكتروني*، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، عدد 46، أفريل 2011، ص.370–372. تاريخ الاقتباس: 2019/11/20، الدراسة متاحة على الرابط التالي: http://sljournal.uaeu.ac.ae/issues/46/images/8-%20.pdf

[1823] مقتبس من، عادل أبو هشيمه حوته، المرجع السابق، ص.146.

[1824] هشام علي صادق، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية*، المرجع السابق، ص.603.

أنشأت مدونة سلوك متفق عليها، يجوز للأطراف اختيارها للتطبيق في علاقاتها القائمة على التبادل الالكتروني للبيانات، وليس القصد منها أن تكون بمثابة اتفاق تبادل نموذجي[1825].

نذكر من جملة المؤسسات التي ساهمت في صناعة قواعد السلوك غرفة التجارة الدولية (*ICC*)، ففي عام 1978 وبالاشتراك مع عدد من المنظمات الدولية وضعت غرفة التجارة الدولية: "*قواعد للسلوك الموحد للبيانات التجارية بواسطة الإرسال عن بعد*"، كما أنشئت هذه الأخيرة مشروع التجارة الالكترونية ويشمل ثلاثة فرق عاملة تختص بمسائل الممارسات التجارية الالكترونية وامن المعلومات والمصطلحات الالكترونية، ومن أعمالها كذلك تقديم "*تنقيح الدلائل*" (*Guidelines*) حول الإعلان والتسوق عبر الانترنيت، وكذا معايير "*السلوك الأخلاقي* (*ethical conduct*) " التي يجب مراعاتها من قبل المعلنين والمسوقين[1826]. كما اعتمد مركز الأمم المتحدة لتسهيل التجارة والأعمال الالكترونية (UN/cefact) في مارس 2001 توصية بعنوان: "*قواعد السلوك النموذجية للتجارة الالكترونية*"، التي تعتبر كوسيلة لتسهيل صفقات التجارة الالكترونية لدعم التوصية السابقة الخاصة بالتوقيع الالكتروني. ومن جهته، قام المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (*UNIDROIT*) بصياغة عدد من المبادئ الخاصة بعقود التجارة الدولية منذ سنة 1994[1827].

وعلى صعيد الاتحاد الأوروبي، أشار التوجيه الصادر في 08 من جوان سنة 2000 إلى أهمية تشجيع التجمعات المهنية وجمعيات حماية المستهلكين على وضع قواعد سلوكية تهدف إلى المساهمة في حسن تطبيق مضمون التوجيه، وعلى نشر هذه القواعد إلكترونيا وتعميمها، وضرورة إعلام المعنيين بشأن التقييمات الدورية حول تطبيق هذه القواعد من قبل التجمع المهني والأعضاء المعنيين بها وأثرها في التطبيق[1828]. كما أخذت عدة دول خطوات جدية في هذا المجال، ففي فرنسا مثلا تم وضع ميثاق من قبل مجموعة عمل على رأسها الأستاذ "*Beaussant*" تقوم مبادئه على خلق كيان أو هيكل يضطلع باستقبال شكاوى مستعملي شبكة الانترنت، كي يتولى بعد ذلك اتخاذ اللازم للوساطة لوقف بث المواد والإعلانات غير المشروعة. وفي إنجلترا تم إنشاء مقدمي خدمات الانترنت (*ISPA*) التي نشرت "*تقنينًا للسلوك العملي*" (*Code of practice*) يشمل مجموعة من القواعد والأحكام التي تنظم العلاقات بين المتعاملين على الشبكة، ومن تلك القواعد الالتزام بعدم تقديم أي خدمات مخالفة للقانون أو تتضمن موادًا تحض على العنف أو العنصرية أو الكراهية[1829].

[1825] أشار إليه، محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية*، المرجع السابق، ص.168.167.

[1826] أشار إليه، إبراهيم بن احمد بن سعيد زمزمي، *القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الالكترونية*، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص.26.

[1827] أشار إليه، المرجع نفسه، ص.27.

[1828] للمزيد من التفصيل، راجع طوني ميشال عيسى، المرجع السابق، ص.479.

[1829] أشار إليه، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص.45.

عموماً، قواعد السلوك تشكل خطوة جيدة في تنظيم سلوك لمتعاملين عبر شبكة الانترنت، فهي تكرس من الحد الأدنى من المبادئ والأحكام المشتركة التلقائية التي ينبغي على مستخدمي الشبكة مراعاتها والاحتكام لها لدى نشوء نزاعات عقدية إلكترونية.

الفرع الثالث

مدى تمتع القواعد المادية المستحدثة بصفة النظام القانوني

يتفق الفقه عموما على قدرة القواعد المادية الالكترونية على حل النزاع بطريقة مباشرة خلافا لمنهج التنازع غير المباشر، غير أن هذا الجانب المضيء لهذه القواعد يخفي جانب آخر محل تشكيك فقهي حول مدى تمتعها بصفة النظام القانوني[1830]، فواقع هذه القواعد وطبيعتها غير الرسمية وكونها غير مدونة دفعت إلى التشكيك في مدى تمتعها بمنظومة قانونية مستقلة أو وجود شيء يسمى نظام قانوني للقواعد المادية الالكترونية بحيث يكون قادراً على حسم كافة المنازعات الالكترونية[1831]. لهذا، ذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه لا يمكن الادعاء بوجود قانون للتجارة الالكترونية يغطي كل جوانب النشاط الذي يتعين أن يحكمه، فهذه القواعد لا زالت في طور البناء، فمن السابق لأوانه القول بأنها تتمتع بنظام قانوني مستقل وكامل، بحيث يكون قادرا على إعطاء الحلول الناجعة لمشكلات التجارة الالكترونية. وفي المقابل، ذهب الجانب الآخر إلى القول بأن القواعد المادية للتجارة الالكترونية تشكل نظاماً قانونياً ذو طبيعة موضوعية خاصة، تتشكل من العادات والممارسات التي استقر العمل بها في المجتمع الافتراضي، والقادرة على تكوين نظام قانوني معادل للنظام القانوني الذي تضعه الدولة. *بناء على ما سبق يثار الإشكال حول مدى استقلالية وتكامل القواعد المادية للتجارة الالكترونية؟*

لدراسة مدى انطباق فكرة النظام القانوني على القانون الموضوعي الإلكتروني أولا وقبل كل شيء وحتى تتضح لنا الصورة يجب التطرق إلى تعريف النظام القانوني، ومن ثمة أمكننا إدراك مدى التطابق بين هيكلية النظام القانوني من جهة، ومشتملات القواعد المادية للتجارة الالكترونية من جهة ثانية. وذلك في إطار الخلاف الفقهي بين معترف للقواعد المادية المستحدثة بصفة النظام وبين منكر لذلك.

لهذا، سنتحدث بداية عن مفهوم النظام القانوني (**أولاً**). ثم سنتطرق إلى الاتجاه المعترف بصفة النظام القانوني للقواعد المادية للتجارة الالكترونية الدولية (**ثانياً**). ثم سنعرج للحديث عن الاتجاه المنكر لصفة النظام

[1830] أشار إليه، صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.195.

[1831] أشار إليه، احمد عبد الكريم سلامة، *الانترنيت والقانون الدولي الخاص...*، المرجع السابق، ص.24-27.

القانوني للقواعد المادية للتجارة الالكترونية الدولية (**ثالثاً**). وأخيراً سنتناول تقييم القواعد المادية للتجارة الالكترونية الدولية (**رابعاً**).

أولاً.– مفهوم النظام القانوني:

يعرف الفقيه البلجيكي *فرانسوا ريغو (François Rigaux)*[1832] النظام القانوني (*L'ordre juridique*) بأنه: "*مجموعة متناسقة من القواعد تتأتى من مصادر مرتبطة على نحو تدريجي، وتستلهم نفس المجموعة من المبادئ وذات الرؤية للحياة وللعلاقات داخل الوحدة الاجتماعية التي يجب أن تحكمها*"[1833]. على أن النظام القانوني لا يتكون فقط من مجموعة القواعد السلوكية المتدرجة التي تضبط الروابط القانونية أو تحل منازعاتها، بل يلزم أن يوجد بجانبها تنظيم عضوي أو هيئة متماسكة لها مقوماتها، وتتمتع بقدرتها على خلق قواعد سلوكية، أو كما يقول الفقيه الإيطالي *كارلو كورتي جيالدينو* (*Carlo Curti Gialdino*)[1834] أن: "*فكرة النظام القانوني فكرة مركبة ذلك أن القانون قبل أن يكون قاعدة وقبل أن يكون له صلة بالروابط القانونية، فهو تنظيم بناء يتوجه إلى المجتمع ذاته الذي يسري فيه، والذي يشكل به وحدة أو كائنًا قائمًا بذاته*"[1835]. بينما يذهب الفقيه الايطالي "*سانتي رومانو (Santi Romano)* "[1836] في كتابه الشهير المعنون

[1832] *FRANÇOIS Rigaux* (2013-1926): François Rigaux est né en 1926 à Ixelles (*Belgique*). Après un baccalauréat de philosophie (1945), il s'oriente vers des études de droit. Il est docteur en droit en 1947 puis licencié en sciences criminelles l'année suivante et agrégé de l'enseignement supérieur en droit (1956). Il exerce comme avocat au barreau de Bruxelles de 1947 à 1954, avant de remplir les fonctions de procureur du roi jusqu'en 1963. Rigaux est l'auteur d'une thèse soutenue en 1956 sur la théorie des qualifications en droit international privé,. Il y exercera les fonctions de doyen (1980-1984) puis de président du département de droit international jusqu'à son départ à la retraite en 1990. Il sera un professeur émérite très actif jusqu'à son décès le 1er décembre 2013 à l'âge de 87 ans. Cité par, sfdi, http://www.sfdi.org/internationalistes/rigaux/

[1833] مقتبس من، صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.196.

[1834] *CARLO Curti Gialdino*: Né à Rome le 21 août 1950. Marié, il a deux enfants. Diplômé avec mention en droit international de la Faculté des sciences politiques Université de Rome "La Sapienza" (1972). Boursier ministériel (1973-1974), président du droit international du prof. R. Monaco. Professeur de droit: Université de La Sapienza, Rome (en 2018). Cité par, Uniroma, Disponible à: https://web.uniroma1.it/disp/sites/default/files/cv%20curti2.pdf

[1835] Carlo Curti Gialdino, L'autonomie de la volonté des parties en Droit International Privé, Recueil des Cours de l'Académie de Droit InternationaI, 1972, T. III, VoL .137, p.794.

أشار إليه، حمودي ناصر، *نزاعات العقود الالكترونية: أزمة منهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الالكتروني كبديل*، معارف مجلة علمية محكمة، المركز الجامعي البويرة، ديسمبر 2008، عدد 5، ص.176.

[1836] *ROMANO Santi* (Palerme, 31 janvier 1875 - Rome, 3 novembre 1947): Fut un Juriste et Professeur de Droit Italien. Diplômé à l'Université de Palerme, il fut pour plusieurs des années professeur de droit constitutionnel et de Droit Administratif à l'Université La Sapienza de Rome. Il a été Aussi Président du Conseil d'État de 1928 à 1944, Nommé Directement par Benito Mussolini. Après la Chute du Fascisme, il fut Accusé D'avoir Soutenu la Dictature, Mais sa mort en 1947 Fit Arrêter la Procédure Judiciaire à son Encontre. Cité par, Wikipedia, Santi_Romano, Disponible à: https://fr.wikipedia.org/wiki/Santi_Romano

بـ "*النظام القانوني*" أن: "*كل نظام قانوني يجب أن يشتمل على مجتمع متجانس بدرجة كافية وسلطة مؤثرة داخل ذلك الكيان، ومجموعة قواعد تنظم سلوك الأشخاص داخل هذا النظام*"[1837].

ثانياً.– الاتجاه المعترف بصفة النظام القانوني للقواعد المادية للتجارة الالكترونية الدولية:

يذهب أنصار هذا الاتجاه[1838] إلى القول بأن القانون الموضوعي الالكتروني هو بمثابة تنظيم قانوني ذو طبيعة موضوعية وذو قيمة خاصة بالعمليات التي تتم عبر الشبكة الدولية، وهي تعادل القواعد المادية للتجارة الدولية، وتتشكل هذه القواعد من العادات والممارسات التي استقرت في المجتمع الافتراضي والتي طورتها حكومات الدول والمتعاملون في مجال الاتصال والمعلومات[1839]. ويؤكد أنصار هذا الاتجاه على وجود مجتمع خاص بشبكة الإنترنيت، كما يؤكدون أنّ أشخاص هذا المجتمع يعيشون معاً كوحدة واحدة متماسكة بدرجة كافية، ويتولى أعضاؤه وضع القواعد السلوكية التي تحكم معاملاتهم وفرض الجزاءات التي تكفل الاحترام لتلك القواعد[1840]. فمجتمع الإنترنت أضحى له قضاته وعدالته 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[1841].

كما يؤكد أنصار هذا الاتجاه أيضا على أهمية الاعتراف لجماعة الانترنت بالقدرة على خلق القواعد السلوكية التي تحكم معاملاتهم، فهذه القواعد لها قيمة قانونية ملزمة تمكنها من حسم المنازعات التي تدور في

[1837] Cf. ROMANO Santi., *L'ordre Juridique*, Traduction Française de la 2ème éd. par Lucien François, Pierre Gothot, Paris, Dalloz, 1975, p.19. Disponible à : https://www.eyrolles.com/Droit/Livre/l-ordre-juridique-9782247047475/

أشار إليه، صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.199–200.

[1838] أشار إلى هذا الاتجاه: طه كاظم حسن، فراس كريم شيعان، *القواعد المادية للتجارة الالكترونية: دراسة تحليلية في ضوء أحكام القانون الدولي الخاص*، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، المجلد 8، 2016، ص.311–375، عدد 2، ص.352. متاح على الرابط التالي: https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=120732

وكذلك، احمد محمد الهواري، *عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص*، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، الفترة: *10-12 من ماي سنة 2003*، المجلد 4، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص.1645-1664، ص.1662، متاح على الرابط التالي: https://platform.almanhal.com/Reader/Article/47583

V. aussi., GAUTRAIS Vincent, LEFEBVRE Guy et BEN YEKHLEF Karim, Op.Cit, p.547.

[1839] أشار إليه، فاروق محمد أحمد الأباصيري، *عقود الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنيت*، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص.126.

[1840] أشار إليه، صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.ص.205 وما بعدها.

[1841] أشار إليه، أحمد عبد الكريم سلامة، *الانترنت والقانون الدولي الخاص*، فراق أم تلاقي، المرجع السابق، ص.21.

هذا المجال، فالقواعد الصادرة عن هاته الجماعة تحقق الأمان للمتعاملين عبر الانترنت وتضمن وحدة الحلول للمشكلات الفنية والقانونية التي تفرضها الطبيعة الإلكترونية للشبكة الدولية[1842]، وينطبق هذا القول أيضا على القوانين النموذجية التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بخصوص التجارة الالكترونية، كما ينطبق على العقد النموذجي الذي وضعته غرفة التجارة الدولية بباريس[1843] بغرض تسهيل المعاملات عبر الشبكات الالكترونية[1844].

لذلك، يرى البعض بأن التاريخ يعيد نفسه، حيث شككت قديماً فلسفة قانون التجارة الدولية في قدرة قواعد القانون الدولي الخاص على التصدي للمشكلات القانونية المطروحة آنذاك، بل وقيل بضرورة أن تظل التشريعات الوطنية حبيسة حدود الدولة التي لا تستطيع حكم العقود المركبة والمعقدة في إبرامها وتنفيذها مقارنة بالعقود الداخلية واللحظية والبسيطة، ومنه ليس من السهل إطلاقاً توصيفها في إطار نظرية العقد الداخلية التقليدية. فكل علاقة تجارية دولية يجب أن تمس كل العقود المسماة في القوانين الداخلية وهي طبيعة خاصة تميز العقد التجاري الدولي، تستلزم الابتعاد عن القوانين الداخلية والبحث عن قواعد ملائمة تنظمه[1845]، وأن القانون الوحيد القادر على حكمها يجب أن يكون مشكلاً من العادات والأعراف التي يسنها التجار في علاقاتهم التجارية، بالإضافة إلى القواعد المادية التي جاءت بها الاتفاقيات الدولية وبعض التنظيمات وكذا المبادئ العامة المتفق عليها في كافة النظم القانونية، وهو ما يتوافر في قواعد قانون التجارة الالكترونية التي أصبحت حقيقة مؤكدة يزداد دورها يوما بعد يوم[1846].

وقد ترتب على قول أنصار الاتجاه السابق نتيجة مؤداها أن القانون الموضوعي الالكتروني قد اجتمعت له العناصر اللازمة لتكوين نظام قانوني مستقل[1847]، وهي وجود مجتمع متجانس من المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية، وكذا وجود كيانات وأجهزة قانونية تتولى مهمة تنقية القواعد

[1842] أشار إليه، فيصل محمد كمال عبد العزيز، *الحماية القانونية لعقود التجارة الالكترونية*، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008، ص.581-582.

[1843] فاروق محمد الأباصيري، المرجع السابق، ص.129.

[1844] مولاي حفيظ علوي قاديري، *طرق فض المنازعات في التجارة الالكترونية*، ط.01، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، الدار البيضاء، 2013، ص.76.

[1845] En ce sens, V. IRINEU Strenger, Op.cit., p.275. Disponible à : https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*A9780792317852_02#d1057613e12355

[1846] حمودي ناصر، *نزاعات العقود الالكترونية*، المرجع السابق، ص.181-182.

[1847] أشار إليه، أحمد الهواري، المرجع السابق، ص.1662؛ و وصالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.206-207.

السلوكية وصياغتها والسهر على احترامها، وأنها لا تفتقر إلى الجزاء الذي يوقع عند مخالفتها، الأمر الذي ترتب عليه تصريح جانب من الفقه بأنه قد حان الوقت لإعلان استقلال هذا المجتمع الشبكي عن أي تدخل أو رقابة من الدولة[1848].

ثانياً.– الاتجاه المنكر لصفة النظام القانوني للقواعد المادية للتجارة الالكترونية الدولية:

يذهب أنصار هذا الاتجاه[1849] إلى رفض فكرة الوجود الخاص للقواعد المادية للتجارة الالكترونية، فهي عندهم مجرد قواعد مادية تدخل ضمن عموم قانون التجار، ومن ثمة لا تشكل نظاما قانونيا قائما بذاته، فتلك القواعد لا تتميز بأي سمة خاصة تميزها عن القواعد المادية للتجارة الدولية، وقد ساق أنصار هذا الاتجاه عدة حجج لتدعيم وجهة نظرهم أهمها[1850]:

أن هذه القواعد ذات طبيعة اختيارية يعتمد تطبيقها على إرادة الأطراف، فهي تفتقد عنصر الإلزام لعدم اقترانها بجزاء توقعه سلطة عامة يكفل احترامها وإتباعها، وبذلك يؤكد أنصار هذا الاتجاه أنه من غير المتصور أن يقوم نظام قانوني متكامل مجرداً على هذا النحو من القواعد الآمرة التي تهدف إلى حماية مصالح الجماعة، والتي لا يتوقف تطبيقها على إرادة المتعاقدين، فهذه القواعد لا تصلح لإنشاء نظام قانوني متكامل[1851].

وفي هذا الإطار، يرى الفقيه روشر (*G.Rocher*) [1852] بأن: "*بناء النظام يستوجب وجود جهاز يقر له المجتمع بسلطة إعداد قواعد قانونية جديدة أو تعديل القواعد السارية، وكذا السهر على ضمان احترامها وتنفيذها، غير أن تطبيق هذا التفسير على القواعد المادية للتجارة الالكترونية يؤدي حتمًا إلى استبعاد تشكيل هذه الأخيرة لنظام قانوني قائم بحكم غياب هيئة رسمية تفي بهذا الغرض*"[1853].

وفيما يخص عنصر الجزاء في القاعدة القانونية يرى أصحاب هذا الاتجاه أن أي نظام قانوني لا يقوم له أساس ما لم تقترن قواعده بجزاء يكفل احترامها وبقاءها، على غرار النظام القانوني للدولة الذي يتميز بوجود ذلك

[1848] صالح المنزلاوي، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية*، المرجع السابق، ص.206–207.

[1849] *أشار إلى هذا الاتجاه:* احمد عبد الكريم سلامة، *الانترنت والقانون الدولي الخاص*، فراق أم تلاقي، المرجع السابق، ص.ص.60 وما بعدها؛ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.ص.201 وما بعدها؛ عادل أبو هشيمة محمد حوتة، المرجع السابق، ص.ص.148 وما بعدها.

[1850] أشار إلى ذلك، مولاي حفيظ علوي قاديري، المرجع السابق، ص.73–74.

[1851] أشار إلى ذلك، المرجع نفسه، ص.75.

[1852] Guy Rocher (né le 20 avril 1924 à Berthierville) : est un sociologue, professeur et conférencier québécois. Il est professeur en sciences sociales au département de sociologie de l'Université de Montréal et chercheur au Centre de recherche en droit public. Cité par, https://fr.wikipedia.org/wiki/Guy_Rocher

[1853] مقتبس من، شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق، ص.90.

الجزاء الذي تضطلع الدولة بواسطة أجهزتها بتوقيعه عند الاقتضاء[1854]، وما يلاحظ أن القواعد المادية تفتقد هذا الجزاء، وأن ما ذكره فقهاء قانون التجار الدولي من جزاء في شكل نوع خاص لا يتماشى مع الواقع[1855]، إذ أن تنفيذ الأحكام لا سيما التحكيمية لا يتأتى من التجمع المهني أو الوسط التجاري، بل في اللجوء إلى السلطات العامة في الدولة التي تبقى لها الصلاحية في رفض ذلك التنفيذ ويصبح قرار التحكيم عديم القيمة. فحتى أنصار المنهج المادي لا ينكرون ذلك بكونه لا يمكن التأكيد على وجود جزاء مستقل للقواعد الوضعية من كل تدخل للدولة، فهو منهج لا يعرف غير وسائل الجبر التي تملكها الدولة. وفي نفس السياق يصف الأستاذ باتيفول (*Batiffol*) القانون بأنه: "*تعبير عن إرادة السلطة بحيث يقوم على ما يفرزه المشرع التابع للدولة من قواعد، لكن رغم ذلك يلزم أن يكون هناك تلازم بين تلك السلطة والنظام القانوني، لأن فكرة النظام القانوني تفترض بالضرورة أبنية وتنظيماً ومؤسسات ومن ثمة وجود سلطة*"[1856].

إن هذه القواعد لا تنطوي على قيمة قانونية ذاتية فهي تستمد سلطانها من اندماجها في العقد، وبذلك تكون مجرد شروط تعاقدية لا قواعد قانونية. كما أن هذه القواعد لا زالت في بداية تكوينها، ومنه لا يمكن القول بأنها تشكل نظاماً قانونياً قائما بذاته قادرا على تغطية جميع المشكلات التي يثيرها التعامل عبر الشبكة الدولية[1857].

إن جوهر أي نظام قانوني يتمثل في وجود الجماعة أو التنظيم أي أن لكل مجموعة اجتماعية نظام قانوني، ومثل هذا التنظيم لا يمكن الادعاء بوجوده في ظل جماعات التجار المتعددة وغير المتجانسة والمتعارضة المصالح، وهذا كله لا يتفق وفكرة التنظيم اللازمة لوجود النظام القانوني، بل إن جماعة الانترنيت تضم أشخاصا ينتمون إلى دول وأنظمة قانونية متباينة ولا يوجد بينهم رابط اجتماعي[1858]، فلا يمكن الجزم بأنه يوجد مجتمع منظم متماسك يجمع كل المتعاملين مع شبكة الانترنت قادراً على خلق قواعد سلوكية ملزمة لهم، وذلك على غرار ما انتهى إليه الفقه بالنسبة لمجتمع التجار وممارسي التجارة الدولية[1859]، فهو مجتمع غير متجانس بل غير متماسك تتعارض مصالح أشخاصه. والدول غير متعاونة في هذا الشأن، وليس لديها الاستعداد لترك المنازعات التي يكون مواطنوها أطرافًا فيها كي يحكمها ذلك القانون. كما أن المصالح الاقتصادية والسياسية لكل دولة سوف تعترض

[1854] أحمد عبد الكريم سلامة، *القانون الدولي الخاص النوعي – الالكتروني – السياحي – البيئي*-، المرجع السابق، ص 25.

[1855] بهاء هلال دسوقي، *قانون التجار الدولي الجديد دراسة تحليلية*، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، 1994، ص 180.

[1856] مقتبس من، محمود محسوب، *نظرية قانون التجار الدولي بين الوهم والحقيقة*، ط.1، مطبعة حمادة القاهرة، 2004، ص.71.

[1857] مولاي حفيظ علوي قاديري، المرجع السابق، ص.75.

[1858] المرجع نفسه، ص.74.

[1859] Cf. PAUL Lagarde, *Approche critique de la lex mercatoria, in Mélanges Berthold GOLDMAN*, Le droit des relations économiques internationales, Litec, 1982, pp.125 et s.

كل محاولة لوجود واكتمال مثل هذا القانون الموضوعي. ويقول بعض الفقهاء[1860] في هذا الصدد أنه: "*لا يعتقد أن دولة كالصين مثلاً سوف ترتضي وتساهم في وضع قانون موضوعي للإنترنت تسمح قواعده بالانتشار الحر للأفكار والثقافات*"[1861].

كما أسفر عدم التجانس الناتج عن وجود طوائف عديدة من التجار والمهنيين والفنيين داخل جماعة الانترنت عن وجود عادات خاصة بكل فئة تعبر عن مصالحها المتعارضة، مما يصعب معه القول بتوافر فكرة التنظيم الموحد اللازم لقيام النظام القانوني[1862].

إضافة إلى ما سلف بيانه، فإن الاعتماد على الاتفاقيات الدولية كمصدر لهذا القانون يقلل من فعاليته نظرا لطول المدة المستغرقة لإعدادها والاتفاق عليها والانضمام إليها، بالإضافة إلى أن العقود النموذجية هي مجرد صيغ قانونية لا تتمتع بالقوة القانونية في حد ذاتها. كما لا تعد ملزمة إلا إذا تم الاتفاق عليها من قبل الأطراف. وعليه، يصبح مصدر الإلزام اتفاق الأطراف لا القاعدة في حد ذاتها؛ وهو الأمر الذي أكده مجلس الدولة الفرنسي[1863] بالقول بإمكانية تطبيق التشريعات الموجودة حاليا على الانترنيت وأننا لسنا بحاجة إلى قانون خاص بشبكة الانترنيت[1864].

رابعاً.– تقييم القواعد المادية للتجارة الالكترونية الدولية:

إن التزام الدقة القانونية يقتضي حسم هذا الخلاف لتحديد الطبيعة القانونية لتلك القواعد، وعلى رأي بعض الفقه من بينهم الأستاذ صالح المنزلاوي[1865] فإن الحجج التي ساقها أنصار الاتجاه الأول أنهم غالوا في الربط بين "*القواعد المادية المستحدثة* (*Lex électronica*) والقواعد المادية التقليدية (*Lex mercatoria*) على نحو لم يتصورا معه وجود الفكرة الأولى خارج إطار الفكرة الثانية، وهو ما قد يصعب التسليم بهذا الاتجاه الفقهي من عدة جوانب منها:

1.– إن الادعاء بأن هذا القانون يفتقد لعنصر الإلزام، وبذلك لا يوجد جزاء فإن هذا القول جانبه الصواب وذلك لأنه يتوافر فيه عنصر الإلزام وذلك بمجرد قيام الأطراف بالاتفاق عليه وقيام هيئات التحكيم

[1860] أشار إليه، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص.63؛ حمودي ناصر، *نزاعات العقود الالكترونية*، المرجع السابق، ص.177.

[1861] أحمد عبد الكريم سلامة، *الانترنيت والقانون الدولي الخاص*، المرجع السابق، ص.63.

[1862] المرجع نفسه، ص.64.

[1863] أشار إليه، عادل أبو هشيمة محمد حوتة، المرجع السابق، ص.155.

[1864] أشار إليه، حمودي ناصر، *نزاعات العقود الالكترونية*، المرجع السابق، ص.180.

[1865] صالح المنزلاوي، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية*، المرجع السابق، ص.ص.207 وما بعدها.

الإلكترونية بتطبيقه فيعني هذا بإلزاميته. حيث قام كل من القضاء والتحكيم بتبني القواعد المادية، التي أكدت استقرار تطبيقها في التجارة الدولية واتصافها بالعمومية والتجريد والإلزام والوضوح، وحتى بخصوص أحكام التحكيم فإن تنفيذها يتسم باليسر والسهولة حيث غالبا لا تصادف نفس الصعوبات التي تعترض تنفيذ أحكام القضاء[1866]. كما أن هذا القانون بتطبيقه للعادات والأعراف المتعارف عليها وكذلك القوانين والاتفاقيات الدولية وكذا قرارات هيئات التحكيم وغيرها؛ يعني أن جميع الأطراف قد تعارفوا على هذا القانون ووثقوا فيه وقبلوا تطبيقه وهذا منبع الإلزام. وفي نفس السياق يمكن القول أن معظم التنظيمات المهنية تتجه إلى وضع عقوداً نموذجية متضمنة العادات التجارية وكذا الأحكام الجديدة التي تكتسب مع مرور الوقت قوتها المرجعية من السلوك التداولي لها من قبل أعضاء هذا التنظيم المهني؛ وهو ما من شأنه أن يكسبها قوة فعلية ذات اثر محمود خصوصا في ظل غياب القواعد التشريعية الوطنية التي تعالج الجوانب الفنية للتعامل الالكتروني[1867].

2.– أمّا بالنسبة للجزاء فيبدو غير مقبول الربط بين فكرة النظام القانوني والجزاء الذي تكفله الدولة، إذ يكفي أن يشعر الأفراد بأهمية القاعدة القانونية وضرورتها لتنظيم مجتمعهم، وعلى الرغم من ذلك فإن قيام هيئات التحكيم الإلكترونية بتطبيقه يعني أنها سوف تقوم بتوقيع الجزاء من خلال حكمها الصادر عن من يخالف شروط العقود المبرمة بين الأطراف، وبذلك، فإن هذا القانون يتوافر له عنصر الإلزام والجزاء[1868].

3.– إن القول بأن القانون الموضوعي الإلكتروني يستمد سلطانه من ذاته دائما من خلال العقد المبرم بين الأطراف، تطبيقا للإرادة الحرة للأطراف بواسطة القواعد التكميلية أو الاختيارية مما لا يسمح بتكوين نظام قانوني مستقل، وعليه، فإنه لا يعد قانونا وإنما هو شرط من الشروط التعاقدية، هذا القول قد جانبه الصواب ويتضح ذلك من أن هذا القانون لا يستمد سلطانه فقط من إرادة الأطراف المتمثلة في العقد المبرم بينهم، بل يستمد سلطانه أيضا من روافد عديدة كالعادات والأعراف المستقرة في العالم الإلكتروني، وكذا القوانين الإلكترونية الدولية كتلك الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة وغرفة التجارة الدولية بباريس وكذلك القرارات الصادرة عن هيئات التحكيم الدولية، وكذا المنظمات والاتفاقيات الدولية، كل هذه المصادر وغيرها هي التي تعطي لهذا القانون سلطانا واحتراما من قبل الأطراف والهيئات على مستوى العالم. كما يجب أن لا ننسى أن للإرادة

[1866] احمد عبد الكريم سلامة، *نظرية العقد الدولي الطليق*، المرجع السابق، ص.37.

[1867] حمودي ناصر، *نزاعات العقود الالكترونية*، المرجع السابق، ص.184.

[1868] صالح المنزلاوي، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية*، المرجع السابق، ص.211.

الفردية دور متزايد في مجال تنظيم العقود الالكترونية المبرمة عبر الانترنيت، خصوصا وأنه ثبت أن العقد قادر على تنظيم المنازعات الدولية، حيث أن تكرار الاتفاق على بعض النصوص والأحكام في مجال التجارة الدولية الالكترونية سيحولها إلى عادات متداولة تحكم حركة التبادل في الوسط الذي بزغت فيه[1869].

كما أن القواعد المادية للتجارة الالكترونية لا تحتاج إلى أعمال منهج التنازع الدولي أو الرجوع لقواعد الإسناد، لأنها تتمتع بقوة ملزمة تسمح للمحكمين بتطبيقها على المنازعات المطروحة تطبيقا مباشرا[1870].

4.– إن الادعاء بأن المتعاملين عبر شبكة الإنترنت ينتمون إلى طوائف متعددة وكل طائفة لها نظامها الخاص والعادات الخاصة بها ومصالحها الخاصة، ومنه وجود مصالح متعددة يصعب معها وجود التنظيم الموحد اللازمة لقيام هذا القانون؛ فإن هذا القول قد بالغ وجانبه الصواب وذلك لأن المتعاملين عبر شبكة الإنترنت هم في الغالب يدورون في فلك واحد وهو الطبيعة الإلكترونية للتعاملات التي بينهم، وعليه، فإن القوانين التي تحكمهم والتي تتسم في الغالب بالطابع الإلكتروني لا تتغير من فئة لأخرى. فلو ذكرنا مثلا القواعد الخاصة بالقبول والإيجاب واستلام الرسائل فنجد أنها تطبق على جميع المتعاملين عبر شبكة الانترنت دون تفرقة، ومنه فإن هذا النقد لا يرقى للاعتراض على القانون الموضوعي الإلكتروني، كما أن تباين المصالح بين هذه الجماعات يعد من مقتضيات العمل التجاري بل ومن عوامل وحدته لا انقسامه إذ يبقى دائما وجود حد ادني من المصالح بين هذه الجماعات[1871].

تبعا لما سلف بيانه، يمكن القول أن مسألة وجود النظام القانوني للقواعد المادية للتجارة الالكترونية أصبحت مسألة واقع فرض نفسه على التجارة الدولية بممارساته الافتراضية، والمسألة لا ينبغي حصرها في نقاش فقهي حول مدى وجود النظام من عدمه، بل لا بد من العمل على تطوير هذا النوع من القواعد ومواجهة التحديات الناشئة عنها بوضع حلول قانونية مناسبة ومحاول احتواء هذه الممارسات الجديدة مثلما تم احتواء القواعد التقليدية للتجارة الدولية ابتداء من قبل، الأمر الذي قد يسمح بولادة قانون نوعي جديد يسمى بالقانون الموضوعي الالكتروني.

[1869] فاروق احمد الاباصيري، المرجع السابق، ص.131.

[1870] مولاي حفيظ علوي قاديري، المرجع السابق، ص.79.

[1871] هشام علي صادق، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية*، المرجع السابق، ص.ص.285 وما بعدها.

يقصد بالإسناد الشخصي ذلك الإسناد الذي يأخذ من الإرادة أساسا له في تحديد القانون الواجب، ولقد واجه العديد من الصعوبات كصعوبة التحقق من وجود إرادة التعاقد، يمكن الاستعانة بتقنية التشفير أو وسيط يتحقق من البيانات، وكذلك صعوبة تحديد هوية الأطراف، ولذلك لابد من وجود خبراء معلوماتيين للتحقيق في الهوية، وكذا ضرورة الاعتراف بالوثائق الالكترونية ومنحها الحجية اللازمة، إضافة إلى صعوبة التحقق من جدية التعاقد وإثباته؛ لأن التعامل عبر شبكة الانترنت يتضمن إلغاءً للأدلة المادية الملموسة فضلا عن المشاكل الفنية أثناء التعاقد، وكذا تباين التشريعات في تنظيم أدلة الإثبات وقبول الأدلة الالكترونية، وكذلك عدم تنظيم القانون المختار من الأطراف للعمليات الالكترونية. أما الصعوبات المتعلقة بالاختيار الضمني فهي تتمثل في صعوبة الاعتماد على القرائن والمؤشرات الدالة على الإرادة الضمنية كاللغة والعملة مثلا، كما أنه يصعب القول بأن الإرادة اتجهت إلى تطبيق قانون الدولة التي بها مقر المحكمة المتفق عليها، لأنه يمكن اعتماد محكمة افتراضية ذات عنوان الكتروني، كما يصعب إعمال قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين، لأنها تؤدي إلى تركيز الرابطة العقدية مكانيًا، أيضاً قد يؤدي التحديد الضمني إلى تحكم القاضي في تحديد قانون العقد، أما فكرة الموطن المشترك فيصعب تطبيقها لأن العقد الالكتروني يعتمد على عناوين افتراضية. إن صعوبة تحديد هوية وأهلية المتعاقد الالكتروني يعسِّر من إعمال ضابط الجنسية، كما يصعب إعمال ضابط مكان إبرام العقد لأن العالم الافتراضي يفتقر إلى التركيز المكاني. في ظل هذه الصعوبات برزت ظهرت فكرة الأداء المميز للعقد ومفاد هذا الأخير أن الدولة التي يرتبط بها العقد بروابطه الأكثر وثوقاً هي الدولة التي يوجد بها محل الإقامة العادية لطرف العقد المدين بالالتزام المميز له، كما واجه هذا المبدأ العديد من الصعوبات. تعرف القواعد المادية التقليدية بأنها تلك القواعد التي تضع حلا موضوعيا ومباشرا للعلاقات الدولية الخاصة. بقد عمل القضاء الفرنسي على خلق بعض القواعد المادية كقاعدة صحة شرط الدفع بالذهب رغم بطلانها في العقود الداخلية. تعتبر اتفاقية برن سنة 1890 أول اتفاقية دولية بشأن توحيد قواعد نقل البضائع، لتستكمل حركة التوحيد لاحقاً بجملة من الاتفاقيات. كذلك من مصادر القواعد المادية الأعراف والعادات التجارية الدولية ذات النشأة التلقائية من طرف مجتمع التجار الدولي، وهي قواعد موضوعية تهدف إلى الاستجابة لمتطلبات التجارة الدولية. تعرف القواعد المادية المستحدثة بأنها مجموعة القواعد التي تضع تنظيما مباشرا وخاصا للروابط القانونية التي تتم عبر الإنترنت، وتتميز بالنشأة التلقائية والطائفية والنوعية وذات طبيعة موضوعية ومادية ومباشرة وعبر دولية. تشمل مصادر هذه القواعد مختلف الاتفاقيات الدولية الناظمة للتجارة الالكترونية، حيث تعد اتفاقية الأمم المتحدة للخطابات الالكترونية لسنة 2005 أهم اتفاقية في هذا الشأن، وكذلك التوصيات والأعمال الدولية الأساسية، وكذا الأعراف والعادات التجارية الدولية والعقود النموذجية، وكذلك تقنينات السلوك. يذهب الاتجاه المعترف بهذه القواعد إلى أنها تنظيم قانوني يعادل القواعد التقليدية، يحكمه مجتمع خاص متماسك ويفرض الجزاءات وله القدرة على خلق قواعد سلوكية ذات قيمة قانونية ملزمة. بينما يتمسك الرافضون لهذه القواعد بأنها غير ملزمة وتفتقد إلى الجزاء وأنها مجرد شروط تعاقدية لا قواعد قانونية، وكذا تباين جماعة الانترنيت. عموما، يمكن القول أن هذه القواعد فرضت نفسها في الواقع بحكم طبيعتها المنسجمة مع البيئة الرقمية، لذلك وجب تطويرها بهدف إيجاد حلول قانونية مناسبة.

خـــــاتمـــــة

لقد كان لتزاوج شبكة الانترنيت مع عالم التجارة الأثر البالغ في حياة الإنسان المعاصر، فقد نتج عن هذا التزاوج ميلاد ما يسمى بالتجارة الالكترونية. هذا الوافد الجديد الذي رمى بأدبياته غير المألوفة على حياة الإنسان التي تطبعها الرتابة والإيمان بكل ما هو ملموس. فبقدر ما أثمر هذا التزاوج ايجابيات جمة فرَّخ كذلك عديد السلبيات. فمما يحسب على التشريعات الناظمة للتجارة الالكترونية هو تباينها واختلافها في بعض المسائل المرتبطة بها، كما أنه يوجد بها بعض الفجوات التشريعية التي تستوجب النظر الدقيق، فضلا عن أن هناك تشريعات لا زالت متخلفة عن تنظيم المعاملات الالكترونية عموما.

وعليه، ما يسجل على التعريفات الخاصة بالعقد الالكتروني ومنها التشريع الجزائري هو إهمالها لذكر نتيجة تطابق الإرادتين المتمثلة في إحداث أثر قانوني وترتيب الالتزامات التعاقدية، فكان من المفروض تعريف العقد الالكتروني بما اشتمل عليه وليس بوسيلته، كما ذهب إليه التعريف الصادر عن لجنة الأونسيترال للأمم المتحدة حيث عرفت العقد الالكتروني بواسطة رسالة البيانات. لقد كان المشرع الجزائري صريحا من خلال المادة السادسة من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية في إضفائه لوصف الإذعان على العقود الالكترونية؛ الأمر الذي يستوجب من المشرع إفراد حماية قصوى للمستهلك الالكتروني. كذلك، رغم التعديلات التي جاء بها القانونين المتضمنين على التوالي تعديل القانون المدني وهما: القانون رقم 05-10 والقانون رقم 07-05 لم يهتم المشرع الجزائري بمرحلة التفاوض، إضافة إلى سكوته عن حماية المتعاقد في المرحلة السابقة على التعاقد؛ تاركا الأمر بيد القضاء الذي درج على اعتباره مجرد عمل مادي يستوجب المسؤولية التقصيرية. لهذا، نهيب بالمشرع تنظيم جميع الجوانب التي يمسها التفاوض، ومن ذلك طبعاً التفاوض الالكتروني. وحسنا فعل المشرع الجزائري، حينما أضفى عناية هامة بالإعلام الالكتروني وفق القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية.

رغم إجماع النظم القانونية على ضرورة كمال الأهلية لإبرام العقد، ولكن يبقى السؤال المطروح هو على من تقع المسؤولية إذا تعاقد عديم الأهلية أو ناقصها مع المتعاقد الآخر كامل الأهلية؛ وهو يظهر نفسه بأنه كامل الأهلية بأحد الوسائل الالكترونية؟ ثم ما هي الآثار التي تترتب على هذا العقد الالكتروني؟ وما طبيعة المسؤولية أهي عقدية أم تقصيرية؟ جواباً على هذا السؤال يمكن الاسترشاد بما ذهب إليه كل من القانون والقضاء الانجليزيين في التمييز بين نوعين من العقود الالكترونية التي يبرمها القاصر؛ عقود ضرورية له فيها منفعة تخضع للأصل العام في إبطال العقود لنقص الأهلية، وعقود غير ضرورية تندرج في الاستثناء عن المبدأ العام. لهذا على الارادة التشريعية في الجزائر الاسترشاد بالمادة 50 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، التي فرضت توقيع عقوبة جزائية على كل من يستغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الإلكتروني؛ يدفعه للالتزام حاضراً أو آجلا بأي شكل من الأشكال.

خلافاً للتشريعات المقارنة، لم يتضمن القانون الجزائري رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية تحديد مدة العدول بدقة، حيث ورد بالمادة 11 عبارة عامة مضمونها: "*شروط وأجال العدول عند الاقتضاء*". بل ولم يشر حتى إلى كيفية احتساب الآجال، كما فعل في البيع بالمنزل وفي عقد القرض الاستهلاكي، وهذا لا يتفق مع مقتضيات حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في رابطة عقدية الكترونية يصنفها الكثير ضمن خانة الإذعان؛ الأمر الذي يستوجب إدراج هذه المدة، وتحديد طريقة احتسابها كونها في صالح المستهلك الالكتروني. بالعودة إلى القانون التجاري المعدل بموجب القانون رقم 05-02 المتضمن تعديل القانون التجاري نجده تضمن في الفصل الثالث منه الإشارة إلى بطاقات السحب والدفع في المواد 543 مكرر 23 و 543 مكرر 24، وعدا هذه المواد لا يوجد نص تشريعي ينظم هذا الأسلوب من الدفع أيّ الدفع الإلكتروني، مما يحتم على الإرادة التشريعية ضرورة التدخل بإفراد تنظيم خاص يضبط هذه الوسائل، أُسوة بما قامت به بلجيكا بإصدار قانون العمليات التي تتم باستخدام أدوات تحويل الأموال الإلكترونية المؤرخ في 17 من جويلية سنة 2002. حسنا ما فعل المشرع الفرنسي حينما أدرج الالتزام بالإعلام صراحة وفق المادة 1112 الفقرة الأولى من القانون المدني الفرنسي، بعد تعديلها بموجب الأمر 16-131 المؤرخ في 10 من فيفري سنة 2016. بذل المشرع الجزائري مؤخرا مساعي محمودة لتكريس الحماية اللازمة للبيانات الشخصية، وصل به الأمر إلى إدراجها ضمن المادة 46 الفقرة الرابعة من الدستور، إضافة إلى صدور قانون خاص بالمعطيات الشخصية وهو القانون رقم 18-07 بتاريخ 10 من جوان سنة 2018 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، وكذلك المادة 26 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية.

وسع المشرع الجزائري من مفهوم الكتابة كدليل ثبوتي، لكن يبقى السؤال المطروح حول مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة في الشكل الالكتروني والكتابة على الورق؟ لهذا بات الأمر ملحا لتدخل تشريعي يعدل قواعد الإثبات القائمة؛ من اجل وضع قواعد من شأنها أن تكفل الاعتراف للكتابة الالكترونية بالحجية في الإثبات مساوية لنظيرتها التقليدية، وذلك عملا بالحل التشريعي الذي جاء به المشرع الفرنسي وفق المادة 1368 من القانون المدني[1872]، المتمثل في تخويل القاضي السلطة التقديرية في ترجيح الدليل الأكثر مصداقية. هذا، وتحسن الإشارة إلى أنه حريٌ بمشرعنا أن يستبدل عبارة "الوسيلة" بعبارة "الدعامة" (*support*) الواردة في تعريف الكتابة الالكترونية.

[1872] Article 1368: «*A défaut de dispositions ou de conventions contraires, le juge règle les conflits de preuve par écrit en déterminant par tout moyen le titre le plus vraisemblable*», Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 4.

ووفقاً للمادة السادسة الفقرة الثانية من القانون الفرنسي المتعلق بـ *"الثقة في الاقتصاد الرقمي"*؛ يتمتع كل شخص طبيعي أو معنوي بحق الرد على أيَّة مادة معلوماتية منشورة على شبكة الإنترنت أو تنتهك حقوقه، يعتبر هذا التدخل التشريعي من أحسن الحلول التي تكفل مبدأ الوجاهة؛ بما يحفظ حقوق الأفراد. فحريٌّ على المشرع الجزائري الاسترشاد بهذا الإجراء في ظل الانتشار الرهيب للمحتويات المعلوماتية غير المشروعة في الجزائر والتي لا تخطئها العين بل ويقرها الواقع المشهود. الملاحظ على القانون الفرنسي رقم 2004-575 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي أنه يميز بين مستضيفي البيانات (*Hébergeurs*) وبين الناشرين (*Editeurs*)، وبذلك يطبق قواعد مستضيفي البيانات على وسائل التواصل الاجتماعي بمختلف أنماطها، وهو حل دقيق اتبعه المشرع الفرنسي للترتيب الحقوق والمسؤوليات بشكل عادل على كل متدخل في صناعة المحتوى الالكتروني.

إن ما يميز ما جاء به القانون الفرنسي عن القانونين الألماني والأمريكي وكذا التوجيه الأوروبي، أنه لم يكتف بتأكيد مبدأ عدم مسؤولية متعهد الإيواء فحسب، بل ذهب إلى ابعد من ذلك في حصر مسؤوليته المحتملة في حالة وحيدة وهي: عدم مبادرة هذا المتعهد إلى إزالة المشكو منه بناء على طلب السلطة القضائية وحدها، فلا يسأل إذا ورد مثلاً هذا الطلب إليه من غير السلطة القضائية، سواء من قبل المتضرر أو من قبل الغير. على الرغم من أن المادة 12 من القانون الجزائري رقم 09-04 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها لم تذكر مقدم خدمة الإيواء من حيث اللفظ، إلا أنه ورد بها وضمن المفهوم العام، لكن كان حريا بالمشرع وعلى مثال التشريعات الأوروبية أن يحدد بدقة مفهوم كل متدخل بطرق مباشر أو غير مباشر في صناعة المحتوى المعلوماتي.

وفقاً لأحكام التوجيه الأوروبي رقم 29/2001 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة في مجتمع المعلوماتية، ووفقاً لما جاء به القانون الفرنسي رقم 2006-961 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة؛ فإن عملية النسخ المؤقَّت لا تُشكِّل انتهاكاً لحق المؤلِّف والحقوق المجاورة له، بشرط انحصار العملية في نطاق محدود، وضرورة إيصال المعلومات كما هي دون إجراء أيِّ تعديلٍ أو تحديثٍ عليها من قِبل ناقل المعلومات؛ ولذلك، يتجه الرأي إلى السماح بذلك كاستثناء على حق المؤلف والحقوق الأخرى المجاورة له، حيث يعد ذلك ضروريا ولا مفر منه لعملية النقل. يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار مدى التفاوت بين مركز مقدم الخدمة بصفته مهني والمشترك بصفته شخص طبيعي في الأغلب، ومن ثمة يجب التشديد على مقدم الخدمة ومحاسبته وفقا لمعيار المهني المتخصص في مجال الانترنيت.

إن المتتبع لمجمل قرارات القضاء في مجال المسؤولية الالكترونية يكتشف مدى ارتكازها على مبدأ جوهري واحد؛ وهو المسؤولية عن الخطأ، وبذلك، لا يُتصوَّر إمكانية تهرُّب مقدمي خدمات الإنترنت على اختلاف أعمالهم

سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من هذه القاعدة، والتي تتفق في حيثياتها مع ما جاءت به تشريعات بعض الدول الأُوروبية والأمريكية، التي رسمت ملامح وأساس مسؤولية مقدمي خدمات الإنترنت، فرفعت بذلك عن كاهل القضاء عبء التصدي وحده لتقرير القواعد الخاصة بالمسؤولية في هذا المجال. مما يسجل على تعريف المشرع الجزائري لشهادة التصديق الإلكتروني؛ وفقا للقانون رقم 15-04 المحدد للقواعد المتعلقة بالتصديق والتوقيع الالكترونيين أنه عرفها إستناداً إلى وظيفتها، ولم يربطها بالجهة المصدرة لهذه الشهادة، وكان حريا به أن يربطها بالقائم حتى يكون التعريف شاملاً ومانعاً.

من استقراء مضمون المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري يتبين حصر المشرع لنطاق تطبيق ضابط الجنسية على نوع واحد فقط من الدعاوى، وهي تلك الدعاوى المتعلقة بالالتزامات التعاقدية دون غيرها، وهذا بخلاف ما ذهب إليه المشرع الفرنسي ضمن المادتين 14 و15 من القانون المدني. قانون الأونسيترال للأمم المتحدة عالج مشكلة تحديد مكان إبرام العقد الالكتروني بمنهج افتراضي، بحيث أشار إلى أن الرسالة يفترض أنها قد سلمت في مقر عمل المرسل إليه، لكن عيب على هذا التحديد عدم واقعيته، لهذا طرحت بعض البدائل كفكرة المقر الأوثق صلة بالمعاملات المعنية أو مقر العمل الرئيسي. أقرت بعض المقترحات بشأن مكان التنفيذ، قد تكون ذات جدوى في تحديد الاختصاص، كاقتراح مكان وجود الخادم أو مكان وجود مزود خدمة الانترنيت أو الاعتداد بمواقع الأطراف، أو المكان الذي يتم فيه استقبال الخدمات المعلوماتية، والذي عادة ما يكون مطابقاً لمقر عمل صاحب ذلك الموقع.

تعتبر فكرة النقطة المميزة التي طرحها القضاء الأمريكي حلا مقبولا لمشكلة تحديد المحكمة المختصة بالنظر في دعوى الفعل ألتقصيري الالكتروني. تعتبر محكمة موطن المستهلك الالكتروني آلية حمائية جديدة لهذا الأخير استحدثها تشريع بروكسل رقم 44/2001. يلزم التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 الدول الأعضاء بإزالة العوائق التشريعية التي تحول دون استخدام بدائل تسوية المنازعات بين موردي خدمات المعلومات والمستفيدين منها خارج المحاكم، لهذا يمكن الاستفادة من تطبيقات التحكيم الالكتروني كالمحكمة الافتراضية والقاضي الافتراضي، إضافة إلى الاستفادة من الحلول التي تطرحها الوساطة الالكترونية نظرا لبساطتها وسرعتها وقلة تكاليفها.

خلصت التحقيقات التي أجرتها أمانة الأونسيترال إلى نتيجة مفادها وجود مشاكل يثيرها استخدام البيانات المخزنة في الحواسيب الآلية كدليل إثبات في المنازعات، لذلك أوصت اللجنة الحكومات بإعادة النظر في القواعد القانونية التي تعوق استخدام الوسائل الالكترونية كأدلة في الدعاوي القضائية؛ بغية تفادي ما يحول دون قبولها من عقبات لا مبرر لها. عموما، يمكن القول أن مشاكل التجارة الالكترونية في مجال الإثبات تنحصر في الكتابة والتوقيع والمستند، وهذه المفاهيم التقليدية للإثبات لم تعد ملائمة للتطبيق على العمليات الإلكترونية.

الحقيقة أن إسناد الرابطة العقدية لقانون الجنسية المشتركة هو إسناد منتقد يصعب التعويل عليه في مجال العقود الالكترونية، لضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق وفقا لهذا الأساس والعقد؛ لصعوبة تحديد هوية الأطراف وكذا أماكن تواجدهم. على الرغم من أهمية تنفيذ العقد الالكتروني إلا أن النظم القانونية على اختلافها لم تقدم حلا لهذه المشكلة، غير أن القضاء الفرنسي قدم حلا يتمثل في مكان ربط المستخدم بالشبكة، وهناك من نادى بتطبيق المنهج الافتراضي الذي قدمته لجنة الأونسيترال للأمم المتحدة، في حين يرى تيار فقهي آخر ضرورة الاعتداد بأكثر الأماكن ارتباطاً بالعقد. توسعةً للحلول المقترحة لفض منازعات التجارة الالكترونية في العلاقات الدولية الخاصة؛ كان حريا بالمشرع الجزائري عدم الانكفاء على الضوابط الجامدة، لتشمل كذلك ضابط الأداء المميز المتصف بالمرونة في حل النزاع.

يعد القانون الموضوعي الالكتروني؛ احد الحلول الواقعية التي فرضت نفسها، بحكم أنه وضع قواعد تنظيمية ومباشرة، بل وخاصة ومستقلة عن القوانين الوطنية للدول، بحيث وجد ليحكم علاقات تتسم بالطبيعة الدولي والافتراضية. تعد الاتفاقية الصادرة عن الأمم المتحدة والخاصة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية بنيويورك سنة 2005؛ أهم اتفاقية كان لها الدور البارز في تكوين بعض القواعد المادية للتجارة الالكترونية، فالمتفحص في بنودها يخرج بقناعة مفادها أنها استجمعت كل ملامح النظرة التوحيدية للقواعد المادية للتجارة الالكترونية، وهو أمر محمود الطلب في البيئة الرقمية. وبخصوص الخلاف الفقهي حول القيمة القانونية للأعراف والعادات في مجال التجارة الالكترونية؛ ذهب الأستاذ "*V.Gautrais*" إلى القول بأنه: "*من الملائم في مجال التجارة الالكترونية إحلال مفهوم التوقع محل العنصر النفسي للتحقق من وجود القاعدة العرفية، فتعدد هذه المعايير المادية والنفسية للقاعدة العرفية يجعل من الصعب بمكان نقلها بمواصفاتها التقليدية إلى مجال العقود الالكترونية*"[1873]. لا يمكن إنكار ما لدور تقنينات السلوك في خلق قواعد سلوك تؤدي إلى أخلقة البيئة الرقمية، بالرغم من أنها لا تضفي عليها قوة الإلزام التي هي من خصائص القوانين والمعاهدات. آن الأوان للاعتراف لجماعة الانترنت بالقدرة على خلق القواعد السلوكية التي تحكم معاملاتهم، فهذه القواعد لها قيمة قانونية ملزمة تمكنها من حسم المنازعات الالكترونية. لهذا، يمكن القول أن هذه القواعد فرضت نفسها في الواقع بحكم طبيعتها المنسجمة مع البيئة الرقمية، ومنه وجب تطويرها بهدف إيجاد حلول قانونية ملائمة للبيئة الرقمية.

[1873] مقتبس من، صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.239.

الملاحق

تتضمن هذه الملاحق أهم قانونين رصدهما المشرع الجزائري لتنظيم التجارة الالكترونية وهما القانون رقم 18-05 والقانون رقم 15-04

الملحق رقم 01

قانون رقم 18-05 ممضي في 10 مايو 2018

يتعلق بالتجارة الإلكترونية

الجريدة الرسمية عدد 28 مؤرخة في 16 مايو 2018، الصفحة 4

قوانين

قانون رقم 18-05 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية.

إنّ رئيس الجمهورية،

– بناء على الدستور، لا سيما المواد 43 و46 و136 و138 و140 و143 و144 منه،

– وبمقتضى الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدّل والمتمّم،

– وبمقتضى الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى القانون رقم 79-07 المؤرخ في 26 شعبان عام 1399 الموافق 21 يوليو سنة 1979 والمتضمن قانون الجمارك، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى القانون رقم 84-21 المؤرخ في أول ربيع الثاني عام 1405 الموافق 24 ديسمبر سنة 1984 والمتضمن قانون المالية لسنة 1985، لاسيما المادة 156 منه، المعدلة والمتممة،

– وبمقتضى القانون رقم 90-22 المؤرخ في 27 محرم عام 1411 الموافق 18 غشت سنة 1990 والمتعلق بالسجل التجاري، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى الأمر رقم 96-22 المؤرخ في 23 صفر عام 1417 الموافق 9 يوليو سنة 1996 والمتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003 والمتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003 والمتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة،

– وبمقتضى الأمر رقم 03-07 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003 والمتعلق ببراءات الاختراع،

– وبمقتضى الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت سنة 2003 والمتعلق بالنقد والقرض، المعدّل والمتمم،

– وبمقتضى القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى القانون رقم 04-08 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1425 الموافق 14 غشت سنة 2004 والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى القانون رقم 05-01 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 6 فبراير سنة 2005 والمتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،

– وبمقتضى القانون رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المعدّل،

– وبمقتضى القانون رقم 09-04 المؤرخ في 14 شعبان عام 1430 الموافق 5 غشت سنة 2009 والمتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها،

– وبمقتضى القانون رقم 15-04 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق أول فبراير سنة 2015 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين،

– وبمقتضى القانون رقم 15-13 المؤرّخ في 28 رمضان عام 1436 الموافق 15 يوليو سنة 2015 والمتعلق بأنشطة وسوق الكتاب، لاسيما المادتان 32 و33 منه،

– وبمقتضى القانون رقم 18-04 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية،

– وبعد رأي مجلس الدولة،

– وبعد مصادقة البرلمان،

يصدر القانون الآتي نصه :

الباب الأول
أحكام عامة

المادّة الأولى : يحدد هذا القانون القواعد العامة المتعلقة بالتجارة الإلكترونية للسلع والخدمات.

المادّة 2 : يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية في حالة ما إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني :

– متمتعا بالجنسية الجزائرية، أو

– مقيما إقامة شرعية في الجزائر، أو

– شخصا معنويا خاضعا للقانون الجزائري،

أو كان العقد محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر.

المادّة 3 : تمارس التجارة الإلكترونية في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما.

غير أنه، تمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية تتعلق بما يأتي :

– لعب القمار والرهان واليانصيب،

– المشروبات الكحولية والتبغ،

– المنتجات الصيدلانية،

– المنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو التجارية،

– كل سلعة أو خدمة محظورة بموجب التشريع المعمول به،

– كل سلعة أو خدمة تستوجب إعداد عقد رسمي.

تخضع كل المعاملات التي تتم عن طريق الاتصالات الإلكترونية إلى الحقوق والرسوم التي ينص عليها التشريع والتنظيم المعمول بهما.

المادّة 4 : يمكن أن تكون الاستثمارات الداعمة لأنشطة التجارة الإلكترونية موضوع تدابير تحفيزية طبقا للتشريع المعمول به.

المادّة 5 : تمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية في العتاد والتجهيزات والمنتجات الحساسة المحددة عن طريق التنظيم المعمول به، وكذا كل المنتجات و/أو الخدمات الأخرى التي من شأنها المساس بمصالح الدفاع الوطني والنظام العام والأمن العمومي.

المادّة 6 : يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي :

التجارة الإلكترونية : النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني، عن طريق الاتصالات الإلكترونية.

العقد الإلكتروني : العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني.

المستهلك الإلكتروني : كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي.

المورد الإلكتروني : كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية.

وسيلة الدفع الإلكتروني : كل وسيلة دفع مرخص بها طبقا للتشريع المعمول به تمكن صاحبها من القيام بالدفع عن قرب أو عن بعد، عبر منظومة إلكترونية.

الإشهار الإلكتروني : كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع سلع أو خدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية.

الطلبية المسبقة : هو تعهد بالبيع يمكن أن يقترحه المورد الإلكتروني على المستهلك الالكتروني في حالة عدم توفر المنتوج في المخزون.

اسم النطاق : عبارة عن سلسلة أحرف و/أو أرقام مقيّسة ومسجلة لدى السجل الوطني لأسماء النطاق، وتسمح بالتعرف والولوج إلى الموقع الإلكتروني.

الباب الثاني
ممارسات التجارة الإلكترونية

الفصل الأول
المعاملات التجارية العابرة للحدود

المادّة 7 : يعفى من إجراءات مراقبة التجارة الخارجية والصرف، البيع عن طريق الاتصالات الإلكترونية لسلعة و/أو خدمة من طرف مورد إلكتروني مقيم لمستهلك إلكتروني موجود في بلد أجنبي، عندما لا تتجاوز قيمة هذه السلعة أو الخدمة ما يعادلها بالدينار الحد المنصوص عليه في التشريع والتنظيم المعمول بهما.

يجب أن تحوّل عائدات هذا البيع بعد الدفع إلى حساب المورد الإلكتروني الموطّن في الجزائر لدى بنك معتمد من قبل بنك الجزائر، أو لدى بريد الجزائر.

يعفى من إجراءات مراقبة التجارة الخارجية والصرف شراء السلع و/أو الخدمات الرقمية الموجهة حصريا للاستعمال الشخصي من قبل مستهلك إلكتروني مقيم بالجزائر لدى مورد إلكتروني موجود في بلد أجنبي عندما لا تتجاوز قيمة هذه السلعة أو الخدمة ما يعادلها بالدينار الحد المنصوص عليه في التشريع والتنظيم المعمول بهما.

تتّم تغطية الدفع الإلكتروني بمناسبة هذا الشراء عن طريق الحساب البنكي بالعملة الصعبة "شخص طبيعي" للمستهلك الإلكتروني الموطّن بالجزائر.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة، عند الحاجة، عن طريق التنظيم.

الفصل الثاني
شروط ممارسة التجارة الإلكترونية

المادّة 8 : يخضع نشاط التجارة الإلكترونية للتسجيل في السجل التجاري أو في سجل الصناعات التقليدية والحرفية، حسب الحالة، ولنشر موقع إلكتروني أو صفحة إلكترونية على الإنترنت، مستضاف في الجزائر بامتداد "com.dz".

يجب أن يتوفر الموقع الإلكتروني للمورد الإلكتروني على وسائل تسمح بالتأكد من صحته.

المادّة 9 : تنشأ بطاقية وطنية للموردين الإلكترونيين لدى المركز الوطني للسجل التجاري، تضم الموردين الإلكترونيين المسجلين في السجل التجاري، أو في سجل الصناعات التقليدية والحرفية.

لا يمكن ممارسة نشاط التجارة الإلكترونية إلا بعد إيداع اسم النطاق لدى مصالح المركز الوطني للسجل التجاري.

تنشر البطاقية الوطنية للموردين الإلكترونيين عن طريق الاتصالات الإلكترونية وتكون في متناول المستهلك الإلكتروني.

الفصل الثالث
المتطلبات المتعلقة بالمعاملات التجارية عن طريق الاتصال الإلكتروني

المادّة 10 : يجب أن تكون كل معاملة تجارية إلكترونية مسبوقة بعرض تجاري إلكتروني وأن توثق بموجب عقد إلكتروني يصادق عليه المستهلك الإلكتروني.

المادّة 11 : يجب أن يقدّم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر، المعلومات الآتية :

- رقم التعريف الجبائي، والعناوين المادية والإلكترونية، ورقم هاتف المورّد الإلكتروني،
- رقم السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية للحرفي،
- طبيعة، وخصائص وأسعار السلع أو الخدمات المقترحة باحتساب كل الرسوم،
- حالة توفر السلعة أو الخدمة،
- كيفيات ومصاريف وآجال التسليم،
- الشروط العامة للبيع، لاسيما البنود المتعلقة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي،
- شروط الضمان التجاري وخدمة ما بعد البيع،
- طريقة حساب السعر، عندما لا يمكن تحديده مسبقا،
- كيفيات وإجراءات الدفع،
- شروط فسخ العقد عند الاقتضاء،
- وصف كامل لمختلف مراحل تنفيذ المعاملة الإلكترونية،
- مدة صلاحية العرض، عند الاقتضاء،
- شروط وآجال العدول، عند الاقتضاء،
- طريقة تأكيد الطلبية،
- موعد التسليم وسعر المنتوج موضوع الطلبية المسبقة وكيفيات إلغاء الطلبية المسبقة، عند الاقتضاء،

– طريقة إرجاع المنتوج أو استبداله أو تعويضه،

– تكلفة استخدام وسائل الاتصالات الإلكترونية عندما تحتسب على أساس آخر غير التعريفات المعمول بها.

المادّة 12 : تمر طلبية منتوج أو خدمة عبر ثلاث مراحل إلزامية :

– وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الإلكتروني، بحيث يتم تمكينه من التعاقد بعلم ودراية تامة،

– التحقق من تفاصيل الطلبية من طرف المستهلك الإلكتروني، لاسيما فيما يخص ماهية المنتوجات أو الخدمات المطلوبة، والسعر الإجمالي والوحدوي، والكميات المطلوبة بغرض تمكينه من تعديل الطلبية، وإلغائها أو تصحيح الأخطاء المحتملة،

– تأكيد الطلبية الذي يؤدي إلى تكوين العقد.

يجب أن يكون الاختيار الذي يقوم به المستهلك الإلكتروني معبرا عنه بصراحة.

يجب ألّا تتضمن الخانات المعدة للملء من قبل المستهلك الإلكتروني، أية معطيات تهدف إلى توجيه اختياره.

المادّة 13 : يجب أن يتضمن العقد الإلكتروني على الخصوص المعلومات الآتية :

– الخصائص التفصيلية للسلع أو الخدمات،

– شروط وكيفيات التسليم،

– شروط الضمان وخدمات ما بعد البيع،

– شروط فسخ العقد الإلكتروني،

– شروط وكيفيات الدفع،

– شروط وكيفيات إعادة المنتوج،

– كيفيات معالجة الشكاوى،

– شروط وكيفيات الطلبية المسبقة عند الاقتضاء،

– الشروط والكيفيات الخاصة المتعلقة بالبيع بالتجريب عند الاقتضاء،

– الجهة القضائية المختصة في حالة النزاع، طبقا لأحكام المادة 2 أعلاه،

– مدة العقد حسب الحالة.

المادّة 14 : في حالة عدم احترام أحكام المادة 10 أو أحكام المادة 13 أعلاه، من طرف المورد الإلكتروني، يمكن المستهلك الالكتروني أن يطلب إبطال العقد والتعويض عن الضرر الذي لحق به.

المادّة 15 : لا يمكن أن تكون الطلبية المسبقة محل دفع إلا في حالة توفر المنتوج في المخزون.

بمجرد توفر المنتوج تتحول الطلبية المسبقة بصفة ضمنية إلى طلبية مؤكدة.

دون المساس بحق المستهلك الإلكتروني في التعويض، يجب على المورد الإلكتروني إرجاع الثمن في حالة دفعه قبل توفر المنتوج في المخزون.

الفصل الرابع

التزامات المستهلك الإلكتروني

المادّة 16 : ما لم ينص العقد الإلكتروني على خلاف ذلك، يلتزم المستهلك الإلكتروني بدفع الثمن المتفق عليه في العقد الإلكتروني بمجرد إبرامه.

المادّة 17 : يجب على المورد الإلكتروني أن يطلب من المستهلك الإلكتروني توقيع وصل استلام عند التسليم الفعلي للمنتوج أو تأدية الخدمة موضوع العقد الإلكتروني.

لا يمكن المستهلك الإلكتروني أن يرفض توقيع وصل الاستلام.

تسلّم نسخة من وصل الاستلام وجوبا للمستهلك الإلكتروني.

الفصل الخامس

واجبات المورد الإلكتروني ومسؤولياته

المادّة 18 : بعد إبرام العقد الإلكتروني، يصبح المورد الإلكتروني مسؤولا بقوة القانون أمام المستهلك الإلكتروني عن حسن تنفيذ الالتزامات المترتبة على هذا العقد، سواء تم تنفيذها من قبله أو من قبل مؤديي خدمات آخرين، دون المساس بحقه في الرجوع ضدهم.

غير أنه، يمكن المورد الإلكتروني أن يتحلل من كامل مسؤوليته أو جزء منها إذا أثبت أن عدم التنفيذ أو سوءه يعود إلى المستهلك الإلكتروني أو إلى قوة قاهرة.

المادّة 19 : بمجرد إبرام العقد، يلزم المورد الإلكتروني بإرسال نسخة إلكترونية من العقد إلى المستهلك الإلكتروني.

المادّة 20 : يترتب على كل بيع لمنتوج أو تأدية خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية، إعداد فاتورة من قبل المورد الإلكتروني، تسلّم للمستهلك الإلكتروني.

يجب أن تعد الفاتورة طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

يمكن أن يطلب المستهلك الإلكتروني الفاتورة في شكلها الورقي.

المادّة 21 : عندما يسلّم المورد الإلكتروني منتوجا أو خدمة لم يتم طلبها من طرف المستهلك الإلكتروني، لا يمكنه المطالبة بدفع الثمن أو مصاريف التسليم.

المادّة 22 : في حالة عدم احترام المورد الإلكتروني لآجال التسليم، يمكن المستهلك الإلكتروني إعادة إرسال المنتوج على حالته في أجل أقصاه أربعة (4) أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، دون المساس بحقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر.

وفي هذه الحالة، يجب على المورد الإلكتروني أن يرجع إلى المستهلك الإلكتروني المبلغ المدفوع والنفقات المتعلقة بإعادة إرسال المنتوج، خلال أجل خمسة عشر (15) يوما ابتداء من تاريخ استلامه المنتوج.

المادّة 23 : يجب على المورد الإلكتروني استعادة سلعته، في حالة تسليم غرض غير مطابق للطلبية أو في حالة ما إذا كان المنتوج معيبا.

يجب على المستهلك الإلكتروني إعادة إرسال السلعة في غلافها الأصلي، خلال مدة أقصاها أربعة (4) أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، مع الإشارة إلى سبب الرفض، وتكون تكاليف إعادة الإرسال على عاتق المورد الإلكتروني.

ويلزم المورد الإلكتروني بما يأتي :

– تسليم جديد موافق للطلبية، أو

– إصلاح المنتوج المعيب، أو

– استبدال المنتوج بآخر مماثل، أو

– إلغاء الطلبية وإرجاع المبالغ المدفوعة دون الإخلال بإمكانية مطالبة المستهلك الإلكتروني بالتعويض في حالة وقوع ضرر.

يجب أن يتم إرجاع المبالغ المدفوعة خلال أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ استلامه المنتوج.

المادّة 24 : على المورد الإلكتروني عدم الموافقة على طلبية منتوج غير متوفر في مخزونه.

المادّة 25 : يجب على كل مورد إلكتروني حفظ سجلات المعاملات التجارية المنجزة وتواريخها وإرسالها إلكترونيا إلى المركز الوطني للسجل التجاري.

تحدد كيفيات تطبيق أحكام هذه المادة عن طريق التنظيم.

المادّة 26 : ينبغي للمورد الإلكتروني الذي يقوم بجمع المعطيات ذات الطابع الشخصي ويشكل ملفات الزبائن والزبائن المحتملين، ألا يجمع إلا البيانات الضرورية لإبرام المعاملات التجارية. كما يجب عليه :

– الحصول على موافقة المستهلكين الإلكترونيين قبل جمع البيانات،

– ضمان أمن نظم المعلومات وسرية البيانات،

– الالتزام بالأحكام القانونية والتنظيمية المعمول بها في هذا المجال.

يتم تحديد كيفيات تخزين المعطيات ذات الطابع الشخصي وتأمينها وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

الفصل السادس

الدفع في المعاملات الإلكترونية

المادّة 27 : يتم الدفع في المعاملات التجارية الإلكترونية إما عن بعد أو عند تسليم المنتوج، عن طريق وسائل الدفع المرخص بها، وفقا للتشريع المعمول به.

عندما يكون الدفع إلكترونيا، فإنه يتم من خلال منصات دفع مخصصة لهذا الغرض، منشأة ومستغلّة حصريا من طرف البنوك المعتمدة من قبل بنك الجزائر وبريد الجزائر وموصولة بأي نوع من أنواع محطات الدفع الإلكتروني عبر شبكة المتعامل العمومي للمواصلات السلكية واللاسلكيّة.

يتم الدفع في المعاملات التجارية العابرة للحدود، حصريا عن بعد، عبر الاتصالات الإلكترونية.

المادّة 28 : يجب أن يكون وصل موقع الإنترنت الخاص بالمورد الإلكتروني بمنصة الدفع الإلكترونية مؤمنا بواسطة نظام تصديق إلكتروني.

المادّة 29 : تخضع منصات الدفع الإلكتروني المنشأة والمستغلّة طبقا للمادة 27 أعلاه، لرقابة بنك الجزائر لضمان استجابتها لمتطلبات التشغيل البيني وسرية البيانات وسلامتها وأمن تبادلها.

الفصل السابع

الإشهار الإلكتروني

المادّة 30 : دون المساس بالأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في هذا المجال، كل إشهار أو ترويج أو رسالة ذات طبيعة أو هدف تجاري تتم عن طريق الاتصالات الإلكترونية يجب أن يلبي المقتضيات الآتية :

– أن تكون محددة بوضوح كرسالة تجارية أو إشهارية،

– أن تسمح بتحديد الشخص الذي تم تصميم الرسالة لحسابه،

– ألا تمس بالآداب العامة والنظام العام.

– أن تحدد بوضوح ما إذا كان هذا العرض التجاري يشمل تخفيضا أو مكافآت أو هدايا، في حالة ما إذا كان هذا العرض تجاريا أو تنافسيا أو ترويجيا،

– التأكد من أن جميع الشروط الواجب استيفاؤها للاستفادة من العرض التجاري، ليست مضللة ولا غامضة.

المادّة 31 : يمنع الاستبيان المباشر اعتمادا على إرسال الرسائل عن طريق الاتصالات الإلكترونية باستعمال معلومات شخص طبيعي، بأي شكل من الأشكال، لم يبد موافقته المسبقة لتلقي استبيانات مباشرة عن طريق الاتصال الإلكتروني.

المادّة 32 : يجب على المورد الإلكتروني أن يضع منظومة إلكترونية يسمح من خلالها لكل شخص بالتعبيرعن رغبته في عدم تلقي أي إشهار منه عن طريق الاتصالات الإلكترونية، دون مصاريف أو مبررات.

وفي هذه الحالة، يلزم المورد الإلكتروني بما يأتي :

– تسليم وصل استلام عن طريق الاتصالات الإلكترونية يؤكد من خلاله للشخص المعني تسجيل طلبه،

– اتخاذ التدابير اللازمة لتلبية رغبته في غضون 24 ساعة،

المادّة 33 : في حالة نزاع، ينبغي للمورد الإلكتروني أن يثبت أن إرسال الإشهارات الإلكترونية خضع للموافقة المسبقة والحرة، وأن شروط المادة 30 أعلاه قد تم استيفاؤها.

المادّة 34 : يمنع نشر أي إشهار أو ترويج عن طريق الاتصالات الإلكترونية لكل منتوج أو خدمة ممنوعة من التسويق عن طريق الاتصالات الإلكترونية بموجب التشريع والتنظيم المعمول بهما.

الباب الثالث

الجرائم والعقوبات

الفصل الأول

مراقبة الموردين الإلكترونيين ومعاينة المخالفات

المادّة 35 : يخضع المورد الإلكتروني للتشريع والتنظيم المعمول بهما المطبقين على الأنشطة التجارية وحماية المستهلك.

المادّة 36 : زيادة على ضباط وأعوان الشرطة القضائية المنصوص عليهم بموجب قانون الإجراءات الجزائية، يؤهل لمعاينة مخالفات أحكام هذا القانون، الأعوان المنتمون للأسلاك الخاصة بالرقابة التابعون للإدارات المكلفة بالتجارة.

تتم كيفيات الرقابة ومعاينة المخالفات المنصوص عليها في هذا القانون حسب نفس الأشكال المحددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما، لا سيما تلك المطبقة على الممارسات التجارية وعلى شروط ممارسة الأنشطة التجارية وعلى حماية المستهلك وقمع الغش.

يجب على المورد الإلكتروني السماح للأعوان المؤهلين لمعاينة المخالفات بالولوج بحرية إلى تواريخ المعاملات التجارية.

الفصل الثاني

الجرائم والعقوبات

المادّة 37 : دون المساس بتطبيق العقوبات الأشد المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يعاقب بغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج كل من يعرض للبيع، أو يبيع عن طريق الاتصال الإلكتروني، المنتجات أو الخدمات المذكورة في المادة 3 من هذا القانون.

يمكن القاضي أن يأمر بغلق الموقع الإلكتروني لمدة تتراوح من شهر (1) إلى ستة (6) أشهر.

المادّة 38 : دون المساس بتطبيق العقوبات الأشد المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يعاقب بغرامة من 500.000 دج إلى 2.000.000 دج كل من يخالف أحكام المادة 5 من هذا القانون.

يمكن القاضي أن يأمر بغلق الموقع الإلكتروني والشطب من السجل التجاري.

المادّة 39 : يعاقب بغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج، كل مورد إلكتروني يخالف أحد الإلتزامات المنصوص عليها في المادتين 11 و12 من هذا القانون. كما يجوز للجهة القضائية التي رفعت أمامها الدعوى أن تأمر بتعليق نفاذه إلى جميع منصات الدفع الإلكتروني، لمدة لا تتجاوز ستة (6) أشهر.

المادّة 40 : دون المساس بحقوق الضحايا في التعويض، يعاقب بغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج كل من يخالف أحكام المواد 30 و31 و32 و34 من هذا القانون.

المادّة 41 : يعاقب بغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج، كل مورد إلكتروني يخالف أحكام المادة 25 من هذا القانون.

المادّة 42 : تقوم الهيئة المؤهلة لمنح أسماء النطاق في الجزائر، بناء على مقرر من وزارة التجارة، بالتعليق الفوري لتسجيل أسماء النطاق لأي شخص طبيعي أو معنوي متواجد في الجزائر، يقترح توفير سلع وخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية من دون تسجيل مسبق في السجل التجاري.

يبقى تعليق هذا الموقع الإلكتروني ساري المفعول إلى غاية تسوية وضعيته.

المادّة 43 : دون المساس بالأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، عندما يرتكب المورد الإلكتروني أثناء ممارسة نشاطه، مخالفات تكون تحت طائلة عقوبة غلق المحل بمفهوم التشريع المتعلق بممارسة الأنشطة التجارية، يتم تعليق تسجيل أسماء نطاق المورد الإلكتروني بشكل تحفظي من طرف الهيئة المكلفة بمنح أسماء النطاق في الجزائر بناء على مقرر من وزارة التجارة.

لا يمكن أن تتجاوز مدة التعليق التحفظي لاسم النطاق ثلاثين (30) يوما.

المادّة 44 : كل مخالفة لأحكام المادة 20 من هذا القانون يعاقب عليها طبقا لأحكام القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 والمذكور أعلاه.

المادّة 45 : دون المساس بحقوق الضحايا في التعويض، تؤهل الإدارة المكلفة بحماية المستهلك بالقيام بإجراءات غرامة الصلح مع الأشخاص المتابعين بمخالفة أحكام هذا القانون.

يجب على الأعوان المنصوص عليهم في المادة 36 من هذا القانون اقتراح غرامة صلح على المخالفين.

لا يمكن إجراء غرامة الصلح في حالة العود أو المخالفات المنصوص عليها في المادتين 37 و38 من هذا القانون.

المادّة 46 : مبلغ غرامة الصلح هو الحد الأدنى من الغرامة المنصوص عليها في أحكام هذا القانون.

في حالة قبول المورد الإلكتروني لغرامة الصلح، تقوم الإدارة المؤهلة بإقرار تخفيض قدره 10 %.

المادّة 47 : تبلّغ المصالح التابعة لإدارة التجارة المورد الإلكتروني المخالف خلال مدة لا تتجاوز سبعة (7) أيام ابتداء من تاريخ تحرير المحضر، الأمر بالدفع عن طريق جميع الوسائل المناسبة مصحوبا بإشعار بالاستلام، يتضمن هوية المورد الإلكتروني، عنوان بريده الإلكتروني، وتاريخ وسبب المخالفة، ومراجع النصوص المطبقة ومبلغ الغرامة المفروضة بالإضافة إلى مواعيد وكيفيات الدفع.

إذا لم يتم دفع الغرامة أو لم يمتثل المخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في أجل خمسة وأربعين (45) يوما، يرسل المحضر إلى الجهة القضائية المختصة.

المادّة 48 : يضاعف مبلغ الغرامة في حالة تكرار نفس الجريمة خلال مدة لا تتجاوز اثني عشر (12) شهرا من تاريخ العقوبة المتعلقة بالجريمة السابقة.

الباب الرابع

أحكام انتقالية وختامية

المادّة 49 : يتعين على الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الذين يمارسون التجارة الإلكترونية عند تاريخ نشر هذا القانون، الامتثال لأحكامه في أجل لا يتجاوز ستة (6) أشهر.

المادة 50 : ينشر هذا القانون في الجريدة الرّسميّة للجمهوريّة الجزائريّة الدّيمقراطيّة الشّعبيّة.

حرر بالجزائر في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018.

عبد العزيز بوتفليقة

الملحق رقم 02

قانون رقم 15-04 ممضي في 01 فبراير 2015

يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

الجريدة الرسمية عدد 6 مؤرخة في 10 فبراير 2015، الصفحة 6

ويمكن جهة الحكم التي تنظر في قضايا الجنح أن تلجأ إلى نفس الآلية لتلقي تصريحات متهم محبوس إذا وافق المعني والنيابة العامة على ذلك.

المادة 16 : يتم الاستجواب أو السماع أو المواجهة باستعمال آلية المحادثة المرئية عن بعد بمقر المحكمة الأقرب من مكان إقامة الشخص المطلوب تلقي تصريحاته، بحضور وكيل الجمهورية المختص إقليميا وأمين الضبط.

يتحقق وكيل الجمهورية من هوية الشخص الذي يتم سماعه ويحرر محضرا عن ذلك.

إذا كان الشخص المسموع محبوسا، تتم المحادثة المرئية عن بعد من المؤسسة العقابية التي يوجد فيها المحبوس وفقا للكيفيات المحددة في الفقرة السابقة مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في المادة 14 من هذا القانون.

الفصل الخامس

الأحكام الجزائية

المادة 17 : يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة تتراوح بين 100.000 دج إلى 500.000 دج كل شخص يستعمل بطريقة غير قانونية العناصر الشخصية المتصلة بإنشاء توقيع إلكتروني يتعلق بتوقيع شخص آخر.

المادة 18 : يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة تتراوح بين 100.000 دج إلى 500.000 دج كل شخص حائز شهادة إلكترونية يواصل استعمالها رغم علمه بانتهاء مدة صلاحيتها أو إلغائها.

المادة 19 : ينشر هذا القانون في الجريدة الرّسميّة للجمهوريّة الجزائريّة الديمقراطية الشّعبيّة.

حرر بالجزائر في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق أول فبراير سنة 2015.

عبد العزيز بوتفليقة

قانون رقم 15 – 04 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق أوّل فبراير سنة 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

إن رئيس الجمهورية،

– بناء على الدستور، لا سيما المواد 119 و120 و122 و125 و126 منه،

– وبمقتضى الأمر رقم 66–155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى الأمر رقم 66–156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى الأمر رقم 75–59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى القانون رقم 84–17 المؤرخ في 8 شوال عام 1404 الموافق 7 يوليو سنة 1984 والمتعلق بقوانين المالية، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى القانون رقم 88–01 المؤرخ في 22 جمادى الأولى عام 1408 الموافق 12 يناير سنة 1988 والمتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية،

– وبمقتضى القانون رقم 90–21 المؤرخ في 24 محرم عام 1411 الموافق 15 غشت سنة 1990 والمتعلق بالمحاسبة العمومية، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى القانون رقم 2000–03 المؤرخ في5 جمادى الأولى عام 1421 الموافق 5 غشت سنة 2000 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية، المعدل،

– وبمقتضى الأمر رقم 03–03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003 والمتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى القانون رقم 04–02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى القانون رقم 04–04 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 والمتعلق بالتقييس،

– وبمقتضى القانون رقم 04–08 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1425 الموافق 14 غشت سنة 2004 والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى القانون رقم 08–09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،

– وبمقتضى القانون رقم 09–03 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش،

– وبمقتضى القانون رقم 09–04 المؤرخ في 14 شعبان عام 1430 الموافق 5 غشت سنة 2009 والمتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها،

– وبعد رأي مجلس الدولة،

– وبعد مصادقة البرلمان،

يصدر القانون الآتي نصه :

الباب الأول

أحكام عامة

الفصل الأول

الموضوع

المادة الأولى : يهدف هذا القانون إلى تحديد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

الفصل الثاني

التعاريف

المادة 2 : يقصد بما يأتي :

1 – التوقيع الإلكتروني : بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق.

2 – الموّقع : شخص طبيعي يحوز بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني ويتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله.

3 – بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني : بيانات فريدة، مثل الرموز أو مفاتيح التشفير الخاصة، التي يستعملها الموّقع لإنشاء التوقيع الإلكتروني.

4 – آلية إنشاء التوقيع الإلكتروني : جهاز أو برنامج معلوماتي معدّ لتطبيق بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.

5 – بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني : رموز أو مفاتيح التشفير العمومية أو أي بيانات أخرى، مستعملة من أجل التحقق من التوقيع الإلكتروني.

6 – آلية التحقق من التوقيع الإلكتروني : جهاز أو برنامج معلوماتي معد لتطبيق بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني.

7 – شهادة التصديق الإلكتروني : وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني و الموّقع.

8 – مفتاح التشفير الخاص : هو عبارة عن سلسلة من الأعداد يحوزها حصريا الموقّع فقط، وتستخدم لإنشاء التوّقيع الإلكتروني، ويرتبط هذا المفتاح بمفتاح تشفير عمومي.

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

10 – الترخيص : يعني نظام استغلال خدمات التصديق الإلكتروني الذي يتجسد في الوثيقة الرسمية الممنوحة لمؤدّي الخدمات، بطريقة شخصية، تسمح له بالبدء الفعلي في توفير خدماته.

11 – الطرف الثالث الموثوق : شخص معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى متعلقة بالتصديق الإلكتروني لفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي.

12– مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني : شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني.

13 – المتدخلون في الفرع الحكومي : المؤسسات والإدارات العمومية والهيئات العمومية المحددة في التشريع المعمول به، والمؤسسات الوطنية المستقلة وسلطات الضبط، والمتدخلون في المبادلات ما بين البنوك، وكذا كل شخص أو كيان ينتمي إلى الفرع الحكومي بحكم طبيعته أو مهامه.

14 – صاحب شهادة التصديق الإلكتروني : شخص طبيعي أو معنوي تحصل على شهادة التصديق الإلكتروني من طرف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أو طرف ثالث موثوق.

15 – سياسة التصديق الإلكتروني : مجموع القواعد والإجراءات التنظيمية والتقنية المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

16 – التدقيق : التحقق من مدى المطابقة وفقا لمرجعية ما.

الفصل الثالث

مبادئ عامة

المادة 3 : دون الإخلال بالتشريع المعمول به، لا يلزم أيّا كان القيام بتصرف قانوني موّقع إلكترونيا.

المادة 4 : تحفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا في شكلها الأصلي. ويتم تحديد الكيفيات المتعلقة بحفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا عن طريق التنظيم.

المادة 5 : يجب أن تتواجد على التراب الوطني كل البيانات والمعلومات ذات الطابع الشخصي التي تم جمعها من طرف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، أو الطرف الثالث الموثوق، أو سلطات التصديق الإلكتروني، وكذلك قواعد البيانات التي تحتويها، ولا يمكن نقلها خارج التراب الوطني إلاّ في الحالات التي ينص عليها التشريع المعمول به.

الباب الثاني

التوقيع الإلكتروني

الفصل الأول

مبادئ المماثلة وعدم التمييز تجاه التوقيع الإلكتروني

المادة 6 : يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقّع وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني.

المادة 7 : التوقيع الإلكتروني الموصوف هو التوقيع الإلكتروني الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية:

1 – أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة،

2 – أن يرتبط بالموقّع دون سواه،

3 – أن يمكّن من تحديد هوية الموقّع،

4 – أن يكون مصمّما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني،

5 – أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقّع،

6 – أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصّة به، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات.

المادة 8 : يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب، سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي.

المادة 9 : بغض النظر عن أحكام المادة 8 أعلاه، لا يمكن تجريد التوقيع الإلكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل أمام القضاء بسبب :

1 – شكله الإلكتروني، أو،

2 – أنه لا يعتمد على شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، أو،

3 – أنه لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني.

الفصل الثاني

آليات إنشاء التوقيع الإلكتروني الموصوف والتحقق منه

المادة 10 : يجب أن تكون آلية إنشاء التوقيع الإلكتروني الموصوف مؤمنة.

المادة 11 : الآلية المؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني هي آلية إنشاء توقيع إلكتروني تتوفر فيها المتطلبات الآتية :

1 – يجب أن تضمن بواسطة الوسائل التقنية والإجراءات المناسبة، على الأقل، ما يأتي :

أ – ألاّ يمكن عمليا مصادفة البيانات المستخدمة لإنشاء التوقيع الإلكتروني إلا مرّة واحدة، وأن يتم ضمان سريتها بكل الوسائل التقنية المتوفرة وقت الاعتماد،

ب – ألاّ يمكن إيجاد البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني عن طريق الاستنتاج وأن يكون هذا التوقيع محميا من أي تزوير عن طريق الوسائل التقنية المتوفرة وقت الاعتماد،

ج – أن تكون البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني محمية بصفة موثوقة من طرف الموقع الشرعي من أي استعمال من قبل الآخرين.

2 – يجب أن لا تُعدّل البيانات محل التوقيع وأن لا تمنع أن تعرض هذه البيانات على الموّقع قبل عملية التوقيع.

المادة 12 : يجب أن تكون آلية التحقق من التوقيع الإلكتروني الموصوف موثوقة.

المادة 13 : الآلية الموثوقة للتحقق من التوقيع الإلكتروني هي آلية تحقق من التوقيع الإلكتروني تتوفر فيها المتطلبات الآتية :

1 – أن تتوافق البيانات المستعملة للتحقق من التوقيع الإلكتروني مع البيانات المعروضة عند التحقق من التوقيع الإلكتروني،

2 – أن يتم التحقق من التوقيع الإلكتروني بصفة مؤكدة وأن تكون نتيجة هذا التحقق معروضة عرضا صحيحا،

3 – أن يكون مضمون البيانات الموقعة، إذا اقتضى الأمر، محددا بصفة مؤكدة عند التحقق من التوقيع الإلكتروني،

4 – أن يتم التحقق بصفة مؤكدة من موثوقية وصلاحية شهادة التصديق الإلكتروني المطلوبة عند التحقق من التوقيع الإلكتروني،

5 – أن يتم عرض نتيجة التحقق وهوية الموقّع بطريقة واضحة وصحيحة.

المادة 14 : يتم التأكد من مطابقة الآلية المؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني الموصوف، والآلية الموثوقة للتحقق من التوقيع الإلكتروني الموصوف، مع المتطلبات المنصوص عليها في المادتين11 و13 أعلاه، من طرف الهيئة الوطنية المكلفة باعتماد آليات إنشاء التوقيع الإلكتروني والتحقق منه.

الباب الثالث

التصديق الإلكتروني

الفصل الأوّل

شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة

المادة 15 : شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة هي شهادة تصديق إلكتروني تتوفر فيها المتطلبات الآتية :

1 – أن تمنح من قبل طرف ثالث موثوق أو من قبل مؤدي خدمات تصديق إلكتروني، طبقا لسياسة التصديق الإلكتروني الموافق عليها،

2 – أن تمنح للموقّع دون سواه،

3 – يجب أن تتضمن على الخصوص :

أ – إشارة تدلّ على أنه تم منح هذه الشهادة على أساس أنها شهادة تصديق إلكتروني موصوفة،

ب – تحديد هويّة الطرف الثالث الموثوق أو مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المرخص له المصدر لشهادة التصديق الإلكتروني وكذا البلد الذي يقيم فيه،

ج – اسم الموقّع أو الاسم المستعار الذي يسمح بتحديد هويته،

د – إمكانية إدراج صفة خاصة للموقّع عند الاقتضاء، وذلك حسب الغرض من استعمال شهادة التصديق الإلكتروني،

هـ – بيانات تتعلق بالتحقق من التوقيع الإلكتروني، وتكون موافقة لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني،

و– الإشارة إلى بداية و نهاية مدة صلاحية شهادة التصديق الإلكتروني،

ز– رمز تعريف شهادة التصديق الإلكتروني،

ح – التوقيع الإلكتروني الموصوف لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أو للطرف الثالث الموثوق الذي يمنح شهادة التصديق الإلكتروني،

ط – حدود استعمال شهادة التصديق الإلكتروني، عند الاقتضاء،

ي – حدود قيمة المعاملات التي قد تستعمل من أجلها شهادة التصديق الإلكتروني، عند الاقتضاء،

ك – الإشارة إلى الوثيقة التي تثبت تمثيل شخص طبيعي أو معنوي آخر، عند الاقتضاء.

الفصل الثاني

سلطات التصديق الإلكتروني

القسم الأول

السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني

المادة 16 : تنشأ لدى الوزير الأول سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، تسمى السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني وتدعى في صلب النص "السلطة".

تسجل الاعتمادات المالية اللازمة لسير السلطة ضمن ميزانية الدولة .

المادة 17 : يحدد مقر السلطة عن طريق التنظيم.

المادة 18 : تكلف السلطة بترقية استعمال التوقيع والتصديق الإلكترونيين وتطويرهما وضمان موثوقية استعمالهما.

وفي هذا الإطار، تتولّى المهام الآتية :

1 – إعداد سياستها للتصديق الإلكتروني والسهر على تطبيقها، بعد الحصول على الرأي الايجابي من قبل الهيئة المكلفة بالموافقة،

2 – الموافقة على سياسات التصديق الإلكتروني الصادرة عن السلطتين الحكومية والاقتصادية للتصديق الإلكتروني،

3 – إبرام اتفاقيات الاعتراف المتبادل على المستوى الدولي،

4 – اقتراح مشاريع تمهيدية لنصوص تشريعية أوتنظيمية تتعلق بالتوقيع الإلكتروني أو التصديق الإلكتروني على الوزير الأول،

5 – القيام بعمليات التدقيق على مستوى السلطتين الحكومية والاقتصادية للتصديق الإلكتروني، عن طريق الهيئة الحكومية المكلفة بالتدقيق.

تتم استشارة السلطة عند إعداد أي مشروع نص تشريعي أو تنظيمي ذي صلة بالتوقيع أو التصديق الإلكترونيين.

المادة 19 : تتشكل السلطة من مجلس ومصالح تقنية وإدارية.

يتشكل مجلس السلطة من خمسة (5) أعضاء من بينهم الرئيس، يعينهم رئيس الجمهورية على أساس كفاءاتهم، لا سيما في مجال العلوم التقنية المتعلقة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال، وفي مجال قانون تكنولوجيات الإعلام والاتصال، وفي اقتصاد تكنولوجيات الإعلام والاتصال.

يتمتع المجلس بجميع الصلاحيات اللازمة لأداء مهام السلطة، وبهذه الصفة يمكن المجلس أن يستعين بأي كفاءة من شأنها أن تساعده في أشغاله.

تحدد عهدة أعضاء مجلس السلطة بأربع (4) سنوات قابلة للتجديد مرة (1) واحدة.

المادة 20 : يسيّر المصالح التقنية والإدارية للسلطة مدير عام يُعيِّنه رئيس الجمهورية، بناء على اقتراح من الوزير الأول.

يحدد تنظيم هذه المصالح وسيرها ومهامها عن طريق التنظيم.

المادة 21 : تتنافى وظيفة عضو مجلس السلطة ومديرها العام مع أي وظيفة عمومية أخرى، أو وظيفة في القطاع الخاص، أو مهنة حرة أو أي عهدة انتخابية، وكذا كل إشهار أو دعم، أو كل امتلاك مباشر أو غير مباشر لمصالح في شركات تعمل في قطاع تكنولوجيات الإعلام والاتصال.

المادة 22 : رئيس مجلس السلطة هو الآمر بالصرف، ويمكنه تفويض هذه الصلاحية للمدير العام.

المادة 23 : يتخذ المجلس قراراته بالأغلبية، وفي حالة تساوي عدد الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا.

المادة 24 : يحدد نظام الرواتب الخاص برئيس مجلس السلطة وأعضائها ومديرها العام عن طريق التنظيم.

المادة 25 : يعد مجلس السلطة نظامه الداخلي الذي ينشر في الجريدة الرسمية.

القسم الثاني

السلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني

المادة 26 : تنشأ لدى الوزير المكلف بالبريد وتكنولوجيات الإعلام والاتصال سلطة حكومية للتصديق الإلكتروني تتمتع بالاستقلال المالي والشخصية المعنوية.

المادة 27 : تحدد طبيعة هذه السلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني وتشكيلها وتنظيمها وسيرها عن طريق التنظيم.

المادة 28 : تكلف السلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني بمتابعة ومراقبة نشاط التصديق الإلكتروني للأطراف الثالثة الموثوقة، وكذلك توفير خدمات التصديق الإلكتروني لفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي.

وفي هذا الإطار، تتولّى المهام الآتية :

1 – إعداد سياستها للتصديق الإلكتروني وعرضها على السلطة للموافقة عليها والسهر على تطبيقها،

2 – الموافقة على سياسات التصديق الصادرة عن الأطراف الثالثة الموثوقة والسهر على تطبيقها،

3 – الاحتفاظ بشهادات التصديق الإلكترونية المنتهية صلاحيتها، والبيانات المرتبطة بمنحها من قِبل الطرف الثالث الموثوق، بغرض تسليمها إلى السلطات القضائية المختصة، عند الاقتضاء، طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها،

4 – نشر شهادة التصديق الإلكتروني للمفتاح العمومي للسلطة،

5 – إرسال كل المعلومات المتعلقة بنشاط التصديق الإلكتروني إلى السلطة دوريا أو بناء على طلب منها،

6 – القيام بعملية التدقيق على مستوى الطرف الثالث الموثوق، عن طريق الهيئة الحكومية المكلفة بالتدقيق، طبقا لسياسة التصديق.

القسم الثالث

السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني

المادة 29 : تعين السلطة المكلّفة بضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية في مفهوم هذا القانون، سلطة اقتصادية للتصديق الإلكتروني.

المادة 30 : تكلف السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني بمتابعة ومراقبة مؤديي خدمات التصديق الإلكتروني الذين يقدمون خدمات التوقيع والتصديق الإلكترونيين لصالح الجمهور.

وفي هذا الإطار، تتولى المهام الآتية :

1 – إعداد سياستها للتصديق الإلكتروني وعرضها على السلطة للموافقة عليها والسهر على تطبيقها،

2 – منح التراخيص لمؤديي خدمات التصديق الإلكتروني بعد موافقة السلطة،

3 – الموافقة على سياسات التصديق الصادرة عن مؤديي خدمات التصديق الإلكتروني والسهر على تطبيقها،

4 – الاحتفاظ بشهادات التصديق الإلكترونية المنتهية صلاحيتها، والبيانات المرتبطة بمنحها من طرف مؤديي خدمات التصديق الإلكتروني بغرض تسليمها إلى السلطات القضائية المختصة، عند الاقتضاء، طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها،

5 – نشر شهادة التصديق الإلكتروني للمفتاح العمومي للسلطة،

6 – اتخاذ التدابير اللازمة لضمان استمرارية الخدمات في حالة عجز مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني عن تقديم خدماته،

7 – إرسال كل المعلومات المتعلقة بنشاط التصديق الإلكتروني إلى السلطة دوريا أو بناء على طلب منها،

8 – التحقق من مطابقة طالبي التراخيص مع سياسة التصديق الإلكتروني بنفسها أو عن طريق مكاتب تدقيق معتمدة،

9 – السهر على وجود منافسة فعلية ونزيهة باتخاذ كل التدابير اللازمة لترقية أو استعادة المنافسة بين مؤديي خدمات التصديق الإلكتروني،

10 – التحكيم في النزاعات القائمة بين مؤديي خدمات التصديق الإلكتروني فيما بينهم أو مع المستعملين طبقا للتشريع المعمول به،

11 – مطالبة مؤديي خدمات التصديق الإلكتروني أو كل شخص معني بأي وثيقة أو معلومة تساعدها في تأدية المهام المخولة لها بموجب هذا القانون،

12 – إعداد دفتر الشروط الذي يحدد شروط وكيفيات تأدية خدمات التصديق الإلكتروني وعرضه على السلطة للموافقة عليه،

13 – إجراء كل مراقبة طبقا لسياسة التصديق الإلكتروني ودفتر الشروط الذي يحدد شروط وكيفيات تأدية خدمات التصديق الإلكتروني،

14 – إصدار التقارير والإحصائيات العمومية وكذا تقرير سنوي يتضمن وصف نشاطاتها مع احترام مبدأ السرية.

تقوم السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني بتبليغ النيابة العامة بكل فعل ذي طابع جزائي يكتشف بمناسبة تأدية مهامها.

القسم الرابع

طرق الطعن

المادة 31 : تكون القرارات المتخذة من طرف السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني قابلة للطعن أمام السلطة في أجل شهر واحد (1) ابتداء من تاريخ تبليغها ولا يكون لهذا الطعن أثر موقف.

المادة 32 : تكون القرارات المتخذة من طرف السلطة قابلة للطعن أمام مجلس الدولة في أجل شهر واحد (1) ابتداء من تاريخ تبليغها ولا يكون لهذا الطعن أثر موقف.

الفصل الثالث

النظام القانوني لتأدية خدمات التصديق الإلكتروني

القسم الأول

مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني

الفرع الأول

شهادة التأهيل والترخيص

المادة 33 : يخضع نشاط تأدية خدمات التصديق الإلكتروني إلى ترخيص تمنحه السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني.

المادة 34 : يجب على كل طالب ترخيص لتأدية خدمة التصديق الإلكتروني أن يستوفي الشروط الآتية:

– أن يكون خاضعا للقانون الجزائري للشخص المعنوي أو الجنسية الجزائرية للشخص الطبيعي،

– أن يتمتع بقدرة مالية كافية،

– أن يتمتع بمؤهلات وخبرة ثابتة في ميدان تكنولوجيات الإعلام والاتصال للشخص الطبيعي أو المسير للشخص المعنوي،

– أن لا يكون قد سبق الحكم عليه في جناية أو جنحة تتنافى مع نشاط تأدية خدمات التصديق الإلكتروني.

المادة 35 : تمنح شهادة التأهيل قبل الحصول على الترخيص لمدة سنة واحدة (1) قابلة للتجديد مرة واحدة، وتمنح لكل شخص طبيعي أو معنوي لتهيئة كل الوسائل اللازمة لتأدية خدمات التصديق الإلكتروني.

وفي هذه الحالة، يتم تبليغ الشهادة في أجل أقصاه ستون (60) يوما ابتداء من تاريخ استلام الطلب المثبت بإشعار بالاستلام.

لا يمكن حامل هذه الشهادة تأدية خدمات التصديق الإلكتروني، إلا بعد الحصول على الترخيص.

المادة 36 : يمنح الترخيص إلى صاحب شهادة التأهيل ويتم تبليغه في أجل أقصاه ستون (60) يوما ابتداء من تاريخ استلام طلب الترخيص المثبت بإشعار بالاستلام.

المادة 37 : يجب أن يكون رفض منح شهادة التأهيل والترخيص مسببا، ويتم تبليغه مقابل إشعار بالاستلام.

المادة 38 : يرفق الترخيص بدفتر شروط يحدد شروط وكيفيات تأدية خدمات التصديق الإلكتروني، وكذا توقيع شهادة التصديق الإلكتروني الخاصة بمؤدي الخدمات، من طرف السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني.

المادة 39 : تمنح شهادة التأهيل والترخيص بصفة شخصية، ولا يمكن التنازل عنهما للغير.

المادة 40 : يمنح الترخيص لمدة خمس (5) سنوات، ويتم تجديده عند انتهاء صلاحيته وفقا للشروط المحددة في دفتر الأعباء، الذي يحدد شروط وكيفيات تأدية خدمات التصديق الإلكتروني.

يخضع الترخيص لدفع مقابل مالي يحدد مبلغه عن طريق التنظيم.

الفرع الثاني

تأدية خدمات التصديق الإلكتروني

المادة 41 : يكلف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بتسجيل وإصدار ومنح وإلغاء ونشر وحفظ شهادات التصديق الإلكتروني، وفقا لسياسة التصديق الإلكتروني الخاصة به، التي وافقت عليها السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني.

المادة 42 : يجب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الحفاظ على سريّة البيانات والمعلومات المتعلقة بشهادات التصديق الإلكتروني الممنوحة.

المادة 43 : لا يمكن مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني جمع البيانات الشخصية للمعني، إلا بعد موافقته الصريحة.

ولا يمكن مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أن يجمع إلا البيانات الشخصية الضرورية لمنح وحفظ شهادة التصديق الإلكتروني، ولا يمكن استعمال هذه البيانات لأغراض أخرى.

المادة 44 : يجب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، قبل منح شهادة التصديق الإلكتروني، أن يتحقق من تكامل بيانات الإنشاء مع بيانات التحقق من التوقيع.

يمنح مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني شهادة أو أكثر لكل شخص يقدم طلبا وذلك بعد التحقق من هويته، وعند الاقتضاء، التحقق من صفاته الخاصة.

وفيما يخص الأشخاص المعنوية، يحتفظ مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بسجل يدوّن فيه هوية وصفة الممثل القانوني للشخص المعنوي المستعمل للتوقيع المتعلق بشهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة، بحيث يمكن تحديد هوية الشخص الطبيعي عند كل استعمال لهذا التوقيع الإلكتروني.

المادة 45 : يلغي مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني شهادة التصديق الإلكتروني في الآجال المحددة في سياسة التصديق، بناء على طلب صاحب شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة الذي سبق تحديد هويته.

ويلغي مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أيضا شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة عندما يتبين :

1 – أنه قد تم منحها بناء على معلومات خاطئة أو مزورة، أو إذا أصبحت المعلومات الواردة في شهادة التصديق الإلكتروني غير مطابقة للواقع، أو إذا تم انتهاك سرية بيانات إنشاء التوقيع،

2 – أنها لم تصبح مطابقة لسياسة التصديق،

3 – أنه تم إعلام مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بوفاة الشخص الطبيعي أو بحل الشخص المعنوي صاحب شهادة التصديق الإلكتروني.

يجب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني إخطار صاحب شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة بإلغاء هذه الأخيرة مع تسبيب ذلك.

يجب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني تبليغ صاحب شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة بانتهاء مدة صلاحيتها، في الآجال المحددة في سياسة التصديق.

يعتبر إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة نهائيا.

المادة 46 : يتخذ مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، التدابير اللازمة من أجل الرد على طلب الإلغاء وفقا لسياسته للتصديق التي وافقت عليها السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني.

يحتج بالإلغاء تجاه الغير ابتداء من تاريخ النشر، وفقا لسياسة التصديق الإلكتروني لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني.

المادة 47 : يجب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني تحويل المعلومات المتعلقة بشهادات التصديق الإلكتروني الموصوفة بعد انتهاء صلاحيتها، إلى السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني من أجل حفظها.

المادة 48 : لا يمكن مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني حفظ أونسخ بيانات إنشاء توقيع الشخص الذي منحت له شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة.

المادة 49 : يجب على مؤديي خدمات التصديق الإلكتروني تطبيق التعريفات الخاصة بالخدمات الممنوحة وفقا لمبادئ تحديد التعريفة المعتمدة من طرف السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني، والمحدّدة عن طريق التنظيم.

المادة 50 : يقدّم مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني خدماته في إطار مبدئي الشفافية وعدم التمييز.

لا يمكن مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني رفض تقديم خدماته بدون سبب وجيه.

الفرع الثالث

الرقابة والتدقيق

المادة 51 : تقوم السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني، أو مكتب التدقيق المعتمد، وفقا لسياسة التصديق الإلكتروني للسلطة الاقتصادية ودفتر الأعباء الذي يحدد شروط وكيفيات تأدية خدمات التصديق الإلكتروني، بإنجاز تدقيق تقييمي، بناء على طلب من صاحب شهادة التأهيل قبل منح ترخيص تقديم خدمات التصديق الإلكتروني.

المادة 52 : تتم مراقبة مؤديي خدمات التصديق الإلكتروني من قبل السلطة الاقتصادية، لا سيما من خلال عمليات تدقيق دورية ومراقبات فجائية طبقا لسياسة التصديق للسلطة الاقتصادية ولدفتر الأعباء الذي يحدد شروط وكيفيات تأدية خدمات التصديق الإلكتروني.

القسم الثاني

مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني وصاحب شهادة التصديق الإلكتروني

الفرع الأول

واجبات مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني ومسؤوليته

المادة 53 : يكون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الذي سلم شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، مسؤولا عن الضرر الذي يلحق بأي هيئة أو شخص طبيعي أو معنوي، اعتمد على شهادة التصديق الإلكتروني هذه، وذلك فيما يخص :

1 – صحة جميع المعلومات الواردة في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة، في التاريخ الذي منحت فيه، ووجود جميع البيانات الواجب توفرها في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة ضمن هذه الشهادة،

2 – التأكد عند منح شهادة التصديق الإلكتروني، أن الموقع الذي تم تحديد هويته في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة، يحوز كل بيانات إنشاء التوقيع الموافقة لبيانات التحقق من التوقيع المقدمة و/ أو المحدّدة في شهادة التصديق الإلكتروني،

3 – التأكد من إمكانية استعمال بيانات إنشاء التوقيع، والتحقق منه بصفة متكاملة.

إلا في حالة ما إذا قدّم مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني ما يثبت أنه لم يرتكب أي إهمال.

المادة 54 : يكون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الذي سلم شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، مسؤولا عن الضرر الناتج عن عدم إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني هذه، والذي يلحق بأي هيئة أو شخص طبيعي أو معنوي اعتمدوا على تلك الشهادة، إلا إذا قدّم مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني ما يثبت أنه لم يرتكب أي إهمال.

المادة 55 : يمكن مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أن يشير، في شهادة التصديق الإلكتروني

الموصوفة، إلى الحدود المفروضة على استعمالها، بشرط أن تكون هذه الإشارة واضحة ومفهومة من طرف الغير.
وفي هذه الحالة، لا يكون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني مسؤولا عن الضرر الناتج عن استعمال شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة، عند تجاوز الحدود المفروضة على استعمالها.

المادة 56 : يمكن مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، أن يشير، في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة، إلى الحد الأقصى لقيمة المعاملات التي يمكن أن تستعمل في حدودها هذه الشهادة، بشرط أن تكون هذه الإشارة واضحة ومفهومة من طرف الغير. وفي هذه الحالة، لا يكون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني مسؤولا عن الضرر الناتج عن تجاوز ذلك الحد الأقصى.

المادة 57 : لا يكون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني مسؤولا عن الضرر الناتج عن عدم احترام صاحب شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة لشروط استعمال بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.

المادة 58 : يجب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، إعلام السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني، في الآجال المحددة في سياسة التصديق لهذه السلطة، برغبته في وقف نشاطاته المتعلقة بتأدية خدمات التصديق الإلكتروني أو بأي فعل قد يؤدي إلى ذلك.

وفي هذه الحالة، يلتزم مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بأحكام سياسة التصديق للسلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني المتعلقة باستمرارية الخدمة.

يترتب على وقف النشاط سحب الترخيص.

المادة 59 : يجب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الذي يوقف نشاطه لأسباب خارجة عن إرادته أن يعلم السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني بذلك فورا، وتقوم هذه الأخيرة بإلغاء شهادته للتصديق الإلكتروني الموصوفة بعد تقدير الأسباب المقدمة.

وفي هذه الحالة، يتخذ مؤدي الخدمات التدابير اللازمة، والمنصوص عليها في سياسة التصديق الإلكتروني للسلطة الاقتصادية، من أجل حفظ المعلومات المرتبطة بشهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة الممنوحة له.

المادة 60 : يتعين على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أن يكتتب عقود التأمين المنصوص عليها في سياسة التصديق الإلكتروني للسلطة الاقتصادية.

الفرع الثاني

مسؤولية صاحب شهادة التصديق الإلكتروني

المادة 61 : يعتبر صاحب شهادة التصديق الإلكتروني فور التوقيع عليها المسؤول الوحيد عن سرية بيانات إنشاء التوقيع.

وفي حالة الشك في الحفاظ على سرية بيانات إنشاء التوقيع، أو في حالة ما إذا أصبحت هذه البيانات غير مطابقة للمعلومات المتضمنة في شهادة التصديق الإلكتروني، فإنه يجب على صاحب الشهادة أن يعمل على إلغائها من طرف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني.

لا يجوز لصاحب شهادة التصديق الإلكتروني عند انتهاء صلاحيتها أو عند إلغائها استعمال بيانات إنشاء التوقيع الموافقة لها من أجل توقيع أو تصديق هذه البيانات نفسها من طرف مؤد آخر لخدمات التصديق الإلكتروني.

المادة 62 : لا يجوز لصاحب شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة استعمال هذه الشهادة لأغراض أخرى غير تلك التي منحت من أجلها.

الفصل الرابع

الاعتراف المتبادل

المادة 63 : تكون لشهادات التصديق الإلكتروني التي يمنحها مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المقيم في بلد أجنبي، نفس قيمة الشهادات الممنوحة من طرف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المقيم في الجزائر، بشرط أن يكون مؤدي الخدمات الأجنبي هذا قد تصرف في إطار اتفاقية للاعتراف المتبادل أبرمتها السلطة.

الباب الرابع

العقوبات

الفصل الأول

العقوبات المالية والإدارية

المادة 64 : في حالة عدم احترام مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أحكام دفتر الأعباء أو سياسة التصديق الإلكتروني الخاصة به والموافق عليها من طرف السلطة الاقتصادية، تطبق عليه هذه السلطة عقوبة مالية يتراوح مبلغها بين مائتي ألف دينار (200.000 دج) وخمسة ملايين دينار (5.000.000 دج)، حسب تصنيف الأخطاء المنصوص عليه في دفتر الأعباء الخاص بمؤدي الخدمات، وتعذره بالامتثال لالتزاماته في

مدة تتراوح بين ثمانية (8) أيام وثلاثين (30) يوما، حسب الحالة. وتبلّغ المآخذ المتخذة ضد مؤدي الخدمات، حتى يتسنى له تقديم مبرراته الكتابية ضمن الآجال المذكورة سابقا.

وفي حالة عدم امتثال مؤدي الخدمات للأعذار، تتخذ ضده السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني قرار سحب الترخيص الممنوح له وإلغاء شهادته، حسب الحالة، بعد موافقة السلطة.

تحدد كيفيات تحصيل المبالغ المتعلقة بالعقوبة المالية المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة عن طريق التنظيم.

المادة 65 : في حالة انتهاك مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني للمقتضيات التي يتطلبها الدفاع الوطني والأمن العمومي، تقوم السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني بالسحب الفوري للترخيص، وذلك بعد موافقة السلطة.

وتكون تجهيزات مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني محل تدابير تحفظية طبقا للتشريع المعمول به، وذلك دون الإخلال بالمتابعات الجزائية.

الفصل الثاني

أحكام جزائية

المادة 66 : يعاقب بالحبس من ثلاثة (3) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من عشرين ألف دينار (20.000 دج) إلى مائتي ألف دينار (200.000 دج) أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من أدلى بإقرارات كاذبة للحصول على شهادة تصديق إلكتروني موصوفة.

المادة 67 : يعاقب بالحبس من شهرين (2) إلى سنة (1) واحدة وبغرامة من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليون دينار (1.000.000 دج)، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أخل بالتزام إعلام السلطة الاقتصادية بالتوقف عن نشاطه في الآجال المحددة في المادتين 58 و59 من هذا القانون.

المادة 68 : يعاقب بالحبس من ثلاثة (3) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من مليون دينار (1.000.000 دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000 دج)، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط ، كل من يقوم بحيازة أو إفشاء أو استعمال بيانات إنشاء توقيع إلكتروني موصوف خاصة بالغير.

المادة 69 : يعاقب بالحبس من شهرين (2) إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من عشرين ألف دينار (20.000 دج) إلى مائتي ألف دينار (200.000 دج) أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من يخل عمدا بالتزام تحديد هوية طالب شهادة تصديق إلكتروني موصوفة.

المادة 70 : يعاقب بالحبس من ثلاثة (3) أشهر إلى سنتين (2) وبغرامة من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليون دينار (1.000.000 دج) أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أخل بأحكام المادة 42 من هذا القانون.

المادة 71 : يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات، وبغرامة من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليون دينار (1.000.000 دج) أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أخل بأحكام المادة 43 من هذا القانون.

المادة 72 : يعاقب بالحبس من سنة (1) واحدة إلى ثلاث (3) سنوات، وبغرامة من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج) أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من يؤدي خدمات التصديق الإلكتروني للجمهور دون ترخيص أو كل مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني يستأنف أو يواصل نشاطه بالرغم من سحب ترخيصه.

تصادر التجهيزات التي استعملت لارتكاب الجريمة طبقا للتشريع المعمول به.

المادة 73 : يعاقب بالحبس من ثلاثة (3) أشهر إلى سنتين (2) وبغرامة من عشرين ألف دينار (20.000 دج) إلى مائتي ألف دينار(200.000 دج) أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل شخص مكلف بالتدقيق يقوم بكشف معلومات سرية اطلع عليها أثناء قيامه بالتدقيق .

المادة 74 : يعاقب بغرامة من ألفي دينار (2.000 دج) إلى مائتي ألف دينار (200.000 دج) كل شخص يستعمل شهادته للتصديق الإلكتروني الموصوفة لغير الأغراض التي منحت من أجلها.

المادة 75 : يعاقب الشخص المعنوي الذي ارتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا الفصل بغرامة تعادل خمس (5) مرات الحد الأقصى للغرامة المنصوص عليها بالنسبة للشخص الطبيعي.

الباب الخامس

أحكام انتقالية و ختامية

المادة 76 : يتعين على الهيئات التي تستعمل التوقيع والتصديق الإلكترونيين عند تاريخ إصدار هذا القانون، أن تطابق نشاطها مع مقتضيات هذا القانون، حسب الكيفيات التي تحددها السلطة ووفق توجيهاتها.

المادة 77 : تبقى شهادات التصديق الإلكتروني التي أصدرتها الهيئات المستعملة للتوقيع والتصديق الإلكترونيين قبل إصدار هذا القانون، صالحة إلى غاية تاريخ انتهاء صلاحيتها في حدود الآجال القصوى التي تحددها السلطة.

المادة 78 : توكل مهام الهيئة المكلفة بالاعتماد المنصوص عليها في المادة 14 من هذا القانون إلى المصالح المختصة في هذا المجال لفترة انتقالية تدوم إلى حين إنشاء الهيئة المكلفة بهذه المهمة، على أن لا تتجاوز هذه المدة خمس (5) سنوات ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية.

المادة 79 : توكل مهام تدقيق السلطة، والسلطتين الاقتصادية والحكومية، والطرف الثالث الموثوق، وكذلك مؤديي خدمات التصديق الإلكتروني إلى المصالح المختصة في هذا المجال التي تحدد عن طريق التنظيم لفترة انتقالية إلى حين إنشاء الهيئة المكلفة بهذه المهمة، على أن لا تتجاوز هذه المدة خمس (5) سنوات ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية.

المادة 80 : توكل مهمة هيئة الموافقة المنصوص عليها في النقطة الأولى من المادة 18 من هذا القانون، إلى مجلس السلطة لفترة انتقالية تدوم إلى حين إنشاء الهيئة المكلفة بهذه المهمة، على أن لا تتجاوز هذه المدة خمس (5) سنوات ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية.

المادة 81 : تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون.

المادة 82 : ينشر هذا القانون في الجريدة الرّسميّة للجمهوريّة الجزائريّة الديمقراطية الشّعبيّة.

حرر بالجزائر في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق أوّل فبراير سنة 2015.

عبد العزيز بوتفليقة

مراسيم تنظيميّة

مرسوم رئاسي رقم 14-392 مؤرّخ في 8 ربيع الأول عام 1436 الموافق 30 ديسمبر سنة 2014، يتضمن إحداث باب وتحويل اعتماد إلى ميزانية تسيير وزارة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة.

إنّ رئيس الجمهورية،

– بناء على تقرير وزير المالية،

– وبناء على الدستور، لا سيّما المادّتان 77-8 و125 (الفقرة الأولى) منه،

– وبمقتضى القانون رقم 84 -17 المؤرخ في 8 شوال عام 1404 الموافق 7 يوليو سنة 1984 والمتعلق بقوانين المالية، المعدّل والمتمّم،

– وبمقتضى القانون رقم 13-08 المؤرخ في 27 صفر عام 1435 الموافق 30 ديسمبر سنة 2013 والمتضمن قانون المالية لسنة 2014،

– وبمقتضى المرسوم الرئاسي المؤرخ في 6 ربيع الثاني عام 1435 الموافق 6 فبراير سنة 2014 والمتضمن توزيع الاعتمادات المخصصة لميزانية التكاليف المشتركة من ميزانية التسيير بموجب قانون المالية لسنة 2014،

– وبمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 14-53 المؤرخ في 6 ربيع الثاني عام 1435 الموافق 6 فبراير سنة 2014 والمتضمن توزيع الاعتمادات المخصصة لوزيرة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة من ميزانية التسيير بموجب قانون المالية لسنة 2014،

يرسم ما يأتي :

المادّة الأولى : يحدث في جدول ميزانية تسيير وزارة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة، باب رقمه 37-13 وعنوانه "مخصص لفائدة الهلال الأحمر الجزائري بعنوان العمل التضامني إزاء الشعب الليبي".

المادّة 2 : يلغى من ميزانية سنة 2014 اعتماد قدره خمسون مليون دينار (50.000.000 دج) مقيّد في ميزانية التكاليف المشتركة وفي الباب رقم 37-91 "نفقات محتملة – احتياطي مجمع".

قـــائمة المراجـــع

أولا.– المراجع العامة:

*** القرآن الكريم**

آ.– باللغة العربية:

1- أبو عمرو مصطفى أحمد، *مجلس العقد الالكتروني*، ط.01، دار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2011؛

2- *أحكام القرآن*، أبو بكر الجصاص هو أحمد بن على الرازى الجصاص الحنفي، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1992، المجلد الثالث؛

3- أحمد الرفاعي، *الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضنون العقدي*، دار النهضة العربية، (دون مكان النشر)، 1994؛

4- احمد عبد الكريم *سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي*، ط.01، دار النهضة العربية، 2001؛

5- أنور سلطان، *مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني*، ط.01، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، 1977؛

6- بلحاج العربي، *الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري*، ط.01، دار وائل للنشر. 2010؛

7- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، *مجلس العقد في الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي*، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001؛

8- جمال عبد الرحمان محمد، *المسؤولية المدنية للمتفاوض*، ط.01، دار النهضة العربية، 2004؛

9- جمال عبد الناصر، *موسوعة الفقه الإسلامي*، ط.01، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، (دون سنة النشر).

10- وهبة الزحيلي، *الفقه الإسلامي وأدلته*، ط.31، دار الفكر، دمشق، البرامكة، 1430 هـ/2009 م؛

11- حارث سليمان الفاروقي، *المعجم القانوني*، مكتبة لبنان، بيروت، 2000؛

12- حسن علي الذنون، *مصادر الالتزام*، ط.01، دار الحرية للطباعة والنشر، بغداد، 1976؛

13- حمزة حداد، *قانون التجارة الدولي*، ط.01، الدار المتحدة للنشر، دمشق، سوريا، 1980؛

14- محسن شفيق، *اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع*، ط.01، دار النهضة، القاهرة، (بدون سنة النشر)؛

15- محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الأفريقي، *لسان العرب*، الجزء 04، طبعة جديدة، دار المعارف، القاهرة، 2010؛

16- محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الأفريقي، *لسان العرب*، دار المعارف، مصر، (دون ذكر سنة النشر)، المجلد التاسع؛

17- محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الأفريقي، *لسان العرب*، الجزء الخامس، ط.2، دار صادر، بيروت، 1992.

18- محمد أمين أحمد سراج، *نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي*، ط01، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998؛

19- محمد بن محمد الخطيب الشربيني، *مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج*، ط.02، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000؛

20- محمد حسن قاسم، *التعاقد عن بعد*، ط.01، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003؛

21- محمد حسين منصور، *العقود الدولية*، ط.01، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، (دون سنة النشر)؛

22- محمد لبيب شنب، *مصادر الالتزام*، (دون دار النشر)، بيروت، 1976؛

23- نادر أحمد أبو شيخة، أصول التفاوض، ط.03، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2010؛
24- نوري حمد خاطر، *شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية*، (الالتزامات) "دراسة مقارنة"، اربد، الأردن، 1997؛
25- سي يوسف زاهية حورية، *الواضح في عقد البيع –دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات قضائية وفقهية–*، دار هومة، الجزائر، 2012؛
26- عامر قاسم القيسي، *الحماية القانونية المستهلك، دارسة في القانون المدني والمقارن*، ط.01، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002؛
27- عوض فاضل إسماعيل، *النقود والبنوك*، ط.01، دار الحكمة للطباعة، الموصل، العراق، 1990؛
28- عبد الرزاق أحمد الس عز الدين أبي الحسن الجزري الموصلي المعروف بابن الأثير الجزري، *النهاية في غريب الحديث والأثر*، تحقيق علي بن حسن بن علي بن عبد الحميد الحلبي، ط.01، دار ابن الجوزي، 2001/1421؛
29- نهوري، *مصادر الحق في الفقه الإسلامي*، الجزء 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998؛
30- عبد الرزاق السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني*، الجزء 04، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، ط.3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009؛
31- عبد الرزاق السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني*، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، العقد، ط.01، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981؛
32- عبد الله حسين محمود، *حماية المستهلك من الغش التجاري والصناعي*، ط.01، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002؛
33- عبد المنعم راضي، فرج عزت، *اقتصاديات النقود والبنوك*، البيان للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2001؛
34- عبد المنعم موسى إبراهيم، *حسن النية في العقود "دراسة مقارنة"*، ط.01، منشورات زين الحقوقية، بيروت، (بدون سنة النشر)؛
35- عبد الودود يحي، *الوجيز في النظرية العامة للالتزامات*، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994؛
36- علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، ط.02، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986؛
37- علي جمال الدين عوض، *الاعتمادات المصرفية وضماناتها*، ط.01، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989؛
38- علي فيلالي، الالتزامات، ج1، ط.02، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008؛
39- شيرزاد عزيز سليمان، *حسن النية في إبرام العقود-دراسة في ضوء القوانين والاتفاقيات الدولية*، ط.01، منشورات دار دجلة، الأردن، (دون سنة النشر)؛
40- خليل أحمد حسن قدادة، *الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، عقد البيع*، دار المطبوعات الجامعة، الجزائر، 2000؛

ب.– باللغة الأجنبية:

1 SOUCHON (C), *Les vices du consentement dans le contrat*, pédone, paris, 1976 ;
2 ISABELLE (R), *L'erreur dans la déclaration de volonté*, presses universitaires, d'AIX Marseille, Marseille, 2006 ;
3 CEDRAS (J), *L'Obligation de négocier*, R.T.D. com, 1985 ;
4 J. SCHMIDT (J), *Négociation et conclusion des contrats*, Dalloz, 1982 ;
5 GHESTIN (J) : *Traite de droit civil, la formation du contrat*, 3e'd, DELTA, 1996 ;
6 Pédamon, *Le Contrat en droit Allemand*, LGDJ, Paris, 1993 ;
7 Reims (Sans mentionner le nom)., *violation de la confidentialité des négociations*, les petites affiches, 1990.

ثانيا.– المراجع المتخصصة:

آ.– الكتب:

I.– باللغة العربية:

1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، *الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية*، ط.01، لجنة التأليف والتعريب والنشر، جامعة الكويت، 2003؛

2- إبراهيم بختين، *التجارة الإلكترونية*، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008؛

3- إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، *القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية*، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة؛

4- إبراهيم فاضل الدبو، *حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة*، بحث ضمن بحوث مجلد مجمع الفقه الإسلامي. عدد السادس، المجلد الثاني، المكتبة الشاملة، 1990؛

5- أحمد المهدي، *الإثبات في التجارة الإلكترونية*، ط.01، دار الكتب القانونية، مصر، 2006؛

6- أحمد خالد العجولي، *التعاقد عن طريق الإنترنيت*، ط.01، دراسة مقارنة، المكتبة القانونية، عمان، الأردن، 2002؛

7- أحمد شرف الدين، *الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها في العقود والاتفاقات في التجارة الالكترونية، أوراق، ندوه عقود التجارة الالكترونية ومنازعاتها*، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2007؛

8- أسامة أبو الحسن مجاهد، *الوسيط في قانون المعاملات الالكترونية*، ط.01، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007؛

9- أسامة أبو الحسن مجاهد، *خصوصية التعاقد عبر الإنترنت*، ط.01، دار النهضة العربية، 2000؛

10- أسامة أحمد بدر، *حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني*، ط.01، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، 2005؛

11- أسامة احمد بدر، *حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني*، ط.01، دار النهضة العربية، (بدون سنة النشر)؛

12- أسامة عبد العليم الشيخ، *مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية "دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"*، دار الجامعة للنشر، مصر، 2008؛

13- إلياس ناصيف، *العقود الدولية –العقد الالكتروني في القانون المقارن–*، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط.01، 2009؛

14- أمانج رحيم احمد، *التراضي في العقود الالكترونية*، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ط.01، 2006؛

15- أمجد محمد منصور، *النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام*، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، ط.01، (دون سنة النشر)؛

16- اهد فتحي الحموري، *الأوراق التجارية الإلكترونية، دراسة تحليلية، مقارنة*، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009؛

17- أودين سلوم الحايك، *مسؤولية مزودي خدمات الانترنيت التقنية*، ط.01، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2009؛

18- إيمان مأمون أحمد سليمان، *إبرام العقد الإلكتروني وإثباته*، ط.01، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008؛

19- أيمن سليم، *التوقيع الالكتروني*، ط.01، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004؛

20- إيهاب السنباطي، *الموسوعة القانونية للتجارة الإلكترونية*، ط1، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008؛

21- إيهاب فوزي السقا، *الحماية الجنائية والأمنية لبطاقات الائتمان*، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007؛

22- بشار طلال المومني، *مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، دارسة مقارنة*، ط.01، عالم الكتب الحديثة، إربد، الأردن، 2004؛

23- بشار محمد دودين، *الإطار القانوني المبرم على شبكة الإنترنت*، ط.01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006؛

24- بشار محمود دودين ومحمد يحي المحاسنة، *الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة انترنيت*، ط.01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010؛

25- بهاء شاهين، *العولمة والتجارة الإلكترونية، رؤية إسلامية*، ط.01، (بدون سنة النشر)، (بدون مكان النشر)، 2000؛

26- ثروت حبيب، *دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية: اتفاقية فينا سنة 1980*، ط.02، مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة، مصر، 1995؛

27- ثروت عبد الحميد، *التوقيع الإلكتروني*، ط.01، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007؛

28- ثروت عبد الحميد، *التوقيع الالكتروني*، ط.02، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 2002؛

29- جلال عايدة الشورى، *وسائل الدفع الإلكتروني*، ط.01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008؛

30- جمال زكي إسماعيل، *عقد استخدام شبكة المعلومات الدولية، -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني-*، ط.01، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2012؛

31- جمال عبد الرحمان محمد علي، *الخطأ في مجال المعلوماتية*، ط.02، مطبعة كلية علوم بني سويف، مصر، 2003؛

32- جمال عبد الرحمان محمد علي، *المسؤولية المدنية للمتفاوض نحو تطبيق القواعد العامة على المسؤولية للمتفاوض عبر الانترنت*، ط.01، درا النهضة العربية، القاهرة، 2004؛

33- جميل عبد الباقي الصغير، *الانترنيت والقانون الجنائي "الأحكام الموضوعية للجرائم المتعلقة بالانترنيت"*، ط.01، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002؛

34- حسام أسامة احمد، *الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية*، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009؛

35- حسن عبد الباسط جميعي، *إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت*، ط.01، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000؛

36- حمودي محمد ناصر، *العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع*، الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012؛

37- حوالف عبد الصمد، *النظام القانوني لوسائل الدفع الالكتروني*، ط.01، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016؛

38- خالد حمدي عبد الرحمن، *التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني*، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005؛

39- خالد عبد الفتاح محمد خليل، *حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص*، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002؛

40- خالد ممدوح إبراهيم، *إبرام العقد الإلكتروني-دراسة مقارنة-*، ط.01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006؛

41- خالد ممدوح إبراهيم، *التقاضي الالكتروني: الدعوى الالكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم*، ط.01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008؛

42- خالد ممدوح إبراهيم، *حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية، دراسة مقارنة*، الدار الجامعية الإسكندرية، 2008؛

43- خضر مصباح الطيطي، *التجارة الالكترونية من منظور تقني وتجاري وإداري*، ط.01، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2008؛

44- دريد محمود علي، *النظرية العامة للالتزام*، د ط، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012؛

45- رأفت رضوان، *عالم التجارة الإلكترونية*، ط. 1، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، (دون مكان النشر)، 1999؛

46- رزكار عبدول محمد أمين، *المسؤولية المدنية لمقدمي خدمات الانترنيت "دراسة مقارنة"*، ط.01، دار الكتب القانونية، مصر،2017؛

47- رضوان رأفت، *عالم التجارة الإلكترونية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية*، مكتبة المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 1999؛

48- زياد خليف شداخ العنزي، *المشكلات القانونية لعقود التجارة الإلكترونية من حيث الإثبات وتحديد زمان ومكان العقد*، دار وائل للنشر، الأردن، 2001؛

49- سامح عبد الواحد التهامي، *التعاقد عبر الإنترنت*، ط.01، دار الكتب القانونية، مصر، 2008؛

50- سعودي حسن سرحان، *التجارة الإلكترونية وسيلة فعالة لتنشيط التجارة الإلكترونية "دراسة مقارنة"*، ط.01، دار النهضة العربية، مصر، 2003؛

51- سعيد السيد قنديل، *التوقيع الالكتروني*، ط.01، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004؛

52- سلطان عبد الله محمود الجواري، *عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق*، ط.01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010؛

53- سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق، ط.01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010؛

54- سمير حامد عبد العزيز جمال، *التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة*، ط.01، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006؛

55- سمير عبد السميع، *العقد الالكتروني*، ط.01، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005؛

56- السيد احمد عبد الخالق، *التجارة الالكترونية والعولمة*، ط.01، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2008؛

57- شافع بلعيد عاشور، *العولمة التجارية والقانونية للتجارة الالكترونية*، ط.01، دار هومة للنشر، الجزائر، 2006؛

58- شحاته غريب شلقامي، *التعاقد الالكتروني في التشريعات العربية "دراسة مقارنة"*، ط.01، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008؛

59- شريف محمد غنام، *التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الانترنيت*، ط.01، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008؛

60- شريف محمد غنام، *التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الانترنيت*، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011؛

61- شريف محمد غنام، *حماية العلامات التجارية عبر الانترنت في علاقتها بالعنوان الالكتروني*، ط.01، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003؛

62- شريف محمد غنام، *حماية العلامات التجارية عبر الانترنيت في علاقتها بالعنوان الالكتروني*، ط.01، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007؛

63- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، ط.01، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008؛

64- طارق عبد العال حماد، *التجارة الالكترونية، المفاهيم-التجارب -التحديات*، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2003.

65- طوني ميشال عيسى، *التنظيم القانوني لشبكة الانترنت: دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية*، ط.01، مكتبة صادر، بيروت، 2001؛

66- طوني ميشيل عيسى، *التنظيم القانوني لبيئة الانترنت*، ط.01، صادق للنشر، بيروت، 2001؛

67- الطيب زروتي، *القانون الدولي الخاص الجزائري*، تنازع القوانين، ط.02، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008؛

68- عاطف عبد الحميد حسن، *وجود الرضا في العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنيت*، ط.01، دار النهضة العربية، القاهر، مصر، 2008؛

69- عايد رجا الخلايلة، *المسؤولية التقصيرية الالكترونية "المسؤولية الناشئة عن اساءة استخدام اجهزة الحاسوب والانترنيت"*، ط.01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009؛

70- عباس العبودي، *تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها*، ط.01، مكتب الوئام للحاسبات للطباعة والنشر، العراق، 2008؛

71- عبد الباسط جاسم محمد، *إبرام العقد عبر الانترنيت*، ط.01، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010؛

72- عبد الحميد بسيوني، *أساسيات ومبادئ التجارة الإلكترونية*، دار الكتب العلمية، مصر، 2004؛

73- عبد الفتاح بيومي حجازي، *التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية*، ط.01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004؛

74- عبد الفتاح بيومي، *التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية "الكتاب الثاني"* ، دار الكتب القانونية، مصر، 2007؛

75- عبد الفتاح بيومي، *التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي*، الإسكندرية، (دون ذكر سنة النشر)؛

76- عبد الفتاح حجازي، *التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة*، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005؛

77- عبد الفتاح حجازي، *مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية "الكتاب الأول"* ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2003 ؛

78- عبد الفتاح محمود كيلاني، *مدى مسؤولية مقدمي الانترنيت*، ط01، هيئة السكة الحديد، مصر، (بدون سنة نشر)؛

79- عبد المجيد الحكيم، *عبد الباقي البكري، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي*، الجزء الأول "مصادر الالتزام"؛

80- عدنان السرحان، نوري خاطر، *مصادر الحقوق الشخصية*، (دون طبعة)، دار النشر للثقافة والتوزيع، عمان، الأردن، 2009؛

81- عصام عبد الفتاح مطر، *التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية*، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009؛

82- عصام عبد الفتاح مطر، *الحكومة الإلكترونية بين النظرية والتطبيق*، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008؛

83- عطا عبد العاطي السنباطي، *الإثبات في العقود الالكترونية "دراسة فقهية مقارنة"* ، ط.01، دار النهضة العربية، القاهرة، (بدون سنة النشر)؛

84- علاء التميمي، *التنظيم القانوني للبنك الالكتروني على شبكة الانترنيت*، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط.01، 2012؛

85- علاء محمد نصيرات، *حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات*، ط.01، دار الثقافة، 2005؛

86- علي جمال الدين عوض، *عمليات البنوك من الوجهة القانونية*، مكتبة رجال القضاء، مصر، 1989؛

87- علي فيلالي، *الالتزامات "الفعل المستحق للتعويض"* ، ط.01، موفم للنشر، الجزائر، 2010؛

88- عمر خالد زريقات، *عقود التجارة الالكترونية، عقد البيع الالكتروني "دراسة تحليلية"*، ط.01، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009؛

89- عمر محمد بن يونس، *أشهر المبادئ المتعلقة بالإنترنت لدى القضاء الأمريكي*، ط.01، (بدون ناشر)، 2004؛

90- عمر محمد بن يونس، *الايكان-ICA N N "منظمة تحديد الأسماء والأرقام عبر الانترنيت*، ط.01، (دون دار نشر)، الجزائر، 2005؛

91- عمرو أحمد حسبو، *حماية الحريات في مواجهة نظم المعلومات، دراسة مقارنة*، ط.01، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000؛

92- عمرو عبد الفتاح يونس، *جوانب قانونية للتعاقد الإلكتروني في إطار القانون المدني" دراسة مقارنة"* ، ط.01، (بدون دار النشر)، 2009؛

93- عيسى الربضي، *القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني*، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،

94- فادي محمد عماد الدين توكل، *عقد التجارة الالكترونية*، ط.01، منشورات الحلبي الحقوقية، دمشق، 2010؛

95- فاروق حسين، *البريد الإلكتروني*، ط.01، الهيئة المصرية للكتاب، مصر، 1999؛

96- فاروق سيد حسين، *الانترنت " شبكة المعلومات"* ، ط.01، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 2002؛

97- فاروق محمد الأباصيري، *عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت*، ط.01، دار الجامعة الجديدة، للنشر، الإسكندرية، 2002؛

98- فايز نعيم رضوان، *بطاقات الوفاء*، ط.01، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، 1990؛

99- فتحية حواس، *حماية المصنفات الرقمية وأسماء النطاقات على شبكة الانترنيت*، ط.01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017؛

100- فريد منعم جبور، *حماية المستهلك عبر الإنترنت ومكافحة الجرائم الإلكترونية، ط.01*، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، 2010؛

101- فيصل محمد عبد العزيز، *الحماية القانونية لعقود التجارة الالكترونية*، ط.01، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008؛

102- قدري عبد الفتاح الشهاوي، *قانون التوقيع الالكتروني ولائحته التنفيذية والتجارة الالكترونية في التشريع المصري والعربي والأجنبي*، ط.01، دار النهضة العربية، مصر، 2005؛

103- كيلاني عبد الراضي محمود، *النظام القانوني في بطاقات الوفاء والضمان*، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998؛

104- لزهر بن سعيد، *النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية*، ط1، دار هومة، الجزائر، 2012؛

105- لورنس محمد عبيدات، *اثبات المحرر الالكتروني*، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005؛

106- لينا إبراهيم يوسف حسان، *التوثيق الالكتروني ومسؤولية الجهات المختصة به "دراسة مقارنة"* ، ط.01، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان، 2009؛

107- ماجد محمد سليمان أبا الخيل، *العقد الالكتروني*، ط.01، مكتبة الرشد، 2009؛

108- مجاهد أبو الحسن، *خصوصية التعاقد عبر الإنترنت*، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000؛

109- محسن شفيق، *نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية*، ط.01، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1994؛

110- محمد السعيد رشدي، *الانترنيت والجوانب القانونية لنظم المعلومات*، ط.01، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت،1997؛

111- محمد السيد عرفة، *التجارة الدولية الالكترونية عبر الانترنيت*، (دون دار النشر)، الإمارات، 2000؛

112- محمد المرسي زهرة، *مدى حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات*، جامعة عين شمس، مصر، 1994؛

113- محمد حسين منصور، *أحكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك*، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006؛

114- محمد حسين منصور، *المسؤولية الالكترونية*، ط.01، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007؛

115- محمد سعيد أحمد إسماعيل، *أساليب الحماية القانونية للمعاملات التجارة الإلكترونية*، ط.01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009؛
116- محمد سعيد أحمد إسماعيل، *أساليب الحماية القانونية للمعاملات التجارة الإلكترونية*، ط.01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009؛
117- محمد صبري السعدي، *الواضح في شرح القانون المدني*، ط.04، دار الهدى، الجزائر، 2009 الالتزام، 1980؛
118- محمد عبد الظاهر حسين، *المسؤولية القانونية في مجال الانترنيت*، ط.01، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004؛
119- محمد عبد الكريم حسين الداوودي، *المسؤولة الجنائية لمورد خدمة الانترنت*، ط.01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017؛
120- محمد فواز المطالقة، *عقود التجارة الالكترونية-دراسة مقارنة-*، ط.01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008؛
121- محمود السيد عبد المعطي خيال، *الانترنت وبعض الجوانب القانونية*، ط.01، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998؛
122- محمود محمد ياقوت، *حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة*، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، 2004؛
123- مخلوق وآخرون، *التجارة الالكترونية "الحاضر وآفاق المستقبل"* ، ط.01، (بدون دار النشر)، 2003؛
124- مدحت عبد الحليم رمضان، *الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية "دراسة مقارنة"* ، ط.01، دار النهضة العربية، مصر، 2001؛
125- مصطفى محمد موسى، *المراقبة الالكترونية عبر شبكة الانترنت"دراسة مقارنة"* ، مكتبة كلية الحقوق بجامعة بنها، 2003؛
126- مصطفى موسى العجارمة، *التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنت*، ط.01، مطابع شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010؛
127- ممدوح محمد علي مبروك، *مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات*، دار النهضة العربية، القاهرة، (بدون سنة النشر)؛
128- مناني فراح، *العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري*، ط.01، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2009؛
129- مندى عبد الله محمود حجازي، *التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني وفقا لقواعد الفقه الإسلامي والقانون المدني*، ط.01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010؛
130- منير محمد الجنبيهي وممدوح محمد الجنبيهي، *التوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات*، دار الفكر الجامعي، مصر، 2004؛
131- مولاي حفيظ علوي قاديري، *إشكالات التعاقد في التجارة الالكترونية*، ط.01، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، الدار البيضاء، المغرب، 2013؛
132- ناهد فتحي الحموري، *الأوراق التجارية الإلكترونية، دراسة تحليلية، مقارنة*، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009؛
133- نبيلة هبة هروال، *الجوانب الإجرائية لجرائم الإنترنت في مرحلة جمع الاستدلالات*، ط.01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013؛
134- نجوى أبو هيبة، *التوقيع الإلكتروني-تعريفه ومدى حجيته في الإثبات-*، ط.01، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005؛
135- نرمين محمد محمود صبح، *مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية*، ط.01، (بدون دار نشر)، 2002؛

136- نسرين عبد الحميد نبيه، *الجانب الالكتروني للقانون التجاري*، ط.01، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2011؛
137- نصيرات علاء محمد عيد، *حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات "دراسة مقارنة"*، ط.01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005؛
138- نضال إسماعيل برهم، *أحكام العقود الإلكترونية*، ط.01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005؛
139- نضال سليم برهم، *أحكام عقود التجارة الالكترونية*، ط.01، دار الثقافة، الأردن، 2009؛
140- هدى حامد قشقوش، *الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت*، ط.01، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000؛
141- هشام صادق وعكاشة عبد العال، *قانون الدولي الخاص: تنازع القوانين –الاختصاص القضائي – الجنسية*، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006؛
142- هشام صادق، *القانون الدولي الخاص–تنازع الاختصاص الدولي*، د.ط، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، مصر، 2007؛
143- هشام عبد القادر، *التجارة الالكترونية*، ط.01، (دون دار النشر)، مصر، 2005؛
144- يوسف أحمد النوافلة، *حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات*، ط.01، دار وائل للنشر، 2007؛
145- يوسف أمين فرج، *التوقيع الإلكتروني*، ط.01، دار المطبوعات الجامعة، الإسكندرية، 2004؛
146- عصمت عبد المجيد بكر، *دور التقنيات العلمية في تطور العقد*: دراسة مقارنة، د.ط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2015؛
147- عبد الباسط جاسم محمد، *تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الالكترونية: دارسة مقارنة*، ط.01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014؛
148- حسام أسامة شعبان، *الاختصاص بمنازعات التجارة الالكترونية بين القضاء الوطني والتحكيم عبر الانترنت: دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة*، ط.01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2018.

.– باللغة الأجنبية:

1- AUYRS، *L'application du droit de la presse au réseau internet*, J.C.P. 1998;
2- BEAURE D'(A), *Breese e Thuilier, paiement numérique sur internet*, état et l'art, aspects juridiques et impact sur les métiers, Thomson Publishing, France,1997;
3- BICH (A), "*The age of E, tall:company the world of electronic chopping uk*, oc a c and the mc kenna group, 2000;
4- BLAISE (B), HERTJEAN (J), *Commerce électronique et Code de commerce, France*;
5- CACHARD (O), *La régulation internationale du marché électronique*, L.G.D.J. Paris, 2002*;*
6- CAPRIOLI (E), et SORIEUL (R), *le commerce international électronique vers l'emergence des règles juridique transnational* (JDI), 1997;
7- CAPRIOLL (E), *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique*, Litec, Edition du juris-classeur, Paris, 2002, N70 ;
8- DAVE (C) and others, *Internet Marketing*, Redwood Books limited, London, 2000;
9- DAVID (W), *e-commerce, Mc Grow* - Hill Publishing Company, UK. 2000;
10- EMMANUEL (N), *La liberté d'expression sur les réseaux sociaux en droit français, Droit et réseaux sociaux*, Laboratoire d'études juridiques et politiques, Lextenso éditions, octobre 2015;
11- FABRICE (M), *Internet et les réseaux sociaux, que dit la loi*? Eyrolles, 2ème édition, 2016;

12- GAUTRAIS (V), *Le contrat électronique international, encadrement juridique*, édition delta, 2ème édition 2003 ;
13- Heau, *Internet et le droit: Aspects Juridrique du commerce électronique*, Ed, Exrolles, Paris, 1998;
14- ITEANU (O), *Internet et le droit, aspects juridiques du commerce électronique*, Ed, Eyrolles, Avril, 1996;
15- ITEANU (O), *internet et le droit, aspect juridiques du commerce electronique*, Ed.Eyrolles, avril 1996;
16- JEAN (G): *la protection des consommateurs en matière de contrat à distance dans la directive du 30 Mai 1997*, Dalloz;
17- JEAN, (T) *and Risk in Internet Commerce*, Printed in United State of America,Ed 2000;
18- Klebt and JANE (P), *information, system and the internet fourth edition*, Dryden press, USA, E19, 2007 ;
19- klnnebt and JANE (P), *information, system and the internet fourth edition*, Dryden press, USA, E19, 1999;
20- LETOURNEAU (P), *Contrats informatiques et électroniques*, Dalloz, 2eme ed, 2002;
21- LIONEL *bochurberg, internet et commerce électronique*, 1 Ed, Delmas, 1999;
22- Lucas (C) de Leysse, *Le Paiment en Ligne*, JCP, 2001, éd.G.N0 10;
23- OLIVIER D'Auzon, *Le Droit du commerce électronique*, éditions du PUITS FLEURI, paris, 2005;
24- PIERREDE (s) et VINCENT (f), *les contrats relatifs à la vente et à L'achat de a pace publicitaire sur internet*, lige pressé, mars 1997 ;
25- RAVILLON (L), *le recours à la technique du "premier arrives…"*, J.C.P.,éd G, 2000;
26- SEDALLIAN (V), *droit de l'internet réglementation. Responsabilités*. Contrats, éd. Collection AUI, 1997 ;
27- THIBAULT (V), *commerce électronique, le nouveau cadre juridique (publicité, contentieux)*, édition .darcier, 2004 ;
28- TRUDEL (P), ABRAN (F), BENYEKHELF (K), Hein S, *Droit du cyberspace*, Montreal, editions THEMIS, 1997 ;
29- VALERIE (S), *Droit de L'Internet*, Edition 1996 ;
30- VAN (O), *le choix d'un nom-les noms des domaines*, RD aff.int، 1998 ;
31- DEPREZ.Pierre et FOUCHOUX.Vincent, «Les *Contrats Relatifs* à La *Vente et à L'achat d'espace Publicitaire sur Internet* » Légipresse, Mars 1997 .

ب.– أطروحات الدكتوراه:

I.– باللغة العربية:

1- عايض راشد عايض المري، *مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية*، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1998؛
2- عزه محمد أحمد خليل، *مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب*، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1999؛
3- أحمد حسام طه، *الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي*، رسالة دكتوراه، كلية حقوق جامعة طنطا، 2000؛
4- عبد الرحمن بن عبد الله السند، *الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية*، رسالة دكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 2002؛
5- بشار طلال أحمد مومني، *مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، رسالة دكتوراه*، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2003؛

6- إيمان مأمون أحمد سليمان، *الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية*، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2006؛

7- إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، *القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة*، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، مصر، 2006؛

8- مراد محمود يوسف مطلق، *التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني*، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2007؛

9- مصطفى موسى حسن العطيات، *التجارة الالكترونية وآثارها على استخدام العلامات التجارية*، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2007؛

10- زياد خليف شداخ العنزي، *تنازع القوانين في المعاملات الإلكترونية*، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 2008؛

11- تامر محمد سليمان الدمياطي، *إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت*، رسالة دكتوراه، القاهرة، 2008؛

12- ناصر حمودي، *النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنيت*، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2009؛

13- مخلوفي عبد الوهاب، *التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت*، رسالة دكتوراه، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2012؛

14- ميكائيل رشيد علي الزيباري، *العقود الالكترونية على شبكة الانترنيت بين الشريعة والقانون*، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، الجامعة العراقية، 2012؛

15- فاطمة الزهراء عكو، *المسؤولية المدنية لمقدمي الخدمة الوسيطة في الانترنيت*، رسالة دكتوراه، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015/2014؛

16- بسكري رفيقة، *النظام القانوني لمنظمة التجارة العالمية وإشكالية الانضمام لها*، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2015؛

17- شايب بوزيان، *ضمانات حسن تنفيذ عقد البيع الالكتروني*، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2016؛

18- محمد بلاق، *حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات التجارة الدولية*، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، 2016/2015، الرسالة متاحة على الرابط التالي: http://dspace.univ-tlemcen.dz/bitstream/112/8382/1/Dbellak.pdf؛

19- العيشي عبد الرحمان، *ركن الرضا في العقد الالكتروني*، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2017/2016.

ج.– الرسائل والمذكرات:

I.– باللغة العربية:

1- سعيد شيخو مراد المحولي، *المسؤولية المدنية الناتج عن استخدام الكومبيوتر*، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة بغداد، 1990؛

2- سليمان دايح براك الجميلي، *المفاوضات العقدية "دراسة مقارنة"* ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 1998؛

3- جمال وادي، *العلامة والانترنيت*، مذكرة ماجستير، فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003/2002؛

4- بربي نذير، *العقد الالكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري*، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2006؛

5- لما عبد الله صادق سلهب، *مجلس العقد الإلكتروني*، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008؛

6- عروبة شافي عرط المعموري، *التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد*، رسالة ماجستير، جامعة بابل، 2008؛

7- رجاء نظام حافظ بني شمسه، *الإطار القانوني للتحكيم الالكتروني: دراسة مقارنة*، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009؛

8- رجاء نظام حافظ بني شمسه، *الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني "دراسة مقارنة"* ، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، 2009؛

9- إسلام مأمون حسين مأمون، المعوقات التي تحد من نجاح التجارة الإلكترونية في مصر، مذكرة ماجستير في إدارة الأعمال، الأكاديمية العربية البريطانية للتعليم العالي، 2011؛

10- طمين سهيلة، *الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية*، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011؛

11- لملوم كريم، *الإثبات في معاملات التجارة الإلكترونية بين التشريعات الوطنية والدولية*، رسالة ماجستير في قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011؛

12- يحي شريف عز الدين، مجدوب فاروق، *التزام البائع بتسليم المبيع*، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2012؛

13- آكلي محند أولحاج، *مبدأ سلطان الإرادة في العقود الالكترونية*، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون التعاون الدولي، المركز الجامعي، البويرة، 2012؛

14- صالح كريمة، *واقع التجارة الإلكترونية في الجزائر*، مذكرة ماجستير في العلوم التجارية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية، جامعة وهران، السنة الجامعية، 2014/2013؛

15- صراع كريمة، *واقع وآفاق التجارة الالكترونية في الجزائر*، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية، جامعة وهران، 2014؛

16- غول نجاة، *العقد الالكتروني في القانون المدني الجزائري*، مذكرة ماستر، جامعة خميس مليانة، 2014؛

17- محمد السعيد بوخليفي قويدر، *النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية*، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2016؛

18- محمد غسان صبحي الغاني، *الإخلال بالالتزام بالسرية في عقد نقل التكنولوجيا*: دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2016؛

19- معيزي ندا، *النظام القانوني للتصديق الالكتروني*، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2016.

II.– باللغة الأجنبية:

1- ELLOUMI (A), *la protection du consommateur dans le commerce Electronique*, mémoire pour l'obtention du Diplôme d'études approfondies en droit les affaires, Faculté de droit de Sfax, 2002 ;

2- MOREAU (N), *La formation du contrat électronique*, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales, Université de Lille 2002/2003 ;

3- MOREAU Nathalie, *La Formation du Contrat Electronique Dispositif de Protection du Cyberconsommateur Et Modes Alternatifs de Règlement des Conflits*, Mémoire DEA, Droit des Contrats، Faculté des Sciences Juridiques, Politiques Et Sociales, Université de Lille 2, Lille, 2003. Disponible à: http://edoctorale74.univ-lille2.fr/fileadmin/master_recherche/T_l_chargement/memoires/affaires/moreaun03.pdf

4- NAIMI-CHARBONNIER Marine, *La Formation et L'exécution du Contrat Électronique*, thèse pour le doctorat en droit, Université Patheon-Assas, Paris, 2003

5- GARDET Guillaume., *Les Aspects Procéduraux du Commerce Electronique: une Confirmation Entre la Procédure Judiciaire Français et Internet*, mémoire fin d'étude, DEA Droit privé fundamental, Séminaire: Procédure Civile, Université Jean Moulin LYON III, 28 janvier 2000.

ثالثا.– المقالات:

آ.– باللغة العربية:

1- أحمد السعيد الزقرد، *حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التليفون*، بحث منشور بمجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة التاسعة عشرة، سبتمبر1995، عدد 03؛

2- مجيد حميد العنبكي، *إنشاء العقد في القانون الإنكليزي*، مقال منشور، مجلة الحقوق، 1999، عدد 03؛

3- محمد بودالي، *التوقيع الالكتروني*، مجلة الإدارة، 2003، عدد 02؛

4- محمد عبد الظاهر حسين، *المسئولية القانونية في مجال شبكات الانترنت دار النهضة العربية*، القاهرة، 2004/2003؛

5- باشي أحمد، *واقع وآفاق التجارة الالكترونية*، مجلة الإدارة، الجزائر، 2001، عدد 26؛

6- احمد محمد الهواري، *عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص*، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، الفترة: 10-12 ماي 2003، المجلد 04، جامعة الإمارات العربية المتحدة، متاح على الرابط التالي:https://platform.almanhal.com/Reader/Article/47583 ؛

7- إلياس بن ساسي، *التعاقد الالكتروني والمسائل القانونية المتعلقة به*، مجلة الباحث، عدد 02، 2003؛

8- أحمد فرح، *النظام القانوني لمقدمي خدمات الانترنيت*، مجلة المنارة، المجلد 13، سنة 2007، عدد 09؛

9- حمودي ناصر، *نزاعات العقود الإلكترونية: "أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل"*، مجلة معارف، جامعة أكلي محند أولحاج بالبويرة، السنة الثالثة، المجلد 03، 2008، عدد 05؛

10- حمودي ناصر، *نزاعات العقود الالكترونية-أزمة منهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الالكتروني كبديل*، معارف مجلة علمية محكمة، المركز الجامعي البويرة، ديسمبر 2008، عدد 05؛

11- كوثر مازوني، *الحماية القانونية للعلامة التجارية عبر الشبكة الرقمية في علاقتها مع أسماء الدومين"Domain Name* "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، 2008، عدد 03؛

12- طارق كميل، *مقدمو خدمات المصادقة الإلكترونية "التنظيم القانوني واجباتهم ومسؤولياتهم"* ، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، مجلد5 ، أكتوبر 2009، عدد 03؛

13- عبد المهدي كاظم ناصر، *المسؤولية المدنية لوسطاء الانترنيت، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية*، المجلد 02، ديسمبر 2009، عدد 02؛

14- منصور الصرايرة، *الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الالكترونية-دراسة في التشريع الأردني*، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، 2009، عدد 02 ؛

15- مصطفى دليع، *منتدى الحقوق "العلوم القانونية"* ، مقال منشور بتاريخ 18 أوت 2009: http://www.akms.org/publication/publications.htm؛

16- احمد عبد الله العوضي، *العوامل المؤثرة في التسويق والتجارة الإلكترونية*، مقال منشور بمجلة الاقتصاد والمجتمع، كلية الدراسات التجارية، الكويت، 2010، عدد 06؛

17- يسعد حورية، التحكيم التجاري الدولي طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، 2010، عدد 01؛

18- محمود حمودة صالح منزل، *إشكالات العقود الالكترونية*، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، أوت 2011، عدد 18؛

19- أكمل يوسف السعيد يوسف، المسؤولية الجنائية لمقدمي المواد الإباحية للأطفال عبر الإنترنت، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، 2011؛

20- زهيرة كيسي، *النظام القانوني لجهات التوثيق (التصديق) الالكتروني*، دفاتر السياسة والقانون، المركز الجامعي بتمنراست- الجزائر، عدد السابع جوان 2012؛

21- إيناس مكي عبد الناصر، *التفاوض الالكتروني دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة*، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد 21، 2013، عدد 03؛

22- بن جديد فتحي، مدى حجية الكتابة والتوقيع الالكترونيين في إثبات العقد المبرم عبر الانترنيت، مجلة دراسات قانونية، عدد 16، جانفي 2013؛

23- جمال النكاس، حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون المدني الكويتي، مجلة الحقوق، السنة 2013، عدد 02؛

24- رباحي أحمد، *الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني*، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة الشلف، جوان 2013، عدد 12؛

25- رياض السيد حسين أبو سعيدة، *توثيق المستند الرقمي في التعامل الالكتروني "دراسة تحليلية مقارنة"*، مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة العراق، 2013؛

26- سلطان بن سالم البلوشي، *ماهية عقد التجارة الالكترونية وطبيعته القانونية*، باحث بسلك الدكتوراه في القانون الخاص بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مجلة العلوم القانونية، مجلة الكترونية، الخميس 09 ماي 2013، جامعة وجدة، المملكة المغربية؛

27- نبيل إسماعيل الشبلاق، *الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد: دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا*، جملة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، 2013، عدد 02؛

28- أشرف جابر سيد، وخالد بن عبد الله الشافي، *حماية خصوصية مستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي في مواجهة انتهاك الخصوصية في موقع فيس بوك " دراسة مقارنة في ضوء النظام السعودي"*، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، (دون ذكر عدد)، 2013، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر: https://opac.cndp.ma/doc_num.php?explnum_id=161؛

29- زيد حمزة مقدم، *النظام القانوني للتوثيق الالكتروني –دراسة مقارنة–*، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، أوت 2014، عدد 24؛

30- أروى تقوى، *مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية*، المجلد 30، 2014، عدد 01؛

31- قارة سليمان محمد خليد، الحلول القانونية لمشكلة تنازع القوانين في ظل التعاقد الالكتروني، مجلة الفقه والقانون، عدد الثامن عشر، أفريل 2014؛

32- طه كاظم حسن، فراس كريم شيعان، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، المجلد 08، 2016، عدد 02؛

33- عماري إبراهيم، رباحي أحمد، مشروعية خيار الرؤية في الفقه الإسلامي، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية الإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جانفي 2016، عدد 15؛

34- عقيل فاضل حمد الدهان؛ ومنذر إبراهيم حسين الحلي، *الإطار القانوني لعقد التفاوض الالكتروني*، جامعة أهل البيت، العراق، عدد الثامن. تاريخ الاقتباس: 2016/06/15، متاح على الرابط التالي: www.ahlbaitonline.com/karbala/New/html/research/research.php?ID=139؛

35- يوسفي نور الدين وبروك الياس، *تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الالكترونية*، مجلة المفكر، عدد 13، سنة 2016، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة: http://revues.univ-biskra.dz/index.php/mf-fdsp/article/view/3368/3016؛

36- يوسف رحمان، *الآليات القانونية للمسؤولية المدنية لمزود خدمات التصديق الإلكتروني في القانون المقارن*، مجلة الدراسات الحقوقية، مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، الجزائر، المجلد 04، 2017، عدد 08؛

37- محمد مجيد كريم الإبراهيمي، *معوقات التجارة الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لمواجهتها-دراسة مقارنة-*، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل بالعراق، السنة التاسعة، 2017، عدد 02؛

38- محمد مجيد كريم الإبراهيمي، *معوقات التجارة الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لمواجهتها "دراسة مقارنة"*، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل بالعراق، السنة التاسعة، 2017، عدد 02؛

39- مسعودي يوسف، *مدى حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات في التشريع الجزائري (دراسة على ضوء أحكام القانون 15-*مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية*، سداسية محكمة، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، جانفي 2017، عدد 11؛

40- ضاري تمران طلاق الشمري، *الجوانب القانونية لتنفيذ واثبات العقد الالكتروني*، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الخامسة، عدد التسلسلي 20، ربيع الأول/ربيع الثاني 1439 هـ، ديسمبر 2017م، عدد 04؛

41- ايثار موسى، القانون المدني المصري الصادر في 16 جويلية 1948، نصوص ومواد القانون المدني المصري آخر التعديلات والتحديثات 2017/02/15، متاح على الرابط التالي: https://www.mohamah.net/law؛

42- باقدي دوجة، *تسوية النزاعات بين أسماء النطاق والعلامات التجارية على شبكة الانترنيت*، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 04، كلية الحقوق؛ جامعة بومرداس، 2018، عدد 01؛

43- ب.م، *باب التجارة الالكترونية يفتح في الجزائر*، مال وأعمال، 2018/02/20، موقع يومية الخبر الجزائرية: http://www.elkhabar.com/press/article/133912؛

44- بعجي محمد، *التزامات مقدمي الخدمة عبر الانترنت، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية*، المجلد 04، 2019، عدد 01؛

45- كباهم سامي، *التجارة الإلكترونية وضوابط سجلات معاملاتها*، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 07، 2019، عدد 01؛

46- محمد علي، *غرفة التجارة الدولية 100 عام على إطلاق أول صوت موحد لرجال الأعمال*، تاريخ النشر: 2020/2/28 05:44، متاح على الرابط التالي: https://al-ain.com/article/icc-100-years-voice-for-business-owners

47- هبة السيد، اليوم السابع، مبيعات التجارة الالكترونية تسجل نمواً بـ 20% بسبب كورونا، الخميس، 16 أبريل 2020، 15:47، تاريخ الاطلاع: 2020/05/20، متاح على الرابط التالي: https://www.youm7.com/story/2020/4/16 ؛

48- إبراهيم طه، *تنفيذ العقود الالكترونية بالوسائل المستحدثة:* http://ibrahimtahaa.blogspot.com/2016/01/blog-post.html؛

49- أحمد كمال أحمد صبري، *المسؤولية المدنية للمورد على شبكات المعلومات*، الأستاذ بكلية الحقوق، القاهرة، مصر: http://www.alnodom.com/thumbnail.php?file=logs/alnodom_889238087.jpg&size=summary_large؛

50- أسرار محمد حرب، *تأثير التجارة الإلكترونية على مجتمع المملكة العربية السعودية*، مذكرة ماجستير، شبكة المعلومات:_ http:www.sharpned.net/glassery/definitife.php? commerce ؛

51- أماني أحمد، *المسودة الأولى لمشروع قانون تنظيم أحكام التجارة الالكترونية في مصر والتعليق عليه:* https://www.f-law.net/law/threads/13243؛

52- أماني أحمد، المسودة الأولى لمشروع قانون تنظيم أحكام التجارة الالكترونية في مصر والتعليق عليه: https://www.f-law.net/law/threads/13243-؛

53- بختي إبراهيم، *مقال منشور على صفحته الشخصية بعنوان "التجارة الالكترونية"* : http://bbekhti.e-ptaalim.info/liens.html؛

54- حنان الجشعم، *تعريف النقود*، www.kau.edu.sa/Files/0003222/Subjects/1-20%تعريف20%النقود20%طالبات.doc؛

55- رؤى الأنصاري وإيلاف بايزيد، *تعريف التوقيع الالكتروني*: http://isdept-info.blogspot.com/2010/05/blog-post_8833.html؛

56- عبد الحميد عثمان، *المسؤولية العقدية للمصدق المعلوماتي في ضوء القانون البحريني "دراسة تحليلية مقارنة"* ، مجلة الحقوق، المجلد السابع؛

57- فراس فاضل الشطي، *إبرام العقد الالكتروني، وعهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية*: http://www.lawjo.net/vb/showthread.php?10459-؛

58- فؤاد جمال، *جرائم الحاسبات والانترنت (الجرائم المعلوماتية)*: http://www.tashreaat.com/view_studies2.asp?id=594&std ؛

59- قارة مولود، *شكل التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الالكترونية:* http://www.lawjo.net/vb/attachment.php?attachmentid=1221&stc=1&d=1282310488؛

60- مصطفى ناصر الدين، *التجارة الإلكترونية وأثارها المالية والاقتصادية* -المجمع العربي للإدارة والمعرفة:_____ http://www.giic.org/focus/commerce/usjescstatement99.pdf؛

61- نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، موسوعة دار الفكر القانوني، العدد الثالث، دار الهلال للخدمات الإعلامية، مصر، 2002؛

62- يعقوب عبد العزيز الصانع، *مسؤولية أشخاص "الانترنيت"* ، مجلة القبس الالكترونية: https://alqabas.com/513973/؛

63- القاضي المنفرد الجزائي، كسروان، لبنان، الحكم الصادر بتاريخ 19 سبتمبر 2012، مجلة العدل، 2013، عدد 01؛

64- توفيق شمبور، *مسائل قانونية خاصة بالتجارة الالكترونية*، اتحاد المصارف العربية، عدد 224، المجلد 19، أوت سنة 1999.

ب.– باللغة الأجنبية:

1- PHILIPS (J), "Bytes of Cash: Banking, Computing and Personal Finance", First Monday Review, Vol. 1, N° 05, November, 1996 ;

2- BERENSTEN (A), Electronic cash (e-cash) "*Monetary Plicy Implications of Digital Money*", Kyklos, Vol. 51, N° 1, 1998 ;

3- BERNARD (S), Table ronde, enjeux et défis du commerce électronique, Gazette du palais, 1998 ;

4- Philippe Le Tourneau., *La rupture des Negotiations*, Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit économique, Paris, N 03, 1998 ;

DIDIER (G) et ETIENNE (M), «*L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique*», in J.T, 6000ème, 17 février 2001, https://www.droit-technologie.org/wp-content/uploads/2016/11/annexes/dossier/38-1.pdf

5- HUET (J), La problématique Juridique du Commerce électronique, Revue de Jurisprudence Commerciale, Le droit des affaires du 21 siècle, Paris, N0 01-2001.

6- THOMAS Schultz., *Online dispute resolution (ODR): résolution des litiges et ius numericum*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2002/1 (Volume 48) https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2002-1-page-153.htm

7- VERBIEST Thibault , LE BORNE Maxime., *Le Borne., Le Fonds de Commerce Virtuel: une Realite Juridique ?*, Journal des Tribunaux, 23 février 2002, n°6044, P.4. Disponible à: https://www.droit-technologie.org/wp-content/uploads/2016/11/annexes/dossier/69-1.pdf

8- CHRISTOPHER (F). Spinelli, Social Media: N° '*Friend'* of Personal Privacy, The El on Journal of Under graduate Research in Communications, Vol 1, N° 2, Fall 2010 ;

9- Etienne Montero, Les responsabilités liées au web 2.0, Revue du Droit des technologies de l'information;

10- ROUSSOS Alexia., *la Resolution des Different, Leux Electronic*, Vol 06 N^0 01, Printemps 2000, P.4. Disponible à: https://www.lex-electronica.org/files/sites/103/6-1_roussos.pdf.

11- WERNIKOFF Sergio., Information Services Computer Center, Western Union Technical Review, July 1966, P.130

– . مقالات الانترنيت:

آ– باللغة العربية:

1- منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي (OECD)، تاريخ الاقتباس: 2015/05/15، متاح على الرابط التالي: http://tfig.itcilo.org/AR/contents/org-oecd.htm ؛

2- التعاون الاقتصادي لدول آسيا والمحيط الهادي، تاريخ الاقتباس: 2015/02/16، https://www.marefa.org/؛

3- نظام أسماء النطاقات، تاريخ النشر: 2015/04/13، تاريخ الاقتباس: 2016/09/05، متاح على الرابط التالي: https://ar.wikipedia.org/wiki/؛

4- غرفة التجارة الدولية، تاريخ الاقتباس: 2015/05/16، متاح على الرابط التالي: http://tfig.itcilo.org/AR/contents/org-icc.htm؛

5- سلطة الضبط للبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، مرصد سوق الانترنت في الجزائر لسنة 2016، تاريخ الاقتباس: 2017/01/15، متاح على الرابط التالي: https://www.arpt.dz/ar/doc/obs/etude/2016/Observatoire_Internet_2016.pdf؛

6- منطقة التجارة الحرة لأمريكا الشمالية، تاريخ الاقتباس: 2016/10/15، متاح على الرابط التالي: https://www.marefa.org/ ؛

7- 60% من مجموع سكان العالم بحلول عام 2020 بحسب الاتحاد الدولي للاتصالات، تاريخ الإضافة: 2017/02/18، تاريخ الاقتباس: 2018/05/20، https://www.aa.com.tr/ar؛

8- مدونة القوانين الوضعية، بحوث ومقالات في العلوم الاقتصادية والقانونية، عيوب النظام القانوني لعوارض الأهلية: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين العربية، تاريخ الاقتباس: 2017/03/19، متاح على الرابط التالي: https://qawaneen.blogspot.com/2018/03/blog-post_66.html ؛

9- مزايا وسلبيات التوقيع الرقمي، تاريخ الاقتباس، 2017/10/15، متاح على الرابط التالي: https://lahodod.blogspot.com/2014/06/blog-post_8914.html؛

10- جامعة الإسكندرية، هيئة التدريس، أستاذ متفرغ محمد حسين منصور، سيرة ذاتية، تاريخ الاقتباس: 2017/08/10، متاح على الرابط التالي: http://alexlaw.edu.eg/download/staff_cv/mohammedhusenmansour.pdf؛

11- المقالات، ايجابيات *وسلبيات التجارة الالكترونية*، تاريخ النشر: 2018/04/03، تاريخ الاقتباس: 2019/09/15، متاح على الرابط التالي: http://istazell-agency.com/articles/positives-and-negatives-of-ecommerce؛

12- السيرة الذاتية، البروفيسور الدكتور أحمد السعيد شرف الدين: http://iamaeg.net/ar/scientific-committee/ahmed-sharaf-el-din/؛

13- الموقع الرسمي لمنظمة الصحة العالمية، مرض فيروس كورونا (كوفيد-19): سؤال وجواب، تاريخ الاطلاع: 2020/05/20، متاح على الرابط التالي: https://www.who.int/fr/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses ؛

14-*نظام التجارة الالكترونية السعودي*، الصادر بتاريخ 09 جويلية 2019، متاح على موقع وزارة التجارة والاستثمار السعودية: https://mci.gov.sa/ar/ECC/Pages/default.aspx
https://www.yesser.gov.sa/AR/MechanismsandRegulations/Regulations/Pages/e-transactions_law.aspx؛

15- 54 مليار مستخدم حول العالم، تاريخ الإضافة: 2019/10/17، تاريخ الزيارة: 2019/12/20: https://alghad.com/؛

16-ميثاق هيئة الأمم المتحدة، الفصل الأول، في مقاصد الهيئة ومبادئها، متاح على الرابط التالي: https://www.un.org/ar/sections/un-charter/chapter-i/index.html؛

17-منتدى القانون العماني: http://www.omanlegal.net/vb/showthread.php?t=256 ؛

18-مقالة، تلفزيون رقمي، بدون تاريخ النشر، تاريخ الاقتباس: 2020/12/20، متاح على الرابط التالي:
https://www.marefa.org/%D9%84%D8%A7%D8%B3%D9%84%D9%83%D9%8A

19-وكيبيديا، نقاش، شبكة داخلية، تاريخ النشر: 2009/01/28، تاريخ الاقتباس: 2020/12/20، متاح على الرابط التالي:
https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%B4%D8%A8%D9%83%D8%A9_%D8%AF%D8%A7%D8%AE%D9%84%D9%8A%D8%A9

20- بيت، وجدي عبد الجليل ناجي الأشعري، مهندس اعلام آلي، المعهد العام للاصالات، ما الفرق بين الانترنيت والاكسترانت، تاريخ النشر: 2017/07/22، تاريخ الاقتباس: 2020/12/21، متاح على الرابط التالي:
https://specialties.bayt.com/ar/specialties

21-الموقع الرسمي لشركة سيتا، تاريخ الاقتباس: 2020/12/22، متاح على الرابط التالي: https://www.sita.aero/about-us/

22- صفحة المعرفة، التلفزيون الرقمي، متاح على الرابط التالي:
https://www.marefa.org/%D8%AA%D9%84%D9%81%D8%B2%D9%8A%D9%88%D9%86_%D8%B1%D9%82%D9%85%D9%8A

ب.– باللغة الأجنبية:

1- The Clinton Presidency: Unleashing the New Economy — Expanding Access to Technology, A Framework For Global Electronic Commerce, President William J. Clinton Vice President Albert Gore, Jr. Washington, D.C, NOTE-framework-970706, W3C Activities Related to the US "Framework for Global Electronic Commerce", 1997, https://clintonwhitehouse5.archives.gov/WH/Accomplishments/eightyears-09.html;

2- STROWEL (A.) et Ide (N.), Responsabilité de intermédiaires : Actualités législatives et jurisprudantielles, Droit et Nouvelle Technologies, 10 Octobre 2000, in" http://www.droit-technologie ogr;

3- ERIC Brahm, JULIAN Ouellet., *Designing New Dispute Resolution Systems*, September 2003, Available at: https://www.beyondintractability.org/essay/designing_dispute_systems

4- CYNTHIA (W), James X. Dempsey, Mapping digital media, THE MEDIA AND LIABILITY FOR CONTENT ON THE INTERNET, www.mappingdigitalmedia.org, www.soros.org/initiatives/media, May 2011;

5- VOUS N'UTILISEREZ PAS FACEBOOK SI VOUS AVEZ MOINS DE 13 ANS - Risques et moyens d'action-, Cabinet SOSKIN AVOCATS, Article juridique publié

le 09/06/2011https://www.legavox.fr/blog/cabinet-soskin-avocats/%C2%AB-vous-utiliserez-facebook-vous-5766.htm ;

6- GILERON (P), «Noms de domaine, protection et résolution des conflits par la voie judiciaire», Université de Lausanne, suisse, 2012 ;

7- Feral-Schuhl Christiane, cite par Laurence Neuer, Denigrement et insultes sur Tweeter et Facebook: que dit le droit?, 7/1/2013, http://www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/laurence-neuer/denigrement-et-insultes-sur-twitter-etfacebook-que-dit-le-droit-07-01-2013-1609294_56.php;

8- Francis Lorentz, Date de Publication: 20/10/2016, Date de Citation: 07/11/2017, Disponible à: https://fr.wikipedia.org/wiki/Francis_Lorentz;

9- Olivier Iteanu, Date de publication: le 18 mars 2017 à 01:46, Date de Citation: 14/07/2017, Disponibla à: https://fr.wikipedia.org/wiki/Olivier_Iteanu;

10- KELSEY Snyder and PASHMEENA Hilal, *Face The Changing of B2B Marketing*, Date of Publication : March 2015, Citation Date: 12/12/2017, Available at: https://www.thinkwithgoogle.com/consumer-insights/the-changing-face-b2b-marketing/;

11- Home, Avocats, Ghislain Beaure d'Augeres, Date de Citation: 14/07/2017, Disponibla à: https://cms.law/fr/fra/avocats/ghislain-beaure-d-augeres;

12- DONNIE L. Kidd and WILLIAM H Daughtrey, *Adapting Contract Law to Accommodate Electronic Contracts: Overview and Suggestions*, Rutgers Computer and Technology Law Journal, 26 Rutgers Computer & Tech. L.J. 215 (2000), Citation Date: 10/10/2017, Available at: https://cyber.harvard.edu/ilaw/Contract/Kidd1.html;

13- *Une nouvelle déclaration d'indépendance du cyberspace*, Par: OLIVER Ertzscheid, Enseignant: chercheur en sciences de l'information et de la communication à l'université de Nantes, cette page a été faite: le 09 février 2018 à 10:52, Date de Citation: 10/04/2018, Disponible à: https://www.liberation.fr/debats/2018/02/09/une-nouvelle-declaration-d-independance-du-cyberespace_1628377;

14- Home, Find A Document, *Five Key Ingredients For A High Standard Outcome on Trade-Related Aspects of E-Commerce*,This Document Was Presented By Crispin Conroy, Icc Permanent Representative To The United Nations At Geneva, During The First Round of WTO Negotiations on 18th June, 2019, Available at: https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/06/2019-e-commerce-5-asks.pdf;

15- John Perry Barlow, cette page a été faite: le 14/02/2018 à 14:59, Date de Citation: 16/04/2018, Disponible à: https://fr.wikipedia.org/wiki/John_Perry_Barlow;

16- Karen Coyle, Lessig, Lawrence: *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, 1999, This review was published: *Information Technology and Libraries*, September 2000, Citation Date: 25/04/2018, Available at: https://www.kcoyle.net/lessig.html;

17- Thomas Coëffé, Chiffres Internet – 2018, le 29 août 2018, Disponible à : https://www.blogdumoderateur.com/chiffres-internet/,

18- Press Release: Federation Against Copyright theft, *French Bill enacts ISP responsibility for piracy*, Publication Date: Friday, 15 May 2009, 3:43 pm, Citation Date: 20/03/2019, Available at: http://www.scoop.co.nz/stories/BU0905/S00428.htm

19- eyrolles, Biographie de Éric Caprioli, Date de Citation: 15/10/2019, Disponible à: https://www.eyrolles.com/Accueil/Auteur/eric-a-caprioli-123763/

20- Eyrolles, Biographie de Éric Caprioli, Date de Citation: 15/10/2019, Disponible à: https://www.eyrolles.com/Accueil/Auteur/eric-a-caprioli-123763/;

21- Press Release: Federation Against Copyright theft, *French Bill enacts ISP responsibility for piracy*, Publication Date: Friday, 15 May 2009, 3:43 pm, Citation Date: 20/03/2019, Available at: http://www.scoop.co.nz/stories/BU0905/S00428.htm;

22- *Digital 2020 Algeria (January 2020) v01*, Published on Feb 17, 2020, Citation Date: 24/05/2020, Available at: https://www.slideshare.net/DataReportal/digital-2020-algeria-january-2020-v01?fbclid=IwAR0w1u-2bS9SAX41ulCkwuWgxwJkB69M63vwwYp3aDm1w4VS_wq0smBYctw;

23- *Benoît Hamon*, Date de Publication: 21/01/2020, Date de Citation: 24/04/2020, Disponible à:https://fr.wikipedia.org/wiki/Beno%C3%AEt_Hamon ;

24- Apple Store: est une chaîne de boutiques appartenant et exploitée par Apple, société commercialisant des ordinateurs et des produits électroniques grand public. En 2018, Apple possède 506 magasins et un magasin en ligne disponible dans 39 pays; Disponible à: https://fr.wikipedia.org/wiki/Apple_Store date de citation: 22/02/2020;

25- Adapted From, About Us, Citation Date: 28/02/2020, Available at: https://iccwbo.org/about-us/;

26- DALAI Moustafa, *Le commerce électronique en Algérie*, http://www.doolam.maktoobblay.com/557509/%D09%88%D08%A07%D09 ;

27- Find A Document: ICC *Documents Available For Download Include Rules And Standards*, Available at: https://iccwbo.org/find-a-document/?fwp_search=E-Commerce%20;

28- Home, Find a document, *ICC contribution to the Intergovernmental Group of Experts on E-commerce and the Digital Economy*, Available at: https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/04/icc-contribution-digital-economy-2018-1.pdf;

29- LEBRUN (N) et Mbeutcha(e.) *Évolution de la responsabilité des intermédiaires techniques en Italie*, in http://www.juriscom.net/variations/responsabilité des intermediaries techniques en italie.html;

30- LIAN (L), Jie Wang, Jinze Liu, Jun Zhang, Privacy Preserving in Social Networks Against Sensitive Edge Disclosure, Laboratory for High Performance Scientific Computing and Computer Simulation, Department of Computer Science, University of Kentucky,https://pdfs.semanticscholar.org/8fa9/3f0388e0806c498513696fdea49def2fabcc.pdf;

31- Marine de Montecler, *Le droit à l'heure des réseaux sociaux*, HEC Paris –2011 https://www.lepetitjuriste.fr/wpcontent/uploads/2011/10/droit%20@%20l%20heure%20 des%20r%c3%a9seaux%20sociaux%20- %20Marine%20de%20Montecler.pdf;

32- Mice and privacy, lnternational choice of Law and the Internet, para II. Available at. http://www.Osu.Edu/units/law/swire.htm;

33- SEDALLIAN (V), controlling illégal content over the internet, the french situation. http://www.aui.fr/groupes/GFRPS/papier_IBA.Html;

34- Thibault Verbiest, *commerce électronique, le nouveau cadre juridique* (publicité, contentieux), édition, décrier, 2004. https://lcn.revuesonline.com/gratuit/LCN4104Bounie.pdf ;

35- Article 4A-103 : "Payment order" https://www.law.cornell.edu/ucc/4A/4A-103 ;

36- WRITTEN BY: William A. Sodeman, Communications Decency Act , Available at : https://www.britannica.com/topic/Communications-Decency-Act.

رابعا.– المداخلات "المؤتمرات والملتقيات":

أ.– باللغة العربية:

1- عبد الكريم شمسان، *بحث حول المركز الوطني للمعلومات والانترنيت في اليمن*، المؤتمر التاسع للاتحاد العربي للمكتبات والمعلومات، دمشق، *أكتوبر 1998*؛

2- يونس عرب، *منازعات التجارة الإلكترونية: الاختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة*، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر التجارة الإلكترونية، المركز العربي للقانون والتقنية العالية، منظمة الأسكوا، الأمم المتحدة خلال الفترة *10-8 نوفمبر 2000*، بيروت، لبنان؛

3- أسامة أبو الحسن مجاهد، *خصوصية التعاقد عبر الإنترنت*، بحث إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، جامعة الإمارات، *2000*؛

4- أحمد شرف الدين، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التجارة الإلكترونية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2000؛

5- محمد السيد عرفة، بحث مقدم بعنوان "*التجارة الدولية الالكترونية عبر الانترنيت مفهومها والقاعدة القانونية التي تحكمها، ومدى حجية المخرجات في الإثبات*"، مقدم إلى مؤتمر "القانون والكمبيوتر والانترنيت"، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، منعقد أيام *1-2-3 ماي 2000م*؛

6- كمال العياري، *التطور العلمي وقانون الإثبات*، ورقة عمل مقدمة في الندوة العالمية حول الإثبات باستعمال وسائل المعلوماتية والتكنولوجية الحديثة، بالمركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، *6-8 يناير 2003*، بيروت، لبنان.

7- احمد شرف الدين، *الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآلية تسوية منازعاتها*، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، الفترة بين *10 إلى 12 مايو 2003*، المجلد الرابع؛

8- محمد إبراهيم محمود الشافعي، *الآثار النقدية والاقتصادية والمالية للنقود الالكترونية*، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، المنعقد في الفترة *09-11 ربيع الأول 1424 هـ، الموافق لـ ماي 2003*، جامعة الإمارات العربية المتحدة، دبي؛

9- احمد محمد الهواري، *عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص*، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، الفترة: *10-12 ماي 2003*، المجلد 04، جامعة الإمارات العربية المتحدة: https://platform.almanhal.com/Reader/Article/47583؛

10- سلمان بن علي القحطاني "*أمن المعلومات في ضوء التطور التقني والمعلوماتي*"، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي، الفترة *04/46* حتى *2003/04/28*؛

11- عبد الحق حميش، *حماية المستهلك الالكتروني*، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، المنعقد في الفترة *09-11 ربيع الأول 1424 هـ، الموافق لـ 10-12 ماي 2003م*، جامعة الإمارات العربية المتحدة، دبي؛

12- العارف نصر المسطر، *التعبير عن الإرادة في العقود الالكترونية*، بحث مقدم لمؤتمر القانون والحاسوب، جامعة اليرموك، اربد–الأردن، *12-14 جويلية 2004*؛

13- كامران الصالحي، *الطبيعة القانونية لمسؤولية مزودي خدمات التوثيق الإلكتروني*، مؤتمر المعاملات الإلكترونية، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2009؛

14- محمد حاتم البيات، *المسؤولية المدنية عن الخطأ في المعاملات التي تتم عن طريق الوسائط الالكترونية*، مؤتمر المعاملات الالكترونية، جامعة الإمارات، *2009*؛

15- ناجي الزهراء، *التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الالكترونية المدنية والتجارية*، المؤتمر العلمي المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، أكاديمية الدراسات العليا، يومي *28-29 أكتوبر 2009*، طرابلس، الجماهيرية الليبية؛

16- هند عبد القادر سليمان، *دور التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الالكترونية*، المؤتمر العلمي المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون تحت شعار" نحو قانون مغاربي نموذجي للمعلومات، المحور الثالث "*المعلوماتية ووسائل تسوية المنازعات*": التحكيم الإلكتروني، المنعقد في الفترة من *28 إلى 29 أكتوبر 2009*، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا، تاريخ الاقتباس: 2019/02/28، متاح على الرابط التالي: https://archive.org/download/edarh-aqtsad-4/4000-.zip؛

17- علاوي محمد لحسن، *مولاي لخضر عبد الرزاق، آليات التجارة الإلكترونية كأداة لتفعيل التجارة العربية البينية*، مداخلة ملقاة في الملتقى الدولي الرابع حول عصرنة نظام الدفع في البنوك الجزائرية وإشكالية اعتماد التجارة الإلكترونية في الجزائر، المركز الجامعي خميس مليانة، الجزائر، *26-27 أفريل 2011*؛

18- مسعود كسرى، خليدة محمد بلكبير، *إشكالية الاستمرارية و تطوير الميزة التنافسية للتجارة الإلكترونية في البيئة العربية*، الملتقى العلمي الدولي الرابع حول عصر نظام الدفع في البنوك الجزائرية وإشكالية التجارة الإلكترونية في الجزائر، معهد العلوم الاقتصادية والتسيير، المركز الجامعي خميس مليانة، *26 -27 أفريل 2011*؛

19- مجمع الفقه الإسلامي الدولي، *الرئيسية، القرارات، الدورة السادسة، قرار بشأن حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة*، تاريخ الاقتباس، 2015/12/27، متاح على الرابط التالي: http://www.iifa-aifi.org/1789.html؛

20- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، *إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون المقارن*، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي؛

21-*القرار رقم 63 (7/1)، الفقرة "رابعا: بطاقة الائتمان"، قرار بشأن الأسواق المالية، الدورة السابعة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي لمنظمة التعاون الإسلامي بجدة*، المملكة العربية السعودية من 7-12 ذي القعدة 1412، الموافق 9 – 14 ماي (ايار) 1992م، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد السادس، ج2، ص.1273، وعدد السابع، ج1، ص.73، وعدد التاسع، ج2، ص.5، قرار بشأن الأسواق المالية؛ نص القرار .http://www.iifa-aifi.org/1845.html

ب.– باللغة الأجنبية:

1- Originally published as John Perry Barlow, A Declaration of the Independence of Cyberspace, Elec. Frontier. Found. (Feb. 8, 1996);

2- White.L.H, The Technology Revolution and Monetary Evolution in The Future of Money in the Information Age, Cato, nstitute's 14th annuel monetary confernce, May 23 1996, Washington, D.C.

3- Handyside (N 22); EHRR 737 [49]; Ross v Canada 18 October 2000, Communication N°736/1997; UN Human Rights Committee, General Comment 34: Freedoms of Opinion and Expression, CCPR/C/GC/34 (GC 34) 12th September 2011;

4- Marine de Montecler, *Le droit à l'heure des réseaux sociaux*, HEC Paris – 2011, https://www.lepetitjuriste.fr/wpcontent/uploads/2011/10/droit%20@%20l%20heure%20des%20r%c3%a9seaux%20sociaux%20-%20Marine%20de%20Montecler.pdf;

5- STEMPEL (J), "*Facebook ‹like› deserves free speech protection: U.S. court*", Reuters, 18 September 2013, http://reut.rs/1dipEFg ;

6- Nemone Franks, Social media and the law: A handbook for UK companies, January 2014, http://www.linklaters.com/pdfs/mkt/london/TMT-Social-Media-Report.pdf;

7- Coutelier S. et Dwindel L ., la loi applicable aux contrats conclus sur Internet, Disponible à :http://univ-orleans.fr/asso/dess-dicom/mémoire/loi-contractsinternet.pdf ;

8- *HUET Jérôme., Droit du Multimédia, de la Télématique à Internet,* Rapport Réalisé Sous la Direction de Pierre Huet, AFTEL, 1996 ;

9- J'ERôME.Huel, *droit du multimédia, de la télématique a' internet*, rapport réalisé sous la direction de Pierre Huel, AFTEL, 1996 ;

10- FRANCIS (L) dans son rapport remis le 7 Janvier 1998 au ministre français de l'économie, des finances et de l'Industrie tente de définir le commerce électronique comme… Disponible à : https://www.lesechos.fr/08/01/1998/LesEchos/17559-057-ECH_commerce-electronique---le-rapportlorentz-demande-a-l-etat-de-montrer-l-exemple.htm;

11- Rapport sur le commerce électronique : Addendum - 15 mars 1998, Le Rapport sur le commerce électronique, remis à M. Le Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie le 8 janvier 1998, http://www.finances.gouv.fr/comelec/trophees/rapports/forum.htm;

12- MICHEL (V), *les contrats de commerce électronique*, litec, 1999, annexe contrat type de commerce électronique, commerçant- consommateur (chambre de commerce et l'industrie de paris.) ;

13- PHILIPPE ESCANDE, les échos, Commerce électronique : le rapport Lorentz demande à l'Etat de montrer l'exemple, Publié le: 8 janv. 1998 à 1h01, Date de citation: 10/02/2016, https://www.lesechos.fr/08/01/1998/LesEchos/17559-057-ECH_commerce-electronique---le-rapport-lorentz-demande-a-l-etat-de-montrer-l-exemple.htm

14- G. DECOCQ, note sous Conseil de la concurrence 9 juin 2000, Com.com.électr, N° 11, novembre.2000.

15- PETER (P). *Swire, The International Lawyer*, Journal Article, *Of Elephants, Mice, And Privacy: International Choice of Law and the Internet,* Vol. 32, No. 4, Symposium on Jurisdiction and the Internet (WINTER 1998), Published by : American Bar Association, https://www.jstor.org/stable/40707456, Page Count : 35, Citation Date : 25/06/2016, Available at : https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1868&context=til

16- GARLIN FERRARD Odile, « *nature et Régime juridiques du nom de domaine au travers des conflits avec la Marque* ;

17- European Central Bank (1998), "*Report on Electronic Money*", Frankfurt, Germany, August.

خامسا.– النصوص القانونية:

آ.– النصوص القانونية الدولية:

1.– باللغة العربية:

1. قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 162/51 بتاريخ 16 ديسمبر 1996؛
2. صدرت هذه الاتفاقية المكونة من 25 مادة وتم إقرارها من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك بتاريخ 09 ديسمبر 2005، في الدورة الستين، البند 89 من جدول الأعمال، بناء على تقرير اللجنة السادسة (A/60/515)، تاريخ الاعتماد: 23 تشرين الثاني/نوفمبر 2005، بدء السريان: 1 آذار/مارس 2013؛ نصوص الاتفاقية متاحة على الرابط التالي: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/06-57450_ebook.pdf؛
3. اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية (المعدلة)، المنظمة العالمية للملكية الفكرية، تاريخ الاعتماد: 28 ديسمبر 1979، تاريخ بدء النفاذ: 19 نوفمبر 1984؛ النص العربي للاتفاقية متاح على الرابط التالي: https://wipolex.wipo.int/ar/text/283692؛
4. الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي، المبرمة في 21 أفريل 1961، جنيف بسويسرا، دخلت حيز التنفيذ في 07 جانفي 1964 وفقاً لأحكام المادة 08/10 باستثناء الفقرات 03 حتى 07 من المادة 04 التي أصبحت سارية المفعول في 18 أكتوبر 1965 بموجب أحكام الفقرة 04 من ملحق الاتفاقية؛ نصوص الاتفاقية متاحة على الرابط التالي:
5. http://www.uobabylon.edu.iq/uobcoleges/service_showrest.aspx?fid=7&pubid=6173؛
6. المادة 01/20 من اتفاقية فيينا بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، فيينا، 1980: http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/sales/cisg/V1056999-CISG-a.pdf؛
7. اتفاقية فيينا بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، (فيينا، 1980)، تاريخ الاعتماد: 11 أفريل 1980، تاريخ بدء السريان: 01 جانفي 1988؛
8. الأمم المتحدة، الجمعية العامة، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الفريق العامل الرابع (المعني بالتجارة الإلكترونية)، الدورة الرابعة والأربعون، فيينا، 11-22 تشرين الأول/أكتوبر 2004، الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية، قواعد غرفة التجارة الدولية بشأن التعاقد الالكتروني لعام 2004، (ICC eTerms 2004)، دليل غرفة التجارة الدولية إلى التعاقد الالكتروني؛ تاريخ الاقتباس: 20 أكتوبر 2018، النص متاح على الرابط التالي: https://undocs.org/pdf?symbol=ar/A/CN.9/WG.IV/WP.113؛
9. قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي أعدته الأونسيترال، واعتمدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 21 جوان 1985؛ وفي عام 2006 تم تعديل القانون النموذجي، ويتضمن الآن أحكاما أكثر تفصيلا بشأن التدابير المؤقتة. القانون النموذجي ليس ملزماً، لكن يجوز لكل دولة اعتماد القانون النموذجي عن طريق دمجه في قانونها الداخلي؛ للمزيد راجع الرابط التالي: https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/ml-arb/07-86996_Ebook.pdf؛

10. معاهدة جنيف بشأن حق المؤلف، المنظمة العالمية للملكية الفكرية، تاريخ الاعتماد: 20 ديسمبر 1996، تاريخ بدء النفـــاذ: 06 مـــارس 2002؛ الـــنص العـــربي للاتفاقيـــة متـــاح علـــى الـــرابط التـــالي: https://wipolex.wipo.int/ar/text/295156؛

2.– باللغة الأجنبية:

1. Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement', Conclue à Bruxelles le 25 août 1924, Approuvé par l'Assemblée fédérale le 17 mars 1954, Instrument d'adhésion déposé par la Suisse le 28 mai 1954, Entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1954, modifiée par les Protocoles du 23 févr. 1968 et 21 déc. 1979, Disponible à: https://www.idit.fr/legislation/documents/Conv_Brlles_25aout1924_amendee1968et79.pdf;
2. Convention portant loi uniforme sur les chèques, Genève : 19 mars 1931, Entrée en vigueur: 1 janvier 1934, conformément à l'article VII, Enregistrement: 1 janvier 1934, N°: 3316, Texte: Voir le Recueil des Traités de la Société des Nations, vol.143, Disponible à: https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/LON/Volume%20143/v143.pdf;
3. Convention portant loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre ,Genève : 7 juin 1930, Entrée en vigueur: 1 janvier 1934, conformément à l'article VII, Enregistrement: 1 janvier 1934, N° 3313, Texte: Voir le Recueil des Traités de la Société des Nations, vol.143, Disponible à: https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/LON/Volume%20143/v143.pdf;
4. Convention internationale concernant le transport des voyageurs et des bagages par chemins de fer (CIV) [avec annexes]. Conclue à Berne le 25 février 1961 ; Disponible à : Convention internationale concernant le transport des voyageurs et des bagages par chemins de fer (CIV) [avec annexes]. Conclue à Berne le 25 février 1961 ;
5. Convention of 15 June 1955 on the law applicable to international sales of goods, Type: Convention, Date of signature: 15/06/1955, Place of signature: The Hague, The Netherlands, Depositary: Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands, Date of entry into force: 01/09/1964, Available at: https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/11/11-02/law-international-sales.xml;
6. Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels, La Haye, 1er juillet 1964, Disponible à:https://www.unidroit.org/fr/instruments/la-vente-internationale/international-sales-luvl-1964-fr ;
7. Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale Version consolidée CF 498Y0126(01), Journal officiel N° L 299 du 31/12/1972 ;
8. La législation hongroise, le 01 juillet 1979, entré en vigueur le décret-loi n0 13 de 1979 sur le droit international privé, Disponible à: https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1980_num_32_1_3638;
9. Convention on the law applicable to contracts for the international sale of goods1, the hague 1986, concluded 22 december 1986; available at: https://assets.hcch.net/docs/b4698bc5-9d42-4352-934f-5232a8dcb12c.pdf;

10. Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980, (JO L 266 du 9.10.1980, p. 1-19), Disponible à: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=celex%3A41980A0934;
11. Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale - Faite à Lugano le 16 septembre 1988, 88/592/CEE, Journal officiel N° L 319 du 25/11/1988;
12. Convention On The Law Applicable To Agency, Concluded 14 March 1978, Entry Into Force: 1-V-1992 ; Available At :
13. https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=89;
14. Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, signée à Varsovie le 12 octobre 1929, modifié par le protocole de La Haye du 28 septembre 1955, Disponible à: http://www.toefrank.net/textes/convarso.htm;
15. *The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, commonly known as the New York Convention, was adopted by a United Nations diplomatic conference on 10 June 1958 and entered into force on 7 June 1959. Available at: https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-E.pdf
16. Convention signée à Berne le 14 oct. 1890 et entrée en vigueur le 1er janv. 1993. Cette Convention et ses annexes ont fait l'objet de plusieurs modifications ultérieures ; Disponible à :
17. https://francearchives.fr/fr/facomponent/9dc8db54b655880bfde95fb8014b15b3051fc586;
18. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, (Vienna, 1980) (CISG), Date of adoption: 11 April 1980, Entry into force: 1 January 1988 ;
19. United Nations Convention on Contractes for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG), Date of adoption : 11 April 1980 Entry into force : 1 January 1988 ; Available at :https://uncitral.un.org/ar/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg
20. The Council of the European union Regulation N°.44/2001 of 22 December 2000 on juridiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters
21. Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (New York, 2005), Date d'adoption : 23 novembre 2005, Entrée en vigueur : 1er mars 2013 ;
22. Décret N°81-500 du 12 mai 1981 instituant les dispositions des livres iii et iv du nouveau code de procédure civile et modifiant certaines dispositions de ce code, Jorf du 14 mai 1981 ;
23. Directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984 *relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse, Journal officiel N° L 250 du 19/09/1984* Didponible à: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31984L0450&from=FR;
24. Directive 1999/93/CE du Parlement Européen et du Conseil, du 13 Décembre 1999, *Sur un Cadre Communautaire pour Les Signatures Électroniques, Journal Officiel N° L 013 du 19/01/2000* Disponible à: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999L0093&from=FR;

25. Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 *sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information Journal officiel N° L 167 du 22/06/2001* ;

26. Directive 2011/83/ue du parlement européen et du conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, JOUE L 304 du 22 novembre 2011. Disponible à: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0083&from=FR;

27. Directive 95/46/Ce du Parlement Europeen et du Conseil, du 24 Octobre 1995, *Relative a La Protection des Personnes Physiques a L'egard du Traitement des Donnees a Caractere Personnel et a La Libre Circulation de Ces Donnees,* Journal Officiel des Communautes Europeennes N° L 281/31, Disponible à: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=FR;

28. Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such, data, *Official Journal L 281 , 23/11/1995 ;*

29. Directive 97/66/ce du parlement européen et du conseil du 15 décembre 1997 *concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications*, Journal officiel N° L 024 du 30/01/1998, Disponible à: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997L0066&from=FR;

30. Directive 2000/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, Dissponible à : La monnaie électronique Principes, fonctionnement et organisation David Bounie (GET/ENST, département EGSH) – Sébastien Soriano (Ingénieur des télécommunications), LCN, volume 4, N° 1-2003 http://www.blog.saeeed.com/2010/05/definition-du-commerce-electronique/;

31. Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, Journal officiel N° L 013 du 19/01/2000 ;

32. Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'), Official Journal L 178, 17/07/2000 ;

33. Directive Européenne 2000/31/CE du Parlement européen et du conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique"), Journal officiel N° L 178 du 17/07/2000 ;

34. Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 *sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information Journal officiel n° L 167 du 22/06/2001 ;*

35. European directive 2000/31/EC of the European parliament and of council http://www.netlaw.pl/e-commerce/ecommerce-directive 2000-en.html;

36. Décret N°2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, JORF N°0229 du 31 mars 2001 P.5070-5072, NOR: JUSC0120141D ;

37. Décret-loi du 30 octobre 1935 unifiant le droit en matière de chèques et relatif aux cartes de paiement, Modifié par LOI N° 91-1382 du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement, JORF N°1 du 1 janvier 1992 ;

38. Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance - Déclaration du Conseil et du Parlement européen sur l'article 6 paragraphe 1 - Déclaration de la Commission sur l'article 3 paragraphe 1 premier tiret, Journal officiel N° L 144 du 04/06/1997 ;

39. Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts - Statement by the Council and the Parliament re Article 6 (1) - Statement by the Commission re Article 3 (1), first indent, Official Journal L 144, 04/06/1997 ;

40. Règlement (CE) N° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commercial, *Journal officiel n° L 012 du 16/01/2001 ;*

41. Règlement (CE) N° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Journal officiel N° L 012 du 16/01/2001 ;

42. Protocole portant modification de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement, signée à Bruxelles le 25 août 1924, Conclu à Bruxelles le 23 février 1968, Approuvé par l'Assemblée fédérale le 24 septembre 1975, Instrument de ratification déposé par la Suisse le 11 décembre 1975, Entré en vigueur pour la Suisse le 23 juin 1977; Disponible à:https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201412/volume-1412-I-23643-French.pdf;

43. Protocole portant modification de la convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international signée à Varsovie le 12 octobre 1929, Conclu à La Haye le 28 septembre 1955, Approuvé par l'Assemblée fédérale le 20 septembre 1962, Ratification déposée par la Suisse le 19 octobre 1962, Entré en vigueur pour la Suisse le 1er août 1963; Disponible à: https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19550166/199602150000/0.748.410.1.pdf;

44. UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures (2001), Date of adoption: 5 July 2001, United Nations Commission on International Trade Law ;

45. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* (1985) (as adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June 1985), United Nations document Al40117, annex I), Available at: https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf

46. Organisation For Economic Co-Operation And Development, Directorate For Science, Technology And Industry Steering Committe For The Preparation Of The Ottawa, Oecd Ministerial Conference , *A Borderless World: Realising The Potential Of Global Electronic Commerce*, ottawa, 7-9 october 1998, *Oecd Action Plan For Electronic Commerce*, sg/ec(98) 9/final, olis : 18-dec-1998, dist. : 22-dec-1998. available at: http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=SG/EC(98)9/FINAL&docLanguage=En

47. Bank For International Settlements, Implications For Central Banks Of The Development Of Electronic Money, Basle October 1996, Available at : https://www.bis.org/publ/bisp01.pdf ;

48. Organisation For Economic Co-Operation And Development, Dismantling *The Barriers To Global Electronic Commerce*, An International Conference Organised By

The Oecd And The Government Of Finland In Cooperation With The European Commission, The Government Of Japan And The Business And Industry Advisory Committee To The Oecd, Turku, Finland, 19-21 november 1997, DSTI/ICCP(98)13/FINAL, OLIS : 03-Jul-1998, Dist. : 06-Jul-1998, Available at: https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/236647320075.pdf?expires=1593021360&id=id&accname=guest&checksum=7386CEDF8332E981A07ABCC6B2B23D59;

49. The council of the European union Regulation N°.44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters http://europa. Eu.int/ispo/ecommerce/legal/favorite. Html ;
50. UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures (2001), Date of adoption: 5 July 2001, United Nations Commission on International Trade Law ;
51. International Organization for Standardization, Organisation internationale de normalization, Disponible à : https://www.iso.org/fr/home.html;
52. Consumer IntemationaI Organization – Stephan Le Goueff;tye draff-the draft Luxemboug E-commerce Law- avaiIabIe at http://www.vocats.com;

ب.– النصوص القانونية الوطنية:

1- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لـ28 نوفمبر سنة 1996 منشور بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 07 ديسمبر1996، الجريدة الرسمية عدد 76، بتاريخ07 ديسمبر1996، المعدل والمتمم، بموجب القانون رقم 02-03، مؤرخ في 10 أفريل 2002، ج ر عدد 25، بتاريخ 14 أفريل 2002، والقانون رقم 08-19، مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، الجريدة الرسمية عدد 63، بتاريخ 16 نوفمبر 2008؛ وبالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 7 مارس 2016.

2- القانون 88-14 بتاريخ 3 ماي 1988، الجريدة الرسمية عدد 18، مؤرخة في 04 ماي 1988، الصفحة 749، المعدل والمتمم للأمر 75-58 لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري؛

3- القانون رقم 38 لسنة 1992، بتاريخ 1992/06/04 بشأن تعديل بعض أحكام قانون حماية حق المؤلف رقم 354 لسنة 1954 وقانون تنظيم الرقابة على الأشرطة السينمائية ولوحات الفانوس السحري والأغاني والمسرحيات والمنولوجات والأسطوانات وأشرطة التسجيل الصوتي رقم 430 لسنة 1955؛

4- القانون 11 لسنة 1992 بشأن إصدار قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية عدد 235 مكرر، السنة الثانية والعشرين، بتاريخ 08 مارس 1992 يعمل به من تاريخ 08 جوان 1992؛

5- القانون رقم 2000-03، المؤرخ في 05 أوت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية عدد 48، الصادرة في 06 أوت 2000؛

6- القانون رقم 2000-03 مؤرخ في 05 جمادى الأول عام 1421، الموافق ل 05 أوت سنة 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية ولا السلكية، الجريدة الرسمية عدد 48، الصادرة في 06 أوت 2000؛

7- القانون رقم 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، الرائد الرسمي عدد 64 الصادرة بتاريخ 11 أوت 2000؛

8- القانون رقم 03-15، مؤرخ في 29 شعبان عام 1424 الموافق 25 أكتوبر سنة 2003، يتضمن الموافقة على الأمر رقم 03-11، المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 أوت سنة 2003 والمتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية، عدد 52؛
9- القانون رقم 03-15 المؤرخ في 25 أكتوبر 2003، الجريدة الرسمية عدد 64 الصادرة في 26 أكتوبر 2003، الصفحة 5، يتضمن الموافقة على الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت سنة 2003 والمتعلق بالنقد والقرض؛
10- القانون رقم 04-02، المؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية عدد 41 الصادرة في 27 جوان 2004؛
11- القانون رقم 04-15 مؤرخ في 10 نوفمبر 2004، الجريدة الرسمية عدد 71 الصادرة في 10 نوفمبر 2004، الصفحة 8، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات؛
12- القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 ذي الحجة 1425 الموافق 06 فبراير 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية عدد 11؛
13- القانون رقم 05-10 ممضي في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية عدد 44 مؤرخة في 26 يونيو 2005، الصفحة 17، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم؛
14- القانون رقم 07-05 ممضي في 13 ماي 2007، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 31 مؤرخة في 13 ماي 2007؛
15- القانون رقم 07-05، الجريدة الرسمية عدد 31، بتاريخ 2007/05/13، الصفحة 03، يعدل ويتمم الآمر رقم 75-85 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني؛
القانون رقم 07-05 ممضي في 13 ماي 2007، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 31 مؤرخة في 13 ماي 2007؛
16- القانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، الجريدة الرسمية رقم 15 المؤرخة في 08 مارس2009، ص.12.
17- القانون رقم 09-04 ممضي في 05 غشت 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، الجريدة الرسمية عدد 47 مؤرخة في 16 غشت 2009؛
18- القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01 فيفري 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية عدد 06، الصفحة 06، مؤرخة في 10 فيفري 2015؛
19- القانون رقم 18-04 ممضي في 10 مايو 2018، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، الجريدة الرسمية عدد 27 مؤرخة في 13 مايو 2018؛
20- القانون رقم 18-05 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق ل 10 مايو سنة 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 28، بتاريخ 16 مايو 2018؛
21- القانون رقم 81 الصادر بتاريخ 10 أكتوبر 2018، المتعلق بالمعاملات الإلكترونية والبيانات ذات الطابع الشخصي، الجريدة الرسمية عدد 45، المؤرخة في 18 أكتوبر 2018؛
22- الأمر المعدل والمتمم للأمر 75-59 ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية عدد 11؛

23- الأمر 75-58 بتاريخ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية عدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، الصفحة 990؛
24- الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، والمعدل للأمر رقم 97-10، في 19 جويلية 2003، الجريدة الرسمية عدد 44 مؤرخة في 23 جويلية 2003؛
25- الأمر رقم 03-11، المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 أوت سنة 2003، والمتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية، عدد 64؛ معدل ومتمم بموجب الأمر رقم 10-04، مؤرخ في 26 أوت 2010، الجريدة الرسمية عدد 52.
26- الأمر 05-06 المؤرخ بـ 18 رجب 1426 23 أوت 2005 المتعلق بمكافحة التهريب المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 59؛
27- المرسوم 07-162 يعدل ويتمم المرسوم 01-123 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية؛
28- تنظيم 97-03، مؤرخ في 16 رجب 1418 هـ، الموافق لـ 17 نوفمبر 1997، المتعلق بغرف المقاصة، الجريدة الرسمية عدد 17، الصادرة بتاريخ 25 مارس 1998؛
29- المرسوم التشريعي 93-12، المؤرخ في 05 أكتوبر 1993، الجريدة الرسمية عدد 64، المعدل بموجب الأمر 2001-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمارات، الجريدة الرسمية الصادرة في 22 أوت 2001؛
30- المرسوم التنفيذي رقم 98-257 المؤرخ في 25 أوت 1998 يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات "أنترنات" واستغلالها، الجريدة الرسمية عدد 63، الصادرة في 26 أوت 1998، ص. 5، والمعدل بمرسوم تنفيذي آخر يحمل رقم 2000-307 بتاريخ 14 أكتوبر 2000، الجريدة الرسمية، عدد 60 – 2000؛
31- المرسوم التنفيذي رقم 2000-307 مؤرخ في 14 أكتوبر 2000، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 98-257 المؤرخ في 25 أوت سنة 1998 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات "أنترنات" واستغلالها، لجريدة الرسمية عدد 60، الصادرة في 15 أكتوبر 2000؛
32- المرسوم تنفيذي رقم 2000-307 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 98-257 المؤرخ في 3 جمادى الأولى عام 1419 الموافق 25 أوت سنة 1998 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات "أنترنات" واستغلالها، الجريدة الرسمية عدد 60 الصادرة في 15 أكتوبر 2000؛
33- المرسوم التنفيذي رقم 01-123، المؤرخ في 09 ماي سنة 2001، يتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية عدد.27، مؤرخة في 13 ماي 2001؛
34- المرسوم التنفيذي رقم 19-89 المؤرخ في 28 جمادى الثانية عام 1440 الموافق لـ 05 مارس 2019، المحدد لكيفيات حفظ سجلات المعاملات التجارية الإلكترونية وإرسالها للمركز الوطني للسجل التجاري، الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 17 المؤرخة 10 رجب عام 1440 الموافق لـ 17 مارس 2018؛
35- المرسوم التنفيذي رقم 07-162 الصادر في 30 ماي 2007 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 01-123، المؤرخ في 09 ماي 2001، المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات الموصلات السلكية و اللاسلكية، ج ر ج ج، عدد 37، 2007؛

36- مرسوم رقم 09-18 صادر في 25 من جمادى الأولى 1430، 21 ماي 2009، لتطبيق المواد 13 و14 و15 و21 و23 من القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، الجريدة الرسمية رقم 5744 الصادرة يوم الخميس 18 يونيو 2009؛

37- مرسوم تنفيذي رقم 15-315 ممضي في 10 ديسمبر 2015، يتعلق بإصدار نسخ وثائق الحالة المدنية بطريقة إلكترونية، الجريدة الرسمية عدد 68 مؤرخة في 27 ديسمبر 2015، ص.06؛

38- القانون رقم 16-01، المؤرخ في 2016/03/06، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية عدد 14، الصادرة بتاريخ 2016/03/07؛

39- مرسوم بقانون رقم 54 لسنة 2018 بإصدار قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية، الجريدة الرسمية عدد 3395 الصادرة بتاريخ الخميس، 29 من نوفمبر سنة 2018. متاح على الرابط التالي: http://www.iga.gov.bh/Media/Pdf-Section/Digital-Certification-Signatures/54-2018.pdf؛

ج.– النصوص القانونية العربية:

1- القانون رقم 13 لسنة 1968 م قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، الصادر بتاريخ 09 صفر سنة 1388، الموافق لـ 07 مايو سنة 1968؛

2- القانون المؤقت رقم 43 لسنة 1976، الجريدة الرسمية عدد 2645، الصادرة بتاريخ 1976/08/01، ص.02، وأصبح قانونا بموجب الإعلان المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4106؛ المملكة الاردنية الهاشمية.

3- http://arabic.solidarity.com.jo/2.pdf؛

4- القانون الأردني رقم 85 لسنة 2001 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية، الصادر في 2001/12/31؛

5- القانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001، الصادر في 11 ديسمبر 2001، الجريدة الرسمية رقم 4524، الصادرة في 31 ديسمبر 2001؛

6- القانون الإماراتي رقم 02 لسنة 2002 المتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية؛

7- قانون رقم 02 لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي: www.arabruleoflaw.org/compendium/Files/UAE/60.pdf؛

8- *قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004*، الجريدة الرسمية عدد 17 تابع (د) بتاريخ 22 من أفريل سنة 2004. متاح على الرابط التالي:
http://www.twobrothers-eg.com/Ar/media/media/images/LAWS/L111.pdf؛

9- القانون المغربي رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/ar/civil/AR5584_1-07-129_3879_10.htm؛

10- *نظام حماية التعاملات الإلكترونية، الصادر بالمرسوم الملكي* رقم م/8 في 8 ربيع الأول 1428 الموافق 26 مارس 2007؛

11- القانون رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بتنظيم التوقيع الالكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، تاريخ صدور التشريع 21 أفريل 2004، تاريخ بدء النفاذ 02 أفريل 2004؛

12- المرسوم الملكي رقم: م/18 بتاريخ: 1428/03/08 هـ، الموافق لـ 2007/04/16 يتعلق بإقرار نظام التعاملات الإلكترونية وضبط التعاملات والتوقيعات الالكترونية وتنظيمها وتوفير الإطار النظامي لها : https://www.yesser.gov.sa/AR/MechanismsandRegulations/Regulations/Pages/e-transactions_law.aspx

13- القانون رقم: 05-53 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، الظهير الشريف رقم 1.07.129 الصادر بتاريخ 30 نوفمبر 2007 الخاص بتنفيذ قانون التبادل الالكتروني للمعطيات الالكترونية رقم 05-53، عدد 5584 بتاريخ 06 ديسمبر 2007؛

14- نظام مكافحة جرائم المعلوماتية بقرار مجلس الوزراء رقم 79 وتاريخ 1428/3/7هـ، الموافق لـ 26 مارس 2007 وتمت المصادقة عليه بموجب المرسوم الملكي الكريم رقم م/17 وتاريخ 1428/3/8هـ 2016/05/15م؛

نظام حماية التعاملات الإلكترونية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/8 في 8 ربيع الأول 1428 الموافق 26 مارس 2007: http://www.wipo.int/wipolex/ar/details.jsp?id=7740؛

15- نظام مكافحة جرائم المعلوماتية بقرار مجلس الوزراء رقم 79 وتاريخ 1428/3/7هـ، وتمت المصادقة عليه بموجب المرسوم الملكي الكريم رقم م/17 وتاريخ 1428/3/8هـ:

16- https://www.boe.gov.sa/m/viewsubsystemdetails.aspx?lang=ar&systemid=217؛

17- نصوص القانون:

18- https://www.unodc.org/res/cld/document/sdn/2007/cyber_crimes_act_html/Sudan_electronic_transactions_act_2007.pdf ؛

19- مرسوم بقانون رقم 28 لسنة 2002 بشأن المعاملات الالكترونية، الجريدة الرسمية عدد 2548 الصادرة بتاريخ 18 من سبتمبر سنة 2002م. متاح على الرابط التالي: http://www.iga.gov.bh/Media/Pdf-Section/Digital-Certification-Signatures/28-2002.pdf

20- مرسوم رقم 518/09 المتعلق *بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية*، الجريدة الرسمية رقم 5744 الصادرة يوم الخميس 18 يونيو 2009؛ http://adala.justice.gov.ma/production/news/ar/2.08.518.htm،

21- القرار رقم 63 (7/1)، الفقرة "*رابعا: بطاقة الائتمان*"، قرار بشأن الأسواق المالية، الدورة السابعة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي لمنظمة التعاون الإسلامي بجدة، المملكة العربية السعودية من 7-12 ذي القعدة 1412، الموافق 9 – 14 ماي 1992م، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد السادس، ج2، ص.1273، وعدد السابع، ج1، ص.73، وعدد التاسع، ج2، ص.5، قرار بشأن الأسواق المالية؛

22- نظام التجارة الالكترونية السعودي، الصادر بتاريخ 09 جويلية 2019، ودخل حيز السريان 09 أكتوبر 2019.

د.– النصوص القانونية الأجنبية:

1- Code civil français, J.O., N° 62, 14 mars 2000 ;

2- Code monétaire et financier, Modifié par Ordonnance N°2009-866 du 15 juillet 2009, La lettre de change est régie par les articles L. 511-1 à L. 511-81 du code de commerce ;

3- code civil français, J.O., N° 62, 14 mars 2000, http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Codes/Code-civil/code-civil-article-1316.htm

4- Loi N° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, JORF du 30 juillet 1982 ;

5- Loi N° 2675 du 20 mai 1982 relative au droit international privé et à la procédure civile international, remplacée par la loi N°. 5718 relatives au droit international privé du 27 novembre 2007, dont une traduction française est disponible sur le site JAF - www.jafbase.fr/docAsie/TurquieLoiConflit.pdf;

6- Loi N° 86-1067 du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication*, Disponible à : https://www.alain-bensoussan.com/wp-content/uploads/10195384.pdf;

7- Loi N° 92-546 du 20 juin 1992 relative au dépôt légal, JORF N°144 du 23 juin 1992 ;

8- Loi N° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation, JORF N°0171, du 27 juillet 1993 ;

9- Loi N°96-659 du 26 juillet 1996, Le contrôle étroit de l'Etat sur toute fourniture de produits de chiffrement. ; Décrets N° 98-101 et N°98-102 du 24 février 1998, décrets N° 98-206 et 98-207 du 23 mars 1998, complétés par six arrêtés du 13 mars 1998 sur la cryptographie ;

10- Loi N°96-659 du 26 juillet 1996, *Le contrôle étroit de l'Etat sur toute fourniture de produits de chiffrement* ; Décrets N° 98-101 et N°98-102 du 24 février 1998, décrets N° 98-206 et 98-207 du 23 mars 1998, complétés par six arrêtés du 13 mars 1998 sur la cryptographie ;

11- Loi N° 96-659 du 26 juillet 1996 de *réglementation des télécommunications*, JORF N°174 du 27 juillet 1996 ;

12- Loi N° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JORF N°62 du 14 mars 2000, texte N° 1 ;

13- Loi N° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux Technologies de l'information et relative à la signature électronique, JORF N°62 du 14 mars 2000, texte N° 1 ;

14- Loi N° 2000-719 du 1er août 2000 modifiant la loi N° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, JORF N°177 du 2 août 2000 ;

15- Loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique modifiant le code civil, le nouveau code de procédure civile, le code de commerce, le code pénal et transposant la directive 1999/93 relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques, la directive relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, certaines dispositions de la directive 97/7/CEE concernant la vente à distance des biens et des services autres que les services financiers, Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg, A - N° 96, 8 septembre 2000 ;

16- Ordonnance N° 2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consummation, JORF N°196 du 25 août 2001 page 13645, texte N° 6 ;

17- Loi N° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JORF N°143 du 22 juin 2004 Disponible, à : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=27631B8ACEE152D651A68EE547B09759.tplgfr35s_1?cidTexte=JORFTEXT000000801164&dateTexte=20180601;

18- Loi N° 2004-669 du 9 Juillet 2004 Relative aux Communications Électroniques et aux Services de Communication Audiovisuelle, JORF n°159 du 10 juillet 2004 ;

19- Loi N° 78-17 du 6 janvier 1978 *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, Modifié par Loi N°2004-801 du 6 août 2004 - art. 1 JORF 7 août 2004 ;

20- Loi N°2004-669 du 9 juillet 2004 - art. 109 (V) JORF 10 juillet 2004 en vigueur le 1er août 2004 ;

21- Loi n°2004-669 du 9 juillet 2004 - art. 109 (V) JORF 10 juillet 2004 en vigueur le 1er août 2004 ;

22- Loi N° 78-17 du 6 janvier 1978 *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, Modifié par Loi n°2004-801 du 6 août 2004 - art. 1 JORF 7 août 2004 ;

23- Loi N° 2004-669 du 9 Juillet 2004 Relative aux Communications Électroniques et aux Services de Communication Audiovisuelle, JORF N°159 du 10 juillet 2004 texte N° 1 ;

24- Loi N° 2006-961 du 1er août 2006 *relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, JORF N°178 du 3 août 2006 ;

25- Loi n° 2006-961 du 1er août 2006 *relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, JORF n°178 du 3 août 2006 ;

26- Loi N° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, JORF N°0003 du 4 janvier 2008 ;

27- Loi N° 2014-344 du 17 mars 2014 *relative à la consommation* ،JORF N°0065 du 18 mars 2014, Texte N° 1, Disponible à: https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000028738036;

28- Loi N° 2016-1321 du 7 octobre 2016 *pour une République numérique*, JORF N°0235 du 8 octobre 2016 ;

29- Ordonnance N° 2016-131 du 10 février 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, JORF N°0035 du 11 février 2016 texte N° 26. Disponible à : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004939&categorieLien=id;

30- Ordonnance N° 2016-131 du 10 février 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, JORF N°0035 du 11 février 2016 texte N° 26, Disponible à: https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=5D102999F0B82CB7514A6DE09D390855.tplgfr38s_2?cidTexte=JORFTEXT000032004939&dateTexte=20160212;

31- Ordonnance N° 2005-648 du 6 juin 2005 relative à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, JORF N°131 du 7 juin 2005, texte N° 8, Disponible à: https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000259993&categorieLien=id

32- Loi Hamon, Date de Publication: 10/01/2020, Date de Citation: 24/04/2020, Disponible à: https://fr.wikipedia.org/wiki/Loi_Hamon;

33- Loi N° 2020-766 du 24 juin 2020 *visant à lutter contre les contenus haineux sur internet*, JORF N°0156 du 25 juin 2020 texte N° 1, Disponible à: https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000042031970&categorieLien=id;

34- Décret N° 98-206 du 23 mars 1998 *définissant les catégories de moyens et de prestations de cryptologie dispensées de toute formalité préalable*, JORF N°71 du 25 mars 1998 ;

35- Décret N° 98-207 du 23 mars 1998 *définissant les catégories de moyens et de prestations de cryptologie pour lesquelles la procédure de déclaration préalable est substituée à celle d'autorisation*, JORF N°71 du ;

36- Decreto Legislativo 22 maggio 1999, n. 185, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 143 del 21 giugno 1999 (Rettifica G.U. n. 230 del 30 settembre 1999), "Attuazione della direttiva 97/7/CE relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza" ;

37- Décret N° 98-101 du 24 février 1998 *définissant les conditions dans lesquelles sont souscrites les déclarations et accordées les autorisations concernant les moyens et prestations de cryptologie*, JORF N°47 du 25 février 1998 ;

38- Décret n°2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, JORF N° 0229 du 31 mars 2001, NOR : JUSC0120141D ;

39- Arrêté du 13 mars 1998 *définissant la forme et le contenu du dossier concernant les déclarations ou demandes d'autorisation relatives aux moyens et prestations de cryptologie*, JORF N°63 du 15 mars 1998 ;

40- Electronic Signatures in Global and National Commerce Act of 2000:- On 9 June 2000 House and Senate have reached a compromise on electronic signature legislation and molded H.B. 1714 and S. 761 into a single version (S. 761) ;

41- Electronic signatures in global and national commerce act, public law 106–229— june 30, 2000, public law 106–229 106th congress, 114 stat. 464 ;

42- Electronic signatures in global and national commerce act, public law 106–229— june 30, 2000, public law 106–229 106th congress, 114 stat. 464 ;

43- European directive 2000/31/EC of the European parliament and of council,8june 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce ,In the Internet market official Journal L178,17/07/2000 ;

44- *The Financial Services and Markets Act 2000 (Regulated Activities) Order 2001*, Made 26th February 2001،Laid before Parliament 27th February 2001, 2001 N°. 544. Available at: http://www.legislation.gov.uk/uksi/2001/544/made

45- *Act On Electronic Signatures And Certification Business*, (Act N°. 102 of May 31 of 2000), This Act shall come into force as from April 1, 2006, Available in English version : http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/aescb.pdf;

46- Code des postes et des communications électroniques, Disponible à: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=4C57C85000B8107AC37237212C918EE8.tplgfr32s_2?cidTexte=LEGITEXT000006070987&dateTexte=20200501

47- *Electronic Communications Act 2000*, UK Public General Acts 2000 CHAPTER 7, Part II Section 7, *An Act to make provision to facilitate the use of electronic communications and electronic data storage; to make provision about the modification of licences granted under section 7 of the Telecommunications Act 1984*; and for connected purposes, 25th May 2000. Available at: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/7/pdfs/ukpga_20000007_en.pdf

48- The Digital Millennium Copyright Act (DMCA), Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (Oct. 28, 1998).

49- Electronic Commerce, THE WHITE HOUSE, Office of the Press Secretary, For Immediate Release - July 1, 1997, MEMORANDUM FOR THE HEADS OF EXECUTIVE DEPARTMENTS AND AGENCIES SUBJECT: Electronic Commerce, Available at: https://fas.org/irp/offdocs/pdd-nec-ec.htm

50- alla RETTIFICA G.U. n. 230 del 30 settembre 1999, "Attuazione della direttiva 97/7/CE relativa protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza". http://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/99185dl.htm;

51- Electronic Signatures In Global And National Commerce Act, Public Law 106–229—JUNE 30, 2000, Public Law 106–229 106th Congress, 114 STAT. 464, https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-106publ229/pdf/PLAW-106publ229.pdf;

52- Sandra Norman-Eady, Chief, Uniform Electronic Transaction Act, November 27, 2000, 2000-R-1076, Available at: Attorney https://www.cga.ct.gov/2000/rpt/2000-R-1076.htmSedallian Valer, controlling illégal content over the internet, the french situation. Et http:// www.aui.fr/groupes/GFRPS/papier_IBA.Html;

53- *Gesetz über den Datenschutz bei Telediensten* (*Teledienstedatenschutzgesetz. TDDSG*), Erlassen am: 22. Juli 1997 (BGBl. I S. 1870, 1871, Inkrafttreten am: 1. August 1997, Nr.52, P.1870-1880, Letzte Änderung *durch: Art. 3, 4 Abs. 2 G vom14. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3721, 3724. Adapted by, Bundesanzeiger, Available at:* https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/text.xav?SID=&tf=xaver.component.Text_0&tocf=&qmf=&hlf=xaver.component.Hitlist_0&bk=bgbl&start=%2F%2F*%5B%40node_id%3D%27557711%27%5D&skin=pdf&tlevel=-2&nohist=1

54- Uniform Electronic Commerce Act Annotated 2005http://www.ulcc.ca/en/1999-winnipeg-mb/359-civil-section-documents/1138-1999-electronic-commerce-act-annotated

55- Electronic Communications, *The Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002*, Made 30th July 2002, Laid before Parliament 31st July 2002, Coming into force Regulation 16 23rd October 2002, Remainder 21st August 2002, 2002 No. 2013. Available at: https://www.legislation.gov.uk/uksi/2002/2013/pdfs/uksi_20022013_en.pdf

56- *Electronic Signatures In Global And National Commerce Act*, Public Law 106–229—June 30, 2000, 106th Congress, Citation Date: 15/02/2015, Available at: https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-106publ229/pdf/PLAW-106publ229.pdf

57- Electronic Signatures in Global and National Commerce Act, Citation Date: 15/02/2015, Available at: https://en.wikipedia.org/wiki/Electronic_Signatures_in_Global_and_National_Commerce_Act

58- Electronic commerce, Citation Date: 20/05/2015. https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/bey4_e.htm

59- Lessig: About, Citation Date: 25/04/2018, Available at: https://www.lessig.org/, for more information, LAWRENCE Lessig, *Code: and other Laws of Cyberspace*, Basic Books, USA, 1st U.S. Edition, 3rd Printing edition, November 30, 1999, Available at: http://codev2.cc/download+remix/Lessig-Codev2.pdf;

60- Top E-Commerce Stats for 2020, Worldwide E-Commerce, Date of Publication: 13/08/2019, Citation Date: 20/12/2019, Available at: https://www.spaceshopcommerce.com/blog/top-ecommerce-stats-for-2020

61- *Digital business in Japan*: overview by Hiroyasu Kageshima, Hiroyuki Yamauchi and Satoshi Yakushiji, Ushijima & Partners, Date of Publication: 01 May 2020 Japan, Citation Date: 20/05/2020, Available at: https://content.next.westlaw.com/Document/I96dc169cca7811e598dc8b09b4f043e0/View/FullText.html?contextData=(sc.Default)&transitionType=Default&firstPage=true&bhcp=1;

62- The act specifically avoids stipulating any 'approved' form of electronic signature, instead leaving the method open to interpretation by the marketplace. Disponible à : https://www.ecsi.net/help/help_esig.html. Sevanian, Andrew M, Section 230 of the Communications Decency Act (C.D.A): A "Good Samaritan" Law Without the Requirement of Acting as a "Good Samaritan", Journal "UCLA Entertainment Law Review, 21(1)", ISSN "1939-5523", https://cloudfront.escholarship.org/dist/prd/content/qt7g87m864/qt7g87m864.pdf,

63- ACT TO ESTABLISH A LEGAL FRAMEWORK FOR INFORMATION TECHNOLOGY, Available at: http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/ShowDoc/cs/C-1.

64- Art 01/A: contratto a distanza: http://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/99185dl.htm

65- Bundesrecht konsolidiert: *Gesamte Rechtsvorschrift* für E-Commerce-Gesetz, Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden (E-Commerce-Gesetz - ECG) Available at: https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20001703

66- Payment of Various Serbian Loans Issued in France (Fr. v. Yugo.), 1929 P.C.I.J. (ser. A) N°. 20 (July 12), Publications of the Permanent Court of International Justice Series A – N°. 20/21; Collection of Judgments A.W. Sijthoff's Publishing Company, Leyden, 1929, Available at : http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1929.07.12payment1.htm

67- The Digital Millennium Copyright Act (DMCA), Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (Oct. 28, 1998).

68- The Digital Millennium Copyright Act (DMCA) was signed into law by 1 President Clinton on October 28, 1998. The legislation implements two 1996 World Intellectual Property Organization (WIPO) treaties https://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf;

أحكام قضائية :

1– نقض مدني مصري، جلسة تاريخ 03 افريل 2000، الطعن رقم 176 لسنة 64 ق، مجلة المحاماة، عدد الأول، 2001؛

2– قرار محكمة بداءة الموصل، رقم 4717–2007، بتاريخ 2008/03/03؛

3– حكم محكمة التمييز، دبي، تاريخ 2004/04/24، الطعن رقم 494–2003، طعن حقوق؛

4– حكم محكمة التمييز، دبي، تاريخ 2010/04/12 في الطعن رقم 239/2009، طعن تجاري.

- PRINCIPALES DECISIONS DE JUSTICE:

1- CA Monpellier . gavr .1987, JCP.ed. G1988, 11, 20984
2- Cass.civ,21/01/1956, Clunet 1956, p.1012, Cass. Com 29/10/1964, Clunet, 1965 ;
3- Cass civ., 1er,20 mars 1989,Bull. In140, cité par BENABENT Alain, Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux,7eme éd ,Montchrestien,2006 ;
4- Cass. Civ , ch. I, B nov . 1989 , Bull . Civ, L, N° 342 ; JCP, G 1990, ll, note G, vira SS amy ; RtD , 1990 ;
5- Cass. Req., 16 janvier 1861, LIZARDI, D.P. 1861 I 193 ; S. 1861 I note G. MASSÉ; GADIP N° 5, Disponible à:
6- https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007074337
7- Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 8 novembre 1989, N° de pourvoi: 86-16197; https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007023680
8- TGI Paris, 16 Avril 1996, Bouchurberg L.,internet et commerce électronique, 2001, 2eme éd. Delmas,
9- TGI.Marseille, 18 déc 1998 ; ste lumisevice c/thierry,Rev lamy dr de l'informatique, bulletin d'actualité, N° 111, février 1999.
10- Bundesgerichtshof. 12 décembre 2000 : N°. 1 StR 184/00 ; Neue Juristische Wochenschrift, 2001.
11- *Cour d'appel de Paris*, 4e chambre, *28 janvier 2000*, Disponible a: https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-commerce-de-paris-ordonnance-de-refere-du-28-janvier-2000/
12- Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), 23 mars 2012, c-236/08, aff. Google Adwors, Google Ad Words et contrefaçon de marque, par Raphaël RAULT: http://www.brmavocats.com/2012/04/quid-de-la-liceite-du-detournement-de-consommateurs-du-titulaire-dune-marque-par-un-annonceur-a-travers-le-referencement-payant/;
13- TGI Paris, 13/4/2010, N° 10/53340, H. Giraud c./ Facebook, Légi presse 2010, n 272, RLDI 2010/61, N° 2019
14- CA Versailles, (12e ch.), 8 juin 2000 – Société Multimania production c/ L. Heineman, épouse Lacoste et autres, v. *Légipresse* N° 174-III, note C. Rojinsky.
15- Cassation, 1ére chamber civile, 17/2/2011, 3 arrêts, M.O.X./Sté Bloobox.net n 09-13.202, sté Nord-Ouest/ c. Daily motion n 09-67.896, Société Agence des médias numériques/ M. K. X. n 09-15.857.
16- Cassation Commerciale, 12/7/2012, 3 arrêts, Société Google/ A Rau et autres, Disponible à : http://www.legalis.net
17- Cass. 1e civ. 29-3-2017, N°16-10007. Disponible à:

https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000034339076&fastReqId=912244157&fastPos=1

18- TGI Nanterre -8 dec 1999, disponible a la dresse suivante: www.jursiscom.net/jurisfrlacost

Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 8 novembre 1989, N° de pourvoi : 86-16197, -19 https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007023680

20- ROBERT B. VON MEHREN and P. NICHOLAS KOURIDES, The Libyan Nationalizations: TOPCO/CALASIATIC v. Libya Arbitration, JOURNAL ARTICLE, Natural Resources Lawyer, Vol. 12, N°. 2 (1979), for further information: https://www.studocu.com/row/document/ghana-institute-of-management-and-public-administration/law/other/pil-the-libyan-nationalizations-topcocalasiatic-v-libya-arbitration/6166856/view

21- Mallinckrodt Medical, Inc. v. Sonus Pharmaceuticals, Inc., 989 F. Supp. 265 (D.D.C. January 5th, 1998), District Court, District of Columbia, Civil Action No. 97-1732(PLF).Adapted by, Mallinckrodt Medical, Inc. v. Sonus Pharmaceuticals, Inc, Available at: https://www.courtlistener.com/opinion/1528500/mallinckrodt-medical-inc-v-sonus-pharmaceuticals-inc/

22- Richmond 4th U.S. Circuit Court of Appeals, USA, 18/9/2013, Bland et al v. Roberts, N°. 12-1671, http://www.ca4.uscourts.gov/Opinions/Published/121671.pdf

23- Cour de cassation, 30/4/2014, cité dans: Fabrice Mattatia, Internet et les réseaux sociaux, que dit la loi? Eyrolles, 2ème édition, 2016 ;

24- Tribunal de commerce de Paris, 26/7/2011, cite par : Fabrice Mattatia, Internet et les réseaux sociaux, que dit la loi ? Eyrolles, 2ème édition, 2016 https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML

الفـــهرس

الفـــــهرس

مقدمـــــة 1

.....البـــــاب الأول: التنظيـــم القـــانوني للتجـــارة الالكترونيـــة 15

الفصل الأول: ماهية التجارة الالكترونية وتنظيمها التشريعي 17

المبحث الأول: ماهية التجارة الإلكترونية 18

المطلب الأول: مفهوم التجارة الالكترونية 18

الفرع الأول: تعريف التجارة الالكترونية 19

الفرع الثاني: تطور التجارة الإلكترونية 36

المطلب الثاني: طبيعة التجارة الإلكترونية ومتطلباتها 41

الفرع الأول: طبيعة التجارة الالكترونية 41

الفرع الثاني: متطلبات التجارة الإلكترونية 52

المبحث الثاني: التنظيم التشريعي للتجارة الالكترونية 60

المطلب الأول: التنظيم التشريعي الدولي للتجارة الالكترونية 62

الفرع الأول: التنظيم التشريعي على مستوى المنظمات العالمية 62

الفرع الثاني: التنظيم التشريعي الإقليمي للتجارة الالكترونية 69

الفرع الثالث: تنظيم التجارة الالكترونية على مستوى التشريعات المقارنة 74

المطلب الثاني: التنظيم التشريعي الوطني للتجارة الالكترونية 79

الفرع الأول: التأطير القانوني لاستغلال الانترنيت كنشاط اقتصادي 80

الفرع الثاني: تجليات المعاملات الإلكترونية في القانون المدني الجزائري 83

الفرع الثالث: مظاهر المعاملات الإلكترونية في القانون التجاري الجزائري 90

الفرع الرابع: صدور قانون التجارة الالكترونية رقم 18-05 كإطار ضابط للمعاملات الالكترونية .. 92

الفصل الثاني: تكوين العقد الالكتروني 96

المبحث الأول : مفهوم العقد الالكتروني 97

المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني وتمييزه عن غيره من العقود 98

الفرع الأول: تعريف العقد الإلكتروني 98

الفرع الثاني: تمييز العقد الالكتروني عن غيره من العقود 109
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني وخصائصه 115
الفرع الأول: الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني بين خاصية المساومة وطابع الإذعان 116
الفرع الثاني: خصائص العقد الالكتروني 120
المبحث الثاني: إبرام العقد الالكتروني..... 127
المطلب الأول: مرحلة التفاوض الإلكتروني 128
المطلب الثاني: مرحلة التراضي الالكتروني 142
المطلب الثالث: صحة العقد الالكتروني 166
الفرع الأول: خصوصية الأهلية ومسألة التحقق من الهوية في التعاقد الالكتروني..... 166
الفرع الثاني: المحل والسبب وعيوب الإرادة في العقد الإلكتروني 173

الفصل الثالث: آثار العقد الالكتروني..... 184

المبحث الأول: تنفيذ العقد الإلكتروني 185
المطلب الأول: التزامات المورد الالكتروني 186
الفرع الأول: التزام المورد الالكتروني بالتسليم 186
الفرع الثاني: التزام المورد الالكتروني بتقديم خدمة 195
المطلب الثاني: التزامات المستهلك الالكتروني 197
الفرع الأول: الالتزام بدفع الثمن..... 197
الفرع الثاني: وسائل الدفع الالكتروني..... 204
المبحث الثاني: الحماية القانونية المكرسة للمستهلك وأسماء النطاق في إطار الفضاء الرقمي 217
المطلب الأول: الحماية القانونية للمستهلك الالكتروني 218
الفرع الأول: مفهوم المستهلك الالكتروني 218
الفرع الثاني: أوجه الحماية القانونية للمستهلك الالكتروني..... 222
المطلب الثاني: حماية أسماء النطاق 233
الفرع الأول: نظام أسماء النطاق على شبكة الانترنيت..... 234
الفرع الثاني: تقرير الحماية المدنية لأسماء النطاق 239
المبحث الثالث: إثبات العقد الالكتروني 243

المطلب الأول : الكتابة في الشكل الالكتروني ودورها في الإثبات 244
الفرع الأول: تعريف الكتابة في الشكل الالكتروني 245
الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الكتابة الالكترونية 250
الفرع الثالث: القوة الثبوتية للكتابة في الشكل الالكتروني 254
المطلب الثاني: التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات 257
الفرع الأول: مفهوم التوقيع الالكتروني 257
الفرع الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات 265

..... الباب الثاني: الحماية القانونية للتجارة الالكترونية 270

الفصل الأول: المسؤولية المدنية الالكترونية عن سوء استخدام الانترنيت 272

المبحث الأول: المسؤولية المدنية لمقدمي ومستخدمي خدمات الانترنيت المعلوماتية 273
المطلب الأول: المسؤولية المدنية لمقدمي خدمات الانترنيت المعلوماتية 275
الفرع الأول: المقصود بمورد المحتوى المعلوماتي 276
الفرع الثاني: إثارة المسؤولية المدنية لمورد المحتوى المعلوماتي 278
الفرع الثالث: مدى مسؤولية وسائل التواصل الاجتماعي عن المحتوى المعلوماتي غير المشروع 285
المطلب الثاني: مسؤولية مستخدم خدمات الانترنيت المعلوماتية 290
الفرع الأول: المسئولية التقصيرية لمستخدم الإنترنت 291
الفرع الثاني: المسؤولية العقدية لمستخدم الانترنيت 295
المبحث الثاني: مسؤولية مقدمي خدمات الانترنيت التقنية 299
المطلب الأول: المسؤولية المدنية لمتعهد الإيواء 300
الفرع الأول: تعريف متعهد الإيواء 301
الفرع الثاني: إثارة مسؤولية متعهد الإيواء 303
المطلب الثاني: مسؤولية مورد منافذ الدخول إلى الانترنيت 312
الفرع الأول: تعريف مورد منافذ الدخول 313
الفرع الثاني: موقف التشريعات من مسؤولية مورد منافذ الدخول إلى الانترنيت 315
الفرع الثالث: إثارة مسؤولية مورد منافذ الدخول إلى الانترنيت 318

الفرع الرابع: تطبيقات قضائية تتعلق بعدم مسؤولية مورد منافذ الدخول إلى الانترنيت عن المحتوى غير المشروع 325
المطلب الثالث :مسؤولية مقدمي خدمات التصديق الالكتروني 328
الفرع الأول: حقيقة مقدمي خدمات التصديق الالكتروني 329
الفرع الثاني: مسؤولية جهات التصديق الالكتروني طبقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية..... 333
الفرع الثالث: سؤولية جهات التصديق الإلكتروني وفقاً للقانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين . 342

الفصل الثاني: الاختصاص القضائي والاختصاص شبه القضائي بنظر منازعات التجارة الالكترونية 347

المبحث الأول: الاختصاص القضائي الدولي بنظر منازعات التجارة الالكترونية..... 348
المطلب الأول: ضوابط الاختصاص القضائي الدولي ودورها في تحديد المحكمة المختصة..... 350
الفرع الأول: الضوابط الشخصية ودورها في تسوية منازعات التجارة الالكترونية 351
الفرع الثاني: الضوابط الموضوعية ودورها في تحديد الاختصاص القضائي الدولي..... 357
المطلب الثاني: مدى ملائمة قواعد الاختصاص القضائي الدولي للتطبيق على منازعات التجارة الالكترونية . 364
الفرع الأول: صعوبات تطبيق ضوابط الاختصاص القضائي الدولي على منازعات التجارة الالكترونية . 365
الفرع الثاني: محاولة تفادى صعوبات إعمال المعايير التقليدية للاختصاص القضائي الدولي 377
المبحث الثاني: اختصاص جهات التسوية الالكترونية بنظر منازعات التجارة الالكترونية..... 383
المطلب الأول: التحكيم الالكتروني كوسيلة لفض منازعات التجارة الالكترونية 384
الفرع الأول: مفهوم التحكيم الالكتروني 385
الفرع الثاني: التنظيم الإجرائي للتحكيم الالكتروني 393
الفرع الثالث: تطبيقات التحكيم الالكتروني..... 401
الفرع الرابع: مدى ملائمة قواعد التحكيم الالكتروني لفض منازعات التجارة الالكترونية 406
المطلب الثاني: الوساطة الالكترونية 415
الفرع الأول: مفهوم الوساطة الالكترونية..... 416
الفرع الثاني : آلية عمل الوساطة الالكترونية ومدى ملائمتها لمنازعات التجارة الالكترونية 419

الفصل الثالث: القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الالكترونية..... 425

المبحث الأول: أزمة منهج تنازع القوانين والعقود الالكترونية الدولية..... 426
المطلب الأول: مدى ملائمة الإسناد الشخصي للتطبيق على عقود التجارة الالكترونية..... 427
الفرع الأول: المقصود بالإسناد الشخصي..... 428
الفرع الثاني: الصعوبات التي تواجه الإسناد الشخصي..... 431
المطلب الثاني: مدى ملائمة الإسناد الموضوعي للتطبيق على عقود التجارة الالكترونية 446
الفرع الأول: حالة الإسناد الجامد وصعوبة التوطين أو التركيز الموضوعي للعقود الالكترونية..... 447
الفرع الثاني: حالة الإسناد المرن ومدى إمكانية إعمال فكرة الأداء المميز للعقد..... 456
المبحث الثاني: تطبيق منهج القواعد المادية على عقود التجارة الالكترونية 463
المطلب الأول: القواعد المادية التقليدية ومنازعات التجارة الالكترونية 464
الفرع الأول: القواعد المادية ذات الأصل الوطني..... 466
الفرع الثاني: القواعد المادية ذات الأصل الدولي..... 472
المطلب الثاني: القواعد المادية المستحدثة ومنازعات التجارة الالكترونية 480
الفرع الأول: مفهوم القواعد المادية المستحدثة 481
الفرع الثاني: مصادر القواعد المادية المستحدثة..... 488
الفرع الثالث: مدى تمتع القواعد المادية المستحدثة بصفة النظام القانوني 504
خـــاتمـــة..... 514
الملاحق 520
الملحق رقم 01 521
الملحق رقم 02 529
قـــائمة المراجـــع 542
الفهرس :..... 585

﴿ ملـــخص ﴾

إن التطور الحاصل في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، هو الذي جعل اليوم التجارة الالكترونية تنمو وتتوسع.

وباعتبار أن القانون مكون ثقافي يعكس حال المجتمع ككل، فكان لابد من تأطير التجارة الالكترونية بواقع قانوني يحافظ عليها ويضمن لها الاستمرارية، ونظرا لعدم التوافق بين واقع التنظيم القانوني القائم على أساس الحيز المادي الطبيعي، وبين حقيقة الطبيعة العالمية للتجارة الالكترونية المقاومة للتنظيم، جاء دور الأطروحة في الترويج لضرورة ولادة ذهنية قانونية جديدة، تقوم بإيجاد القواعد القانونية اللازمة لتنظيم هذا الفضاء الافتراضي.

الكلمات المفتاحية :

الانترنيت، تكنولوجيا المعلومات والاتصال، التجارة الالكترونية، التوقيع الالكتروني، التصديق الالكتروني، العقد الالكتروني، المستهلك، وسطاء الانترنيت، القانون الالكتروني، القواعد المادية التقليدية، التحكيم الالكتروني.

﴿ Abstract ﴾

The evolution of Information Technologies and Communication (I.C.T) has allowed to grow and develop e-business, to reach the level it is now.

As law represents a cultural component which reflects the current situation of society at large, the commerce electronique had to be regulated by a legal framework to guarantee and maintain its sustainability. Given the disparity between the current real legal framework which is based on the physi-cal natural borders and the very global nature of the commerce electronique which resists regulation, the dissertation role is to promote the urgency of creating new legal mental-ity to discover the legal rules and principles necessary to regulate the cyberspace.

Key words:

Internet, Information and Communication Technology, Electronic Commerce, electronic signature, Electronic certification, Distance contract, the consumer, Internet intermediaries, Lex electronica, Lex mercatoria, Electronic Arbitration.

﴿ Résumé ﴾

L'évolution des technologies de l'information et la communication (T.I.C) a permis de grandir et développer le e-business, pour atteindre le niveau qu'il est maintenant.

Comme la loi représente une composante culturelle qui reflète la situation actuelle de la société dans son ensemble. Le commerce électronique doit être encadré par un statut juridique qui préserve et assure la continuité, Compte tenu de la disparité entre le cadre juridique réel actuel, basé sur les frontières naturelles physiologiques et la nature très globale de commerce électronique qui résiste à la réglementation, le rôle de dissertation est de promouvoir l'urgence de créer une nouvelle mentalité juridique pour découvrir les règles juridiques et les principes nécessaires pour réglementer le cyberspace.

Mots clés :

Internet, Technologies de l'information et de la communication, Commerce électronique, signature électronique, Certification électronique, Contrat à distance, le consommateur, Intermédiaires de l'Internet, Lex electronica, , Lex mercatoria, Arbitrage électronique.

ملـــخص

إن التطور الحاصل في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، هو الذي جعل اليوم التجارة الالكترونية تنمو وتتوسع.

وباعتبار أن القانون مكون ثقافي يعكس حال المجتمع ككل، فكان لابد من تأطير التجارة الالكترونية بواقع قانوني يحافظ عليها ويضمن لها الاستمرارية، ونظرا لعدم التوافق بين واقع التنظيم القانوني القائم على أساس الحيز المادي الطبيعي، وبين حقيقة الطبيعة العالمية للتجارة الالكترونية المقاومة للتنظيم، جاء دور الأطروحة في الترويج لضرورة ولادة ذهنية قانونية جديدة، تقوم بإيجاد القواعد القانونية اللازمة لتنظيم هذا الفضاء الافتراضي.

الكلمات المفتاحية :

الانترنيت، تكنولوجيا المعلومات والاتصال، التجارة الالكترونية، التوقيع الالكتروني، التصديق الالكتروني، العقد الالكتروني، المستهلك، وسطاء الانترنيت، القانون الالكتروني، القواعد المادية التقليدية، التحكيم الالكتروني.

Abstract

The evolution of Information Technologies and Communication (I.C.T) has allowed to grow and develop e-business, to reach the level it is now.

As law represents a cultural component which reflects the current situation of society at large, the commerce electronique had to be regulated by a legal framework to guarantee and maintain its sustainability. Given the disparity between the current real legal framework which is based on the physi-cal natural borders and the very global nature of the commerce electronique which resists regulation, the dissertation role is to promote the urgency of creating new legal mental-ity to discover the legal rules and principles necessary to regulate the cyberspace.

Key words:

Internet, Information and Communication Technology, Electronic Commerce, electronic signature, Electronic certification, Distance contract, the consumer, Internet intermediaries, Lex electronica, Lex mercatoria, Electronic Arbitration.

Résumé

L'évolution des technologies de l'information et la communication (T.I.C) a permis de grandir et développer le e-business, pour atteindre le niveau qu'il est maintenant.

Comme la loi représente une composante culturelle qui reflète la situation actuelle de la société dans son ensemble. Le commerce électronique doit être encadré par un statut juridique qui préserve et assure la continuité, Compte tenu de la disparité entre le cadre juridique réel actuel, basé sur les frontières naturelles physiologiques et la nature très globale de commerce électronique qui résiste à la réglementation, le rôle de dissertation est de promouvoir l'urgence de créer une nouvelle mentalité juridique pour découvrir les règles juridiques et les principes nécessaires pour réglementer le cyberspace.

Mots clés :

Internet, Technologies de l'information et de la communication, Commerce électronique, signature électronique, Certification électronique, Contrat à distance, le consommateur, Intermédiaires de l'Internet, Lex electronica, , Lex mercatoria, Arbitrage électronique.